



Les garanties juridiques aux investisseurs étrangers: le CIRDI, un jugement neutre et indépendant ?

Jihen Chandoul, mai 2014

L'idée selon laquelle un pays doit attirer les investissements directs étrangers (IDE) afin de développer le pays, a poussé les pays en voie de développement à accorder toutes les garanties économiques, politiques et juridiques favorables aux investisseurs étrangers parfois même au détriment des intérêts de la communauté nationale. C'est ce qui est communément appelé la «*politique de la porte ouverte*».

Parmi ces garanties, il y a la garantie juridique d'un arbitrage international dit impartial et efficace c'est à dire un jugement neutre et indépendant s'il y a un conflit entre l'Etat et l'investisseur étranger. Ainsi, l'arbitrage privilégié par les investisseurs étrangers dans les traités bilatéraux d'investissement ou les lois d'investissement est le Centre International de Règlements des différends des investissements (CIRDI).

Dans le nouveau code d'investissement, projet de loi qui a été déposé à l'Assemblée nationale constituante en janvier 2014, les autorités tunisiennes ont accordé cette garantie juridique dans l'article 52 à tous les investisseurs étrangers quelque soit leur nationalité: tous peuvent recourir directement au CIRDI contre l'Etat tunisien en cas de litige sans passer par un tribunal national. Nous analyserons dans cet article les implications de cet article et comment le nouveau code d'investissement fait «sauter un verrou» dangereux pour l'intérêt national en termes d'arbitrage.

1. Le fonctionnement du CIRDI : un tribunal international indépendant et neutre?

a. Le CIRDI : le tribunal de la Banque mondiale ?

C'est la Banque Mondiale qui a créé ce Centre International de Règlement des Différends des Investissements (CIRDI), un tribunal de règlement des litiges



entre Etats hôtes et investisseurs étrangers. La convention de Washington du 18 mars 1965¹ mettant en place le CIRDI a été rédigée entre 1961 et 1965 par le

Conseiller juridique de la Banque Mondiale de l'époque, Aron Broches². Les principaux organes qui ont participé étaient le département juridique de la Banque Mondiale, les Administrateurs de la Banque Mondiale et une série de réunions régionales auxquelles les experts de 86 États ont participé.

Le conseil d'administration du CIRDI est composé d'un représentant de chaque Etat ayant contracté la convention et il est présidé de plein droit par le président de la Banque mondiale (sans que celui-ci n'ait le droit de vote). D'après les différents rapports annuels de l'institution, les dépenses administratives du CIRDI sont financées par la Banque Mondiale (BIRD) et le siège du CIRDI se trouve à la Banque Mondiale.

Le CIRDI fait partie des cinq institutions du groupe de la Banque mondiale :



Ainsi, du fait même de sa dépendance financière et matérielle au groupe de la Banque mondiale, des critiques quant à son indépendance peuvent être soulevés. En effet, la coexistence au sein du groupe de la Banque mondiale de la SFI, qui agit en tant qu'investisseur étranger dans les Etats hôtes, et du CIRDI qui juge les litiges entre ces mêmes investisseurs et les Etats hôtes pose la question de la neutralité et du conflit d'intérêt.

L'objectif de la Convention était de créer un tribunal international en mesure de juger de manière neutre et impartial les litiges entre Etat et investisseurs étrangers.

Article 1 & 2 de la Convention de Washington

¹https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf

²http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/EXTARCHIVES/0,,contentMDK:64055943~menuPK:64319213~pagePK:36726~piPK:36092~theSitePK:29506_00.html



L'objet du Centre est d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants, conformément aux dispositions de la présente Convention.

Bien que l'idée paraisse alléchante, l'analyse du fonctionnement de ce tribunal et des différents jugements mettent en lumière un certains nombres de critiques. Il est à noter par ailleurs que la plus grande proportion des affaires concerne le secteur pétrolier, minier et gazier.

b. Un système arbitral déséquilibré dans son fondement même : les traités bilatéraux d'investissement

Le fondement juridique du recours au CIRDI pour les litiges entre Etats et investisseurs étrangers est basé principalement (entre 70 et 80% des affaires) sur les clauses des traités bilatéraux d'investissement (TBI). Moins de 10% des affaires sont fondées sur la loi d'un Etat hôte, à savoir un code d'investissement comme ce sera le cas avec le nouveau code d'investissement tunisien.

