



L'INVESTISSEMENT ET LE DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE : LES CONTRATS D'ETAT



01 Message du Président du CNESE

02 Objectif du séminaire

03 Regard sur les communications

04 Perspectives et champ d'actions



Message du Président du CNESE

L'Algérie a engagé de profondes réformes structurelles, réglementaires et institutionnelles, et ce ; pour encourager les investissements nationaux et internationaux en vue de promouvoir un développement durable et inclusif

Afin de préserver les intérêts nationaux et les engagements futurs en matière d'investissement, la thématique des contrats d'Etat constitue une opportunité pour approfondir la réflexion sur la question des accords et des contrats d'investissement ainsi que le règlement des différends liés aux engagements juridiques

L'Algérie a eu pour tradition de négocier et de finaliser des contrats sur les hydrocarbures, depuis la création de SONATRACH, à travers ses experts et sur la base de l'expérience acquise, au nom de l'Etat algérien. La SONELGAZ,



qui est également une entreprise entièrement étatique, négocie et finalise ses contrats avec des parties étrangères. De même pour les entreprises minières et toutes les entreprises algériennes d'envergure, représentant tous les secteurs économiques

Il est aujourd'hui intéressant d'examiner les dispositions juridiques du contrat d'Etat pour mesurer sa possible adéquation, dans la perspective de l'élaboration de nouveaux contrats liant l'Etat algérien à une entité privée étrangère, qui garantissent davantage la préservation de ses droits et de ses intérêts

La question du contrat d'Etat s'insère dans le processus de transformation profonde de l'économie algérienne, et son arrimage aux exigences de l'économie mondiale est marqué par une technicité juridique de plus en plus sophistiquée et par l'influence de nouveaux acteurs économiques sur le marché mondial qui sont parfois plus puissants que certains Etats et qui se trouvent en position dominante. Parallèlement, ces contrats visent à conférer une sécurité juridique effective aux investisseurs étrangers. La sécurisation du partenaire étranger participe à la construction du nouvel écosystème algérien, et ce ; conformément à la vision stratégique de Monsieur le Président de la République, dont le CNESE assure, dans ses missions, la mise en œuvre

Il faut noter qu'il existe plusieurs types de Contrats d'Etat. Dans un premier type de contrats, il apparaît que le cocontractant privé accepte de se placer sous le régime de droit public de l'Etat partie. Il en est ainsi, à titre d'exemple, dans le cadre du « contrat administratif » français (André MAURIN, Paris, 2001), où la partie contractante avec l'Etat se soumet à une procédure d'agrément ou adhère à un régime de marché public. La jurisprudence n'offre pas beaucoup d'exemples relatifs à ces contrats, précisément du fait qu'ils comprennent rarement des clauses renvoyant à l'arbitrage.

A la différence du Contrat Administratif, marqué par la prééminence de la partie étatique, les Contrats d'Etat se caractérisent par la volonté d'établir une certaine égalité juridique entre l'Etat et son cocontractant privé étranger, ce qui n'est possible que si le contrat échappe à l'ordre juridique de l'Etat cocontractant et à ses tribunaux.

La pratique de l'élaboration de contrats avec des clauses engageantes, notamment en matière de règlement des différends, par recours aux instances internationales (eg. CIRDI), n'ont pas toujours été en faveur de l'Algérie. C'est ainsi que la nécessité de recourir à d'autres types de contrats liant l'Etat algérien à toute entité privée étrangère, offrant toute la garantie de préservation des intérêts de l'Algérie, s'est faite ressentir.

Lors de ce séminaire tenu le 17 Juin 2021, cette thématique a été abordée avec toutes les compétences nationales ayant une expérience du droit des affaires et une expertise dans le règlement des différends au niveau international.

En outre, les experts spécialisés internationaux ont apporté des éclairages inhérents à des questions précises, au niveau rédactionnel et par rapport au choix du type de contrat, accordant une sécurité dans la mise en œuvre et assurant un équilibre juridique avec le cocontractant étranger. Il y a lieu également de considérer les engagements de l'Algérie dans le cadre des accords et traités internationaux qu'elle a signés et/ou ratifiés.

La concrétisation du contrat d'état va permettre une maîtrise sur non seulement les dispositions juridiques, mais également de créer une symbiose avec la phase d'exécution, en passant par la mise en vigueur, à travers la réalisation effective de l'investissement et donc la mise en branle de tout le processus, l'implication des parties prenantes préalablement identifiées, la consistance physique, le transport, l'engagement des ressources financières qui y sont dédiées et les vérifications techniques qui caractérisent chaque étape d'avancement des travaux. Une évaluation de chaque étape est indispensable à travers des mécanismes huilés pour d'abord s'assurer de la bonne marche du projet et l'apport de mesures correctives si nécessaire. Ce modus operandi est normalement prévu et dûment consigné dans les clauses du contrat et l'étude technico-économique du projet.

A l'ère de la révolution numérique qui a atteint déjà des proportions importantes, cette démarche devrait être en phase avec l'utilisation croissante de la nouvelle technologie au niveau international.

Regard sur le séminaire



Deux experts du CNESE ont présenté des communications sur le contrat d'Etat, ses composantes, les clauses possibles, les différentes options, qui ont été suivies par trois communications effectuées par des experts étrangers et une par un expert algérien sur l'utilisation des contrats d'Etat au niveau international et en relation avec les Accords Internationaux d'Investissement (AII), du recours à la médiation, à l'arbitrage international et à des clauses qui renforcent la sécurité et la préservation des intérêts de l'Etat, tout en veillant à la mise en place de contrats équilibrés avec la partie étrangère.

Les ministères de la Justice, de l'Energie et des Mines, de l'Industrie, de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique, des Travaux Publics et des Transports, des Ressources en Eau ont participé à cet événement. Ont été également présents les grandes entreprises publiques économiques concernées par la négociation et la conclusion des contrats liant l'Etat à des parties étrangères privées.

