

**LA PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER
AU MAGHREB (ALGÉRIE, MAROC, TUNISIE)**

**DOCTORANT Othmane Mohammed Aissam
BENAISSA**

**SOUS LA DIRECTION DU PROFESSEUR BEKENICHE
othmane**

Première partie : La protection de l'investissement étranger en droit interne

Pour satisfaire les exigences de protection que manifestent les investisseurs étrangers, les Etats du Maghreb ont édicté des lois spécifiques relatives à l'investissement.

Ces lois visent aussi bien l'investissement interne qu'international, avec des dispositions applicables seulement à l'un ou à l'autre¹.

Le rapport Doing Business 2008 de la Banque Mondiale, classe l'Algérie en tête des pays de la région dans la protection des investissements, suivi de la Tunisie et du Maroc².

Quel serait donc l'investissement protégé, et quel est l'objet de la protection et ses instruments à travers les législations nationales.

I. L'investissement protégé

Les pays du Maghreb adoptent deux attitudes différentes dans leurs définitions de l'investissement protégé³.

Celle du législateur tunisien qui fixe une liste de secteurs pouvant prétendre aux incitations et donc à la protection de la loi relative aux investissements⁴.

Cette méthode est dite synthétique où un large pouvoir d'appréciation est laissé aux autorités compétentes pour déterminer si telle ou telle opération peut être considérée comme investissement⁵.

Et celle du législateur algérien qui définit l'investissement protégé comme étant :

« 1. Les acquisitions d'actifs entrant dans le cadre de création d'activités nouvelles, d'extension de capacités de production, de réhabilitation ou de restructuration.

2. La participation dans le capital d'une entreprise sous forme d'apports en numéraires ou en nature

1 _ Ordonnance relative au développement de l'investissement du 20 août 2001 (Algérie), Charte relative à l'investissement du 3 octobre 1995 (Maroc), et code d'incitation aux investissements du 27 décembre 1993 (Tunisie)

2 _ L'Algérie est classé 64e dans le monde avec un indice de protection de 5.3, la Tunisie est classé 147e avec un indice de 3.3 et le Maroc est classé 158e avec un indice de 3.0. (Plus l'indice est élevé, plus le degré de protection est important).
V. www.doingbusiness.org

3 _ La charte marocaine relative à l'investissement ne donne aucune définition de l'investissement.

4 _ L'article 1e du code tunisien d'incitations aux investissements prévoit que « Le présent code fixe le régime de la création de projets et d'incitation aux investissements réalisés en Tunisie par des promoteurs tunisiens ou étrangers, résidents ou non résidents, ou en partenariat (...), dans les activités relevant des secteurs suivants (...) »

5 _ LEBOULANGER (Ph), Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Economica, Paris, 1985.

3. Les reprises d'activités dans le cadre d'une privatisation partielle ou totale.¹»

Cette méthode est dite analytique, c'est-à-dire qu'elle consiste en une énumération détaillée des droits, des biens et services constitutifs de l'investissement².

II. L'objet de la protection

En droit interne la protection porte certes sur l'investissement, elle n'en est pas pour autant restreinte à la protection du droit de propriété et de la liberté de transfert.

Les autres garanties ne peuvent être actionnées, à notre avis, que par le biais du droit conventionnel.

1) La protection du droit de propriété

Le droit de propriété est garanti et protégé par le droit interne maghrébin. Ceci n'empêche, que des restrictions peuvent lui être apportées, notamment l'expropriation pour cause d'utilité publique.

A. Le principe

Le droit de propriété a été érigé en un droit constitutionnel par les Etats du Maghreb. Les constitutions des différents pays énoncent le principe de la protection et précisent les limites auxquelles il peut être sujet.

C'est dans ce sens que la constitution tunisienne prévoit que « Le droit de propriété est garanti. Il est exercé dans les limites prévues par la loi.³»

Les constitutions algérienne et marocaine semblent plus précises pour ce qui est des limites à l'exercice de ce droit. Elles ne se limitent pas à énoncer la protection.

L'expropriation, c'est-à-dire, l'atteinte la plus manifeste au droit de propriété est clairement visée. La protection contre les

1 _ Article 2 de l'ordonnance algérienne du 20 août 2001.

2 _ SARSAR (I), BETTAIEB (M.A), « L'investissement étranger au Maghreb : Unité ou pluralité », in Où va le droit des investissements : désordre normatif et recherche d'équilibre, Actes du Colloque de Tunis 3 et 4 mars 2006, Ed. Pedone, 2006, p.156.

3 _ Article 14 de la constitution tunisienne.

atteintes revêt donc une valeur constitutionnelle.¹

Mais cette protection constitutionnelle ne saurait être étendue aux investisseurs étrangers, et en l'absence d'une indication claire dans ce sens, on ne peut pas dire que la protection s'étend aussi bien aux nationaux qu'aux étrangers.

1- L'article 20 de la constitution algérienne prévoit que « L'expropriation ne peut intervenir que dans le cadre de la loi. Elle donne lieu à une indemnité préalable, juste et équitable. »

L'article 15 de la constitution marocaine prévoit que: « Le droit de propriété et la liberté d'entreprendre demeurent garantis. La loi peut en limiter l'étendue et l'exercice si les exigences du développement économique et social de la Nation en dictent la nécessité.

Il ne peut être procédé à l'expropriation que dans les cas et les formes prévus par la loi. »

Il n'existe pas une disposition qui, à l'instar du cinquième amendement de la constitution américaine, protège les biens privés des américains et les biens des étrangers¹

Outre la protection par le biais de la constitution, certaines lois maghrébines relatives à l'investissement prennent le soin de préciser que les investissements réalisés dans leur cadre sont protégés ; c'est le cas de la loi algérienne relative au développement de l'investissement qui précise dans son article 4 que les investissements « (...) bénéficient de plein droit de la protection et des garanties prévues par les lois et règlements en vigueur (...) »

B. L'exception au principe : L'expropriation

L'expropriation s'entend de la mesure coercitive d'appropriation par l'Etat d'une propriété privée, généralement par voie d'une mesure individuelle².

Il en va sans dire que si un bien doit devenir le bien de la collectivité, la dépossession doit s'opérer avec une juste et préalable indemnisation en contre partie de la privation du droit.

Les pays objet de notre étude, réglementent l'expropriation et font d'elle une mesure exceptionnelle qui ne peut donc intervenir que dans certaines situations, au profit de l'Etat ou l'un de ses démembrements et moyennant une juste indemnisation.

a. L'expropriation : une mesure exceptionnelle

L'expropriation doit rester une mesure exceptionnelle. Elle ne doit être pratiquée que dans le respect de la loi et que comme solution ultime³.

1 _ Amendment 5: Trial and Punishment, Compensation for Takings.

