

Le principe de la liberté d'investir : l'exemple des législations tunisienne, égyptienne et saoudienne

Nawwar Wannous

Volume 29, Number 2, 2016

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1046516ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1046516ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Wannous, N. (2016). Le principe de la liberté d'investir : l'exemple des législations tunisienne, égyptienne et saoudienne. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 29(2), 277–295. <https://doi.org/10.7202/1046516ar>

Article abstract

Unquestionably, regulating the entry and the installation of foreign investment on the national territory of a country is the sovereign right of countries welcoming these investments. This right also includes the possibility of imposing restrictions for reasons inherent to the national situation of states. However, the adoption of a restrictive policy towards foreign investments is rarely in the best interest of the host state. The solution therefore consists of striking a balance between the rights and obligations, as well as between the interests of foreign investors and those of host states. The legitimate desire of certain states to restrain or control the freedom or the power of foreign investors on their territories appears questionable. Nowadays, in a context of the proliferation of agreements on the promotion and protection of investments, it is in the best interest of the host states and those constituting the object of this study in particular to attract investors by granting them a certain freedom to invest as well as a certain power to manage their investment.

LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ D'INVESTIR : L'EXEMPLE DES LÉGISLATIONS TUNISIENNE, ÉGYPTIENNE ET SAOUDIENNE

*Nawwar Wannous**

Incontestablement, réglementer l'entrée et l'installation de l'investissement étranger sur le territoire national est un droit souverain des pays accueillant ces investissements. Ce droit comporte également la possibilité d'imposer des restrictions pour des raisons inhérentes à la situation nationale des États. Néanmoins, l'adoption d'une politique restreinte à l'égard des investisseurs étrangers n'est que rarement dans l'intérêt de l'État d'accueil. La solution consiste donc à trouver un équilibre entre les droits et les obligations ainsi qu'entre les intérêts des investisseurs étrangers et ceux des pays d'accueil. Le désir légitime de certains États de restreindre ou de contrôler la liberté ou le pouvoir des investisseurs étrangers sur leur territoire semble critiquable. De nos jours, caractérisés par la prolifération des accords sur la promotion et la protection de l'investissement, les États d'accueil et ceux qui font l'objet de notre étude en particulier ont tout intérêt à attirer les investisseurs en leur reconnaissant une certaine liberté d'investir ainsi qu'un certain pouvoir de gérer leur investissement.

Unquestionably, regulating the entry and the installation of foreign investment on the national territory of a country is the sovereign right of countries welcoming these investments. This right also includes the possibility of imposing restrictions for reasons inherent to the national situation of states. However, the adoption of a restrictive policy towards foreign investments is rarely in the best interest of the host state. The solution therefore consists of striking a balance between the rights and obligations, as well as between the interests of foreign investors and those of host states. The legitimate desire of certain states to restrain or control the freedom or the power of foreign investors on their territories appears questionable. Nowadays, in a context of the proliferation of agreements on the promotion and protection of investments, it is in the best interest of the host states and those constituting the object of this study in particular to attract investors by granting them a certain freedom to invest as well as a certain power to manage their investment.

Indiscutablemente, reglamentar la entrada y la instalación de la inversión extranjera sobre el territorio nacional es un derecho soberano de los países que acogen estas inversiones. Este derecho también contiene la posibilidad de imponer restricciones por razones inherentes a la situación nacional de los Estados. Sin embargo, la adopción de una política restringida con respecto a los inversores extranjeros es sólo raramente en interés del Estado de acogida. La solución consiste pues en encontrar un equilibrio entre los derechos y las obligaciones así como entre los intereses de los inversores extranjeros y los países de acogida. El deseo legítimo de ciertos Estados de restringir o de controlar la libertad o el poder de los inversores extranjeros sobre su territorio parece impugnabile. En nuestros días, caracterizados por la proliferación de los acuerdos sobre la promoción y la protección de la inversión, los Estados de acogida y los que son objeto de nuestro estudio en particular tienen todo interés en atraer a los inversores reconociéndoles una libertad cierta de invertir así como un cierto poder de administrar su inversión

* Docteur en droit et professeur à temps partiel à l'Université d'Ottawa.

Le principe de la liberté d'investir, vu sous l'angle du droit d'établissement, est reconnu dans des traités de commerce postérieurs à 1945¹, mais ne fait pas de nos jours l'objet d'une définition précise. Cela semble normal dans la mesure où la notion d'investissement elle-même n'est pas définie. Plusieurs projets ont été lancés sur le thème de la liberté d'investissement². Ces projets ont permis d'ouvrir un débat en la matière. Ils ont confirmé la nécessité de reconnaître certains principes fondamentaux en faveur des investisseurs étrangers, à savoir la transparence, la libéralisation et la non-discrimination. Néanmoins, ils n'ont pas réussi à trouver une définition commune du terme. Par conséquent, il revient à chaque État de fixer ses propres conditions régissant l'admission et le traitement de l'investissement sur son territoire.

La période qui a suivi la Première Guerre mondiale a vu la naissance des pays arabes en tant qu'États souverains³. Suite à leur indépendance, ces États devaient impérativement exploiter leurs ressources naturelles dans le but d'améliorer leur situation économique. La solution idéale pour réaliser cet objectif était celle d'accueillir des investissements nouveaux. Pour ce faire, la majorité d'entre eux a promulgué des législations en matière d'investissement international. Certains États ont adopté des législations très favorables en matière d'encouragement et de protection de l'investissement⁴. La liberté d'investir a été exprimée soit d'une manière explicite⁵, soit d'une manière implicite lorsque le texte prévoit d'autres expressions équivalentes ou reconnaît à l'investisseur certains droits ou traitements⁶.

Entre les années 50 et 80, certains de ces États, notamment l'Égypte, la Tunisie et l'Arabie saoudite, ont subi des sentences arbitrales qui ne leur ont pas donné raison. Ces sentences furent mal acceptées⁷. Une certaine méfiance est donc

¹ Jean-Pierre Lavieq, *Protection et promotion des investissements*, Paris, Presses universitaires de France, 1985 aux pp 53-77 [Lavieq].

² Voir notamment OCDE, Comité de l'investissement, « La liberté d'investissement, la sécurité nationale et les secteurs stratégiques », en ligne : OCDE <www.oecd.org/fr/investissement/politiques-investissement/40473834.pdf>.

³ Voir Nawwar Wannous, *Les clauses de règlement des différends relatifs aux investissements internationaux*, Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2010; Nawwar Wannous, *Les modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements internationaux dans les pays arabes*, thèse de doctorat en droit, Université de Bourgogne, 2013 [non publiée]; Nathalie Najjar, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004.

⁴ *Loi n° 43 de 1974*, 27 juillet 1974 (Égypte) [*Loi n° 43 de 1974*]; *Loi n° 69-35 portant code des investissements*, 26 juin 1979 (Tunisie).

⁵ *Loi n° 93-120 portant promulgation du code d'incitations aux investissements*, 27 décembre 1993, art 2 (Tunisie) (« [I]es investissements dans les activités prévues à l'article premier du présent code sont réalisés librement [...] ») [*Loi n° 93-120 de Tunisie*].

⁶ Voir *Règlement n° 1897 sur la mise en œuvre des agences commerciales de 1981* (Arabie Saoudite) [*Règlement n° 1897 de 1981*]; *Projet de loi sur l'investissement*, législature de 2016-17 (approuvé par le parlement égyptien le 7 mai 2017) [*Projet de loi égyptien sur l'investissement*]. Le Code saoudien et le *Projet de loi égyptien sur l'investissement* reconnaissent aux investisseurs étrangers un traitement non moins favorable à celui reconnu aux investisseurs nationaux. Ils prévoyaient également la possibilité pour l'investisseur de détenir l'intégralité de son investissement sans passer par un associé national.

