

**LE DROIT ALGERIEN DE L'ARBITRAGE
COMMERCIAL INTERNATIONAL
INSTRUMENT D'INCITATION
A L'INVESTISSEMENT ETRANGER.**

HOCINE FARIDA

Maître assistante chargée de cours

Faculté de droit. UMMTO

INTRODUCTION

Il est indéniable que l'accession de l'Algérie à l'indépendance en 1962 n'était que partiellement vraie dans la mesure où la conquête de la souveraineté économique était encore inachevée voire inexistante par le simple fait que les ressources naturelles du pays restaient entre les mains du colonisateur, cette frustration était d'autant plus grande que par le truchement de l'arbitrage, la France perpétuait sa domination sur ces richesses qui nous étaient indispensables pour impulser notre développement et faire démarrer une machine économique laissée à l'abandon après l'indépendance.

Cette hostilité déclarée et affichée à l'égard de l'arbitrage international est illustrée, à juste titre, par les propos du doyen MAHIOU¹ : "En Algérie, l'arbitrage porte avec lui

¹ Cf. A MAHIOU: Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie : remarque sur les positions de l'Algérie en matière d'arbitrage international. In actes séminaire de la CCI. Alger. Rev Mutations, n°44, 2^{ème} trim, 2003. P 12.

V. L'hostilité même de la doctrine dans les propos de M BEDJAOUI lorsqu'il décrit l'arbitrage comme étant un "système peu banal" qui "ravi" (enlevé de force) à l'Etat son pouvoir légal de rendre justice en le tenant en échec ou du moins "le tenant en respect" : Cf. M BEDJAOUI : L'évolution des concepts et de la pratique Algérienne en matière d'arbitrage.

l'odeur du pétrole et ce lien qui résulte des circonstances historiques, n'est pas fait pour faciliter son acclimatation dans un Etat qui vient d'accéder à l'indépendance et entend engager une action exemplaire pour donner un contenu fort à une jeune souveraineté susceptible d'être bridée de tout côté".

Mais un changement de cap favorable à l'arbitrage commercial a été amorcé dans les années quatre vingt et qui fut le résultat de plusieurs facteurs induisant un mélange de libre choix et de contraintes extérieures à savoir la modification de la conjoncture économique du pays¹ et l'orientation vers une économie de marché ou l'Algérie doit jouer un rôle important dans le commerce international si elle veut s'inscrire dans la sphère de l'économie mondiale et ceci ne peut se faire dans l'ignorance des procédés de règlement des différends usités par la pratique internationale qui, par leur adoptions, permettront d'attirer l'investissement étranger dont notre pays a besoin, la question se pose alors : quel est ce changement ? et quels sont ses aspects que ce soit en droit interne ou en droit conventionnel ?.

Et pour bien en mesurer l'importance, un bref retour sur l'attitude de l'Algérie à l'égard de l'arbitrage s'impose.

HISTORIQUE

La période d'hostilité qui s'étend de l'indépendance jusqu'à la fin des années 80 illustre, on ne peut mieux, l'attitude ambivalente de l'Algérie à l'égard de l'arbitrage commercial international qui oscillera entre, d'une part, une position politique de rejet et d'hostilité qui se manifestera par l'interdiction légale de recourir à ce type de procédé de règlement des litiges, d'autre part, une pratique permissive par laquelle les entreprises

In actes séminaire sur l'arbitrage commercial. CNC, 1993. P16. Ou " Nombre de pays entrent dans l'arbitrage comme on entre dans une maison de redressement, contraints et forcés". Cf. M. ISSAD dans son intervention au colloque euro arabe sur l'arbitrage. Port EL KHATOUI - Tunis, sept 1985.

¹ Adde. M HAROUN : Le régime des investissements en Algérie. A la lumière des conventions Franco-Algérienne. Editions LITEC. Paris 2000. P42.

V. H BEN BAYER : La conception évolutive du rôle économique de l'Etat. Rev IDARA, n°2, 2001. P120.

publiques acceptaient de se soumettre à l'arbitrage en concluant des contrats contenant des clauses compromissaires vu l'impossibilité, pour elles, d'imposer à leur co-contractant étranger la soumission des litiges à naître à la compétence des tribunaux algériens.

L'accueil réservé à l'arbitrage commercial international, dès l'indépendance, était non seulement méfiant et réticent mais également hostile¹, hostilité justifiée par l'atteinte portée à sa souveraineté en dessaisissant la cour suprême du contentieux se rapportant à l'exploitation des ressources Algériennes en hydrocarbures au profit de l'arbitrage, en effet, alors que le code pétrolier Français de 1958 le confiait au conseil d'Etat, il était supposé, en vertu des principes et règles de la succession d'Etat², qu'à l'indépendance, il relèverait de la compétence des juridictions Algériennes compétentes, solution d'ailleurs préconisée par les autorités Françaises elles-mêmes³, mais cela ne fut pas le cas car en application des accords d'EVIAN et plus particulièrement, de la déclaration de principes du 19 mars 1962 sur la coopération pour la mise en valeur des ressources du sous-sol du Sahara, un accord pétrolier a été conclu le 26 juin 1963,⁴ et qui mettait en place un tribunal arbitral international spécial fonctionnant comme toute juridiction arbitrale mais avec un secrétariat permanent rattaché au secrétariat général du gouvernement à Alger⁵.

¹ Cf. M BEDJAOUI : L'évolution... art. cit. P16. V. M ISSAD : L'arbitrage en Algérie. Rev arb, 1977. P245.

² Cf. A MAHIOU : remarque... art. cit. P12. V. Contra. CH VIGNER : L'accord Franco-algérien du 26 juin 1963 en matière d'arbitrage pétrolier, pour le respect des droits acquis au Sahara. AFDI.1963. P383 et s.

انظر معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1989، ص 15 وما بعدها.

³ Adde. A EL AHDAB : L'arbitrage dans les pays arabes. Edition ECONOMICA, Paris. 1988. P20. V. M ISSAD : L'arbitrage en Algérie. Rev arb, 1977. P 219 et s. Id. M BEDJAOUI art cit. P 16.

⁴ Décret n° 63-364 du 14 sept 1963 portant publication d'un accord Algéro-Français relatif à l'arbitrage et d'une annexe portant règlement d'arbitrage signé à Paris le 26 juin 1963. JORA du 17 sept 1963. P966.

⁵ Cf. M BEDJAOUI : A la rencontre des deux mondes. In actes séminaire sur l'arbitrage commercial international. CCI, Alger. Rev Mutations, n°44, 02 trim. 2003. P48.

Cet accord fut ensuite remplacé par les accords algéro-français du 29 juillet 1965 qui redéfinissaient le régime des hydrocarbures et les conditions d'intervention des sociétés françaises y compris la procédure de règlement des différends par voie d'arbitrage¹.

En situant ces accords dans leur contexte historique, on peut affirmer qu'ils ont été conclus à la base d'un seul impératif qui est celui de l'obtention de l'indépendance politique à n'importe quel prix, ce que confirme, d'ailleurs, A MAHIOU qui nous fait remarquer que : "Les accords pétroliers avec l'ancienne puissance attestent de la situation inégalitaire des parties durant les négociations puisque la quête de l'indépendance politique était tributaire de concessions à l'égard de la France qui voulait sauvegardait des situations économiques acquises pendant la période coloniale à savoir la sécurité des intérêts de ses ressortissants"².

Les négociateurs des accords d'EVIAN n'avaient peut être pas bien mesuré les conséquences de telles concessions sur l'exercice de droits souverains par l'Etat³, en somme, pour le

¹ Accord conclu le 29/07/1965 portant coopération dans le domaine de l'exploitation des hydrocarbures. JORA de 1965.p 980.

Cf. A MABROUKINE : Le règlement d'arbitrage Algero-français du 27 mars 83.Rev arb.1986.p 191.

L'accord de 1965 porte des modifications au décret 63-364 en instituant la pratique de conciliation tout en gardant de non contrôle des sentences arbitrales rendues dans le cadre du contentieux pétrolier, de même la non exigence de demande d'exequatur se qui est considéré comme exorbitant et contraire aux règles traditionnelles de droit interne et de droit international. L'article 8 de l'annexe dispose : "...les sentences s'imposent aux parties sans aucun recours possible. Le tribunal peut fixer un délai pour leur exécution et ordonner toute mesure propre à assurer celle-ci."

V.A MAHIOU : L'arbitrage en Algérie. RASJEP, n°4, 1989.p 729.

الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية: في عقود المفتاح و الإنتاج في V. معاشو عمار: اليد. رسالة دكتوراه. الجزائر. 1998. ص 326

و أنظر أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية،

الشركة المتعددة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1975، ص 565.

² Cf. A MAHIOU : Remarque sur les positions. ..op cit. p 12.

³ Ibid. p13. V.A MABROUKINE : Le règlement ...op cit p 191.JB RACINE : Les raisons de la libéralisation de l'arbitrage international dans les pays

prix de l'indépendance ainsi qu'une aide économique, technique et culturelle, le pays s'est laissé imposer un ensemble de garanties en faveurs des intérêts français, entre autres, la procédure d'arbitrage de 1963 qui fait la part belle aux sociétés pétrolières au détriment, non seulement des intérêts de l'Etat, mais aussi de sa dignité d'Etat souverain¹.

Voilà se qui résume les prémices de l'hostilité vis-à-vis de l'arbitrage et dès lors l'animosité à l'encontre de ce mode de règlement des différends va déborder le cadre pétrolier pour toucher l'ensemble de la procédure arbitrale et c'est le principe même de l'arbitrage qui est remis en cause à commencer par la promulgation d'un code de procédure civile en 1966 qui interdit, dans son article 442/3, à l'Etat et les personnes morales de compromettre².

En 1967, l'Algérie séquestre les biens des compagnies Américaines, officiellement, pour protester contre le soutien accordé par les USA à Israël lors de la guerre des six jours et ces dernières n'hésitent pas à prétendre avoir un droit d'accès au tribunal arbitral Algéro – Français institué par l'accord de 1963 pour régler le différend par le biais de l'arbitrage et malgré les protestations du gouvernement Algérien selon lesquelles les sociétés en question étaient étrangères à l'accord, il leur fut appliqué par le président de la cour internationale de justice³.

En parallèle, l'Algérie n'a eu de cesse de réclamer, dans le cadre de l'OPEP⁴, la maîtrise complète, sans concession ni

émérgents (cas de l'Algérie). In mélange "l'Algérie en mutation". S/D : R CHARVIN, A GUESMI. L'harmattan. 2001. p 267.

¹ Cf. M HAROUN. op cit. p 14.

² Ordonnance n° 66-154 du 8 juin 1966 portant code de procédure civile.

V. W AKROUNE : l'arbitrage commercial international en Algérie. In actes séminaire "l'Algérie en mutation". op cit. p 277.

³ Cf. M BEDJAOUI : A la rencontre des deux mondes... op cit. p 54. Adde. M BEDJAOUI : "Le président de la cour internationale de justice". In mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS. Droit et justice. Pedine. Paris, 1999.

p 263.

