

**L'Arbitrage dans  
les traités bilatéraux  
d'investissement :  
Realites et Perspectives**

**Aboubacar FALL  
Avocat**

**Président du Conseil de  
Gestion de la Facilité  
Africaine de Soutien  
Juridique**

# Plan

## Introduction

- I. **Définition du traité bilatéral d'investissement (TBI)**
- II.
- III. **Détermination de la notion d'investisseur**
- IV.
- V. **Historique de l'arbitrage dans les TBI**
- VI.
- VII. **Evaluation de la mise en œuvre de l'arbitrage dans les TBI**
- VIII.
- IX. **Critiques de l'arbitrage dans les TBI**
- X.
- XI. **Propositions de solutions**

# Définition du TBI

## Exemple :

**Si le Sénégal et le Canada signent un TBI , la société canadienne qui investit au Sénégal bénéficie des dispositions de cet Accord qui garantit son investissement notamment contre le risque politique (expropriation, nationalisation, restrictions de rapatriement de capital ou de bénéfices etc. )**

**L'objet du TBI est donc , en dernier ressort , de protéger les avoirs étrangers sur le territoire de chacun des Etats signataires .**

**Au Canada les TBI sont appelés :**

**Accords de promotions et de protection de l'investissement étranger**



# DETERMINATION DE L'INVESTISSEUR

**Qui est l'INVESTISSEUR qui peut bénéficier de cette protection?**

**Même s'il n'est pas nommément désigné il est identifiable à partir d'un critère : le lien de NATIONALITE .**

**La détermination de l'investisseur étranger protégé est une question essentielle pour l'Etat signataire d'un TBI.**

**(voir ICSID –société de droit local-contrôle majoritaire à l'étranger).**

## **Conséquence importante :**

**L'investisseur étranger a recours directement à l'arbitrage au cas de différend avec l'Etat d'accueil – Ceci est une exception à la règle de la compétence des juridictions de l'Etat dans lequel le différend est né ou le dommage subi.**

# Historique de l'arbitrage dans les TBI

**Profitant de la vague de décolonisation qui a suivi la fin de la seconde guerre mondiale, de nouveaux Etats sont apparus sur la scène internationale et ont adopté des politiques économiques de type socialiste qui ont conduit à des nationalisations, expropriations, réquisitions d'investissements étrangers sur leur territoire.**

**CHILI (cuivre -Allende)**

**EGYPTE ( canal de Suez - Nasser)**

**Algérie (hydrocarbures-Boumediene /FLN )**



**Entre 1960 et 1977 , il y a eu 98 cas d'expropriation fondés sur les deux (2) arguments suivants :**

- **Il n'y a pas de droits acquis ,donc l'Etat peut revenir sur les contrats de concession conclus par l'ancienne puissance coloniale.**
- 
- **Toute compensation doit être déterminée selon le droit de l'Etat d'accueil.**
-

## **Rappel :**

**En principe , tout différend survenu sur le territoire d'un Etat doit être réglé par juridictions de cet Etat .**

**Mais , déséquilibre existant entre :**

- ✓ **Un souverain ( prérogatives de puissance publique )**
- ✓ **Un investisseur ( entité privée )**
- ✓ **Suspicion légitime de partialité des juridictions nationales**
- ✓ **Méconnaissance du droit international des investissements par les juridictions nationales**

✓



## **Recours à l' ARBITRAGE qui est une procédure :**

- **Plus rapide**
- **Moins onéreuse (coûts)**
- **Plus flexible**
- **Plus spécialisée etc.**

**14 Octobre 1966 : entrée en vigueur de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ( Convention du CIRDI )**





## **Evaluation de la mise en œuvre des clauses d'arbitrage dans les TBI**

**C'est en 1968 que sont apparus les premiers clauses d'arbitrage dans les TBI entre Etat et investisseurs.**

**Avant cette date , l'arbitrage dans les TBI était uniquement réservé au règlement des différends entre Etats**

### **Quelques chiffres :**

**A la fin de 2013 la CNUCED a recensé plus de**

- ✓ **350** procédures d'arbitrage résultant de TBI
- ✓ **200** procédures devant le CIRDI
- ✓ **80** procédures selon le Règlement de la CNUDCI
- ✓ **14** procédures selon le Règlement de la Chambre de Commerce de Stockholm.

