

**Assemblée générale**

Distr. limitée
18 septembre 2017
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement
des différends entre investisseurs et États)
Trente-quatrième session
Vienne, 27 novembre-1^{er} décembre 2017**

**Éventuelle réforme du règlement des différends
entre investisseurs et États (RDIE)****Note du Secrétariat****Table des matières**

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Caractéristiques du régime de RDIE, tendances et statistiques	3
A. Caractéristiques du régime de RDIE	3
B. Tendances et statistiques	3
III. Préoccupations exprimées au sujet du RDIE	6
A. Observations générales	6
B. Procédure et résultats de l'arbitrage	6
C. Arbitres et décideurs	9
D. Perceptions des États, des investisseurs et du public	10
IV. Bien-fondé d'une réforme du RDIE	11



I. Introduction

1. À sa cinquantième session, en 2017, la Commission était saisie de notes du Secrétariat relatives aux travaux futurs possibles sur les procédures concurrentes dans l'arbitrage international (A/CN.9/915), sur l'éthique dans l'arbitrage international (A/CN.9/916), et sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (A/CN.9/917), ainsi que d'une compilation d'observations d'États et d'organisations internationales (A/CN.9/918 et additifs). Elle était aussi saisie d'une étude réalisée par le Center for International Dispute Settlement (CIDS) concernant la question de savoir si la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités pouvait servir de modèle pour de nouvelles réformes (l'"étude du CIDS")¹.

2. Après avoir examiné les sujets développés dans les documents A/CN.9/915, A/CN.9/916 et A/CN.9/917, la Commission a confié au Groupe de travail III un large mandat concernant une éventuelle réforme du système de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)².

3. Conformément aux procédures de la CNUDCI, le Groupe de travail III a été prié de veiller, dans l'exercice de son mandat, à ce que les délibérations, tout en tirant parti de l'éventail le plus large possible d'expériences des différentes parties prenantes, soient menées par les États, avec des contributions de haut niveau de tous les gouvernements, soient fondées sur le consensus et pleinement transparentes. Le Groupe de travail devrait: i) premièrement, recenser et examiner les préoccupations exprimées au sujet du RDIE; ii) deuxièmement, déterminer si une réforme était souhaitable compte tenu de ces préoccupations; et iii) troisièmement, s'il décidait qu'une réforme était souhaitable, mettre au point des solutions qu'il recommanderait à la Commission. Cette dernière est convenue que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté dans l'exercice de son mandat, et que toute solution envisagée serait conçue de manière à tenir compte des travaux menés par d'autres organisations internationales et à laisser à chaque État le choix de déterminer si et dans quelle mesure il souhaite adopter la solution en question³.

4. Afin d'aider le Groupe de travail à s'acquitter de son mandat, la présente Note évoque certaines caractéristiques du régime de RDIE et les tendances récemment observées, avant de résumer les problèmes rencontrés et les préoccupations exprimées dans ce domaine. Elle a été établie sur la base de diverses informations publiées sur le sujet⁴ et ne cherche pas à exprimer un avis en ce qui concerne le bien-fondé d'une réforme, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner. Elle se fonde aussi sur les documents mentionnés au paragraphe 2 ci-dessus, qui présentent brièvement les questions que le Groupe de travail pourrait souhaiter examiner.

¹ Center for International Dispute Settlement (CIDS) de Genève, "Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? – Analysis and roadmap" (2016), disponible (en anglais) sur le site Web de la CNUDCI à l'adresse http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf.

² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 17 (A/72/17)*, par. 263 et 264.

³ Ibid.

⁴ La présente Note se fonde sur les informations publiées par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), la Cour permanente d'arbitrage (CPA), le Center for International Dispute Settlement (CIDS), centre de recherche conjoint de l'Institut de hautes études internationales et du développement et de la faculté de droit de l'Université de Genève, et l'Initiative E15 concernant le renforcement du système international de commerce et d'investissement au service du développement durable, menée conjointement par le Centre international pour le commerce et le développement durable et le Forum économique mondial.

II. Caractéristiques du régime de RDIE, tendances et statistiques

A. Caractéristiques du régime de RDIE

5. Pour remettre les choses dans leur contexte, le régime de RDIE actuel a été mis sur pied pour permettre à un ressortissant étranger (particulier ou entreprise) d'introduire directement une demande à l'encontre d'un État souverain où il a réalisé son investissement, ce qui représente une rupture nette par rapport aux mécanismes traditionnels, qui reposaient essentiellement sur les moyens de protection diplomatiques pour résoudre les différends liés aux investissements. Fait important, le régime de RDIE était censé "dépolitiser" ces différends et éviter que ceux-ci ne dégénèrent en conflits interétatiques (voir document [A/CN.9/917](#), par. 9 et 10)⁵.

