

## Source du consentement à l'arbitrage CIRDI : de la convention d'arbitrage au traité bilatéral

HOCINE Farida

Maître de conférences .A.

Faculté de droit et sciences politiques  
Université Mouloud MAMMERI - TIZI OUZOU

### ملخص:

إن حق اللجوء إلى التحكيم الدولي على أساس اتفاقية ثنائية لحماية الاستثمار كمصدر لتراضي الأطراف عليه ليس بجديد، ولكن انتشاره وإساءة استعماله هو المستجد.

كما يتلزم انتشار معاهدات الاستثمار الثنائية مع التطور غير المسبوق الذي شهده المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في السنوات الأخيرة إذ يتزايد عدد الطعون الخاضعة لولايته على أساس المعاهدات بالمقارنة بعدد الطعون القائمة على اتفاقية التحكيم بالمفهوم التقليدي الذي لا يزال ثابتا.

و نتيجة لذلك أصبحت القاعدة التي تستلزم التراضي الصريح بين أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم الدولي استثناء مما يجعل إجراءاته أكثر تعقيدا والسرية فيه أقل وضوحا.

### الكلمات المفتاحية:

التحكيم الدولي- التراضي - حماية الاستثمار

### Résumé :

Le recours à l'arbitrage international sur le fondement d'un traité bilatéral de protection des investissements n'est pas nouveau mais sa prolifération et ses abus le sont.

La multiplication des TBI explique le développement sans précédent que connaît le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements depuis quelques années. Le nombre de recours soumis à sa compétence sur le fondement de traités ne cesse d'augmenter par comparaison au nombre de recours fondés sur une convention d'arbitrage classique qui reste constant. Un constat qui fait de la règle, l'arbitrage international traditionnel ayant comme source de consentement la volonté des parties, une exception rendant les procédures arbitrales plus complexes et la confidentialité moins prononcée.

**Mots clés :**

l'arbitrage international- consentement- protection des investissements.

**Introduction**

L'investissement étranger est considéré de nos jours comme un outil incontournable de tout essor économique dans les pays en voie de développement comme à l'instar de l'Algérie. Un constat qui a amené ces pays à adopter de politiques nationales d'attraction, de promotion et de protection des investissements tout azimut afin de les attirer dans un environnement favorable à l'investissement car leur protection est actuellement au centre des préoccupations de tout le monde dans le contexte de la mondialisation et de la globalisation de l'économie au cours de ce troisième millénaire.

Cette politique se traduit par la mise sur pied d'un véritable régime juridique de protection des investissements ayant la forme d'une multitude de traités bilatéraux de protection réciproque de l'investissement (TBI)<sup>1</sup> contenant un certain nombre d'obligations à la charge des Etats signataires comme la garantie d'un traitement juste et équitable, d'un traitement non-discriminatoire, et s'abstenir de prendre des mesures d'expropriation sans compensation, avec l'engagement de l'Etat hôte de se soumettre à l'arbitrage international.

Dans cette contribution au colloque, nous allons examiner la question du consentement à l'arbitrage international devant le C.I.R.D.I. car elle est fondamentale, aussi bien en raison de ses conséquences pratiques que de son intérêt théorique. Il convient d'abord d'expliquer le principe de l'exigence d'une convention d'arbitrage écrite pour recourir à l'arbitrage commercial international sous sa formule classique qui devient une exception avec l'émergence de l'arbitrage fondé sur un traité. Et si le principe initial trouve toujours à s'appliquer, la différence s'opère

---

<sup>1</sup> Selon la CNUCED, le nombre total des TBI est de 3 324 fin 2016 (4 autres ont déjà été conclus en 2017). V. Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, Rapport sur l'investissement dans le monde 2017, une compilation de traités bilatéraux d'investissement est disponible sur le site web de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), UNCTAD en anglais, CNUCED, [www.unctad.org/](http://www.unctad.org/).

plus au niveau de l'expression du consentement des parties et de la nature de l'écrit le contenant. En d'autres termes, dans quelle mesure un traité bilatéral de protection des investissements entre deux Etats porte-t-il accord sur la soumission d'un litige entre l'investisseur ressortissant de l'une des parties et l'autre Etat à l'arbitrage C.I.R.D.I ?

Répondre à cette question nécessite de faire le parallèle entre le consentement direct entre les parties au litige qui se matérialise habituellement par le biais d'une convention d'arbitrage et le consentement par le truchement de TBI afin de comprendre le nouveau fondement consensuel de l'arbitrage CIRDI fondé sur une offre publique d'arbitrage émanant de l'État accueillant les investissements étrangers loin de la formule classique qui suppose une convention synallagmatique entre les parties au litige (I) et ses implications (II).