⁷ Philippe Leboulanger, « L'arbitrage international Nord-Sud » dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, 323 à la p 327 [Leboulanger]; Abdul Hamid El-Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Paris, Economica, 1988 [El-Ahdab].

apparue à l'encontre des investissements étrangers. Le principe de la liberté d'investir a été réaffirmé dans les deuxième et troisième générations des législations⁸, mais cette fois avec prudence. Ainsi, des limitations ou des exceptions ont accompagné l'application de ce principe. Certaines de ces limitations sont antérieures à l'installation de l'investissement (I), tandis que d'autres sont postérieures à l'installation de l'investissement (II).

I. La limitation de la liberté d'investir avant l'installation de l'investissement

En droit international général, le principe de la compétence discrétionnaire d'un État d'admettre ou non des étrangers sur son territoire est indiscutablement reconnu⁹. Il ne connaît aucune restriction, sauf s'il existe une volonté de l'État de le limiter¹⁰. Ce principe est consacré par les législations des États qui font l'objet de notre étude. Ceux-ci définissent des conditions et limitations quant aux investissements en provenance de l'étranger. Certains le font d'une manière indirecte ou sectorielle (A), mais la plupart ont institué des procédures d'agrément ou d'autorisations administratives, leur permettant de déterminer les conditions correspondant à leurs besoins et à leurs objectifs de politique économique (B).

A. Limitations par secteur économique

L'analyse de l'ensemble des législations étudiées dans cet article montre le désir des législateurs de contrôler l'investissement réalisé sur le territoire national. La forme et la densité de ce contrôle varient d'un État à l'autre selon sa situation économique ou politique. Il se concrétise soit par l'interdiction aux investisseurs étrangers d'accéder à certains secteurs ou activités, soit en leur imposant des conditions particulières.

La limitation de la liberté d'investir est un droit légitime reconnu par la grande majorité des législations en matière d'investissement. Il s'agit notamment des secteurs sensibles ou stratégiques¹¹ comme celui de la défense ou de l'énergie atomique¹². En plus de ce type de limitations, les législations des États objets de notre

⁸ Voir par ex *Loi n° 2016-71 portant loi de l'investissement*, 30 septembre 2016, art 4 (Tunisie) (« [l']investissement est libre [...] ») [*Loi n° 2016-71 de Tunisie* ou Code de l'investissement].

⁹ Laviee, *supra* note 1 à la p 56; Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, 4^e éd, Paris, Dalloz, 1998 aux pp 379, 419.

¹⁰ Charles Leben, « L'évolution du droit international des investissements » dans Société française pour le droit international, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Paris, Pedone, 1999, 7 à la p 11.

¹¹ En l'absence de consensus international sur le sens et la portée de cette expression, chaque pays a sa propre définition de ce qu'il entend par entreprises ou secteurs stratégiques.

¹² Un éventail potentiellement large de secteurs peut être considéré comme stratégiquement important. Une importante catégorie est celle de l'infrastructure nationale, y compris les télécommunications, le transport, l'énergie, la distribution d'eau, etc. De plus, il peut y avoir dans tel ou tel pays des secteurs d'activité spécifiques qui ont une grande importance pour l'économie nationale et que le pays en question considère comme stratégiques.

étude prévoient d'autres limitations.

Selon certaines législations, les textes fixent une liste positive des branches d'activités ou de mesures auxquelles s'applique le principe de non-discrimination. C'est notamment le cas de l'article 1^{er} du Code d'incitation aux investissements égyptien (CII)¹³. L'investissement dans tous les autres secteurs ou activités doit respecter une certaine procédure de déclaration ou d'autorisation spéciale après une négociation avec l'autorité compétente de l'État d'accueil. Lorsqu'il s'agit d'une négociation avec l'État, le critère pris en considération est généralement l'importance du projet¹⁴. Il est important de mentionner que certaines législations arabes en la matière ont remplacé le terme « agrément » par celui de « déclaration »¹⁵. Dans la pratique, la distinction entre le régime de la déclaration et celui de l'autorisation n'est pas nette¹⁶.

Selon une deuxième catégorie de législations, les textes délimitent la liberté d'investissement en fixant préalablement une liste négative des secteurs et/ou activités auxquels le principe de la liberté d'investissement ne s'applique pas ou est soumis à des réglementations spéciales. Cette délimitation varie sensiblement selon les législations. Tous les secteurs sont donc ouverts aux investisseurs, mais les pouvoirs publics conditionnent l'admissibilité d'un investissement dans l'un de ces secteurs par le respect de certaines conditions. La liste des secteurs réglementés est généralement fixée par un décret spécial¹⁷. À titre d'exemple, l'investissement dans le secteur touristique, en Tunisie, est soumis à l'obtention préalable de l'accord du ministre du Tourisme¹⁸. Tout investissement dans ce secteur doit solliciter l'autorisation du ministre des Finances via l'Office national du tourisme tunisien (ONTT)¹⁹. Il devra aussi, dans un délai d'un an, solliciter l'accord définitif de son projet. Aussi bien pour l'accord préalable que pour l'accord définitif, la loi envisage la possibilité d'un refus de l'accord par les autorités compétentes²⁰. Le secteur financier est également l'un des secteurs les plus contrôlés en Tunisie. La création d'établissements de crédit, sous

¹³ *Loi n° 8 de 1997 relative aux investissements* (Égypte).

¹⁴ Ferhat Horchani, *L'investissement inter-arabe : Recherche sur la contribution des conventions multilatérales arabes à la formation d'un droit régional des investissements*, Tunis, Centre d'études de recherches et de publications, 1992 aux pp 291-92.

¹⁵ Voir *Loi n° 93-120 de Tunisie*, supra note 5, art 1; *Loi n° 2016-71 de Tunisie*, supra note 8, art 15.

¹⁶ Alors que le régime de la déclaration suppose la non-interférence de l'administration et le simple enregistrement de l'investissement, les services compétents n'accordent le récépissé de déclaration qu'après examen du dossier.

¹⁷ Voir par ex *Décret n° 94-492 portant fixation des listes des activités relevant des secteurs prévus par les articles 1, 2, 3 et 27 du code d'incitations aux investissements*, 28 février 1994 (Tunisie).

¹⁸ *Loi n° 90-21 portant promulgation du code des investissements touristiques*, 19 mars 1990, art 6 (Tunisie) [*Loi n° 90-21 de Tunisie*] (« [t]oute personne physique ou morale désirent effectuer un investissement touristique [...] doit solliciter et obtenir préalablement, l'accord du ministre chargé de la tutelle du secteur touristique. Le ministre peut toutefois déléguer ses pouvoirs au directeur général de l'ONTT »).

¹⁹ Ce type de limitation est prévu par une grande partie des législations des États arabes. Voir par ex *Code des investissements agricoles formé par les lois n° 1-69-25 de 1969, n° 1-97-171 de 1997 et n° 1-01-55 de 2001* (Maroc) (l'investissement dans le secteur agricole est réglementé par des législations spécifiques).

²⁰ *Loi n° 90-21 de Tunisie*, supra note 18, art 7-8.

forme d'établissements bancaires ou d'établissements financiers, est soumise à l'agrément du ministre des Finances sur rapport de la Banque centrale de Tunisie²¹. L'agrément est également requis pour investir dans le secteur de la promotion immobilière²² ou dans le domaine minier²³. La sanction du non-respect de la condition de l'agrément dépend de chaque législation. Dans certaines législations, cette sanction peut aller jusqu'à la fermeture de l'entreprise²⁴. Le nouveau Code d'investissement ne précise pas les secteurs ou activités réglementés. Toutefois, il prévoit qu'il sera complété par des décrets d'application qui doivent fixer des listes des secteurs qui sont réglementés ou exclus.

Le règlement exécutif du code saoudien d'investissement²⁵ prévoit également une longue liste des secteurs et activités qui n'entrent pas dans son champ d'application dont l'accès nécessite une autorisation ou négociation spécifique avec l'État²⁶.

Enfin, en vertu de certaines législations, qui ne font pas l'objet de notre étude, le code d'investissement exclut de son champ d'application certains secteurs et/ou activités. Cette exclusion implique un renvoi à d'autres réglementations internes régissant ces secteurs²⁷.