“ No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

2 - SACERDOTI (G), “Bilateral treaties and multilateral instrument on investment protection”, R.C.A.D.I., 1997, Tome 269, p.379

3 _ L'article 677 du code civil algérien dispose que « nul ne peut être privé de sa propriété que dans les cas et les conditions prévus par la loi. Toutefois, l'administration peut prononcer l'expropriation d'immeubles en tout ou partie ou de droits réels immobiliers pour cause d'utilité publique moyennant une indemnité juste et équitable »

L'article 2e de l'ordonnance algérienne n° 91-11 du 27 avril 1991, fixant les règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique est dans ce sens très explicite puisqu'il prévoit que l'expropriation ne peut intervenir que comme solution ultime : « L'expropriation pour cause d'utilité publique constitue un mode exceptionnel d'acquisition de biens ou de droits immobiliers. Elle n'intervient que lorsque le recours à tous les autres moyens, à abouti à un résultat négatif. »

b. bénéficiaires de la protection

La législation tunisienne prévoit que l'expropriation ne peut intervenir qu'au profit de l'Etat ou l'une de ses émanations.

L'article 1^e de la loi tunisienne n° 76-85 du 11 août 1976, portant refonte de la législation relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique prévoit que l'expropriation ne peut qu'être prononcée au profit de l'Etat, des conseils des gouvernorats ou des communes ou autres collectivités publiques, et que les établissements publics peuvent en bénéficier par l'intermédiaire de l'Etat qui lui cédera l'immeuble exproprié.

La loi marocaine semble aller plus loin puisque l'expropriation peut intervenir, outre au profit de l'Etat et les collectivités locales mais aussi au profit d'autres « personnes morales de droit public et privé ou aux personnes physiques auxquelles la puissance publique délègue ses droits en vue d'entreprendre des travaux ou opérations déclarés d'utilité publique.¹ »

La loi algérienne ne désigne pas la personne qui peut bénéficier de la protection, elle précise simplement qu' « *Elle n'est possible que pour la mise en œuvre d'opérations résultant de l'application des instruments réguliers d'urbanisme, d'aménagement du territoire et de planification concernant les réalisations d'équipements collectifs ou d'ouvrages d'intérêt général*² » or c'est l'Etat qui est responsable de la mise en œuvre de toute politique d'urbanisme et d'aménagement du territoire.

c. L'Indemnisation

Toutes les législations maghrébines prévoient une indemnisation de l'expropriation. Cette indemnisation doit être juste et équitable et couvrir le préjudice subi elle doit couvrir « l'intégralité du préjudice subi ».

Concernant la valeur de l'indemnisation, les lois précisent qu'elle sera fixée d'après la valeur réelle du bien exproprié telle

1- Article 3 de loi n° 7-81 publié par le Dahir du 06 mai 1982 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et à l'occupation temporaire.

2 _ Article 2 de loi n° 91-11 du 27 avril 1991.

qu'elle résulte de la consistance, l'usage et l'utilisation effective¹ et que cette appréciation se fasse au jour de l'évaluation»²

Il faut savoir qu'en droit international, la mesure d'expropriation peut être une mesure indirecte, elle n'est pas pour autant illégale³. Le droit interne ne traite que des expropriations stricto sensu. Les investisseurs qui s'estiment être lésés par un

1_ Article 20 de loi n° 7-81 publié par le Dahir du 06 mai 1982 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et à l'occupation temporaire.

« L'indemnité d'expropriation est fixée conformément aux règles ci-après :

1°)- elle ne doit indemniser que du dommage actuel et certain directement causé par l'expropriation; elle ne peut s'étendre à un dommage incertain, éventuel ou indirect ;

2°)- elle est fixée d'après la valeur de l'immeuble au jour de la décision prononçant l'expropriation sans qu'il puisse être tenu compte, pour la détermination de cette valeur, des constructions, plantations et améliorations faites, sans l'accord de l'expropriant, depuis la publication ou la notification de l'acte déclaratif d'utilité publique désignant les propriétés frappées d'expropriation ;

3°)- l'indemnité ainsi calculée ne peut dépasser la valeur de l'immeuble au jour de la publication de l'acte de cessibilité ou de la notification de l'acte déclaratif d'utilité publique désignant les propriétés frappées d'expropriation. Il n'est pas tenu compte dans la détermination de cette valeur des éléments de hausse spéculative qui se seraient manifestés depuis l'acte déclaratif d'utilité publique. Toutefois, dans le cas où l'expropriant n'a pas déposé, dans un délai de six mois à compter de la publication de l'acte de cessibilité ou de la notification de l'acte d'utilité publique désignant les immeubles frappés d'expropriation, la requête tendant à faire prononcer l'expropriation et fixer les indemnités ainsi celle demandant que soit ordonnée la prise de possession, la valeur que ne peut dépasser l'indemnité d'expropriation est celle de l'immeuble au jour où a lieu le dernier dépôt de l'une de ces requêtes au greffier du tribunal de première instance ;

4°)- le cas échéant, l'indemnité est modifiée en considération de la plus-value ou de la moins-value résultant pour la partie de l'immeuble non expropriée de l'annonce de l'ouvrage ou de l'opération projetée.

Chacun des éléments visés aux paragraphes 2°, 3° et 4° ci-dessus donne lieu à la fixation d'un chiffre ».

- Art. 21 de la loi algérienne n° 91-11 du 27 avril 1991 « Le montant des indemnités d'expropriation doit être juste et équitable. Il doit couvrir l'intégralité du préjudice causé par l'expropriation.

Il est fixé d'après la valeur réelle des biens, telle qu'elle résulte de leur nature ou consistance, et de leur utilisation effective par les propriétaires et autres titulaires de droits réels, ou par les commerçants industriels et artisans.

Cette valeur réelle est appréciée au jour où l'évaluation domaniale est effectuée.

Toutefois, il n'est pas tenu compte des améliorations de toute nature ou de toute transaction faite ou passée dans le but d'obtenir une indemnité plus élevée. »

2 _ Article 4 de la loi tunisienne du 11 août 1976 tel que modifié par la loi n° 2003-26 du 14 avril 2003, relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique : « L'indemnité d'expropriation est fixée d'après la valeur de l'immeuble appréciée selon sa consistance et l'usage effectif auquel il été affecté à la date de publication du décret d'expropriation et par comparaison avec les prix pratiqués à cette date pour des immeubles comparables situées dans la même zone »

3 _ Les tribunaux arbitraux ont fait une interprétation extensive de la mesure d'expropriation et ont considéré que la simple annonce par un Etat de l'adoption prochaine d'une loi qui allait limiter l'importation d'une substance chimique dont le demandeur, une entreprise américaine, était importateur et distributeur au Canada, pouvait être une mesure constitutive d'une expropriation indirecte. Le tribunal arbitral a déclaré que la simple annonce de l'adoption future de la mesure avait causé un dommage à la société demanderesse. Arbitration NAFTA/UNCITRAL, Ethyl Corp. v. The Government of Canada, Award on Jurisdiction, 24 juin 1998, International Legal Materials, Vol. 38, N° 3, 1999, p. 708 ss, § 66.

acte s'analysant comme une expropriation indirecte ou une mesure équivalente, pourront toujours agir sur le fondement de la responsabilité en saisissant les tribunaux étatiques compétents¹.

