



Assemblée générale

Distr. limitée
17 janvier 2020
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-neuvième session
New York, 30 mars-3 avril 2020**

Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)

Interprétation des traités d'investissement par les parties aux traités

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Interprétation des traités d'investissement	2
A. Interprétation des traités dans le contexte du RDIE	2
1. Propositions et observations formulées dans les communications	2
2. Partage de l'autorité interprétative entre les parties aux traités et les tribunaux tranchant des affaires de RDIE	4
3. Exposé des questions propres à l'interprétation des traités dans le contexte du RDIE	5
B. Autorité interprétative des parties aux traités	6
1. Outils d'interprétation à la disposition des parties aux traités	6
2. Recours actif aux outils d'interprétation	11



I. Introduction

1. De sa trente-quatrième à sa trente-septième sessions, le Groupe de travail a entrepris des travaux sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), eu égard au mandat que la Commission lui avait confié à sa cinquantième session, en 2017¹. À ces sessions, le Groupe de travail a recensé et examiné les préoccupations exprimées au sujet du RDIE, et en a conclu qu'une réforme était souhaitable.
2. À sa trente-huitième session, le Groupe de travail est convenu d'un calendrier de projet concernant les options de réforme². Il a prié le Secrétariat d'entreprendre des travaux préparatoires sur l'interprétation des traités par les États parties (A/CN.9/1004, par. 25).
3. En conséquence, la présente note traite la question de l'interprétation des traités dans le contexte du RDIE, en mettant en lumière les outils d'interprétation qui existent et en examinant les moyens de favoriser leur utilisation par les parties aux traités.
4. De même que d'autres documents soumis au Groupe de travail, la présente note a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet³ et ne cherche pas à exprimer un avis sur les options de réforme possibles, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner.

II. Interprétation des traités d'investissement

A. Interprétation des traités dans le contexte du RDIE

1. Propositions et observations formulées dans les communications

5. À sa trente-sixième session, le Groupe de travail a entendu des propositions préliminaires concernant les moyens de renforcer la participation des États à l'interprétation et à l'application de leurs traités. Les exemples de la manière dont les

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 17 (A/72/17)*, par. 263 et 264. Il est rendu compte des délibérations tenues et des décisions prises par le Groupe de travail de ses trente-quatrième à trente-septième sessions dans les documents A/CN.9/930/Rev.1 et additif, A/CN.9/935, A/CN.9/964 et A/CN.9/970, respectivement.

² Les délibérations tenues et les décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-huitième session sont présentées dans le document A/CN.9/1004 ; le document A/CN.9/WG.III/WP.166 donne une vue d'ensemble des options de réforme.

³ La présente note a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet : K. Gordon et J. Pohl, *Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World*, Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2015/02 ; D. Gaukrodger, *The Legal Framework Applicable to Joint Interpretative Agreements of Investment Treaties*, Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2016/01 ; L. Johnson, et M. Razbaeva, *State Control over Interpretation of Investment Treaties*, avril 2014 ; L. Boisson de Chazournes, M. Kohen et J. Viñuales, *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, chapitre de G. Kaufmann-Kohler, *Non-Disputing State Submissions in Investment Arbitration: Resurgence of Diplomatic Protection?*; G. Kaufmann-Kohler, *Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law, Fifteen Years of NAFTA*, chapitre 11, *Arbitration*, JurisNet, LLC, 2011 ; B. Legum, *Lessons Learned from the NAFTA: The New Generation of U.S. Investment Treaty Arbitration Provisions*, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, n° 2 (1^{er} octobre 2004), p. 344 ; A. J. Menaker, et N. Thornton, *U.S. Model Bilateral Investment Treaty (2004) (US BIT)*, dans *World Arbitration Reporter* (2^e éd., 2010) ; CNUCED, *IIA Issues Note, Interpretation of IIAs: what States can do*, 3 décembre 2011 ; J. Sharpe, *The Agent's Indispensable Role in International Investment Arbitration*, *ICSID Review*, vol. 33, n° 3 (2018), p. 675 à 701 ; S. Gáspár Szilágyi, D. Behn et M. Langford, *Adjudicating Trade and Investment Disputes, Convergence or Divergence?*, chapitre de Y. Chernykh, *Assessing Convergence between International Investment Law and International Trade Law through Interpretative Commissions/Committees: A Case of Ambivalence?*; Cambridge University Press ; J. Arato, C. Brown et F. Ortino, *Parsing and Managing Inconsistency in ISDS*, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 21 (2020), et note de synthèse 2019/3 du Forum académique sur le RDIE.

États abordaient actuellement cette question comprenaient l'élaboration et l'application de dispositions conventionnelles sur les déclarations interprétatives unilatérales, communes ou multilatérales, les indications données aux tribunaux arbitraux sur la signification de certains termes et normes, des interprétations contraignantes des obligations des traités d'investissement sous-jacents et la création de comités ou de commissions mixtes sur l'interprétation des traités (A/CN.9/964, par. 38 ; voir également A/CN.9/935, par. 43).

6. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les propositions de réforme communiquées par les gouvernements en vue de préparer les délibérations relatives à l'exécution de la troisième phase de son mandat (« communications ») traitent également de cette question, en soulignant que cela pourrait permettre d'assurer aux parties aux traités un meilleur contrôle de l'interprétation de leurs traités et de répondre aux préoccupations relatives au manque d'uniformité, de cohérence, de prévisibilité et de rectitude des décisions rendues par des tribunaux tranchant des affaires de RDIE⁴.