La limitation ou la prohibition d'investir dépendent de l'importance ainsi que de la sensibilité des secteurs et activités exclus ou réglementés. Ainsi, les secteurs touristique et pétrolier constituent les principales sources de financement pour la majorité des États arabes. Il n'est donc pas de question pour ces États de permettre aux investisseurs de réaliser de grands bénéfices sans aucun contrôle ou participation. En pratique, les activités et les secteurs réglementés ne sont pas minimes et concernent la plupart des ressources vitales du pays. Il est probable que le classement de secteurs ou d'activités dans les catégories d'une importance stratégique évolue avec le temps, par exemple suite à la venue au pouvoir d'un nouveau gouvernement et aux changements qui en résultent dans les politiques économiques. C'était notamment le cas de plusieurs législations des pays arabes comme l'Égypte, la Libye, la Tunisie, l'Algérie, et certains pays du Golfe²⁸. Ces pays ont opté, après leur indépendance, pour une politique libérale afin d'attirer les investisseurs étrangers. Or, leur méfiance

²¹ *Loi n° 2006-19 modifiant et complétant la loi n° 2001-65 du 10 juillet 2001 relative aux établissements de crédit*, 2 mai 2006 (Tunisie).

²² *Loi n° 90-17 portant refonte de la législation relative à la promotion immobilière*, 26 février 1990 (Tunisie).

²³ *Loi n° 2003-30 du 28 avril 2003 portant promulgation du code minier* (Tunisie).

²⁴ *Loi n° 74-74 du 3 août 1974 relative aux investissements dans les industries manufacturières*, 3 août 1974, art 4 (Tunisie).

²⁵ *Règlement n° 1897 de 1981, supra* note 6.

²⁶ Les secteurs sont énumérés à la section I.A.1.

²⁷ *Ordonnance n° 01-03 relative au développement de l'investissement*, 20 août 2001, art 35 (Algérie) (« sont abrogées, à l'exception des lois relatives aux hydrocarbures susvisées, toutes dispositions antérieures contraires à la présente ordonnance [...] ») [*Ordonnance n° 01-03 de l'Algérie*]. Voir aussi *Loi n° 5 1426 PB 1997 pour la promotion de l'investissement du capital étranger, comme amendé par la loi n° 7 1371 PD 2003*, art 26 (Libye).

²⁸ Voir notamment El-Ahdab, *supra* note 7 à la p 814; Dahmane Ben Abderrahmane, « L'investissement étranger en Algérie » (1998) 5 Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation 987 à la p 987.

envers l'investissement étranger en général et les juridictions arbitrales étrangères en particulier s'est rapidement développée à la suite de quelques sentences arbitrales à leur rencontre²⁹. À titre d'exemple, la *Loi n° 43 de 1974 égyptienne* « régissant l'investissement du capital arabe et étranger et les zones franches » est qualifiée d'instrument essentiel de cette ouverture³⁰. Elle a ouvert le pays aux capitaux étrangers et a établi une liste des secteurs accessibles ; en fait, faute de critères bien définis, elle laisse libre accès à la plupart des secteurs de l'économie³¹. L'Autorité générale pour l'investissement et les zones franches (GAFI) est désormais chargée de l'agrément de l'investissement étranger³².

La question qui mérite d'être posée ici concerne l'effet d'une telle évolution ou changement de législations sur les investissements qui sont déjà admis. En d'autres mots, un secteur ou une activité qui n'est pas considéré comme étant d'une importance stratégique au moment de l'admission de l'investissement peut-il être classé comme stratégiquement important à un stade ultérieur ? Il est également nécessaire de s'interroger sur l'importance de l'interdiction ou de la limitation des secteurs d'investissement en la présence d'un traité bilatéral d'investissement (TBI), postérieur à l'installation d'investissement, entre l'État arabe d'accueil et celui dont l'investisseur est ressortissant, permettant à l'investisseur d'y accéder.

En effet, la plupart des TBI signés par des parties arabes ne s'appliquent pas à la phase de pré-établissement, c'est-à-dire qu'ils n'imposent pas aux parties contractantes d'obligations contraignantes en ce qui concerne l'admission de l'investissement étranger³³. Ces TBI n'empêchent donc pas les parties contractantes de refuser l'accès à des investisseurs étrangers à certains secteurs et activités avant son entrée en vigueur³⁴. Même les nouvelles générations des TBI accordant des droits d'établissement excluent de leur champ d'application, expressément ou implicitement, certains secteurs ou activités stratégiques. Elles prévoient en général que les investissements étrangers seront admis conformément à la législation du pays

²⁹ Voir notamment *Saudi Arabia v Arabian American Oil Company* (1958), 27 ILR 203 aux pp 272-363 [Aramco]; Suzanne Bastid, « Le droit international dans la sentence arbitrale de l'ARAMCO » (1961) 7:1 AFDI 300 à la p 303; Henri Batiffol, « La sentence Aramco et le droit international privé » (1964) 53 Rev crit dr int privé 647 aux pp 650-51.

³⁰ *Loi n° 43 de 1974, supra* note 4.

³¹ Leboulanger, *supra* note 7 à la p 327; El-Ahdab, *supra* note 7 à la p 814.

³² « General Authority for Investment and Free Zones », en ligne : <www.gafi.gov.eg>.

³³ C'est le cas de l'accord entre l'Égypte et les Pays-Bas. Voir *Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between Egypt and the Netherlands*, 17 janvier 1996, (entrée en vigueur : 1^{er} mars 1998), en ligne : UNCTAD <investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1094> [*Accord Égypte-Pays-Bas*].

³⁴ Bien sûr, la situation peut être différente dans le cas où l'accord contient une clause de non-discrimination, c'est-à-dire qu'il accorde aux investisseurs étrangers le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée pour ce qui est de leur établissement dans le pays d'accueil. Voir par ex *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République libanaise pour l'encouragement et la protection des investissements*, 11 avril 1997, RT Can 1999 n° 15, art 3 (entrée en vigueur : 19 juin 1999) [*Accord Canada-Liban*]; *Agreement Between Japan and Egypt Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, 28 janvier 1977, 1225 UNTS 163, art 2(2) (entrée en vigueur : 14 janvier 1978) [*Accord Japon-Égypte*].

d'accueil³⁵ ou que l'investissement dans certains secteurs ou activités sera régi par des règles spécifiques³⁶, ou encore les normes de traitement convenues, telles que le traitement national ou celui de la nation la plus favorisée, ne sont pas applicables à l'admission des investissements³⁷. Une mesure rejetant l'investissement étranger pour des raisons de la nature du secteur ou de l'activité économique sera donc légitime même si elle est en fait incompatible avec l'objectif général de l'accord, qui consiste à créer un environnement accueillant pour les étrangers.

Enfin, il peut arriver qu'après l'établissement, le pays d'accueil déclare le secteur économique concerné comme étant un secteur d'importance stratégique ou souhaite le réserver à des entreprises nationales. Dans ce cas, l'investisseur se trouve devant l'obligation de renégocier son contrat d'investissement en vigueur ou de le vendre à une entreprise nationale. La pratique arbitrale en la matière offre beaucoup d'exemples où l'État a pu nationaliser ou exproprier l'investissement en raison du classement du secteur d'investissement comme stratégique³⁸. Il est à mentionner que les accords bilatéraux signés par les trois États étudiés dans cet article, contrairement à d'autres accords³⁹, ne reconnaissent que rarement la clause de stabilisation des législations internes.

1. DES ACTIVITÉS ET/OU SECTEURS RÉSERVÉS AUX INVESTISSEURS NATIONAUX

Les législations tunisienne et saoudienne prévoient des réserves au profit des investisseurs nationaux. L'adoption de ce type de réserve signifie simplement que l'investisseur étranger ne peut accéder à aucun des secteurs énumérés⁴⁰. Cette politique qui vise à favoriser l'investisseur national ou à lui réserver le droit d'accès à certains secteurs a été toujours adoptée dans les législations tunisiennes. Elle impose aux investisseurs étrangers souhaitant accéder à certains secteurs ou activités

³⁵ *Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et l'Égypte concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, 28 février 1999, art 2 (entrée en vigueur : 24 mai 2002), en ligne : UNCTAD <investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/355>.