**Le reste des procédures ont été portées devant des centres internationaux ou régionaux d'arbitrage**

# Critiques de l'arbitrage dans les TBI

**La prolifération des procédures d'arbitrage dans les TBI a mis en évidence les maux dont souffre l'institution de l'arbitrage , en général :**

- **sa judiciarisation**
- **la longueur des procédures**
- **les couts de plus en plus élevés des procédures etc...**

- **Problème Majeur :**

**La procédure d'arbitrage s'achève par le prononcé d'une décision ( la sentence) désignant un gagnant et un perdant qui , en général, doit payer des compensations financières .**

- **Conséquence :**

**La relation ( à l'origine de la décision d'investissement) est définitivement rompue, l'investisseur , en général, devient *persona non grata* dans l'Etat d'accueil.**

# Propositions de solutions

**Plusieurs pistes de réformes ont été avancées par la pratique et les chercheurs.**

**Les cinq (5) propositions les plus significatives sont les suivantes :**

- 1. Promouvoir les modes alternatifs de règlement des différends (médiation , notamment )**
- 2. Maintenir le système actuel en réformant certains aspects par l'introduction (i) d'un délai de prescription pour la présentation de certaines demandes ou (ii) d'éléments de transparence , notamment en faveur des ONG ( accès aux procédures)**



- 3. (i) Limiter le recours à l'arbitrage en exigeant que l'investisseur épuise d'abord les voies de recours disponibles dans l'Etat d'accueil ou (ii) excluant de l'arbitrage certaines demande**
- 4. Introduire une procédure d'appel à l'encontre des sentences arbitrales afin de corriger certaines erreurs et d'assurer une certaine prédictibilité (a l'exemple du dispositif d'appel de L'OMC.)**
- 5.**
- 6. Créer une cour permanente de l'investissement international.**

**NB : Toutes ces options présentent des avantages et des inconvénients.**

## **La Médiation comme moyen de règlement des différends entre Etat et Investisseur :**

**La solution de la médiation a commencé à être sérieusement étudiée et utilisée les parties l'utilisent avant ou pendant la procédure d'arbitrage .**

**En octobre 2012 IBA a adopté des règles destinées à faciliter la mise en œuvre de la médiation dans les différends entre Etat et Investisseur.**

**Avantages :** Souplesse, flexibilité, formalité minimum , conférence pré- médiation , possibilité de Co -médiation ( barrière de la langue) contrôle de la procédure par les parties , confidentialité ...

**Inconvénients :** Aucune indication de la façon de mettre en œuvre la clause de médiation les parties n'ont ni l'expérience de la médiation, ni la formation qui convient.