7. Dans une communication, il est souligné que la réforme du RDIE devrait viser à assurer la cohérence dans l'interprétation des dispositions des traités d'investissement, en particulier pour les clauses de fond de ces traités, afin de développer une jurisprudence homogène qui favorise la sécurité juridique⁵.

8. Plusieurs propositions ont été faites en ce qui concerne les moyens de renforcer la cohérence dans l'interprétation des traités. L'une d'elles tend à encourager le recours à l'interprétation commune contraignante, par les parties, des dispositions conventionnelles⁶ et à veiller à ce que cette interprétation soit contraignante pour les tribunaux tranchant des affaires de RDIE. Comme il est indiqué dans certaines communications, des traités d'investissement récents permettent à leurs parties d'adopter des interprétations contraignantes des obligations sous-jacents.

9. En outre, il est proposé que soit élaboré un mécanisme par lequel les parties à un traité pourraient déterminer conjointement la loi ou les principes d'interprétation que les tribunaux tranchant des affaires de RDIE devraient appliquer pour faire en sorte que le traité soit interprété conformément aux intentions des parties⁷.

10. Il est souligné dans certaines communications qu'une partie au traité dont découle le différend, non impliquée dans celui-ci, devrait avoir la possibilité de participer à la procédure en examinant les questions d'interprétation du traité⁸. Il est également indiqué qu'en cas de doute, les tribunaux arbitraux devraient pouvoir consulter les autorités publiques sur l'interprétation⁹.

11. Dans une communication qui propose la mise en place d'un mécanisme multilatéral permanent, il est suggéré de se demander si, et dans quelles conditions, les autres États parties à l'instrument portant création du mécanisme permanent

⁴ Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres (A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1) ; communication présentée par le Gouvernement marocain (A/CN.9/WG.III/WP.161) ; communication du Gouvernement thaïlandais (A/CN.9/WG.III/WP.162) ; communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais (A/CN.9/WG.III/WP.163) ; communications du Gouvernement costaricien (A/CN.9/WG.III/WP.164 et A/CN.9/WG.III/WP.178) ; communication du Gouvernement équatorien (A/CN.9/WG.III/WP.175) ; communication du Gouvernement sud-africain (A/CN.9/WG.III/WP.176) ; communication présentée par le Gouvernement bahreïnien (A/CN.9/WG.III/WP.180) ; communication des Gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien (A/CN.9/WG.III/WP.182).

⁵ Communication présentée par le Gouvernement marocain (A/CN.9/WG.III/WP.161).

⁶ Communications du Gouvernement costaricien (A/CN.9/WG.III/WP.164 et A/CN.9/WG.III/WP.178) ; communication des Gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien (A/CN.9/WG.III/WP.182).

⁷ Communication du Gouvernement thaïlandais (A/CN.9/WG.III/WP.162).

⁸ Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres (A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1) ; communication du Gouvernement équatorien (A/CN.9/WG.III/WP.175, par. 26) ; communication des Gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien (A/CN.9/WG.III/WP.182).

⁹ Communication du Gouvernement costaricien (A/CN.9/WG.III/WP.164, annexe II).

devraient pouvoir intervenir dans des différends portant sur des questions d'interprétation ayant une importance systémique en vertu de traités d'investissement auxquels ces États ne sont pas parties, tout en veillant à ce que cela ne porte pas atteinte à la capacité des parties à un traité de garder le contrôle de son interprétation¹⁰.

12. En ce qui concerne les moyens de mettre en œuvre une réforme dans le domaine de l'interprétation des traités, les communications contiennent diverses propositions, comme la possibilité qu'un mécanisme d'interprétation des traités prenne la forme d'une disposition conventionnelle type¹¹, qu'il soit inclus dans une version modifiée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI¹² ou qu'il fasse partie d'un mécanisme multilatéral permanent¹³. Il est également proposé que soient créés des commissions ou des comités conjoints d'interprétation qui siègeraient parallèlement aux tribunaux arbitraux¹⁴. Enfin, il est proposé qu'en égard aux évolutions en matière de transparence dans le RDIE fondé sur les traités, les pièces de procédure, les sentences et autres documents relatifs à l'interprétation des traités soient publiés, de sorte qu'à l'avenir, les parties et les tribunaux aient connaissance des déclarations interprétatives¹⁵.

2. Partage de l'autorité interprétative entre les parties aux traités et les tribunaux tranchant des affaires de RDIE

13. Bien que les parties aux traités et les tribunaux tranchant des affaires de RDIE jouent des rôles différents dans l'interprétation des traités d'investissement, ils partagent l'autorité interprétative. En incluant le RDIE dans les traités d'investissement, les parties à ces instruments ont délégué auxdits tribunaux le pouvoir de régler les différends entre investisseurs et États en appliquant les dispositions pertinentes des traités d'investissement à une situation particulière relative à un différend donné.

14. L'interprétation des dispositions des traités par les tribunaux tranchant des affaires de RDIE est nécessaire pour définir la portée des droits et obligations des parties à un litige et aide ainsi à distinguer les actes qui constituent une atteinte aux droits des investisseurs de ceux qui relèvent du comportement légitime d'un État. Le manque de précision dans la formulation de nombreux traités d'investissement rend d'autant plus nécessaire une interprétation qui permette d'appliquer à des situations spécifiques ces dispositions au libellé général.

15. Même si c'est toujours au tribunal arbitral qu'il incombe de trancher une affaire et, à ce titre, d'interpréter et d'appliquer un traité d'investissement, les parties à un traité conservent le pouvoir d'en clarifier le sens en donnant une interprétation définitive. Le droit international public général leur permet de préciser ce que sont véritablement leurs intentions et de publier des déclarations faisant autorité sur l'interprétation de leurs traités¹⁶. Les règles d'interprétation les plus utilisées figurent

¹⁰ Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres (A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1).

