

LA PARTICIPATION A L'ARBITRAGE DES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC (L'exemple de l'OHADA)

Alain FENEON

Avocat Honoraire au Barreau de Paris

Arbitre - Médiateur International

Maître de Conférences Sciences Po Paris

1. Dans beaucoup de législations nationales sur l'arbitrage, le principe de la **non-arbitrabilité des litiges impliquant les personnes morales de droit public**, en particulier l'Etat et les collectivités territoriales, est clairement posé, et ce depuis longtemps.
2. Cette position s'explique aisément **dans le système juridique français** comme dans ceux qui s'en inspirent. La distinction entre la justice des particuliers et celle de l'administration, c'est-à-dire de l'Etat, y est fermement établie.

Ce dualisme juridictionnel s'est construit historiquement à partir du XVIIIème siècle après la Révolution Française. Par les lois des 16-24 août 1790 sur l'Organisation Judiciaire, l'assemblée constituant issue de la Révolution a fait expressément défense aux tribunaux de connaître des affaires administratives.

L'article 13 du Titre II de cette loi dispose : « *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront à peine de forfaiture troubler de quelques manières que ce soient les opérations des corps administratifs, n'y citer devant eux, les administrateurs en raison de leurs fonctions* ».

3. A la suite de ces lois naîtra au terme d'une évolution sinueuse **la juridiction administrative** à côté des juridictions judiciaires à la faveur de l'institution du Conseil d'Etat par la Constitution de 1799.

Cette logique de la séparation des pouvoirs et donc de la séparation juridictionnelle s'est trouvée dans un premier temps érodée par la distinction **entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international (I)**, puis par un mouvement plus profond, dans lequel les pays d'Afrique subsaharienne ne sont montrés particulièrement novateurs, par la **reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges entre Etats et entreprises (II)**.

I. Une arbitrabilité limitée au commerce international

1.1- L'Arbitrabilité limitée du Droit Français.

4. Beaucoup de législations interdisent encore, au moins en ce qui concerne les matières d'ordre interne, aux personnes morales de droit public de compromettre.

Cette interdiction est absolue en droit français en ce qui concerne l'Etat, les collectivités publiques et les établissements publics administratifs.

5. Quant au droit français, il convient d'observer que les restrictions apportées en droit interne à l'arbitrabilité des litiges concernant l'Etat et les personnes morales de droit public avaient été écartées de longue date en matière internationale.

En premier lieu, la **Cour d'Appel de Paris, le 10 avril 1957, dans l'affaire Myrtoon Steamship** avait décidé pour la première fois que « *la prohibition (faite à l'Etat de compromettre) est limitée aux contrats d'ordre interne et sans imbrication pour les conventions ayant un caractère international* » et que « *l'interdiction qui résultait à l'époque de l'article 1400 du Code de procédure civile n'est pas d'ordre public* ».

6. Par la suite, la Cour de Cassation dans un arrêt **San Carlo** avait repris cette solution en relevant la spécificité des besoins du commerce international et en infirmant que « *La Cour d'Appel*

avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette prohibition générale édictée dans les contrats internes, devait encore s'appliquer à un contrat international de droit privé, passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime ».

Toutefois, la solution retenue par la Cour de Cassation consistant à se référer à la loi contractuelle avait pour immense inconvénient de conduire à des solutions variables en fonction des espèces.

7. C'est pourquoi, la Cour de Cassation, dans son arrêt **Galakis** du 2 mai 1966 a abandonné cette référence. La Cour de Cassation a ainsi considéré que la prohibition n'était pas applicable à « *un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime* » et donc non applicable aux contrats internationaux.

8. Bien que la loi du 5 juillet 1972 ait introduit un nouvel article 2060 du Code civil, prohibant tout arbitrage sur les contestations intéressant les collectivités publiques, les établissements publics, la jurisprudence française a maintenu cette exception en faveur des contrats internationaux et ce même pour les personnes publiques étrangères.

9. Cette question s'est illustrée dans la jurisprudence française par un contentieux opposant la société iranienne NIOC et la société de droit panaméen GATOIL.

Dans son arrêt en date du 17 Décembre 1991, la Cour d'Appel de Paris, saisi d'un recours en annulation contre la sentence arbitrale a considéré que : " *l'ordre public international interdisait à NIOC de se prévaloir des dispositions restrictives de son droit national pour se soustraire à postériori à l'arbitrage convenu entre les parties* ".

10. Cette solution a été confirmée par un autre arrêt rendu le 24 Février 1994 par la Cour d'appel de Paris, dans une affaire opposant le Ministère Tourisme de l'Equipement à une société BEC Frères. Il s'agissait d'un contrat passé par le Ministère tunisien pour la construction d'une route.

La Cour d'appel a jugé que : " *La prohibition pour un Etat de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne, que cette prohibition n'est en conséquence pas d'ordre public international. Que pour valider la clause compromissoire dans un marché, il suffit de constater l'existence d'un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages international.*

1.2-L'Arbitrabilité limitée en droit algérien et dans d'autres droits

11. Le législateur algérien a de la même façon admis, à l'occasion de la réforme de l'arbitrage du 25 Avril 1993 que les personnes morales de droit public **peuvent compromettre "dans les relations commerciales internationales "**.

Je renvoie sur ce texte aux excellents commentaires de Monsieur ISSAD à la Revue de l'Arbitrage 1993, n° 377 et à ceux de Messieurs les professeurs BEDJAOUI et MEBROUKINE au JDI 1993, 873.

12. Quoique de façon plus indirecte, le législateur égyptien s'est également rangé à cette solution.

Il est en de même en droit libanais. Le Code de procédure civile admet en son article 809 la possibilité pour l'Etat de compromettre dans les litiges internationaux mais en exclut l'idée en droit interne.

13. Dans d'autres systèmes juridiques en revanche, le pouvoir de compromettre de l'Etat et des personnes morales de droit public est admis mais **subordonné** à l'obtention de certaines autorisations préalables.

Il en est ainsi du droit iranien dans l'article 139 de la Constitution qui subordonne la soumission des différends concernant les biens de l'Etat à l'approbation du Conseil des Ministres assorti de la notification au Parlement.

14. La Jurisprudence arbitrale internationale admet également de manière constante **qu'un Etat, ne peut, en matière internationale**, se prévaloir de son propre droit pour échapper à une convention d'arbitrage librement consentie.

Une expression de cette solution s'est notamment exprimée dans une sentence CCI n°1939, dans les termes suivants : " *si certaines législations d'inspiration française ... interdisent à l'Etat ou à une collectivité publique de compromettre, il est admis que cette interdiction est sans portée dans les contrats internationaux. En effet, en tant qu'il s'agit là d'une règle d'ordre public, cette interdiction ne peut se situer que dans l'ordre interne*"

et cette sentence d'ajouter : " *Tel est le sens de la jurisprudence française, maintenant bien établie et indiscutée ... l'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite .. se prévaloir de la nullité de sa propre parole. "*

II. La libre arbitrabilité des litiges entre états et entreprises

15. Ce principe de libre arbitrabilité a trouvé son apogée en 1999 par la publication dans les Etats d'Afrique subsaharienne, membres de l'organisation de l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (**OHADA**) un Acte Uniforme sur l'arbitrage, dont l'article 2 alinéa 2 est ainsi rédigé : « *Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer*

leurs propres droits pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

16. Cette disposition brise la logique de la séparation juridictionnelle rappelée ci-dessus et procède à **l'unification de tous les contentieux**. Cette référence de l'article 2 alinéa 2 ou « l'établissement public » apparaît comme une amplification de la tendance du droit moderne de l'arbitrage, celle de l'Etat et des autres collectivités publiques à une révolution.

2.1 La participation de l'Etat et des Etablissements publics à l'Arbitrage.

17. La possibilité de participer à l'arbitrage ouverte par l'article 2 alinéa 2 de l'Acte Uniforme OHADA n'est pas une nouveauté en droit de l'arbitrage. Le fait novateur à cet égard vient de ce que l'arbitrage OHADA couvre substantiellement **un champ beaucoup plus étendu** que le domaine strict du commerce et de l'industrie.

18. Il est admis en effet, depuis longtemps, qu'en raison de leurs activités les EPIC fonctionnent dans les conditions du droit privé. Ils sont en conséquence soumis aux mêmes règles que les personnes morales de droit privé ainsi que les particuliers.

L'esprit et la logique de la gestion commerciale ne permettent pas qu'il en soit autrement. C'est ainsi qu'en France les Tribunaux de commerce sont compétents à l'égard de ces établissements.

19. Mais qu'en était-il de l'arbitrage ?

Se basant sur le principe ancien suivant lequel la voie de l'arbitrage est fermée aux personnes publiques quelles qu'elles soient, le Conseil d'Etat français avait estimé dans un arrêt d'assemblée de 1957 que ce principe s'appliquait aux EPIC en déclarant illégal un décret autorisant l'arbitrage à la société

nationale des ventes de surplus, qui était, en dépit de sa dénomination un établissement public.