### ***I. L'innovation de la jurisprudence arbitrale : le TBI comme source du consentement à l'arbitrage CIRDI.***

L'adoption de l'économie du marché a amené l'Algérie à ratifier un nombre considérable de conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements<sup>1</sup> dont l'unique fonction consiste à protéger les investisseurs étrangers et leurs actifs, et non à leur imposer des obligations ou des responsabilités légales<sup>2</sup>.

Les traités bilatéraux d'investissement, sont apparus à la fin des années 1950 et répondaient au besoin de pallier à l'insuffisance de protection offerte par le droit international coutumier aux ressortissants étrangers suite à la vague de nationalisation effectuée par les pays nouvellement indépendants<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> V. F. HOCINE : *l'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international. Thèse de doctorat, UMMTO, 2012. P64 et s.*

<sup>2</sup> V. L- E PETERSON : *Droits humains et traités bilatéraux d'investissement. Le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et États. Disponible sur le site internet : <<https://business-humanrights.org>>. Consulté le 13/11/2017. P12/45. L'état des ratifications est disponible sur le site web du CIRDI : <[www.worldbank.org/icsid/constate/constate.htm](http://www.worldbank.org/icsid/constate/constate.htm)>.*

<sup>3</sup> *Ibidem. P13/45.*

Ces traités sont composés de dispositions dites standard<sup>1</sup>, entre autres, celles 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 sollicité<sup>2</sup>.

Les TBI comportent des dispositions en matière de règlement des différends à la fois entre Etats parties au traité et entre investisseurs et Etats d'accueil. On relèvera d'ailleurs qu'à l'origine, les premiers TBI prévoyaient certes le recours à l'arbitrage, mais uniquement dans les rapports entre Etats. Ce n'est qu'à partir du début des années 1970 que certains TBI ont commencé à prévoir un règlement arbitral des différends nés entre l'Etat d'accueil et l'investisseur ressortissant de l'autre Etat partie. Dans les années 1990, le règlement par l'arbitrage de ce dernier type de contentieux s'est généralisé à tous les TBI<sup>3</sup>.

L'essor de l'arbitrage international est 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 investissements<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>« Un Standard international minimal de traitement". V. F. HORCHANI : *Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation*. JDI, n° 02, 2004. P388.

<sup>2</sup>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. Voir le rapport de la conférence des nations unies sur le commerce et le développement. Sous le titre : *arbitrage commercial international*. Genève 2005 ; هشام علي صادق. الحماية الدولية للمال الأجنبي. الدار الجامعية للطباعة و النشر. بيروت 1982. ص 285 و ما بعدها. و انظر أيضا. جلال و فاء محمدين . التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. دار الجامعية الحديثة للنشر. الإسكندرية. 1995. ص98.

<sup>3</sup>V. H. EL-KADY : *Le CIRDI comme option dans les traités internationaux d'investissement, les grandes tendances relatives aux différends investisseur-Etat et le rôle de la CNUCED. I n actes du colloque ; CIRDI 45ans après. Bilan d'un système. S/Dr F. HORCHANI. Du 11, 12, 13, mars 2010, Tunis. P148 ; Voir dans ce sens également: R. PREISWERK : *La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux*. Editions polygraphiques, Zurich, 1963.*

<sup>4</sup>V. Ch. LEBEN : *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*. LGDJ, Paris 2006. P14.

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 investisseurs<sup>1</sup>, de même que lorsque la compétence CIRDI est fondée sur un TBI, la première condition à retenir est celle de savoir si l'investissement qui sert de base à la demande de l'investisseur lésé entre dans les prévisions de ce traité. Ces dernières sont tellement vastes qu'elles répondent favorablement à cette exigence sachant que le centre se déclare assez souvent compétent pour connaître de litiges ayant trait à plusieurs domaines tels que les garanties bancaires, les créances, les contrats de construction en tout genre ainsi que les contrats de services<sup>2</sup>. Enfin, sa compétence est tributaire du moment de la saisine du tribunal arbitral, dans le sens où ce dernier doit s'assurer que l'introduction de la demande d'arbitrage faite par l'investisseur porte sur un différend né postérieurement à l'entrée en vigueur du traité fondant sa compétence.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>Cf. G. DE LA PRADELLE: *Banalisation de la partie publique dans l'arbitrage commercial international*. Gazette du Palais, n° 01, avril 2005. P5; V. W. BEN HAMIDA: *L'arbitrage Etat investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents*. JDI, n°02,2004. P420 ; Voir aussi 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, saisit 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° 02, 2004. P481.

<sup>2</sup>V. G. AREOU : *la notion d'investissement. Evolutions récentes*. In ouvrage collectif « l'accès de l'investissement à la justice arbitrale ». S/dr ARNAUD DE NANTEUIL. Editions A PEDONE, paris, 2015. P17.