¹¹ Communication des Gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien (A/CN.9/WG.III/WP.182).

¹² Communication du Gouvernement thaïlandais (A/CN.9/WG.III/WP.162).

¹³ Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres (A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1).

¹⁴ Communication présentée par le Gouvernement bahreïnien (A/CN.9/WG.III/WP.180).

¹⁵ Communication du Gouvernement thaïlandais (A/CN.9/WG.III/WP.147, par. 24 et 25) ; communications du Gouvernement costaricien [A/CN.9/WG.III/WP.164, annexe I a) 1) ; A/CN.9/WG.III/WP.178, annexe II a) 2)].

¹⁶ La Cour permanente de Justice internationale (CPJI) a noté que « le droit d'interpréter authentiquement une règle juridique appar[tenait] à celui-là seul qui [avait] le pouvoir de la modifier ou de la supprimer ». (Cour permanente de Justice internationale, *Jaworzina*, avis consultatif, 1923, CPJI, série B, n° 8, p. 37). Cela a été réaffirmé ultérieurement par la Commission du droit international (Annuaire de la Commission du droit international, 1966, vol. II, p. 241, par. 14), la Cour internationale de Justice (Cour internationale de Justice dans l'affaire de *l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt (13 décembre 1999), par. 63) ainsi

aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ces règles définissent les éléments à prendre en compte pour interpréter les dispositions d'un traité. La Convention constitue une codification des règles coutumières internationales en matière d'interprétation des traités (voir ci-dessous, par. 34 et 35)¹⁷.

16. En outre, une observation présentée par un État défendeur au sujet de l'interprétation des dispositions d'un traité et appuyée par une partie au traité non partie au différend pourrait servir à prouver l'existence d'un accord¹⁸. Comme indiqué ci-dessus (voir par. 12), les conclusions écrites appuyées par des parties non impliquées dans le différend pourraient donc éclairer l'interprétation d'un traité.

17. On notera que, comme le montre une analyse de la pratique des États figurant dans un document de l'OCDE (voir aussi ci-dessous, par. 38)¹⁹, les parties aux traités se servent rarement des mécanismes dont elles disposent pour faire en sorte que les traités soient correctement interprétés. Elles pourraient donc jouer un rôle plus actif dans l'interprétation des obligations qui découlent des traités d'investissement, ce qui favoriserait une lecture plus prospective et plus cohérente des termes de ces instruments. L'interprétation des traités d'investissement par les parties peut ainsi contribuer à améliorer leur formulation et appuyer les autres mesures prises pour répondre à certaines préoccupations recensées.

3. Exposé des questions propres à l'interprétation des traités dans le contexte du RDIE

18. Le Groupe de travail voudra peut-être prendre note des questions ci-après concernant l'interprétation par les parties aux traités dans le contexte du RDIE.

a) Partie à un traité et défendeur dans une affaire

19. Les parties aux traités, qui peuvent recourir à des moyens authentiques et fiables d'interprétation de leurs traités, peuvent également être défendeurs dans les procédures de RDIE découlant de ces instruments. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les observations présentées dans le cadre d'un différend en instance par une partie à un traité intervenant en qualité de défendeur sont considérées comme pouvant établir l'existence d'un accord ultérieur au sujet de l'interprétation, et que les observations soumises par les parties au traité non parties au litige peuvent, de même, être utilisées pour éclairer l'interprétation et l'application des traités dans une procédure de RDIE en cours. De récents traités d'investissement confèrent expressément à leurs parties la capacité de formuler des décisions contraignantes au cours d'une procédure de RDIE. Toutefois, certains traités prévoient aussi

que par des tribunaux arbitraux (voir, par exemple, l'affaire *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique*, CIRDI, n° ARB(AF)/00/1 (9 janvier 2003), par. 177).

¹⁷ Les règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités sont largement utilisées par les organes juridictionnels internationaux tels que la Cour internationale de Justice (CIJ) et les juridictions pénales internationales.

¹⁸ A. Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States*, *American Journal of International Law*, vol. 104, n° 1, 2010, p. 217.

¹⁹ K. Gordon, et J. Pohl (2015), *Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World*, Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2015/02, Éditions OCDE : Une étude statistique portant sur les raisonnements juridiques suivis par les tribunaux du CIRDI dans des affaires fondées sur des traités montre que les références externes les plus citées dans leurs sentences sont, de loin, les décisions rendues par d'autres groupes d'arbitrage, qui représentent plus de 38 % des sources interprétatives citées dans les sentences examinées. Citée dans 73 des 98 décisions rendues sous l'égide du CIRDI qui font l'objet de l'étude, la doctrine juridique (articles universitaires) représente 16 % de l'ensemble des sources d'interprétation auxquelles les décisions renvoient. Les sources provenant des parties aux traités (par exemple, les travaux préparatoires, les traités eux-mêmes, les traités types ainsi que l'objet et le but énoncés dans les traités) ne comptent que pour 29 % des sources interprétatives citées.

explicitement qu'une interprétation commune formulée après la constitution du tribunal ne sera pas applicable²⁰.

