



CIB

Conférence Internationale des Barreaux

## PRÉSENTATION CIB : ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

L'avocat, acteur de la sécurité juridique, comme le rappelle le thème de ce panel, c'est également l'avocat : acteur de la vie économique et sociale, garant du bon fonctionnement des interactions entre justiciables, entre eux et vis-à-vis de l'Etat. L'avocat est là pour prévenir et protéger.

J'ai choisi d'évoquer avec vous en ce début de journée un thème qui illustre cette problématique de manière assez spécifique : quel rapport et quelle protection entre un Etat et un investisseur étranger faut-il consacrer ?

J'évoquerai ce rapport particulier, à la frontière entre le droit public et le droit privé, avec des enjeux juridiques et aussi politiques, sous l'angle de l'arbitrage dit d'investissement, plus particulièrement la convention CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements)

La possibilité, pour des investisseurs étrangers, de bénéficier d'une voie juridique neutre en cas de litige est essentielle et doit contribuer à la bonne application du droit, tout en favorisant l'économie.

### I. LES ACCORDS DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS (API)

Il existe dans le monde de nombreuses conventions internationales bi- ou multilatérales en matière de protection des investissements.

La Suisse en compte plus de cent, dont une avec le Tchad, entrée en vigueur en 1967.

Ces accords sont passés entre deux Etats et visent à protéger les investissements en garantissant un traitement juste et équitable entre nationaux et étrangers, en prohibant les discriminations et en organisant les règles applicables en matière d'expropriation. En d'autres termes, ces accords fixent un cadre inter-étatiques qui se veut clair, prévisible et rassurant pour tout investisseur.

Pour garantir ce cadre, il faut toutefois pouvoir en assurer le respect et l'application effective. Les parties souhaitent alors souvent pouvoir faire appel à un arbitrage qui peut parfois leur paraître plus neutre que le recours aux tribunaux étatiques de l'Etat concerné.

Certains des accords de protection des investissements prévoient des modes de règlement de conflit entre Etat et investisseur ressortissant de l'Etat cocontractant, généralement par un arbitrage.

Ce n'est toutefois pas le cas de toutes ces conventions, par exemple, rien n'est prévu dans la convention passée entre la Suisse et le Tchad (Etat d'un côté et investisseurs de l'autre).

Il faudra alors songer à prévoir contractuellement le recours à un arbitrage. Tout est évidemment envisageable en la matière : arbitrage ad hoc, arbitrage sous l'égide de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ou du Centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements (CIRDI), par exemple.

C'est à ce dernier que je m'intéresserai plus particulièrement.

### II. LA CONVENTION CIRDI

#### a) Champ d'application

La Convention CIRDI, dont le siège est à Washington, compte 154 Etats contractants dont la grande majorité des Etats européens et africains (entrée en vigueur en Suisse en 1968 et au Tchad en 1966).

Elle prévoit plusieurs voies de règlement des différends : conciliation, arbitrage et médiation.

La spécificité de l'arbitrage CIRDI est de n'avoir été pensé que pour les litiges entre un Etat contractant et un ressortissant d'un autre Etat contractant en relation directe avec un investissement. Le consentement écrit des parties est toutefois nécessaire pour se soumettre à l'arbitrage CIRDI, mais ne peut être révoqué unilatéralement (art. 25 Convention CIRDI). Soit les parties introduiront une clause compromissoire dans leur contrat, ce qui constitue la majorité des cas portés devant cette institution, soit celle-ci figurera dans un traité.



CIB

Conférence Internationale des Barreaux

Les secteurs économiques concernés sont variés. Pour les affaires enregistrées en 2019 (52 nouvelles affaires, 306 en traitement et 59 terminées), 21% ont concerné le domaine du pétrole, du gaz et des mines et 21% le domaine de l'électricité et des autres sources d'énergies. La finance représente quant à elle 11.5% des affaires enregistrées, la construction 15% (voir le Rapport annuel du CIRDI 2019).