<sup>3</sup>V. R. CHAABAN : *les obstacles à la saisine du tribunal arbitral ; analyse comparée de l'arbitrage commercial et de l'arbitrage d'investissement ; In ouvrage collectif « l'accès de l'investissement à la justice arbitrale »*. S/dr ARNAUD DE NANTEUIL. Editions A PEDONE, paris, 2015. P92.

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 d'investissement pour engager une procédure arbitrale contre un Etat en dehors de toute convention d'arbitrage<sup>1</sup>.

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 nationale<sup>2</sup>, 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 morale<sup>3</sup>. A ce propos, Gabrielle KAUFMANN-KOHLER précisait comment ce dernier pouvait se prévaloir de l'existence d'un TBI pour recourir à l'arbitrage CIRDI: « *Quant à l'investisseur, il donne son consentement par le dépôt de la requête d'arbitrage auprès du CIRDI. Si la construction contractuelle du consentement est sauvegardée, en tous cas en apparence, il est indéniable que nous nous éloignons ici*

<sup>1</sup>Voir détails : E. GAILLARD, G. BURDEAU : *Nouvelles perspectives dans le contentieux économique intéressant les Etats*. Rev, arb, 1995. P4 et s.

<sup>2</sup> Voir la sentence SPP c/ EGYPTE du 20mai1992, sentence AAPL c/ Sri Lanka, 21 juin 1990.

<sup>3</sup>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. D'autres auteurs qualifient ce type d'arbitrage de "transnational unilatéral", Cf. W. BEN HAMIDA. *La procédure accélérée d'examen des obligations(ou les dispositive motions) dans l'arbitrage d'investissement*. In ouvrage collectif « l'accès de l'investissement à la justice arbitrale ». S/dr ARNAUD DE NANTEUIL. Editions A PEDONE, paris, 2015. P419 ; E. GAILLARD : *l'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*. rev, arb, n°03, 2003. P853, ; L. C. DELANOY, T. PORTWOOD : *la responsabilité de l'Etat pour déni de justice dans l'arbitrage d'investissement*. Rev, arb, n°03, 2005. P604.

*considérablement du fondement consensuel classique de l'arbitrage commercial* »<sup>1</sup>.

Selon certains observateurs<sup>2</sup>, Les nombreuses sentences rendues par le CIRDI depuis vingt ans constituent une jurisprudence qui transforme radicalement le droit international. Elle donne à l'entreprise un statut nouveau parmi les entités de droit international et elle entame une modification inédite des attributs du droit de propriété ce qui a amené d'autres observateurs à le considérer comme le gardien de la propriété privée et de la protection absolue de l'investisseur<sup>3</sup>. Pour rappel, Le nombre des instances arbitrales engagées sur le fondement des traités d'investissement ne cesse d'augmenter. On assiste ainsi à une vague continue d'arbitrages de ce type.

Un rapport publié par la CNUCED en 2005 a fait état d'au moins deux cent vingt-neuf affaires fondées sur un traité bilatéral ou multilatéral d'investissement. Pour la seule année 2005, au moins quarante-huit arbitrages ont été engagés sur le fondement de ces traités. Le rapport montre également qu'au moins soixante et un gouvernements se trouvaient défendeurs devant des investisseurs privés, et le recours de plus en plus fréquent aux arbitrages transnationaux consentis dans les TBI et les TMI ne semble pas ralentir le développement et la progression des traités d'investissement. Les États continuent à conclure de tels accords. Le rapport de la CNUCED fait état d'au moins deux mille trois cent

---

<sup>1</sup> Cf. G. KAUFMANN-KOHLER : *L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêt public*. P9/27. Disponible sur le site : <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44129>>. Consulté le 07/11/2017.

<sup>2</sup> Association pour une taxation des transactions financières et pour l'action citoyenne : *Le Centre international de règlement des différends sur l'investissement (CIRDI)*. Article publié le 21/12/2009, disponible sur le site Internet : <. [http : //www.france.attac.org](http://www.france.attac.org)>. Consulté le 09/11/2010.

<sup>3</sup> Cf. H. RUIZ DIAZ BALBUENA : *Le CIRDI : quand la gestion des biens publics, la démocratie et les droits humains se heurtent aux droits des investisseurs étrangers*. In : *Les cahiers de la coopération internationale : Les accords commerciaux bilatéraux et régionaux : moteur de l'intégration régionale ou nouveau cheval de Troie du libre-échange ?* n°08. 05/2008. P 33.

quatre vingt douze traités bilatéraux d'investissement conclus au 31 décembre 2004<sup>1</sup>.

