

Observations au sujet de l'arbitrage international¹

Hassiba BEN SEFFA
Agent judiciaire du trésor,
Ministère des finances

Abstract²

L'arbitrage commercial international fait l'objet d'un grand débat sur la scène internationale, notamment dans sa branche relative à l'arbitrage d'investissement qui pose de sérieux problèmes ayant impacté le droit international de la protection des investissements. Le présent article pose la problématique de la représentation de l'Etat par l'agent judiciaire du Trésor devant les instances arbitrales traitant des litiges liés à l'investissement étranger, ainsi que devant les juridictions connaissant de l'exécution des sentences arbitrales.

Se référant à son expérience pratique, l'auteure analyse les questions liées d'une part à l'étendue du mandat de l'Agent judiciaire du Trésor dans les cas où l'Etat algérien est partie dans une instance arbitrale internationale, d'autre part aux mesures à prendre pour la gestion optimale d'un dossier d'arbitrage et les précautions d'usage pour assurer un résultat satisfaisant, et enfin l'auteur explique les cas dans lesquels l'Agent Judiciaire du Trésor s'implique en matière d'exécution des sentences arbitrales rendues contre l'Etat Algérien, et ce afin de défendre ses intérêts. Elle illustre ses propos par des exemples réels.

L'auteur analyse sur un autre plan, la crise de l'arbitrage international au regard des multiples critiques dont il fait l'objet, pour conclure et suggérer la réforme de la législation en la matière.

ملخص²

يعرف موضوع التحكيم التجاري الدولي نقاشا كبيرا على المستوى الدولي، ولا سيما في جانبه المتعلق بتحكيم الاستثمار الذي يطرح مشاكل هامة أثرت على أحكام القانون الدولي المتعلقة بحماية الاستثمارات. يناقش المقال الحال إشكالية تمثيل الدولة من طرف الوكيل القضائي للخرينة في النزاعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي سواء أمام الهيئات التحكيمية الدولية، أو أمام الجهات الناطرة في تنفيذ الحكم التحكيمي.

تحلل صاحبة المقال، على ضوء تجربتها الميدانية، المسائل المتعلقة من جهة أولى بمدى امتداد اختصاص الوكيل القضائي للخرينة لتمثيل الدولة الجزائرية عندما تكون طرفا في المنازعة التحكيمية الدولية، من جهة ثانية بطبيعة التدابير التي يتم اتخاذها لضمان التسيير الرشيد لملف التحكيم ونوعية الإحتياطات التي يجب مراعاتها لتأمين حل مرضي، من جهة ثالثة بكيفية تدخل الوكيل القضائي للخرينة في مادة تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر ضد الدولة الجزائرية، وذلك لضمان مصالحها. وتستشهد في كل ذلك بأمثلة واقعية.

وعلى مستوى آخر، تتعرض صاحبة المقال لأزمة التحكيم التجاري الدولي بالنظر إلى الانتقادات التي يتعرض إليها، لتختتم وتقتراح إجراء تعديل تشريعي في هذا المجال.

¹ - Communication présentée lors de la journée d'étude sur « L'arbitrage commercial international : aspects pratiques », tenue à Alger le 06 novembre 2016, organisée par le Centre de Recherche Juridique et Judiciaire.

² - Abstract proposé par la rédaction de la Revue algérienne Droit et Justice.

Dans le cadre de ma participation à cette journée d'études consacrée à « l'Arbitrage commercial international » je n'ai pas pour objectif de présenter une conférence académique ni d'en parler comme un expert en la matière, aussi je vous propose de présenter quelques observations qui font l'objet d'un grand débat sur la scène internationale avec le déclin de la notion d'Etat Nation et l'émergence de nouveaux accords de libre échanges à travers le monde.

Ces observations sont le fruit de notre petite expérience tirée de la pratique. C'est pourquoi l'exposé portera essentiellement sur l'arbitrage relatif à l'investissement.