³⁶ Voir *Ordonnance n° 01-03 de l'Algérie*, supra note 27.

³⁷ Des rares exceptions sont à mentionner. Voir par ex *Accord Japon-Égypte*, supra note 34 (il stipule le traitement de la nation la plus favorisée en matière d'admission).

³⁸ Il y a eu plusieurs cas dans lesquels des gouvernements ont exigé que des investisseurs étrangers établis renégocient des contrats d'investissement existants ou renoncent entièrement à leur investissement. Voir Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement : études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement*, New York, ONU, 2009 à la p 33.

³⁹ Voir par ex *Agreement Between the Government of the United Kingdom and the Government of Bangladesh for the Promotion and Protection of Investments*, 19 juin 1980 (entrée en vigueur : 19 juin 1980), en ligne : UNCTAD <investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/277>. L'accord contient une disposition de stabilisation de la législation de l'État d'accueil au moment de l'entrée en vigueur du traité. En d'autres termes, même si la loi d'un État partie venait à être modifiée, la législation applicable à l'admission des investissements en provenance de l'autre partie demeurera celle en vigueur au 19 juin 1980).

⁴⁰ Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, « UNCTAD Annual Report 2014 », en ligne : UNCTAD <unctad.org/en/PublicationsLibrary/dom2015d1_en.pdf>.

l'association avec un partenaire tunisien majoritaire⁴¹. Un décret-loi datant de 1961 dispose en effet que seules les personnes physiques ou morales de nationalité tunisienne peuvent exercer une activité commerciale ou industrielle en Tunisie⁴². De plus, dans le cas d'une société anonyme, la majorité des membres de son conseil d'administration doivent être des personnes physiques de nationalité tunisienne et le président-directeur général doit également être tunisien : « Si le président n'a pas les pouvoirs de direction générale, le président ou le directeur général doit être de nationalité tunisienne, le directeur général devant par ailleurs résider en Tunisie »⁴³. Ce type de réserves en faveur des investisseurs nationaux ne semble pas être abrogé par le nouveau Code d'investissement⁴⁴. Celui-ci réitère le principe de la liberté d'investir, déjà établi par l'ancien code, qui accompagne la garantie de non-discrimination en matière de traitement de l'investisseur étranger. En vertu d'un tel principe, sous des conditions comparables, un investisseur étranger ne sera pas traité de manière moins favorable qu'un investisseur tunisien⁴⁵. Mais en réalité, il existe une nette distinction entre le domaine de l'admission et celui du traitement de l'investissement. Le nouveau Code prévoit la mise en place d'un décret d'application avant le 1^{er} janvier 2017. Ce dernier devrait préciser si le principe de non-discrimination est applicable ou non en matière d'admission de l'investissement. Enfin, l'article 5 du nouveau Code, autorisant les investisseurs nationaux à acquérir des terres agricoles et à les exploiter pour la réalisation d'opérations d'investissement agricole ou la continuation de celles-ci, a été critiqué par certains analystes économiques dans la mesure où il permet à l'investisseur étranger de se cacher derrière une entreprise tunisienne pour posséder des terres agricoles.

Quant aux législations saoudiennes, malgré l'adoption d'un code plus attractif, on relève certaines restrictions en termes de participations étrangères : une liste « négative » exclut trois catégories de production et dix-neuf industries de services de l'investissement étranger⁴⁶. Cette liste comprend « l'amont pétrolier (exploration, forage et production) du fait de son exclusion du processus d'ouverture du secteur des hydrocarbures saoudien « Gas Initiative ». Elle comprend également l'investissement immobilier et les services aux pèlerins, exclus pour des raisons religieuses ». La liste négative s'étend aussi à un nombre important de secteurs et activités auxquels l'investisseur étranger ne peut pas accéder⁴⁷. Les étrangers sont

⁴¹ Dans la pratique, l'interdiction aux étrangers d'accéder à certains secteurs ou activités risque d'être dérogée soit par une participation cachée soit par une participation autorisée avec l'investisseur national.

⁴² France, *JO*, Sénat, Débats parlementaires, Compte rendu intégral, séance du 11 juin 2015 à la p 1362 (Joëlle Garriaud-Maylam).

⁴³ Ce type de réserves est adopté par d'autres législations des pays arabes. Voir par ex *Loi n° 16 de 1995*, *JO n° 4075*, 16 octobre 1995 (amendée en 2003) (Jordanie) (les investissements étrangers sont interdits dans un nombre important de secteurs).

⁴⁴ *Loi n° 2016-71 de Tunisie*, *supra* note 8.

⁴⁵ *Ibid*, art 7.

⁴⁶ Voir « Autorité générale saoudienne d'investissement », en ligne : <sagia.gov.sa> (la liste de secteurs et activités fermés aux étrangers est périodiquement révisée) [*SAGIA*].

⁴⁷ Voir « Ministère du commerce et de l'investissement », en ligne : <mci.gov.sa> (la liste négative comprend les secteurs et activités suivants : la santé, les transports, les télécommunications, la distribution, les services aux armes, l'importation, la publication d'ouvrages ainsi que d'autres activités) [*MCI*].

également confrontés à d'importantes difficultés en matière de transmission d'entreprises dans plusieurs pays arabes. Plus généralement, de multiples exigences compliquent l'installation d'investisseurs étrangers, et notamment le très long délai de délivrance des cartes de séjour — avec des difficultés spécifiques rencontrées par les retraités — et la nécessité d'obtenir une autorisation préalable du Gouverneur pour tout achat ou toute vente de bien immobilier par un étranger, source de délais considérables.

Les restrictions prévues par les législations saoudienne et tunisienne, surtout la discrimination au profit des investisseurs nationaux, ne nous semblent pas absolues en la pratique. Elle peut être dérogée par une autorisation administrative à la suite d'une négociation entre l'investisseur et l'État. Quant aux accords bilatéraux signés par ces États, les textes, même ceux reconnaissant le principe du traitement national ou celui de la nation la plus favorisée, ne semblent pas reconnaître plus de liberté aux investisseurs. L'ensemble de ces accords renvoie aux législations internes en ce qui concerne la question de l'admission des investissements⁴⁸. De rares exceptions sont à mentionner. Ainsi, l'*Accord Japon-Égypte* prévoit le traitement de la nation la plus favorisée en matière d'admission⁴⁹.

B. La propriété des étrangers sur le territoire de l'État hôte

L'acquisition des biens sur le territoire de certains États arabes par des étrangers, qu'elle soit pour des raisons économiques, historiques ou sociales, est soumise à des conditions exceptionnelles. Elle est interdite dans la majorité des cas. Or, vu l'importance de reconnaître ce droit aux investisseurs étrangers en tant qu'élément d'attraction, cette interdiction peut être dérogée dans certains cas sur une autorisation spéciale.

1. L'INTERDICTION DE S'APPROPRIER PAR DES ÉTRANGERS

En ce qui concerne les étrangers, le droit à la propriété immobilière est source principale de préoccupation dans la majorité des législations des États arabes. Les constitutions dans ces pays lui accordent des soins spéciaux. Dans la grande majorité des anciennes législations, l'accès des étrangers à la propriété d'un bien immobilier constituait une violation de la règle générale interdisant ce genre d'appropriation⁵⁰. L'acte de s'approprier par un étranger a été considéré par ces législations comme un élément de la souveraineté nationale qui ne doit être dérogé

⁴⁸ L'Arabie saoudite est signataire de 23 accords dont 17 seulement sont en vigueur. Quant à la Tunisie, parmi les 61 accords signés, 33 sont en vigueur. Voir UNCTAD, « Investment Policy Hub », en ligne : UNCTAD <investmentpolicyhub.unctad.org> (liste des accords d'investissement de l'Arabie saoudite et de la Tunisie).