2) La Liberté de transfert des fonds

Les relations financières internationales sont plus ou moins réglementées dans tous les pays. Certains pays qui ont plus besoin de financements que d'autres, ont préféré adopter un système d'inconvertibilité de leur monnaie et un système de contrôle des changes, c'est le cas des pays du Maghreb.

Ce système ne peut que constituer un obstacle, voire une atteinte à l'investissement étranger qui ne sera plus protégé puisqu'il ne peut pas rapatrier son investissement.

Et c'est pour cette raison que « le droit interne maghrébin » accorde aux investissements internationaux la liberté de transfert de fonds².

Toutes les législations maghrébines reconnaissent ce droit. Ainsi, l'article 15 de la charte marocaine prévoit « (...) *la liberté de transfert des bénéfices et des capitaux pour les personnes qui réalisent des investissements en devises (...)* »

Il en est de même de la loi algérienne relative à l'investissement qui prévoit dans son article 31 que « *Les investissements réalisés à partir d'apports en capital, au moyen de devises librement convertibles, (...), bénéficient de la garantie de transfert (...)* »

De même, la loi tunisienne relative aux changes prévoit que « *Sont libres en vertu de la présente loi, les transferts relatifs aux paiements à destination de l'étranger : (...)* et ce concernant les investissements réalisés dans le cadre de la législation les régissant »

Cette liberté reste cependant sujette à conditions et contrôles de la part des autorités monétaires.

La condition exigée pour qu'un investissement puisse bénéficier de la liberté de transfert est qu'il soit réalisé à partir

1- Nous ne traitons ici que l'action sur le fondement du droit interne et les recours internes aussi.

2 _ Les lois algériennes et marocaines relatives à l'investissement consacrent des dispositions relatives au transfert de fonds. La loi tunisienne ne traite du transfert que dans le cadre d'une législation spécifique, le code des changes.

d'une importation de devises, et que cette importation soit dûment constaté par les autorités chargés du contrôle des changes¹.

Quant au contenu de cette liberté de transfert, il faut savoir qu'elle couvre le capital investi et les revenus qui en découlent. Elle couvre aussi les produits réels nets de la cession ou de la liquidation, même si ce montant est supérieur au capital initialement investi².

Paragraphe deuxième : Les instruments de la protection

Deux instruments paraissent les plus à même d'assurer la protection de l'investissement. Le gel du droit applicable à l'investissement qui garantit l'investisseur contre l'aléa législatif et la garantie de pouvoir régler les litiges par la voie de l'arbitrage, qui le protège contre « l'aléa judiciaire »

I. Le gel du droit applicable : protection contre « l'aléa législatif »

La stabilité juridique est le fait de « rendre inopposable à l'investisseur étranger les modifications ultérieures opérées unilatéralement par l'Etat d'accueil, des termes et des conditions à caractère spécifiques qui lui ont été consentis par cet Etat lors de la constitution de l'investissement ³»

1 _ Art. 31 de l'ordonnance algérienne de 2001 relative au développement de l'investissement « Les investissements réalisés à partir d'apports en capital, au moyen de devises librement convertibles, régulièrement cotées par la Banque d'Algérie et dont l'importation est dûment constatée par cette dernière, bénéficient de la garantie de transfert (...) »

Article 16 de la charte marocaine : « Les personnes physiques ou morales de nationalité étrangère, résidentes ou non, ainsi que les personnes physiques marocaines établies à l'étranger, qui réalisent au Maroc des investissements financés en devises, bénéficient pour lesdits investissements, sur le plan de la réglementation des changes, d'un régime de convertibilité (...) »

2 _ Article 31 de l'ordonnance algérienne de 2001 relative au développement de l'investissement - Article 16 de la charte marocaine : « Les personnes physiques ou morales de nationalité étrangère, résidentes ou non, ainsi que les personnes physiques marocaines établies à l'étranger, qui réalisent au Maroc des investissements financés en devises, bénéficient pour lesdits investissements, sur le plan de la réglementation des changes, d'un régime de convertibilité leur garantissant l'entière liberté pour:

- le transfert des bénéfices nets d'impôts sans limitation de montant ni de durée;
- le transfert du produit de cession ou de liquidation totale ou partielle de l'investissement, y compris les plus-values. »

- Article 1e de la loi n° 93-48 du 3 mai 1993 portant modification du code des changes et du commerce extérieur promulgué par la loi n° 76-18 du 21 janvier 1976 : « Sont libres en vertu de la présente loi, les transferts relatifs aux paiements à destination de l'étranger : au titre (...) du produit réel net de la cession ou la liquidation des capitaux investis au moyen d'une importation des devises même si ce produit est supérieur au capital initialement investi et ce concernant les investissements réalisés dans le cadre de la législation les régissant »

3 _ HORCHANI (F), L'investissement inter arabe, Recherche sur la contribution des conventions arabes multilatérales à la formation d'un droit régional des investissements, Tunis, CPU, 1992.

Les législations maghrébines, mis à part la législation algérienne qui prévoit le gel du droit applicable, semblent ne pas vouloir accorder cette protection qui reste dans la sphère contractuelle¹.

En effet, la loi algérienne relative au développement de l'investissement prévoit explicitement dans son article 15 que: « *Les révisions ou* reconnaître et rendre exécutoires les décisions arbitrales étrangères² avec seulement un contrôle de conformité à l'ordre public³.

Il est indéniable que le droit interne ne saurait, du fait qu'il est « la propriété » de l'Etat d'accueil, qui peut le défaire à n'importe quel moment, suffire à la protection de l'investissement étranger.

Son rôle reste surtout d'ordre psychologique et seule une protection par le droit international peut paraître efficace.

Deuxième partie : La protection internationale de l'investissement étranger

Toute politique en matière de protection des investissements ne peut pas se réaliser avec des instruments purement internes, elle doit d'abord « consister en la conclusion de conventions et traités relatifs à la promotion et à la protection des investissements »⁴.

Et c'est effectivement, comme politique de protection que les Etats du Maghreb ont tissé un dense réseau d'accords de promotion et de protection des investissements.

1_ SARSAR (I), BETTAIEB (M.A), L'investissement international au Maghreb : Unité ou pluralité, in ou va le droit des investissements, op. cit., p. 160.

2_ Pour les sentences arbitrales C.I.R.D.I ce n'est pas le même régime qui est applicable puisque ces sentences sont définitives et obligatoires pour l'Etat qui s'engage à les exécuter en conformité avec sa législation.

3_ L'article 327-46 du code de procédure civil marocain prévoit que « les sentences arbitrales internationales sont reconnues au Maroc si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public national ou international. »

- En Algérie l'article 458 bis du code de procédures civiles: prévoit que « Les sentences d'arbitrage international sont reconnues en Algérie si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public international.