La loi type telle qu'adoptée par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial international le 21 juin 1985, et amendée le 7 juillet 2006, dans son article premier, relatif au champ d'application, définit le terme « commercial » par toutes les questions issues de toutes relations de caractère commercial, contractuel ou non contractuel. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions

bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière. Cette définition de la loi type renvoie à une large interprétation qui ne se limite pas à une vision restrictive des relations commerciales qui a évolué, beaucoup de pays exigent dans les traités bilatéraux relatif à la protection de l'investissement de retenir comme outil de règlement des différends la loi type de la Commission des Nations Unies sur le Droit Commercial international (CNUDCI).

Par ailleurs, l'arbitrage d'investissement prend le dessus sur l'arbitrage commercial qui est le catalyseur du commerce international alors qu'il pose de sérieux problèmes au regard des enjeux de la mondialisation (voir la dernière signature de l'accord de libre-échange entre le Canada et la Belgique et l'accord de validation de ce dernier par l'Union Européenne qui est en cours et récemment l'Autriche avec d'autres pays comme la Norvège et la Finlande) dont les effets sont contestés par des organes et associations de protection des consommateurs ou de l'environnement.

l'arbitrage d'investissement prend le dessus sur l'arbitrage commercial qui est le catalyseur du commerce international alors qu'il pose de sérieux problèmes

Cette évolution des relations économiques internationales, va avoir un impact direct sur le droit international de la protection des investissements à travers les différents types de traités, par voie de conséquence

de nouvelles orientations sont inscrites à l'ordre du jour par les institutions internationales tel que la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial international (CNUDCI) qui est considéré comme étant le principal producteur des normes juridiques internationales. Concernant l'arbitrage d'investissement, le CIRDI est choisi comme moyen de règlement d'arbitrage par les pays riches, d'ailleurs une révision de ces règles est en cours. Parmi les propositions il y a création d'un tribunal permanent suite au retrait de plusieurs pays en développement de cette convention.

La présentation des observations sur l'arbitrage international va s'appuyer sur l'expérience algérienne comme cas d'espèce qui sera développé à travers les points suivants:

I- La présentation de l'agent judiciaire du Trésor comme représentant de l'Etat devant les tribunaux

Pour aborder la problématique de l'Etat comme partie dans un arbitrage international, la question principale qui se pose et celle de savoir qui a la qualité de le représenter?

1- Le mandat légal de l'agence judiciaire du trésor

L'Agence judiciaire du trésor a été créé par la loi n° 63-198 adoptée par

l'Assemblée nationale constituante le 8 juin 1963 qui lui reconnaît la qualité de représenter l'Etat en tant que créancier ou débiteur devant les tribunaux de l'ordre judiciaire. Cette loi donne à l'agence judiciaire du trésor «un mandat légal» de représenter l'Etat devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Cette institution est importante dans tous les Etats modernes comme garante des intérêts de l'Etat quel que soit le régime juridique de ces derniers, elle est connue à travers le monde sous la désignation de: «l'Agence judiciaire de l'Etat».

Le mandat légal de l'agence judiciaire du Trésor consiste à la représentation de l'Etat, de l'ensemble des départements ministériels et de leurs services déconcentrés ainsi que de tous les organes inscrits au budget de l'Etat et des comptes d'affectations spéciales, devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, dans toutes les actions tendant à le faire déclarer créancier ou débiteur à l'exception « des droits » fiscaux, douaniers ou domaniaux. Il est à préciser que cette institution a des privilèges de puissance

Le mandat légal de l'agence judiciaire du Trésor consiste à la représentation de l'Etat, de l'ensemble des départements ministériels et de leurs services déconcentrés ainsi que de tous les organes inscrits au budget de l'Etat et des comptes d'affectations spéciales,

publique notamment, pour le recouvrement des réparations des dommages causés à l'Etat et à la collectivité

nationale qui sont imprescriptibles dans certains pays, par contre en Algérie c'est le code civil qui s'applique.