⁴⁹ Voir *Accord Japon-Égypte*, supra note 34, art 2(2) (« [n]ationals and companies of either Contracting Party shall within the territory of the other Contracting Party be accorded treatment no less favourable than that accorded to nationals and companies of any third country in respect of the admission of investment »).

⁵⁰ Farhat J Ziadeh, *Property Law in the Arab World*, Washington, Sage, 1979 à la p 79 et s.

que par une autorisation justifiant la cause de la dérogation. Les fondements de telles restrictions tiennent à des considérations de sécurité et d'indépendance nationales. L'interdiction aux étrangers d'accéder à la propriété immobilière prend deux formes selon la législation.

Selon certaines législations, l'acquisition des biens immobiliers sur le territoire d'un État n'est reconnue qu'aux personnes physiques ou morales ayant sa nationalité.

L'interdiction aux étrangers d'acquérir des biens immobiliers est souvent intégrale dans un ou plusieurs secteurs comme le cas des législations égyptienne et tunisienne, selon lesquelles l'acquisition d'une terre agricole comme propriété par un étranger n'est pas possible⁵¹. L'interdiction est souvent prévue d'une manière explicite. En ce sens, l'article 3 de l'ancien Code d'investissement dispose que « [I]es étrangers peuvent investir dans le secteur agricole dans le cadre de l'exploitation par voie de location des terres agricoles. Toutefois, ces investissements ne peuvent en aucun cas entraîner l'appropriation par les étrangers des terres agricoles⁵² ». Les investisseurs étrangers peuvent uniquement prendre des engagements pour des baux de longue durée, mais seulement dans la mesure où la participation étrangère dans les sociétés d'exploitation n'excède pas 66 %⁵³. L'article 5 du nouveau Code d'investissement stipule également que « [I]'investisseur est libre d'acquérir ou louer ou exploiter le foncier non agricole [...]»⁵⁴. C'est également le cas de la *Loi égyptienne n° 15 de 1963 concernant la détermination du champ d'interdiction de la propriété étrangère*. Selon l'article 1^{er} de cette loi, « [i]l est interdit aux étrangers, qu'ils soient des personnes physiques ou morales, d'acquérir une propriété foncière ou des terres agricoles ou désertiques [...]»⁵⁵. Il est à noter que le législateur égyptien a autorisé, dans une série de lois ultérieures, les étrangers à acquérir des propriétés immobilières⁵⁶. Pourtant, ces nouvelles législations ne prévoient pas la possibilité d'acquérir des terres agricoles par un étranger⁵⁷.

L'interdiction telle qu'elle est prévue par les articles précédents, est impérative et ne connaît pas d'exception. Il est donc indispensable pour un investisseur étranger voulant investir dans le secteur agricole de passer par la voie de location⁵⁸. L'interdiction peut être justifiée ici par des raisons économiques et sociales

⁵¹ Voir par ex *Loi n° 15 sur l'interdiction de la propriété étrangère des terres agricoles*, 1963 (Égypte), art 1.

⁵² *Loi n° 93-120 de Tunisie*, *supra* note 5.

⁵³ Jihen Chandoul, « La propriété des terres dans le nouveau code d'investissement : vers une recolonisation agricole ? » (10 mai 2014), *Débat national sur l'économie en Tunisie* (blogue), en ligne : <debateconomietunisie.wordpress.com/2014/05/10/propriete-terres-agricoles>.

⁵⁴ *Loi n° 2016-71 de Tunisie*, *supra* note 8.

⁵⁵ *Loi n° 15 concernant la détermination du champ d'interdiction de la propriété étrangère*, 1963 (Égypte).

⁵⁶ *Loi n° 230 concernant la réglementation de la propriété des biens immobiliers et de terrains d'espace*, 1996 (Égypte); *Loi n° 8 relative aux investissements*, 1997 (Égypte); *Décision n° 350 du premier ministre Ahmed Nazif*, 2007 (Égypte) [*Décision n° 350 du premier ministre*].

⁵⁷ Le droit donné aux investisseurs étrangers en vertu de ces législations est conditionné par l'obtention d'une autorisation de l'autorité compétente.

⁵⁸ Les investisseurs étrangers peuvent posséder au maximum 2/3 du capital du projet investi.

spécifiques à chaque pays⁵⁹. Cependant, elle peut être critiquée par le fait qu'elle oblige l'investisseur étranger à se soumettre aux conditions imposées par le propriétaire. Le fait de ne permettre à l'investisseur d'investir que par la voie de location donne au propriétaire le pouvoir de fixer des prix exorbitants. Cette obligation peut coûter cher à l'investisseur surtout dans le cas où il n'existe pas de règlement qui régit ce genre de location, ce qui est le cas dans certains pays arabes.

L'interdiction de l'accès à la propriété immobilière caractérise de nos jours une minorité d'États ou un nombre limité de secteurs⁶⁰. Les deuxième et troisième générations de législations, surtout celles des États qui ont subi des changements politiques et économiques ces dernières années, prévoient des atténuations à ce principe d'interdiction. Ainsi, le nouveau code tunisien d'investissement comme le nouveau *Projet de loi égyptien sur l'investissement* prévoient que cette interdiction peut être dérogée soit par une autorisation spécifique, soit en permettant à l'investisseur étranger de passer par une société nationale⁶¹.

Enfin, la tendance des pays étudiés à empêcher l'investisseur étranger d'accéder à la propriété immobilière peut être critiquée, surtout en considérant l'état actuel d'instabilité politique dans la région. L'attraction des capitaux étrangers, objectif commun recherché par la majorité des pays du monde, doit être considérée comme une exigence de la mondialisation.

2. LA PROPRIÉTÉ DES ÉTRANGERS CONTRÔLÉE PAR L'ÉTAT HÔTE

Vu l'importance capitale de la question de la propriété des étrangers, certains États lui ont consacré des dispositions particulières dans leurs nouvelles législations. Néanmoins, leur reconnaissance de ce droit n'a pas été absolue ou sans condition.

En vertu de droit saoudien, un étranger ne peut acquérir des biens immobiliers à l'exception des biens immobiliers situés dans certaines zones géographiques. Ainsi, l'article 5 du Code relatif à l'acquisition des biens immobiliers par les non-saoudiens dispose qu'« il n'est pas permis aux non-saoudiens, que par voie de succession, d'acquérir la propriété, la servitude ou l'utilisation de biens immobiliers situés dans les limites des villes de la Mecque et de Médina [...] »⁶². De même, le droit égyptien interdit aux étrangers d'acquérir des biens immobiliers dans certaines régions déterminées par décret⁶³.

⁵⁹ Par exemple en Arabie Saoudite, l'interdiction de s'approprier par des étrangers dans les limites des villes de la Mecque et de Médina se justifie par des raisons religieuses. Anthony H. Cordesman, *Saudi Arabia Enters the 21st Century*, CT and London ; Praeger & the Center for Strategic and International Studies, Washington DC, 2003 à la p 334.

⁶⁰ Notamment les États arabes du Golfe.

⁶¹ *Loi n° 2016-71 de Tunisie*, supra note 8, art 5; *Projet de loi égyptien sur l'investissement*, supra note 6, art 23 et s.

⁶² *Loi n° 89 promulguant le code relatif à l'acquisition des biens immobiliers par les non-saoudiens*, 8 avril 2000 (Arabie Saoudite).

⁶³ Voir *Décision n° 350 du premier ministre*, supra note 56, art 2-3 (il est interdit aux étrangers d'acheter ou d'acquérir les biens immobiliers ou les terres dans les régions stratégiques ou celles dans la presqu'île de Sinaï).