⁴ A l'origine de la création de l'OPEP (organisation des pays exportateurs de pétrole) la volonté des Etats producteurs d'accroître, voir maintenir, leurs revenus qui étaient menacés vers la fin des années 50 par la surproduction consécutive à la découverte d'importants gisements en Algérie, en Libye et

partage, des gisements et des moyens de productions du pétrole dont le but était l'application de la politique de récupération des richesses naturelles au profit de la nation¹.

Et c'est ainsi qu'en vertu d'une ordonnance du 12 avril 1971², consécutive aux mesures de nationalisation qui ont affecté le secteur des hydrocarbures, les litiges relatifs aux accords pétroliers relèveront désormais de la compétence exclusive de la cour suprême Algérienne³, comme il a été instaurer, en vertu du même texte, le régime des sociétés mixtes par lequel, les sociétés étrangères ne peuvent participer à la recherche et à l'exploitation des hydrocarbures liquides qu'en association minoritaire, pas plus de 49% du capital de l'entreprise mixte : avec Sonatrach sous forme d'association en participation⁴.

En outre, l'investisseur étranger doit, préalablement à la création de la société mixte, constituer une société commerciale de droit Algérien ayant son siège en Algérie⁵.

Après cette expérience singulière, la position de l'Algérie, sur le plan international, se radicalisa à l'égard de l'arbitrage qu'elle récusait en arguant qu'il serait constitué sous l'influence des pays occidentaux, en un temps où les pays du sud n'avaient pas encore accédé à leur indépendance et que les règlements d'arbitrage et leur élaboration ne reflètent pas la

au Nigeria, à l'issue d'une conférence tenue à Bagdad le 15 septembre 1960, réunissant l'Arabie saoudite, Venezuela, Koweït, Iran et l'Irak. Adde. D BETTEMS : Les contrats entre Etats et entreprises étrangères. META édition. France, 1989. p 204.

¹ Cf. A EL AHDAB. op cit. p 204.

² V. ordonnance 71-22 du 24 avril 1971 qui modifie le code pétrolier saharien et qui interdit le recours à l'arbitrage dans les différends fiscaux. Adde. B BOUZANA : Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères. OPU, Alger 1985. p 101.

³ Au sein de la cour suprême il y a une chambre administrative chargée de résoudre tout litige mettant en cause l'Etat. Adde. A MAHIOU : Cours de contentieux administratif. OPU, Alger 1978. Cf M ISSAD: L'arbitrage... op cit. p 245.

⁴ Cf. N TERKI : La loi Algérienne de 1986 et l'encouragement des investissements étrangers dans le domaine des hydrocarbures. RASJEP, n° 4, dec 1987. p 801. V. P LEBOULANGER : Les contrats entre Etats et entreprises étrangères. Edition ECONOMICA. Paris 1985. p 254.

⁵ Adde. M ISSAD : Le décret législatif Algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international. Rev arb, n°3, 1993. p388.

volonté de l'ensemble de la communauté internationale dès lors qu'ils seraient favorables aux seuls pays en développement¹.

De plus les pays du sud considèrent que l'accession à l'indépendance politique devrait s'accompagner de l'obtention de l'indépendance économique et pour que cette dernière puisse se réaliser il est impérieux qu'ils prennent contrôle des investissements se trouvant sur leurs territoires appartenants aux ressortissants des puissances coloniales par le truchement de la pratique de nationalisation approuvée par l'ONU dans sa résolution n° 3281 (XXIX) du 12 décembre 1975 intitulée

¹ "L'habitude prise de soumettre les différends entre nos opérateurs et ceux des pays développés à des chambres d'arbitrage instituées au sein du système des pays développés, ne présente pas les critères garantissant que l'arbitrage sera prononcé en toute équité dans les litiges où sont impliqués les pays du tiers monde. Le fait que ces chambres opèrent, parfois, sous les auspices de pays dits neutres, ne procure aucune garantie de sécurité et d'équité à l'égard des pays en voie de développements, car l'expérience à montrer que la neutralité des pays appartenant au monde développe se limitait à la sphère du monde capitaliste dont ils font partie intégrante. En tout état de cause, les chambres d'arbitrage des pays occidentaux sont trop impliquées dans leur environnement politique et économique propre pour jouir des attributs d'impartialité qui leurs sont nécessaires quand elles jugent un conflit opposant un pays du tiers monde à un organisme ou à un pays qui appartient à ce même environnement. Nos opérateurs ne peuvent pas oublier l'enjeu de leurs objectifs de développement et continuer à soumettre le sort de leurs contrats à des arbitres qui, du fait même qu'ils se réclament du même monde industriel auquel appartiennent nos éventuels adversaires, sont frappés, à nos yeux, de suspicion légitime". Extrait du discours du président algérien H BOUMEDIENNE lors de la première conférence au sommet des souverains et chefs d'Etats des pays membres de l'OPEP le 15 février 1975. Annexe IV du mémoire présenté par l'Algérie. p 396. V. M HAROUN. op cit p655. Adde. M ISSAD : Arbitrage international, le nouveau droit. Rev Mutations n°5, 1993. p 10. B BOUZANA. op cit. p 350.

A noter qu'à la même époque, les pays sous développés demandaient la mise en place d'un système préférentiel dans leurs relations avec les pays occidentaux qui tienne compte de leurs spécificités, ce dernier est appelé "dualité des normes" qui se manifeste par des préférences et des avantages supplémentaires en faveur des pays sous développés sans obligations du même type à la charge de ces derniers, en fait, il s'agit d'inégalité des obligations dans les rapports juridiques entre les pays développés et les pays sous développés en vue de compenser la faiblesse économique de ces derniers. Voir pour plus de détails : M BENCHIKH. Droit international du sous développement. Nouvel ordre dans la dépendance. OPU. Alger, 1983. p 51s.

"Charte des droits et devoirs économiques des Etats" dans son article 2-2 (c), qui reconnaît le droit aux Etats de nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété des biens étrangers en contrepartie des versements d'une indemnité adéquate¹.

Mais malgré l'hostilité affichée à l'encontre de l'arbitrage international, la pratique contractuelle a révélé que les entreprises publiques continuaient à conclure des contrats avec des clauses compromissaires dont la plupart se référant au règlement de la chambre de commerce international², ceci étant justifié par la pression exercée par les partenaires étrangers dont la coopération est indispensable au développement économique du pays³, en effet, selon M Mabroukine, sur 69 contrats consultés, 45 comportent des clauses arbitrales⁴.

Cette attitude ambivalente vis-à-vis de l'arbitrage⁵ ; hostilité politique et juridique et pragmatisme dans la pratique,

¹ Les conventions bilatérales pour la promotion et la garantie des investissements vont remettre en cause les acquis obtenus dans les années 1970 par la résolution des ONU, en ce qui concerne l'indemnité appropriée déterminée par le droit interne, par le biais engagements bilatéraux conclus par les Etats d'accueil des investissements, plus particulièrement les pays en développement qui étaient les initiateurs de la clause étant donné que les conditions d'indemnisation en cas de nationalisation contenues dans l'article IV du code portant "Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger" de 1992 rédigé par banque mondiale et le CIRDI. Reprennent les mêmes conditions exposées par le secrétaire d'Etat Américain HULL en juillet 1938, lors de la nationalisation Mexicaine du secteur pétrolier. Adde. C LEBEN : L'évolution du droit international des investissements. Journal 07-12 article. www.dundee.ac.uk/cepmlp/du 16.07.2007.

² Cf. A MAHIOU : Remarque...op cit. p 14.

Adde. N TERKI : L'arbitrage commercial international en Algérie. OPU, Alger, 1999. p 8.

³ Ibid. p 08. V. M BEDJAOU : l'évolution des concepts...op cit. p 18.

⁴ Cf. A MABROUKINE : Le règlement...op cit. p 194.

⁵ La doctrine estime que cette position "clair obscur " ou passive adoptée par l'Etat algérien arrangeait tout le monde : selon BEDJAOU, vu les intérêts évidents des entreprises publiques dans le commerce international, l'Etat conserve une législation désuète et inadaptée favorisant la contestation de son aptitude à compromettre tout en laissant ces dernières souscrire des clauses compromissaires. Ibid. p 18 et 19. De même pour A MAHIOU. Ibid. p 15, qui constate que les autorités se sont abstenues de prendre un engagement ferme dans le souci de ne pas se lier et de pouvoir réagir en fonction des choix politiques et des circonstances, au même moment, les

va durer jusqu'au début des années quatre vingt ou les nécessités économiques vont obliger l'Etat Algérien à concilier une pratique permissive avec une législation prohibitive qui n'a pas empêché la signature d'un protocole de coopération avec la France à Alger le 21 juin 1982¹, et ayant pour but le renforcement du rôle des sociétés françaises dans le développement de l'Algérie², ce qui donnera suite à la conclusion d'un accord de coopération dans plusieurs domaines³, coïncidant avec l'adoption d'une nouvelle réglementation des marchés publics par le décret n° 82-145 du 10/04/1982 dont l'article 55 oblige les entreprises publiques à mentionner, dans leurs contrats, la clause de règlement des litiges ce qui laisse entendre qu'elles ont le choix d'opter pour l'arbitrage,⁴ surtout après qu'une circulaire émanant directement du premier ministre de l'époque l'autoriser⁵.

Par conséquent, l'interprétation restrictive de l'article 442/3 du code de procédure civile faite par la doctrine a limité sa portée en excluant de son champs d'application l'entreprise publique à caractère industriel et commercial qui est habilitée à compromettre et ainsi disposer d'une partie de ses biens qui deviennent ipso facto saisibles et cessibles⁶. Interprétation, évidemment, dictée par les besoins du commerce international et

entreprises publiques algériennes qui acceptaient les clauses d'arbitrage pour ne pas être désavouées, disposaient d'une marge de manœuvre dans leurs négociations internationales.

¹ Décret n° 82-259 du 07/08/1982. JORA du 10/08/1982. p 1080.

² Cf. M ISSAD : Le nouveau...op cit. p 9.

³ L'accord ne concerne pas le domaine pétrolier mais tous les autres marchés publics tels que l'urbanisme, l'habitat, la construction, le transport, l'hydraulique, l'agriculture...etc.

⁴ V. A MAHIOU : L'arbitrage...op cit. p 709.

⁵ Circulaire du 18/11/1982. n° 603/CAB/PM.

Adde. M ISSAD : Deux conventions bilatérales pour la protection des investissements. RASJEP, n°4, 1991. p 732.

⁶ "L'entreprise publique fait penser à une chauve souris : je suis personne publique ; voyez mon statut, je suis personne privée ; voyez mes activités." Cf. M ISSAD : L'arbitrage...op cit p 235.

Adde. A MAHIOU : Comment concilier le maintien des avantages de l'arbitrage avec l'adaptation des procédures aux particularités des entités publiques ? 60 ans après, regard sur l'avenir. Publication, CCI, 1989.252. V. M MENTALECHTA : l'arbitrage commercial en droit Algérien OPU, Alger, 1986. p 45. N TERKI : L'arbitrage...op cit. p 7.

les impératifs économiques loin de toute considération politique¹.

En 1986 une déferlante va s'abattre remettant en cause les choix politiques et économiques du pays : Il est question, bien entendu, du contre- choc pétrolier de la même année qui provoquera une crise économique dans les pays exportateurs de pétrole en raison de la chute vertigineuse du prix du baril², d'autant plus qu'en Algérie, l'exportation de ce produit représente pratiquement l'unique source de devises dont le pays a besoin pour faire face à ces importations et au remboursement de sa dette extérieure³.