Des experts de haut niveau algériens et étrangers, spécialistes du droit international, ont été également invités pour faire part de leur contribution technique sur la meilleure approche en matière d'élaboration de contrats internationaux d'investissement. Il s'agit du Dr Eduardo Silva Romero, Responsable du Groupe Arbitrage International – Dechert ILM Paris, du Dr Farid Benbelkacem Professeur à la Faculté de Droit d'Alger-Avocat Agréé près la Cour Suprême et le Conseil d'Etat, du Professeur Marc Bungunberg, Directeur Europa Institute et Professeur de Droit Public et de Droit International, Université de Saarland et du Dr Gainmore Zanamwe, Senior Economist Intra-Africa Trade facilitation-Afreximbank Egypt.

Ce séminaire a été modéré par Monsieur Nadir Merah, Chargé d'Etude et de Synthèse au CNESE.

Il y'a lieu de noter que les synthèses des communications ont été faites par les services du CNESE, sur la base des communications, conférences et débats.

Présentation du contrat d'état



M.Nadir Merah
CES-CNESE

La notion de Contrat d'Etat a été conçue par la doctrine pour rendre compte du développement d'une pratique contractuelle venant régir les rapports entre une partie étatique et une partie privée. Un bref rappel historique s'impose pour bien comprendre le processus qui a mené à l'émergence

de ce nouveau concept en droit international mais aussi pour comprendre sa spécificité.

A. Les Accords Internationaux d'Investissement (A.I.I) : De très nombreux accords sur l'investissement, notamment les Traités Bilatéraux sur l'Investissement (TBI) dépendent de concepts très proches (traitement national, traitement NPF, traitement juste et équitable, protection intégrale et sécurité) mais avec des variations juridiques et/ou rédactionnelles parfois très sensibles. L'objectif général du TBI est la promotion et la protection des investissements d'une partie contractante sur le territoire d'une autre partie contractante. La plupart des TBI étaient conclus entre pays développés exportateurs de capitaux et pays en développement, mais nous constatons un nombre grandissant de TBI entre pays en développement. Exemple : la Chine, l'Inde et la Malaisie.

B. Les contrats d'Etat :

Il existe plusieurs types de Contrats d'Etat. Dans un premier type de contrats, il apparaît que le cocontractant privé accepte de se placer sous le régime de droit public de l'Etat partie. Il en va ainsi, à titre d'exemple, dans le cadre du « contrat administratif » français, où la partie contractante avec l'Etat se soumet à une procédure d'agrément ou adhère à un régime de marché public. La jurisprudence n'offre pas beaucoup d'exemples relatifs à ces contrats, précisément du fait qu'ils comprennent rarement des clauses renvoyant à l'arbitrage.

A la différence du Contrat Administratif, marqué par la prééminence de la partie étatique, les Contrats d'Etat se caractérisent par la volonté d'établir une certaine égalité juridique entre l'Etat et son cocontractant privé étranger, ce qui n'est possible que si le contrat échappe à l'ordre juridique de l'Etat cocontractant et à ses tribunaux. Ainsi, les contrats conclus par l'Etat souverain avec une personne de droit privé étrangère sont des contrats conclus en dehors de son ordre juridique, là où les contrats passés par l'Etat-administration appartiennent à l'ordre juridique interne.

Les différents éléments pouvant être intégrés dans l'architecture d'un contrat d'Etat :

1. La clause parapluie : Elle a pour effet « d'abriter » le contrat passé entre l'investisseur et l'Etat d'accueil directement sous la protection d'un traité multilatéral ou bilatéral touchant les investissements.

Un nombre important de traités de promotion et de protection des investissements n'implique pas seulement les traités eux-mêmes mais aussi les contrats Etats-investisseurs. A cet effet, le mécanisme des « umbrella clause » intéresse autant les traités conclus entre un Etat « exportateur » d'investissements

et un Etat hôte, que les contrats conclus entre l'investisseur et ce même Etat.

2. La clause arbitrale : Parmi les clauses juridiques contenues dans le contrat et qui ont pour objet de protéger l'investisseur, on peut citer en premier lieu la clause arbitrale prévoyant l'arbitrage exclusif de toute juridiction étatique. L'expression « convention arbitrale » recouvre deux notions différentes. La « clause compromissoire » insérée dans le contrat et stipulant que tout litige relatif au contrat sera réglé par voie d'arbitrage et le « compromis d'arbitrage » qui est un accord entre deux parties qui décident de soumettre à l'arbitrage un litige précis qui les sépare d'ores et déjà. La validité de telles clauses est soumise à la loi du For (Loi selon laquelle la loi applicable est celle du lieu où une juridiction a été saisie).

3. La clause de stabilisation : Une autre clause récurrente dans les Contrats d'Etat est celle relative au choix de la loi applicable. Un troisième type de clause qu'on retrouve généralement dans les Contrats d'Etat est la clause dite de « stabilisation ». Lorsque le cocontractant privé accepte la loi de l'Etat contractant comme loi applicable en cas de litige, il court le risque d'une modification subséquente de cette loi, ce qui pourrait avoir pour effet de changer l'équilibre convenu. Un tel risque existe pour le cocontractant privé lorsque l'Etat modifie sa législation par exemple en matière de taxation, de standards environnementaux ou de droit de travail.

Pour se mettre à l'abri de telles modifications unilatérales, l'investisseur peut demander l'inclusion d'une clause de stabilisation du droit étatique. Si l'Etat décide de changer ses lois, les changements ne pourront pas être invoqués contre l'autre partie au contrat.

4. La clause de préservation des droits : Elle peut s'appliquer à des dispositions du droit international ou du droit national du pays d'accueil ou à des accords entre l'investisseur et le pays d'accueil. Cette clause vise à protéger les droits d'un investisseur lorsque les dispositions d'autres accords internationaux sont plus favorables que les dispositions TBI.