### **b) Excursus : le Mécanisme supplémentaire**

Le CIRDI connaît également des arbitrages ou des conciliations de différends relatifs à un investissement, entre un État et un ressortissant étranger, dont l'un n'est pas un État membre du CIRDI ou un ressortissant d'un État membre du CIRDI.

Ces arbitrages se fondent sur le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI. Ce Mécanisme supplémentaire prévoit également une procédure distincte de constatation des faits pour examiner des circonstances précises et établir un rapport avant la phase contentieuse.

L'appel au Mécanisme supplémentaire suppose un accord des parties qui doit être préalablement soumis à l'approbation du Secrétaire général du CIRDI (art. 4 Règlement du Mécanisme supplémentaire). Dans ces cas, la convention CIRDI ainsi que la jurisprudence qui en découle, de même que toute autre recommandation ne sont pas expressément applicables (art. 3 Règlement du Mécanisme supplémentaire).

Le nombre de cas soumis au CIRDI en application du Mécanisme supplémentaire est toutefois bien inférieur aux cas intervenant sous l'égide de la Convention CIRDI. En 2019, ils s'élevaient à 47 contre 4 affaires enregistrées durant l'année. A noter encore qu'il n'y a eu qu'une affaire de conciliation sous la Convention CIRDI qui a été enregistrée en 2019 (voir le Rapport annuel du CIRDI 2019).

### **c) Quelques règles applicables à l'arbitrage CIRDI**

Les arbitres sont généralement au nombre de 3 en l'absence d'accord des parties (art. 37). La majorité d'entre eux doivent être ressortissants d'autres Etats que les parties (art. 39).

Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord, le droit de l'Etat contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international s'appliquent. Ce dernier renvoi est intéressant car il signifie que le Tribunal arbitral pourra notamment se référer aux traités de protection des investissements pour compléter ou corriger le droit applicable.

En 2019, 32% des cas soumis à un arbitrage ont fait l'objet d'une sentence donnant droit en tout ou partie à la demande, contre 23% rejetant toutes les demandes.

L'annulation de la sentence peut être requise dans un délai de 120 jours pour différents motifs (art. 52 ch. 1 Convention CIRDI) :

- (a) vice dans la constitution du Tribunal ;
- (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ;
- (c) corruption d'un membre du Tribunal ;
- (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ;
- (e) défaut de motifs.

Un comité ad hoc composé d'arbitres figurant sur la liste de la CIRDI et n'ayant pas la même nationalité que les parties statue sur les recours en annulation. Il n'existe pas d'autres voies de recours (art. 52 et 53 Convention CIRDI), sous réserve de demandes de complément, rectification ou de révision (art. 50 ss). Sur 181 décisions rendues depuis 2011, 6 recours en annulation ont été admis, 44 rejetés et 19 ont pris fin en raison du désistement d'une partie ou du non-paiement des frais (voir le Rapport annuel du CIRDI 2019).

Et justement les frais, venons-y. Le CIRDI demande généralement aux parties de procéder au paiement d'une avance. Selon les informations qui émanent du CIRDI, la première avance est demandée peu de temps après la constitution du tribunal et elle est généralement de l'ordre de 100'000 à 150'000 USD par partie.

J'attire enfin votre attention sur le fait qu'une révision du règlement est en cours en vue de le moderniser à plusieurs égards. En particulier, une transparence accrue de ces procédures généralement confidentielles est prévue. Cette procédure est toujours en cours.



CIB

Conférence Internationale des Barreaux

Au terme de cet exposé synthétique, il apparaît que l'importance du CIRDI est bien réelle. Un Centre comme celui-ci, qui se veut neutre et indépendant, est en effet essentiel pour que les investisseurs étrangers puissent avoir confiance dans une certaine protection de leurs investissements et qu'ils puissent évoluer à l'abri des influences étatiques des pays où ils investissent. C'est d'autant plus important car l'autre partie, c'est précisément l'Etat contractant et on comprend ainsi que l'institution doit pouvoir garantir une indépendance absolue si l'on veut que le système fonctionne correctement.

Lausanne, le 3 décembre 2019

**M. Le Bâtonnier François Roux**  
Bâtonnier de Lausanne - Suisse