20. Telle était la situation qui s'imposait jusqu'en 1972 au regard des articles 1003 et 83 du Code de procédure civile de 1806 qui régissait la matière.

La question a évolué depuis que l'article 1003 a été abrogé par la loi du 5 juillet 1972 et que l'article 83 a disparu de la nouvelle codification du Code de procédure civile. La loi du 5 juillet 1972, combinée avec la loi du 9 juillet 1975 a introduit en effet un nouvel article 2060 du Code civil dont il ressort ce qui suit : *« On ne peut compromettre... sur les contestations intéressant des collectivités publiques et des établissements publics... . Toutefois des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret... »*.

Ainsi donc les EPIC connaissaient en la matière un régime dérogatoire du droit commun applicable aux personnes morales de droit public ; dérogation contrôlée car soumise à une autorisation réglementaire et expresse. C'était donc une dérogation cas par cas qui était alors appliquée.

21. L'intérêt de l'Acte Uniforme OHADA sur ce point n'est pas seulement d'admettre les EPIC dans le champ de l'arbitrabilité, mais surtout d'étendre son domaine à toutes les questions du droit des affaires. En effet, au terme de l'article 2 du Traité de l'OHADA : *« Entre dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés, au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et la liquidation judiciaire, le droit de l'arbitrage, le droit du travail, le droit comptable, le droit de la vente... et toutes autres matières que le Conseil des Ministres déciderait à l'unanimité d'y inclure... »*.

On le voit bien, l'EPIC n'a plus sous ce rapport aucun domaine de non arbitrabilité : bien qu'il relève du droit public par son statut juridique il devient totalement assimilable à une entreprise privée.

22. Au surplus, on notera que le droit OHADA ne fait pas de distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international.

Cette distinction classique en droit français a été ici totalement abandonnée. La généralisation de la pratique des contrats d'investissement entre Etats et entreprises étrangères dans les pays en développement à compter des années 1970 a généré un **abondant contentieux arbitral** impliquant directement les Etats. C'est ainsi qu'à de nombreuses reprises la responsabilité contractuelle des Etats a été établie et notamment devant les juridictions arbitrales tel le CIRDI, les Etats africains ont souvent été mis à contribution.

23. Assurément, la participation à l'arbitrage de l'Etat et des autres collectivités publiques territoriales et des établissements publics administratifs à l'arbitrage OHADA **est plus qu'une simple innovation : une authentique révolution dans la pensée juridique de tradition latine**, et plus particulièrement dans la doctrine de l'arbitrage.

24. L'article 2 alinéa 2 de l'Acte Uniforme OHADA constitue à cet effet **un acte de rupture**. Il traduit en effet un paradoxe. En effet, il ne peut s'expliquer que dans un contexte de participation directe accrue de l'Etat et des autres sujets visés à l'activité économique, et plus précisément au monde des affaires.

Certes, ce mouvement va de pair avec la vague de privatisation, engagée en Afrique, sous l'assistance de la Banque Mondiale.

On peut y voir effectivement un mouvement de cause à effet dans la mesure où l'OHADA était fortement soutenue par les institutions internationales et qu'en l'espèce, la possibilité pour l'Etat de compromettre permet ainsi d'inclure des clauses compromissaires dans les contrats de cession d'entreprises et dans les contrats de garantie.

En d'autres termes, l'arbitrabilité des litiges impliquant l'Etat intervient au moment de son désengagement économique et de son démembrement...

25. Si l'article 2 alinéa 2 de l'Acte Uniforme OHADA apparaît sur ce point révolutionnaire, c'est parce qu'il consacre de ce fait non seulement l'arbitrage international relatif entre Etats et entreprises étrangères, mais aussi l'arbitrabilité des différends impliquant toutes les personnes morales de droit public y compris l'Etat dans l'ordre interne des Etats membres de l'OHADA. Par ailleurs, cet article ne subordonne l'arbitrabilité des litiges concernant des personnes morales de droit public à aucune autorisation préalable des instances nationales.

Le texte de l'OHADA paraît à cet égard d'un grand libéralisme comparé par exemple aux dispositions de la Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961.

En effet, si à son article 2 consacré à la capacité des personnes morales de droit public de soumettre à l'arbitrage elle reconnaît auxdites personnes « *la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage (art. 1^{er}), elle ouvre aussitôt une possibilité pour l'Etat de limiter son champ d'arbitrage* ».

26. L'intérêt indéniable de cet article 2 alinéa 2 de l'Acte Uniforme de l'OHADA est donc de régler sans ambiguïté cette question de pouvoir compromettre des personnes publiques. Mieux encore, il donne une base commune dans tous les Etats membres de l'OHADA à « *l'arbitrage entre Etats, entreprises*

d'Etats et entité inter étatique et entreprises étrangères » en s'inspirant à l'évidence dans la formulation de cette règle libérale de la loi suisse (art.177 alinéa 2,Loi fédérale de droit de personnes privées).

2.2 Quid de l'exécution des sentences contre l'Etat ?

27. Cependant, l'Acte Uniforme laisse entier le **problème de l'exécution des sentences** rendues dans un litige impliquant l'Etat ou un de ses démembrements. Il s'agit d'un problème à la fois d'ordre juridique et d'ordre pratique.

28. Sur le plan juridique, la question est de savoir s'il l'on peut soumettre par assimilation l'Etat et les autres personnes morales de droit public à l'exclusion des EPIC, aux voies d'exécution mises en œuvre contre les particuliers.

Rappelons que le Conseil d'Etat français a répondu à cette question par la négative à propos de saisies-arrêts dirigées contre la Société Nationale des Entreprises de Presse (CE, 9 juillet 1951). On relève toutefois une évolution au sens contraire devant les tribunaux judiciaires vis-à-vis des EPIC, les juges estimant qu'ils doivent dans certains cas pouvoir faire l'objet de voies d'exécution (Paris, 1^{er} Chambre, 26 mai 1982, JCP 1982 n° 19 911).

29. Pour l'OHADA, les personnes morales de droit public sont exonérées de l'exécution forcée en application de **l'article 30 de l'Acte Uniforme portant** réalisation des procédures simplifiées des voies d'exécution ; ces personnes morales peuvent compromettre, être justiciables dans leur justice arbitrale, mais ne sont pas exposées à l'exécution forcée.

Cette solution est à l'évidence critiquable et critiquée, d'autant qu'elle peut conduire à des abus, et des distorsions de concurrence, ainsi que cela été relevé notamment dans l'arrêt de la CCJA, TOGO TELECOM.

30. Il faut par ailleurs rappeler qu'il existe en droit français comme dans les droits des pays africains francophones un certain nombre de prérogatives dont bénéficie l'Etat même dans ses relations contractuelles avec les personnes privées. Peu importe qu'il n'en soit pas investi par le contrat : « *Il les détient en tout état de cause et ne saurait y renoncer régulièrement* ».

31. Ces prérogatives de puissance publique expliquant par exemple que l'Etat contractant puisse décider à tout moment de la résiliation d'un contrat dans **l'intérêt du service, c'est-à-dire à raison de l'intérêt général dont il a la charge et cela même en l'absence de clauses en ce sens du contrat.**

De telles mesures sont-elles susceptibles d'annulation juridictionnelle ? L'instance arbitrale pourra-elle apprécier la validité de telles prérogatives ?

Conclusion

32. La pensée économique dominante imprime une évolution tendant à disqualifier l'Etat de la conduite des affaires. Ce mouvement donne lieu à deux logiques parallèles, voire contradictoires.

D'un côté, la **volonté d'évacuer l'Etat et les personnes publiques de tout champ de l'activité économique (privatisation, etc...)** de l'autre, la tendance à les y **réintroduire par un souci de les banaliser, de leur enlever toutes prérogatives exorbitantes du droit commun** en en faisant des sujets de droit et **un justiciable ordinaire comparable aux personnes privées.**

C'est ce que l'OHADA est en train de réaliser par le biais de l'arbitrage. Saluons cette innovation particulièrement hardie et suivons là dans son application, car elle peut naturellement servir de modèle à d'autres systèmes de droit moins avancés dans ce domaine.

L'ARBITRAGE SOUS COUVERT DES CONVENTIONS D'INVESTISSEMENT UN PHÉNOMÈNE EN EXTENSION

Yakout AKROUNE, Chargée de cours,
Université d'Alger¹

Précédente de chambre de tribunal du sport d'Algérie

La multiplication phénoménale des accords de promotion de l'investissement, depuis maintenant plus d'un demi-siècle¹, s'assimile à un véritable raz de marée². Le régime juridique des IDE³ s'internationalise au moyen des traités bilatéraux (TBI), généralement dénommés "accords de promotion et de protection des investissements" et conventions de non double imposition (CDI) et d'autres accords portant établissement de zones franches⁴.