Pour toutes ces raisons, ajoutées aux pressions des partenaires étrangers, l'Algérie change de cap et opte pour l'économie de marché afin de diversifier ses sources en devises et attirer le capital étranger, or, il est difficile de réaliser ces objectifs et jouer un rôle dans le commerce international sans tenir compte de l'importance de l'arbitrage comme procédé de règlement des litiges sur le plan interne et sur le plan international.

¹ Cf. B BOUZANA. Op cit. p 359. V.W LAGGOUNE : Le contrôle de l'Etat sur les entreprises privées industrielles en Algérie. Genèse et mutations. Editions internationales. Alger, 1996. p 81. A BENCHENEB : Droits conventionnels des investissements. In actes séminaire sur l'arbitrage. CNC. Dec 1992. p 111. R ZOUAIMIA : Le régime de l'investissement international en Algérie. RASJEP, n° 3, 1991. P 403.

²En 1986, l'Arabie saoudite qui jouait un rôle de balancier pour compenser les pertes dues à la baisse de la consommation mondiale du pétrole, elle-même due au fait que les pays occidentaux ont cherché, après la crise pétrolière de 1970 et 1980, à développer les énergies de substitution telles que le nucléaire, nouvelles énergies, retour au Charbon, le gaz naturel et à faire des économies, augmente sa production en reprenant sa part de marché pétrolier en plus de l'augmentation de part de pétrole non- OPEP qui était de 24 millions de barils / jour, contre 15 millions de barils/jour pour l'OPEP. Pour plus de détails V. B KHADER : la scène pétrolière 1973-1986 : implication pour le monde arabe. RASJEP, n°3-4, 1988. p766.

³ Cf. N TERKI : La loi Algérienne....op cit. p 802.

Pour une vue d'ensemble sur cette question, V. B KHADER : op cit. p 761. Adde : N BOUZIDI : Le rôle de l'Etat dans l'économie. Rev IDARA n°2, 1995. p 64.

V. M HAROUN : op cit. p 40. V. H BEN BAYER : op cit. p 119. V. M ISSAD : Le nouveau droit... op cit. p 9.

L'année 1988 a été l'année de rupture avec le système en place, l'Algérie va entrer dans une ère de réformes économiques et politiques sans précédent, un changement radical imposé par la réalité économique et la volonté des masses populaires enragées par un quotidien plus que difficile et qui ne comprenaient pas pourquoi " L'Algérie est riche et les Algériens pauvres".

A vraie dire, malgré que le pétrole soit devenu une arme politique et économique, il a également entretenu l'illusion du développement, en effet, nous sommes fort dépendant à l'égard des revenus tirés du pétrole ce qui a favorisé la constitution d'un Etat rentier qui tire ses ressources fiscales des hydrocarbures et lorsqu'on sait que 90% des recettes des exportations sont puisées du pétrole et du gaz naturel¹, on ne peut nier le fait que l'Etat n'a pas su construire une économie nationale compétitive et suffisamment diversifiée².

La preuve est donnée suite à la crise de 1986 qui révélera les insuffisances des choix et orientations de l'époque : les taux de croissance économique chutent puis deviennent négatifs³, le chômage qui se développe de façon vertigineuse, une demande sociale accusant des déficits élevés et surtout l'inflation⁴.

Depuis, des réformes en profondeur s'imposaient qu'elles soient de portée interne ou de portée internationale et ayant toutes pour "objectif essentiel l'adaptation de notre

¹ Cf. B KHADER : op cit. p 766. V. M HAROUN: op cit. p 40. N TERKI : La loi Algérienne...op cit. p 801.

² Adde. P DALLEENNE. Les enjeux énergétiques : l'exemple du pétrole. In coll. La mondialisation : genèse, acteurs et enjeux, sous la direction de A NONJON. Editions ELLIPES, p 354.

³ Cf. N BOUZIDI : le rôle de l'Etat ...op cit. p 64.

⁴ L'injection pétrolière dans le circuit économique entraîne une augmentation de la masse monétaire ce qui favorise l'inflation. V.A KHELIF : La réforme du secteur des hydrocarbures en Algérie : la dépendance économique. In séminaire : l'Algérie en mutation, sous la direction de : Robert CHARVIN, Ammar GUESMI. op cit. p 249. Adde. M HAROUN. op cit. p 41. A ZAHY : Aspects juridiques des réformes économiques en Algérie. In séminaire : l'Algérie en mutation, sous la direction de : R CHARVIN, A GUESMI. op cit. p 63.

économie aux mutations économiques et commerciales internationales"¹.

Ainsi le rôle de l'Etat sera caractérisé par un désengagement du champ économique, tout en gardant ses prérogatives de régulateur des activités².

Le désengagement du champs économique se manifeste d'abord par le redéfinition de la position et du rôle des entreprises publiques économiques qui étaient auparavant, le centre névralgique de l'économie nationale, en les adaptant à la loi du marché, loin de toute tutelle³, puis s'ensuit le dérèglement du marché intérieur¹ et le commerce extérieur².

¹ Rappel des motifs du projet de loi portant modification du code de procédure civile. Adde. M BEDJAOUI : l'évolution des concepts...op cit. p 19.

Sur le plan international, il faut tenir compte de l'impacte non négligeable d'événements majeurs à savoir, l'implosion du communisme, le démembrement de l'ex URSS et la destruction du mur de Berlin qui ont reconfiguré les rapports permettant le triomphe du capitalisme et de l'économie du marché, ce qui a donné naissance au concept de mondialisation qui n'est pas seulement économique puisqu'elle véhicule des notions telles que : démocratie, respects des droits de l'homme, modèle de consommation de masse. Ce qui, inéluctablement, entraîne la mondialisation du droit. Adde. P DALLENE : op cit. p 355. V. F HORCHANI : Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation. JDI, n°2, 2004. p 368. V. Analyse de P DECHEIX : Aspects institutionnels et juridiques des relations entre pays industrialisés et pays en développement ou en transition. In petites affiches du 23 déc 1994. p 12 et s.

² V. Pour plus de détails : R MARREF : Les techniques de privatisation des entreprises publiques en Algérie. In séminaire : L'Algérie en mutation, sous la direction de : R CHARVIN, A GUESMI. op cit. p 108 et s.

V. W LAGGOUNE : L'Etat dans la problématique du changement : éléments de réflexion. Rev IDARA, n°1, 2003. p 35 et s.

³ Loi n° 88-01 portant orientation des EPE, (JORA n° 2), suivie de la loi n° 88-03 instaurant les fonds de participation afin de séparer les prérogatives de l'Etat en tant que détenteur du capital des entreprises et gestionnaire. Cette séparation mènera à la privatisation, ceci par la promulgation de l'ordonnance n° 95-22 du 26 août 1995 relative à la privatisation des EPE (JORA n° 48) et qui sera modifiée à deux reprises : Par l'ordonnance n° 97-12 du 13 mars 1997 (JORA n° 15), et l'ordonnance 2001-04 du 20 août 2001 (JORA n° 47). V. également l'art 4/2 du décret exécutif n°2003-49 du 1^{er} février 2003 fixant les attributions du ministre de la participation et la promotion des investissements : "mise en œuvre de la stratégie globale, les politiques et les programmes d'ouverture de capital et de privatisation ainsi que procédures, modalités et conditions d'ouverture de capital et de

Quant à la régulation des activités économiques, elle est assurée par un arsenal juridique important consacrant la liberté d'entreprendre dans le respect de l'égalité entre les opérateurs³.

Enfin, la mise en place des nouveaux choix politiques et économiques trouvera sa consécration, pour le volet arbitrage comme moyen d'attirer les investisseurs étrangers, par la modification du code de procédure civile qui a pour objectif la redéfinition d'une politique algérienne cohérente à l'égard de l'arbitrage commercial international⁴, ainsi que l'adoption d'un nouveau code des investissements en adéquation avec la pensée libérale dominante ce qui sonnera le glas, de manière définitive, du socialisme⁵.

privatisation des entreprises publiques économiques". Adde. M TARI TANI : Autonomie de l'entreprise publique économique et arbitrage. RASJEP 1996. p 221 et s.

¹ Loi n° 88-25 du 13 juil 1988 qui ouvre le commerce extérieur au secteur privé. JORA n° 28.

² Loi n° 88-29 du 20 juil 1988 (JORA n° 29) qui supprime partiellement le monopole des entreprises publiques sur le commerce extérieur. V. l'art 41 de la loi n° 90-16 du 07 août 1990 portant loi de finance complémentaire qui supprime quasiment le monopole de l'Etat sur le commerce extérieur (JORA du 11 août 1990).

Cf. A GUESMI : Le cadre juridique des investissements étrangers en Algérie et en France. In séminaire : l'Algérie en mutation, sous la direction de R CHARVIN, A GUESMI. op cit. p 214.

Le désengagement graduel de la vie économique se traduit également par la modification significative du code de commerce : décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993. (JORA n°34) et la création de zones franches : décret exécutif n° 97-106 du 5 avr 1997. JORA n° 20 du 6 avr 1997, la promulgation de la loi n° 90-30 du 1^{er} février 1990, portant loi domaniale. JORA n°52, l'ordonnance n° 95-25 du 25 sept 1995 relative à la gestion des capitaux marchands de l'Etat. JORA n°55, décret présidentiel n° 02-250 du 24 juil 2002 portant réglementation des marchés publics. JORA n° 52. Complété par le décret présidentiel n° 03-301 du 11 sept 2003. JORA n° 55.

³ Loi n° 90-10 du 14 avril 1990 portant sur la monnaie et le crédit. JORA n° 10.

Loi n° 93-10 du 23 mai 1993 relative à la bourse des valeurs mobilières pour assurer une mobilisation de l'épargne. JORA n° 34. Loi n° 95-06 du 25 janvier 1995 relative à la concurrence.

⁴ Décret législatif n° 93-09 du 25 avril 1993 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-154 du 08 juin 1966 portant code de procédure civile. JORA n° 27.

⁵ Décret législatif n° 93-12 du 5 octobre 1993 portant promotion des investissements modifié. JORA n° 64.

Ceci sur le plan interne, sur le plan conventionnel, cette nouvelle approche pragmatique et réaliste imposée par la situation économique et sociale fortement détériorée engendrera le phénomène de ratification massive de conventions multilatérales et bilatérales ayant toutes pour objet la promotion des investissements afin de préciser le traitement qui leur sera réservé¹, et la Protection dont ils vont bénéficier².

Dans ce sens, il est de plus en plus manifeste qu'avec l'afflux des investissements étrangers qui exigent une protection accrue, la clause attributive de juridiction constitue ce qui est qualifié par la doctrine de clause impulsive et déterminante³ ; clause dont l'acceptation par les parties conditionne l'acceptation de toutes les autres clauses du contrat, il s'agit, bien sur, de la référence à l'arbitrage comme procédé de règlement des différends qui a gagné la confiance du commerce international et des investisseurs à tel point que les compagnies d'assurances proposent des primes différentes suivant le choix des parties portant sur la compétence pour la solution des litiges⁴.