Ainsi, l'Etat donne son consentement préalable dans un texte de portée générale comme un code d'investissement ou un accord/Traité Bilatéral de Protection des investissements (TBI ou AAPI) ou encore un accord régional de libre échange. La différence entre les deux types de textes est que pour le cas du code d'investissement, tous les investisseurs étrangers peuvent porter plainte au CIRDI contre l'Etat en cas de conflit alors que pour les Traités (TBI ou AAPI, accord de libre échange) seuls les investisseurs étrangers du ou des pays avec qui l'Etat hôte a ratifié le traité peuvent y recourir.

L'importance des TBI pour les investisseurs étrangers ne fait aucun doute. Dans ces traités, chaque Etat promet à l'autre Etat de protéger les investissements effectués sur son territoire par les « ressortissants » (qui peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales) de cet autre Etat. Le traité comprend des clauses matérielles, par lesquelles chaque Etat s'engage :

- à ne pas exproprier sans indemnité
- à accorder un traitement juste et équitable
- à assurer à l'investisseur une protection et une sécurité pleines et entières, un traitement non discriminatoire et, souvent, un **traitement non moins favorable** que celui donné à ses propres ressortissants (traitement "national") ou que le traitement accordé aux ressortissants de la nation la plus favorisée, si celui-ci est plus avantageux (traitement "de la nation la plus favorisée").

Patrick Juillard, professeur en droit des relations économiques internationales à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I), explique les origines du déséquilibre fondamental de l'arbitrage CIRDI dans le système même du TBI: « *ce sont des conventions bilatérales de promotion et protection des*



*investissements. De quoi s'agit-il ? Il s'agit de promouvoir des investissements. Donc on va accorder des droits aux investisseurs. Qui a des droits, a normalement des devoirs. Et bien l'investisseur n'en a pas, en tout cas pas dans les conventions bilatérales³. Et si par conséquent on prend le problème de l'autre côté, cela veut dire que les Etats contractants ont des devoirs vis-à-vis des investisseurs et qu'ils n'ont pas de droits. Sur quoi par conséquent peut porter un contentieux arbitral lié à l'investissement dans une convention bilatérale ? **Il ne peut porter que sur les droits des investisseurs. Il ne porte jamais sur les droits des Etats. Et c'est la même le déséquilibre fondamental** : c'est que jamais l'Etat, même s'il est en position de demandeur (auprès du CIRDI), n'a de droit à faire valoir parce que la convention bilatérale ne lui en reconnaît aucun»⁴.*

Le nouveau code d'investissement tunisien généralise ce déséquilibre à tous les investisseurs étrangers quelque soit leur nationalité. On constate que dans le nouveau code, l'Etat tunisien accorde:

- beaucoup de droits aux investisseurs étrangers (article 10 à 14): la clause de traitement national, le rapatriement des bénéfices, la protection de la propriété intellectuelle. L'article 14 va même jusqu'à préciser que les amendements du législateur sur ces droits ne peuvent s'appliquer, ce qui semble tout à fait illégale. Nous considérons cet article comme du zèle de la part des auteurs du code.

- et peu de devoirs (article 15). Seul l'article 15 évoque les devoirs de l'investisseur étranger envers l'Etat qui sont les suivants: « l'investisseur étranger de respecter la législation en vigueur et ainsi fournir tous les documents demandés dans le cadre de l'application des dispositions de ce code et ses textes d'applications tout en assurant l'exactitude et l'exhaustivité des informations fournies.

Cela confirme le déséquilibre souligné par le Professeur Patrick Julliard. **Si un investisseur étranger porte plainte contre l'Etat tunisien, l'Etat n'aura aucun droit à faire valoir contrairement à l'investisseur étranger. De plus, par le nouveau code d'investissement, ce déséquilibre ne s'applique plus seulement à certaines nationalités (selon le traité ou l'accord bilatéral ou régional signé avec la Tunisie) mais à toutes les nationalités. Au lieu de s'octroyer plus de droits à travers ces lois, l'Etat tunisien généralise ce système déséquilibré par son nouveau code d'investissement.**

Ce déséquilibre est d'autant plus aggravé par le phénomène de la « modélisation des contrats » et notamment des TBI : en effet les modèles de