20. Afin d'apaiser les préoccupations concernant la formulation, après la constitution du tribunal, d'éventuelles interprétations abusives, les parties au traité peuvent envisager de publier des déclarations interprétatives à titre anticipatif – à l'avance – et en dehors d'un différend particulier.

b) Droits reconnus aux investisseurs étrangers par le traité d'investissement

21. Contrairement à la plupart des autres traités internationaux relevant du domaine de l'économie, les traités d'investissement confèrent des droits aux personnes. Des interprétations formulées ultérieurement par les parties aux traités et faisant autorité risquent de porter atteinte aux droits des investisseurs étrangers, voire de les compromettre. Le régime général de la Convention de Vienne sur le droit des traités donne aux parties contractantes la latitude nécessaire pour modifier ou révoquer les droits d'États tiers, y compris par voie de modification du traité. La Convention ne traite pas de la modification ni de la révocation des droits ou des intérêts de tiers privés²¹.

c) Interprétation des traités et modification des traités

22. Troisièmement, il convient de faire une distinction entre l'interprétation des traités d'investissement et leur modification. L'interprétation vise à préciser les termes d'un traité. Les modifications permettent quant à elles de prévoir de nouvelles obligations ou de modifier celles qui existent, et elles nécessitent généralement d'être formellement adoptées, par une ratification au niveau national par exemple. La distinction entre modification d'un traité (à laquelle le principe de non-rétroactivité s'applique parce que la modification crée une nouvelle norme) et interprétation d'un traité (à laquelle le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas parce qu'une interprétation clarifie la teneur d'une norme) est importante. En pratique, toutefois, la ligne de démarcation entre ces deux notions n'est pas toujours claire²².

B. Autorité interprétative des parties aux traités

1. Outils d'interprétation à la disposition des parties aux traités

23. Les parties aux traités disposent de différents outils d'interprétation à différents stades : i) lors du processus de négociation du traité, les rédacteurs pourraient veiller à ce que celui-ci soit formulé de manière précise et s'accompagne de lignes directrices interprétatives claires ; ii) après la conclusion du traité, les parties peuvent en clarifier les termes au moyen de déclarations interprétatives et d'accords d'interprétation ; iii) en cas de litige découlant du traité, les parties peuvent intervenir dans la procédure de règlement du différend ; et iv) une fois le différend tranché, les parties peuvent examiner les sentences arbitrales et formuler des observations sur l'interprétation des tribunaux tranchant des affaires de RDIE.

a) Stade de la rédaction du traité d'investissement

24. Il est possible d'aborder la question de l'interprétation d'un traité d'investissement au moment de sa rédaction. Le principal moyen, et le plus efficace,

²⁰ Voir, par exemple, l'article 24, paragraphe 2, du modèle néerlandais de traité d'investissement bilatéral (2018).

²¹ D. Gaukrodger, *The legal framework applicable to joint interpretative agreements of investment treaties*, Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2016/01.

²² A. Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States*, *American Journal of International Law*, vol. 104, n° 1, 2010, p. 201 et 202 ; G. Kaufmann-Kohler, *Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law, Fifteen Years of NAFTA*, chapitre 11, Arbitration, JurisNet, LLC, 2011.

qu'ont les parties à un traité de s'assurer que les interprétations qui en seront faites concordent étroitement avec leur intention est d'en formuler les termes avec soin.

Précision des termes du traité

25. Les termes des traités d'investissement conclus récemment sont plus précis et des explications supplémentaires viennent compléter les normes générales²³ en indiquant notamment ce qui est couvert ou non par le traité²⁴. Une étude menée sur les dispositions des traités d'investissements relatives au RDIE montre que celles-ci sont bien plus détaillées, ce qui porte à croire que les gouvernements fournissent davantage d'indications sur la manière dont les procédures de RDIE doivent se dérouler²⁵.

Examen du préambule du traité d'investissement

26. L'article 31-1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit qu'une disposition d'un traité doit être interprétée à la lumière de son « contexte » et « de son objet et de son but ». Le préambule d'un traité d'investissement énonce généralement les objectifs de celui-ci. Le préambule de nombreux traités d'investissement désigne la protection des investissements comme étant l'unique objet et but du traité. Cela a amené certains tribunaux à adopter une interprétation essentiellement axée sur les intérêts des investisseurs²⁶. Afin d'éviter ce type d'interprétation, les préambules de traités d'investissement récents assurent à nouveau une liberté d'action sur le plan réglementaire (comme le droit de réglementer) et réaffirment un engagement en faveur des droits de la personne, des normes du travail ou des normes environnementales, ou de la promotion d'objectifs plus larges de politique générale (comme le développement durable et le transfert de technologie).

Définition des règles d'interprétation

27. Les parties à un traité peuvent également y définir les règles que les tribunaux tranchant des affaires de RDIE devront suivre pour l'interpréter, soit par un renvoi exprès à la Convention de Vienne sur le droit des traités, soit en prévoyant des règles, critères ou normes d'interprétation autonomes correspondant aux impératifs propres au régime juridique de l'investissement qui complètent ou qui remplacent les règles de la Convention.

Mise en place de mécanismes spécifiques

28. Un mécanisme adopté dans des traités récents est celui du renvoi aux parties de certaines questions, clairement définies dans le traité, aux fins d'interprétation. Dans ce cas, le traité dispose que les parties contractantes (ou, parfois, la commission ou le comité mixte créé spécifiquement à cet effet) devront interpréter certaines questions ou dispositions et livrer une interprétation contraignante pour le tribunal²⁷.

²³ La formulation récente des dispositions concernant le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement juste et équitable et l'expropriation illustre cette tendance (voir, par exemple, *Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, Traitement de la nation la plus favorisée (suite)* (études sur le traitement juste et équitable et l'expropriation, à paraître), disponible à l'adresse <http://www.unctad.org/ia>).

²⁴ Ces indications consistent par exemple i) à spécifier dans la clause relative au champ d'application et à la définition les types d'avoirs qui ne sont pas visés ; ii) à préciser les types d'actions des pouvoirs publics qui ne sont pas interdites (par exemple, les saisies réglementaires) ou iii) à énoncer que la clause de traitement de la nation la plus favorisée ne s'applique pas au RDIE.