6. Les traités d'investissement⁶, conçus comme un moyen de renforcer la confiance dans la stabilité du climat d'investissement, donnent de solides garanties aux investisseurs étrangers et à leurs investissements sous la forme d'obligations contraignantes imposées aux États, qui s'engagent à respecter certaines normes en matière de protection des investissements (comme le traitement juste et équitable, la protection contre l'expropriation et la non-discrimination). Si leurs conditions spécifiques varient, les traités d'investissement suivent une structure similaire et contiennent un certain nombre de principes clefs. Les grandes similitudes qui existent entre ces traités permettent de parler d'un "régime" de la protection des investissements internationaux⁷.

7. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'un nombre important d'actions introduites par des investisseurs visent à faire valoir les protections prévues dans des traités d'investissement⁸. Si les dispositions relatives au RDIE contenues dans de tels traités varient, elles prévoient généralement un mécanisme de règlement des différends fondé sur l'arbitrage et présentant les caractéristiques suivantes: i) l'investisseur-demandeur peut former une demande directement contre l'État hôte; ii) le différend est réglé par un tribunal arbitral créé spécialement à cet effet; et iii) les deux parties au différend, à savoir l'investisseur-demandeur et l'État défendeur, jouent un rôle important dans le choix du tribunal arbitral⁹.

B. Tendances et statistiques

1. Tendances et statistiques concernant les dispositions relatives au RDIE contenues dans des traités d'investissement

8. En 2012, une étude des traités d'investissement réalisée par l'OCDE montrait que 96 % d'entre eux contenaient des dispositions relatives au RDIE permettant à des investisseurs étrangers d'introduire des demandes par le biais de l'arbitrage

⁵ Voir aussi l'étude du CIDS, par. 8 à 14.

⁶ Le terme "traité d'investissement", dans la présente Note, désigne de manière générale tout traité bilatéral ou multilatéral qui contient des dispositions sur la protection des investissements ou des investisseurs, y compris tout traité communément appelé accord de libre-échange, accord d'intégration économique, accord-cadre ou accord de coopération en matière de commerce et d'investissement.

⁷ Voir étude du CIDS, par. 5.

⁸ Selon le CIRDI, au 30 juin 2017, 16,8 % des affaires étaient liées à des contrats d'investissement, 9,6 % à des législations nationales relatives aux investissements, et le reste à des traités d'investissement (voir Affaires du CIRDI – Statistiques (édition 2017-2), p. 10, disponible à l'adresse [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20\(French\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20(French)%20Final.pdf)). Selon la CPA, sur les 148 affaires qu'elle avait administrées en 2016 (dont 40 engagées en 2016), 86 étaient liées à des traités d'investissement et/ou à des législations nationales relatives aux investissements, et 51 à des contrats impliquant un État, une organisation intergouvernementale ou une autre entité publique (voir rapport annuel 2016 de la CPA, p. 44, disponible à l'adresse <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2017/03/ONLINE-PCA-Annual-Report-2016-28.02.2017.pdf>).

⁹ Étude du CIDS, par. 6 et 7.

international et, dans une moindre mesure, auprès de tribunaux nationaux¹⁰. Seuls 7 % des traités d'investissement ne prévoyaient pas le recours à l'arbitrage. Toutefois, ils ne contenaient tous pas, ou peu, d'indications sur la conduite de procédures de RDIE, et se fondaient principalement sur des règlements d'arbitrage existants¹¹.

9. Historiquement, ces traités d'investissement avaient tendance à contenir des formulations générales en ce qui concerne les normes fondamentales de protection des investissements, ce qui ouvrait la voie à de nombreuses interprétations et était source d'incertitudes en ce qui concerne l'étendue de la protection dans la pratique¹².

10. Plus récemment, des États se sont efforcés d'ajuster leurs traités d'investissement en formulant des normes fondamentales de protection plus précises, réduisant ainsi la marge d'interprétation de ces normes dans les affaires de RDIE¹³.

11. La CNUCED a aussi signalé que les traités d'investissement conclus plus récemment réduisaient la portée de l'accès au RDIE. Pour ce faire, certains précisaient les dispositions qui étaient soumises au RDIE, d'autres excluaient certains domaines du RDIE, d'autres encore limitaient la période pendant laquelle une demande pouvait être introduite. Sur les 18 traités d'investissement conclus en 2016 et examinés par la CNUCED, 13 limitaient l'accès au RDIE¹⁴.

2. Statistiques relatives aux affaires de RDIE

12. Le Groupe de travail voudra peut-être prendre note des statistiques suivantes relatives aux affaires connues de RDIE découlant de traités. Au 1^{er} janvier 2017, on en dénombrait 767. Cent neuf États étaient défendeurs dans un ou plusieurs cas connus de RDIE. En 2016, des investisseurs avaient introduit une action dans 62 cas à l'encontre de 41 États, chiffre qui était supérieur à la moyenne sur 10 ans, de 49 cas par an (2006-2015), mais inférieur aux 74 actions engagées en 2015. Les deux tiers environ des affaires de RDIE découlant de traités engagées en 2016 découlaient de traités d'investissement bilatéraux, dont la plupart remontaient aux années 1980 et 1990. Le tiers restant découlait d'autres traités prévoyant une protection des investissements. La part des affaires connues engagées en 2016 visant des pays développés, de 29 %, était moindre qu'en 2015 (45 %)¹⁵.