L'Etat ne bénéficie d'aucun privilège devant le juge de droit commun en appliquant le principe de l'égalité des parties devant la justice, à cet effet; les Etats se sont dotés de cette institution pour assurer la défense de leurs agents et la sauvegarde des deniers de l'Etat en qualité de partie civile ou civilement responsable dans la cas ou il est débiteur, les missions de l'Agence sont:

- La représentation des agents de l'Etat pour assurer leurs protections conformément au statut général de la fonction publique, de la magistrature et des statuts particuliers des corps constitués de l'Etat;

- Les affaires de détournements et de dilapidations de deniers publics, de corruption, de dégradations de biens, de passation de marchés en violation de la législation et la réglementation en vigueur, de faux et usages de faux de tous les documents portant le sceaux de l'Etat.....;

- Les accidents corporels et matériels de la circulation commis par des véhicules administratifs civils ou militaires;

La gestion des demandes des agents de l'Etat pour la décharge de responsabilité et des demandes de remise gracieuse de dettes;

- La représentation de l'Etat devant la Commission National d'indemnisation de la détention provisoire injustifiée et de l'erreur judiciaire siégeant à la cour suprême;

- Assure le secrétariat de la commission national de transaction de changes chargée de transiger sur les demandes de transactions introduites par les contrevenants en matière d'infraction de changes;

- L'agence assure la gestion administrative des gels des avoirs pour blanchiment d'argent dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

2 - Le champ d'intervention de l'Agence judiciaire du Trésor lorsque l'Etat algérien est partie dans un litige international

L'Etat algérien est partie dans des litiges portés devant des instances arbitrales internationales qui sont en général fondés sur des traités bilatéraux de protection d'investissements ou des contrats internationaux. La majorité des arbitrages sont introduits sur le fondement des accords internationaux de protection et de promotion réciproque des investissements, dont 29 sont en vigueur et 17 signés mais ne sont pas en vigueur.

L'essentiel des arbitrages sont portés devant la Chambre de Commerce international (CCI) dont le siège se trouve à Paris. La majorité des affaires portées devant cette instance implique l'Etat algérien directement ou indirectement dans les affaires. L'imputabilité à l'Etat des actes des entreprises publiques: Engagement de la responsabilité internationale de l'Etat en raison du comportement de ses organes ou de toute personne ou entité habilitée à exercer des prérogative de puissance publique, ou agissant sous la direction ou le contrôle de l'Etat (voir article 4 de la Commission du Droit international des Nations Unies; voir affaire Maersk contre l'Algérie, affaire close par Accord amiable en 2012).

3 - La représentation de l'agence judiciaire du trésor de l'Etat dans un arbitrage international

L'agence judiciaire du trésor a représenté l'Etat dans deux arbitrages, l'arbitrage global télécom Holding (GTH) anciennement Orascom télécom Holding (OTH) introduit contre l'Etat le 12 avril 2012 et un second arbitrage de TMT investmentll ex-Waether a été introduit le 19 avril 2012 et cela pour le même préjudice, les mêmes griefs.

Ces deux contentieux constituent un cas d'école du fait qu'il s'agit d'une forme d'arbitrage abusif pour certains experts et pour d'autres des arbitrages parallèles. Ils ont été portés devant deux instances arbitrales différentes sur la base des conventions bilatérales signées par l'Algérie. La première convention est signée avec l'Egypte en 1997 relative à la protection des investissements, qui dispose qu'en cas de différends il sera soumis à un arbitrage ad-hoc conformément aux règlements d'arbitrage de la CNUDCI (2010) de la commission des Nations unies du droit commercial international. La seconde convention bilatérale signée par l'Etat algérien avec l'Union belgo-luxembourgeois fait référence à l'arbitrage devant le CIRDI.

L'Algérie est partie à la convention pour le règlement des différends (CIRDI)

relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etat du 18 Mars 1965 (convention de Washington) ratifiée par l'Algérie le 30 octobre 1995.