I : L'INCITATION PAR L'ARBITRAGE EN DROIT INTERNE

A l'instar de la majorité des Etats, l'Algérie a mis en place sa propre législation et réglementation en matière d'arbitrage international et d'investissement en application de son droit de contrôle sur l'admission des investisseurs étrangers

¹ On entend par traitement des investissements l'ensemble de règles de droit interne et international qui définissent leur régime juridique.

² On entend par protection l'ensemble de règles de droit interne et international qui préviennent ou sanctionnent les atteintes publiques à l'existence des investissements.

Adde. D CARREAU.P JUILLARD: droit international économique. 2^{ème} éd. Précis DALLOZ. Paris, 2005. p 435s.

³ Cf. JB RACINE. op cit. p 270. V.A EL AHDAB. op cit. p 5.

⁴ Les primes d'assurance des contrats internationaux deviennent très élevées si ceux-ci ne prévoient pas le recours à l'arbitrage pour régler d'éventuels litiges. V. Pour plus de détails. JB RACINE. op cit. p 271 et s.

qui traduit ses choix politiques et économiques d'ouverture aux capitaux privés, alors quels en sont les aspects et les limites ?

I-1 : LA MODIFICATION DU CODE DE PROCEDURE CIVILE.

La réforme du droit de l'arbitrage était inévitable, voire souhaitable¹, car nécessaire pour mettre les textes législatifs en adéquation avec la pratique puisque ce mode de règlement des différends est devenu un élément indissociable des relations économiques internationales.

Il faut dire que le droit interne, de par le monde, n'a cessé de s'intéresser à l'arbitrage et même de le réglementer : comment pourrait-il en être autrement ? L'Etat ne peut rester indifférent à ce que fonctionne sur son territoire une justice parallèle à celle de ses tribunaux et même s'il est admis que l'origine de la juridiction arbitrale est volontaire, il est impératif de déterminer l'ordre

juridique ayant attribué aux parties le pouvoir de compromettre et conférant une force obligatoire à la convention d'arbitrage qui n'est, en aucun cas, conclue dans un vide juridique², une sorte de contrat sans loi car la seule volonté des parties ne suffit pas pour attribuer aux arbitres le pouvoir de régler le différend car l'arbitrage est une forme de justice privée prenant appui sur un ordre juridique préexistant qui est un droit étatique³ d'où la multiplication des codifications nationales en matière d'arbitrage international, malgré l'opposition formulée par une doctrine qui prône avant tout la supériorité "évidente" de la codification internationale sur toute tentative de réglementation nationale, en effet LALIVE soutient que : "l'arbitrage, institution d'essence conventionnelle, dominée par l'autonomie des parties, se passe dans une très large mesure du soutien des législations nationales."⁴

Ceci, d'autant plus qu'il se déroule selon une procédure plus souple que celles des juridictions étatiques et que, sur le fond, il peut faire et fait souvent appel à des méthodes de

¹ Cf. A MAHIOU : L'arbitrage en Algérie...op cit. p 731.

² Cf. F RIGAUX : Souveraineté des Etats et arbitrage transnational. In études offertes à B GOLDMAN. op cit. p 263.

³ Cf. F RIGAUX. op cit. p 264.

⁴ Cf. P LALIVE : Codification et arbitrage international. In études offertes à B GOLDMAN. op cit. p 154 et s.

solutions, elles aussi plus souples, non conflictuelles comme le recours à la *lex mercatoria* ou, si l'on craint ses termes tant consacrés, aux " principes généraux de droit".

Opinion dissidente certes, mais lourde de conséquence puisqu'elle tente de faire abstraction du rôle de l'Etat à protéger les justiciables qui recourent à l'arbitrage sur son territoire car seul détenteur du pouvoir de coercition et par là même, le seul à conférer à la sentence arbitrale la force exécutoire analogue à celle qui appartient de plein droit à une sentence judiciaire nationale¹.

Ce qui est sûr c'est que, comme le souligne M RACINE², " L'absence de législation moderne sur l'arbitrage international freine le développement", bien plus, il considère que " l'arbitrage est le compagnon naturel de l'économie libérale" et il est donc naturel, pour l'auteur, que les pays adoptant l'économie de marché libéralisent leur droit de l'arbitrage international³.

Ce à quoi s'est attelé le législateur Algérien en promulguant le décret législatif n° 93-09 qui est un produit "hybride" de deux législations occidentales ; l'une Française telle qu'elle résulte du décret n° 81-500 du 12 mai 1981, et l'autre, Suisse à savoir la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), ce qui a amené la doctrine à le considérer comme "avant gardiste à divers égards et qu'elle va (législation) parfois au-delà du règlement d'arbitrage et conciliation de la CCI"⁴, ou encore que " l'Algérie a adopté une loi en 1993 qui n'a rien à envier par son libéralisme aux droits Français et suisse qui sont deux systèmes juridiques les plus libéraux au monde à l'égard de l'arbitrage."⁵.

Cette modernisation de l'arbitrage commercial s'est effectuée par l'insertion dans le livre VIII du code de procédure civile d'un chapitre IV intitulé "des dispositions particulières à l'arbitrage commercial international".

¹ Cf. F RIGAUX. op. cit. p 274.

² Cf. JB RACINE. op cit. p 272.

³ Ibid. p 270.

⁴ Cf. M BEDJAOUI : À la rencontre des deux mondes... op cit. p 51.

⁵ Cf. JB RACINE. Op cit. p269.

Dans le cadre de la présente analyse, nous nous bornerons seulement à relever les principaux aspects de ce décret législatif qui recèle certaines originalités qui traduisent une position, parfois plus stricte que celle des législations dont il s'est inspiré.

En effet, on reprenant les propos de l'un des initiateurs du décret législatif n° 93-09, en l'occurrence M BEJAOUI¹ : "accepter la formule de légalité de recours à l'arbitrage international ne doit pas se faire dans n'importe quelle conditions ; des verrous de sécurité ont été instaurés afin de permettre à L'Etat de contrôler ses actions : il s'agit de définir le siège ...l'exequatur..."

Pour notre part, nous nous contenterons de porter la lumière sur deux verrous d'importance capitale :

- L'existence de deux critères cumulatifs pour déterminer le caractère international de l'arbitrage ; économique, tiré de la législation française art 1492 CPCF et juridique, tiré de la législation suisse art 776 LDIP ce qui restreint le champ d'application de l'arbitrage international puisque l'une des parties doit avoir un siège à l'étranger et dans ce sens si les deux parties sont domiciliées en Algérie, elles ne peuvent recourir à l'arbitrage alors même que leur litige concerne directement les intérêts du commerce international².
- La multiplication des cas d'ouverture des voies de recours et l'organisation d'un pourvoi en cassation, ce qui permet à la partie perdante de mauvaise foi d'invoquer de tels prétextes pour solliciter d'une manière dilatoire l'intervention du juge étatique³, portant ainsi atteinte à l'efficacité de l'arbitrage international.

Ces verrous, ainsi posés, démontrent que l'acceptation ne peut être que progressive afin de désarmer la méfiance latente du juge et du législateur algériens. Dans ce sens M

¹ Propos rapportés par EL WATAN du 16_12_1992. Adde. M BEKHECHI : L'arbitrage commercial international en droit Algérien. Rev, alg, rel.int .n° 25. Alger . 1994. p 60s. V. M HAROUN. op cit. p 676.

² Cf N TERKI : Les limites du décret législatif du 27 avril 1993 relatif à l'arbitrage commercial international. Rev MUTATION, n° 44 .2^{ème} trim. 2003. p 18.

³ Cf. N TERKI : L'arbitrage com...op cit. p 143.

BEDJAOUI s'étonne que les pays arabes passent, sur le chapitre arbitrage, assez brusquement de l'excès d'indignité à l'excès de vertu¹, oubliant assez vite la psychose de l'arbitrage générée par les célèbres sentences pétrolières rendues dans les années 50 et où les arbitres excluaient l'application du droit local qui, selon eux, était incompatible avec les instruments du commerce international moderne².

I-2 : FONCTIONS PROTECTRICES DU CODE DES INVESTISSEMENTS.

Comme la plupart des pays en voie de développement, l'Algérie s'est dotée d'une législation attractive pour les investisseurs surtout étrangers afin de faire face à l'insuffisance de capitaux nationaux suite à la chute des prix du pétrole en 1986 qui amené les pouvoirs publics de l'époque à recourir au crédit externe court terme ce qui a fortement contribué à mettre le pays dans l'engrenage de crise financière³, ceci d'une part, d'autre part, pour attirer la technologie des pays développés considérée comme un facteur essentiel au développement⁴.

Mais on connaît le problème primordial d'un investisseur qui contracte avec un Etat : rechercher les moyens juridiques lui permettant de minimiser les risques découlant du caractère étatique de son co-contractant, c'est pourquoi on trouve dans les contrats d'investissement, appelés sous cet angle, contrat d'Etat, des clauses qui ont pour but de neutraliser tant

¹ Cf. M BEDJAOUI : A la rencontre...op cit. p 48.

² Voir la sentence rendue par lord Bishopstone le 28/08/1951 dans l'affaire opposant Petroleum development LTD au cheikh d'ABOU DHABI ou celle de Buknill dans l'affaire opposant le cheikh du QUATAR à l'international marine oil LTD.

³ Cf. H AMER YAHIA : Le processus de restructuration industrielle en Algérie. Gaz. pal du 13/04/1999, n°spécial "investir en Algérie aujourd'hui". p 439.

⁴ Adde. Y OUSSIDHOUM : La politique Algérienne d'incitation à l'investissement étranger. Gaz. pal du 13/04/1999. op cit. p 454 s. V. A GUESMI : Le cadre...op cit p 229. R CHARVIN : L'investissement international et le droit de développement. Edition L'HARMATTON.2002. p 22.

soit peu son pouvoir régalien¹, quelles sont ces clauses et quelle est leur portée?

L'incitation à l'investissement privé trouve sa consécration dans la promulgation du décret exécutif n° 93-12 du 05 octobre 1993 relatif à la promotion des investissements², modifié et complété par l'ordonnance n° 2001-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement³, puis par l'ordonnance 2006-08 du 15 juillet 2006 qui ne comporte qu'un seul article nouveau (l'article 17), les autres articles portent tous sur des modifications ou des compléments à des dispositions existantes, pour ces raisons, nous travaillerons, dans cette analyse, sur l'ordonnance n° 2003-01 modifiée et complétée⁴.

I-2.1/ LA PROTECTION PAR LE GEL DU DROIT APPLICABLE.

L'investisseur étranger, par le biais de la clause de droit applicable, a pour objectif de soustraire le contrat d'investissement de l'ordre juridique de l'Etat contractant pour le faire échapper à son emprise et cela se manifeste en prévoyant comme droit applicable, le droit national de l'Etat mais gelé à une date donnée et c'est la formule de la clause de stabilisation du droit⁵, ou clause de gel dans le sens ou cette dernière gèle

¹ Adde. P. MAYER : Le mythe de l'"ordre juridique de base" ou Grundlegung. In études offertes à B. GOLDMAN. op cit. p 200.

² Décret législatif n°93-12. JORA n°64 du 10 octobre 1993.

³ Ordonnance n° 2001-03. JORA n° 47.

⁴ Ordonnance n°2006-08. JORA n° 47.