Dans le cadre de cette communication, je citerai l'exemple d'un arbitrage CIRDI fondé sur le consentement de l'Algérie par le biais d'un TBI<sup>2</sup> ayant abouti à une sentence arbitrale en sa faveur récemment<sup>3</sup>. Il s'agit du litige entre la S.A.R.L Orascom TMT Investments (demanderesse) et la république algérienne démocratique et populaire (défenderesse) et qui découle des investissements réalisés par Orascom pour construire un système de téléphonie mobile en Algérie. Bien que cette dernière ait réfuté la compétence du Tribunal arbitrale et avoir remis en cause la recevabilité des demandes, le tribunal a retenu sa compétence en application de l'article 25 du règlement CIRDI et de l'article 09/2 du TBI<sup>4</sup> dans la mesure où il reconnaît à la demanderesse la nationalité Luxembourgeoise et qu'elle a réalisé un investissement au sens du TBI et du CIRDI.<sup>5</sup>

D'autres sentences récentes rendues par le CIRDI ou le tribunal arbitral a puisé le consentement des parties d'un TBI : - Trois entreprises espagnoles TEINVER S.A., Transportes de CERCANIAS S.A. et

<sup>1</sup> In rapport : le développement économique en Afrique ; repenser le rôle de l'investissement direct. CNUCED, 2005. Disponible sur le site internet: <[http://www.unctad.org/en/docs/iteht20054\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteht20054_en.pdf)>. Consulté le 12/02/2017.

<sup>2</sup> Décret présidentiel n°91-345 du 5 octobre 1991 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire et l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Alger, le 24 avril 1991. JORA n° 46 du 06/10/1991.

<sup>3</sup> Sentence dans l'affaire CIRDI ARB/12/35 remise aux parties le 31 mai 2017. Disponible sur le site internet : <<https://www.italaw.com>>. Consultée le 11/11/2017.

<sup>4</sup> Alinéa stipule : « A défaut de règlement amiable par arrangement direct entre les parties au différend ou par conciliation par la voie diplomatique dans les six (6) mois à compter de sa notification, le différend est soumis, à la demande de l'une ou l'autre des parties au différend, à l'arbitrage du 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 les Etats et ressortissants d'autres Etats",

<sup>5</sup> « Il est donc établi que la demanderesse a réalisé des apports portant sur des montants d'au moins 1,5 milliard d'euros en vue de son acquisition d'une participation indirecte dans OTA par le biais de l'acquisition d'actions dans Weather Investments. La condition de l'existence d'un apport comme élément d'un investissement au sens de la convention CIRDI et du TBI est ainsi satisfaite ». Analyse du tribunal arbitral in sentence CIRDIARB/12/35.

Autobuses Urbanos DEL SUR S.A. ont engagé des poursuites contre l'Argentine dans le cadre du traité bilatéral d'investissement Argentine-Espagne<sup>1</sup>. - Capital Financial Holdings Luxembourg SA engage des poursuites contre. République du Cameroun.<sup>2</sup> - EISER Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg (SARL) accusent le Royaume d'Espagne d'avoir violé ses obligations en vertu du traité sur la Charte de l'énergie.<sup>3</sup>

## II. Implications.

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<sup>4</sup>, aura des implications importantes et à des niveaux multiples:

**Première implication** : au niveaux du CIRDI qui se verra saisi de plusieurs différends, ce qui augmentera considérablement le contentieux qui lui sera soumis<sup>5</sup>. 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 signés 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 tribunal arbitral ; le potentiel de litiges devient considérablement plus important<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Affaire CIRDI n° ARB/09/1. Disponible sur le site internet : < [www.iisd.org](http://www.iisd.org)>. Consulté le 12/11/2017.

<sup>2</sup> Affaire CIRDI n° ARB/15/18. Disponible sur le site internet : < [www.iisd.org](http://www.iisd.org)>. Consulté le 12/11/2017.

<sup>3</sup> Affaire CIRDI n° ARB/13/36. Disponible sur le site internet : < [www.iisd.org](http://www.iisd.org)>. Consulté le 12/11/2017.

<sup>4</sup>V. S. LEMAIRE : La mystérieuse « Umbrella clause » (Interrogation sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissement). Rev, arb, n°03, 2009. P480.

<sup>5</sup>V. I. FADLALLAH : Investissements internationaux et arbitrage. Gaz pal, nov. / décembre 2003. P369 ; F. YALA : la notion d'investissement dans la jurisprudence CIRDI : actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS et Mihalý). In ouvrage collectif, sous direction Ch. LEBEN. P283 et s.

<sup>6</sup>V. détails dans l'article de V. VESQUE-JEANCARD, H. DESBOIS: Le contentieux de l'investissement international. Bureau investissement international, Direction des relations économiques extérieures. Disponible sur le site : < <http://www.finances.gouv.fr.16/07/2007>>. Consulté le 22/02/2015.