Devant cette situation l'Etat algérien a tracé une stratégie efficace par le choix des cabinets conseils, des experts et des cadres algériens pour faire le suivi de ces deux arbitrages qui s'est articulée autour des points suivants:

- La gestion de deux contentieux parallèles devait prendre en charge au premier lieu la réception des deux notifications qui nécessite l'analyse complète de la documentation en premier lieu et maîtriser la communication en second lieu.
- Identifier la procédure applicable et des documents relatifs à l'accord de protection des investissements en cause;
- Se faire assister par un cabinet conseil spécialisé dans l'arbitrage en matière d'investissements;

Ces deux contentieux constituent un cas d'école du fait qu'il s'agit d'une forme d'arbitrage abusif pour certains experts et pour d'autres des arbitrages parallèles.,

- Le ministère des finances a mis place un comité de suivi des deux arbitrages, la directrice de l'agence judiciaire du trésor était chargée de coordonner les travaux du comité, c'était le point focal de l'arbitrage pour la gestion de la documentation qui était centralisée du fait de l'implication de plusieurs administrations.

Parmi les précautions à prendre:

- Avoir une vision globale de la documentation pour faire un bon diagnostic et qu'elle soit encodée par les conseils dans une base de données interne.

- La remise de la documentation et les informations doit se faire dès le début pour prendre la bonne position et faire le bon choix;

- Faire appel à d'autres avis externes par le biais du chargé de la coordination et ne pas perdre de vue le conflit d'intérêts. Le recours à des avis externes doit se faire avec prudence, il doit être fait par une personne qui a une connaissance du monde universitaire, judiciaire et celui des avocats qui présentent des garanties de discrétion et de confidentialité.

- La maîtrise de l'outil de communication durant tout le contentieux avec l'investisseur;

- Centraliser les échanges: « l'Etat parle d'une voix »;

- Contrôler le contenu des communications en coordination avec le cabinet conseil;

- Limiter les déclarations publiques relatives au différend et se préparer à toute éventuelle campagne de dénigrement de l'investisseur.

Par ailleurs, il est nécessaire de constituer un dossier contentieux contre l'investisseur, du qu'il a reçu des avantages dans le cadre de la promotion de l'investissement étranger. Il ya lieu de vérifier s'il a

respecté ces engagements avec toutes les institutions conformément à la législation en vigueur et vérifier tous les actes administratives et financiers à titre d'exemple le paiement des droits de concession, la validité des documents du registre de commerce s'ils sont conforme avec le code de commerce.

Il est important de répondre à toute correspondance de l'investisseur: qui ne dit mot consent.

Eviter de changer de position ou de se contredire sans justification raisonnable parce qu'il est nécessaire de vérifier la position antérieurement exprimée avant de prendre position sur une question, il y a lieu de contacter les personnes ayant eu à traiter de ces questions antérieurement; si un changement de position est nécessaire, il faut en expliquer la raison; l'erreur n'est pas une bonne raison.

En cas de discussion amiable, encadrer les échanges par un accord de confidentialité.

Ces deux arbitrages ont la particularité de faire les mêmes demandes pour les mêmes griefs par l'actionnaire principal. Aujourd'hui le premier arbitrage Global Télécom Holding S.A.E (demanderesse) contre la République Algérienne démocratique et Populaire (défenderesse) est clos par un règlement à l'amiable et une

l'Etat algérien a tracé une stratégie efficace par le choix des cabinets conseils, des experts et des cadres algériens pour faire le suivi de ces deux arbitrages.

Sentence d'Accord Parties a été rendue par le Tribunal arbitral le 12 mars 2015 dans l'Arbitrage

CNUDCI-CPA n°2012-20, conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Le second arbitrage Orascom TMT investment S.à.r.l (Demanderesse) contre la République Algérienne Démocratique et Populaire (Défenderesse) était pendante devant le Tribunal CIRDI lors de la présentation de cette conférence. Le 31 Mai 2017 le Tribunal CIRDI a conclu à l'irrecevabilité des demandes d'Orascom TMT et a mis à sa charge les frais de la procédure (soit plus 3,5 millions de dollars). Cette décision constituera certainement un cas de jurisprudence. La décision se présente ainsi: «pour les motifs exposés ci-dessus, le tribunal décide ce qui suit:

a) les demandes présentées dans le présent arbitrage sont irrecevables et le tribunal ne peut exercer sa compétence pour statuer sur ce différends;

b) La demanderesse remboursera à la défenderesse les montants que celle-ci a versé au CIRDI au titre des frais d'arbitrage;

c) La demanderesse payera 2.842.811,01 dollars américains plus 58.382,16 euros à la défenderesse, à titre

de contribution aux honoraires d'avocats et autres frais exposés par celle-ci dans le cadre du présent arbitrage;

d) Toutes les autres demandes sont rejetées.