⁵ Cf. M. HAROUN. op cit. p 611. On nous référant aux conventions bilatérales de protection des investisseurs, il est vrai que les clauses ayant trait au droit applicable ne sont pas expressément envisagées mais la formulation de certains articles à l'exemple de l'article 02 du décret présidentiel 94-01 ou décret présidentiel 95-88 nous renvoient à la législation du pays d'accueil. V. analyse de N. TERKI : La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie. RASJEP, n°2, 2001. p 18.

Comp. l'analyse selon laquelle les clauses de stabilisation ne peuvent pas empêcher l'application du droit international impératif, référence faite à la jurisprudence des tribunaux arbitraux du CIRDI appliquant l'article 42/1 de la convention de Washington de 1965 qui prévoit que : "le tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties, faute d'accord entre les parties, le tribunal applique le droit de l'Etat contractant

l'environnement législatif et réglementaire de l'investissement à la date de sa réalisation.

Par définition, il faut distinguer entre les clauses de stabilisation et les clauses d'intangibilité qui malgré le fait qu'elles soient toutes destinées à assurer une double protection des investissements face à leur partenaire étatique en lui faisant renoncer, par avance, à l'exercice de sa souveraineté et de ses prérogatives de puissance publique¹, les deux types de clauses n'ont pas la même signification² :

La clause de stabilisation signifie que l'Etat, tout en ne renonçant pas à son pouvoir de légiférer, s'engage uniquement à ne pas appliquer une nouvelle législation ou une nouvelle réglementation au contrat qu'il a conclu avec l'investisseur étranger et à ce contrat seulement ; il accorde ainsi à ce dernier une protection contre ce qui est appelé "l'aléa législatif"³, ou clause de stabilisation législative⁴.

Dans ce sens, la clause peut être générale et couvrir l'ensemble de la législation, ou particulière et ne s'applique qu'à certains domaines de celle-ci, tels que le droit fiscal, douanier ou du travail⁵.

Dans la clause d'intangibilité, L'Etat s'engage à ne pas modifier unilatéralement le contrat en faisant usage des prérogatives de puissance publique que lui reconnaît son propre

partie au différend ainsi que les principes du droit international en la matière". Adde. A GIARDINA : Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire. Rev. arb. n°3, 2003. p647.

¹ Cf. P LE BOULANGER. Les contrats...op cit. p 92. Adde. N TERKI : La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie. RASJEP. n°2, 2001. p 18s.

² انظر في الموضوع. قادري عبد العزيز. يكتفا، ميلودلا تارامنتسلا م التجاري الدولي ضمان الاستثمارات. دار هومة الجزائر. 2004. ص. 64.، ن اوزء تحت فلوما اهفراء: اهتمامات المستثمر الأجنبي "استمرار الشروط القانونية و التنظيمية لاستغلال الشركة والديمومة الفعلية لتلك الشروط.

³ Cf. P. LEBOULANGER : Les contrats...op cit p 92.

⁴ Cf. M HAROUN. op cit. p 613.

⁵ Adde. C LEBEN. L'évolution de la notion de contrat d'Etat Rev arb, n° 3, 2003. p 638.

V.M HAROUN. op cit. p 615. V. article 12 du décret présidentiel n° 2003-85 du 1^{er} mars 2003 portant modèle de convention minière qui prévoit une clause de stabilité du régime fiscal minier pour toute la période de validité de la convention.

droit national et dans ce cas, on se retrouve devant l'aléa administratif ou clause de stabilisation contractuelle¹.

En analysant, les dispositions de l'ordonnance 2001-03, l'article 15 stipule que "les révisions ou abrogations susceptibles d'intervenir à l'avenir ne s'appliquent pas aux investissements réalisés dans le cadre de la présente ordonnance à moins que l'investisseur ne le demande expressément".

Il est évident que l'investisseur étranger bénéficie, en application du présent article, de la clause de gel dans le sens ou cette dernière s'applique au droit des investissements qui se trouve stabilisé, et ainsi, tous les avantages acquis en application de l'ordonnance 2001-03 ne peuvent être remis en cause par une législation ou réglementation futures qui leur soient défavorables² à l'inverse, si elles sont favorables, il est prévu la possibilité pour l'investisseur étranger de demander le bénéfice de l'application de la nouvelle loi dont les dispositions seraient plus avantageuses que celles déjà existantes.

L'innovation est notable, dans la mesure ou pour inciter davantage les capitaux étrangers à s'investir, le législateur a introduit, par la clause de gel, une exception au principe de droit interne de l'application immédiate des nouvelles lois impératives³.

On peut se poser la question sur la portée de cette clause sur le plan international ? Ou dans quelle mesure l'Etat peut valablement accepter de limiter contractuellement, ses prérogatives de souveraineté au profit d'un investisseur étranger.

La soumission du contrat d'Etat, conclu avec un investisseur étranger, au droit de l'Etat partie soulève, en effet, des problèmes du fait de la réunion en la présence de l'un des

¹ Cf. P LEBOULAGER. op cit. p 93. V. D BETTEMS. Op cit. p 46.

² V. M HAROUN. op cit p 616, l'auteur estime que le gel de l'ensemble de la législation ne se présume pas, référence faite à la jurisprudence arbitrale dans la sentence AMINOIL (Gvt Koweïtien c. Aminoil du 24 mai 1982) ou les arbitres considèrent que les " limitations contractuelles du droit de l'Etat à nationaliser sont juridiquement possibles" mais étant donné que cela représente "un engagement particulièrement grave ", il doit être expressément stipulé", par conséquent, en l'absence d'une mention express, la clause de gel ne peut s'appliquer de manière générale mais seulement à l'ordonnance 2001-03.

³ Article 04 du code civil algérien.

deux co-contractants des deux qualités, difficilement conciliables¹, de partie au contrat et de législateur.

La présence de l'Etat, défenseur de l'intérêt national et doté de prérogative de souveraineté, dans la relation contractuelle ne saurait rester indifférente pour la détermination des règles de droit applicable², pas plus qu'il n'ait possible de faire abstraction de la différence qui sépare un contrat conclu à des seules fins commerciales et un contrat dominé par des finalités d'investissements et de développement.

A partir de ce constat, on peut avancer deux hypothèses :

- Soit l'Etat, en contractant renonce à l'avance, volontairement et unilatéralement, à ses prérogatives de puissance publique, et dans ce cas, le contrat aura une force obligatoire absolue et dès lors, la clause de stabilisation n'aura aucune raison d'être puisque le contrat est immuable par essence³.

Cette hypothèse aura pour conséquence de disqualifier l'Etat car au moment où il recourt au procédé contractuel, non seulement il évolue dans la sphère du pur droit privé mais encore, il perd sa qualité de personne morale de droit public avec toutes les conséquences que cela entraîne.

- Soit l'Etat, tout en contractant, se réserve le droit de modifier certaines clauses du contrat dans certaines conditions en application du principe de la mutabilité essentielle des contrats d'Etat⁴.

Pour notre part, nous adhérons à la seconde hypothèse dans la mesure où l'Etat peut renoncer à l'avance à appliquer

¹ CF P WEIL : Principes généraux de droit et contrats d'Etat. In études offertes à B GOLDMAN. op cit p 406.

Voir l'article 27 du décret présidentiel 2003-85 précité prévoyant l'application exclusive du droit algérien à savoir la loi minière.

² Ibid. p 407.

³ En application de la règle *pacta sunt servanda*, formule consacrée par la doctrine, par laquelle est désignée une règle qui est la base de tout droit conventionnel, public ou privé, national ou international : toute convention valablement conclue oblige ceux qui y sont parties qui doivent l'exécuter de bonne foi et cela vaut et pour les contrats et pour les traités.

V. M VIRALLY: UN tiers droit? réflexions théoriques. In études offertes à B GOLDMAN. p376.

⁴ Cf. P LEBOULANGER : Les contrats ...op cit. p 95. V. P MAYER. op cit. p 199. F RIGAUX. op cit. p 261.

une loi nouvelle au contrat en cours, et que ce pouvoir trouve sa limite dans la notion d'intérêt général, ceci n'ôte rien à la valeur de la clause de stabilisation mais la rend relative¹, et sa violation engagera l'Etat non sur le fondement du non respect du droit international mais du contrat lui-même, du moment que la clause de stabilisation en constitue une stipulation essentielle et qu'elle en est même une des clauses impulsives et déterminantes.

Ce raisonnement est basé sur le principe selon lequel lorsqu'un Etat adopte un code des investissements, il s'engage solennellement vis-à-vis de la communauté internationale car l'Etat d'accueil est responsable devant l'Etat de nationalité de l'investisseur², néanmoins, admettre cette responsabilité ne limite pas la volonté souveraine de l'Etat, sujet de droit international public vis-à-vis d'une personne de droit privé; La notion de souveraineté de l'Etat existe et relève de l'ordre du droit international public et ne peut, par conséquent, être écartée par une clause contractuelle ou par un acte unilatéral³, et la seule limitation à cette volonté n'est autre que celle prévue dans d'authentiques traités internationaux⁴.

Allant dans ce sens, l'article 21 du décret présidentiel n° 2003-85⁵, prévoit que toute mesure de réquisition ou d'expropriation intervenue dans des circonstances ou "situation critique" donne lieu au versement d'une indemnité préalable, juste et équitable couvrant tout préjudice ou dommage qui pourrait être causé à l'investissement et de quelque façon que ce soit⁶.

¹ Adde. P. MAYER : La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat. JDI, (CLUNET). 1986. p 10 et s. V. LEBOULANGER. op cit p 98.

² Cf. D. CARREAU. op cit p 466.

V. E. SILVA ROMERO : La dialectique de l'arbitrage international impliquant des parties étatiques. Observations sur le droit applicable dans l'arbitrage des contrats d'Etat. Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la CCI. Vol 15, n°2, 2^{ème} semestre 2004. p 86 et s.

³ Cf. R. CHARVIN. op cit p 82.

⁴ V. M. HAROUN. op cit. p 567. Adde. C. LEBEN : L'évolution... op cit. p 644.

⁵ Portant modèle de convention minière.

⁶ La nature préalable de l'indemnité prête à confusion puisqu'il ne peut y avoir expropriation avant paiement de l'indemnité. faute de quoi, l'opération est illicite, ce caractère préalable trouve sa justification dans la volonté de

Cette option est également consacrée sur le plan conventionnel puisque les parties se réservent le droit de nationaliser ou d'exproprier les investissements se trouvant sur leurs territoires respectifs et appartenant aux investisseurs de l'autre partie contractante à condition que ces mesures soient prises, exclusivement, pour des raisons d'utilité publique et non de nature discriminatoire et doivent donner lieu au paiement d'une indemnité adéquate en monnaie convertible et ce, sans retard non justifié¹.

La protection des investissements par le gel du droit applicable se trouve ainsi établi dans le code des investissements et même si certains auteurs la trouve "exorbitante"², la clause de stabilisation est nécessaire pour instaurer un climat de confiance qui favoriserait le flux de capitaux étrangers dont notre économie a grandement besoin, mais est-ce suffisant pour protéger efficacement l'investisseur ?