On trouve des dispositions relevant des deux premières catégories dans les TBI conclus par l'Allemagne, la Finlande, le Royaume-Uni et la Suède. La Suisse a conclu des TBI prévoyant des dispositions de la troisième catégorie et les Etats-Unis et les Pays-Bas pour les trois catégories.

5. Le Traité sur la Charte de l'Energie : Le Traité sur la Charte de l'Energie (TCE) est un accord d'investissement international qui établit un cadre multilatéral pour la coopération transfrontalière dans le secteur de l'énergie. Il a été signé à Lisbonne en décembre 1994. Aucune disposition moins favorable à d'autres accords ne doit être interprétée comme dérogeant au Traité sur la Charte de l'Energie.

Il s'efforce de promouvoir les principes d'ouverture des marchés mondiaux de l'énergie et de non-discrimination pour stimuler les investissements directs étrangers et le commerce transfrontalier mondial.

C. Les accords de l'OMC et autres ayant prévu des dispositions relatives aux contrats d'investissements

Des questions liées à l'investissement étranger sont évoquées dans au moins cinq accords de l'Organisation Mondiale du Commerce. Il s'agit de l'Accord Général du Commerce des Services (AGCS), l'Accord sur les Mesures concernant les Investissements liés au Commerce (MIC), l'Accord Multilatéral sur l'Investissement (AMI), l'Organe de Règlement des Différends (ORD), l'Accord sur les Marchés Publics (AMP), l'Accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires (SMC), l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI) et le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)...

D. Les 3 options envisageables pour traiter les contrats d'Etat dans les traités internationaux d'investissement.

Même si les contrats d'Etat ont soulevé des interrogations en relation avec les IDE, ils représentent un outil important pour le développement des pays en développement. Si on doit considérer que les Contrats d'Etat sont un dispositif utile pour l'investissement, ils doivent assurer un équilibre entre les attentes commerciales légitimes de l'investisseur et le droit de l'Etat hôte de surveiller l'évolution de la relation qui en résulte, en harmonie avec sa politique nationale de développement. Plusieurs options s'offrent aux cocontractants :

Option 1 : Exclusion des contrats d'Etat des Accords Internationaux d'Investissement (AII).

Option 2 : Protection limitée des contrats d'Etat en vertu des Accords Internationaux d'Investissement (AII).

Option 3 : Protection intégrale des contrats d'Etat.

L'arbitrage international entre les cocontractants s'effectue auprès des instances internationales telles que : l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI) et le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI). Des Etats ont désigné le CIRDI comme instance pour le règlement des différends opposant un investisseur à un Etat dans la plupart des traités internationaux d'investissement ainsi que dans de nombreuses lois sur l'investissement et de nombreux contrats d'investissement.

Les contrats d'Etat devraient être élaborés, en tenant compte de la loi sur les investissements et les règlements autonomes y afférents ainsi que des accords internationaux auxquels l'Algérie est partie (Code Africain des investissements, futur accord sur la facilitation des investissements phase II des négociations de la ZLECAf), dispositions de l'accord d'association ALGERIE-UE...

Les différentes problématiques de la notion de contrat d'état dans le droit et la pratique algériens

CNESE, Algérie



Il existe une typologie des contrats d'Etat qui repose essentiellement sur la nature des différents secteurs concernés (hydrocarbures, mines, projets sur les Enr, projets relatifs aux grandes infrastructures publiques et équipements collectifs, Grande mosquée d'Alger, autoroute Est-Ouest, port d'El Hamdania, etc). Il est impératif de savoir distinguer les contrats d'Etat des contrats passés par l'Etat : Les contrats passés par

l'Etat sont marqués du sceau de la banalité. L'Etat conclut tous les jours directement ou par le truchement de ses différentes émanations des contrats. Il s'agit le plus souvent de contrats simples et/ou récurrents. Il est rare que ce soit l'Etat qui conclut directement les contrats avec des entreprises, ceci est quasiment l'apanage de ses émanations. Il n'y a de contrat d'Etat que s'il existe un élément d'extranéité. Le contrat d'état est toujours un contrat international au sens du droit positif algérien.

Les critères essentiels du contrat d'Etat : le statut juridique des parties, le montant du contrat, la nature des prestations et l'existence de garanties de nature gouvernementale

Enracinement juridique du contrat d'Etat :Le contrat d'Etat est conclu entre un Etat et/ou ses émanations et une partie étrangère (laquelle peut-être une entreprise d'Etat). Il n'est pas un traité international et est enraciné dans l'ordre juridique algérien. Cela signifie que la loi applicable à un contrat est la Loi algérienne, soit à titre exclusif, soit à titre principal (lorsque la Loi algérienne est lacunaire, et ne peuvent y suppléer que les règles coutumières et les usages du commerce). Il est utile de garder à l'esprit que les composantes essentielles de l'ordre juridique algérien sont : la Constitution, les lois organiques, les lois ordinaires, les règlements autonomes ; la jurisprudence, notamment celle de la Cour Suprême et celle du Conseil d'Etat.

Contrats d'Etat et marchés publics : Les principes de base des marchés publics : l'efficacité de la commande publique, la bonne utilisation des fonds publics, la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures.

Clarifications : Il est indispensable de mettre fin à des malentendus qui perdurent. En effet, les contrats passés dans le cadre de la réglementation des marchés publics ne sont pas tous des CONTRATS D'ÉTAT. Les marchés dits simples ou récurrents ne sont pas des contrats d'Etat. Lorsqu'ils sont passés avec un partenaire étranger, ils sont soumis à la loi algérienne et leur contentieux relève des juridictions ordinaires algériennes. Cette disposition figure, au demeurant, dans les cahiers des charges des services contractants et elle appelle l'approbation. Il existerait des critères subjectifs d'internationalisation des rapports contractuels dans le cadre des contrats d'Etat.