L'interdiction, telle qu'elle est prononcée par les législations saoudienne et égyptienne, n'entraîne pas une interdiction d'investir. Cependant, tout investissement réalisé dans les zones déterminées par les textes doit passer par un partenaire local ou par la voie de location. Cette interdiction a été souvent justifiée par des raisons sociales et religieuses et non économiques⁶⁴. En conséquence, et contrairement à l'interdiction d'investir dans certains secteurs pour des raisons purement économiques, la limitation de la propriété des étrangers dans une région déterminée est un droit valablement reconnu à chaque État selon la situation et n'a pas le même effet négatif sur l'attraction de l'investissement. La règle générale est donc la possibilité de s'approprier par des étrangers et l'interdiction de s'approprier est l'exception qui ne concerne que les régions déterminées par la loi⁶⁵.

Dans certaines législations qui ne font pas l'objet de cette étude, la propriété de l'investisseur étranger ne doit pas dépasser un certain taux déjà fixé par l'État d'accueil. L'article 7 du Code libanais concernant la propriété des étrangers au Liban⁶⁶ précise en ce sens que la propriété des non libanais ne doit pas dépasser 3 % de la surface totale de l'État libanais ou 3 % de la superficie de la ville dans laquelle l'investisseur décide d'investir. Cette propriété peut atteindre 10 % de la superficie totale de la ville de Beyrouth⁶⁷. Toutefois, un décret du Conseil des ministres peut autoriser les investisseurs étrangers à dépasser le taux de 3 %⁶⁸. Ainsi, la loi libanaise reconnaît désormais deux régimes de propriété pour les investisseurs étrangers. D'une part, il y a le régime général qui s'applique à tous les investisseurs. Selon ce régime, tous les investisseurs, quelle que soit leur nationalité, ont la possibilité d'acquérir 3 % de la superficie de la ville dans laquelle le projet d'investissement s'est installé ou 10 % de la superficie de Beyrouth. D'autre part, il existe le régime dérogatoire selon lequel tout investisseur a le droit de dépasser le taux de 3 % en obtenant une autorisation spéciale du Conseil des ministres. Ce qui est certain est que le législateur, en prévoyant ce régime exceptionnel, a voulu viser les investisseurs puissants ayant de grands projets d'investissement pour l'État. Il y a donc peu de chances que l'autorisation ne soit pas accordée, surtout lorsque le projet d'investissement est important.

⁶⁴ *Règlement n° 1897 de 1981, supra* note 6 (l'interdiction de la propriété a été justifiée par la maintenance du caractère légitime de Médina et de la Mecque en tant que siège des rites religieux), Anthony H. Cordesman, *Saudi Arabia Enters the 21st Century*, CT et London ; Praeger & the Center for Strategic and International Studies, Washington DC, 2003 à la p 334.

⁶⁵ Une autre forme de limitation indirecte peut être remarquée dans certaines législations interdisant ou limitant aux étrangers d'investir dans certains secteurs. L'interdiction implique ici une limitation indirecte du droit de l'investisseur d'acquérir des biens immobiliers dans la région où se situent le ou les secteurs exemptés. Même si la loi n'interdit pas expressément à l'investisseur d'acquérir des biens immobiliers, il serait étonnant que l'investisseur opte pour une telle propriété sans pouvoir investir.

⁶⁶ *Loi n° 296*, 13 décembre 2000 (Liban).

⁶⁷ La loi reconnaît deux exceptions selon lesquelles le pourcentage fixé ne doit pas être appliqué sur la personne morale étrangère. La première exception inclut les sociétés par actions ou celles en commandite détenues par une majorité libanaise des personnes physiques ou morales. La deuxième exception concerne les sociétés des personnes ou celles à responsabilité limitée dans lesquelles une majorité de personnes physiques ou morales libanaises détient la majorité des actions. Voir *ibid.*

⁶⁸ *Loi n° 15740*, 11 mars 1964 (Liban), art 2-3 (cette loi abroge l'ancienne *Loi n° 15740* du 11 mars 1964 selon laquelle la priorité de toute personne physique ou morale étrangère n'était possible que sur une autorisation spéciale et ne pouvait pas dépasser 10 000 m² de la superficie de la région).

L'interdiction ou la limitation du droit d'acquérir des biens immobiliers par des étrangers, sauf pour des raisons géopolitiques ou religieuses, doit être considérée comme une condition décourageant les investisseurs étrangers⁶⁹. Toutefois, elle reste sans effet en la présence d'un grand nombre d'accords bilatéraux signés par les États en question, reconnaissant aux investisseurs de l'autre État partie un traitement non moins favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux ou aux ressortissants d'autres États⁷⁰. Elle peut également être dérogée par une autorisation spécifique suite à une négociation entre l'investisseur et l'État.

II. La limitation du pouvoir de l'investisseur de gérer son investissement

En vertu des législations des États en question, autoriser un investissement étranger n'implique pas toujours de reconnaître à l'investisseur une liberté de tout faire ou d'être exonéré de toute obligation. Deux principales obligations sont souvent imposées à la charge de l'investisseur ayant l'autorisation d'investir sur le territoire national : l'obligation de s'associer avec l'État d'accueil (A) et celle d'utiliser de la main-d'œuvre locale (B).

A. L'obligation à l'investisseur de s'associer avec l'État ou ses nationaux

Les trois législations en question imposent la condition d'association entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil ou celle avec un ou plusieurs de ses nationaux majoritaires. La condition d'association est souvent complétée par l'exigence que la société d'investissement soit dirigée par une majorité de nationaux.

1. L'ASSOCIATION AVEC L'ÉTAT MAJORITAIRE

La tendance de s'associer à des investisseurs étrangers a été adoptée par certains États arabes de l'Afrique du Nord avec le mouvement de nationalisation après les années 70⁷¹. Elle a par la suite été adoptée par beaucoup d'États récepteurs d'investissements. Les législations l'adoptant prévoient souvent que l'investisseur étranger doit impérativement passer par une société nationale dans laquelle l'État possède au moins 51 % du capital social.

⁶⁹ Florence Brondeau, « Les investisseurs étrangers à l'assaut des terres agricoles africaines : réflexions sur le dernier avatar des politiques agricoles post coloniales » (2010) 14 *EchoGéo* <echogeo.revues.org/12008>.

⁷⁰ Voir par ex *Accord Canada-Liban*, *supra* note 34, art 4.

⁷¹ Sur les nationalisations tunisiennes et algériennes, voir par ex Emma Murphy, *Economic and Political Change in Tunisia : From Bourguiba to Ben Ali*, Macmillan, Londres, 1999; Jean Touscoz, « La nationalisation des sociétés pétrolières françaises en Algérie et le droit international » (1972) 8 *Rev b dr Intern* 482; Philippe Manin, « Le différend franco-algérien relatif aux hydrocarbures » (1971) 17 *AFDI* 147.

Ce type d'association est prévu dans certaines législations comme une condition déterminante de l'admissibilité ou de l'inadmissibilité du projet d'investissement. Ainsi, en vertu du Code tunisien sur l'investissement, si la participation étrangère dépasse 50 % dans certains secteurs de services, l'approbation de la commission supérieure d'investissement est nécessaire lorsque l'activité n'est pas totalement exportatrice⁷². Quant au secteur agricole, les étrangers peuvent investir dans le cadre de l'exploitation par voie de location des terres agricoles. La participation étrangère dans ces sociétés d'exploitation ainsi que dans les sociétés d'aquaculture et de pêche dans les eaux tunisiennes du nord ne peut en principe être supérieure à 50 %. Toutefois, ce taux peut atteindre 66 % dans certains cas, mais uniquement sur autorisation spécifique. De même, l'acquisition d'actions d'entreprises tunisiennes en activité se fait sans autorisation jusqu'à 49,99 % du capital. Toute acquisition dépassant ce plafond est soumise à l'approbation de la Commission supérieure d'investissement. Le décret d'application du nouveau Code d'investissement devra préciser si le principe de non-discrimination, reconnu en faveur de l'investisseur étranger, est applicable ou non concernant l'investissement dans ces secteurs ou concernant les taux de participation étrangère pouvant être atteints.

