

الأمم المتحدة
اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا - اسكوا

ورشة عمل وطنية حول المفاوضات الخاصة بالاتفاقيات الثنائية
للاستثمار

la rédaction de la clause du Traitement juste et
équitable

par Ferhat Horchani

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

horhani.ferhat@gmail.com

introduction

- La plupart des APPI contiennent une clause de **traitement juste et équitable**.
- Divergences quant au contenu et au sens de cette disposition.

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

examples

المادة الثالثة المعاملة العادلة والمنصفة

على كل طرف متعاقد ، وطبقاً لمبادئ القانون الدولي ، أن يقدم المعاملة العادلة والمنصفة لاستثمارات مواطني أو شركات الطرف الآخر في إقليمه .

exemples

المادة الثالثة العاملة 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

- Article IX
- 1) Chaque Partie Contractante assurera un traitement juste et équitable aux investissements des ressortissants de l'autre Partie Contractante et n'entravera pas, par des mesures injustifiées ou discriminatoires, leur gestion, leur entretien, leur utilisation, leur jouissance ou leur liquidation.

exmples

- **ARTICLE 3**
- **TRAITEMENT DES INVESTISSEMENTS**
- 1. Chaque Partie Contractante assure sur son territoire aux investissements de l'autre Partie Contractante un traitement juste et équitable, qui n'est pas moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements de ses propres investisseurs, conformément à ses lois et règlements, ou aux investissements de la nation la plus favorisée, si ce dernier est plus favorable.

exemples

- Les investissements réalisés par des investisseurs de l'une des Parties au sein du territoire de l'autre Partie, ainsi que leurs revenus, font l'objet **d'un traitement juste et équitable** et non moins favorable que celui accordé par cette dernière Partie aux investissements de ses propres investisseurs ou d'investisseurs d'Etats tiers.
- Chacune des Parties accorde aux investisseurs de l'autre Partie en ce qui concerne la gestion, le maintien, l'utilisation, l'usufruit ou la disposition des investissements réalisés sur son territoire, **un traitement juste et équitable** et non moins favorable à celui accordé à ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'États tiers.

exemples

المادة الثالثة حماية الاستثمارات

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

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

Nouvelle génération d'accords :

- **ARTICLE 10.5 : NORME MINIMALE DE TRAITEMENT** ¹
-
- Chacune des Parties accordera aux investissements couverts un traitement conforme au droit international coutumier, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.
- Pour plus de certitude, le paragraphe 1 prescrit la norme minimale de traitement des étrangers, en vertu du droit international coutumier comme **étant la norme minimale de traitement à conférer aux investissements couverts**. Les notions de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » n'exigent **pas un traitement en sus ou au-delà de celui qu'exige ladite norme et ne créent pas de droits essentiels supplémentaires**. L'obligation énoncée au paragraphe
- de fournir:

➤ **limiter l'extension de la norme de TJE**

Nouvelle génération d'accords

- L'obligation énoncée au paragraphe de fournir :
 - « un traitement juste et équitable » inclut l'obligation de ne pas refuser le recours à la justice pour toute procédure judiciaire au niveau pénal, civil ou administratif conformément au principe de la primauté du droit incarné dans les principaux régimes juridiques du monde ; et
 - « protection et sécurité intégrales » exige que chacune des Parties assure le degré de protection policière requis en vertu du droit international coutumier.
 - Une décision judiciaire établissant le manquement à une autre disposition du présent accord, ou d'un accord international distinct, n'établit pas qu'il y a violation des dispositions du présent article

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 rédacteurs

- 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 All 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 ».

➤ Limiter le TJE par le droit coutumier