Selon la CNUCED⁵, "l'univers des AII⁶ semble en voie de consolidation avec :

¹ Depuis la conclusion, en 1959, du premier accord de promotion et de protection des investissements, le nombre de ces conventions ne cesse de croître : il était de 385 en 1989, il est passé à 2096 en 2001 et il serait, selon la CNUCED, de 3000 environ, en 2007. Il aurait atteint au total le chiffre de **5 939** à la fin de l'année 2009 ("Rapport sur l'investissement dans le monde 2010, Vue d'ensemble", élaboré par la CNUCED.). Il y aurait, toujours selon cette organisation, approximativement **quatre nouveaux** accords par semaine ! (Ibidem). Pour avoir un aperçu sur le développement de ces accords, on peut se référer aux rapports de la CNUCED, publiés sur les sites suivants : 1-www.unctad.org/wir (tous types d'accords). 2-www.unctad.org/ii (accords bilatéraux).

² Pour une étude de ce phénomène, voir, Akroune (Y) : *"La protection conventionnelle, facteur d'attractivité des investissements"*, in *REMALD, revue marocaine d'administration et de développement*, 2003 n° 42, p.147. ; Akroune (Y) : *"La promotion de l'investissement étranger par la protection conventionnelle : Les accords bilatéraux"*, in, *la lettre juridique* ; Horchani (F) : *"le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation"*, *JDI*, 2004, 2, p.367 ; Schokkaert (J) : *la pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux : droit comparé- droit interne- conventions européennes*. Bruxelles, Bruylant, 2006.

³ Investissement direct étranger.

⁴ Accord ALENA entré en application en 1994, accord créant la ZLEA (Zone de Libre Echange des Amériques), traité portant Charte de l'énergie, mis en vigueur en 1998.

⁵ Conférence des Nations Unies pour le Commerce Et le Développement.

⁶ AII : Accord International sur les Investissements.

- a) la multiplication d'accords économiques plurilatéraux de plus vaste portée qui incluent des dispositions relatives à l'investissement ;
- b) des efforts pour créer des zones d'investissement au niveau régional (Sud-Sud essentiellement) ;
- c) le transfert de compétences pour l'investissement étranger au sein de l'UE"⁷.

On observe, relève un auteur⁸, une sorte de frénésie, une "véritable euphorie conventionnelle qui se propage à travers le monde à la manière d'une pandémie". En effet, cette dynamique conventionnelle est quasi universelle⁹ et les Etats "se livrent (dans ce cadre) à une véritable surenchère dans la séduction"¹⁰ des porteurs de capitaux.

La préoccupation majeure de ces accords est la sauvegarde des intérêts de l'investisseur contre les "abus" de l'Etat d'accueil dont ils tentent de "neutraliser"¹¹ les prérogatives régaliennes¹²,

⁷ CNUCED : *Rapport sur l'investissement dans le monde 2010, Vue d'ensemble*.

⁸ Akroune (Y) : *"La protection conventionnelle, facteur d'attractivité des investissements"*, in *REMALED*, revue marocaine d'administration et de développement, 2003 n° 42, p.147, op.cit.

⁹ Tous les Etats ont mis en place des réseaux conventionnels destinés à attirer les investisseurs. Les rapports de la CNUCED sur l'investissement l'établissent très clairement. Cette dernière a initié une compilation des traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement que l'on peut consulter sur son site internet : www.unctad.org. Le phénomène de modélisation conventionnelle a fait apparaître trois types de traités de promotion de l'investissement : Les modèles, européen, américain (les USA ont adopté en 2004 un nouveau modèle remplaçant celui de 1983) et japonais. Plusieurs commentaires ont été dédiés au nouveau modèle américain ; voir, Abida (M.) : *"Le modèle américain d'accord de protection et d'encouragement des investissements 2004"*, Julliard (P.).

¹⁰ Leboulanger (P.) : *"Rapport introductif"*, Colloque du comité français de l'arbitrage : *les Etats dans le contentieux économique international, R.A.*, 2003, n°3, 620.

¹¹ Sur cette question, voir Mayer (P.) : *"la neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat"*, *JDI*, 1986, p.5.

¹² Les auteurs de ces manquements peuvent être aussi bien les organes législatifs, exécutifs que judiciaires de l'Etat d'accueil. C'est ainsi que le Gouvernement de la Région de Kaliningrad (fédération de Russie) a introduit, en tant qu'investisseur, une requête contre la République de Lituanie auprès d'un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CIA de la CCI, pour violation de l'accord bilatéral russo-lituanien de promotion de l'investissement, résultant d'une décision d'un tribunal lituanien accordant l'exéquatur à une sentence arbitrale prononcée contre lui. Voir les commentaires de Lemaire (S.) dans la revue de l'arbitrage 2011, n°3 page 695.

par l'interdiction d'un certain nombre de comportements qui leur seraient préjudiciables.

L'Algérie n'est pas restée en marge de ce phénomène puisqu'elle a intégré cette dynamique dans sa stratégie de marketing territorial¹³, en densifiant son réseau conventionnel ayant pour objet la promotion de l'investissement¹⁴.

Cette démarche n'a pas été sans effet sur les rapports "Etat d'accueil de l'investissement-investisseurs", ainsi que sur le contentieux¹⁵ auquel donnent fatalement naissance ces relations.

Certaines sentences arbitrales ont, également, engagé la responsabilité de l'Etat pour déni de justice. Voir, sur cette question, les développements consacrés à la sentence arbitrale "the Loewen Group, Inc. et autres contre / Etats-Unis", rendue le 26-6-2003, par un tribunal CIRDI, par Delanoy (L.C), Portwood (T.) : *"la responsabilité de l'Etat pour déni de justice dans l'arbitrage d'investissement"*, R.A, 2005, n°3, p.601.

¹³ Ainsi, le préambule de l'accord algéro-finlandais "relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements", signé à Alger le 15-1-2005 et ratifié le 11-12-2006 (JORADP n°82 du 17-12-2006, p.5) rappelle que "l'accord sur le traitement à accorder à de tels investissements aura pour effet de **stimuler le flux des capitaux et le développement économique des parties contractantes**".

¹⁴ L'Algérie est actuellement partie à 46 TBI (accords, traités et conventions de promotion et de protection des investissements) et à 32 CDI (Conventions de non double imposition). Elle a, par ailleurs, ratifié, une série de conventions multilatérales promouvant l'investissement, en un laps de temps très court (moins d'une décennie : 1988-1995) : Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, à laquelle elle a adhééré, le 5-11-1988 ; - Convention de l'Union du Maghreb arabe relative à la promotion et à la garantie des investissements, signée le 23-07-1991 ; - Convention de Ras Lanouf, portant création de la banque maghrébine pour l'investissement et le commerce extérieur, signée les 9 et 10-03-1991 et ratifiée le 13-06-1992 ; - Convention relative aux investissements des capitaux arabes dans les pays arabes, signée le 7-10-1995 et ratifiée le 7-10-1995 ; - Convention portant création de l'agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), ratifiée le 30-10-1995 ; - Convention de Washington portant création du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etat, ratifiée le 30-10-1995. Voir pour une lecture d'ensemble de ce dispositif conventionnel, Akroune (Y) : **1.** *"La protection conventionnelle, facteur d'attractivité des investissements"*, in REMALD, revue marocaine d'administration et de développement, 2003 n° 42, p.147, op.cit. **2./** *"La promotion de l'investissement étranger par la protection conventionnelle : Les accords bilatéraux"*, in, la lettre juridique. Op.cit.

¹⁵ La configuration du contentieux international en matière d'investissement a évolué de manière remarquable, dès la décennie 1990 qui a enregistré la première saisine du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) pour violation d'un accord bilatéral de promotion et de protection des investissements (affaire opposant l'entreprise AAPL au Sri Lanka ; la sentence du Centre a été rendue, le 27 juin

Précisément et comme conséquence directe de ce phénomène conventionnel, une des **mutations majeures** de l'arbitrage international, comme mode de règlement des différends opposant l'Etat aux investisseurs étrangers, est l'essor considérable des **demandes d'arbitrage fondées sur la violation de ces accords**¹⁶. Nous y reviendrons plus en détail.

Communément, le règlement des litiges y est appréhendé à deux niveaux et fait l'objet de deux corps de règles :

1-Un premier dispositif régit les rapports entre les deux Etats signataires ; Il comporte une clause de règlement des différends, résultant de la violation du traité par les Etats, au moyen de la négociation¹⁷ et de l'arbitrage interétatique¹⁸.