13. Fin 2016, 495 procédures de RDIE découlant de traités étaient closes. Dans 36 % des cas, le jugement avait été favorable aux États, dans 27 % aux investisseurs et dans 2 % à aucune des deux parties, 25 % des cas avaient été réglés, et 10 % avaient été abandonnés. Sur les cas qui avaient été tranchés en faveur de l'État, une moitié environ avaient été rejetés pour incompétence. Parmi les cas où une décision avait été rendue sur le fond, 60 % ont été tranchés en faveur de l'investisseur, et 40 % en faveur de l'État¹⁶. Dans les cas tranchés en faveur de l'investisseur, les investisseurs-demandeurs ont obtenu en moyenne quelque 40 % du montant réclamé¹⁷. Le montant moyen réclamé était de 1,4 milliard de dollars et le montant médian de 100 millions de dollars. Le

¹⁰ Voir Gaukrodger, David et Kathryn Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2012/03, p. 64, à l'adresse <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>.

¹¹ A/CN.9/918/Add.7, contribution de l'OCDE. Voir aussi Pohl, Joachim, Kekeletso Mashigo et Alexis Nohen, "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey", Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2012/02, disponible à l'adresse https://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_2.pdf.

¹² Ibid.

¹³ Étude du CIDS, par. 18.

¹⁴ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2017*, p. 120. Ce rapport signalait que 37 nouveaux traités d'investissement avaient été conclus en 2016, ce qui portait le nombre total à 3 324 fin 2016 (voir aussi l'outil en ligne de la CNUCED sur les traités d'investissement disponible à l'adresse <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>). Le Rapport sur l'investissement dans le monde notait également que 16 traités d'investissement sur les 18 examinés ne contenaient pas de clause parapluie.

¹⁵ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2017*, p. 114 à 116.

¹⁶ Ibid., p. 117.

¹⁷ Ibid., p. 118.

montant moyen obtenu était de 545 millions de dollars et le montant médian de 20 millions de dollars¹⁸.

14. En 2016, des actions ont été introduites principalement dans le secteur des services impliquant notamment l'approvisionnement en gaz et en électricité, la construction, ainsi que l'information et la communication. Les mesures étatiques contestées concernaient l'expropriation directe d'investissements, des réformes législatives dans le secteur des énergies renouvelables, des mesures fiscales, des concessions et la révocation ou le refus de licences ou de permis¹⁹. Les montants réclamés se chiffraient entre 10 millions et 16,5 milliards de dollars²⁰.

3. Évolution des règlements d'arbitrage

15. Le Groupe de travail voudra peut-être prendre note de certains changements récents qui ont été apportés aux règlements d'arbitrage utilisés dans le cadre du RDIE.

16. En 2006, le Règlement d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a été modifié pour inclure des dispositions sur la transparence, les procédures accélérées pour invoquer un moyen préliminaire relatif à une demande dénuée de fondement juridique et les mesures conservatoires²¹. En octobre 2016, le Secrétariat du CIRDI a engagé des consultations avec ses États membres pour recenser les domaines où d'autres amendements de ses règlements pourraient être nécessaires, qu'il a ensuite étendues au public en janvier 2017. Selon les premiers résultats de ces consultations, il existe 16 domaines qui pourraient faire l'objet d'amendements, y compris certaines questions liées aux arbitres (nomination, code de conduite, procédure de récusation), le financement par des tiers, la jonction d'instances, les moyens de communication, les moyens préliminaires, les règles relatives aux témoins, experts et autres moyens de preuve, les mesures conservatoires, les délais et la répartition des frais²².

17. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a été révisé en 2010 et en 2013. Un certain nombre de dispositions ont été modifiées en 2010 pour améliorer l'efficacité de la procédure et de nouvelles dispositions sur la jonction et les mesures provisoires ont été adoptées. La Cour permanente d'arbitrage (CPA), dont le règlement institutionnel se fonde sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, a mis en œuvre des réformes similaires²³.

18. L'adoption du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (le "Règlement sur la transparence") a entraîné une révision supplémentaire du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, en 2013,

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid., p. 116.

²⁰ Ibid., p. 117.

²¹ Voir CIRDI, Amendement des règlements du CIRDI, disponible à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/about/Amendment-of-ICSID-Rules-and-Regulations.aspx>.

²² On trouvera des informations sur le processus de réforme à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/fr/Documents/The%20ICSID%20Rules%20Amendment%20Process.FR.pdf>.