La gradation des contrats d'Etat :Il faudra sans doute légiférer sur les contrats d'Etat et définir une forme de gradation. Tous les contrats d'Etat ne se valent pas. La durée de leur exécution, le montant financier des prestations, le nombre d'intervenants dans le processus contractuel sont déterminants. Ceci est valable dans le secteur des hydrocarbures, celui des mines, celui de l'électricité et du gaz et celui des Enr et bien évidemment les contrats relatifs à la réalisation des grands travaux.

La question est ouverte sur le point de savoir si les contrats d'Etat qui impliquent dans leur exécution les entreprises publiques économiques doivent être signés par leurs PDG respectifs ou au contraire doivent l'être par le ministre de tutelle et d'autres ministres, le cas échéant, le Premier ministre voire le Président de la République. La question est désormais posée et il faudra une solution avant la fin de cette année.

La dépenalisation de la faute de gestion et non de l'acte de gestion ne résout pas le problème car nombre d'opérateurs n'ont pas encore compris ce que signifie dépenaliser une faute de gestion (celle-ci ne doit pas avoir été commise de propos délibéré et ne doit pas relever d'une négligence grave, laquelle est susceptible d'engager la responsabilité pénale de son auteur).

Contrats d'état et traités bilatéraux de protection réciproque des investissements

Les traités bilatéraux de protection réciproque des investissements (les TBI) : L'Algérie a conclu 47 conventions de protection réciproque des investissements avec des Etats. La référence à la notion de contrats d'Etat n'y figure pas. Il s'agit des investissements au sens le plus large du terme. En dehors de celles qui ont été conçues selon le modèle OCDE, la rédaction des autres conventions n'est pas satisfaisante, notamment en ce qui concerne les questions de loi applicable et de règlement des litiges. La Loi algérienne a besoin d'être sérieusement revue sur le fond. Des progrès importants ont été réalisés dans la mise à niveau de notre droit depuis le début des années 2000. Nous devons nous engager à codifier le droit algérien ; cela est devenu une urgence.

La compétence de la loi algérienne : « Les obligations contractuelles sont régies par la loi d'autonomie, dès lors qu'elle a une relation réelle avec les contractants ou le contrat », « A défaut, c'est la loi du domicile commun ou de la nationalité commune qui sera applicable ».

Le règlement des différends dans les contrats d'Etat : Les modes alternatifs de règlement des litiges dans le CPCA

La médiation : En toute matière, le juge DOIT proposer aux parties la médiation, notamment en matière commerciale, financière et plus généralement économique. Si les parties acceptent, le juge désigne un MÉDIATEUR pour entendre leur point de vue, afin d'essayer de les rapprocher et d'aboutir à une solution amiable. La médiation peut porter sur tout ou partie du litige. Elle ne dessaisit pas le juge qui peut prendre à tout moment les mesures qui lui paraissent nécessaires.

La Convention des Nations Unies sur les Accords de règlement internationaux issus de la médiation fait suite à une résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 décembre 2018. L'Algérie doit ratifier cette convention, cela va dans son intérêt. Nos entreprises accomplissent souvent, à l'exception de l'entreprise SONATRACH, des démarches velleitaires en matière de médiation et s'empressent de recourir à l'arbitrage international sous la pression du partenaire étranger. Il est indispensable de mettre à profit toutes les possibilités et les virtualités des différentes voies de règlement offertes par la médiation.

La conciliation : Les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge tout au long de l'instance. La conciliation, au lieu et au moment estimé favorable, est tentée dans un PV signé par les parties, le juge et le greffier et est déposé au greffe de la juridiction.

Le règlement des litiges : Le privilège de juridiction

Il est fondé sur la nationalité. Il s'agit des actions formées par ou contre les étrangers.

Article 41: « Tout étranger, même non-résident en Algérie, pourra être cité devant les juridictions algériennes pour l'exécution des obligations par lui contractées en Algérie avec un algérien », « Il pourra être cité

devant les juridictions algériennes pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers les algériens ».

Article 42: « Tout algérien pourra être cité devant les juridictions algériennes pour des obligations contractées en pays étranger, même avec un étranger. »

La renonciation est parfois expresse : Les parties se mettent d'accord pour exclure spécialement les articles 41 et 42 dans leurs éventuels litiges ou bien elles attribuent compétence à un juge étranger ou à un arbitre.

La compétence naturelle des juridictions algériennes : Dès lors que le litige présente avec l'Algérie l'un des liens qui permettent, dans la matière en cause, d'attribuer compétence à une juridiction algérienne déterminée. L'ordre juridictionnel algérien est suffisamment compétent pour en connaître.

C'est l'extension à l'ordre international des règles algériennes de compétence : A chaque règle de compétence territoriale interne correspond une règle de compétence internationale. A la règle « le tribunal du domicile de défendeur est compétent » répond la règle « l'ordre juridictionnel algérien est compétent si le défendeur est domicilié en Algérie. » A la règle qui en matière réelle immobilière donne compétence à « la juridiction du lieu où est situé l'immeuble », répond la règle « l'ordre juridictionnel algérien est compétent lorsque l'immeuble est situé en Algérie » et ainsi de suite.

Le règlement des litiges

Le recours à l'arbitrage : DP n° 15-247 du 16 septembre 2015 soulève un problème fondamental au regard du CPCA (article 1039) aux termes duquel « Est international, l'arbitrage qui connaît des litiges relatifs à des intérêts économiques d'au moins deux États », après avoir lu la règle selon laquelle « les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics ». Ce problème ressort de la formulation de l'article 153 alinéa 7 aux termes duquel : « Le recours par le SC, dans le cadre du règlement des litiges nés de l'exécution des marchés publics conclus avec des partenaires cocontractants étrangers, à une instance arbitrale internationale, est soumis, sur proposition du ministre concerné, à l'accord préalable pris en réunion du Gouvernement »

Le recours conditionné à l'Accord International vu par les étrangers : En réalité, on voit mal l'utilité de cette prescription. Elle porte atteinte à la liberté des parties de résoudre leur litige par la voie contentieuse qu'elles estiment la plus appropriée. Conditionner le recours du SC à l'arbitrage international à une autorisation préalable du gouvernement constitue un véritable abus de droit de la part du pouvoir exécutif.