La condition de la participation avec l'État majoritaire ne nous semble pas mieux traitée dans les législations saoudiennes. En effet, le législateur saoudien a reconnu aux investisseurs étrangers un traitement non moins favorable que celui reconnu aux investisseurs nationaux en ce qui concerne les avantages, les garanties et la propriété des biens immobiliers⁷³. En même temps, il a précisé que, par exception, l'investisseur étranger doit respecter certaines dérogations à cette règle et accepter de participer avec l'État. Or, la liste des secteurs et activités exemptés n'est pas minime. En plus, le règlement exécutif du code d'investissement prévoit une longue liste des secteurs et activités qui n'entrent pas dans son champ d'application et dont l'accès nécessite une autorisation ou négociation spécifique avec l'État⁷⁴. Le secteur pétrolier est l'un des secteurs mentionnés dans cette liste. Dans une telle situation, l'investisseur étranger peut se voir imposer cette condition de participation afin de pouvoir accéder à un secteur réglementé ou exclu ou pour pouvoir bénéficier de certains avantages et/ou garanties.

Le taux de la participation que l'investisseur étranger doit respecter varie selon la situation économique ou politique de l'État en question. Elle varie également selon le secteur dans lequel l'investissement est réalisé. D'une manière générale, les deuxième et troisième générations des législations sur l'investissement sont plus avantageuses pour l'investisseur et moins rigoureuses lorsqu'il s'agit de l'obligation de participation avec l'État majoritaire. Plusieurs législateurs, même ceux qui sont traditionnellement méfiants envers l'investissement étranger, prévoient de plus en

⁷² Décret n° 97-503 portant fixation des listes des activités relevant des secteurs prévus par les articles 1, 2, 3 et 27 du code d'incitations aux investissements, 14 mars 1997 (Tunisie).

⁷³ Ambassade de France en Arabie Saoudite, Service économique, « Les investissements directs étrangers en Arabie Saoudite : état des lieux en 2014 », en ligne : France diplomatie <www.diplomatie.gouv.fr>.

⁷⁴ MCI, *supra* note 47.

plus des atténuations à cette obligation. Ainsi, le gouvernement saoudien a récemment annoncé l'ouverture du commerce de détail à une participation 100 % étrangère et lancé un vaste programme de privatisations⁷⁵.

L'obligation de s'associer à l'État majoritaire ou à l'un de ses nationaux doit être considérée comme avantageuse tant pour l'investisseur que pour l'État dans la mesure où elle constitue une dérogation aux politiques de limitation voire d'interdiction de la propriété des étrangers. Même si elle n'est pas toujours souhaitée par les investisseurs, elle demeure une formule largement nécessaire, surtout dans les pays économiquement riches où la possibilité de faire des concessions n'est pas encore envisageable. Cette obligation reste certes sans effet en la présence d'un traité bilatéral reconnaissant à l'investisseur étranger le droit d'avoir l'intégralité ou une grande partie de l'investissement. Il en est de même lorsque le traité prévoit le principe de non-discrimination ou celui de la nation la plus favorisée.

2. LE CONTRÔLE DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER PAR DIRECTION

La condition de la participation majoritaire est parfois complétée par une autre exigence en vertu de laquelle la société implantée ou sa filiale ouverte sur le territoire de l'État hôte doit être dirigée par un national ou par une majorité des associés ayant la nationalité de l'État hôte. C'est notamment le cas de l'article 412 de la Loi tunisienne des sociétés prévoyant l'impossibilité de diriger la société implantée sur le territoire par une majorité étrangère sous peine de nullité. Cela concerne également la fusion d'une ou plusieurs sociétés étrangères dans des sociétés tunisiennes⁷⁶. De même, certaines activités de services (banques, assurances, sociétés d'investissement, etc.) autres que totalement exportatrices sont soumises à approbation lorsque la participation étrangère dépasse 50 % du capital⁷⁷. Beaucoup d'autres législations dans des pays en voie de développement prévoient la même exigence⁷⁸.

La condition de participation majoritaire au contrôle des sociétés implantées sur le territoire national ne peut être expliquée que par la volonté des législateurs de dominer les sociétés étrangères. Cette volonté se traduit par le désir de contrôler toutes les décisions prises, ce qui permet à l'État d'imposer la compétence de ses

⁷⁵ Université de Sherbrooke, « Perspective Monde : Outil pédagogique des grandes tendances mondiales depuis 1945 » (2017), en ligne : <<http://perspective.usherbrooke.ca>>.

⁷⁶ *Loi n° 2000-90 portant promulgation du code des sociétés commerciales*, 3 novembre 2000 (Tunisie), art 412 (« [l]a fusion d'une ou plusieurs sociétés étrangères avec une ou plusieurs sociétés tunisiennes doit aboutir à la constitution d'une société dont la majorité du capital doit être détenu par des personnes physiques ou morales tunisiennes »). Voir aussi *Loi des sociétés n° 159*, 1981 (Égypte), art 175 [*Loi égyptienne des sociétés*].

⁷⁷ Sonia Bessamra et Bénédicte de Saint-Laurent, dir, *Investir dans la région MEDA, pourquoi, comment ?*, AFII-ANIMA, 2007, en ligne : <www.animaweb.org/sites/default/files/07-04-01-guide-investir-meda-fr.pdf>.

⁷⁸ Charles Leben, « Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multilatérales dans le secteur de la production des matières premières minérales » (1980) 3 JDI 539 à la p 565.

tribunaux nationaux en cas de litige éventuel⁷⁹. La situation serait sûrement différente si le code d'investissement prévoyait une clause de règlement de différends devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)⁸⁰. Ainsi, dans l'affaire *CMS Gas Transmission Company v Argentina*, le tribunal arbitral a reconnu le droit pour un actionnaire étranger minoritaire d'une société de droit local victime d'un préjudice du fait de l'État d'accueil d'en demander directement réparation devant un tribunal arbitral en application d'un traité de protection des investissements⁸¹.

La méthode de participation obligatoire peut être critiquée par le fait qu'elle oblige l'investisseur à trouver son partenaire local ou à accepter le partenaire qui lui est imposé. Une telle mission nous paraît difficile pour un investisseur étranger, surtout dans le cas où les règles régissant l'implantation des sociétés étrangères sont dispersées dans plusieurs législations internes, ce qui est le cas de la majorité des législations arabes. Quant à l'exigence que la société d'investissement soit dirigée par un national, elle décourage certes l'investisseur étranger, surtout si celui-ci n'a pas de confiance en son partenaire. Ces deux exigences n'ont plus de sens de nos jours surtout avec le nombre croissant des traités bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements signés par les États en question. Ces traités reconnaissent à l'investisseur étranger une liberté presque absolue de créer et de gérer son investissement dans un grand nombre de secteurs.

B. L'obligation à l'investisseur d'utiliser de la main-d'œuvre locale

L'obligation pour l'investisseur étranger d'embaucher de la main-d'œuvre locale est prévue par la majorité des législations arabes d'investissement ou celles des sociétés⁸². Elle constitue l'une des grandes tendances actuelles qui se traduit par une réglementation du travail plus stricte et des contraintes en matière d'embauche⁸³. Cette condition est souvent accompagnée par la fixation d'un taux minimum que

⁷⁹ OCDE, Division de l'investissement, Direction des Affaires financières et des entreprises, « Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États : vue d'ensemble », en ligne : OCDE <www.oecd.org/investment>.

⁸⁰ *Règlement n° 1897 de 1981*, supra note 6, art 13 (le code saoudien prévoit le seul règlement devant les juridictions internes si le règlement à l'amiable a échoué); *Loi des sociétés n° 159, 1981* (Égypte), art 7 (le Code égyptien et le nouveau projet de loi sur l'investissement reconnaissent le règlement selon les procédures convenues entre l'État et l'investisseur); *Projet de loi égyptien sur l'investissement*, supra note 6, art 24; *Loi n° 2016-71 de Tunisie*, supra note 8 (le Code tunisien prévoit le règlement devant la CNUDCI dans le cas où le règlement à l'amiable n'a pas abouti).