³C'est ce que l'on observe par ailleurs dans le nouveau code d'investissement

⁴ Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements, Sous la direction de: Charles Leben, Bib. de l'Institut des hautes études internationales de Paris, p 190-191



convention nous proviennent essentiellement des pays « développés » à savoir l'Union européenne ou les Etats Unis ce qui crée un rapport de force en faveur de la partie étrangère qui négocie. La négociation conventionnelle se passe de la manière suivante : le pays « développé » envoie son modèle de convention à l'Etat qui signe et renvoie la convention. L'inégalité entre les deux parties est donc à la base du texte sur lequel se fonde le litige. Par conséquent cela nuit à tout l'équilibre du système arbitral. Par ailleurs, ce constat ne devrait pas avoir lieu avec le code d'investissement puisque c'est l'Etat qui rédige son propre code. Or, comme nous l'avons démontré dans l'épisode 2, c'est la SFI, investisseur de la banque mondiale, qui est l'auteur de ce code⁵.

Comme le résume le professeur Philippe Kahn, spécialiste en droit international économique : « (...) *l'investisseur étranger devient le bénéficiaire d'un système où l'on pourrait reprendre la formule déjà opposée à l'AMI (négociation de l'accord multilatéral sur l'investissement) « trop de droits aux investisseurs et de devoirs à l'Etat »* ».

- Le TBI est ainsi par essence déséquilibré en termes de droits et devoirs des investisseurs et ceux des Etats et c'est le cas également comme nous l'avons montré précédemment dans le nouveau code d'investissement tunisien (beaucoup de droits et quasiment pas d'obligations). Les investisseurs étrangers et l'Etat ne sont donc pas sur un même pied d'égalité devant le CIRDI : alors que le déséquilibre est limité à une seule nationalité dans le cadre d'un TBI, il se généralise à toutes les nationalités dans le nouveau code d'investissement et multiplie par là même le déséquilibre pour l'Etat tunisien.

2. Les décisions du CIRDI : des décisions déséquilibrées en faveur de l'investisseur privé ?

c. Les juges du CIRDI : des arbitres neutres et indépendants ?

Les critiques à l'égard du CIRDI quand à son indépendance et sa neutralité se pose non seulement en termes de fonctionnement et financement de l'institution mais également en termes de choix des arbitres au sein des tribunaux. Un certain nombre d'inquiétudes existent en raison de la qualité des arbitres du CIRDI. D'après Geneviève Burdeau, professeur de droit à l'université La Sorbonne, les inquiétudes proviennent du fait qu'une partie des arbitres manquent de courage ou sont du côté des investisseurs. En effet, elle explique : « *l'arbitrage transnational est traditionnellement confié à des arbitres qui ont une vision privatiste et commercialiste des litiges, ils sont donc sensibles à un certains nombres d'aspects commerciaux, d'aspects de droits privé, peut être plus qu'à une politique générale. Au fond on peut se demander si des arbitres qui ont l'habitude de régler des litiges commerciaux entre des parties privées situées sur un plan*

⁵<http://debateconomietunisie.wordpress.com/2014/05/12/conflits-dinterets/>



d'égalité, sont à même d'apprécier des questions qui mettent en jeu le droit international public et des questions qui sont un peu différentes. Cela ne veut pas dire que ces arbitres en soient incapables mais c'est une question qui nourrit cette inquiétude générale »⁶.

Par ailleurs, ces arbitres ont une marge d'interprétation importante du fait du caractère vague de certaines clauses des traités bilatéraux d'investissement qui nécessitent une interprétation. Par exemple, la définition de l'investissement : les arbitres du CIRDI ont une interprétation extensive de la notion d'investissement ce qui conduit à ouvrir l'arbitrage du CIRDI à des opérations de commerce international. Cette définition s'étend aux investissements directs étrangers, mais aussi aux investissements de portefeuille, aux prêts et parfois même aux droits de propriété intellectuelle.

Lorsque l'on analyse les profils des arbitres/juges des deux affaires en cours portées contre l'Etat tunisien il y a lieu de se poser des questions:

- L'affaire Lundin Tunisia B. V. v. Republic of Tunisia (ICSID Case No. ARB/12/30) enregistré le 2 octobre 2012 (concerne l'exploration de pétrole)
- L'affaire ABCI Investments Limited v. Republic of Tunisia (ICSID Case No. ARB/04/12) enregistré le 6 avril 2004 (concerne l'acquisition d'actions)

Prenons l'exemple du tribunal pour l'affaire Lund in Tunisia B.V contre l'Etat tunisien quia été constitué le 11 octobre 2013. Les arbitres sont : Azzedine Kettani, président du tribunal ainsi qu'Emmanuel Gaillard et Anna Joubin-Bret. Deux arbitres sur trois, dont le président, sont des arbitres au profil privatiste : Emmanuelle Gaillard et Azzedine Kettani.