L'arbitrage ad hoc et l'arbitrage institutionnel : Dans l'arbitrage institutionnel, la procédure est la prise en charge de l'administrée par une institution, selon son règlement et en contrepartie d'une rémunération. Dans l'arbitrage ad hoc, ce sont les parties qui administrent elles-mêmes la procédure. Cet arbitrage demeure relativement pratiqué en matière commerciale, compte tenu des avantages qu'il procure : Grande souplesse dans la définition des règles de procédure, des coûts limités découlant de la maîtrise de ces règles et une confidentialité renforcée.

Inconvénients de l'arbitrage ad hoc : Désaccords entre les parties au stade de la nomination des arbitres ; le financement de leur mission et le déroulement de la procédure arbitrale. Il en résulte un risque de paralysie, dès lors que la procédure ad hoc est mal ou insuffisamment encadrée par les parties ; celles-ci devront supporter, in fine, l'ensemble des coûts des tâches dévolues à l'institution, dans le cadre d'un arbitrage institutionnel.

L'efficacité de l'arbitrage ad hoc suppose : La grande précision au stade de la rédaction de la clause (notamment en ce qui concerne la composition du tribunal); l'attention particulière apportée au choix du siège de l'arbitrage (dont le lieu détermine la loi applicable + procédure) ; le rôle du juge d'appui, souvent si nécessaire. Les clauses d'arbitrage ad hoc prévoient que la constitution du Tb arbitral se fasse sous l'égide d'une institution d'arbitrage.

L'arbitrage institutionnel : Il a la faveur des partenaires cocontractants des SC, notamment pour les contrats de génie civil, les contrats clés en mains et produits en mains ainsi que les contrats d'installation d'ensembles industriels. L'Algérie adhère à l'arbitrage institutionnel, notamment celui de la Chambre de Commerce Internationale dont le siège est à Paris. L'Algérie a mis en place, en 2000, un Comité national CCI et un Centre algérien de médiation et d'arbitrage sous l'égide de la CACI.

Il évite les risques de paralysie de la procédure arbitrale lorsque celle-ci connaît des difficultés. Il assure aux sentences arbitrales la qualité, l'efficacité et l'autorité. Un arbitrage institutionnel est par nature plus efficace que l'arbitrage ad hoc, à condition qu'il soit rendu sous les auspices d'une institution connue et réputée (CCI, CIRDI, Chambre de commerce de Stockholm, etc.). Les sentences prononcées en Algérie sont déclarées exécutoires par le Président du tribunal dans le ressort duquel elles ont été rendues ou par le tribunal du lieu d'exécution si le juge du tribunal arbitral se trouve à l'étranger.

Les contrats d'Etat et l'arbitrage international

Pr. Eduardo Silva Romero
Responsable du groupe Arbitrage
International de Dechert LLP Paris

Les contrats d'Etat et l'arbitrage international

Pr. Eduardo Silva Romero
Responsable du groupe Arbitrage International de Dechert LLP Paris

Il existe une stratégie derrière l'arbitrage d'investissement dans les contrats d'Etat. La notion de contrat d'Etat, qui a été créée par des juristes de droit public, est venue apporter une nouvelle catégorie juridique. Il y'a eu des tentatives pour internationaliser les contrats d'Etat par le biais des

Traités Bilatéraux d'Investissement et ainsi éviter l'incorporation de la clause de droit national de l'Etat hôte comme droit applicable. Une seconde tentative a envisagé l'internationalisation des contrats d'Etat par le biais des Accords de Garantie et de Protection réciproques des Investissements.

D'autres visent à réécrire les traités pour échapper au droit de l'Etat, notamment en matière d'arbitrage et aux juridictions de l'Etat hôte. Enfin, la clause parapluie, appelée par certains clause ascenseur, pour transférer les différends contractuels au niveau international. Devant ce schéma contradictoire de jurisprudence, lequel a créé une insécurité juridique, plusieurs pays ont préféré se retirer du CIRDI. C'est pourquoi, il y'a une nouvelle tendance à contractualiser l'investissement.

La clause compromissoire semble bien plus sûre car elle permet aux Etats cocontractants de négocier plus avec les entreprises privées cocontractantes. Il y'a lieu de considérer des contrats d'Etat nouveaux qui deviennent des contrats d'investissement ou commerciaux qui mettent en exergue le droit de l'Etat comme droit applicable et qui favorisent les différents moyens de règlement des différends comme la médiation. Cela poussera à la création d'une nouvelle catégorie qu'on pourrait appeler contrat administratif international.

L'expérience algérienne en matière d'arbitrage commercial



**Maitre Benbelkacem
,Farid Cherif Mohamed
Algérie**

L'arbitrage commercial en Algérie demeure, jusqu'à présent, très méconnu au niveau de la sphère économique nationale. La culture de l'arbitrage n'est pas du tout ancrée dans l'esprit des managers

notamment des petites et moyennes entreprises. Seuls les grands groupes publics et privés à l'instar de SONATRACH, SONELGAZ, CEVITAL et bien d'autres ont recours aux modes alternatifs de règlement des différends.

Les multinationales et les grandes sociétés imposent, en effet, systématiquement l'arbitrage international dans leurs contrats et donnent toujours compétence à des institutions internationales d'arbitrage et ignorent les centres d'arbitrage nationaux. Parmi ces institutions internationales les plus connues, citons la Chambre de Commerce Internationale (CCI), la Cour d'Arbitrage de Singapour...

Dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, le CIRDI est l'institution de référence, dépendant de la Banque Mondiale, il intervient dans le cadre du règlement des différends opposant les États aux investisseurs dans le cas où il existe un Traité de Protection des Investissements de nature bilatérale ou multilatérale. L'Algérie a connu plusieurs arbitrages CIRDI.

Des efforts considérables ont été entrepris pour promouvoir l'arbitrage commercial en Algérie par différentes institutions et notamment par la Chambre Algérienne de Commerce et d'Industrie (CACI) à travers son Centre de Conciliation de Médiation et d'Arbitrage (CCMAA) et ICC Algérie, malheureusement sans grand succès, pour différentes raisons qui seront évoquées ci-dessus. Les pouvoirs publics n'ont pas accordé suffisamment d'importance à ce mécanisme qui connaît un grand essor à travers le monde que ce soit en Europe, en Amérique, en Asie, dans le monde arabe et auprès de nos voisins.

Leurs interventions se limitent à la publication de textes juridiques et à la constatation des conséquences, très souvent négatives, des sentences arbitrales internationales rendues au détriment de l'Algérie, du fait que les contrats sont très mal rédigés et que les entreprises algériennes n'accordent pas suffisamment d'importance et d'attention à la rédaction des conventions d'arbitrage, qui sont essentielles en cas de conflit ou de différend sur l'interprétation ou l'exécution du contrat.

Un contrat ne doit pas être l'apanage du cocontractant mais doit être un travail établi par l'entreprise en

interne avec la participation effective de toutes les structures concernées. Des clauses sont ignorées quant au choix de l'institution arbitrale qui sera en charge de trancher le différend, la langue, le droit applicable, le lieu et le choix des arbitres. Des clauses importantes sont à prendre en considération notamment celles relatives à la responsabilité, à la force majeure, aux risques, aux conditions de cessation du contrat et ses conséquences. Les investisseurs étrangers, pour leur part se font assister par des professionnels, tant étrangers que nationaux, pour les aider lors des négociations, de la rédaction des contrats et leur permettre de connaître et d'éviter les risques et les aléas.

Au plan juridique et institutionnel, l'arbitrage existe bien et il a un statut particulier que nous ne développerons pas pour nous intéresser, dans un premier point, aux institutions arbitrales qui existent en Algérie et dans un second point, à l'expérience acquise.

Il est à noter, cependant, que la notion juridique de l'arbitrage a toujours été présente dans le code de procédure civile de 1966, de 1993 et de 2008, qui l'a véritablement codifié, en faisant référence aux modes alternatifs de règlement des différends (Alternatif Dispute Resolution ADR), à savoir ; la conciliation, la médiation et l'arbitrage (Ad -Hoc et Institutionnel).

I – Les institutions algériennes d'arbitrage

Les institutions d'arbitrage en Algérie sont peu nombreuses et connaissent des fortunes diverses. En réalité, il existe deux institutions connues dans le milieu de l'arbitrage, en Algérie : Le Centre de Conciliation de Médiation et d'Arbitrage de la Chambre Algérienne de Commerce et d'Industrie et le Comité National Algérie de la Chambre de Commerce International.

II - L'expérience algérienne en matière de règlement des différends.

1. La SONATRACH a connu, selon nos informations, près de 80 affaires d'arbitrage. Elle en a perdu plus de 50%.
2. Les affaires dans lesquelles l'Algérie a été citée en tant que demanderesse ou défenderesse sont des affaires qu'elle a gagnées autant qu'elle en a perdues.

La cohérence rédactionnelle des Traités doit être revue et notamment au niveau de l'utilisation de la terminologie employée pour éviter les erreurs ou les contre – sens. Un travail important doit être accompli en coordination avec les différentes structures algériennes et les professionnels. Pour ce faire, une réflexion importante doit être menée sur le Code des marchés publics.

La notion de responsabilité de gestion doit faire également l'objet d'une profonde révolution sans

compter que la justice doit revoir sa copie quant à l'interprétation des textes en vigueur notamment en matière économique et financière. Il faut introduire obligatoirement la formation continue pour être au niveau des exigences de l'heure.

3. L'expérience CACI à travers son Centre et son Comité d'arbitrage.

La plupart des affaires connues ont concerné surtout des arbitrages entre des sociétés étrangères et des sociétés privées algériennes, et des entreprises économiques publiques et des sociétés privées algériennes.

1. Un exemple d'arbitrage concret.

Le Centre de Conciliation de Médiation et d'Arbitrage (CCMAA) de la Chambre, dans sa décision rendue en date du 26 septembre 2012, dans l'affaire NIKEX contre la Wilaya de Souk Ahras, s'est déclaré compétent, au motif que la convention d'arbitrage a fait référence au Tribunal Arbitral d'Alger.

Cette sentence est considérée comme une sentence de principe qui a fondé la légitimité du CCMA. Elle a été admise par la défenderesse à l'arbitrage, qui contestait, au début de la procédure arbitrale, la compétence du CCMA, du fait de l'imprécision de la désignation de l'organisme d'arbitrage contenu dans la clause d'arbitrage. Cette décision administrative met en péril non seulement l'arbitrage d'investissement mais également l'arbitrage commercial, car cela ne va pas rassurer les investisseurs étrangers.

2. Un exemple de médiation concret

Dans un litige opposant une entreprise économique nationale à une société étrangère, il a été proposé par l'avocat d'une des deux parties de recourir à la médiation dans le cadre de la clôture de marchés publics. En fait il s'est agi d'une médiation hybride car chacune des parties a désigné un expert pour lui demander son avis pour résoudre amiablement le différend. Les deux parties ont rejeté les deux rapports et ont fait appel conjointement à un tiers médiateur. La conciliation et la médiation doivent être encouragées dans le cadre des règlements des différends pour éviter à l'Algérie bien des déboires.