(...) elles sont déclarées exécutoires en Algérie par le président du tribunal dans le ressort duquel elles ont été rendues ou par le président du tribunal du lieu d'exécution si le siège du tribunal arbitral se trouve hors du territoire de la République. »

- En Tunisie, le code de l'arbitrage prévoit que « la sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, a l'autorité de la chose jugée prévue à l'article 32 du présent code. Elle est exécutée sur requête écrite adressée à la Cour d'Appel de Tunis (...) »

4_ SCHOKKAERT (J), « Protection contractuelle par les Etats des investissements privés effectués sur leur territoire », DPCI, Tome 6, n°1, 1980, p.30.

Le Maroc compte à son actif plus de 60 traités bilatéraux¹, La Tunisie une cinquantaine² et l'Algérie ayant conclu plus que 40 TBI³

Et cette politique continue d'être mise en œuvre puisque le Maroc et l'Algérie ont été répertoriés comme les plus actifs en Afrique pour la période 2006 - juin 2007 par la CNUCED, avec respectivement trois et deux nouveaux accords de promotion et de protection des investissements⁴.

S'ajoute à cela un réseau d'accords de libre échange, notamment avec l'Association Européenne de libre échange⁵ et avec certains pays arabes dans le cadre de l'accord d'Agadir⁶, et, concernant le Maroc avec les Etats Unis d'Amérique⁷ et d'accords d'association avec l'Union européenne⁸.

Concrètement, nous pouvons axer cette politique de protection autour de deux grands thèmes. Celui d'une définition large de l'investissement et d'une protection contre des risques majeurs comme celui de guerre ou d'expropriation et celui de ne pouvoir rapatrier les bénéficiaires.

Paragraphe premier : L'investissement et les risques protégés

Comme nous l'avons souligné plus haut, chaque Etat a sa propre définition de l'investissement protégé et chaque ordre interne a sa propre définition de l'investissement international⁹.

1 _ Voir le site de la direction des investissements du Maroc in <http://www.invest.gov.ma/>

2 _ Pour une liste de ces accords voir le site de l'Agence de Promotion de l'Investissement Extérieur in http://www.investintunisia.tn/site/fr/article.php?id_article=187

3 _ Pour une liste détaillée, voir le site de l'Agence Nationale pour le Développement de l'Investissement : <http://www.andi.dz/convention/convention.htm>

4 _ "Recent developments in international investment agreements (2006 – June 2007)", UNCTAD, IIA Monitor, n° 3, (2007), p.3.

Selon le même rapport, le Maroc a renégocié pendant la même période 12 accords.

5 _ Accord de libre échange avec la Tunisie du 17 décembre 2004, avec le Maroc (19 juin 1997). L'Algérie négocie encore un accord avec l'AELE.

Pour le texte des accords : <http://secretariat.efta.int>

6 Font partie de l'Accord d'Agadir du 24 février 2004 instituant une zone de libre échange arabe : le Maroc, la Jordanie, la Tunisie, et l'Egypte.

7 _ Accord de libre échange Maroc – Etats unis d'Amérique du 15 juin 2004.

8 _ L'accord d'Association est en vigueur avec la Tunisie à partir du 1er mars 1998, avec le Maroc, le 1er mars 2000 et avec l'Algérie le 1er septembre 2005.

9 _ JUILIARD (P), « Chronique de droit international économique », Annuaire Français de Droit International, XXX, 1984, p.773.

C'est que les intérêts des uns et des autres ne sont pas les mêmes et on ne peut pas espérer une unité de définitions nationales.

Même l'instrument conventionnel est quasi impuissant à proposer une définition unique de l'investissement¹.

Ceci dit, une certaine tendance se développe. Celle de la pratique du CIRDI, mais aussi celle de la pratique des négociateurs de traités bilatéraux d'investissements.

Les traités conclus par les pays magrébins avec d'autres Etats n'échappent pas à cette tendance et il est possible de proposer une définition de l'investissement telle qu'elle ressort des instruments conventionnels.

La définition que l'on retrouve dans la majorité des traités bilatéraux est large, elle englobe toutes les catégories d'avoirs et donne une liste indicative, en précisant que la modification de la forme sous laquelle les avoirs sont investis ou réinvestis n'affecte pas leur caractère d'investissement².

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. »

Par contre, en droit tunisien aucune disposition explicite dans ce sens n'est prévue. Il existe seulement une garantie implicite applicable en matière fiscale, celle de ne pas voir certains avantages modifiés pour une certaine durée.

1 _ Les conventions proposent des définitions différentes, et la convention C.I.R.D.I n'a pas défini l'investissement, laissant le soin de la définition aux traités bilatéraux et à leurs interprétants que sont les arbitres.

2 _ Accord de promotion et de protection des investissements entre le Maroc et la France du 13 janvier 1996,

L'accord bilatéral entre la Suisse et l'Algérie du 30 novembre 2004 prévoit que « (...) Le terme «investissements» englobe toutes les catégories d'avoirs et en particulier:

(a) la propriété de biens meubles et immeubles, ainsi que tous les autres droits réels, tels que les hypothèques et autres gages immobiliers et mobiliers, les servitudes, les usufruits, ainsi que les droits analogues;

(b) les actions, parts sociales et autres formes de participation dans des sociétés;

(c) les créances monétaires et droits à toute prestation ayant valeur économique;

(d) les droits de propriété intellectuelle et industrielle (tels que droits d'auteur, brevets d'invention, dessins, modèles et maquettes industriels, marques déposées, noms commerciaux, indications de provenance), les procédés techniques, le savoir-faire et la clientèle;

(e) les concessions, y compris les concessions de prospection, d'extraction ou d'exploitation de ressources naturelles, ainsi que tout autre droit conféré par la loi, par contrat ou par décision de l'autorité compétente en application de la loi.

La modification de la forme sous laquelle les avoirs sont investis ou réinvestis n'affecte pas leur caractère d'investissement. »

Ainsi, l'article 12 du code d'incitation aux investissements prévoit que la déduction de l'assiette de l'impôt sur les revenus des personnes physiques et l'impôt sur les sociétés, de la totalité des revenus provenant de l'exportation et ce pendant une durée de 10 ans, à partir de la première opération d'exportation »¹

1 _ Dans les précédents codes, les dispositions relatives à la stabilisation fiscale étaient plus explicites et plus longues dans la durée accordée. L'article 15 du code de 1969 permettait au gouvernement tunisien d'accorder à tout investisseur « un régime fiscal exceptionnel de longue durée, garantissant la stabilité des impôts pour une période n'excédant pas 20 ans »

La stabilité du statut était accompagnée d'une garantie importante, celle en vertu de laquelle les modifications apportées à la loi, ne pourront imposer aux investissements agréés des conditions moins avantageuses

II. L'arbitrage international : protection contre « l'aléa judiciaire »

La possibilité du recours à l'arbitrage pour les différends qui pourraient naître à l'occasion d'un investissement est une protection nécessaire pour les investisseurs étrangers.

Ainsi, les législateurs maghrébins ont reconnu ce droit aux investisseurs étrangers (et ne l'ont pas reconnu à l'investisseur national).