Pour preuve, le nombre de nouvelles procédures de règlement des différends entre investisseurs et États engagées au titre d'accords continue d'augmenter. En 2016, 62 procédures de règlement de différends entre investisseurs et États ont été engagées, portant le nombre total d'affaires connues à 767. Fin 2016, les investisseurs ont obtenu gain de cause dans 60 % des affaires connues examinées au fond<sup>1</sup>.

Les statistiques établies par le centre en 2017 confirment cette tendance:

**A.** Instrument invoqué pour établir le consentement à la compétence du CIRDI dans les affaires enregistrées par le CIRDI (affaires enregistrées ou administrées par le CIRDI au 31 décembre 2016)<sup>2</sup> :

- 1-Traité bilatéral d'investissement (TBI) 59.8%.
- 2-Contrat d'investissement entre l'investisseur et l'Etat hôte 16.7%.
- 3-Loi sur l'investissement de l'Etat hôte 9.5%.

**B.** Instrument invoqué pour établir le consentement à la compétence du CIRDI dans les affaires enregistrées par le CIRDI (affaires enregistrées ou administrées par le CIRDI au 30 juin 2017)<sup>3</sup> :

- 1-Traité bilatéral d'investissement 60.2%.
- 2-Contrat d'investissement entre l'investisseur et l'Etat hôte 16.8%.
- 3-Loi sur l'investissement de l'Etat hôte 9.6%.

Ainsi, et de l'avis de BEN HAMIDA Walid<sup>4</sup>, l'offre publique d'arbitrage par le biais des TBI a rendu l'arbitrage transnational très accessible aux investisseurs qui en abusent à tel point que certains Etats ont dénoncé cet abus soit en mettant fin à leur TBI à l'exemple de la Russie, soit en supprimant l'offre d'arbitrage de leurs traités de protection des investissements à l'exemple de l'Australie.

**Deuxième implication :** Le droit International de l'arbitrage des investissements développe une conception très particulière de la convention d'arbitrage en admettant qu'une offre d'arbitrage puisse produire des effets obligatoires tout en étant totalement détachée d'une

<sup>1</sup> V. Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, Rapport sur l'investissement dans le monde 2017.

<sup>2</sup> Source : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Affaires du CIRDI – Statistiques (Numéro 2017-1).

<sup>3</sup> Source : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Affaires du CIRDI – Statistiques (Numéro 2017-2).

<sup>4</sup> V. W. BEN HAMIDA. Op cit. P137.

convention substantielle, le contrat principal en l'occurrence, dont elle est habituellement l'accessoire.

En ce cas, l'État peut s'engager à accepter le recours à l'arbitrage avant même qu'il existe un rapport de droit déterminé entre lui-même et l'investisseur destinataire de l'offre et sans qu'il soit certain qu'il n'en existe jamais.

Pratiquement, l'arbitrage offert sera mis en œuvre dès l'instant où le destinataire de l'offre sera convaincu que l'État aura manqué à une obligation mise à sa charge par un TBI, auquel l'investisseur n'est pas partie.

La stipulation pour autrui est, sans équivoque, le fondement juridique le plus adapté qui peut permettre de faire naître au bénéfice d'un tiers un droit à l'arbitrage dès lors que l'investisseur, ressortissant d'un pays parti du traité bilatéral ou multilatéral contenant d'une telle disposition, peut déclarer, à tout moment, vouloir en profiter tant que le traité est en cours<sup>1</sup>. Ainsi, La convention de Washington s'est contentée d'exiger un consentement donné par écrit et devant ce formalisme limité, la pratique des tribunaux arbitraux a évolué vers l'acceptation de consentements matérialisés dans des types d'instruments écrits différents<sup>2</sup>. Outre une convention d'arbitrage (clause compromissoire ou compromis d'arbitrage), les tribunaux ont accepté le consentement des parties exprimé par une référence à l'arbitrage CIRDI faite par l'Etat dans une loi interne ou dans un traité international suivie de l'acceptation de l'investisseur<sup>3</sup> à la condition que la compétence du tribunal CIRDI soit établit par la ratification de la convention de Washington par l'Etat d'accueil mais aussi par l'Etat dont l'investisseur étranger est

<sup>1</sup> V. J-P. LAVIEC : *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique*. Presses universitaires de France, Paris, 1985. P269.

<sup>2</sup> Plusieurs formes d'écrits peuvent être signalées. En effet, la forme étant libre, on peut cependant distinguer trois grands types d'accords pour consentir à l'autorité du CIRDI. Il existe tout d'abord, les accords directs entre les parties, puis les accords élaborés par le biais de traités internationaux. Cette multitude de formes d'accord à la compétence du CIRDI explique que les rédacteurs de la convention de Washington n'aient pas voulu élaborer de définition précise du terme investissement tant celui-ci peut être adapté dans différents instruments.