²⁵ J. Pohl, K. Mashigo et A. Nohen (2012), *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey*, Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2012/02, p. 39.

²⁶ *SGS c. Philippines*, affaire CIRDI n° ARB/02/6, décision sur la compétence (29 janvier 2004) ; *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/01/11, sentence (12 octobre 2005).

²⁷ À titre d'exemple, des commissions des dommages-intérêts ont été créées afin d'interpréter les règles prévues dans un traité pour le calcul des dommages-intérêts ou de procéder au calcul effectif des dommages-intérêts et de présenter des précédents ; voir D. Desierto, D. Behn,

29. Certains traités d'investissement disposent qu'avant qu'une décision soit prononcée, toute partie à un litige peut demander au tribunal d'envoyer le projet de sentence pour observations aux parties contestantes et aux États parties au traité non parties au litige. Toutes les parties contractantes peuvent, dans un délai déterminé, adresser des observations que le tribunal devra examiner avant de rendre sa décision²⁸.

Observations présentées par une partie à un traité non partie au litige

30. Comme indiqué ci-dessus (voir par. 12 et 16), une forme très prometteuse mais actuellement sous-exploitée de déclaration unilatérale susceptible d'établir l'existence d'une pratique ou d'un accord ultérieurs est la soumission d'observations par une partie au traité dans le cadre de différends relatifs aux investissements – que celle-ci agisse en qualité de défendeur ou de partie non contestante.

31. Certains traités prévoient expressément l'intervention des parties non contestantes, qu'il s'agisse d'États parties ou d'autres parties au traité, dans la procédure²⁹. La présentation d'observations par une partie au traité non partie au litige est également prévue à l'article 5 du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités³⁰. Même lorsqu'un traité ou que les règles applicables ne prévoient pas explicitement la présentation d'observations par les parties non contestantes, on peut s'attendre à ce que les tribunaux s'intéressent aux déclarations formulées par ces parties³¹.

b) Stade de la conclusion du traité d'investissement

32. Lors de la conclusion d'un traité d'investissement, les parties peuvent adopter des instruments additionnels tels que des accords parallèles formels ou informels, des clauses interprétatives ou des échanges de lettres.

33. En outre, un certain nombre d'outils unilatéraux peuvent s'offrir aux gouvernements et aux parlements au moment de la conclusion de traités d'investissement. Les lettres et les mémoires adressés au gouvernement ou au parlement, les commentaires, les déclarations officielles et les débats parlementaires peuvent éclairer la signification des dispositions des traités.

c) Accord d'interprétation ou pratique interprétative ultérieurs

Règle générale d'interprétation

34. Comme indiqué ci-dessus, les règles d'interprétation les plus utilisées figurent aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

35. Les parties à un traité peuvent préciser la teneur des engagements qu'elles ont pris initialement dans celui-ci par un accord ultérieur ou une pratique ultérieure. Cette

J. Bonnitcha et M. Langford, Damages and ISDS Reform, note de synthèse 2019/18 du Forum académique sur le RDIE.

²⁸ Voir, par exemple, le traité d'investissement bilatéral entre la Colombie et le Pérou (2007), article 25-14 a).

²⁹ L'article 35-1 du traité d'investissement bilatéral conclu en 2006 entre le Canada et le Pérou dispose par exemple ce qui suit : « Après notification écrite donnée aux parties contestantes, la Partie non contestante pourra présenter des observations au tribunal sur les questions d'interprétation du présent accord ».

³⁰ Voir <https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/contractualtexts/transparency>. Aux termes de l'article 5 du Règlement sur la transparence, « [l]e tribunal arbitral autorise (...) qu'une partie au traité non partie au litige présente des observations sur des questions d'interprétation du traité ou, après consultation des parties au litige, peut l'inviter à le faire ». Des dispositions analogues figurent dans le Règlement d'arbitrage du CIRDI, qui dispose ce qui suit : « Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ».

³¹ Voir, par exemple, *Aguas del Tunari, S.A. c. République de Bolivie*, affaire CIRDI n° ARB/02/3, décision concernant l'exception d'incompétence introduite par le défendeur (21 octobre 2005), par. 249 à 263.

possibilité découle de l'article 31-3 a) et b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Un « accord ultérieur » au sens de l'article 31-3 a) est « un accord au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application des dispositions de celui-ci, auquel sont parvenues les parties après la conclusion du traité »³². Une « pratique ultérieure » au sens de l'article 31-3 b) peut être définie comme « toute conduite dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci, par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ». Bien qu'elle ait la même force qu'un « accord ultérieur » au sens de l'article 31-3 a), une « conduite ultérieure » au sens de l'article 31-3 b) peut être plus difficile à établir³³. L'article 31-3 dispose que les accords et les pratiques ultérieurs doivent être pris en compte dans l'interprétation d'un traité, de même que d'autres éléments tels que le sens ordinaire des termes du traité, l'objet de celui-ci et son caractère. Si l'interprétation d'un traité donnée conformément à l'article 31 laisse son sens « ambigu ou obscur » ou conduirait à un résultat qui est « manifestement absurde ou déraisonnable », les tribunaux peuvent faire appel à des « moyens complémentaires » d'interprétation conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Interprétation contraignante

36. Certains traités d'investissement contiennent des dispositions prévoyant que les parties contractantes peuvent formuler des interprétations qui seront alors contraignantes pour les tribunaux tranchant des affaires de RDIE³⁴. En indiquant dans le traité que les accords conclus entre elles sont définitifs, les parties lèvent tout doute quant à la force desdits accords. Ces derniers temps, des dispositions envisageant expressément que les parties au traité s'accordent ultérieurement sur des interprétations qui auront force obligatoire ont été incluses dans une diversité croissante de traités d'investissement³⁵.