1990). Le nombre de demandes fondées sur les TBI, portées devant le CIRDI ou devant d'autres institutions d'arbitrage (CIA de la CCI, par exemple) connaîtra, depuis, une augmentation exponentielle, au point de susciter un réel malaise au niveau de certains Etats qui ont souvent le statut de défendeurs dans ces instances. Le nombre des procédures, sans précédent, intentées contre l'Argentine (20 demandes introduites, pour la seule année 2003 !) suite à la crise financière qu'a connu ce pays en 2001, illustre parfaitement ce phénomène. Voir ci-après, la note 16.

¹⁶ Gaillard (E.), qui a consacré plusieurs analyses à ce phénomène, écrivait déjà en 2003 : "le contentieux arbitral qui s'est développé sur **ce fondement est aujourd'hui considérable et ne fait que s'amplifier**". Voir, pour une information chiffrée de la "jurisprudence" rendue dans ce cadre, ses deux publications : 1-"*Chronique des sentences arbitrales du CIRDI*", *JDI*, 1999, 273. 2-"*l'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*", *R.A.*, 2003, 853. Cf. note 15 ci-dessus.

¹⁷ Règlement diplomatique, préalable à tout autre recours ; ce n'est qu'en cas d'échec qu'il est fait usage d'autres méthodes, notamment le mode juridictionnel (Cour internationale de justice et arbitrage international). On peut citer, à titre illustratif, l'article 9 de l'accord Algéro-finlandais "relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements", cité ci-dessus, qui dispose : "Les différends entre les parties contractantes relatifs à l'interprétation et à l'application du présent accord sont réglés, dans la mesure du possible, **par voie diplomatique**". La même disposition poursuit : "Si le différend ne peut pas être réglé, dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle de telles négociations ont été requises par l'une ou l'autre des parties contractantes, le différend est soumis, à la demande de l'une ou l'autre partie contractante, à un tribunal arbitral". Les modes de règlement pacifiques des litiges entre Etats sont cités, à titre indicatif, à l'article 33 de la charte des Nations unies. Sur cette question, voir Nguyen Quoc Dinh : droit international Public, Paris LGDJ.

¹⁸ L'arbitrage interétatique met en œuvre, pour régler les différends entre les sujets du droit international, les règles du droit international public, dont la convention d'investissement qui le prévoit.

2-Un deuxième corps de règles, plus étoffé, applicable aux relations investisseurs-Etat d'accueil de l'investissement.

Ces accords, participant d'une démarche de sécurisation de l'investissement par l'arbitrage¹⁹, ont mis en place une offre juridictionnelle variée et optionnelle au sein de laquelle ce dernier occupe une place privilégiée (I).

Mais cette offre, destinée normalement à connaître des violations du traité (les "Treaty claims", selon l'expression anglaise), doit s'articuler avec les mécanismes de règlement des litiges contractuels (les "contract claims") prévus dans la convention d'investissement que l'investisseur signe avec l'Etat d'accueil ou une de ses émanations (II).

L'Etat d'accueil se trouve, ainsi, face à un double engagement s'exprimant dans deux supports juridiques différents :

1-L'accord bilatéral de promotion et de protection des investissements, sur la base duquel peut être engagée sa responsabilité internationale,

2-Le contrat d'investissement dont l'irrespect peut entraîner la mise en jeu de sa responsabilité contractuelle.

Cette coexistence de deux engagements distincts a donné naissance à un débat doctrinal²⁰ alimenté par l'usage que les investisseurs font de la couverture qu'offre le TBI pour les litiges les opposant à l'Etat d'implantation de leur investissement. La

¹⁹ L'arbitrage apparaît comme une des garanties principales revendiquées par les investisseurs ou leur Etat national. Un véritable "droit à l'arbitrage", au titre de garantie, est reconnu aux investisseurs. Voir sur cet aspect, Akroune (Y) : *"Le droit algérien de l'arbitrage, un droit libéral, protecteur de l'investissement"*, *RASJ*, 2 000, 4.

²⁰ Le secrétariat de la CNUCED a relevé, dans une note (TD/COM.2/62, point 6) présentée au titre du point 4 de l'ordre du jour de la neuvième session de la commission de l'investissement, l'impact des TBI sur le renouvellement de l'approche des litiges liés à l'investissement en écrivant : "Le règlement des différends entre investisseurs et Etats, a suscité un large éventail de questions juridiques et un nombre appréciable d'approches de ces questions. L'enjeu est important aussi bien pour le pays d'accueil que pour les investisseurs étrangers". Il note, également la multiplication des différends découlant de ces traités (ibidem, point 8).

"jurisprudence"²¹ arbitrale produite dans ce cadre a profondément bouleversé la conception traditionnelle de l'arbitrage international.

I- L'offre juridictionnelle des traités d'investissement : une offre optionnelle variée

La plupart des traités conclus par l'Algérie, comportent, à quelques nuances près, une clause type libellée quasiment avec la même formulation qui prévoit habituellement les mécanismes indiqués ci-dessous et qui est ainsi rédigée²² :

"1. Tout différend résultant directement d'un investissement entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante, doit être réglé à l'**amiable** entre les deux parties au différend.

²¹ Ce terme doit être manipulé avec prudence, au regard de la controverse suscitée par l'existence ou non d'une "jurisprudence" arbitrale. Deux courants doctrinaux opposés s'affrontent sur ce terrain.

²² Nous citons, à titre de simple exemple, l'article 8 de l'accord algéro-finlandais "relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements", cité ci-dessus. Hormis le rajout de la clause de bifurcation, on retrouve, des options équivalentes dans l'accord algéro-éthiopien dont l'article 9 dispose : "1. Tout différend relatif aux investissements entre l'une des parties contractantes et un investisseur de l'autre partie contractante sera réglé, autant que possible, à l'amiable entre les parties au différend. 2. Si ce différend n'est pas réglé à l'amiable dans un délai de six (6) mois à partir de la date de présentation par l'une des parties au différend, de la demande de règlement à l'amiable, le différend sera soumis à la demande de l'investisseur concerné, soit à la juridiction compétente de la partie contractante concernée par le différend, soit à l'arbitrage international. Le choix de l'une de ces deux procédures pour le règlement du différend sera obligatoire et définitif. 3. Si le différend est soumis à l'arbitrage international, l'investisseur et la partie contractante concernés par le différend peuvent convenir de soumettre le différend à l'une de ces deux parties : **a**) au centre international pour le règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI) établi par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965, sous réserve que les deux parties contractantes soient membres à cette Convention, ou **b**) à un tribunal arbitral *ad hoc*, sauf si les parties au différend n'en conviennent autrement, qui sera constitué sur la base du règlement d'arbitrage de la commission des Nations Unies pour le droit commercial international (UNCITRAL). 4. Le tribunal arbitral règlera le différend conformément aux lois nationales de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé, aux autres principes et procédures du droit international reconnus et à cet accord, selon le cas. 5. La sentence arbitrale sera définitive et obligatoire aux parties au différend et sera exécutée conformément aux lois nationales de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé". Il en est de même de l'accord algéro-suisse du 7-10-2002, ratifié le 23-06-2005 (JORADP n°45 du 29-6-2005, p.13 comporte les mêmes mécanismes.

2. Si le différend n'est pas réglé dans un délai de trois mois²³ à compter de la date à laquelle celui-ci a été soulevé, par écrit, le différend peut être soumis, au choix de l'investisseur, soit :

a-**aux juridictions compétentes** de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé ou,

b-à l'**arbitrage international** :

i- Au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), institué par la convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (...),

ii- A l'arbitrage en vertu des facilités additionnelles du centre à condition que l'une des parties contractantes ait adhéré à la convention (...),

iii-A un tribunal arbitral ad hoc, à moins que les parties aux différends n'en conviennent autrement, constitué conformément au règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI)".

Cette disposition, à l'instar de quasiment toutes celles qui sont incluses dans les instruments conventionnels de protection des investissements, comporte, ainsi, une clause de règlement amiable²⁴, une clause attributive de juridiction (1) aux tribunaux étatiques des parties contractantes et une clause compromissoire (2), qui, à son tour se décline en plusieurs options qui associent l'arbitrage institutionnel à l'arbitrage ad hoc.

Mais l'option est, selon les accords, plus ou moins verrouillée, certains accords, à l'exemple de ceux signés par l'Algérie avec l'Afrique du Sud, la Lybie, l'Ethiopie, le Mali, comportant une clause de bifurcation²⁵, dite de choix irrévocable bloquant, ainsi,

²³ Le délai n'est pas uniforme et varie entre 3 et 6 mois, dans les conventions conclues par l'Algérie.

²⁴ Qui n'est pas abordée ici.

²⁵ Clause par laquelle l'accord impose à l'investisseur un **choix irrévocable** du mode de règlement des litiges qui l'opposeraient à l'Etat d'accueil de son investissement. Ainsi dispose l'article 9, in fine, de l'accord algéro-éthiopien selon lequel : "Le choix de l'une de ces deux procédures pour le règlement du différend sera **obligatoire et définitif**".

toute velléité frauduleuse de "forum shopping in favorem" de la part de l'investisseur qui serait tenté de saisir alternativement ou cumulativement les juridictions qui lui sont proposées.

