



Assemblée générale

Distr. générale
26 février 2018
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante et unième session
New York, 25 juin-13 juillet 2018

Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne, 27 novembre-1^{er} décembre 2017)

Deuxième partie*

Table des matières

	<i>Page</i>
IV. Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États	2

* La première partie du présent rapport figure dans le document [A/CN.9/930/Rev.1](#).



IV. Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (*suite*)

4. Autres questions procédurales

Mécanisme de rejet rapide

1. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait examiné les préoccupations liées à l'absence de mécanisme de rejet rapide des demandes infondées ou abusives (voir par. 39 du document [A/CN.9/930](#)). On a souligné l'importance de ces préoccupations du point de vue de la légitimité. Par conséquent, il a été convenu qu'il serait justifié d'examiner l'éventuelle mise en place d'un mécanisme de rejet rapide dans le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE).

2. Dans ce contexte, on a aussi noté qu'il faudrait tenir compte, dans cet examen, des mécanismes déjà mis en place par certains États (ainsi que dans le Règlement d'arbitrage du CIRDI), qui prévoyaient le rejet rapide de telles demandes, et mettre l'accent sur les cas dans lesquels de tels mécanismes n'existaient pas encore. On a ajouté qu'il faudrait garder à l'esprit d'autres questions, notamment à propos des éventuels obstacles à l'accès au RDIE (voir par. 59 du document [A/CN.9/930](#)), susceptibles d'augmenter le risque de demandes infondées. Il a été dit qu'il faudrait aussi examiner d'autres aspects, ultérieurement, à savoir les demandes introduites par des sociétés écran, diverses autres procédures abusives et les demandes excessives ou dénuées de fondement, que l'on ne considérerait peut-être pas comme des demandes infondées en soi, mais qui faisaient courir le risque d'allonger les procédures et d'augmenter les coûts.

Demandes reconventionnelles

3. Le Groupe de travail a commencé à examiner le sujet de la capacité limitée qu'ont les États défendeurs d'introduire des demandes reconventionnelles dans le cadre du RDIE. Cette question étant étroitement liée aux obligations de fond prévues dans les traités d'investissement, il a été estimé que le Groupe de travail ne devait pas s'y attacher puisqu'il avait décidé de mettre l'accent sur les aspects procéduraux du règlement des différends plutôt que sur les dispositions de fond des traités d'investissement (voir par. 20 du document [A/CN.9/930](#)).

4. On a ajouté que les traités d'investissement récents contenaient des dispositions relatives aux demandes reconventionnelles. Certaines règles en matière d'arbitrage, comme l'article 40 du Règlement d'arbitrage du CIRDI relatif aux demandes accessoires, prévoyaient également cette possibilité. Il a été souligné que la principale difficulté tenait au fait que les traités d'investissement étaient généralement formulés pour offrir une protection aux investisseurs. Comme ils prévoyaient des obligations réciproques limitées, les États défendeurs ne disposaient donc pas de fondements pour introduire des demandes reconventionnelles. On a aussi dit que les fondements des demandes reconventionnelles pouvaient se trouver (et se trouvaient souvent) dans des contrats d'investissement, ce qui posait d'autres difficultés d'ordre pratique s'agissant non seulement de la compétence du for mais aussi de la loi applicable (droit international public/droit interne). On a par conséquent appelé à la prudence, car il pouvait y avoir des inconvénients à mener des travaux dans ce domaine.

5. Selon un autre avis, le fait de prévoir un mécanisme permettant aux États d'introduire des demandes reconventionnelles était important pour garantir un équilibre approprié entre les États défendeurs et les investisseurs demandeurs, ainsi que pour promouvoir l'efficacité procédurale, l'équité et l'état de droit. Il a été dit qu'autoriser les États à introduire de telles demandes pourrait décourager les procédures parallèles et avoir ainsi des incidences positives sur la durée et les coûts, ainsi que sur diverses autres questions procédurales, y compris le financement par des tiers.

6. Si certains tribunaux arbitraux ont accepté d'être compétents pour connaître de demandes reconventionnelles fondées sur des obligations de fond prévues dans des traités d'investissement, on a rappelé que le Groupe de travail ne devait pas mettre

l'accent sur la nature de ces obligations de fond. On a noté qu'il existait une distinction entre les obligations de fond prévues dans les traités d'investissement et les mécanismes de règlement des différends utilisés pour faire exécuter ces obligations.

7. À l'issue de la discussion, il a été généralement convenu que dans les travaux qu'il pourrait mener, le Groupe de travail n'exclurait pas d'examiner la possibilité qu'un État introduise une demande reconventionnelle lorsqu'il existait un fondement (ou une disposition sous-jacente) à cet effet.