²³ Le règlement d'arbitrage de la CPA est disponible à l'adresse <https://pca-cpa.org/fr/services/arbitration-services/pca-arbitration-rules-2012/>. Les règlements d'autres institutions d'arbitrage qui gèrent des affaires de RDIE ont également été modifiés pour mieux répondre aux difficultés posées par ces affaires et améliorer l'efficacité de la procédure. Voir par exemple le Règlement de la Chambre de commerce de Stockholm (disponible à l'adresse <http://www.sccinstitute.com/dispute-resolution/rules/>); on trouvera des informations sur l'application du Règlement sur la transparence dans des arbitrages régis par le Règlement de la Chambre de commerce de Stockholm à l'adresse <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/news/2015/uncitral-rules-on-transparency-at-the-scc/>); le Règlement du Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire (CRCICA) (disponible à l'adresse <http://crcica.org/Arbitration.aspx>); la Chambre de commerce internationale (CCI) (le rapport de la Commission d'arbitrage de la CCI sur l'arbitrage impliquant des États et des entités étatiques peut être consulté à l'adresse <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-commission-report-on-arbitration-involving-states-and-state-entities-under-the-icc-rules-of-arbitration/>); et le Centre d'arbitrage international de Singapour (SIAC) (le Règlement d'arbitrage de la SIAC (2017) est disponible à l'adresse <http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-ia-rules-2017>).

avec un nouvel article 1-4 qui prévoit l'application du Règlement sur la transparence. Ce dernier, entré en vigueur le 1^{er} avril 2014, comprend un ensemble de règles procédurales qui prévoient la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, et l'accès du public à ce type d'arbitrage. Il a été incorporé dans la plupart des traités d'investissement conclus depuis son entrée en vigueur. Par ailleurs, la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités ("Convention de Maurice sur la transparence"), qui est ouverte à la signature depuis mars 2015 et entrera en vigueur en octobre 2017, offre aux États un mécanisme pour consentir à l'application du Règlement sur la transparence aux traités d'investissement conclus avant son entrée en vigueur, en avril 2014²⁴.

III. Préoccupations exprimées au sujet du RDIE

19. La présente section reprend certaines des préoccupations exprimées en ce qui concerne le régime de RDIE actuel, afin que le Groupe de travail les examine. Elle n'entend pas être exhaustive, mais cherche plutôt à mettre en exergue les aspects qui sont souvent mentionnés dans les commentaires au sujet du RDIE. En s'intéressant à ces préoccupations, le Groupe de travail voudra peut-être étendre son examen à d'autres questions pertinentes.

A. Observations générales

20. Parmi les préoccupations souvent exprimées au sujet du régime de RDIE existant figurent i) le manque de cohérence des sentences arbitrales, ii) l'existence de mécanismes limités pour garantir la régularité des sentences, iii) l'absence de prévisibilité, iv) la désignation d'arbitres par les parties, v) les incidences de cette désignation sur l'impartialité et l'indépendance des arbitres, vi) le manque de transparence, et viii) l'augmentation de la durée et du coût de la procédure. D'aucuns soutiennent que ces préoccupations, qui sont examinées plus en détail ci-dessous, sapent la légitimité et la responsabilité démocratiques du régime de RDIE (voir document A/CN.9/917, par. 11 et 12). Elles entrent dans deux catégories générales: celles qui ont trait à la procédure et aux résultats de l'arbitrage (voir section B) et celles qui ont trait aux arbitres et aux décideurs (voir section C).

21. Dans son examen des préoccupations relatives au RDIE, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si ses travaux devraient i) être limités au RDIE dans le cadre d'un traité d'investissement ou porter sur toutes les formes de RDIE, quel que soit l'instrument dont elles découlent (traité ou contrat d'investissement, ou autre); et ii) être limités à l'arbitrage, mécanisme de règlement le plus couramment utilisé, ou englober d'autres types de mécanismes de règlement existants (médiation ou tribunaux nationaux). Il voudra peut-être noter que le commentaire de la présente Note s'inspire largement des informations et des commentaires relatifs au RDIE effectué dans le cadre de traités d'investissement et à travers l'arbitrage. Il voudra peut-être aussi se demander dans quelle mesure les préoccupations identifiées s'appliquent aussi au régime plus vaste de RDIE visé aux points i) et ii) du présent paragraphe.

B. Procédure et résultats de l'arbitrage

1. Aspects procéduraux

22. Parmi les préoccupations exprimées au sujet des aspects procéduraux du RDIE figurent: i) la durée et le coût excessifs du RDIE; ii) le manque de transparence dans la procédure; iii) l'absence de mécanisme de rejet rapide des demandes infondées; et

²⁴ On trouvera des informations sur l'état de la Convention de Maurice à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html et sur l'état du Règlement sur la transparence à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html.

iv) l'absence de mécanisme pour répondre aux demandes reconventionnelles des États défendeurs.

a) Durée et coûts

23. L'arbitrage a été conçu, entre autres, comme moyen relativement rapide et peu coûteux de résoudre un litige. Toutefois, des inquiétudes ont été exprimées face à l'augmentation du coût et de la durée de la procédure²⁵.

