

الأمم المتحدة
اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا - اسكوا

ورشة عمل وطنية حول المفاوضات الخاصة بالاتفاقيات
الثنائية للاستثمار

Les umbrella clauses : faut il les prévoir ?

par Ferhat Horchani

Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de
Tunis.

orhani.ferhat@gmail.com

définition

- Appelés aussi clause ascenseurs ou respect des engagements sont des dispositions conventionnelles en vertu desquelles l'Etat d'accueil s'engage à respecter les engagements contractuels conclus avec les investisseurs de l'Etat d'origine de l'investissement.

Charte de l'énergie

الفصل 10

النهوض بـ و حماية و معاملة الاستثمارات²⁰

(1) يتعين على كل طرف متعاقد طبقاً لأحكام هذه المعاهدة، أن يشجّع و يوفر ظروفاً مستقرةً و منصفة و ملائمة و شفافة للمستثمرين من أطراف متعاقدة أخرى، و ذلك لتوظيف استثمارات في مجاله . و إن مثل هذه الظروف لا بدّ أن تتضمن تعهداً بأن تمنح، في كلّ وقت، لاستثمارات المستثمرين لأطراف متعاقدة أخرى ، معاملة عادلة و منصفة. و مثل هذه الاستثمارات لا بدّ أن تتمتع أيضاً بالحماية الثابتة و الأمان، و لا ينبغي لطرف متعاقد بأي شكل، أن يدخل اضطراباً بتدابير غير معقولة و تمييزية على إدارتهم و تصرفهم و انتفاعهم و تمتعهم باستثمارهم، و لا توجد حالة لا يمكن أن تمنح فيها مثل هذه الاستثمارات معاملة أقلّ حظوة من تلك التي يقضي بها القانون الدولي، بما في ذلك الإلتزامات التعاهدية²¹ ، و يتوجب على كلّ طرف متعاقد مراعاة أية إلتزامات أبرمها مع مستثمر أو استثمار أحد المستثمرين لأي طرف متعاقد آخر²²

Effets des clauses

- Modifie la nature des violations contractuelles par l'Etat d'accueil qui deviennent des violations conventionnelles donc du droit international
- Le juge du traité (arbitrage CIRDI par exemple) devient le juge du contrat: tribunaux internes ou autre arbitrage ad-hoc

La formulation variée de ces clauses

- Formulation large: tous les engagements
- Formulation restrictive : engagements contractuels

(•

Effets des clauses

Ces clauses ont donné naissance à deux types •
de réclamations:

- 1) Treaty claims : arbitre compétent
- 2) Contract claims : juge interne compétent par
ex

Effets des clauses

- Les umbrella clauses sont de nature à transformer les réclamations contractuelles en réclamations conventionnelles

Exemples d'exceptions

- Certains accords excluent les réclamations contractuelles de la compétence des arbitres : modèle américain et ALE USA-CHILI
- Que faire en cas de silence des conventions : application du principe général : contract claims et treaty claims
- En droit international la violation contractuelle ne peut entraîner la responsabilité de l'Etat que si elle constitue une violation du droit international.

Jurisprudence instable

- 1) première affaire SGS/Pakistan 2003 ; l'arbitre a refusé d'examiner les réclamations contractuelles en raison de la formulation de l'umbrella clause
- 2) SGS/Philippines 2004 a jugé en sens contraire
 - *et dans le même sens Salini c/ Maroc, Vivendi c/ Argentine*
- 3) *Salini c/ Jordanie 2004 l'arbitre n'a accepté d'examiner que réclamations fondées sur la convention, Sauf si le TBI le prévoit expressément*
 - 3) *contradictions*

Joy Mining Machinery Limited C/Egypte

- L'article 2(2) de ce traité dispose en effet que « *[e]ach Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party .*
- la sentence *Joy Mining* affirme que l'« *on ne saurait admettre que l'insertion d'une umbrella clause dans le Traité, et encore de manière pas très proéminente, puisse avoir pour effet de transformer tout différend contractuel en un différend relatif à un investissement en application du Traité, à moins bien sûr qu'il y ait une violation claire des droits et obligations nés du Traité ou une violation d'obligations contractuelles d'une telle ampleur qu'elle déclenche la protection du Traité, ce qui n'est pas le cas en l'espèce* » (sentence, n° 81).

Leçon à tirer

- Les effets des umbrella clauses dépendent au regard de la jurisprudence de leur formulation et donc de la négociation des TBI
- Mais il est préférable de ne pas les prévoir