1-le recours aux juridictions étatiques : une procédure en déclin

La clause attributive de juridiction peut être assimilée, au regard du comportement des entreprises, à une simple pétition de principe, destinée à faciliter la conclusion des TBI. On observe, en effet, à l'examen de la mise en œuvre pratique de ces derniers, une réelle désaffection pour le mode judiciaire de règlement des différends liés à l'investissement, les investisseurs nourrissant une certaine méfiance à l'égard des juges étatiques suspects de partialité.

L'option juridictionnelle des accords d'investissement est, en effet, souvent levée au profit de l'arbitrage y compris dans les cas où le contrat d'investissement comporte une clause attributive de juridiction aux tribunaux de l'Etat hôte de l'investissement²⁶.

La tendance impulsée par ces accords s'éloigne sérieusement, des préoccupations des années 70, au cours desquelles l'enjeu était de neutraliser la compétence législative des pays d'accueil des investissements, par l'internationalisation du régime juridique des contrats. Aujourd'hui il s'agit d'éviter la compétence judiciaire de ces Etats. La justice privée triomphe et invente de nouvelles voies.

²⁶ Ainsi, le litige qui a opposé l'Agence nationale des Barrages (ANB), algérienne, au groupement italien L.E.S.I.-DIPENTA, relatif au marché de construction d'un barrage, en Algérie, a été porté devant le CIRDI, alors que le contrat donnait compétence aux juridictions administratives algériennes. Le demandeur a fondé sa requête arbitrale sur la violation de l'accord algéro-italien de promotion et de protection réciproques des investissements du 18 mai 1991.

Par ailleurs, et même si certains Etat essaient, parfois, d'imposer la compétence de leur juridiction²⁷, ils peuvent se heurter, s'ils en sont signataires, aux prescriptions de l'article 26 de la convention de Washington de 1965, portant création du CIRDI.

Cette disposition institue, en effet une sorte de subsidiarité de la compétence des juges étatiques par rapport à l'arbitrage²⁸ lorsqu'elle précise que "**le consentement des parties à l'arbitrage** dans le cadre de la présente convention est, sauf stipulation contraire²⁹, considéré comme impliquant **renoncement à l'exercice de tout autre recours...**".

Les litiges soulevés par les investisseurs portent généralement sur des mesures prises par l'Etat lui-même dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives régaliennes (réorientation d'une politique fiscale, législation sur le contrôle des changes, modification ou abrogation d'un dispositif juridique³⁰) et que ces derniers considèrent comme une remise en cause des engagements conventionnels de celui-ci.

Ils assimilent certains actes de l'Etat, tels une forte taxation des bénéficiaires, l'imposition du partenariat³¹ avec des investisseurs locaux, la restriction de l'importation de matières premières ou

²⁷ A l'exemple des pays d'Amérique latine, farouches défenseurs de leur compétence judiciaire nationale pour connaître des litiges les opposant aux investisseurs. Mais la déferlante des arbitrages exercés, depuis quelques années, contre l'Argentine devant le CIRDI témoignent du recul de cette position.

²⁸ Pourtant la règle de l'épuisement des voies de recours internes avant la saisine d'une juridiction internationale est bien établie dans le droit international général.

²⁹ Mais il faut préciser que l'Etat peut exiger **expressément**, au moment de l'adhésion à la convention que la recevabilité des demandes d'arbitrage soit soumise à l'épuisement des voies recours internes.

³⁰ L'exemple frappant de l'Argentine illustre parfaitement la réaction massive des investisseurs étrangers à la décision prise par ce pays de lever la parité peso-dollar, suite à la crise financière que ce pays a connue.

³¹ A l'exemple de la règle dite des "49/51%", instituée, en Algérie, par l'article 58 de la loi de finances complémentaire pour 2009.

d'équipements nécessaires à l'investissement, le non transfert du produit de la cession de l'investissement ou des dividendes en résultant, à une forme d'expropriation³² qui ne dit pas son nom, une expropriation larvée, déguisée³³, une "expropriation rampante", selon une expression qui fait du chemin dans la "jurisprudence" arbitrale.

Il leur paraît peu probable, au regard de la nature de ces mesures, que les juridictions étatiques, notamment celles des pays en développement, jugent en toute indépendance et impartialité et puissent remettre en cause des décisions ayant une tonalité régaliennne. Elles seraient, à leur regard, juge et partie. Cette appréhension nourrit leur hostilité à l'égard de la justice étatique.

Par ailleurs, la procédure de l'exequatur³⁴ à laquelle est soumis le jugement étatique et qui se déroule devant le juge interne³⁵, seul détenteur de l'impérium³⁶, prolonge et conforte cette méfiance.

La "jurisprudence" CIRDI est, naturellement, très favorable à l'évitement des tribunaux étatiques³⁷.

³² Ainsi la décision de l'Argentine d'abandonner, en 2002, la parité de sa monnaie avec le dollar américain a été assimilée à une expropriation et a donné naissance à une avalanche de requêtes arbitrales contre cet Etat. De même dans le litige qui a opposé l'Agence algérienne des Barrages (ANB) au groupement italien L.E.S.I.-DIPENTA, déjà évoqué, il a été soutenu, par ce dernier demandeur à l'arbitrage du CIRDI, que l'arrêt prolongé des travaux de réalisation du barrage, objet du marché, conclu avec l'Agence, représente une expropriation. Voir le texte de la sentence sur le site du CIRDI : <http://ICSID.worldbank.org>.

³³ Les TBI l'évoquent à travers une formule très élastique qui élargit le pouvoir d'appréciation du juge saisi de la contestation de la mesure prise par l'Etat. Ainsi l'article 6 de l'accord algéro-suisse interdit toute dépossession ou **mesure assimilée "ayant le même caractère ou le même effet"**, non justifiée par l'intérêt public.

³⁴ Procédure judiciaire par laquelle le juge accorde force exécutoire à un jugement étranger ou à une sentence arbitrale (voir les articles 600 et 605 du code de procédure civile et administrative).

³⁵ Article 605 du code de procédure civile et administrative.

³⁶ Imperium : *pouvoir de commandement*, in Roland (H.), *lexique juridique des expressions latines*, Paris, LITEC, 2002, p.89.

³⁷ Qu'on en juge par l'orientation de sa "jurisprudence".

Pour toutes ces raisons, le mode judiciaire de règlement des litiges, prévu dans les TBI, leur paraît inadapté et peu approprié aux spécificités des affaires internationales et particulièrement de l'investissement international.

A terme, il finira par disparaître après une entrée en agonie provoquée par l'offensive sans précédent des défenseurs de l'arbitrage promu au rang de "**justice naturelle de l'investissement**".

2- L'offre arbitrale des traités d'investissement : un large éventail

Outre le choix offert aux investisseurs, entre deux modes juridictionnels, public et privé, les TBI leur accordent, de nouveau, dans le cadre du règlement arbitral, option entre recourir à l'arbitrage ad hoc ou saisir le CIRDI, avec le mécanisme supplémentaire³⁸.

Ainsi, la Cour Internationale d'Arbitrage (la CIA) de la Chambre du Commerce Internationale (la CCI), la Cour d'arbitrage International de Londres (la LCIA), la Chambre du Commerce de Stockholm, le Centre d'arbitrage du Caire, le Centre d'arbitrage de Singapour, peuvent être saisis, sous couvert d'un TBI.

Mais on observe, depuis quelques années, la préférence des investisseurs pour l'arbitrage CIRDI³⁹.

D'ailleurs et pour cette raison, nos réflexions se baseront, essentiellement, sur la "jurisprudence" CIRDI.

La constitution du tribunal ainsi que la procédure dans l'arbitrage ad hoc peuvent se dérouler, soit conformément au règlement de la CNUDCI, soit selon les modalités choisies par les parties.

³⁸ Voir les dispositions y relatives de certains accords cités, ci-dessus.

³⁹ Pour la seule année 2013, il y a eu 57 demandes d'arbitrage introduites devant le CIRDI.

Quelque soit le choix de l'investisseur pour l'une ou l'autre forme d'arbitrage, il doit composer avec l'engagement juridictionnel pris dans le contrat d'investissement qui comporte toujours une clause de règlement des litiges, consistant dans la majorité des cas en une clause compromissoire.

Comment concilier l'arbitrage du TBI avec l'arbitrage du contrat ? Lequel doit avoir préséance. Autant d'interrogations auxquelles a été confronté le CIRDI et dont il sera question ci-après.

II-L'articulation de deux formes d'arbitrage : l'arbitrage contractuel et l'arbitrage d'investissement

Comme il a déjà été relevé ci-dessus, l'investissement se réalise, sur le plan juridique, à travers la conclusion d'un contrat entre l'investisseur étranger et l'Etat d'implantation ou un de ses démembrements (Collectivités locales, entreprise publique, agence nationale en charge du suivi des investissements⁴⁰).