24. Le coût et la durée de la procédure peuvent dépendre, au moins dans une certaine mesure, de la complexité de l'affaire, de la nature fragmentée des dispositions relatives à la protection des investisseurs, de la nature illimitée de nombreuses questions faisant l'objet d'un litige et de la nécessité qui en découle d'examiner diverses sentences arbitrales antérieures et d'autres sources juridiques.

25. Certains États défendeurs peuvent avoir des difficultés à réunir les ressources importantes requises pour se défendre. En général, ils seront critiqués s'ils utilisent des fonds publics à cet effet, d'autant plus que les tribunaux arbitraux ne demandent généralement pas à l'investisseur perdant de payer les frais de l'État gagnant.

b) Transparence

26. Les inquiétudes exprimées face au manque de transparence ou à la tenue à huis clos des procédures constituent, hier comme aujourd'hui, une critique majeure opposée au régime de RDIE²⁶.

27. À ce sujet, on notera que certaines réformes récentes, comme les amendements de 2006 relatifs à la transparence du Règlement du CIRDI et l'adoption du Règlement sur la transparence de 2013 (voir par. 18 ci-dessus), ont mis l'accent sur la transparence dans le RDIE et l'accès du public à ce type de règlement. Ces efforts de réforme devraient permettre de mieux comprendre les interprétations que les tribunaux arbitraux donnent des normes de protection des investissements. Cette amélioration pourrait se traduire par un renforcement de la cohérence et une occasion pour le public de participer à la procédure, ce qui pourrait améliorer sa compréhension du processus.

c) Autres questions procédurales

28. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner d'autres questions procédurales, y compris celles qui sont mentionnées aux points iii) et iv) du paragraphe 22 ci-avant.

29. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que des institutions d'arbitrage ont cherché à adopter un certain nombre de mesures pour régler certaines questions procédurales et, plus particulièrement, pour rationaliser le processus. Ces mesures ont ainsi visé à traiter les demandes abusives, pour lesquelles la compétence n'est pas clairement établie, et à permettre de rendre une décision préliminaire concernant les questions de compétence et de rejeter rapidement les demandes infondées. Les institutions d'arbitrage ont introduit des délais stricts et d'autres mesures pour rationaliser la procédure. Cette démarche a aussi été suivie dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, tel que révisé en 2010 et 2013.

²⁵ Depuis 2010, le CIRDI publie dans son rapport annuel des informations sur la durée moyenne des procédures d'arbitrage, qui se situe généralement entre trois et quatre ans. Selon l'OCDE, la part la plus importante du coût, à savoir quelque 82 % du coût total, est représentée par les honoraires et les dépenses engagés par chaque partie pour ses experts et conseils. Les honoraires d'arbitre se montent en moyenne à environ 16 % du coût total, et les frais qui doivent être payés aux institutions qui administrent la procédure et assurent les services de secrétariat (comme le CIRDI, la CPA et la Chambre de commerce de Stockholm) à quelque 2 % du coût total.

²⁶ CNUCED, *Transparency in IAS: A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (2012), p. 36, et CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2015*, p. 148.

30. Lorsqu'il examinera les questions procédurales relatives au RDIE, le Groupe de travail voudra peut-être se souvenir que l'arbitrage offre la souplesse nécessaire pour adapter la procédure aux besoins des parties, dans la mesure où les documents contractuels ou autres qui régissent la relation entre elles le permettent.

2. Résultats: cohérence et constance

a) Normes de protection des investissements

31. Un système cohérent garantit que ses éléments seront liés de manière logique, sans aucune contradiction. Un système constant garantirait que des situations identiques ou similaires soient traitées de la même manière. Un régime de RDIE qui serait cohérent et constant pourrait renforcer l'état de droit et la confiance dans la stabilité du climat d'investissement. Par contre, le manque de cohérence et de constance risque de saper la fiabilité, l'efficacité et la prévisibilité du régime de RDIE et, à terme, sa crédibilité (voir document [A/CN.9/915](#))²⁷.

32. Ce manque de cohérence et de constance du régime de RDIE peut provenir de la nature fragmentée des traités d'investissement sous-jacents. Premièrement, les normes de protection des investisseurs contenues dans ces traités varient considérablement; certaines sont formulées de manière vague ou générale, laissant aux arbitres une grande marge d'interprétation, même si les traités plus récents sont formulés de manière plus précise (voir par. 9 ci-avant).

33. Deuxièmement, les dispositions relatives au RDIE contenues dans les traités d'investissement varient également. Certains traités prévoient le recours au RDIE dans tout litige découlant de l'investissement concerné. D'autres le limitent aux demandes liées à la violation de certaines dispositions, ou aux demandes liées à une expropriation. On constate récemment que le recours au RDIE est de plus en plus souvent limité dans une certaine mesure (voir par. 9 ci-avant).