4 - La représentation de l'Etat dans l'exécution de la sentence arbitrale

Il ya lieu de souligner que l'Etat algérien est partie à la convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 «convention de new York» ratifiée par l'Algérie le 5 novembre 1988 de ce fait il est respectueux de ses engagements internationaux et veille à l'exécution des sentences arbitrales rendues à son encontre, les statistiques du Ministère de la Justice arrêtées en 2016 sont révélatrices de cette tendance. Cette situation découle du respect de l'ordre juridique international par l'Etat algérien, mais aussi du respect de l'exécution de la sentence arbitrale lorsqu'elle est ordonnée par le juge algérien conformément à la législation en vigueur, c'est le cas de la prise en charge par l'Etat algérien de certaines entreprises publiques économiques insolvable ou en dissolution.

L'agence judiciaire a eu à traiter d'autres dossiers dans le cadre de l'exécution des sentences arbitrales mais cette fois-ci comme défenderesse en tierce opposition.

L'agence judiciaire a eu à traiter d'autres dossiers dans le cadre de l'exécution des sentences arbitrales mais cette fois-ci comme défenderesse en tierce opposition.,

L'Etat s'implique au moment de l'exécution de la sentence arbitrale et lorsqu'elle a été

rendue contre lui, alors qu'il s'agit d'une entreprise publique ayant la personnalité morale et l'autonomie financière, c'est le

cas de certaines affaires qui ont fait l'objet d'un saisine devant le Tribunal de la chambre de commerce international (CCI) de Paris, dont le recours en annulation de la sentence arbitrale devant les tribunaux français n'a pas abouti pour différents motifs.

Lorsque le demandeur se présente devant le tribunal compétent pour exécuter la sentence rendue contre l'Etat algérien, la seule entité qui peut s'opposer à l'exécution de la sentence arbitrale lorsque celle-ci est rendue à tort contre l'Etat algérien dans le cadre des dispositions du code de procédure civile et administrative, c'est l'agence judiciaire du Trésor bien que l'entreprise partie au litige se manifeste devant les juridictions compétentes.

L'Agence ayant un mandat légal pour représenter l'Etat, elle se constitue en tierce opposition pour le défendre. Un exemple peut être cité: l'Agence s'est constituée en tierce opposition pour l'exécution d'une sentence arbitrale en apportant la preuve matérielle que cette exécution ne peut être ordonnée par le juge algérien du fait que l'Etat a déjà passé un Accord partie de règlement sur ledit litige et qu'il a déjà déboursé les montants nécessaires et que le dossier était clos.

La présentation de l'agence et de ses missions explique l'intérêt de l'agence à s'impliquer dans l'exécution des sentence arbitrales car elle doit intervenir pour la défense et la sauvegarde des intérêts de l'Etat à chaque fois qu'il y a une atteinte à l'ordre public, le dommage et les réparations exagérément évalués, le demandeur de l'exécution de la sentence n'est pas le

créancier initial partie au litige les nouveaux créanciers ne sont pas identifiés, l'absence d'équilibre entre ordre public et exécution de la sentence arbitral qui peut perturber l'équilibre économique national.

La présence de l'agence a permis à l'Etat d'apporter des moyens de preuves important concernant la défense des intérêts de l'Etat en faisant contribuer plusieurs acteurs.