⁸¹ *CMS Gas Transmission Company v Argentina* (2003), 42 ILM 788 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements).

⁸² *Loi n° 2016-71 de Tunisie*, supra note 8, art 6; *Projet de loi égyptien sur l'investissement*, supra note 6, art 21; *Décision n° 485 de 2010 concernant les règles et les procédures exécutives de permis de travail pour les étrangers*, 2010 (Égypte), art 3 [*Décision n° 485 de 2010*].

⁸³ Cette tendance de créer de nouvelles opportunités de travail et d'embaucher de la main-d'œuvre locale est souvent exprimée dans le préambule du Code ou dans un article distinct. Voir par ex *Loi n° 2016-71 de Tunisie*, supra note 8, art 1 (« [l]a présente loi a pour objectif [...] la création d'emploi et la promotion de la compétence des ressources humaines »). Voir aussi *Projet de loi égyptien sur l'investissement*, supra note 6, art 2.

l'investisseur étranger doit respecter. L'obligation, telle qu'elle est prévue par ces législations, est soit une condition de base déterminant l'admission ou le refus de l'investissement, soit une raison d'accorder plus d'avantages et de garanties aux projets d'investissement remplissant cette exigence. Enfin, selon certains textes, l'investisseur étranger n'est pas seulement obligé d'utiliser des travailleurs locaux, mais encore de contribuer plus largement à la formation de ces derniers.

Le taux minimum que doit respecter l'investisseur lors de l'embauche de la main-d'œuvre locale est variable selon les secteurs ou les régions dans lesquels l'investissement est réalisé. Les trois législations en question fixent un pourcentage élevé de 75 % ou plus⁸⁴. L'article 3 de la *Décision égyptienne n° 485 de 2010 concernant les règles et les procédures exécutives de permis de travail pour les étrangers* précise en ce sens que le nombre de travailleurs étrangers dans tout établissement sur le territoire égyptien ne doit pas être supérieur à 10 % de l'ensemble de ces travailleurs⁸⁵. Cette exigence a été reprise par l'article 21 du nouveau *Projet de loi égyptien sur l'investissement* de 2016⁸⁶. L'article 3 de la décision égyptienne prévoit aussi la possibilité de déroger jusqu'à 20 % à ce pourcentage, mais seulement dans le cas où il n'est pas possible pour l'investisseur de trouver de la main-d'œuvre locale équivalente. La même disposition a été reprise par le projet de loi égyptien⁸⁷. De même, en vertu de l'article 6 du nouveau code tunisien, toute entreprise ne peut recruter des cadres de nationalité étrangère au-dessus de la limite de 30 %. Ce taux doit être ramené à 10 % à partir de la quatrième année de la création de l'entreprise ou de la date d'entrée en activité au choix de l'entreprise⁸⁸. Enfin, selon les nouvelles réglementations publiées par l'Autorité générale saoudienne pour l'investissement, la délivrance d'une autorisation d'investissement est conditionnée par l'obligation d'embaucher une majorité de la main-d'œuvre locale. L'obligation, telle qu'elle est prévue, précise que le pourcentage maximum des travailleurs de nationalité étrangère ne doit pas être supérieur à 25 % de l'ensemble des travailleurs de l'entreprise⁸⁹.

D'une manière générale, la détermination d'un pourcentage concernant l'embauche de la main-d'œuvre locale dépend de la situation économique de l'État hôte et du taux de chômage. Un tel pourcentage est susceptible d'être modifié à tout moment par une décision de l'État hôte. Il est permis de penser qu'une dérogation du principe général reste envisageable lorsqu'il s'agit d'un secteur réglementé ou dans le cas d'un grand projet d'investissement permettant à l'investisseur de négocier de nouvelles conditions de son contrat.

Le choix d'imposer à l'investisseur étranger d'embaucher de la main-d'œuvre locale est adopté par un grand nombre de pays en voie de développement.

⁸⁴ *Loi égyptienne des sociétés*, supra note 76, art 174.

⁸⁵ *Décision n° 485 de 2010*, supra note 82.

⁸⁶ *Projet de loi égyptien sur l'investissement*, supra note 6.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Loi n° 2016-71 de Tunisie*, supra note 8, art 6 (le taux de 30 % ne peut être dérogé que sur une autorisation spécifique délivrée par le ministère chargé de l'emploi conformément aux dispositions du Code du travail).

⁸⁹ *SAGIA*, supra note 45 (la réglementation limite le pourcentage des gestionnaires étrangers de l'entreprise à 10 % et celui des techniciens et des travailleurs à 15 %).

C'est notamment le cas du Brésil, Chili ou de la Malaisie. Ces pays ont opté pour la pratique de *local content* avec plusieurs entreprises étrangères présentes dans les secteurs des hydrocarbures et des mines⁹⁰.

D'autres pays en voie de développement comme la Côte d'Ivoire réfléchissent à l'instauration de quotas réservés à la sous-traitance locale sur les grands projets d'investissement. Le Ghana devrait également adopter une loi obligeant les investisseurs étrangers à ouvrir 30 % de leur capital à des entreprises du pays. Le Mozambique et la Guinée ont déjà introduit une contrainte similaire auprès des groupes miniers⁹¹.

Il est évident que derrière cette obligation d'utiliser de la main-d'œuvre locale les États arabes visent deux objectifs à la fois : la création d'emplois et le transfert de compétences. Selon Olivier Caslin, « en astreignant les grands majors situés en haut de la pyramide à s'approvisionner localement, les gouvernements espèrent bénéficier en retour — et « en toute légitimité », selon les experts — d'effets en cascade. Le local content est une opportunité formidable pour créer des capacités »⁹².

Enfin, l'obligation pour l'investisseur étranger d'utiliser la main-d'œuvre locale ne lui serait désavantageuse que dans l'hypothèse où les salaires dans le pays de l'investisseur seraient moins élevés que ceux dans l'État hôte. Dans la pratique, une telle hypothèse existe rarement car dans la majorité des cas les investisseurs sont des citoyens des pays développés dans lesquels le niveau de vie est supérieur à celui de l'État hôte⁹³.

Malgré le fait que les législations des États étudiés dans cet article prévoient le principe de la liberté d'investir, ce point est toutefois loin d'être acquis dans les faits. Il y a lieu de s'interroger sur la réelle liberté de l'investissement quant à chaque phase de l'investissement, il faut demander une autorisation et attendre le feu vert d'une autorité administrative qui doit, elle-même, consulter une commission pour avoir son avis. De même, il est permis de s'interroger sur l'application de la liberté d'investir lorsque celle-ci n'est pas reconnue pour un investissement dans un secteur vital de l'État, ou lorsque l'investisseur ne peut pas gérer librement son investissement ou doit s'associer avec l'État majoritaire en ce qui concerne l'investissement dans les secteurs importants. Eu égard à l'instabilité politico-

⁹⁰ Olivier Caslin, « Préférence nationale : au tour des Africains ! », *Jeune Afrique* (22 juillet 2013), en ligne : <www.jeuneafrique.com/18198/economie/pr-f-rence-nationale-au-tour-des-africains>.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ À l'exception des États arabes du Golfe, le niveau de vie est généralement inférieur à celui des pays dont les investisseurs sont ressortissants, sachant que la majorité des investissements étrangers dans les régions arabes proviennent de l'Union européenne ou des États-Unis.

économique actuelle dans laquelle ces États se trouvent, ceux-ci ne doivent pas hésiter à offrir le maximum de liberté et de protection aux investisseurs étrangers en vue de les attirer. La reconnaissance de la liberté d'investir est une nécessité qui ne doit pas être négligée. Cela exige nécessairement la reconnaissance des dispositions claires et détaillées en la matière dans les législations internes et non seulement la conclusion des accords bilatéraux en matière d'encouragement et de protection des investissements.