Le principe étant toujours que ce sont les tribunaux nationaux qui sont compétents pour tout différend entre l'investisseur étranger et l'Etat, sauf si une convention entre le pays de nationalité et le pays de l'accueil prévoit le recours à un autre mode de règlement, ou si un accord spécifique existe¹.

A notre avis, cette protection n'est pas suffisante puisque les investisseurs ressortissants de pays ayant conclu une convention de promotion et de protection des investissements seront couverts par les dispositions relatives à l'arbitrage (généralement CIRDI), et que les investisseurs issus de pays qui n'ont pas de conventions bilatérales avec l'Etat d'accueil, ne pourront pas régler leur différends par la voie de l'arbitrage sauf si l'Etat y consent².

La protection de l'investissement international peut aussi se réaliser à travers la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères. En effet, aucune protection ne saurait être suffisante, si l'exécution forcée ne peut être obtenue³ et c'est dans ce sens que les législations maghrébines relatives à l'arbitrage ont prévu le recours aux tribunaux étatiques pour faire .

1 _ La loi algérienne relative à l'investissement prévoit dans son article 17 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 ou multilatérales 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. »

- Le code tunisien d'incitation aux investissements prévoit dans son article 67 que « Les tribunaux tunisiens sont compétents pour connaître de tout différend entre l'investisseur étranger et l'Etat tunisien sauf accord prévu par une clause compromissoire ou permettant à l'une des parties de recourir à l'arbitrage selon des procédures d'arbitrage ad hoc ou en application des procédures de conciliation ou d'arbitrage prévues par l'une des conventions suivantes ... »

- La charte marocaine ne traite du recours à l'arbitrage que comme possibilité contractuelle son article 17 prévoit que « Les contrats visés ci-dessus peuvent comporter des clauses stipulant qu'il sera procédé au règlement de tout différend afférent à l'investissement, pouvant naître entre l'Etat marocain et l'investisseur étranger, conformément aux conventions internationales ratifiées par le Maroc en matière d'arbitrage international. »

2 _ Le consentement peut être accordé à travers une clause compromissoire, si l'investissement a été réalisé sur la base d'un contrat. Ou sur la base d'un compromis, après la survenance du litige.

3 _ Seules les juges nationaux peuvent rendre une décision revêtue de la force exécutoire.

D'autres traités vont plus loin en incluant dans la définition tout élément d'actif et tout apport direct ou indirect investi par des investisseurs¹.

Ces traités et qu'elle que soit la définition de l'investissement qu'ils énoncent, protègent l'investisseur contre trois risques essentiels. Celui de se voir exproprié, celui de ne pouvoir rapatrier son investissement et celui de se voir déposséder pour cause de guerre ou autre soulèvement.

I. La protection contre les risques de guerres et autres

Les accords de promotion et de protection des investissements et les accords de libre échanges² conclus par les pays du Maghreb prévoient la protection contre les pertes dues à la guerre ou à d'autres formes de conflits armés, révolutions, état d'urgence national ou révolte survenu sur le territoire du lieu de l'investissement³.

1 _ Traité bilatéral Maroc - Chine du 27 mars 1995 «Le terme "Investissement" désigne tout élément d'actif et tout apport direct ou indirect investi par des investisseurs de l'une des Parties Contractantes sur le territoire de l'autre Partie Contractante conformément aux lois et règlements de cette dernière, notamment mais pas exclusivement:

- a) les biens mobiliers et immobiliers ainsi que tous autres droits réels tels qu'hypothèques et gages, sûretés réelles, usufruit et droits similaires;
- b) les actions, valeurs et toutes autres formes de participation dans des entreprises;
- c) les créances monétaires, et droits et toutes autres prestations ayant une valeur économique;
- d) les droits d'auteur, marques, brevets, noms commerciaux et tout autre droit de propriété industrielle, savoir faire et procédés techniques;
- e) les concessions de droit public conférées par la loi, y compris les concessions de recherche ou d'exploitation des ressources naturelles.

Aucune modification de la forme juridique dans laquelle les avoirs et capitaux ont été investis ou réinvestis n'affecte leur caractère d'investissement au sens du présent Accord. »

- Traité de promotion et de protection des investissements entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République algérienne démocratique populaire du 24 avril 1991.

« Le terme "investissements" désigne tout élément d'actif quelconque et tout apport direct ou indirect en numéraire, en nature ou en services, investi ou réinvesti dans tout secteur d'activité économique, quel qu'il soit. (...)»

2 _ Accord de libre échange Maroc – Etats Unies d'Amérique prévoit dans son article 10-5 relatif aux normes minimales de traitement que « chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie, et aux investissements couverts, un traitement non discriminatoire quant aux mesures qu'elle adoptera ou maintiendra concernant les pertes subies, à cause d'un conflit armé ou d'une guerre civile, par des investissements effectués sur son territoire. »

3 - L'article 4 de l'accord de promotion et de protection des investissements entre la Tunisie et le Portugal du 11 mai 1992 prévoit que « Pour les ressortissants d'une Partie contractante, dont les investissements sur le territoire de l'autre Partie contractante subissent des dommages pour cause de guerre ou autres conflits armés, révolutions, états d'urgence national, révolte, insurrection, émeute ou effets similaires se produisant sur le territoire de cette autre Partie contractante, le traitement accordé par cette dernière, en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation, la compensation, ou tout autre forme de règlement, ne sera pas moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres ressortissants ou aux ressortissants de tout Etat tiers, en cas de décision du Gouvernement d'indemniser ses propres ressortissants »

Dans ce domaine, l'Etat d'accueil s'engage à accorder aux investisseurs un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux ou sociétés ou à ceux de la nation la plus favorisée.

II. La protection contre l'expropriation

La doctrine internationale fait traditionnellement une distinction entre deux grandes catégories d'expropriation. L'expropriation directe, qui implique la prise de biens, par des moyens directs, y compris la perte de tous, ou presque tous le contrôle sur la propriété et l'expropriation indirecte, c'est-à-dire lorsque l'Etat territorial prend des mesures qui privent le propriétaire des avantages substantiels du bien sans formellement le lui exproprier¹.

Ainsi toute mesure prise à des fins réglementaires mais qui a un impact sur la valeur économique de l'investissement peut être considérée comme une expropriation².

Il n'est pas contestable que les accords de promotion et de protection des investissements ainsi que les accords de libres échanges³ conclus par les pays du Maghreb protègent l'investissement international contre les actes d'expropriation directe mais aussi les actes et les mesures d'expropriation indirecte⁴.

Il faut dire que la substance même de la protection de l'investissement réside dans cette garantie et que comme l'a remarqué M. Sébastien MANCIAUX « les traités ne rempliraient pas leur fonction protectrice prévues en cas d'expropriation,

1 _ Dans l'affaire Consortium RFCC contre le Maroc, le Tribunal arbitral a déclaré qu'il faut être en présence « d'une mesure prise dans l'exercice des prérogatives de puissances publiques » pour que la mesure puisse être qualifiée d'expropriation. Sentence CIRDI du 22/12/2003 (ARB/00/6).