37. Récemment, plusieurs États ont donné des interprétations communes concernant des traités d'investissement existants ou institué dans leurs traités des organes mixtes chargés de formuler des interprétations contraignantes des dispositions des traités (voir ci-dessous, par. 39 et 40), comme il est signalé dans le Rapport sur l'investissement dans le monde 2019 de la CNUCED³⁶.

38. Il convient de noter que sur la plateforme Investment Policy Hub de la CNUCED, 126 des 2 573 traités analysés (4,9 %) sont indiqués comme autorisant expressément les interprétations contraignantes par les parties contractantes ou par des comités ou commissions d'interprétation. Seuls 31 traités, soit un peu plus

³² Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session, A/68/10 (2013), conclusion 4, p. 12.

³³ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session, A/68/10 (2013), conclusion 5 et commentaire, p. 42.

³⁴ Par exemple, l'article X-6 du traité d'investissement bilatéral conclu en 2009 entre le Canada et la République tchèque dispose ce qui suit : « Une interprétation du présent accord qui est arrêtée par les Parties contractantes lie un tribunal constitué en vertu du présent article ».

³⁵ Des dispositions envisageant expressément que les parties au traité s'accordent ultérieurement sur des interprétations ayant force obligatoire ont été adoptées pour la première fois dans l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) de 1994 ; elles sont à présent bien établies dans les traités d'investissement bilatéraux types et dans la pratique conventionnelle des États parties à l'ALENA : traité d'investissement bilatéral type des États-Unis de 2012, article 30-3 ; Accord de 2004 entre le Canada et [...] sur la promotion et la protection des investissements étrangers (modèle d'APIE du Canada), article 40-2 ; elles figurent également dans divers traités, tels que l'Accord global sur l'investissement de l'ASEAN (2009), article 40-3 (« Une décision commune des États membres déclarant leur interprétation d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal, et toute décision ou sentence rendue par un tribunal doit être conforme à cette décision ») ; Traité de libre-échange entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (2004) (CAFTA-DR), article 10.22-3 ; Traité d'investissement bilatéral entre le Chili et le Pérou, article 11.22-2 ; Traité d'investissement bilatéral entre la République populaire de Chine (Chine) et le Mexique, article 19-2.

³⁶ CNUCED, World Investment Report 2019 (Rapport sur l'investissement dans le monde 2019), p. 109 et 110.

de 1,56 %, prévoient des mécanismes institutionnels prenant la forme de comités ou de commissions d'interprétation³⁷.

Coopération institutionnalisée en matière d'interprétation des traités

39. Outre les mécanismes ad hoc, un certain nombre de traités d'investissement ont instauré une coopération institutionnalisée entre leurs parties contractantes. Composés de représentants des parties au traité, ces commissions ou comités sont chargés d'assurer le suivi de l'application de celui-ci et d'émettre des déclarations interprétatives sur ses dispositions. L'existence de ces organes permanents facilite l'échange de vues et la formulation d'interprétations communes³⁸.

40. En fonction du traité, des interprétations peuvent être formulées à l'initiative des comités ou commissions, à la demande de l'une ou l'autre des parties contractantes, à la demande du tribunal – si un défendeur ou une partie contestante sollicite une interprétation – ou pour divers ensembles de motifs. Certains traités confèrent aux comités ou aux commissions le pouvoir exclusif d'interpréter leurs dispositions, lequel expire au bout d'un certain temps lorsqu'aucune interprétation n'est formulée³⁹.

Consultations

41. En vertu de certains traités d'investissement, chaque partie contractante peut proposer la tenue de « consultations » sur n'importe quelle question d'interprétation. Ces mécanismes concernent par exemple, dans le cadre de la définition de l'investissement et de l'investisseur, les questions relatives au « contrôle » d'une société ou d'un investissement, la nationalité d'un investisseur ou le refus d'accorder des avantages aux investisseurs de pays tiers⁴⁰.

Documents servant à l'interprétation d'un traité d'investissement

42. Plusieurs autres documents peuvent servir à interpréter un traité d'investissement, y compris :

- Les travaux préparatoires, que les tribunaux tranchant des affaires de RDIE peuvent utiliser, par exemple, pour clarifier un terme ambigu ; publier ces travaux peut être un moyen pour les parties au traité de garantir le respect de leur intention initiale ;

³⁷ Par exemple, l'Accord de libre-échange entre l'Australie et la Chine (2015), le Traité d'investissement bilatéral entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Monténégro (2010), le Traité d'investissement entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Pérou (2005), l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (2016), l'Accord de libre-échange Canada-Honduras (2013), l'Accord de libre-échange entre la République de Corée et le Viet Nam (2015), l'Accord de libre-échange entre le Mexique et le Panama (2014), le Protocole additionnel à l'Accord-cadre de l'Alliance du Pacifique (2014) et l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste. Le nombre de traités prévoyant des mécanismes institutionnels d'interprétation sous la forme de commissions ou de comités d'interprétation représente un peu moins d'un quart (22,4 % seulement) des 126 traités d'investissement qui choisissent de reconnaître expressément aux États le droit d'adopter une interprétation commune.

³⁸ Par exemple, l'article 165 de l'Accord de libre-échange entre le Japon et le Mexique (2004) prévoit la création d'un comité mixte dans le cadre duquel pourront se tenir des consultations visant à examiner et à appliquer l'Accord, à adopter des interprétations de ses dispositions et à décider des règles de procédure d'arbitrage.