<sup>3</sup> Cf. SIMÕES E SILVA. A : *Le consentement dans l'arbitrage CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements)*. Thèse de doctorat, université Paris 1, 2009.

ressortissant comme nous l'avons expliqué plus haut. Cette première condition constitue la base de tout traité international<sup>1</sup>.

Cette implication nous pousse à nous poser la question suivante : comment le tribunal arbitral établi sa compétence au regard de la clause arbitrale insérée dans un traité et sur le fondement duquel est introduite la demande d'arbitrage alors qu'il existe déjà un consentement à l'arbitrage dans le contrat entre l'Etat et l'investisseur ? La question est pertinente dans la mesure où, souvent, le demandeur est lié à l'Etat d'accueil par une convention d'arbitrage contenue dans le contrat d'investissement. Pour limiter sa compétence, la jurisprudence arbitrale a instauré une distinction entre « les réclamations fondées sur un traité » et les « réclamations fondées sur la violation du contrat » en 2002 dans une affaire opposant la société Vivendi à l'Argentine<sup>2</sup>. La réponse pourrait paraître simple; s'il est saisi d'une demande d'arbitrage fondée sur un TBI, le tribunal arbitral du traité se déclarera incompétent s'il considère que le différend concerne le contrat<sup>3</sup>, encore faut-il que ce même tribunal arbitral arrive à interpréter la clause d'arbitrage incluse dans le traité de manière large ou étroite car, selon les cas, la réponse est différente.

**Troisième implication :** Une autre implication, et non la moindre, est relative au sort réservé à la sentence arbitrale rendu par le centre en application des dispositions de l'article 57 de la convention de Washington, ratifiée et signée par l'ALGERIE qui stipule: «*Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose, comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat*».

Autrement dit, les États signataires de la convention sont tenus de reconnaître, dans leur ordre juridique, force de chose jugée aux sentences arbitrales du CIRDI<sup>4</sup>. Sentences dont l'exécution n'exige aucun passage

<sup>1</sup> Article 25/1 de la convention de Washington.

<sup>2</sup> Affaire n° ARB/97/3, décision du 03/07/2002. Disponible sur le site internet du CIRDI : <<http://icsid.worldbank.com>>.

<sup>3</sup> V. R. CHAABAN. *Op cit*, P96.

<sup>4</sup> Voir pour plus de détails. OUSMANE .D : *Le consentement a l'arbitrage international*. Presses universitaires de France, Paris, 2010.

par l'étape de l'exequatur. De la sorte, aucune véritable procédure d'exequatur n'est nécessaire pour obtenir les effets de la sentence, bien au contraire, toute procédure qui ne serait pas limitée à la vérification de l'authenticité du titre exécutoire devrait être considérée comme contraire à la convention de Washington sans, bien sûr léser les intérêts des parties puisque la possibilité de révision et d'annulation<sup>1</sup> des sentences sont toujours possible mais relèvent de la compétence exclusive du centre ce qui constitue une autre spécificité du CIRDI.

Cette force obligatoire puise sa source dans le consentement des parties<sup>2</sup>. Ces dernières, en ayant consenti à soumettre leur différend au CIRDI, lui accordent le plein pouvoir de le régler, tout en renonçant à le soumettre devant d'autres juridictions, notamment étatiques. Un principe qui à la fois fonde et conditionne la compétence du CIRDI.

**Quatrième implication :** A relever également, comme implication, le renforcement du statut de l'investisseur étranger qui devient sujet de droit international, titulaire d'un intérêt légitime à agir dans des instances internationales contre des Etats souverains<sup>3</sup>. A ce propos, un auteur écrit : « Après avoir voulu protéger l'homme contre l'homme, en créant la figure de l'État, l'idée est désormais celle de la protection de l'homme contre l'État, contre son pouvoir souverain voire même discrétionnaire<sup>4</sup> ». En effet, on contribuant au développement économique des pays hôtes, l'investisseur a, selon l'auteur, droit à une protection spéciale qui sanctionnerait toute atteinte publique à l'existence ou à la consistance de son investissement.

Argument acceptable puisque l'Etat, de manière souveraine, lui accorde des garanties afin de protéger son investissement à travers la loi relative à la promotion des investissements ainsi que par la ratification des TBI. Plus précisément, l'Etat, a accepté de contracter avec les

<sup>1</sup> L'annulation ne doit pas être assimilée à un appel, comme en témoigne l'article 53, qui dispose que la sentence ne peut faire l'objet d'aucun appel ou autre recours à l'exception de ceux prévus à la convention.