La réponse est assurément négative, car pour que la législation portant sur le développement des investissements puisse atteindre les objectifs tracés, elle doit être accompagnée de clause d'arbitrage comme mode de règlement des litiges ou de situations conflictuelles nés de l'application des textes précédemment cités³ et sans elle, tout autre formule serait vaine⁴.

l'Etat de rassurer les investisseurs quant au devenir de leurs investissements combien même la constitution de 1996 dans son article 20 oblige l'Etat à indemniser mais après expropriation. V. M HAROUN. op cit p 567.

¹ Nous citerons à titre d'exemple l'article 5 du décret présidentiel n° 94-01 du 2 janvier 1994 portant ratification de la convention entre l'Algérie et la France pour l'encouragement et la protection réciproque des investissements. JORA n° 01 et l'article 05 de la convention bilatérale avec le royaume d'Espagne : décret présidentiel n° 95-88 du 25 mars 1995. JORA 23.V. art 16/2 de l'ordonnance n° 2001-03. Adde. M ISSAD : Deux conventions bilatérales... op cit p 722.

² Cf. N TERKI : La protection conventionnelle... op cit. p 18.

³ Cf. M HAROUN. op cit. p 627. L'auteur appelle l'arsenal judiciaire permettant le règlement des différends portant sur les investissements, en l'occurrence l'arbitrage "les règles processuelles de la protection des investissements".

⁴ Adde. W BEN HAMIDA : L'arbitrage Etat - investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents. JDI CLUNET, n°2. 2004. p 421 et s.

« .. Le rejet de privilèges de puissance publique agissant au service d'intérêts supérieurs est inscrit dans la logique même du recours à l'arbitrage qui est accepté par la partie publique, et il s'enracine donc dans un refus de la justice

I-2.2/ LA PROTECTION PAR LE CHOIX DE 'ARBITRAGE COMME MODE DE REGLEMENT DES LITIGES

L'article 17 de l'ordonnance n° 2001-03 prévoit que " tout différend entre l'investisseur étranger et l'Etat algérien, résultant du fait de l'investisseur ou d'une mesure prise par l'Etat Algérien à l'encontre de celui-ci, sera soumis aux juridictions compétentes sauf conventions bilatérales conclues par l'Etat Algérien, relatives à la conciliation et à l'arbitrage ou accord spécifique stipulant une clause compromissoire ou permettant aux parties de convenir d'un compromis par arbitrage ad hoc".

Ainsi le recours à l'arbitrage commercial international est admis même si la formulation du texte pourrait mener à penser le contraire, en effet, si on se réfère à l'énoncé, l'article 17 nous renvoie, en cas de litige, aux juridictions compétentes de l'Etat contractant sur le territoire duquel l'investissement est réalisé, cependant le règlement des différends par voie judiciaire n'est prévu que lorsqu'il n'y pas de conventions bilatérales ou multilatérales conclues par l'Algérie avec les Etats dont les investisseurs étrangers sont ressortissants, mais sachant que les contrats entre l'Etat et ces derniers sont couverts par un réseau de traités bilatéraux fort nombreux conclus entre l'Algérie importatrice et les Etats exportateurs d'investissement, traités dans lesquels, elle s'engage à respecter les contrats passés avec ces investisseurs, entre autres, se soumettre à l'arbitrage commercial international en cas de litige se produisant entre "l'une des parties contractantes" et un "investisseur de l'autre partie contractante"¹,

régaliennne, ce refus par l'investisseur, est considéré naturel d'autant plus que cette justice est étrangère et que de surcroît, elle est organiquement liée au contactant et potentiel adversaire ». Voilà en substance l'idée qu'il ne peut y avoir de protection réelle des investissements sans l'arbitrage. Cf. G DELAPRADELLE : Banalisation de la partie publique dans l'arbitrage commercial international impliquant un Etat. Gaz pal, n°1, 2005. p 5.

¹ Voir l'article 11 du décret présidentiel n° 95-88 et l'article 8 du décret présidentiel n°94-01.

il est claire que l'option arbitrage est acquise, qu'il soit institutionnel par le biais du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ou de la chambre de commerce internationale (CCI) ou AD HOC, le choix étant laissé à l'appréciation de l'investisseur.

Le constat est d'ailleurs fait par la doctrine, dès le début des années 90, qui considère que "l'arbitrage international à fait son entrée officielle, et apparemment définitive, dans le paysage Algérien. Après 25 ans d'hésitations, de proclamations hostiles et de pratiques contraires, l'Algérie, son Etat en tête, adhère officiellement à cette forme de règlement des litiges"¹.

L'essor de l'arbitrage international sera à l'avenir d'autant plus important grâce à l'innovation apportée par la jurisprudence CIRDI qui étend le champ d'application des conventions bilatérales de promotion des investissements², effectivement, il n'est plus nécessaire, pour l'investisseur, d'être dans une relation contractuelle avec le pays d'accueil pour se prévaloir

directement des engagements pris par cet Etat à l'égard de son Etat national dans la convention bilatérale de protection et de promotion des investisseurs³.

Trois arbitres : Ahmed Saddek, Berthold Goldman et Samuel Assante ont admis, pour la première fois, qu'une personne privée pouvait se fonder sur un traité bilatéral

¹ Cf. M ISSAD : Deux conventions...op. cit. p 730.

Adde. N TERKI : La protection conventionnelle...op cit. p 27.

² V.C LEBEN : Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. LGDJ, Paris 2006. p 14.

³ Cf. G DELAPRADELLE. op cit. p 5. V. W BEN HAMIDA. op cit. p 420. Voir la sentence AAPL/ SRI LANKA prononcée par le tribunal CIRDI le 27/06/1990.JDI ?1992. P 217. Dans cette sentence, le tribunal arbitral a accepté de reconnaître sa compétence alors même qu'il n'existait aucun contrat entre la société de hong kong et l'Etat de Sri lanka. Dans les faits, il s'agissait d'une société de Hong kong qui avait investi dans une société de Sri lanka productrice de crevettes. A la suite de combats militaires, l'usine de production avait été détruite. La société AAPL, qui n'avait aucun contrat avec l'Etat sri lankais, saisi le CIRDI sur la base du traité de protection des investissements existant entre le Sri-lanka et le royaume uni dont l'investisseur est originaire. V. M AUDIT : Nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international. Compte rendu du colloque organisé par l'INEI le 13 mai 2004. Rev arb. n° 2. 2004. p 481.

d'investissement pour engager une procédure arbitrale contre un Etat en dehors de toute convention d'arbitrage¹.

En d'autres termes, la jurisprudence CIRDI ouvre la voie aux investisseurs étrangers de recourir à l'arbitrage CIRDI à la base de l'acceptation par l'Etat de l'arbitrage du centre, non pas dans un contrat conclu avec l'investisseur mais dans une convention bilatérale ou une loi nationale², ceci en tenant compte du fait que la seule condition d'éligibilité à bénéficier des dispositions des conventions bilatérales soit la nationalité de l'investisseur qu'il ait la qualité de personne physique ou morale³.

Cet élargissement du champ d'application des conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements auquel s'ajoute la multiplication de ces traités dès le début des années 90, surtout en Algérie comme nous allons le constater, auront, sans aucun doute, des implications importantes et ce à deux niveaux :

-Celui du CIRDI qui se verra saisi de plusieurs différends, ce qui augmentera considérablement le contentieux qui lui sera soumis⁴. En effet, on va passer d'une situation où l'arbitrage est limité à un nombre réduit de litiges portant sur des contrats que l'Etat a lui-même signé à une situation où n'importe quel investisseur relevant d'un Etat ayant conclu un TBI avec l'Etat d'accueil pourra attirer celui-ci devant un

¹ Voir détails : E GAILLARD, G BURDEAU : Nouvelles perspectives dans le contentieux économique intéressant les Etats. Rev arb, 1995. p 4s.

² V. sentence SPP c/ EGYPTÉ du 20 mai 1992.

³ A titre d'exemple, on peut revenir sur la définition du terme "investisseur" dans l'article premier des deux conventions signées avec la France et l'Espagne : Le terme investisseur désigne : a) toute personne physique ayant la nationalité de l'une des parties contractantes en vertu de sa législation en vigueur, et effectuant un investissement sur le territoire de l'autre partie contractante. b) toute personne morale, plus particulièrement, des compagnies, des associations de compagnies, des sociétés commerciales ainsi que toute forme de société constituée ou organisée selon la législation de l'une des parties contractantes et ayant leur siège social sur le territoire de la dite partie.

Adde. N TERKI : La protection...op cit. p 13.

⁴ V. I FADLALLAH : Investissements internationaux et arbitrage. Gaz pal. nov. / déc. 2003. p 3369.

tribunal arbitral ; le potentiel de litiges devient considérablement plus important¹.

-Celui du juge de l'exequatur qui se verra confronter à une demande d'exequatur appuyée non pas par une convention d'arbitrage mais par une convention bilatérale. Quelle en sera son attitude en sachant qu'il est tenu d'appliquer la loi du for ? Sur le sujet, d'ors et déjà, on peut affirmer que l'efficacité des sentences rendues dans ce cadre ne sera que limitée ; limites qui ne dépasseront pas l'exécution volontaire de la sentence car au-delà se serait aller à l'encontre des dispositions de la convention de New York d'une part, et des législations nationales d'autre part, qui exigent un accord de volonté des parties préalable à tout recours à l'arbitrage.

I-2.3/LA PROTECTION PAR LE TRAITEMENT NATIONAL

L'article 14/1 de l'ordonnance n° 2001-03 relative au développement des investissements stipule que " les personnes physiques et morales étrangères reçoivent un traitement identique à celui des personnes physiques et morales Algériennes, eu égard aux droits et obligations en relation avec l'investissement".

Le traitement national ainsi garanti est par définition un traitement qui assure une assimilation quant au régime juridique et fiscal applicable aux investisseurs étrangers par rapport aux investissements nationaux, autrement dit, ce principe interdit toute discrimination de traitement en raison de l'origine de l'investissement qu'il soit local ou étranger².

Cependant, il faut noter que cette protection, dans un pays en voie de développement comme le notre, peut créer, paradoxalement, une discrimination à l'encontre de l'investisseur national, en effet, les sociétés étrangères, avec les moyens financiers et technologiques dont elles disposent, en

¹ V. C LEBEN. op cit p 16, voir détails dans l'article de V VESQUE-JEANCARD, H DESBOIS : Le contentieux de l'investissement international. Bureau investissement international, direction des relations économiques extérieures. <http://www.finances.gouv.fr.16/07/2007>.

² Adde. M HAROUN. op cit. p 168 et s.

entrant en concurrence avec les entreprises locales de faibles moyens humains et financiers, sont en mesure de dominer le marché et faire disparaître la production nationale¹, réalité que D CARREAU, résume en ces termes : « une égalité abstraite peut conduire à une inégalité de fait en défaveur de l'intérêt national »².

Ce qui nous amène à penser que, dans sa quête de capitaux étrangers, l'Algérie applique dans le fait et indirectement un traitement préférentiel qui est la caractéristique majeure d'une politique d'incitation aux investissements internationaux³, traitement, d'ailleurs, fort toléré en droit international qui ne connaît pas "la discrimination" au préjudice des nationaux et au bénéfice des non nationaux ; il ne connaît que la discrimination au bénéfice des nationaux au préjudice des non nationaux⁴.