Ces conventions renferment généralement une clause de droit applicable⁴¹ et une autre de règlement des différends nés de son interprétation et/ou de son exécution.

Le contrat dispose donc de son juge qui est tantôt arbitral, tantôt, mais de plus en plus rarement, judiciaire. On parle d'arbitrage contractuel, d'arbitrage classique qui connaît des "contract claims".

Les investissements bénéficient, également, d'une protection conventionnelle au moyen des TBI ou autres accords multilatéraux, dis aussi "traités de couverture" ("umbrella agreement")⁴².

⁴⁰ A l'exemple de l'ANDI, en Algérie.

⁴¹ La compétence de la loi nationale de l'Etat d'accueil de l'investissement est, généralement retenue.

Par ces outils, l'Etat d'accueil s'engage à accorder à l'investisseur, étranger ressortissant de l'autre Etat partie, un traitement non discriminatoire, juste et équitable, et à s'abstenir de prendre des mesures qui porteraient atteinte à sa sécurité et à sa pérennité.

Toute violation de ces engagements sera sanctionnée au moyen des procédures prévues dans les traités d'investissement et dont il a, déjà, été fait une brève présentation. Le traité dispose, lui également, de son juge.

Celui-ci est, préférentiellement, comme observé ci-dessus, un juge arbitral représenté, généralement par un tribunal mis en place sous l'égide du CIRDI. Il s'agit d'un arbitrage d'investissement qui connaît de ce qu'il est convenu de désigner les "Treaty claims".

C'est cette double juridiction dont peut bénéficier un seul et même investissement, mais surtout l'usage qu'en ont fait les investisseurs qui a bouleversé la pratique arbitrale dans ce domaine (1) et redessiné les contours du droit de l'arbitrage international (2).

Les investisseurs font feu de tout bois et exploitent toutes les possibilités que leur offre ce système dualiste, selon l'expression d'un auteur⁴³, pour faire condamner l'Etat à réparation.

Ils utilisent, ainsi, l'offre arbitrale des TBI pour régler des litiges contractuels, sans renoncer, pour autant aux mécanismes juridictionnels prévus dans le contrat.

⁴² La doctrine a abondamment décrit ce procédé ; Voir Weil (P.) : *"problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier"*, RCADI, 1969, 128, p.95.

⁴³ Mayer (P.) : *"contract claims" et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements"*, JDI, 2009, p.71.

La saisine du juge du traité intervient soit directement, soit après l'échec d'une instance locale (judiciaire ou arbitrale). Parfois, il intente deux actions parallèles, créant ainsi des situations de litispendance que les Etats font prévaloir mais, souvent sans succès⁴⁴.

1-L'extension de la compétence du juge du traité aux "contract claims"

Il sera fait usage dans ce paragraphe, pour désigner le juge du traité, de l'arbitrage CIRDI car l'essentiel des TBI ainsi que la pratique qui en a résulté, lui accordent leur préférence⁴⁵.

C'est dans un litige qui a opposé l'entreprise AAPL au Sri Lanka, qu'a été rendue, le 27 juin 1990⁴⁶, la première sentence arbitrale fondée sur la violation d'un TBI.

Depuis le contentieux réglé par l'arbitrage CIRDI, sur la base de ces accords, connaît un essor vertigineux⁴⁷. La question récurrente qu'ont eue à trancher les tribunaux CIRDI, avant même l'entame de l'affaire au fond, porte sur leur aptitude, en qualité de juge du traité, à statuer sur "des contract claims".

En effet, les Etats défendeurs attirés par les investisseurs demandeurs, devant ces juridictions pour répondre de leur responsabilité internationale pour violation d'un TBI, contestent systématiquement la compétence de celles-ci, au motif tantôt

⁴⁴ Voir la décision du comité ad hoc du CIRDI, du 3-7-2002, prise dans l'affaire Vivendi-Argentine.

⁴⁵ La clause de règlement des litiges liés à l'investissement donne au CIRDI soit une compétence exclusive, soit une compétence alternative.

⁴⁶ Cette année a connu une augmentation de la cadence de conclusion des TBI : Voir, sur son site, la compilation de ces accords réalisée par la CNUCED, volume de 1990.

⁴⁷ Il suffit de consulter le site du CIRDI pour constater l'évolution des demandes introduites annuellement. L'activité du Centre n'a jamais atteint l'intensité qu'il connaît aujourd'hui, avec la multiplication des TBI.

que le litige ne concerne pas un investissement⁴⁸, tantôt que les voies de recours internes n'ont pas été exercées, conformément aux stipulations de la convention d'investissement. Il invoque, parfois, lorsque le TBI contient une clause de bifurcation (clause fork in the road), la renonciation de l'investisseur à l'offre juridictionnelle de ce dernier en optant, dans le contrat, pour d'autres modes de règlement des litiges⁴⁹.

Les frontières entre ce qui relève du contentieux contractuel et ce qui se rattache au contentieux d'investissement, sont difficiles à tracer lorsque le contrat d'investissement comporte une clause compromissoire CIRDI, faisant double emploi avec ce qui est prévu dans le TBI. Les risques de confusion et de conflit de compétence (tant négatif que positif) augmentent et la tâche des arbitres est alors plus délicate.

Mais l'identité des parties ainsi que l'unicité du litige peuvent faciliter le traitement du dossier, même si la question du fondement de la saisine du CIRDI demeure.

Une autre difficulté s'ajoute à celle-ci et résulte du statut du signataire du contrat d'investissement lorsqu'il ne s'agit pas de l'Etat central, partie au TBI, mais d'une entité placée sous sa tutelle⁵⁰.

⁴⁸ Dans l'affaire L.E.S.I.-DIPENTA/ ANB, le gouvernement algérien a contesté la compétence du tribunal CIRDI, au motif que le litige porte sur un marché public international et non sur un investissement.

⁴⁹ Le tribunal CIRDI a refusé cet argument dans sa sentence sur la compétence dans l'affaire CMS c/ Argentine.

⁵⁰ La majorité des contrats d'investissements est conclue par des entités distinctes de l'Etat, même si leur signature est, parfois, précédée d'un protocole d'accord ou memorandum d'entente, comportant une présentation générale du projet. Mais la convention de Washington a réglé cette difficulté en précisant que "La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement".

Sur toutes ces questions, la "jurisprudence" des tribunaux CIRDI n'est pas uniforme même s'il se dessine une tendance vers l'élargissement de leur compétence, pour couvrir, à la fois, "les Treaty claims" et les "contract claims", notamment lorsque une clause parapluie est incluse dans le TBI.

L'indécision des tribunaux CIRDI sur l'étendue de leur compétence peut être illustrée par deux affaires opposant la même entreprise suisse, la SGS, à deux Etats différents : le Pakistan et les Philippines ; les deux réclamations se basaient, à la fois, sur la violation du contrat d'investissement et du TBI liant la Suisse à ces deux Etats.

Alors que dans la sentence rendue entre la SGS et le Pakistan⁵¹, le tribunal a rejeté les "contract claims" pour ne juger que les "Treaty claims", il s'est, par contre, déclaré compétent, dans l'affaire SGS c/Philippines⁵², pour connaître de l'entière des demandes présentées par la requérante, tant celles qui sont liées au contrat que celles rattachées au TBI.

Toutefois, la majorité des tribunaux arbitraux refuse de statuer sur un litige purement contractuel, auquel n'est pas partie l'Etat central, et renvoie le demandeur à la juridiction visée dans le contrat, notamment lorsqu'il s'agit d'un tribunal étatique⁵³. Ils refusent, également, de connaître d'un "contract claims" lorsque celui-ci a déjà, été soumis à la juridiction interne de l'Etat d'accueil.

La doctrine⁵⁴ qui s'est saisie de cette nouvelle pratique de l'arbitrage international est assez partagée sur la pertinence

⁵¹ Affaire SGS c/Pakistan du 8-9-2003.

⁵² Affaire SGS c/Philippines : sentence sur la compétence du 29-1-2004.

⁵³ Ainsi en a décidé le tribunal CIRDI dans l'affaire SGS c/Philippines, suscitée.

⁵⁴ Voir pour une vision globale de cette problématique : 1- Benhamida (W.) : *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Paris II, 2003. 2- Fadlallah (I) : *"la distinction*

juridique de l'extension de la compétence du juge du traité aux litiges contractuels. Elle s'est interrogée sur le bien-fondé de la distinction "Treaty claims" et "contract claims". Certains auteurs⁵⁵ fondent la différenciation entre ce qui relève du juge du contrat et ce qui ressortit du juge du traité, sur le **statut du signataire du contrat d'investissement**.