Azzedine Kettani, président de ce tribunal, est directeur d'un cabinet, Kettani Law Firm, qui conseille entre autres « *aussi bien des multinationales que des entreprises nationales (marocaines) ou des institutionnels marocains et étrangers (Afrique, Europe, Amérique, Moyen-Orient, Asie), que ce soit en matière d'élaboration de contrats, de négociation de documents et de projets, de revue d'actes jusqu'à leur finalisation dans différents domaines* » et notamment dans le domaine des énergies/ énergies Renouvelables / Droit Minier. Son cabinet est présent « *dans le secteur de l'énergie aux côtés des grandes sociétés intervenant dans la recherche du Gaz et du Pétrole ainsi que dans les permis d'exploitation d'hydrocarbures* »⁷. Le président du tribunal est donc à la fois conseiller de certaines multinationales et grandes sociétés exploratrices de gaz et pétrole et va en même temps arbitrer un litige entre l'Etat tunisien et une société concernant

⁶Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements, Sous la direction de: Charles Leben, Bib. de l'Institut des hautes études internationales de Paris, p 186

⁷<http://www.kettlaw.com>



l'exploration de pétrole. Ceci soulève des inquiétudes quant au risque en termes d'équilibre des intérêts des parties dans le jugement.

Comme le confirme l'étude de Corporate Europe Observatory et du Transnational Institute, certains arbitres au CIRDI sont des cas emblématiques de « revolving door ». Le « revolving door » est une mobilité de personnel entre le rôle de législateur ou régulateur du côté des gouvernements puis lobbyiste ou rôle dans le secteur privé affecté par cette même législation. Cette pratique est une forme de corruption, un conflit d'intérêt patent. Anne-Joubin Bret est un cas emblématique de « revolving door »⁸ : *« Anna Joubin-Bret, partenaire dans le cabinet d'avocat américain Foley Hoag LLP, a travaillé quinze années à la CNUCED (conférence des nations Unies sur le commerce et le développement) où elle conseillait des pays en voie de développement sur les traités d'investissements. Elle a été l'organisatrice principal de la triste célèbre conférence de la CNUCED pour faire signatures en masse, où les pays en développement ont été attirés dans une salle pleine de négociateurs, et quittant en tant que signataires de dizaines de traités d'investissement. A FoleyHoag, Anne Joubin Bret représente maintenant les Etats dans les différends entre investisseurs et Etat et les conseille dans la rédaction des traités ».*

Emmanuel Gaillard, un avocat au sein du cabinet d'affaire « Shearman& Sterling », fait également partie de cette communauté d'arbitre au CIRDI qui bénéficient de ce système: *« Il a travaillé plus comme conseiller que arbitre au sein des jugements du CIRDI. Dans 76% des cas connus, il a représenté l'investisseur face à l'Etat. Le double rôle qu'il a joué en tant que conseiller et arbitre dans la même affaire, lui a causé des problèmes après que le Ghana ait douté et remis en question son impartialité en tant qu'arbitre dans l'affaire Telekom Malaysia v. Ghana, agissant en tant que conseiller en même temps dans l'affaire liée, l'affaire RFCC v. Morrocco »*⁹.

Cette communauté qui joue le rôle à la fois de juge, de conseiller au CIRDI, d'avocat pour les investisseurs étranger, de conseiller pour la signature de traités ou de loi d'investissement, ont intérêt à promouvoir et faire signer des traités bilatéraux d'investissement ou des codes d'investissement tels que celui rédigé par la Tunisie car sinon, cela mettrait en péril leur privilèges au vu des gains remportés : pas de lois d'investissement ou

⁸Profiting from injustice, How lawfirms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom, CEO and Transnational Institute, Brussels, Novembre 2012, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>, p 29.

⁹Profiting from injustice, How lawfirms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom, CEO and Transnational Institute, Brussels, Novembre 2012, p 41
<http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>.



traités, pas d'affaires et donc pas de nomination comme arbitre et conseiller. Ceci expliquerait les vives critiques d'Emmanuel Gaillard vis à vis de la Russie à la suite de son retrait du traité de la charte sur l'Energie et de la commission européenne qui a proposé la fin des traités d'investissement bilatéraux entre Etats membres de l'Union européenne¹⁰.

d. Les décisions du CIRDI : des décisions déséquilibrées en faveur des investisseurs étrangers?