# Conclusion

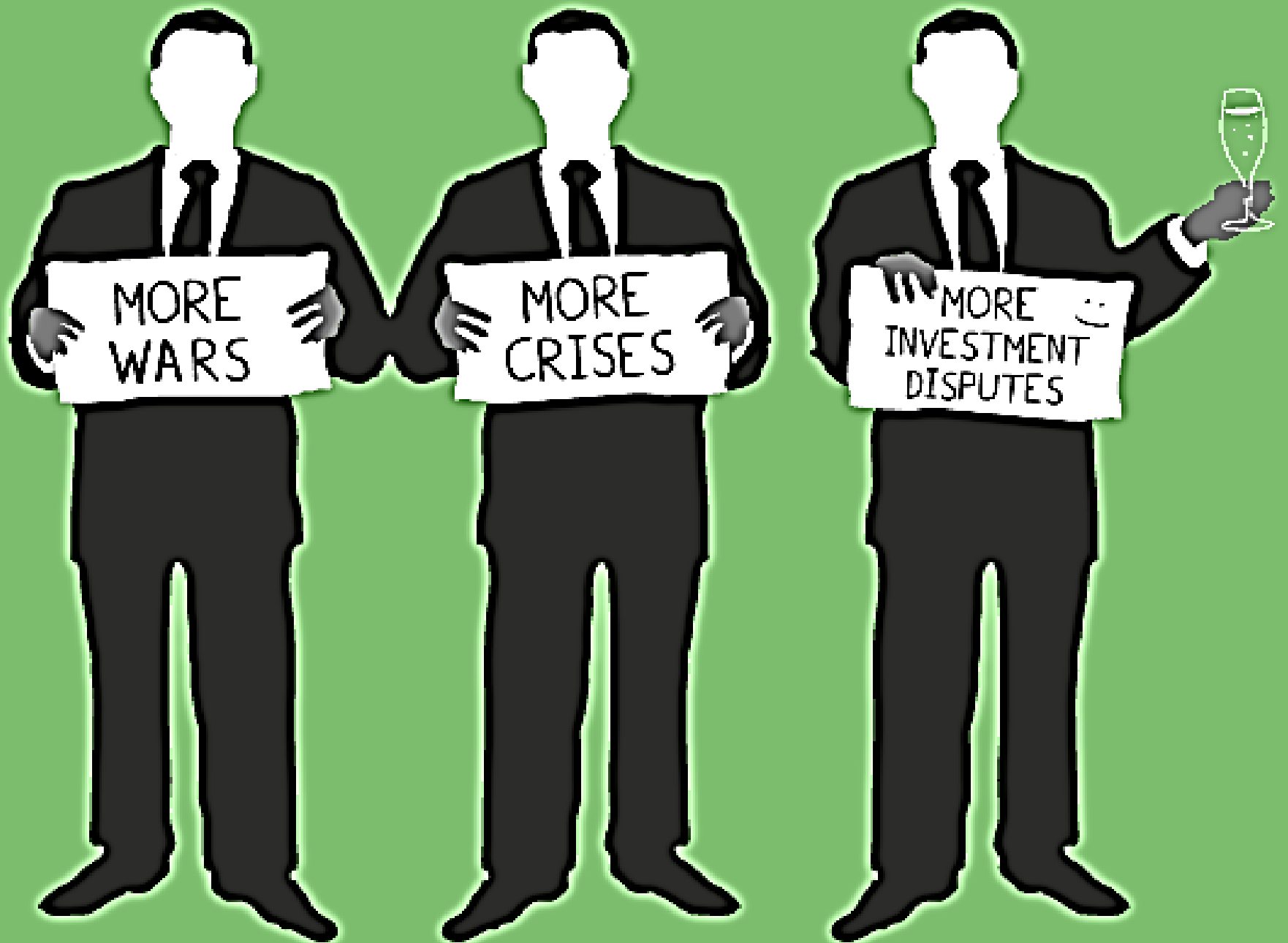
**Aujourd'hui l'arbitrage dans le TBI subit de nombreuses critiques :**

**Les raisons sont multiples , comme on l'a exposé plus haut .**

**Des solutions proposées, celle relative à l'introduction de la médiation semble emporter la faveur des parties (Etat – Investisseur) .**

**Toutefois , des efforts de vulgarisation des techniques de médiation et de formation des représentants des parties constituent un impératif incontournable.**

**Les Professionnels du droit ont , à notre avis, un rôle important à jouer dans la promotion de la médiation en tant que mode alternatif de règlement des différends entre investisseur et Etat .**



MORE  
WARS

MORE  
CRISES

MORE  
INVESTMENT  
DISPUTES



**« Why do Law Firms deal with investment Law ?**

**One reason is clear : because of the money. (...) Cases are incredibly long , incredibly complex and you make a lot of money. »**

**Lars Market , Gleiss Lutz**