Ainsi, si le signataire de celle-ci est l'Etat partie au TBI, alors le CIRDI, juge du traité, disposerait, selon ces auteurs, d'une compétence générale incluant à la fois, les "contract claims" et les "Treaty claims". D'autant, soutiennent-ils, que la formulation très générale du TBI milite pour l'intégration des deux types de différends, puisqu'elle se réfère à "tout litige"⁵⁶, sans distinction.

En revanche, s'il n'y a pas identité des signataires du contrat d'investissement et du TBI, le CIRDI ne devrait statuer que sur les "Treaty claims", à l'exclusion des "contract claims". La compétence du CIRDI est, alors, limitée.

Pour d'autres⁵⁷, "un tribunal CIRDI (...) jouit incontestablement d'une compétence qui ne se limite pas aux "Treaty claims". Les rédacteurs de la convention de Washington ont eu en vue, **essentiellement, les litiges nés des rapports contractuels entre l'investisseur et l'Etat ou une de ses émanations**".

Treaty claims-contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI, faisons-nous fausse route ? In, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthémis, 2006. 3 Lemaire (S.) "Treaty claims" et "contract claims" : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat", Anthémis, 2006. "La mystérieuse umbrella clause : interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements", *R.A.*, 2009, n°3, p.479.

⁵⁵ Lemaire (S.) "Treaty claims et contract claims : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat", *R. A.*, 2006, n°1, p.353, op.cit.

⁵⁶ Le TBI conclu entre le Maroc et l'Italie est très précis et inclut, expressément, les manquements à un contrat qui lierait l'Etat d'accueil à l'investisseur.

⁵⁷ Mayer (P.) : "«contract claims» et clause juridictionnelle des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, 2009, 1, 71, précisément p.88 (n°21).

Cet auteur affirme, avec force, que "la vérité est que le **CIRDI a été créé pour connaître des "contract claims"** et que la convention de Washington convient mal aux "Treaty claims"⁵⁸. Mais il concède, malgré tout, que les "contract claims" se distinguant radicalement des "Treaty claims", **par leur fondement juridique**, il ne serait pas naturel, ni en tout cas nécessaire, de les soumettre, en même temps que ceux-ci, à un examen unique par un tribunal unique"⁵⁹.

Quelque soit l'étendue de la compétence du tribunal du traité, la question des spécificités de l'arbitrage institué par les TBI, comparé à l'arbitrage classique, mérite d'être abordée car elle a bouleversé les mécanismes ainsi que la philosophie de ce mode de règlement des litiges.

2-Les spécificités de l'arbitrage d'investissement

Les particularités⁶⁰ de l'arbitrage d'investissement se manifestent à plusieurs niveaux :

2.1-au plan de la nature juridique de cet arbitrage

2.2- au niveau de la procédure arbitrale,

2.3-quant à l'obligation de confidentialité des intervenants à cet arbitrage.

2-1- Nature juridique de l'arbitrage d'investissement

Classiquement l'arbitrage est défini comme une justice privée **contractuelle**⁶¹ : pas d'arbitrage sans consentement des parties, consentement donné dans la convention d'arbitrage. L'autonomie de la volonté de celles-ci le domine totalement.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Voir : 1-pour une approche synthétique de cette question : Gaillard (E.) : *"l'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements"*, R.A, 2003, 853. 2-Pour une vision plus globale, se reporter à : Benhamida (W.) : *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Paris II, 2003. Op.cit.

⁶¹ Racine (J.B.) écrit, dans sa thèse consacrée à *l'arbitrage commercial international et l'ordre public*, " *L'arbitrage est une justice privée dont le fondement est conventionnel*". p.2.

Quid de cette donnée fondamentale dans l'arbitrage d'investissement ?

2-1-1-L'expression du consentement à l'arbitrage d'investissement

L'échange de consentements intervient, dans l'arbitrage classique, **simultanément** à l'issue des négociations sur le mode de règlement des litiges susceptibles d'apparaître en cours d'exécution du contrat.

La clause compromissoire, incluse dans le contrat représente, elle-même **un contrat bilatéral**⁶², à part entière⁶³. Elle oblige toutes les parties à recourir à l'arbitrage, en cas de litige, non résolu par voie amiable.

Or, dans l'arbitrage d'investissement, (celui des TBI, des traités multilatéraux⁶⁴ et de la convention de Washington), ceci représente une de ses particularités, **seul l'Etat d'accueil** s'oblige à l'égard des investisseurs ressortissants de l'autre Etat partie. Il leur fait une offre impersonnelle et générale, non assortie de délai. Il donne son consentement de manière anticipée, à l'adresse des investisseurs, via un accord avec leur Etat national⁶⁵.

Il ne peut se dédire, s'affranchir d'un engagement ferme, lors de la survenance du différend, du moment qu'il a pris, selon l'expression d'un auteur⁶⁶, "un engagement à blanc" et non une simple promesse de recours à l'arbitrage".

⁶² Contrat obligeant deux parties, à l'inverse du contrat unilatéral dans lequel seule une partie s'oblige (cas de la donation).

⁶³ La clause compromissoire, bien que contenue dans un contrat, est indépendante de celui-ci (article 1040 du code algérien de procédure civile et administrative, objet de la loi 25 février 2008).

⁶⁴ Traité portant charte de l'énergie, accord de libre échange nord-américain (ALENA),

⁶⁵ Il y a une atteinte au principe de l'effet relatif des traités, codifié dans la convention de Vienne, sur le droit des traités, de 1969. Voir les discussions autour de cette problématique dans le numéro spécial que la revue de l'arbitrage a consacré à "l'arbitrage et les tiers", 1988.

⁶⁶ Horchani (F) : " *le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation*", *JDI*, 2004, 2, p.401.

Les bénéficiaires de cette offre, quant à eux, demeurent libres de l'accepter ou de la refuser. Mais, ils peuvent lever l'offre à tout moment.

Leur acceptation est différée jusqu'à l'introduction de la demande d'arbitrage, au moment de la survenance du litige. Il y a, donc, une dissociation chronologique de l'échange des consentements.

Mais un auteur⁶⁷ relève qu' "il n'est pas nécessaire que le consentement (de l'investisseur) soit exprimé en même temps que celui du partenaire étatique, ni consigné dans le même document, ni encore exprimé nécessairement avant la naissance du litige". On a, de ce fait, parlé d'**arbitrage transnational unilatéral**⁶⁸, d' "arbitration without privaty"⁶⁹, par opposition à l'arbitrage classique qui est, comme on vient de l'indiquer, un arbitrage bilatéral.

Il y a eu glissement de l'arbitrage bilatéral vers un arbitrage unilatéral. Mais l'Etat, quant à lui, ne peut pas engager une procédure arbitrale à l'encontre d'un investisseur défaillant⁷⁰, (sauf sur la base de la clause compromissoire du contrat, lorsqu'elle existe) car ce dernier n'a pas encore exprimé son consentement à être lié par la clause compromissoire du TBI. Il se trouve, ainsi, piégé. Mais, rappelons que le TBI est surtout destiné, comme nous l'évoquions ci-dessus, à protéger l'investisseur contre les manquements de l'Etat d'accueil.

⁶⁷ Horchani (F) : " *le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation*", op. Cit. p.407.

⁶⁸ Un auteur lui a consacré une thèse, il s'agit de Benhamida (W.) : *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Paris II, 2003.

⁶⁹ Paulsson (J.): "arbitration without privaty", *ICSID Review*, 1995.p.232.

⁷⁰ On a observé, dans certaines opérations de privatisation d'entreprises publiques algériennes, assimilées à des investissements, que le repreneur étranger ne réalise pas toujours ses engagements. Il ne peut être poursuivi, sur la base du TBI.

La "jurisprudence" a salué cette facilitation ; ainsi, le tribunal arbitral CIRDI, qui a statué sur le litige opposant Antoine Goetz et consorts et le Burundi, a relevé que "l'exigence fondamentale du consentement des parties, formulée à l'article 25 de la convention du CIRDI, se trouve ainsi revêtir une expression originale, à laquelle on ne pensait guère au moment de l'élaboration de la convention du CIRDI"⁷¹.

2-1-2-La doctrine a, également, relevé le caractère **fortement collectif de cet arbitrage** qui ne s'adresse pas à un partenaire précis mais vise un groupe de personnes non encore identifié, au moment de la conclusion du TBI, sinon par sa nationalité.⁷²

L'intuitu personae de la convention d'arbitrage classique a disparu au profit d'un arbitrage impersonnel.

2-1-3-Bien plus, même si aucune offre d'arbitrage n'était faite dans la convention d'investissement, ce qui est, au demeurant, très rare, tout investisseur peut revendiquer le recours à ce procédé, au titre de la clause de la nation la plus favorisée⁷³, prévue dans l'accord signé par son Etat national. L'investisseur "extirpe" à l'Etat une offre l'arbitrage, que ce dernier a déjà faite un Etat tiers, dans un autre accord.