Sans entamer une analyse juridique du contenu du principe du traitement national qui n'est pas notre propos⁵, il est indéniable que ce dernier, consacré également dans l'ensemble des conventions bilatérales signées par l'Algérie, aura pour conséquence de créer une inégalité importante voire, une discrimination entre les investissements nationaux et étrangers dans la mesure où notre pays étant demandeur et les pays développés offreurs d'investissements, la situation ne peut que favoriser le déséquilibre en faveur de l'investisseur étranger au détriment de l'investisseur national⁶, même si l'on peut nous

¹ Cf. P LEBOULANGER : Les contrats... op cit p 90.

² Cf. D CARREAU. op cit p 446.

V. R CHARVIN : L'investissement ... op cit p 90 et s.

³ On entend par traitement préférentiel, le traitement par lequel l'Etat hôte traite mieux l'investissement étranger que l'investissement national, à l'inverse du traitement différentiel où les nationaux sont favorisés au détriment des étrangers. Voir pour plus de détails. D CARREAU. op cit. p 447 et s.

⁴ cf. D CARREAU. Op cit. p 448.

⁵ Voir sur le sujet : M HAROUN. op cit. p 163 et s.

⁶ Adde. W LAGGOUNE : Questions autour du nouveau code des investissements. Rev IDARA, n°4, 1994. p 45.

Dans cette optique, CARREAU estime que : pour les pays du sud, il faut que le traitement national aménage leur juste place aux inégalités du développement en sorte que le traitement national ne serve pas les intérêts du plus fort contre les intérêts du moins fort. Cf. D CARREAU. op cit. p 446.

rétorquer que ce système améliorerait la qualité des produits nationaux et pousserait les entreprises nationales à adopter les règles de la concurrence et du marché si elles veulent exister et être compétitives, encore faudrait-il leur donner les moyens nécessaires pour mener une telle bataille après plus de 40 années d'assistanat.

II : L'INCITATION PAR L'ARBITRAGE EN DROIT CONVENTIONNEL

L'arbitrage commercial international trouvera sa véritable justification sur le plan conventionnel par l'acceptation par l'Algérie de ce mode de règlement des litiges, longtemps exigé par les opérateurs économiques internationaux qui se voient, par la multiplication des accords bilatéraux portant la promotion des investissements, accordés une protection conventionnelle en matière d'arbitrage et que pour une sécurité plus grande, l'Etat, pour inciter les ressortissants étrangers à venir investir, doit recourir aux conventions multilatérales.

I-RATIFICATION DE CONVENTIONS MULTILATERALES.

Bien avant la modification du code de procédure civile consacrant définitivement l'arbitrage commercial international, comme l'un des procédés de règlement des litiges internationaux, l'Algérie a adhéré en 1988 à la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères¹.

Cette convention concerne autant l'exécution à l'étranger de sentence arbitrale de droit interne que l'exécution des sentences rendues à l'issue d'un arbitrage international.

¹ Décret présidentiel n°88-288 du 05 novembre 1988 portant ratification de la convention de New York. JORA n°48. approuvé par la loi n° 88-18 du 12 juillet 1988. JORA n°28.

Une partie de la doctrine occidentale propose que soit considéré comme critère d'éligibilité aux financements des organismes multilatéraux et à l'aide bilatérale, la ratification de la convention de New York et la mise en conformité des législations en matière d'arbitrage des pays d'accueil des investissements étrangers. Cf. P BOLMIN : Pour un nouveau partenariat public/privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructures : La notion de co-développement. RDAI, n°2,1999. p 151.

Elle souligne la nécessité d'un écrit de la convention d'arbitrage et entérine une règle fondamentale du droit de l'arbitrage à savoir l'exclusion de la compétence des juridictions étatiques

sauf si la convention d'arbitrage est nulle.

Elle comporte également, l'engagement pris par chaque Etat contractant de veiller à ce que la sentence arbitrale rendue dans un autre Etat contractant soit exécutoire sur son territoire sauf dans des cas prévus par ladite convention.

La signature de la convention d'Amman du 14 avril 1987 mais qui n'a pas été ratifiée par l'Algérie à cause notamment de certaines insuffisances relevées relatives à son champ d'application et les voies de recours contre les sentences qui peuvent être rendues par un centre appelé centre arabe d'arbitrage commercial sis à Rabat au MAROC¹.

Position partagée par d'autres pays arabes puisque sur 12 pays signataires de la convention², 5 seulement l'ont ratifiée à savoir l'IRAK, la JORDANIE, la LIBYE, la TUNISIE et le YEMEN³.

Le centre peut être saisi si une convention d'arbitrage ou un compromis lui donne compétence, il suffit pour cela qu'une des parties soit ressortissante d'un Etat lié par la convention, cette dernière ne précisant pas la qualité de l'autre partie au différend⁴.

Le centre est également compétent du seul recours en annulation contre la sentence rendue qui, une fois définitive, est rendue exécutoire par la cour suprême de chaque Etat contractant qui ne peut en aucun cas refuser la formule exécutoire sauf pour violation de l'ordre public⁵.

¹ Adde. M ISSAD : Le nouveau droit...op cit. p 9.

² Les pays signataires sont : Algérie, Tunisie, Djibouti, Soudan, Syrie, Irak, Jordanie, Liban, Libye, Maroc, Mauritanie, et le Yémen.

³ Voir le tableau des traités signés ou ratifiés par les pays arabes. Bull. cour internationale d'arbitrage de la CCI : L'arbitrage commercial international dans les pays arabes. Mai 1992. p 76 et 77.

⁴ Voir l'article 2 de la convention.

⁵ V. A EL AHDAB : Le centre arabe d'arbitrage commercial à Rabat - Convention d'Amman sur l'arbitrage commercial de 1987. Rev arb, n°4, 1989. p 634.

Approbation de la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants des autres Etats¹, qui a créé, sous les auspices de la banque mondiale, un mécanisme d'arbitrage institutionnel spécialisé pour ce type de litige et qui est le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. CIRDI.

Parallèlement à cela, fut ratifiée la convention de Séoul instituant l'agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)², dont la finalité est d'inciter encore plus les sociétés occidentales à investir dans le tiers monde³, et étant donné que l'arbitrage international soit la condition pour ce faire, d'autres conventions multilatérales seront ratifiées avec les pays arabes, à l'exemple de l'adhésion à la société arabe d'investissement⁴, ainsi que la ratification de la convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes⁵, et la convention entre les pays de l'union du Maghreb(UMA) pour la promotion et la garantie des investissements⁶.

Et enfin avec l'Europe suite à la ratification de l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre l'Algérie et la communauté européenne et ses Etats membres, signé à Valence le 22 avril 2002⁷.

L'accord prévoit un partenariat basé sur l'initiative privée d'où la nécessité de créer un climat favorable aux investissements qui ne peut se réaliser qu'à travers

¹ Décret présidentiel n° 95-346 du 30/10/1995. JORA n° 66.

² Décret présidentiel n° 95-345 du 30/10/1995. JORA n° 66.

³ Cf. N TERKI. op cit. P 16. V.

وانظر فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ج 5، دار الثقافة والنشر، عمان، ص 60.

⁴ Décret présidentiel n° 98-334 du 26 oct. 1998. JORA n°88.

⁵ Décret présidentiel n° 95-306 du 07 oct. 1995. JORA n°59.

⁶ Décret présidentiel n° 90-420 du 22 déc. 1990. JORA n°6. Cette convention donnera suite à la création de la banque maghrébine pour l'investissement et le commerce extérieur entre les Etats de l'union par un accord signé à Ras lanouf en LIBYE LE 9 et 10 mars 1991 ayant son siège à Tunis et ratifié par l'Algérie : décret présidentiel n° 92-247 du 13/06/1992. JORA n° 45.

⁷ Décret présidentiel n° 05-159 du 27 avr 2005. JORA n°31, approuvé par la loi n°05-05 du 26 avr 2005. JORA n°30.

l'établissement, entre autres, « d'un cadre juridique favorisant l'investissement, le cas échéant, par la conclusion, entre l'Algérie et les Etats membres, des accords de protection des investissements... »¹.

Dans cette perspective, l'Algérie s'est attelée à ratifier de nombreux accords bilatéraux, non seulement avec les Etats membres de l'UE, et bien avant l'accord en soi, mais également avec d'autres sur l'ensemble des continents.

II- RATIFICATION DE CONVENTIONS BILATERALES.

Depuis le début des années 1990, l'Algérie, ayant mis en œuvre sa politique d'économie de marché dont l'objectif est de redynamiser le développement national, était amené à conclure des conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements toutes azimutes, la preuve en est le nombre important, à ce jour, d'accords ratifiés avec les Etats suivants :

Les USA², L'union économique Belgo luxembourgeoise³, l'Italie⁴, la France⁵, la Roumanie⁶, le royaume d'Espagne⁷, la Jordanie⁸, le Qatar⁹, L'Egypte¹⁰, le Mali¹¹, la Syrie¹², la Cote d'ivoire¹³, le Niger¹⁴, l'Allemagne¹⁵, le Mozambique¹, la Corée², La république

¹ Voir art 54 de l'accord d'association. Id. N BOUZIDI : Les enjeux économiques de l'accord d'association Algérie union européenne. Rev IDARA, n°2, 2002. p 80 et s. A BAGHZOUZ : Le partenariat euro méditerranéen : enjeux et perspectives pour les pays du Maghreb. N° spécial "une décennie de relations internationales" 1990-2000. Rev IDARA, 2001. p 137 et s.

² Décret présidentiel n° 90-319 du 17/10/1990. JORA n° 45.

³ Décret présidentiel n° 91-345 du 05/10/1991. JORA n° 46.

⁴ Décret présidentiel n°91-346 du 05/10/1991. JORA n° 46.

⁵ Décret présidentiel n° 94-01 du 02/01/1994. JORA n° 01.

⁶ Décret présidentiel n° 94-328 du 22/10/1994. JORA n° 69

⁷ Décret présidentiel n° 95-88 du 25/03/1995. JORA n° 23.

⁸ Décret présidentiel n° 97-103 du 5 avril 1997. JORA n° 20.

⁹ Décret présidentiel n°97-229 du 23/06/1997. JORA n° 43.

¹⁰ Décret présidentiel n° 98-320 du 11/10/1998. JORA n° 76.

¹¹ Décret présidentiel n° 98-431 du 27/12/1998. JORA n°97.

¹² Décret présidentiel n° 2000-245 du 22/08/2000. JORA n° 52.

¹³ Décret présidentiel n° 2000-246 du 22/08/2000. JORA n° 52.

¹⁴ Décret présidentiel n° 2000-247 du 22/08/2000. JORA n° 52.

¹⁵ Décret présidentiel n° 2000-280 du 07/10/2000. JORA n° 58.

hellénique³, l'Afrique du sud⁴, le Yémen⁵, la Malaisie⁶, l'Argentine⁷, le sultanat d'Oman⁸, l'Indonésie⁹, les Emirats arabes unis¹⁰, la Bulgarie¹¹, la république Tchèque¹², la Chine¹³, le Bahreïn¹⁴, le Nigeria¹⁵, l'Ethiopie¹⁶, le Soudan¹⁷, la Libye¹⁸, le Koweït¹⁹, le Danemark²⁰, l'Autriche²¹, la Suède²², l'Iran²³, le Portugal²⁴, la Suisse²⁵, la Russie²⁶, la Tunisie²⁷, la Finlande²⁸.