II - La crise de l'arbitrage international

1 - Critiques avancées:

Le débat international sur la crise de l'arbitrage est déjà pris en charge par la CNUDCI suite à l'accord de l'assemblée général pour la création d'un groupe de travail III qui sera chargé de travailler sur les arbitrages (abusif) parallèles et la déontologie des arbitres en matière d'investissement; il est à noter que ces deux questions ont été intégrées dans l'agenda de la CNUDCI du fait des demandes de l'Etat algérien; il y a lieu de relever la question sur l'effectivité de la crise de l'arbitrage international fondée sur des réflexions d'imminents professeurs en la matière qui n'est pas passagère.

L'arbitrage international considéré comme une alternative à la justice étatique est en phase de plusieurs critiques par certains pays en raison de l'instauration supposée ou réelle d'un rapport de force entre pays riches et pays pauvres, entre petite et moyenne entreprise et firmes multinationales, voir l'actualité international?

Dans ce contexte je me permets de citer quelques exemples des critiques formulées contre l'arbitrage international à savoir: « l'expression ingérence du juge », au lieu et place d'appui, montre que le dialogue de l'arbitre et du juge prend la figure d'une concurrence, voir d'un conflit. Les griefs ne manquent pas: atteinte à l'effet relatif de la convention d'arbitrage en raison d'une extension injustifiée de la clause d'arbitrage aux tiers, consentement présumé des Etats à l'arbitrage d'investissement aux prix de contorsions juridiques décriées, remise en causes de l'autonomie juridique dans les groupes de contrats par le biais de la transmission des clauses d'arbitrage procédures parallèles, lois de police des Etats intéressés au litige délibérément ignorées, déni de justice en raison de couts prohibitifs, manque de transparence, intrusion du droit pénal, etc.

Ayant cité l'exemple algérien, je souhait m'attarder sur la question de l'arbitrage abusif ou l'arbitrage parallèle et d'autres points:

- Les arbitrages abusifs contre les Etats ou les arbitrages parallèles qui constituent un des axes des travaux du nouveau groupe de travail III qui doit tenir sa première réunion en Avril 2018 (voir le cas d'espèce, jurisprudence du CIRDI).

L'inégalité des parties, du fait du degré des développements socio-économiques des riches et des pauvres. Les pays dont l'arsenal juridique est faible se trouvent piégés par les instruments internationaux qu'ils ont ratifié notamment les traités bilatéraux qui sont exploités par des investisseurs étrangers qui n'ont aucun scrupule à dépouiller des Etat en particulier les pays africains, voir l'intervention de la BAD pour apporter son aide à certains pays pour renforcer l'arsenal juridique en matière d'arbitrage;

- Le corporatisme des arbitres;
- Les fonds vautours.

Les pays dont l'arsenal juridique est faible se trouvent piégés par les instruments internationaux qu'ils ont ratifié notamment les traités bilatéraux qui sont exploités par des investisseurs étrangers

L'arbitrage d'investissement n'est-il pas en crise aigüe au point que certains Etats ont retiré leur adhésion de la convention CIRDI du 19 mars

1965, qu'il fait débat au sein de l'union européenne et que des organisations internationales comme la CNUCED en dresse le constat.

2 - La révision de la législation de l'arbitrage et le renforcement des mécanismes de conciliation et de médiation pour la promotion de la législation interne comme moyen de garantie pour le développement des échanges commerciaux internationaux: une nécessité absolue.

Le constat négatif fait sur l'arbitrage ne

doit pas nous conduire à abandonner ce moyen alternatif qui à notre sens est réellement encadré. Au niveau national, réfléchir comment inciter les parties au contrat à recourir à l'arbitrage national, cela en amendant les textes existant et introduire d'autres textes plus explicites. il est important de souligner que la législation nationale introduite en 2008 par le législateur est suffisante mais le constat est que celle-ci intervient uniquement dans le cadre de l'exécution de la sentence arbitrale.

Donc faire en sorte que l'arbitrage soit habillé par une nouvelle vision.

Pourquoi pas des lois propres aux modes alternatifs de règlements des différends?

Faut-il considérer que notre démarche est d'endiguer tous les litiges nés à l'occasion des contrats internationaux par le recours à la conciliation ou la médiation.