34. Troisièmement, l'accès à l'arbitrage est souvent soumis à toute une série de conditions et d'exigences procédurales, comme en témoignent les dispositions conventionnelles et les règlements d'arbitrage détaillés des différentes institutions d'arbitrage.

b) Sentences dans des affaires de RDIE

35. Même lorsque des affaires de RDIE concernent une même mesure prise par un État ou un cas de figure similaire ou découlent de dispositions conventionnelles identiques ou similaires, on observe des résultats divergents²⁸. Cela pourrait venir du fait que ces affaires sont entendues par des tribunaux arbitraux constitués ad hoc et que les arbitres ont à interpréter des dispositions vagues ou générales relatives à la protection des investisseurs.

36. La question des résultats divergents se pose de manière plus aiguë dans le cas de procédures concurrentes ou multiples, qui surviennent le plus souvent lorsqu'une mesure prise par un État a des incidences sur un certain nombre d'investisseurs et que des tribunaux ad hoc distincts sont établis pour connaître de chaque demande (voir document [A/CN.9/915](#), par. 5 et 6). Comme il est indiqué dans le document [A/CN.9/915](#), on pourrait chercher à mettre en place un cadre plus prévisible pour la coordination des procédures concurrentes, ce qui serait dans l'intérêt tant des investisseurs que des États.

37. Comme le principe du "stare decisis" ne s'applique pas à l'arbitrage, les tribunaux arbitraux ont à de nombreuses reprises souligné qu'ils n'étaient pas liés par les décisions antérieures rendues par d'autres tribunaux arbitraux. Dans d'autres cas, ils ont toutefois tenu compte de sentences antérieures, témoin les références à d'autres sentences que l'on trouve dans certaines décisions arbitrales. Cela n'a toutefois pas toujours été source de cohérence dans les sentences rendues.

²⁷ Étude du CIDS, par. 22.

²⁸ Étude du CIDS, par. 22.

38. Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les mécanismes de correction existants (mécanismes d'examen ou de contrôle), qui sont limités, sont suffisants pour assurer la cohérence et la constance des sentences (voir par. 39 et 40 ci-après).

3. Finalité de la sentence et mécanismes d'examen

39. Les sentences arbitrales sont définitives et ne peuvent faire l'objet d'un examen que dans le cadre d'une procédure d'annulation ou d'exécution auprès d'un tribunal national ou, dans le cas des sentences du CIRDI, dans le cadre d'une procédure d'annulation²⁹. Si ces mécanismes d'examen peuvent contribuer à assurer un certain degré de cohérence et de constance des sentences, ils ont avant tout pour objectif de contrôler l'intégrité des sentences rendues par les tribunaux arbitraux. De plus, la compétence dont jouissent les comités d'annulation du CIRDI et les tribunaux nationaux au lieu de l'arbitrage ou à l'endroit où l'exécution est demandée (pour les sentences non rendues par le CIRDI) pour examiner une sentence est souvent limitée³⁰.

40. Si le caractère définitif d'une sentence est considéré comme un élément qui contribue à l'efficacité de l'arbitrage, l'absence de mécanisme d'appel signifie que des décisions irrégulières ne peuvent pas être infirmées et que, par conséquent, la régularité juridique ne peut pas être assurée³¹. De plus, il est peu probable que la jurisprudence concernant des affaires de RDIE découlant de traités d'investissement différents contenant des normes de protection des investisseurs identiques ou largement similaires soit harmonisée³².

41. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que l'objectif d'une réforme visant à promouvoir la cohérence et la constance consisterait à renforcer la prévisibilité des affaires de RDIE plutôt qu'à rechercher l'uniformité. En effet, il ne sera peut-être pas possible d'assurer l'uniformité des décisions rendues dans le cadre du RDIE, du moins pas tant que les normes fondamentales de protection des investissements continueront de provenir de plusieurs traités différents. De plus, les circonstances de l'espèce continueront de varier.

C. Arbitres et décideurs

1. Nomination et exigences éthiques

42. Dans la plupart des affaires de RDIE, les tribunaux arbitraux se composent de trois arbitres. Les dispositions conventionnelles ou les règlements d'arbitrage applicables