2 _ La mesure doit cependant porter atteinte à l'investisseur allant jusqu'à le déposséder ou du moins qu'il y ait une atteinte excessive.

La mesure ne sera pas considérée comme équivalente à une expropriation si elle a été prise dans l'intérêt prééminent de l'Etat d'accueil ou au titre d'une obligation internationale de l'Etat. V. NOUVEL (Y), « Les mesures équivalentes à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », R.G.D.I.P, 2002, pp79 et s.

3 _ Article 10.6 de l'accord de libre échange Maroc - Etats Unis d'Amérique

« Aucune des deux Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement couvert, par le biais de mesures équivalentes à l'expropriation ou à la nationalisation (« expropriation »), sauf : (...) »

4 _ Traité de promotion et de protection des investissements entre le Maroc et les Etats Unis du 22 juillet 1985.

"Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization (expropriation) except: for public purpose; in a non discriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and in accordance with due process of law and the general principles of treatment"

pouvaient être tournés par l'édition de mesures identiques dans leur effets mais différentes de par leur forme »¹

Même les actes qui portent atteinte à l'investissement dans sa substance sont considérés par le droit international comme étant une mesure équivalente à une expropriation.

Il faudrait relever tout de même que les clauses d'interdiction de l'expropriation posent seulement le principe de l'interdiction mais ne définissent pas ces termes et n'établissent pas de critères pour déterminer si une situation particulière constitue ou non une expropriation ou une mesure pouvant être considérée comme telle². Fort heureusement, la pratique arbitrale a permis d'éclaircir ce flou³.

Les arbitres C.I.R.D.I avaient déclaré que pour que les mesures prises par l'Etat soient qualifiées d'expropriation, il faut qu'il y ait eu « *mesure prise dans l'exercice des prérogative de puissance publique* »⁴.

Dans d'autres affaires, les arbitres du C.I.R.D.I avaient déclaré que même si les mesures prises par l'Etat ne constituent pas à proprement parler un acte réglementaire, mais une simple interférence de la part de l'Etat dans les droits de l'entreprise étrangère et qui a pour effet de priver le propriétaire, totalement ou partiellement de sa propriété, c'est tout de même des mesures d'expropriation qui méritent indemnisation⁵.

1 _ MANCIAUX (S), « Les mesures équivalentes à une expropriation dans l'arbitrage international relatif aux investissements », in Actes du colloque « où va le droit des investissements », op., cit, p.74.

2 _ Investor state disputes settlement and impact on investment rule making, CNUCED 2007, p. 66.

3 _ « Les mesures que prennent les États, à première vue, une prérogative légitime des gouvernements, peuvent affecter considérablement les intérêts étrangers sans équivaloir à une expropriation. C'est ainsi que les avoirs étrangers et leur utilisation peuvent faire l'objet d'impositions, de restrictions commerciales impliquant des licences et des quotas, ou de mesures de dévaluation. Bien que des faits particuliers puissent modifier la situation, en principe, ce type de mesures n'est pas illégal et ne constitue pas une expropriation. » V. Brownlie (I), Public International Law, Oxford University Press, 6ème édition, 2003, page 509.

4 _ Sentence arbitrale rendue le 22 décembre 2003 dans l'affaire Consortium R.F.C.C c./ Maroc (ARB/00/6), www.worldbank.org/icsid

5 _ Sentence C.I.R.D.I dans l'affaire ARB (AF)/97/1, Metalclad Corporation c/ Mexique. Il s'agissait d'un refus sans justification des autorités locales de la province de Guadalcázar au Mexique d'accorder à la société Metalclad un permis de construire pour l'implantation d'une décharge, ce qui entraînait la totale impossibilité d'opérer et de tirer profit de l'investissement.

« ...expropriation under NAFTA includes (...) also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host state. »

Traité de promotion et de protection des investissements entre le Maroc et la France du 13 janvier 1996.

Indépendamment de la question de la légalité de l'expropriation, il ne faut pas qu'elle soit discriminatoire et être accompagnée d'une indemnisation prompte et effective¹. D'ailleurs, les accords maghrébins relatifs à l'investissement indiquent la façon et les modalités de calcul de cette indemnité et les moyens de son transfert.

III. La protection de la liberté de transfert

La protection de la liberté de transfert pour les investisseurs étrangers est un droit aussi bien accordé par le droit interne que par le droit international.

Les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements² mais aussi les accords de libre échange³ conclus par les pays maghrébins accordent cette protection mais avec des

1 _ L'article 4 du T.B.I entre l'Algérie et l'union économique Belgo - luxembourgeoise du 24 avril 1991 prévoit que « Chacune des Parties contractantes s'engage à ne prendre aucune mesure d'expropriation ou de nationalisation ni aucune autre mesure dont l'effet est de déposséder directement ou indirectement les investisseurs de l'autre Partie contractante des investissements qui leur appartiennent sur son territoire.

6.- Si des impératifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national justifient une dérogation au paragraphe 1er, les conditions suivantes doivent être remplies : (...)

Elles sont assorties de dispositions prévoyant le paiement d'une indemnité adéquate et effective. »

2 _ Traité de promotion et de protection des investissements entre l'Algérie et le royaume de Belgique du 24 avril 1991. (pas encore entré en application)

« 1. Chaque Partie contractante, sur le territoire de laquelle des investissements ont été effectués par des investisseurs de l'autre Partie contractante, accorde à ces investisseurs le libre transfert de leurs avoirs liquides et notamment :

- a) des revenus des <investissements> y compris les bénéfices, intérêts, revenus de capital, dividendes, royalties;
- b) des sommes nécessaires au remboursement d'emprunts régulièrement contractés;
- c) du produit des recouvrements de créances, de la liquidation totale ou partielle des investissements, en incluant les plus-values ou augmentations du capital investi;
- d) des indemnités payées en exécution de l'article 4;
- e) des redevances et autres paiements découlant des droits de licence et de l'assistance commerciale, administrative ou technique.

2. Les nationaux de chacune des Parties contractantes autorisés à travailler au titre d'un investissement agréé sur le territoire de l'autre Partie contractante, sont également autorisés à transférer dans leur pays d'origine une quotité appropriée de leur rémunération.

3. Les transferts visés aux paragraphes 1er et 2 sont effectués aux taux de change applicable à la date de ceux-ci et en vertu de la réglementation des changes en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel l'investissement a été effectué.

4. Chacune des Parties contractantes délivrera les autorisations nécessaires pour assurer sans délai l'exécution des transferts et ce sans autres charges que les taxes et frais usuels.

Les garanties prévues par le présent article sont au moins égales à celles accordées en des cas analogues aux investisseurs de la nation la plus favorisée. »

3 _ L'article 10.7 de l'accord de libre échange Maroc – Etats Unies d'Amérique prévoit que « Chacune des Parties permettra que soient effectués librement et sans retard tous les transferts relatifs à un investissement couvert, à destination ou en provenance de son territoire (...). »

modalités qui se trouvent être parfois très différentes, essentiellement sur la question des délais de transfert¹.