Egalité des armes entre l'Etat et l'investisseur devant l'arbitrage : la non-prise en considération de l'intérêt général

Ainsi, le contentieux au CIRDI est un contentieux de la responsabilité de l'Etat : ce qui est en cause c'est le non-respect du droit (à savoir Le traité bilatéral d'investissement- TBI ou loi d'investissement) par une des parties mais il ne sera pas demandé à cette partie de revenir sur sa décision. Il lui sera exigé d'indemniser.

Les Etats vont donc se voir apprécier le comportement requis d'eux selon le TBI ou le texte de loi. Or dans cette appréciation de la responsabilité de l'Etat, ne sont pas pris en compte les intérêts généraux que l'Etat doit respecter : en effet, l'Etat n'a pas seulement des responsabilités envers l'investisseur étranger (tel que précisé dans le TBI ou la loi d'investissement) mais aussi a des responsabilités plus vastes (envers notamment sa population). Or les arbitres du CIRDI ne prennent pas en compte cette nécessité de concilier les responsabilités plus vastes de l'Etat envers son peuple avec ses responsabilités contractuelles avec l'investisseur.

Les sentences du CIRDI révèlent ainsi des excès dans l'appréciation de la responsabilité des Etats surtout quand la décision de l'Etat s'inscrit dans un but de préservation de l'intérêt public ou de l'intérêt général (la protection des intérêts communs à la collectivité nationale au détriment des intérêts privés de l'investisseur n'est pas pris en compte dans l'appréciation par les arbitres).

Exemple : les sentences du CIRDI en matière d'eau

¹⁰ Gaillard, Emmanuel (2009) Russia cannot walk away from its legal obligations, Letter to the Editor, Financial Times, 18 August, <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/c63d918a-8b8d-11de-9f50-00144feabdc0.html#axzz2BxB9iTcO>, [7 November 2012].

Ross, Alison (2011) Killing off intra-EU BITs: how the European Commission plans to level the playing field for investors, Global Arbitration Review, Volume 6 - Issue 5, 17 October, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29884/killing-off-intra-eu-bits-european-commission-plans-level-playing-field-investors> [7-11-2012].



Pour la majorité des sentences du CIRDI dans ce domaine qui relève de l'intérêt de la collectivité nationale à savoir l'accès à l'eau potable, les affaires portent sur le principe de la privatisation des services de l'eau. Ces affaires concernent principalement des pays d'Amérique du Sud à la suite d'une vague de privatisation de ces services dans les années 90. Avant cette privatisation, les services de l'eau étaient gérés par des organismes publics subventionnés par l'Etat et donc la population ne payait rien ou très peu. La privatisation, étant critiquée par la population du fait de la hausse des prix et du manque d'accès à l'eau potable, a entraîné des émeutes et des protestations qui ont poussé les Etats à prendre des mesures qui ont nuit à l'intérêt de l'investisseur dans le but de préserver l'intérêt général.

Dans l'affaire Aguasdel Tunari c. Bolivie, c'est une véritable émeute, qui a fait cent blessés et un mort, qui a poussé le gouvernement à mettre fin à la concession et à la réattribuer à l'entité publique. Ou encore, dans l'affaire Aguas del Aconquija et Vivendi Universal c. Argentine (ci- après "Vivendi"), la Province concédante a exercé des pressions pour faire baisser les tarifs, voire incité les usagers à ne pas payer les sommes demandées. L'investisseur, dont l'activité n'est plus rentable, a abandonné son investissement.