²⁹ La législation nationale du lieu de l'arbitrage régit l'annulation d'une sentence arbitrale. Ces législations ont tendance à s'effacer devant les sentences arbitrales, l'objectif étant d'encourager les parties à recourir à l'arbitrage. Les conditions d'annulation prévues à l'article 34 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 avec les amendements adoptés en 2006 reprennent largement les dispositions de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Les quatre premiers motifs d'annulation d'une sentence doivent être invoqués par la partie qui demande l'annulation, tandis que les deux derniers peuvent être constatés par le tribunal *ex officio*. Les quatre premiers ont trait à la régularité de la procédure et à l'étendue du consentement donné par les parties à la convention d'arbitrage, tandis que les deux derniers ont trait à l'ordre public et à l'arbitrabilité dans l'État d'exécution. Les rédacteurs de la Convention CIRDI ont cherché à créer un processus transnational, ou délocalisé, éloigné du contrôle des tribunaux nationaux. L'article 52 de la Convention prévoit ce qui suit: "(1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants: 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". Le choix d'un mécanisme d'annulation, plutôt que d'appel, traduit la préférence pour le caractère définitif des sentences. Le comité ad hoc, c'est-à-dire qui suit la procédure d'annulation, peut soit annuler la sentence en tout ou en partie, soit la laisser intacte. Il ne peut pas substituer son jugement à celui rendu par le tribunal d'origine.

³⁰ Étude du CIDS, par. 22.

³¹ Ibid.; voir aussi document A/CN.9/881, par. 18 à 22.

³² Ibid., par. 20 à 24.

traitent de la composition du tribunal et prévoient le droit des parties au litige de nommer un arbitre chacune, même si les méthodes de désignation du président du tribunal arbitral peuvent varier.

43. La nomination par les parties est un élément important du processus arbitral, dont beaucoup estiment qu'il confère sa légitimité à la procédure d'arbitrage. Elle doit viser la nomination de personnes jouissant de l'expérience, de la réputation et de la compétence nécessaires mais aussi garantir la neutralité, tous des éléments qui renforcent la confiance des parties dans le processus.

44. La nomination d'arbitres par les parties concentre toutefois une partie des critiques opposées au RDIE, qui portent sur les aspects suivants:

- Insuffisance des garanties d'indépendance et d'impartialité de la part des différents arbitres³³;
- Nombre limité de personnes qui sont régulièrement nommées en tant qu'arbitres dans des affaires de RDIE;
- Absence de transparence du processus de nomination;
- Certaines personnes font office de conseil et d'arbitre dans différentes procédures de RDIE, ce qui pose le risque de conflits d'intérêt et/ou de conflits de fonctions³⁴;
- La perception selon laquelle les arbitres sont moins conscients des considérations d'intérêt public qu'un juge titulaire d'une charge publique³⁵; et
- Le développement du financement par des tiers, qui soulève des questions d'ordre éthique (comme un éventuel conflit d'intérêt entre les arbitres et les bailleurs de fonds et l'obligation de confidentialité du bailleur de fond) et d'ordre procédural (comme le contrôle ou l'influence qui peut être exercé par le bailleur de fond sur le processus d'arbitrage et l'allocation des coûts).

D. Perceptions des États, des investisseurs et du public

45. Les opinions divergent quant aux avantages et aux inconvénients du régime de protection des investissements étrangers et, en particulier, de l'arbitrage entre investisseurs et États³⁶. Ce débat a pris une dimension publique et les grands médias concentrent leurs critiques sur le recours à l'arbitrage pour résoudre les litiges entre un État et un investisseur étranger, plutôt qu'aux systèmes juridictionnels nationaux, sur la nomination par les parties, l'application du droit international pour protéger les investissements, plutôt que du droit national, et sur l'asymétrie du RDIE, qui n'est ouvert qu'aux investisseurs étrangers.

46. Les sentences dans l'arbitrage relatif aux investissements ont souvent des incidences importantes pour le grand public et attirent par conséquent souvent l'attention des médias, surtout lorsque des montants importants ou controversés sont octroyés à des investisseurs étrangers (même si les statistiques mentionnées au paragraphe 13 ci-avant indiquent que le montant moyen octroyé est sensiblement inférieur aux montants réclamés). Si le RDIE a pu contribuer à dépolitiser les conflits survenant entre des investisseurs et des États et à éviter qu'ils ne dégénèrent en conflits interétatiques, il est devenu un sujet de préoccupation politique dans un nombre croissant d'États.

47. Nombre de critiques qui visent le système de RDIE proviennent des inquiétudes exprimées quant au manque de responsabilité et de légitimité démocratiques du processus de règlement des différends. Les critiques n'acceptent pas, ni ne reconnaissent, le pouvoir des arbitres de trancher une affaire de ce type. De plus, on

³³ Étude du CIDS, par. 20.

³⁴ Ibid. par. 21; voir également [A/CN.9/916](#), par. 16 et 23.

³⁵ Ibid.

³⁶ Pour un résumé des arguments favorables et défavorables, voir l'étude du CIDS, par. 8 à 23.

peut comparer défavorablement la nomination par les parties à la nomination de juges dans des tribunaux nationaux dans le cadre d'un processus destiné à préserver l'intégrité de l'état de droit et à garantir le contrôle du public sur la prise de décision judiciaire. Enfin, si les États ont établi le régime de RDIE actuel, ou consenti à son établissement, et en ont confirmé la légitimité au regard du droit international, celle-ci ne sera pas nécessairement acceptée par la population³⁷.