³⁹ S. Gáspár Szilágyi, D. Behn et M. Langford, *Adjudicating Trade and Investment Disputes, Convergence or Divergence?*, chapitre de Y. Chernykh, *Assessing Convergence between International Investment Law and International Trade Law through Interpretative Commissions/Committees: A Case of Ambivalence?* : Cambridge University Press.

⁴⁰ Voir K. Gordon et J. Pohl (2015), *Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World*, Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2015/02, Éditions OCDE. Disponible à l'adresse <http://dx.doi.org/10.1787/5js7rhd8sq7h-en>.

- Des documents publiés ou diffusés de manière unilatérale par une partie au traité qui témoignent de sa position de négociation et qui peuvent aider les tribunaux tranchant des affaires de RDIE à interpréter les termes du traité ;
- Les modèles de traités d’investissement qui, en particulier lorsqu’ils sont librement accessibles et qu’ils s’accompagnent d’un commentaire officiel, peuvent fournir des orientations aux tribunaux tranchant des affaires de RDIE et favoriser une interprétation évolutive du traité.

Phase postérieure au différend

43. À l’issue du différend, les parties au traité ont la possibilité de réagir aux interprétations contenues dans les sentences arbitrales. Elles peuvent, unilatéralement ou conjointement, accepter ou rejeter certaines interprétations. En publiant leurs interprétations, elles peuvent orienter les futures décisions des tribunaux tranchant des affaires de RDIE⁴¹.

2. Recours actif aux outils d’interprétation

44. Comme indiqué ci-dessus, les parties aux traités disposent de nombreux outils pour garantir une interprétation correcte. De la formulation claire et précise des termes du traité à la publication de notes interprétatives communes ou aux déclarations unilatérales, en passant par la présentation d’observations en tant que partie non contestante, elles peuvent guider le processus d’interprétation par des mesures se rapportant aux différents stades. Le Groupe de travail voudra donc peut-être se pencher sur les moyens d’encourager les parties aux traités à recourir à ces outils.

a) Interprétation unilatérale

45. Les parties aux traités pourraient être informées des mesures qu’elles peuvent prendre unilatéralement, par exemple :

- Rendre publique l’interprétation des dispositions vagues ou équivoques des traités ;
- Se tenir au courant des déclarations et des pratiques découlant des traités auxquels elles sont parties afin de recenser les points de convergence et de divergence avec les autres parties contractantes ; et
- Coopérer avec les autres parties au traité pour parvenir à des accords qui clarifient les formulations ambiguës, et préciser si elles veulent que ces accords soient contraignants.

⁴¹ Dans l’affaire *Société générale de surveillance c. Pakistan*, la Suisse a dénoncé auprès du Secrétariat du CIRDI le fait que le tribunal ne l’avait pas consultée sur l’interprétation de la clause de respect des engagements avant d’en formuler une interprétation prêtant à controverse. Les autorités suisses ont clairement fait savoir qu’elles rejetaient l’interprétation restrictive que le tribunal avait faite de cette clause. *Société générale de surveillance c. Pakistan* (Traité d’investissement bilatéral entre le Pakistan et la Suisse). La Suisse a déclaré ce qui suit : « [L]es autorités suisses se demandent pourquoi le tribunal n’a pas jugé nécessaire de prendre connaissance de leur avis concernant le sens de l’article 11 [la clause de respect des engagements] malgré l’importance considérable qu’il attribuait à l’intention qui était celle des parties contractantes lors de la rédaction de cet article et le fait qu’il avait d’ailleurs interrogé à cet égard l’une des parties contractantes (le Pakistan). [L]es autorités suisses sont préoccupées par la manière très restrictive dont le tribunal a interprété le sens de l’article 11, qui non seulement va à l’encontre de l’intention qu’avait la Suisse lorsqu’elle a conclu le Traité, mais n’est manifestement pas étayée par le sens des articles analogues des traités bilatéraux d’investissement conclus par d’autres pays ni par les commentaires doctrinaux formulés au sujet de ces dispositions. » Note sur l’interprétation de l’article 11 du Traité bilatéral d’investissement entre la Suisse et le Pakistan, jointe à la lettre adressée par le Secrétariat d’État suisse à l’économie au Secrétaire général adjoint du CIRDI (1^{er} octobre 2003), reproduite dans *Mealey’s International Arbitration Reports*, février 2004.

b) Interprétation commune*Dispositions des traités*

46. Les accords d'interprétation conjoints seront probablement un outil de plus en plus important pour s'assurer que les traités sont interprétés conformément à l'intention des parties au traité et de manière à atteindre les objectifs visés. Les parties contractantes peuvent prévoir expressément dans leurs traités d'investissement un mécanisme leur permettant de s'entendre ultérieurement sur des interprétations.

47. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient d'élaborer des dispositions conventionnelles types visant, par exemple, à :

- Faire en sorte que les interprétations communes formulées par les parties aux traités en ce qui concerne certaines questions ou la totalité de celles-ci soient contraignantes pour les tribunaux ;
- Définir les règles d'interprétation que les tribunaux tranchant des affaires de RDIE devraient suivre, et régir la façon dont il convient d'interpréter le silence entourant certaines questions ;
- Encourager (ou obliger) les parties aux traités à se concerter et à coopérer pour lever les ambiguïtés sur les questions d'interprétation ou d'application ;
- Prévoir la mise en place de commissions ou de comités chargés d'interpréter les traités ; et
- Exiger que les États d'origine ou les autres parties non contestantes i) soient informés des actions introduites au titre de leurs traités, ii) se voient communiquer les documents soumis aux tribunaux ou délivrés par ceux-ci et iii) puissent présenter des observations aux tribunaux sur des questions d'interprétation des traités.