Les investisseurs agissent alors contre l'Etat devant le CIRDI et demandent des dommages-intérêts. Au total, sur les douze affaires signalées, cinq ont donné lieu à une sentence sur le fond¹¹. Quatre ont fait l'objet d'une transaction, ou bien les parties ont demandé la suspension de la procédure¹². Trois autres sont en cours. Les cinq sentences sur le fond prononcent une condamnation contre l'Etat qui doit indemniser l'investisseur, soit seulement pour le traitement injuste et inéquitable de l'investisseur, soit, comme fondement additionnel, pour le

¹¹Azurix Corp. c. République Argentine(Affaire n° ARB/01/12), Sentence arbitrale du 14 juillet 2006 ;

Compañía de AguasdelAconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République Argentine(Affaire n° ARB/97/3), Deuxième sentence arbitrale du 20 août 2007 ;

BiwaterGauff (Tanzania) Limited c. République Unie de Tanzanie(Affaire n° ARB/05/22), Sentence arbitrale du 24 juillet 2008 ;

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.et InteraguaServiciosIntegrales de Agua S.A. c. République Argentine(Affaire n° ARB/03/17), Sentence arbitrale du 30 juillet 2010

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A c. République Argentine(Affaire n° ARB/03/19), Sentence arbitrale du 30 juillet 2010.

¹²Aguasdel Tunari S.A. c. République de Bolivie(Affaire n° ARB/02/3);

BranimirMensik c. République Slovaque(Affaire n° ARB/06/9) ;

AguasCordobesas S.A., Suez, et Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. c. République Argentine(Affaire n° ARB/03/18)

Azurix Corp. c. République Argentine (Affaire n° ARB/03/30)



traitement discriminatoire, le défaut de protection et sécurité, l'expropriation sans indemnité.

Par ailleurs, **il ne faut pas négliger le coût de cet arbitrage en termes de compensations certes mais également le coût du processus d'arbitrage** (frais d'avocat, traduction, experts etc). Le cabinet Price water house Coopers a ainsi publié une étude sur l'arbitrage international de façon générale faisant ressortir que l'un des principaux reproches faits par les utilisateurs à l'arbitrage international de manière générale était son coût, parfois exorbitant¹³ : 52% des cas vont de 100 000 à 500 000 dollars, 22% de 500 000 à 1 millions de dollars, 14% de 1 à 5 millions et 12% plus de 5 millions de dollars.

3. Un verrou qui saute avec le nouveau code d'investissement tunisien : Tous les investisseurs étrangers peuvent recourir directement à l'arbitrage du CIRDI

La Tunisie a ratifié par la loi n°66-33 du 3 mai 1966 la convention de Washington devenant ainsi membre du CIRDI. De plus, la Tunisie a ratifié la Convention de New York relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ratifiée le 10 juin 1958.

e. Le principe dans le code d'investissement de 1993 : la primauté à l'arbitrage national

Le code d'incitations aux investissements de 1993 autorise le recours à l'arbitrage international seulement dans le cas où celui ci est prévu dans un contrat ou traité bilatéral d'investissement. Il prévoit, dans son article 67, que « *les tribunaux tunisiens sont compétents pour connaître tout différend entre un investisseur étranger et l'Etat tunisien, sauf accord prévu par une clause compromissoire ou permettant à l'une des parties de recourir à l'arbitrage selon des procédures d'arbitrages ad hoc ou en application des procédures de conciliation ou d'arbitrage* » prévues par les Accords de protection et promotion de l'investissement (autrement dit les TBI), la convention du CIRDI, la convention sur l'organisme arabe pour la garantie des investissements de 1972 ou tout autre convention ratifiée par la Tunisie.

Ainsi, dans la loi, la Tunisie a promu la primauté à l'arbitrage national comme principe sauf si le recours à l'arbitrage international est inscrit dans le traité ou l'accord d'investissement.

¹³ PricewaterhouseCoopers, International arbitration: Corporate attitudes and practices, 2006, http://www.pwc.be/en_BE/be/publications/ia-study-pwc-06.pdf



Article 67: Les tribunaux tunisiens sont compétents pour connaître de tout différend entre l'investisseur étranger et l'Etat Tunisien, sauf accord prévu par une clause compromissoire ou permettant à l'une des parties de recourir à l'arbitrage selon des procédures d'arbitrage ad-hoc ou en application des procédures de conciliation ou d'arbitrage prévues par l'une des conventions suivantes :

- les accords bilatéraux de protection des investissements conclus entre l'Etat tunisien et l'Etat dont l'investisseur est ressortissant ;

- la convention internationale pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ratifiée par la loi n°66-33 du 3 mai 1966 ;

- la convention relative à la création de l'organisme arabe pour la garantie des investissements approuvée par le décret-loi n°72-4 du 17 octobre 1972 et ratifiée par la loi n°72-71 du 11 novembre 1972 ;

- Ou toute autre convention internationale conclue par le Gouvernement de la République Tunisienne et légalement approuvée

f. Le principe dans le nouveau code d'investissement: la primauté à l'arbitrage international et notamment le CIRDI

Dans le nouveau code d'investissement, les auteurs ont décidé de faire sauter ce verrou: le principe devient donc le recours à l'arbitrage international en cas de différends entre l'Etat et l'investisseur étranger et l'arbitrage national devient l'exception. Les premiers compétents dans le texte ne sont plus les juridictions nationales mais les juridictions internationales et parmi elles le CIRDI. Cet amendement du code d'investissement restreint ainsi le droit souverain de la Tunisie de rendre la justice à l'égard d'étrangers.