Ainsi, certains accords précisent que le transfert doit pouvoir être effectué sans délais, d'autres précisent que ce délai doit être raisonnable laissant la possibilité à l'Etat de ne pas autoriser le transfert à n'importe quel moment². D'autres précisent un délai maximum pour que le transfert soit autorisé³.

Il arrive aussi qu'aucune précision concernant les délais de transfert ne soit mentionnée⁴.

Hormis la question des délais de transfert, les accords peuvent préciser que le transfert devra être accordé dans une monnaie librement convertible et donnent généralement une liste indicative des sommes pouvant être transférées⁵.

1 _ Selon la capacité de négociations et « l'offre d'apports de capitaux » et l'intérêt du pays, que les termes et donc les droits et les modalités différeront.

2 _ Article 5 de l'accord de promotion et de protection des investissements entre la Hongrie et le Maroc du 12 décembre 1991 : « 1. Chacune des Parties Contractantes garantit aux investisseurs de l'autre Partie Contractante, sans délai injustifié, et en tout cas dans un délai normalement nécessaire pour accomplir les formalités administratives, le transfert en monnaie convertible de leurs avoirs liquides relatifs à un investissement, (...) »

3 _ T.B.I Maroc – Suède du 26 septembre 1990 « (...) chaque partie devra permettre le transfert dans toute monnaie convertible et sans délais injustifié mais en tout état de cause dans un laps de temps ne dépassant pas deux mois à compter de la présentation de la demande de transfert »

4 _ TBI Maroc Chine du 27 mars 1995/ TBI Tunisie – Corée du 28 mai 1976/...

5 _ Les montants pouvant être transférés peuvent être très différents d'un accord à l'autre.

Le TBI Algérie Suisse du 30 novembre 2004 prévoit que « (1) Chacune des Parties Contractantes sur le territoire de laquelle des investisseurs de l'autre Partie Contractante ont effectué des investissements accordera à ces investisseurs le transfert sans délai et dans une monnaie librement convertible des montants afférents à ces investissements, notamment:

- (a) des revenus;
- (b) des paiements liés aux emprunts ou autres obligations contractés pour ces investissements;
- (c) du produit de la vente ou de la liquidation partielle ou totale des investissements, y compris la plus-value éventuelle;
- (d) des redevances et autres paiements découlant des droits énumérés à l'art. 1, al. (2), let. (c), (d) et (e), du présent Accord;

(e) des montants nécessaires au maintien ou au développement des investissements.

(2) Les transferts seront effectués au taux de change applicable à la date du transfert, conformément à la réglementation des changes en vigueur de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué.

(3) Pour prévenir toute équivoque, il est confirmé que le droit d'un investisseur de transférer librement les montants afférents à son investissement ne le dispense pas de l'acquittement de ses obligations fiscales. »

- L'article 10.7 de l'accord de libre échange Maroc – Etats Unies prévoit que:

« Chacune des Parties permettra que soient effectués librement et sans retard tous les transferts relatifs à un investissement couvert, à destination ou en provenance de son territoire. Ces transferts comprennent :

- a) les apports en capital ;
- b) les bénéfices, les dividendes, les plus-values et le produit de la vente de la totalité ou d'une partie de l'investissement couvert, ou le produit de la liquidation partielle ou totale de l'investissement couvert;
- c) les intérêts, les paiements de redevances, les frais de gestion, d'assistance technique et autres frais ;

Le droit à une protection étant ainsi reconnu par le droit conventionnel, il faudrait aussi disposer d'instruments de protection nécessaires et efficaces.

Paragraphe deuxième : Les instruments de la protection

Les deux instruments qui paraissent à même d'assurer une réelle protection sont, la possibilité de recours à l'arbitrage international en cas de différends et la transparence de la loi, et en tout cas les garanties contre un revirement comportementale de la part de l'Etat d'accueil.

I. L'arbitrage international

L'adhésion des Etats du Maghreb aux conventions internationales relatives à l'arbitrage¹, constitue la meilleure preuve d'une protection effective.

Le consentement préalable à la compétence du Centre Internationale de Règlement des Différends relatifs aux Investissements en est une preuve supplémentaire et une garantie de poids et c'est en toute logique (le sens de la politique d'attraction) que les accords portant sur l'investissement des Etats du Maghreb consacrent le consentement anticipé de l'Etat à l'arbitrage CIRDI.

Ceci dit, différentes formules sont adoptées pour prévoir le recours à l'arbitrage international et on ne peut pas parler d'une clause de style ou d'un traité type².

d) les paiements effectués en vertu d'un contrat, y compris ceux relevant d'un Accord de prêt ;

e) les paiements effectués en vertu des Articles 10.5.4 et 10.5.5 et de l'Article 10.6 ; et

f) les paiements résultant d'un différend. »

1 _ Concernant la ratification de la convention de New York relative à la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales étrangères :

Algérie : 05/11/1988 (la convention a été signé le 10/06/1958, mais l'adhésion n'a eu lieu que 30ans après)

Maroc : 07/06/1959

Tunisie : 10/04/1976

Pour l'entrée en vigueur de la convention de Washington :

Algérie : 22 mars 1996

Maroc : 10 juin 1967

Tunisie : 14 oct. 1966

Le traité bilatéral entre le Maroc et la France du 13 janvier 1996 prévoit par exemple que « Tout différend relatif aux investissements entre l'une des parties contractantes et un investisseur de l'autre partie contractante est, autant que possible, réglé à l'amiable entre les deux parties concernées.

Si un tel différends n'a pas pu être réglé dans un délai de 6 mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des parties au différends, il est soumis à la demande de l'investisseur, soit à la juridiction compétente de la partie

Quant à la clause admettant le consentement anticipé au C.I.R.D.I elle est quasi identique dans son contenu dans les accords des trois pays.¹

contractante impliquée dans le différends, soit à l'arbitrage du Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements ... »

L'accord de libre échange entre le Maroc et les Etats Unies d'Amérique prévoit dans son article 10-6 que

« Chacune des Parties consent à ce qu'une plainte soit soumise à l'arbitrage en vertu de cette Section du présent accord.

2. Le consentement donné en vertu du paragraphe 1 et la soumission d'une plainte à l'arbitrage au titre de cette section devront satisfaire à la nécessité :

a) d'un consentement écrit des Parties au différend aux termes du Chapitre II de la Convention C.I.R.D.I (Compétence du Centre) et du Règlement du mécanisme supplémentaire du C.I.R.D.I ; et

b) d'un « accord écrit » aux termes de l'Article II de la Convention de New York »

1 _ La clause prend souvent la formule suivante :

« 1. Tout différend relatif aux investissements entre une Partie Contractante et un investisseur de l'autre Partie Contractante sera réglé autant que possible à l'amiable par consultations et négociations entre les parties au différend.