La politique d'investissement de l'union européenne et son influence sur les contrats d'investissement

Prof. Dr. Marc Bungenberg
LL.M Université de Saarland
Allemagne



L'UE en tant que nouvel acteur dans les lois internationales d'investissement veut réformer le système, en vue de rééquilibrer les contrats d'investissement. Elle est en train d'agir en instance supranationale et de prendre plus d'attributions par rapport aux Etats membres, et ce ; depuis 2009.

Cependant, la politique de l'investissement de l'UE n'a été que partiellement analysée. Il y a eu beaucoup de travail sur les traités d'investissement de l'UE et peu de travail sur les effets de la loi de l'UE sur les contrats d'investissement.

Il est nécessaire de rééquilibrer le système car un changement dans le contenu du contrat a été observé. La légitimation est discutée, ce qui a de l'influence sur les clauses de stabilisation. Les obligations des investisseurs sont également discutées et il est apparu que ces dernières peuvent être bien plus efficaces dans les contrats que dans les traités, notamment en ce qui concerne les préoccupations environnementales, la responsabilité sociale des entreprises et le filtrage des investissements à l'entrée.

L'UE envisage également de faire un changement vers plus de contrats intégrant le mécanisme de règlement des différends Etat-investissement (ISDS en anglais) car il a été constaté un abaissement de la protection des investissements dans les plus récents TIB européens et des pays membres de l'UE ; la clause NPF limitée ; souvent absence de clause parapluie ; traitement national limité ; absence d'exceptions et de droit régulateur et champ d'application réduit. D'autres effets collatéraux sont ajoutés tels que la protection réduite contre l'expropriation réglementaire.

L'UE se pose la question quand le droit applicable peut être la loi européenne. Le présentateur préconise à l'égard des participants d'être prudent lorsqu'il y a lieu de chercher la mise en vigueur au niveau des pays membres, d'éviter que la réunion tienne lieu en Europe, d'éviter de mentionner dans le contrat que la loi applicable est la loi européenne, car elle pourrait avoir un impact sur la validité de la clause d'arbitrage.

La réflexion sur la réforme du mécanisme ISDS et ses effets sur les contrats d'Etat fait ressortir qu'il faudrait évoluer vers une Cour Multilatérale d'Investissement (CMI) et engager des discussions à ce sujet au niveau de la CNUDCI. Toutes les négociations au niveau de l'UE et des Etats membres de l'UE devraient tendre vers une CMI. Dans le cadre de l'Accord de Libre Echange Complet et Approfondi (ALECA), si l'investissement est couvert, cela voudra dire qu'il faudra recourir à un nouveau système. Les membres de la CMI auraient la possibilité de considérer que la CMI est le mécanisme et l'organe de règlement des différends approprié pour les contrats d'Etat.

De plus, la CMI veut dire :

- Un système complètement nouveau ;
- Un système de cour internationale ;
- Des juges permanents ;

L'investissement et le Droit International Economique :
Les Contrats d'Etat

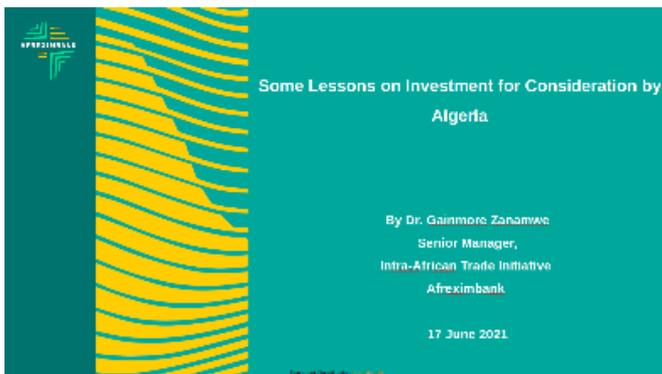
- Une instance d'appel ;
- De la transparence ;
- Pas d'arbitrage mais des procédures de la Cour Internationale ;
- Pas de prise d'arbitres par les parties ;
- Des coûts bas ;
- Plus d'efficacité dans la gestion du temps ;
- Le pays de l'investisseur doit être membre de la CMI.

Enfin, des questions restent posées :

* L'adhésion est-elle obligatoire ou volontaire ?

* Y aurait-il des demandes reconventionnelles, dans le cadre de différends Etat-Investisseur ?

Quelques éléments à considérer par l'Algérie sur l'investissement



M.Zanamwe Gainmore
,Senior Economist Afreximbank
le Caire Egypte

Durant la période allant depuis 1959 à ce jour, plus de 3000 Traités Bilatéraux d'Investissement (TBI) ont été signés. Depuis 2003, il y a une tendance à une révision et à une fin des TBI. Un Code Panafricain

des investissements a vu le jour, où il est mentionné le Traitement Juste et Equitable (FET en anglais).

Le modèle SADC de 2012 sur les TBI : Il est stipulé que l'investissement veut dire qu'une entreprise dans le territoire d'un Etat partie établie, acquise ou développée par un investisseur de l'autre Etat partie y compris dans la constitution, la maintenance ou l'acquisition d'une personne juridique ou de l'acquisition d'actions, d'obligations ou d'autres instruments d'appropriation d'une telle entreprise, a indiqué que cette entreprise a été établie ou acquise, conformément aux lois de l'Etat hôte et enregistrée conformément aux exigences légales du pays hôte.

Pour consolider la mise en vigueur de ce modèle, de nombreuses dispositions ont été intégrées :

1. Le traitement juste et équitable ;
2. La procédure de sécurité complète ;
3. La clause de la Nation la Plus Favorisée ;
4. Le Traitement National ;
5. Le Rapatriement des Profits ;
6. L'Expropriation et la Compensation ;
7. La nouvelle approche sur l'investissement ;
8. La lutte contre la corruption ;
9. La disponibilité de l'information ;
10. Le règlement des différends.