Article 52. Le recours à l'arbitrage fera l'objet d'une convention spécifique entre l'Etat tunisien et l'investisseur étranger en vertu de laquelle ils soumettront leurs différends, présents ou futurs, à l'un des organes ci-dessous mentionnés:

- Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, créé par la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ratifiée par la loi n°66-33 du 3 mai 1966 ;

- une autre institution d'arbitrage dont le nom sera précisé dans la convention d'arbitrage ;

- un tribunal arbitral ad hoc. Dans ce dernier cas, la procédure d'arbitrage est régie par le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, sauf si les parties s'accordent à désigner un autre règlement ou une autre loi.

Article 53. A défaut de conclusion d'une convention d'arbitrage conformément à l'article 67 du présent Code, les juridictions tunisiennes sont compétentes pour connaître du différend.

Article 54. La saisine de l'un des organes prévus par l'article 67 du présent code est considérée comme étant une renonciation définitive à tout recours ultérieur devant un autre organe juridictionnel



Au regard des critiques vis-à-vis des déséquilibres entre investisseurs étrangers et les Etats devant l'arbitrage du CIRDI, cet article apparaît d'une part dangereux pour les intérêts du pays et d'autre part révèle un certain zèle des autorités tunisiennes. En effet, on constate que peu de pays ont franchi ce cap dans la mesure où seul 5 à 10 % des affaires du CIRDI sont fondées sur une loi régissant les investissements (fondement exceptionnel). Le fait de généraliser cet avantage en termes d'arbitrage à toutes les nationalités (en l'inscrivant dans le code d'investissement), signifie que les investisseurs étrangers de pays avec qui nous n'avons pas signé de traité bilatéral d'investissement ou d'accord de libre-échange intégrant le recours au CIRDI pourront avoir recours à ce dernier.

Exemple : nous n'avons signé aucun TBI ou accord de libre échange avec le Canada. Si l'Etat décide de faire un moratoire sur la fracturation hydraulique et stopper son utilisation pour des raisons de protections de nos ressources d'eau et de l'environnement ou des raisons de santé publique, l'entreprise canadienne Chinook qui exploite du pétrole en Tunisie¹⁴ en utilisant la fracturation hydraulique pourra, grâce au nouveau code d'investissement, porter plainte contre l'Etat tunisien au CIRDI et non pas devant les tribunaux nationaux. L'Etat serait ainsi contraint de payer des indemnités très élevées pour compenser Chinook, sans que l'intérêt général de cette décision de l'Etat soit pris en considération.

Par conséquent, la législation nationale relative aux investissements et donc au règlement des différends a tout intérêt à être particulièrement bien rédigée selon que l'Etat veuille permettre à l'investisseur étranger de recourir directement au CIRDI ou qu'il veuille se réserver la possibilité de le permettre au cas par cas et fixer dans la loi les exceptions d'intérêt général.

Certains Etats prévoient conventionnellement ou dans leur loi des exceptions qui autorisent les parties à prendre des mesures permettant de déroger à l'ensemble de leurs engagements. Il existe ainsi plusieurs types de clauses exonératoires de responsabilité comme les dérogations :

- au titre de la sécurité : la protection des intérêts essentiels en matière de sécurité nationale. Ces clauses permettent donc à l'Etat de prendre les mesures nécessaires pour protéger sa propre sécurité, sans engager sa responsabilité conventionnelle ;
- au titre de la protection de l'ordre public que l'on retrouve avec le plus de fréquence dans les TBI et qui permet de légitimer des mesures réglementaires gouvernementales qui seraient susceptibles d'être prohibées
- au titre de la protection de la santé publique qui est une des missions essentielles de l'État et permettant de faire prévaloir la santé de l'Homme mais aussi celle de son environnement et de ses ressources au détriment des règles protégeant les investisseurs étrangers ;

D'autres exceptions sont possibles. Or, ces exceptions d'intérêt général sont inexistantes dans le nouveau code d'investissement qui comme nous l'avons précisé dans notre article sur le conflit d'intérêt, n'a pas été rédigé par les tunisiens dans un souci d'intérêt national¹⁵.