Dans leur majorité, ces conventions comportent quatre séries de dispositions répondant à ce qui est appelé "un Standard international minimal de traitement", car comme le précise M HORCHANI²⁹, la négociation des conventions bilatérales entre les pays d'accueil, à l'exemple de l'Algérie, et les pays investisseurs qui sont développés se fait à la base d'un support

¹ Décret présidentiel n° 2001-201 du 23/07/2001. JORA n° 40.

² Décret présidentiel n° 2001-204 du 23/07/2001. JORA n° 40.

³ Décret présidentiel n° 2001-205 du 23/07/2001. JORA n° 41.

⁴ Décret présidentiel n° 2001-206 du 23/07/2001. JORA n° 41.

⁵ Décret présidentiel n° 2001-211 du 23/07/2001. JORA n° 42.

⁶ Décret présidentiel n° 2001-212 du 23/07/2001. JORA n° 42.

⁷ Décret présidentiel n° 2001-336 du 13/11/2001. JORA n° 69.

⁸ Décret présidentiel n° 2002-223 du 22/07/2002. JORA n° 44.

⁹ Décret présidentiel n° 2002-226 du 22/06/2002. JORA n° 45.

¹⁰ Décret présidentiel n° 2002-227 du 22/06/2002. JORA n° 45.

¹¹ Décret présidentiel n° 2002-123 du 07/04/2002. JORA n° 25.

¹² Décret présidentiel n° 2002-124 du 07/04/2002. JORA n° 25.

¹³ Décret présidentiel n° 2002-392 du 25/11/2002. JORA n° 77.

¹⁴ Décret présidentiel n° 2003-65 du 08/02/2003. JORA n° 10.

¹⁵ Décret présidentiel n° 2003-94 du 03/03/2003. JORA n° 16.

¹⁶ Décret présidentiel n° 2003-115 du 17/03/2003. JORA n° 19.

¹⁷ Décret présidentiel n° 2003-121 du 17/03/2003. JORA n° 20.

¹⁸ Décret présidentiel n° 2003-209 du 5/05/2003. JORA n° 33.

¹⁹ Décret présidentiel n° 2003-370 du 23/10/2003. JORA n° 66.

²⁰ Décret présidentiel n° 2003-525 du 30/12/2003. JORA n° 62.

²¹ Décret présidentiel n° 2004-327 du 10/10/2004. JORA n° 65.

²² Décret présidentiel n° 2004-431 du 29/12/2004. JORA n° 84.

²³ Décret présidentiel n° 2005-75 du 26/02/2005. JORA n° 15.

²⁴ Décret présidentiel n° 2005-192 du 28/05/2005. JORA n° 37.

²⁵ Décret présidentiel n° 2005-235 du 23/06/2005. JORA n° 45.

²⁶ Décret présidentiel n° 2006-128 du 03/04/2006. JORA n° 21.

²⁷ Décret présidentiel n° 2006-404 du 14/11/2006. JORA n° 73.

²⁸ Décret présidentiel n° 2006-464 du 11/12/2006. JORA n° 82.

²⁹ Cf. F HORCHANI : Le droit international des investissements ... op cit. p 388 et s. id. M ISSAD : deux conventions.....op cit. p 717. N TERKI : La protection conventionnelle.... op cit. p 13.

référentiel puisque ses derniers proposent des modèles de traités dont les règles essentielles ont été fixées à l'avance à savoir les règles de traitement et de protection considérées comme importantes par les pays développés détenteur du modèle dans le but de protéger les intérêts de ses ressortissants.

Mais cette réalité, même si elle peut sembler logique et juste en application du principe de réciprocité, vide ce dernier de son sens, en effet dans la pratique, ces accords n'ont que rarement des effets réciproques puisque les investissements réellement promus et protégés sont ceux des ressortissants des pays développés sur le territoire des pays en développement dans la mesure où il n'y a pas de flux croisé d'investissements entre les parties contractantes¹.

Ces dispositions sont :

- Celles qui portent sur l'accueil des investissements et les conditions dans lesquelles l'Etat d'accueil souhaite recevoir les investissements, prérogative qui reste de la compétence discrétionnaire de ce dernier et à ce titre, l'ensemble des conventions citées comportent une définition très large de l'investissement, puisqu'il s'agit notamment de tout élément d'actifs, biens ou droits liés à un investissement, quelle qu'en soit la nature, conformément à la législation du pays récepteur².

Bien plus, certaines de ces conventions sont à effet rétroactif puisqu'elles incluent les investissements effectués antérieurement à l'exception des différends nés avant l'entrée en vigueur de ces accords.

- Celles qui portent sur le traitement des investissements et qui sont applicables une fois l'investissement constitué dans le pays d'accueil et en conformité à sa législation et on y trouve deux types de clauses :

A/ Clause prévoyant le traitement juste et équitable.

B/ Clause prévoyant le traitement national.

- Celles qui portent sur la protection et la garantie des investissements et qui ont pour objet l'expropriation et la nationalisation qui doivent respecter certaines conditions, à

¹ Cf. D CARREAU. Op cit. p 410. Voir pour plus de détails : C VADCAR : La réciprocité dans le système commercial international. JDI, n°3, 2002. p 773 et s.

² V. art 1^{er} de la convention signé avec l'Espagne et la France.

savoir l'exigence d'un intérêt public ayant motivé la prise de ses mesures, le caractère non discriminatoire de ses dernières et enfin, l'indemnisation des biens expropriés ou nationalisés par le paiement d'une indemnité adéquate, effective et rapide et qui doit être calculée à partir de la valeur marchande de l'actif objet de la mesure¹.

- Celle qui portent sur le règlement des différends en matière d'investissement et qui prévoient, en général, le règlement à l'amiable en premier lieu et si ce dernier se révèle infructueux, les parties, au bout d'une période relativement courte (06 mois) devront soumettre leur litige à une instance arbitrale, soit institutionnelle ou Ad hoc, et quand le choix porte sur l'arbitrage institutionnel, le CIRDI est le plus souvent sollicité².

Enfin, l'imbrication des dispositions des conventions bilatérales à celles des conventions multilatérales constitue un droit conventionnel légalisant l'arbitrage commercial international auquel renvoie le code des investissements et ainsi, le dispositif de protection par le biais de l'arbitrage est donc, définitivement, ancré dans la législation Algérienne tant d'origine interne que d'origine internationale mais est-ce suffisant pour attirer les investisseurs ?

¹ V. "Les principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger" rédigés en 1992 sous l'égide de la banque mondiale et du CIRDI, sous le titre IV : Expropriation et modification ou résiliation unilatérale des contrats.

id. l'article 5 de la convention bilatérale signée avec l'Espagne qui stipule que " la nationalisation, l'expropriation ou tout autre mesure aux caractéristiques à effet similaire que les autorités de l'une des parties contractantes peuvent adopter à l'encontre des investissements sur son territoire des investisseurs de l'autre partie contractante doivent être prises, exclusivement, pour des raisons d'utilité publique, conformément aux dispositions légales, et ne doivent en aucun cas être de nature discriminatoire".

² Depuis une dizaine d'années, en raison surtout du large nombre de conventions bilatérales de protection des investissements qui prévoient l'arbitrage comme procédé de règlement des différends, le CIRDI est le plus saisi. V. Rapport de la conférence des nations unies sur le commerce et le développement. Sous le titre : arbitrage commercial international. Genève 2005. Adde.

هشام علي صادق. الحماية الدولية للمال الأجنبي. الدار الجامعية للطباعة و النشر. بيروت 1982. ص 285 و ما بعدها. و انظر أيضا. زيدمحم عافو ل لاج. التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. دار الجامعية الحديثة للنشر. الإسكندرية. 1995. ص 98.

Conclusion

Certes, l'Algérie, à l'instar des pays développés, a adopté un droit de l'arbitrage moderne mais qu'en est-il de l'interprétation des textes, du sort de la sentence arbitrale devant le juge Algérien et qui est la quintessence de ce mode de règlement des litiges ?

Il est évident que toute interprétation restrictive des textes est susceptible de remettre en cause la portée et l'efficacité de l'arbitrage, en effet, le rôle du système judiciaire et sa capacité à les faire respecter, en général, et à accueillir la sentence arbitrale, en particulier, sont autant de critères pris en considération par l'investisseur lui garantissant une protection effective et tangible de son capital, ceci d'une part,

D'autre part, il est illusoire de penser que la prolifération de textes juridiques suffit à attirer l'investissement, d'autres critères doivent être assurés pour inciter les sociétés étrangères à investir et qui sont d'égale importance pour garantir un environnement socio-économique propice pour mettre en pratique les textes promulgués.

Il convient à ce titre de relever l'influence allouée :

- au système financier.
- à la qualité des infrastructures telles que les réseaux routiers, ferroviaires, les transports, les facilités portuaires.
- à la qualité de la main d'œuvre locale disponible et non pas sa surabondance à bon marché.
- à la taille du marché auquel accède l'investisseur après avoir investi ainsi que le taux de croissance qui doit absorber les produits fabriqués localement car ce qui intéresse l'investisseur c'est le marché Algérien et non pas l'exportation vers leurs pays d'origines qui connaissent déjà une surproduction.
- au droit du travail en général et aux droits sociaux en particulier, qu'il s'agisse de la retraite, des indemnités de chômage, de maintien de l'emploi, du poids des syndicats, des horaires de travail...
- à l'aspect sécuritaire qui doit être favorable aux affaires.
- à la corruption au niveau des administrations chargées du suivi des investissements et la bureaucratie qui provoque des lenteurs

et qui crée des problèmes bien plus qu'elle n'en résolve, à signaler que la prohibition de la corruption ne devait pas être à sens unique car nombreuses sont les sociétés qui recourent à ce procédé pour corrompre des élus et des membres influents dans les gouvernements et ce phénomène néfaste ne peut être combattu que par la transparence et l'accès à l'information concernant le processus d'investissement car il faut savoir que même les dispositions les plus élémentaires d'un contrat d'investissement ne sont pas rendues publiques et quand elles le sont c'est généralement après la signature du dit contrat.

Le manque de transparence encourage ainsi la corruption dans les deux sens au détriment des citoyens qui sont en droit d'avoir leur mot à dire sur l'opportunité d'un tel ou tel investissement surtout qu'ils sont les premiers à être touchés positivement ou négativement par le projet¹.

¹ Voir note de synthèse : Pleins feux sur les contrats d'investissements étrangers ; Quelle donne pour le développement durable ? Publiée par l'institut international pour l'environnement et le développement (IIED). N° 1, Septembre 2005.

Adde. B STERN : L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur privé. Rev arb. n°2, 2002. p 329. certains auteurs affirment, qu'étant d'ordre public, l'obligation d'information doit l'emporter sur l'obligation de confidentialité qui apparaît plutôt tournée vers la sauvegarde des intérêts des parties. Cf. JG BETTO, M HENRY, E KLEINMAN, P PINSOLLE : Nouvelles tendances de l'arbitrage international. RDAI/IBLJ, n° 3, 2006. p 377 s. B STERN : Un pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur. Rev arb, n° 1, 2007. p 42.