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

Le Traitement juste et équitable

par Ferhat Horchani

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

La présentation a été inspirée des travaux de la CNUCED en matière d'AII

origine historique

- Charte de la Havane 1948
- Projet de code de l'OCDE sur la protections des biens étrangers 1967

introduction

- La plupart des APPI contiennent une clause de TJE.
- Divergences quant au contenu et au sens de cette disposition.
- Utilisation de différentes formulations:
  - « traitement loyal et équitable »
  - « traitement équitable »
  - « traitement juste et équitable

définition

- C’est un standard accordé par l’Etat d’accueil conforme au droit international coutumier et aux exigences de la justice et de l’équité indépendamment du traitement accordé par l’Etat à ses nationaux ou autres étrangers.

définition

- Donc traitement absolu
- Traitement autonome par rapport au TN et au TNPF
- Question: quel est le Traitement le plu favorable ? TJE ou TN-TNPF
- Cela dépend des contextes particuliers

définition

- TJE équivalent au standard minimum international: Le standard minimum international (SMI) requiert l'existence d'obligations de droit international coutumier obligeant l'État à accorder aux investisseurs étrangers un certain niveau de traitement, quelque soit le traitement réservé à ses propres nationaux

définition

- Ou TJE : standard autonome et contient donc d'autres principes qui vont au-delà du standard international minimum

définition

- Juste et équitable : un seul ou 2 standards distincts ?
  1. « juste » et « équitable » : 2 standards distincts ;
  2. « juste et équitable » éléments d'un seul et même standard.

Arguments en faveur d'un seul standard :

- Termes similaires ; difficile de d'identifier une mesure qui serait juste mais pas équitable et vice-versa ;
- Les AII récents prévoient un seul et même standard :

Arguments en faveur de deux standards: la justice(définie comme la conformité au doit) n'est pas toujours l'équité

exemples

المادة الثالثة

المعاملة العادلة و المنصفة

على كل طرف متعاقد ، وطبقاً لمبادئ القانون الدولـــي ، أن يقـدم المعاملـــة العادلة والمنصفة لاستثمارات مواطني أو شركات الطرف الآخر في إقليمه .

exemples

المادة الثالثة
المعاملة العادلة والمنصفة

١) على كل طرف متعاقد ، وطبقا لمبادئ القانون الدولي، أن يقدم المعاملة العادلة والمنصفة لاستثمارات مستثمري الطرف الآخر في إقليمه.

٢) لا يجوز لأي طرف متعاقد أن يتخذ تدابير تمييزية تعرقل تسيير استثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر المقامة على إقليمه أو صيانتها أو إستغلالها أو الانتفاع بها أو التصرف فيها.

٣) تتمتع عوائد الاستثمار في حالة إعادة استثمارها طبقا لقوانين أحد الطرفين المتعاقدين بنفس الحماية التي يتمتع بها الاستثمار الأصلي.

exemples

المادة الثالثة
حماية الاستثمارات

يلتزم الطرفان المتعاقدان بمنح المعاملة العادلة والمنصفة لاستثمارات المستثمرين من الطرف المتعاقد الاخر . كما يلتزمان أيضا بألا تكون إدارة أو صيانة أو استخدام أو تحويل أو التمتع أوالتنازل عن الاستثمار الذي يقوم به المستثمرون التابعون لأحد الطرفين المتعاقدين في اقليم الطرف المتعاقد الآخر ، وكذلك الشركات والمشاريع التي تمت فيها هذه الاستثمارات خاضعة مطلقا لأية اجراءات تمييزية أو غير مبررة قانونا .

exemples

- المادة .....

- **PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENT**
- (1) Each Contracting Party shall encourage and create favourable conditions for investors of the other Contracting Party to make investments in its territory, and admit such investments in accordance with its laws.
- (2) Investments and returns of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment in the territory of the other Contracting Party.

Pas d’exceptions

- Le TJE ne permet pas d’exceptions contrairement au TN et au TNPF

Contenu du TJE

- Non défini par les TBI
- Rôle de la jurisprudence: attentes légitimes de l'investisseur
- Affaire Siemens /Argentine 2007

« The fair and equitable treatment includes ➢ the frustration of expectations that the the investor may have legitimately taken into account when the investment »

TJE: attentes légitimes de l'investisseur

- Le comportement de l'Etats doit être:
- 1) transparent
- 2) cohérent
- 3) prévisible

➢ Affaire Methalclad etc.

Options pour les négociateurs

- Option 1: pas de référence au TJE ;
- Option 2: la clause exhortatoire ;
- Option 3: différentes formulations créant une obligation;
- Option 4: combinaison avec d'autres standards de traitement ;
- Option 5: combinaison TJE et standard minimum international.

Implications et options pour les négociateurs

- Introduction
- Conséquences économiques et en matière de développement.
- Options pour les négociateurs :
  - Option 1: pas de référence au TJE ;
  - Option 2: la clause exhortatoire ;
  - Option 3: différentes formulations créant une obligation;
  - Option 4: combinaison avec d'autres standards de traitement ;
  - Option 5: combinaison TJE et standard minimum international.

Implications et options pour les négociateurs

Les pays d'accueil cherchent à encourager et à promouvoir l'investissement en offrant un standard de protection.

- Accompagne un effort de promotion de l'investissement ;
- Combiné avec d'autres standards, il améliore le climat de l'investissement

Option 1 : pas de référence au TJE

- Si les Parties décident de ne pas prévoir de la clause de TJE, il peut se présumer;
- Dans ce cas, d'autres standards de traitement (TN-NPF) sont accordés et offrent un certain degré de protection ;
- Mais l'absence de TJE peut inquiéter les investisseurs potentiels.

Option 2 : la clause exhortatoire

- Ne crée pas d'obligation de TJE ;
- Flexibilité pour les pays hôtes : le standard de traitement est celui que prévoit le droit interne ;
- Dans des AII multilatéraux, il fixe des objectifs de mise en œuvre dans des accords bilatéraux ou régionaux ;
- Peu fréquent dans la pratique contemporaine.

Option 4 : combinaison avec d'autres standards de traitement

Utilisation fréquente dans les AII modernes.

Une combinaison avec le traitement NPF-TN peut offrir une protection juridique accrue.

Option 5 : combinaison TJE et standard minimum international

La référence aux deux termes est rare en pratique.

Pratique américaine.

Le SMI peut être introduit par une formulation telle que « protection pleine et entière ».