Nations Unies
Commission économique et sociale pour l'Asie occidentale
(ESCWA)

Session nationale aux négociations des accords bilatéraux d'investissements

Tunis 1-5 avril 2013

Règlement des différends et TBI

Ferhat Horchani

Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis
horchani.ferhat@gmail.com

Intérêt de la question

- Règlement des litiges et climat de l'investissement

- Peu d'attention dans les APPI anciens
- Réhabilitation de l'investissement international.
- Multiplication des APPI et des litiges
- Rôle de certaines Conventions: CIRDI,MIGA, Convention de 1958…

Variété des litiges selon ses parties

- Litiges État(s)-État(s):
  - Accords bilatéraux
  - Accords multilatéraux

- **Litiges États Hôtes-investisseurs**
- **Litiges investisseurs ressortissants des deux États (d'accueil et d'origine)**
- **Litiges États Hôtes-Organismes d'assurance (MIGA…)**
- **Litiges Investisseurs-Organismes d'assurance…**

Variété des litiges selon leur objet

- **Litiges relatifs à l'interprétation et ou à l'application des conventions**
- **Litiges relatifs à la méconnaissance des Conventions**
- **Litiges contractuels**
- **Les deux derniers peuvent être concomitants**
- **Litiges relatifs au traitement**
- **Litiges relatifs à la protection. Déclin du contentieux sur les nationalisations mais recrudescence de celui résultant des troubles, guerres, de la protection de l'environnement etc.**
- **Litiges relatifs aux indemnisations**
- **Litiges relatifs aux assurances.**
- **Généralement litige relatif à la reconnaissance d'un droit ou à son étendue.**

Mécanismes de règlement des litiges État- État

- Règlement diplomatique ou non-juridictionnel:
- Consultations, négociation
- Règlement réputé échoué à partir d'un délai
- Arbitrage inter-étatique
- Composition du tribunal
- Tiers-désignateur en cas de défaut d'une partie ou des arbitres
- Application du droit international
- Décision obligatoire et définitive

Mécanismes de règlement des litiges État- Investisseur (1)

- **Règlement amiable**
- **Conciliation et médiation**
- **Transaction: non juridique, non-obligatoire**
- **Procédures libres ou dans le cadre d'une institution: CCI, CIRDI, OMPI etc.**
- **En cas d'échec recours à la procédure juridictionnelle**
- **Recours aux tribunaux étatiques (bon fonctionnement de la justice, procès équitable,transparence)**
- **Parfois recours obligatoire**
- **Souvent c'est l'investisseur qui choisit soit ce recours soit l'arbitrage**
- **Choix irréversible (en principe)**

Mécanismes de règlement des litiges État- Investisseur (2)

1- Arbitrage ad-hoc:

- ✓ Soit libre
- ✓ Soit par référence à un modèle: règlement de la CNUDCI

2- Arbitrage institutionnel: règlement d'un centre:

- **Régional**
- **International : CCI, CIRDI…**
- **Dans les APPI recours fréquent au CIRDI parfois à l'arbitrage CCI**

Mécanismes de règlement des litiges État- Investisseur (3)

- Autonomie de l'arbitre:
- Compétence –Compétence
- Autonomie à l'égard des parties
- Autonomie à l'égard des tribunaux internes
- Exclusivité de l'arbitrage:
- Renonciation à tout autre recours
- Renonciation à la protection diplomatique

Mécanismes de règlement des litiges État- Investisseur (4)

- Immunité du consentement:
- Autonomie de la clause compromissoire : contrat autonome

➢ Obligations des arbitres:

- Indépendance et impartialité
- Respect des règles de la procédure: procès équitable. Règles d'ordre public

Mécanismes de règlement des litiges État- Investisseur (5)

- **Droit applicable (Ad-hoc):**
- **Principe de l'autonomie de la volonté**
- **Application d'un droit étatique ou de plusieurs droits, du droit international et des usages: lex mercatoria**

- **Droit applicable (Arbitrage institutionnel): Cirdi**
- **Article 42 :**
- **Droit choisi par les parties sinon**
- **Droit de l'État hôte ainsi que les principes du droit international**

Mécanismes de règlement des litiges État- Investisseur (6)

- Sentence:
- Obligatoire mais non exécutoire d'elle-même (sauf sentence CIRDI)
- Nécessité de l'exequatur (convention de New-York de 1958)

- **Sentence définitive: pas d'appel**
- **Contrôle restrictif du juge national en matière d'annulation ou de refus d'exequatur (en cas de d'absence d'une convention d'arbitrage, de non respect d'une règle de procédure, de contrariété avec l'ordre public)**

Fonctionnement des clauses CIRDI dans les APPI

- *La plupart des APPI* contiennent une clause CIRDI: recours exclusif ou alternatif
- ALENA
- Traité sur la Charte de l'énergie

- **Peu d'affaires sur la base d'une clause compromissoire**
- **Ou d'un compromis**
- **Ou d'un code des investissements**
- **La plupart sur la base d'un Traité bi ou multilatéral**
- **Consentement dissocié anticipé ou carte blanche**

Compétence du CIRDI (1)

- Hypothèse lorsque le consentement trouve son fondement dans un APPI
- Les arbitres doivent examiner et s'assurer de leur compétence dans les deux accords.

- **Article 25 : trois conditions:**
  - **Différend d'ordre juridique en relation directe avec un investissement**
  - **Entre un ressortissant et un État**
  - **Consentement écrit**

Compétence du CIRDI (2)

condition de l'investissement

- **Affaire Fedax c. Venezuela: billets à ordre:**
- **Le Tribunal:**
- **art.25 : pas d'exigence que l'inv. soit direct**
- **Définition de l'investissement: apport, durée, risque, développement économique**
- **Affaire CSOB c. Slovaquie:**
- **Prêt bancaire destiné à couvrir des pertes(pas d'apport)**
- **Le Tribunal: obligation faisant partie d'une transaction générale assimilable à un Inv. au sens de l'art.25**

Compétence du CIRDI (3)

condition de l'investissement

- **Affaire Salini c. Maroc:**
- **Construction d'une portion d'autoroute**
- **Maroc: contrat d'entreprise**
- **Tribunal: constate : l'apport, durée, risque, développement.**
- **Éléments interdépendants: Inv. au sens de l'art.25**
- **Affaire Mihaly c. Sri-Lanka:**
- **Dépenses pré-contractuelles:**
- **Le Tribunal: circonstances de l'espèce: ce n'est pas un Inv.**
- **Si circonstances différentes: Inv au sens de l'art.25**

Compétence du CIRDI (4)

Étendue du litige

- **Affaire CGE c. Argentine:**
- **Résiliation d'un contrat conclu avec une province contenant la juridiction des tribunaux locaux**
- **Recours au CIRDI sur la base du traité**
- **Compétence du Tribunal**
- **Même type de décision dans d'autres affaires:**
- **Compétence pour examiner les demandes relatives à la violation du traité mais non celles du contrat**

Compétence du CIRDI (6)

CNPF et clause de règlement plus favorable

- **Affaire Maffezini c. Espagne:**
- **Mécanisme de règlement des litiges lié à la protection des Inv.**
- **Une clause de règlement des litiges plus favorable peut être étendue en vertu de la CNPF.**
- **Mais caractère exceptionnel**
- **Libellé de la CNPF**
- **Ordre public**
- **La CNPF ne peut contourner une obligation précise d'épuisement des recours locaux**