<sup>2</sup> Cf. J. THIEFFRY : *Les difficultés d'exécution des sentences arbitrales. Le règlement des différends commerciaux. Colloque de la fondation pour l'enseignement du droit des affaires. Édition ECONOMICA, Paris, 1983. P94 et s.*

<sup>3</sup> V. S. LEMAIRE. *Op cit. P481.*

<sup>4</sup> Cf. L. SARTORIO CARNEIRO : *Evolution et apport du droit international des investissements et du statut de l'investisseur privé étranger à la qualité des personnes privées en droit international public général. Rapport de recherche 2016/2017. Document disponible sur le site internet : < www.ihei.fr/wp-content/>. P15/40. Consulté le 13/11/2017.*

investisseurs privés, de neutraliser son pouvoir normatif, de conclure des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement, ou encore de soumettre les différends à des tribunaux arbitraux. Par conséquent, l'investisseur, sans être l'égal de l'Etat, devient un sujet de droit international de fait.

## Conclusion

Pour les investisseurs étrangers, l'un des avantages de l'arbitrage du Centre Internationale de Règlement des Différends relatifs aux Investissements réside en ce que le règlement des différends entre investisseurs et États se fait selon des mécanismes régis par des normes et procédures internationales et ne dépend pas des normes de l'État d'accueil et des tribunaux nationaux, un avantage qui leur accorde le droit de saisir des tribunaux arbitraux contre l'Etat pour faire valoir les violations de règles contenues dans les traités.

Le consentement préalable à la compétence du centre est une garantie de poids qui illustre la volonté politique d'attraction des investisseurs étrangers en Algérie en consacrant le consentement anticipé de l'Etat à l'arbitrage CIRDI.

Mais, la protection à outrance des investissements étrangers qui fut pendant longtemps justifié par le contexte historique et politique de l'après-décolonisation n'a plus lieu d'être. La méfiance et l'attitude hostile de certains pays vis-à-vis des investisseurs étrangers se sont estompées et elles ne justifient plus aujourd'hui un régime surprotecteur des investissements qui visait, à une période donnée, à corriger le déséquilibre originel lié à la qualité étatique de l'une des deux parties aux contrats d'investissements<sup>1</sup>. Cet état de fait, Ph. FOUCHARD le résume si bien en déclarant qu'*« au nom de la liberté et de la protection de l'investissement international, le balancier est passé de l'autre côté<sup>2</sup> »*.

---

<sup>1</sup>V. F. HORCHANI. *Op cit.* P367.

<sup>2</sup> Cf. Ph. FOUCHARD : *L'arbitrage et la mondialisation de l'économie. In Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT. Édition Frison-Roche, Paris, 1999. P393.*

Il résulte de cette étude que le recours à l'arbitrage CIRDI en dehors de tout compromis ou de toute clause compromissoire, est une entorse sérieuse aux principes, habituellement, admis en matière d'arbitrage : il semblerait que le droit des investissements prenne le pas sur le droit de l'arbitrage international et également sur l'intérêt général puisque la jurisprudence arbitrale, tout en sacralisant les droits des investisseurs, oublie de leur reconnaître des devoirs correspondants tel que le respect des droits fondamentaux des personnes qui vivent dans le pays hôte.

Ceci dit, l'égalité entre parties à l'arbitrage est un des principes fondamentaux de ce mode de règlement des différends internationaux et à ce titre, la logique voudrait que lorsque l'Etat donne son consentement à une clause d'arbitrage insérée dans un contrat d'investissement ou reconnaît le droit de recours à l'arbitrage dans un traité international ou sa loi des investissements, loin d'aliéner sa souveraineté, il doit en assumer pleinement l'exercice, d'où l'inutilité de se référer à une quelconque atteinte à la souveraineté ou une mise à mal du statut juridique de ce dernier.

Enfin, et dans le but de faire face aux répercussions négatives des traités bilatéraux de protection des investissements, les pays en voie de développement ; qui sont le plus souvent hôtes ; doivent faire preuve d'une grande prudence lorsqu'ils envisagent la conclusion des TBI. C'est par une meilleure préparation aux négociations commerciales que plusieurs différends pourront être évités ; faute de pouvoir se passer des capitaux étrangers, des garanties doivent être prévues mais pas au détriment de l'intérêt général.

### ***Références ;***

- F. HOCINE : l'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international. Thèse de doctorat, UMMTO, 2012.
- L- E PETERSON : Droits humains et traités bilatéraux d'investissement. Le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et États.

. F. HORCHANI : Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation. JDI, n° 02, 2004.

هشام علي صادق. الحماية الدولية للمال الأجنبي. الدار الجامعية للطباعة و النشر. بيروت 1982.

. جلال وفاء محمددين . التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. دار الجامعية الحديثة للنشر. الإسكندرية. 1995.

