



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي والبيئي
Conseil National Economique, Social et
Environnemental



Séminaire sur les
« Investissements et le droit
international économique :
les contrats d'Etat »

17 juin 2021

I- Introduction

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 Etatique et une partie privée. Un bref rappel historique s'impose ainsi pour bien comprendre le processus qui a mené à l'émergence de ce concept nouveau en droit international mais aussi pour comprendre sa spécificité.



II- LES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT (AII).



- ▶ 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.

III- LES CONTRATS D'ETAT

- Il existe plusieurs types de Contrats d'Etat. Dans un premier type de contrats, il apparait 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 (André MAURIN, Paris, 2001), où la partie contractante avec l'Etat se soumet à une procédure d'agrément ou qu'elle 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.

A- LES DIFFERENTS ELEMENTS POUVANT ETRE INTEGRES 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 aux 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 PRESERVATION 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 TRAITE 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 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- ACCORDS DE L'OMC ET AUTRES AYANT PREVU 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 le 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) et l'Accord sur Subventions et les Mesures Compensatoires (SMC). Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI) , Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)...

V-LES 3 OPTIONS ENVISAGEABLES POUR TRAITER LES CONTRATS D'ETAT DANS LES TRAITES 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 (All).

OPTION 2 : protection limitée des contrats d'Etat en vertu des Accords Internationaux d'Investissement (All).

OPTION 3 : protection intégrale des contrats d'Etat.

EXEMPLES DE PAYS AYANT CONTRACTÉ DES CONTRATS D'ÉTAT POUR LEURS PROJETS D'INVESTISSEMENT.

- ▶ Convention Pays-Bas / Malaisie
- ▶ Convention Suisse-Ouganda
- ▶ Convention Allemagne-Sri-Lanka
- ▶ Convention Belgique / Egypte
- ▶ Convention Pays-Bas / République de Corée

AGENCE MULTILATERALE DE GARANTIE DES INVESTISSEMENTS (AMGI) :

L'AMGI (en anglais MIGA pour Multilateral Investment Guarantee Agency) est une institution spécialisée du groupe de la Banque mondiale créée en 1988. L'AMGI a pour objectif d'encourager les investissements privés productifs en assurant la couverture des risques par les émissions de garanties ou d'assurances. Son siège est situé à Washington.

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE REGLLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS (CIRDI) :

Le CIRDI est la principale institution au monde dédiée au règlement des différends relatifs aux investissements internationaux. Il dispose d'une vaste expérience pour avoir administré la majorité des affaires relatives à des investissements internationaux. 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.

Le CIRDI a été instituée en 1966 par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (la Convention CIRDI). La Convention est un traité multilatéral, élaboré par les administrateurs de la Banque mondiale pour mettre en œuvre l'objectif de la Banque de promouvoir l'investissement international. Le CIRDI est une institution de règlement des différends indépendante et apolitique.

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...

Merci pour votre attention



n.merah@cnes.dz