IV. Bien-fondé d'une réforme du RDIE

48. Compte tenu des questions exposées ci-avant, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si une réforme du régime de RDIE est souhaitable³⁸.

49. S'il souhaite envisager des réformes dans ce domaine, le Groupe de travail voudra peut-être examiner, entre autres questions:

- Quels seraient les objectifs principaux d'une réforme du régime;
- Si des réformes visant à remédier à certains problèmes (par exemple augmentation de la durée et des coûts, manque de cohérence des sentences arbitrales, absence de mécanisme d'examen, nomination par les parties et question connexe de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres) suffiraient à remplir ces objectifs; et
- Si les réformes proposées seraient assez larges pour s'appliquer à l'ensemble des traités d'investissement et aux procédures menées en application de divers règlements d'arbitrage³⁹.

50. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, parmi les options de réforme possibles, figurent aussi bien des ajustements relativement mineurs du régime de RDIE existant qu'une institutionnalisation plus poussée de ce régime avec la création d'un organisme juridictionnel permanent (tel qu'une cour permanente des investissements ou un organisme de règlement des différends).

51. Parmi les ajustements qui pourraient être apportés au régime de RDIE existant figurent:

- La modification des méthodes de nomination des arbitres (voir document [A/CN.9/917](#), par. 26 et 27), avec la rationalisation du processus de nomination et la mise en place d'un système doté d'un groupe de membres formant un nouvel organe juridictionnel. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'une prochaine étude complémentaire du CIDS traitera de la nomination des décideurs (arbitres/juges) (voir aussi le document [A/CN.9/917](#), par. 33 à 39);
- Le renforcement (ou l'introduction) d'exigences éthiques dans le régime de RDIE existant, par l'introduction d'un code de conduite par exemple. Un tel code pourrait s'appuyer sur les exemples existants, ou être mis au point et adapté spécifiquement au régime de RDIE (voir document [A/CN.9/916](#), par. 19 à 36)⁴⁰;

³⁷ Ibid. par. 23.

³⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 17 (A/72/17)*, par. 264.

³⁹ Voir document [A/CN.9/917](#), par. 17 à 66.

⁴⁰ Des associations locales du barreau, des institutions d'arbitrage et des organisations internationales (entre autres) ont élaboré divers textes sur l'éthique, que l'on trouve dans les règlements d'arbitrage, les textes d'orientation et, plus récemment, les traités d'investissement, en complément des dispositions relatives au RDIE. Ces codes ou normes peuvent prévoir des procédures pour repérer d'éventuels conflits d'intérêt, réels ou perçus, et des mesures pour y remédier. Certaines normes ont un effet contraignant, d'autres visent à fournir des orientations générales. Les décisions rendues par un tribunal en ce qui concerne la récusation d'arbitres ainsi que l'annulation ou l'exécution de sentences arbitrales donnent aux parties l'occasion de s'intéresser à la conduite des arbitres (en ce qui concerne le cadre juridique existant relatif à l'éthique, voir document [A/CN.9/916](#), par. 4 à 17).

- La formulation de mesures pour remédier au problème des procédures concurrentes (voir document [A/CN.9/915](#));
- L'introduction de la doctrine du précédent (voir document [A/CN.9/917](#))⁴¹; et
- La création d'un organisme permanent ou d'appel autonome (voir document [A/CN.9/917](#)).

52. Une réforme plus profonde consisterait à créer un organisme permanent de règlement des différends, comme un tribunal international des investissements, dont les membres seraient chargés de trancher les affaires de RDIE qui relèvent de sa compétence⁴².

Chronologie des travaux et réforme du RDIE

53. Au vu de ce qui précède, le Groupe de travail voudra peut-être commencer par s'intéresser à la réforme du RDIE. Toutefois, il voudra peut-être aussi tenir compte de l'avis de ceux qui estiment qu'une telle réforme devrait être complétée par des réformes visant à renforcer la cohérence et la constance des règles fondamentales relatives à la protection des investissements. À cet égard, il voudra peut-être noter que l'examen des normes fondamentales de protection des investissements pourrait s'inscrire dans un processus plus complet et poser la question de savoir si et de quelle manière il conviendrait d'harmoniser ces normes⁴³. Ces questions pourraient ainsi être abordées dans un deuxième temps.

⁴¹ Le Groupe de travail voudra peut-être aussi se référer au document [A/CN.9/915](#), qui décrit divers autres mécanismes pour limiter la prise de décisions contradictoires dans des procédures concurrentes, comme la fourniture d'indications aux tribunaux arbitraux en ce qui concerne la suspension de la procédure, les moyens de prévenir l'abus de procédure et le partage d'informations. Ce document mentionne aussi différents types de dispositions conventionnelles qui traitent la question des procédures concurrentes.

⁴² Voir document [A/CN.9/917](#), par. 29 à 57.

⁴³ Voir document [A/CN.9/917](#), par. 14.