Il s'agit là, d'une autre spécificité de l'arbitrage d'investissement. La «jurisprudence» arbitrale a, déjà mis en œuvre cette démarche dans l'affaire Maffezini contre l'Espagne, tranchée par un tribunal CIRDI, le 25 janvier 2000.

⁷¹ Voir le texte de la sentence dans ICSID Review, 2000.

⁷² La protection organisée dans le TBI, est octroyée aux ressortissants des Etats parties, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales.

⁷³ Clause par laquelle une partie à un TBI, s'engage à étendre aux investisseurs de l'autre partie contractante, tout avantage qu'elle viendrait à accorder à d'autres Etats.

2-2- Le recul de l'obligation de confidentialité des acteurs de l'arbitrage d'investissement.

Parmi les avantages, généralement, reconnus à l'arbitrage et qui en expliqueraient le succès, son caractère confidentiel est présenté comme un atout majeur⁷⁴. Le caractère public de la justice étatique serait, subséquentement, incompatible avec les besoins de discrétion des relations d'affaires et a induit son évitement par le monde de l'entreprise.

Aussi, tous les intervenants à la procédure d'arbitrage sont tenus, sauf décision contraire des litigants, au strict respect de la confidentialité de toutes informations auxquelles ils auront eues accès ainsi que de la sentence arbitrale.

Or, on observe dans l'arbitrage d'investissement, une gestion plus souple de cette confidentialité. Le CIRDI, à l'instar de certains Etats⁷⁵, s'est engagé dans une démarche de publication de ses sentences⁷⁶.

Il rend publics aussi bien les noms des parties que ceux des arbitres ; Ce qui était inhabituel dans l'arbitrage de droit commun.

Le revue de l'arbitrage ainsi que le journal de droit international se sont, également, lancés dans cette démarche.

La facilitation de l'accès aux sentences arbitrales, résultant de leur publication permettra, à terme, l'émergence d'une véritable

⁷⁴ Un auteur ira jusqu'à dire que "*le seul avantage indiscutable de l'arbitrage est la discrétion*", in Guyon (Y.) : *l'arbitrage*, Economica, p.9. Fouchard (P.), Gaillard (E.) et Goldman (B.) insistent aussi sur l'obligation de confidentialité qui pèse sur l'arbitre et affirment, à ce propos, "L'un des principes fondamentaux et des avantages les plus certains, de l'arbitrage international est son caractère confidentiel", in, *traité de l'arbitrage commercial international*, LITEC, 1996, p.629.

⁷⁵ Notamment, le Canada et les USA.

⁷⁶ Le CIRDI dispose d'un registre public des plaintes qui peut être consulté sur son site internet.

"jurisprudence" arbitrale, qui alimentera la Lex mercatoria, source du droit du commerce international.

La procédure de l'amicus curiae qui sera abordée ci-après, contribuera, par la transparence qu'elle introduit dans l'instance arbitrale, au renforcement de ce processus.

2-3-l'intervention de tiers dans la procédure arbitrale : amicus curiae

La pratique de l'arbitrage d'investissement a permis, parfois, à des tiers d'intervenir dans la procédure arbitrale, à l'exemple de ce qui se pratique devant le juge étatique.

Il s'agit de la procédure de l'amicus curiae⁷⁷ (ami de la Cour)⁷⁸, dont L'origine historique est à chercher dans la tradition de la Common Law, particulièrement du droit anglais.

Ainsi, certains ONG, activant dans le domaine de l'environnement, de la protection des consommateurs, voire parfois, des organisations syndicales, ont revendiqué le droit d'intervenir dans des procédures arbitrales pour faire entendre leur voix et défendre la cause pour laquelle elles militent. Quelques exemples existent déjà.

Ainsi quatre ordonnances adoptées par des tribunaux constitués sous l'égide du CIRDI ont admis la possibilité de l'intervention de tiers dans une procédure arbitrale.

Il s'agit des ordonnances rendues :

⁷⁷ Selon le lexique juridique des expressions latines Roland (H.) "Personnalité appelée en consultation par le juge dans des circonstances extraordinaires et en dehors de tout texte, pour fournir toutes les observations propres à l'éclairer sur des questions de principe ou des points controversés".

⁷⁸ Voir pour une présentation globale : Stern (B.) : 1- "*l'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etats et investisseurs*", R.A, 2002, p.329. 2- "*Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur*", R.A, 2007, p.3. Grisel (F), Vinuales (J.E) : "*L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement*", Etudes et Travaux de l'Institut universitaire de hautes études internationales et de développement (IHEI) de Genève.

- 1- le 19 mai 2005 dans le litige opposant Aguas Argentinas à la République d'Argentine,
 - 2- le 17 mars 2006, dans l'arbitrage Aguas Provinciales contre la République d'Argentine,
 - 3- le 12 février 2007 dans l'affaire Biwater Gauff contre la Tanzanie,
 - 4- et celle du 12 février 2007 dans l'affaire Aguas Argentinas.
- Ces affaires portant sur des concessions de traitement d'eau, présentaient, selon les ONG, un risque pour l'environnement.

Le règlement d'arbitrage CIRDI a été modifié en 2006 pour prendre en considération cette pratique.

Son nouvel article 37(2) dispose à cet effet :

"Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une **personne ou entité qui n'est pas partie au différend** (appelée dans le présent article la "partie non contestante") de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend.

Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure :

- (a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ;
- (b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ;
- (c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif.

Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas

une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante".

Cette institution connaît un développement sans précédent puisque de nombreuses organisations lui accordent leur faveur, à l'exemple de l'institut UNIDROIT et de l'American Law Institute.

Les principes de "procédure civile transnationale" que ces deux instituts ont adoptés en 2004, font une place de choix à l'*amicus curiae*, en lui consacrant un chapitre entier.

Conclusion :

L'arbitrage d'investissement a connu une évolution qui écorche, parfois, les principes fondamentaux de l'arbitrage ; Il marque une évolution certaine du droit applicable à ce mode de règlement des litiges.

Mais certains pays, notamment en voie de développement, ont dénoncé le caractère déséquilibré de ces accords⁷⁹ mais surtout l'usage qui est fait des mécanismes de règlement des différends qui aboutissent, presque fatalement, à leur condamnation.

Ils appellent à leur révision dans un sens plus protecteur de leurs intérêts.

Evoquant le chapitre 11 du traité de l'ALENA, Horchani (F.)⁸⁰ note que ce dernier "est de manière générale, davantage imprégné des préoccupations de l'investisseur étranger que du

⁷⁹ Horchani (F.), relève, à juste titre que "Au nom de la protection de l'investissement international, l'Etat est en position d'infériorité....", in *"le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation"*, *J.D.I.*, 2004, 2, op. cit. p.411.

⁸⁰ *Ibidem*, p.416.

développement, de la souveraineté de l'Etat ou de l'intérêt général".

Le rapport de la CNUCED sur "l'investissement dans le monde 2010"⁸¹ affirme, sur la base des statistiques que gère cet organe subsidiaire de l'ONU, que "certains pays en développement se détournent des procédures d'arbitrage international, en dénonçant la convention du CIRDI ou en se tournant vers d'autres mécanismes de prévention et de règlement des différends".

⁸¹ Op.cit.

Bibliographie

Akroune (Y.) /

La protection conventionnelle, facteur d'attractivité des investissements, in REMALD, revue marocaine d'administration et de développement, 2003 n° 42, p.147.

Benhamida (W.) /

L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique, Thèse, Paris II, 2003.

L'arbitrage Etat-investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents, JDI 2004, 2, p.419.

Fadlallah (I) /

La distinction "Treaty claims"-"contract claims" et la compétence de l'arbitre CIRDI, faisons-nous fausse route? In, Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Anthémis, 2006.

Horchani (F) /

1- le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation, JDI, 2004, 2, p.367.

2-Différends Etat-investisseurs et accords internationaux sur l'investissement, CNUDCI, 2005.

3-la prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements, JDI, 2008, p.999.

Leben (CH.) (dir.) /

Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Anthémis, 2006.

Lemaire (S.) /

"Treaty claims" et "contract claims» : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat, R.A, 2006, n°1, p.353.

Lemaire (S.) /

La mystérieuse umbrella clause : interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements, R.A, 2009, n°3, p.479.

Mayer (P.) /

"contract claims" et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements, in JDI, 2009, p.71.

Manciaux (S.) /

Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, LITEC, 2004.

Pellet (A.) /

Adieu Philippines, remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et les réclamations contractuelles dans le droit de l'investissement international, in mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard, Paris, Pedone, 2009.

Racine (J.B.) /

Note sous jugement du TGI de Pais 22-01-2010, R.A2010, n°3, p.572.

Salem (M.) /

Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers, JDI 1986.

Schokkaert (J.) /

La pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux : droit comparé- droit interne- conventions européennes. Bruxelles Bruylant 2006.

Terki (N.E.) /

La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie, RASJEP, 2001, n°2.