¹⁴<http://fr.scribd.com/doc/179884156/Mensonges-Gaz-de-Schiste-OTE-2013>

¹⁵<http://debateconomietunisie.wordpress.com/2014/05/12/conflits-dinterets/>



g. Le principe d'égalité des investisseurs tunisiens et étrangers inscrit dans le nouveau code d'investissement n'est pas garanti dans le cas de l'arbitrage

Ces dispositions du nouveau code sur l'arbitrage concernent les investisseurs étrangers. Qu'en est-il des investisseurs tunisiens en cas de litiges avec l'Etat ? Contrairement aux investisseurs étrangers, d'après l'article 71 du nouveau code d'investissement, les juridictions nationales sont compétentes en premier lieu. Le recours à tout autre arbitrage se fait dans des cas exceptionnels tel que précisé dans l'article 72.

Article 55. En cas d'échec de la conciliation ou de renonciation par l'une des parties à cette procédure, le différend résultant de l'interprétation ou de l'application du présent code et de ses textes d'application et opposant l'investisseur tunisien à l'Etat tunisien relèvera de la compétence des juridictions tunisiennes

Néanmoins, cette différence de traitement entre l'investisseur tunisien et l'investisseur étranger dans l'arbitrage soulève la question du principe de l'égalité de traitement entre l'investisseur étranger et tunisien garanti par l'article 10 du nouveau code d'investissement.

Article 10. L'investisseur étranger reçoit un traitement non moins favorable que celui accordé à l'investisseur tunisien dans des conditions comparables eu égard aux droits et obligations prévus par le présent code et ses textes d'application

h. Un des objectifs du nouveau code d'investissement est de garantir l'égalité en droit et obligations entre l'investisseur tunisien et l'investisseur étranger et notamment accorder à ce dernier le même traitement que l'investisseur tunisien. Or, l'on constate qu'en termes d'arbitrage, l'égalité de traitement est loin d'être atteinte. Effectivement, comme nous l'avons démontré dans la première partie de l'étude, l'arbitrage international est déséquilibré en faveur de l'investisseur privé. Par conséquent, n'y a-t-il pas là un traitement inégal envers l'investisseur tunisien et même un traitement plus favorable à l'investisseur étranger devant l'arbitrage ? La réponse paraît inscrite dans ce même article 11 du nouveau code d'investissement :

Article 11 : L'investisseur étranger reçoit un traitement non moins favorable que celui accordé à l'investisseur tunisien

Cette disposition, dite du traitement national, demande aux États de ne pas offrir aux investisseurs étrangers des conditions moins favorables à celles offertes aux investisseurs nationaux dans des circonstances similaires. Cet impératif empêche donc les pays de favoriser les investisseurs nationaux même lorsque ceux-ci sembleraient plus susceptibles d'encourager le développement



national que les investisseurs étrangers qui rapatrient bien souvent les profits à l'extérieur du pays.

Pire, la figure de style utilisé ici « le traitement non moins favorable » est une litote en langue française. La litote est une figure d'atténuation de la langue française qui consiste à dire le moins pour faire entendre le plus. Entendez par là : **l'investisseur étranger reçoit un traitement plus favorable que celui accordé à l'investisseur tunisien dans des conditions comparables**. Les avantages accordés à l'investisseur étranger en termes de règlement des différends (recours au CIRDI) contrairement à l'investisseur tunisien confirme le traitement plus favorable à l'investisseur étranger.

Par l'utilisation de ce procédé, d'une part le gouvernement révèle sa véritable intention de privilégier les investisseurs étrangers et d'autre part cela confirme les intentions des véritables auteurs et « sponsors » de ce nouveau code d'investissement, à savoir la SFI (investisseur de la Banque Mondiale).

IV. Conclusions et recommandations

Au vu des implications de ces articles du nouveau code d'investissement sur l'arbitrage, nous recommandons au minimum au législateur tunisien de maintenir la primauté de l'arbitrage national pour tout investisseur et d'inclure au minimum des clauses d'exceptions d'intérêt général dans la loi en cas de recours à l'arbitrage international.