ˆ H. EL-KADY : Le CIRDI comme option dans les traités internationaux d'investissement, les grandes tendances relatives aux différends investisseur-Etat et le rôle de la CNUCED. In actes du colloque ; CIRDI 45ans après. Bilan d'un système. S/Dr F. HORCHANI. Du 11, 12, 13, mars 2010, Tunis

- R. PREISWERK : La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux. Editions polygraphiques, Zurich, 1963.

ˆ Ch. LEBEN : Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. LGDJ, Paris 2006.

G. DE LA PRADELLE: Banalisation de la partie publique dans l'arbitrage commercial international. Gazette du Palais, n° 01, avril 2005.

- W. BEN HAMIDA: L'arbitrage Etat investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents. JDI, n°02,2004.

- Voir aussi la sentence AAPL/ SRI LANKA prononcée par le tribunal CIRDI le 27/06/1990. JDI ,1992.

ˆ G. AREOU : la notion d'investissement. Evolutions récentes. In ouvrage collectif « l'accès de l'investissement à la justice arbitrale ». S/dr ARNAUD DE NANTEUIL. Editions A PEDONE, paris, 2015.

ˆ R. CHAABAN : les obstacles à la saisine du tribunal arbitral ; analyse comparée de l'arbitrage commercial et de l'arbitrage d'investissement ; In ouvrage collectif « l'accès de l'investissement à la justice arbitrale ». S/dr ARNAUD DE NANTEUIL. Editions A PEDONE, paris, 2015.

ˆ E. GAILLARD, G. BURDEAU : Nouvelles perspectives dans le contentieux économique intéressant les Etats. Rev, arb, 1995.

- W. BEN HAMIDA. La procédure accélérée d'examen des obligations(ou les dispositive motions) dans l'arbitrage d'investissement. In ouvrage collectif « l'accès de l'investissement à la justice arbitrale ». S/dr ARNAUD DE NANTEUIL. Editions A PEDONE, paris, 2015.
- E. GAILLARD : l'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements. rev, arb, n°03, 2003.
- L C. DELANOY, T. PORTWOOD : la responsabilité de l'Etat pour déni de justice dans l'arbitrage d'investissement. Rev, arb, n°03, 2005.
- Cf. G. KAUFMANN-KOHLER : L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêt public. P9/27.Disponible sur le site : <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44129>>.
- H. Ruiz Diaz Balbuena : Le CIRDI : quand la gestion des biens publics, la démocratie et les droits humains se heurtent aux droits des investisseurs étrangers. In : Les cahiers de la coopération internationale : Les accords commerciaux bilatéraux et régionaux : moteur de l'intégration régionale ou nouveau cheval de Troie du libre-échange ? n°08. 05/2008.
- In rapport : le développement économique en Afrique ; repenser le rôle de l'investissement direct. CNUCED, 2005
- Décret présidentiel n°91-345 du 5 octobre 1991 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire et l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Alger, le 24 avril 1991. JORA n° 46 du 06/10/1991.
- S. LEMAIRE : La mystérieuse « Umbrella clause » (Interrogation sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissement). Rev, arb, n°03, 2009.
- I. FADLALLAH : Investissements internationaux et arbitrage. Gaz pal, nov. / décembre 2003. P369 ; F. YALA : la notion d'investissement dans la jurisprudence CIRDI : actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS et Mihaly). In ouvrage collectif, sous direction Ch. LEBEN.

- VESQUE-JEANCARD, H. DESBOIS: Le contentieux de l'investissement international. Bureau investissement international, Direction des relations économiques extérieures.
- Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, Rapport sur l'investissement dans le monde 2017.
- Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Affaires du CIRDI – Statistiques (Numéro 2017-1).
- Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Affaires du CIRDI – Statistiques (Numéro 2017-2).
- J-P. LAVIEC : Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique. Presses universitaires de France, Paris ,1985.
- SIMÕES E SILVA. A : Le consentement dans l'arbitrage CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). Thèse de doctorat, université Paris 1, 2009.
- OUSMANE .D : Le consentement a l'arbitrage international. Presses universitaires de France, Paris, 2010.
- J. THIEFFRY : Les difficultés d'exécution des sentences arbitrales. Le règlement des différends commerciaux. Colloque de la fondation pour l'enseignement du droit des affaires. Édition ECONOMICA, Paris, 1983.
- L. SARTORIO CARNEIRO : Evolution et apport du droit international des investissements et du statut de l'investisseur privé étranger à la qualité des personnes privées en droit international public général. Rapport de recherche 2016/2017.
- Ph. FOUCHARD : L'arbitrage et la mondialisation de l'économie. In Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat. Édition Frison-Roche, Paris, 1999.