48. En plus de constituer un fondement ou un modèle pour de futurs traités, ces dispositions types pourraient être rendues applicables aux traités d'investissement existants.

49. Au-delà de la formulation de dispositions conventionnelles, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de donner des orientations aux parties aux traités. Ces orientations pourraient porter non seulement sur les principes généraux d'interprétation des traités et sur les divers outils pouvant être utilisés, mais également sur la manière dont certaines questions pourraient être traitées, telles que l'incidence de l'interprétation des traités sur les droits des investisseurs et le point de savoir si et comment les investisseurs couverts seraient protégés si les parties contractantes s'entendaient expressément sur le fait que ladite interprétation devrait s'appliquer rétroactivement.

50. L'objet de ces orientations pourrait aussi être de préciser si les parties peuvent convenir d'une interprétation ultérieure reposant sur un consensus auquel elles seront parvenues au sujet de la signification du traité après la conclusion de ce dernier. Selon un rapport de la Commission du droit international, la Convention de Vienne sur le droit des traités donne aux parties aux traités la souplesse voulue pour fonder leurs accords d'interprétation sur l'intention qui est la leur à la date de l'accord ultérieur⁴². Au contraire, certains tribunaux tranchant des affaires de RDIE, par exemple, ont

⁴² Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session, A/68/10 (2013), p. 21 (l'intention convenue après la conclusion du traité, qui est l'expression de la volonté commune des parties, revêt une autorité particulière en ce qui concerne l'identification du sens du traité, « même après la conclusion de celui-ci ». D'après le rapport, la Convention de Vienne sur le droit des traités « confère ainsi aux parties à un traité un rôle qui pourrait être inhabituel s'agissant d'interpréter des instruments juridiques dans certains systèmes de droit interne ».

avancé que les accords ultérieurs ne devaient être pris en compte que s'ils correspondaient à l'intention initiale⁴³.

51. Des orientations pourraient également être formulées au sujet des interprétations non contraignantes. Pour être plus efficaces, ces interprétations pourraient être intégrées, dès le début et de façon régulière, dans la pratique des gouvernements. Comme il ressort de certaines études, la force persuasive d'une interprétation dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment :

- Le caractère raisonnable de l'interprétation ;
- La qualité du processus interprétatif ;
- La clarté de l'interprétation ;
- Le raisonnement dont l'interprétation découle, ainsi que la conformité de celle-ci avec les règles et principes fondamentaux du droit international ;
- La cohérence avec les interprétations antérieures et ultérieures ; et
- Le moment de l'interprétation.

52. Il est également concevable que des orientations soient fournies dans le cadre des services d'un centre consultatif.

Stade de la procédure de RDIE

53. L'application rigoureuse des règles d'interprétation par les tribunaux tranchant des affaires de RDIE contribue à la prévisibilité juridique et assure le respect des attentes des parties aux traités quant à l'interprétation de ceux-ci. Il s'agit, premièrement, de faire en sorte que les règles d'interprétation des traités soient correctement appliquées par lesdits tribunaux. Il importe ensuite de veiller à ce que ces derniers se conforment à l'interprétation faite par les parties contractantes.

54. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient également de fournir des orientations sur les mesures que les parties aux traités pourraient prendre lors des procédures de RDIE de façon à :

- Rester informées de la manière dont leurs traités sont interprétés et appliqués ;
- Rendre leurs observations publiques ;
- Participer en tant que parties non contestantes aux différends découlant desdits traités ; et
- Faire entendre clairement leurs éventuels désaccords avec les interprétations données par les tribunaux.

c) Promouvoir ou mettre en place un cadre permettant les interprétations multilatérales

55. L'interprétation multilatérale est particulièrement utile en ce qui concerne la lutte contre des problèmes mondiaux et l'élaboration de nouvelles solutions multilatérales, par exemple pour préciser la portée des obligations fondamentales découlant des traités d'investissement ou pour éclairer les relations qui existent entre ces instruments et d'autres domaines du droit international, tels que les changements climatiques et les problèmes qui touchent l'ensemble du régime de l'investissement. On pourrait notamment envisager qu'une déclaration multilatérale sur la relation entre les traités d'investissement et le régime applicable aux changements climatiques précise que les régimes d'investissement ne doivent pas entraver les mesures de lutte contre les changements climatiques et doivent garantir que l'interprétation des traités d'investissement concorde avec les politiques mondiales arrêtées en la matière sur le plan multilatéral.

⁴³ *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence, 28 septembre 2007, par. 385 et 386 ; *Enron c. Argentine*, sentence, 22 mai 2007, par. 337.

56. Un processus visant à parvenir à un consensus multilatéral pourrait conduire à la création d'outils d'interprétation multilatéraux qui prendraient des formes diverses, allant d'instruments de droit souple, comme des lignes directrices et des principes interprétatifs destinés aux tribunaux tranchant des affaires de RDIE, à des instruments juridiques contraignants.

d) Outils d'interprétation propres aux traités d'investissement

57. La grande majorité des traités d'investissement n'abordent pas la question de l'interprétation par les gouvernements⁴⁴. Ils sont donc soumis à des principes plus généraux d'interprétation des traités. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les travaux pourraient consister à élaborer des principes et des règles d'interprétation autonomes susceptibles de compléter ou de remplacer les principes généraux d'interprétation des traités et correspondant aux impératifs propres au régime juridique de l'investissement.

⁴⁴ J. Pohl, K. Mashigo et A. Nohen (2012), *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey*, Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2012/02.