2. A défaut de règlement à l'amiable par arrangement direct entre les parties au différend dans un délai de six mois à compter de la date de sa notification écrite, le différend est soumis au choix de l'investisseur:

a- Soit au tribunal compétent de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué;

b- soit pour arbitrage au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I), créé 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.

A cette fin, chacune des Parties Contractantes donne son consentement irrévocable à ce que tout différend relatif au montant de la compensation inhérente à l'expropriation soit soumis à cette procédure d'arbitrage. Les autres différends seront soumis à cette procédure avec le consentement des deux Parties.

3. Aucune des Parties Contractantes, partie à un différend, ne peut soulever d'objection, à aucun stade de la procédure d'arbitrage ou de l'exécution d'une sentence arbitrale, du fait que l'investisseur, partie adverse au différend, ait perçu une indemnité couvrant tout ou partie de ses pertes en vertu d'une police d'assurance.

4. Le Tribunal arbitral statuera sur la base du droit national de la Partie Contractante, partie au différend, sur le territoire de laquelle l'investissement est situé, y compris les règles relatives aux conflits de lois, des dispositions du présent Accord, des termes des accords particuliers qui seraient conclus au sujet de l'investissement ainsi que des principes de droit international.

5. Les sentences arbitrales sont définitives et obligatoires pour les parties au différend. Chaque Partie Contractante s'engage à exécuter ces sentences en conformité avec sa législation nationale. »

Article 10 du TBI Maroc Chine du 27 mars 1995

L'article 8 du TBI Algérie - Suisse du 30 novembre 2004 : « (1) Les différends relatifs à des investissements entre une Partie Contractante et un investisseur de l'autre Partie Contractante seront réglés, autant que possible, par voie de consultations entre les parties concernées.

(2) Si ces consultations n'apportent pas de solution dans les six mois à compter de la date de la notification de la demande de les engager, l'investisseur pourra soumettre le différend soit aux juridictions compétentes de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué, soit à l'arbitrage international.

Dans ce dernier cas, l'investisseur aura le choix entre:

(a) un tribunal arbitral ad hoc qui, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement, sera constitué sur la base du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI);

ou

II. Une législation transparente

La question du droit applicable et de son éventuelle stabilisation n'est pas directement tranchée par les conventions internationales. Elle l'est généralement par le droit interne.

N'empêche que les éventuelles modifications à la législation applicable aux investissements peuvent être déclarées non conformes au droit international par le recours au standard minimum de protection au cas où un changement législatif s'avère discriminatoire ou injustifiée.

A ce propos il est clair que la rédaction des clauses traitant du standard minimum dans les accords internationaux traitants de l'investissement, (qui est par nature générale puisqu'il s'agit d'un standard minimum et par conséquent mouvant) peut constituer une solution et une protection très large. D'ailleurs il n'est pas rare que certains accords prennent le soin de préciser les contours de ce standard.¹

(b) le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), institué 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.

(3) Chaque Partie Contractante donne son consentement à la soumission de tout différend à une procédure d'arbitrage, conformément aux dispositions du présent article.

(4) La Partie Contractante qui est partie au différend ne pourra, à aucun moment de la procédure, exciper de son immunité ou du fait que l'investisseur a reçu, en vertu d'un contrat d'assurance, une indemnité couvrant tout ou partie du dommage ou delà perte subis.

(5) Aucune Partie Contractante ne poursuivra par la voie diplomatique un différend soumis à l'arbitrage international, à moins que l'autre Partie Contractante ne se conforme pas à la sentence arbitrale.

(6) La sentence arbitrale sera définitive et obligatoire pour les parties au différend; elle sera exécutée conformément à la législation nationale. »

1 _ Article 4 du TBI Suisse Algérie du 30 novembre 2004.

- L'article 10.5 de l'accord de libre échange entre le Maroc et les Etats Unies d'Amérique prévoit :

« Les investissements et revenus des investisseurs de chaque Partie Contractante se verront accorder en tout temps un traitement juste et équitable, et jouiront d'une protection et d'une sécurité pleines et entières sur le territoire de l'autre Partie Contractante. Aucune des Parties Contractantes n'entravera d'une quelconque manière, par des mesures injustifiées ou discriminatoires, le management, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, l'accroissement ni l'aliénation de tels investissements... »

1. Chacune des Parties accordera aux investissements couverts un traitement conforme au droit international coutumier, y compris un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.

2. Pour plus de certitude, le paragraphe 1 prescrit la norme minimale de traitement des étrangers, au sens du droit international coutumier comme étant la norme minimale de traitement à conférer aux investissements couverts. Les notions de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » n'exigent pas un traitement en sus ou au-delà de celui qu'exige ladite norme et ne créent pas de droits essentiels supplémentaires. L'obligation énoncée au paragraphe 1 de fournir :

Une législation qui s'avérera peu transparente, des changements fréquents dans la législation, des textes réglementaires qui n'ont pour autre objectif que de pénaliser l'investissement peuvent être autant de motifs pour un tribunal arbitral pour affirmer qu'il y a atteinte aux standards de protection.

« un traitement juste et équitable » inclut l'obligation de ne pas refuser le recours à la justice pour toute procédure judiciaire au niveau pénal, civil ou administratif conformément au principe de la primauté du droit incarné dans les principaux régimes juridiques du monde ; et

b) « protection et sécurité intégrales » exige que chacune des Parties assure le degré de protection policière requis en vertu du droit international coutumier.

3. Une décision judiciaire établissant le manquement à une autre disposition du présent Accord, ou d'un accord international séparé, n'établit pas qu'il y a eu violation des dispositions du présent Article.

4. Nonobstant l'Article 10.12.(5)(b), chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie, et aux investissements couverts, un traitement non discriminatoire quant aux mesures qu'elle adoptera ou maintiendra concernant les pertes subies, à cause d'un conflit armé ou d'une guerre civile, par des investissements effectués sur son territoire.

5. Nonobstant le paragraphe 4, dans l'éventualité où l'investisseur d'une Partie, dans les situations évoquées au paragraphe 4, subit un préjudice dans le territoire de l'autre Partie, lequel résulte :

a) de la réquisition de tout ou partie de son investissement couvert par la force publique ou les autorités de l'autre Partie ;

ou

de la destruction de tout ou partie de son investissement couvert par la force publique ou les autorités de l'autre Partie, ce que n'exigeaient pas les nécessités de la situation,

Cette dernière Partie restituera à l'investisseur son investissement ou lui offrira indemnisation, ou les deux, le cas échéant, pour ce préjudice. Toute indemnisation sera prompte, adéquate et effective conformément aux dispositions des Articles 10.6.(2) à 10.6 (4), mutatis mutandis.

6. Les dispositions du paragraphe 4 ne s'appliquent pas aux mesures existantes concernant les subventions ou les dons qui seraient incompatibles avec les dispositions de l'Article 10.3 si ce n'est de l'Article 10.12.5(b). »