Recommandations :

La CNUCED avait identifié 5 objectifs de réformes et leurs domaines respectifs ; Les réformes qui ont pour objectif de sauvegarder le droit de réguler ;

1. Celles qui traitent des mécanismes de règlement des différends ;
2. Celles qui traitent de la promotion et de la facilitation des investissements ;
3. Celles qui assurent un investissement responsable ;
4. Celles qui renforcent la consistance systémique.

Le soutien de AFREXIMBANK aux investissements est matérialisé à travers :

1. Le financement de l'investissement intra-africain ;
2. La garantie de l'investissement intra-africain ;
3. La Foire du Commerce Intra-Africain (32,6 milliards USD en 2018) ;
4. Les programmes-pays africains de la promotion des investissements ;
5. Jumelage, spécialement des champions du commerce intra-africain ;
6. Etude sur l'investissement direct africain (IDA) ;
7. Soutenir la ZLECAf pour les négociations d'un protocole des investissements qui prévoit la création d'une agence continentale de promotion des investissements.

Conclusions :

L'Algérie a besoin de revoir ses lois sur l'investissement, en tenant compte du développement de quelques pays et régions africains ainsi que du développement à l'échelle mondiale. Plus d'efforts devraient être consentis pour développer l'investissement intra-africain et la Banque dispose de plusieurs instruments de soutien à ces investissements intra-africains.

Lorsque l'Algérie finalisera son adhésion à Afreximbank, cela lui permettra d'avoir accès à ces instruments ainsi qu'à d'autres services financiers, conseils et informations commerciales et de marché. En outre, l'Algérie devrait participer effectivement aux négociations sur le protocole de facilitation des investissements.

Perspectives et champs d'actions

Cette rencontre a été une opportunité pour évaluer la faisabilité de la conclusion de contrats d'Etat par rapport aux engagements internationaux de l'Algérie et servira de catalyseur pour engager l'élaboration d'un texte législatif qui définira le contrat d'Etat sous tous les angles ainsi que la révision des dispositions des accords de garantie et de protection réciproques des investissements, le code des marchés publics et des textes de même nature. Elle a permis de jeter les bases d'une approche plus étudiée de la marche à suivre pour la conclusion des contrats d'investissements, prenant comme modèle le contrat d'Etat défini par un cadre juridique de référence à élaborer, qui aura mis en exergue tous les indicateurs à prendre en compte.

Les recommandations essentielles qui peuvent être retenues des interventions et des débats effectués lors du séminaire sur les investissements et le droit international économique s'articulent autour de :

1. Revoir les dispositions des accords de garantie et de protection réciproques des investissements bilatéraux en relation avec des contrats d'Etat conclus, en vue d'analyser la concordance des dispositions et de les harmoniser. Une analyse exhaustive de tous les AGPRI bilatéraux est nécessaire ;
2. Définir juridiquement le contrat d'Etat. Pour cela, un travail de préparation d'un projet de texte devra être entamé pour cerner tous les aspects liés au contrat d'Etat, comme étant un instrument devant contribuer à sécuriser les EPE qui seront en phase de négociations et de conclusions de contrats avec des entités étrangères pour réaliser des projets d'investissement ;
3. Créer une commission ad-hoc multisectorielle chargée d'examiner le code des marchés publics en vue de l'abrogation de ses dispositions ayant une relation avec les contrats d'Etat ;
4. Capitaliser l'expérience algérienne en matière d'arbitrage et assurer une formation aux juristes de haut niveau pour en faire des arbitres reconnus par les instances internationales de règlement des différends, tels que le CIRDI, la CCI de Paris et la Chambre de Commerce de Stockholm ;

5. Traiter les contrats selon leurs spécificités (domaines d'activité, transfert de know-how...). Il serait judicieux d'y ajouter de les traiter selon leur coût par rapport à la gradation du signataire et à la valeur ajoutée que le projet devrait apporter, une fois réalisé ;

S'agissant des projets stratégiques et coûteux, les aspects liés au règlement des différends et au droit applicable devraient être placés au premier plan, vu le risque de non réalisation ou de réalisation partielle ne donnant pas de résultats probants en matière de retour sur investissement et de nouvelle ressource économique et financière pour l'économie nationale ;

6. Continuer à faire des recherches pour maîtriser la définition du contrat administratif international avec les experts internationaux et les autres chercheurs, en vue de le faire admettre comme une alternative aux types de contrats actuels au niveau international destiné à protéger les intérêts de l'Etat hôte ;

7. admettre comme une alternative aux types de contrats actuels au niveau international destiné à protéger les intérêts de l'Etat hôte ;

8. Se mettre à niveau par rapport à la réflexion de l'UE d'évoluer vers de nouvelles clauses qu'ils veulent introduire dans les futurs contrats d'investissements avec les pays tiers, notamment en développement. Examiner cette question avec les experts internationaux et autres spécialistes ;

9. Opter d'abord pour la médiation et exploiter toutes les possibilités qu'elle offre, en termes de règlement des différends, en vue de défendre ardemment la souveraineté nationale et convaincre la partie cocontractante d'opter pour le droit algérien comme droit applicable, en offrant des garanties de stabilisation ou même l'intégration d'une clause compromissoire étudiée ;

10. Veiller à conclure des contrats équilibrés pour augmenter l'attractivité de l'Algérie aux IDE et encourager ainsi les opérateurs étrangers à s'intéresser à l'évolution de l'économie algérienne ;

11. Revoir le régime des mesures incitatives dédiées à la sous-traitance au profit des opérateurs locaux du secteur privé ;

12. Demander à l'Algérie d'examiner la possibilité d'adhérer à Afreximbank (demande faite par le présentateur, représentant Afreximbank), en vue de pouvoir jouir, en qualité de membre, des avantages octroyés par cette dernière, en termes d'accompagnement financier des projets d'investissements.

Pour plus d'information, consulter le site web du CNESE : www.cnese.dz

Télécharger le bulletin

Télécharger le vidéo du séminaire