Prise en compte des réformes en cours

8. Il a été largement estimé que toute réforme de la procédure de RDIE devrait tenir compte des réformes engagées par les États en ce qui concerne les traités sous-jacents. Par conséquent, il a été proposé que le Groupe de travail fonde ses débats futurs sur les dispositions relatives aux questions procédurales en matière de règlement des différends que l'on trouvait dans les traités plus récents. Ces questions de procédure, a-t-on ajouté, visaient à répondre à certaines des préoccupations évoquées plus tôt dans la session. En effet, les dispositions des traités plus récents présentaient également des procédures pour traiter les demandes propres à certains sujets et des mesures susceptibles d'être accordées par les tribunaux arbitraux.

5. Résultats : cohérence et constance

9. Le Groupe de travail a entrepris d'examiner la cohérence et la constance des résultats en matière de RDIE, en se fondant sur les paragraphes 31 à 38 du document [A/CN.9/WG.III/ WP.142](#).

10. Il a été noté au début des délibérations qu'un système cohérent garantirait les liens logiques et l'absence de contradictions entre ses diverses composantes, tandis qu'un système constant garantirait que des situations identiques ou similaires seraient toujours traitées de la même manière. Dans ce contexte, une distinction a été faite entre les circonstances dans lesquelles des interprétations incohérentes pourraient se justifier, par exemple, du fait de différences dans la formulation des traités d'investissement, et les circonstances dans lesquelles de telles divergences ne se justifieraient pas, étant donné que la même mesure et la même disposition d'un traité sous-jacent seraient examinées. De manière similaire, il a été souligné qu'il fallait établir une distinction entre, d'une part, la cohérence de l'interprétation au sein d'un traité d'investissement donné et, d'autre part, la cohérence de l'interprétation entre différents traités d'investissement.

11. Reconnaissant qu'il importait d'assurer la cohérence et la constance du régime de RDIE (conformément à la description figurant au paragraphe 31 du document [A/CN.9/WG.III/ WP.142](#)), il a été dit qu'un tel régime appuierait l'état de droit, renforcerait la confiance dans la stabilité de l'environnement d'investissement et donnerait plus de légitimité au processus. Il a également été dit que l'incohérence et l'absence de constance pourraient en revanche nuire à la fiabilité, à l'efficacité et à la prévisibilité du régime de RDIE et, à plus long terme, à sa crédibilité et à sa légitimité. Il a été mentionné que les critiques visant l'incohérence et l'absence de constance étaient l'une des raisons qui avaient motivé la décision de la Commission d'entreprendre des travaux sur la réforme possible de la procédure de RDIE. Il a été souligné que la cohérence était un élément déterminant de l'état de droit et contribuerait au développement du droit des investissements. Toutefois, il a également été noté que la cohérence et la constance n'étaient pas des objectifs en soi et qu'il fallait faire preuve d'une extrême prudence lorsque l'on s'attachait à obtenir une interprétation uniforme des dispositions figurant dans toute la gamme des traités d'investissement.

12. Selon un autre avis encore, les débats devaient tenir pleinement compte du contexte historique du RDIE. En effet, celui-ci visait à fournir aux investisseurs un mécanisme neutre pour régler leurs différends avec les États.

13. On a fait observer que la nature fragmentée des traités d'investissement sous-jacents, ainsi que le caractère particulier de l'arbitrage, dans le cadre duquel différents tribunaux étaient chargés d'interpréter des traités d'investissement,

contribuaient à un manque de cohérence et de prévisibilité des résultats. Il a en outre été dit que les règles internationales sur l'interprétation des traités et le droit international coutumier n'étaient pas toujours systématiquement appliqués par les tribunaux ad hoc.

14. Il a été ajouté que les traités d'investissement étaient de par leur nature à long terme et qu'ils risquaient donc de donner lieu à de multiples différends. Par conséquent, une interprétation cohérente des dispositions des traités renforcerait la stabilité du cadre général d'investissement. Il a également été mentionné que de nombreux traités contenaient des dispositions similaires sur la protection de l'investissement (telles que le traitement juste et équitable, la clause de la nation la plus favorisée, la clause générale et les dispositions sur l'indemnisation pour expropriation). Il a été signalé que, d'après l'expérience de certains États qui avaient conclu plusieurs traités d'investissement comportant des dispositions similaires, ces traités avaient été interprétés différemment par les tribunaux, notamment dans le cas de procédures concurrentes où les faits, les parties, les dispositions conventionnelles et les règles d'arbitrage applicables étaient les mêmes.

15. Il a été dit que la prévisibilité de l'interprétation des traités était également essentielle pour permettre aux États, d'une part, de comprendre si leurs initiatives (notamment d'éventuelles mesures législatives ou réglementaires futures) risquaient de violer leurs obligations et, d'autre part, de déterminer leurs politiques d'investissement. La prévisibilité permettrait également aux investisseurs d'évaluer si certains traitements étaient conformes aux obligations conventionnelles. Il a également été dit que l'absence actuelle de cohérence entraînait des coûts importants en raison du manque de prévisibilité qu'elle occasionnait, chacune des parties pouvant souvent invoquer des interprétations divergentes à l'appui de ses arguments. L'interprétation par les tribunaux de certaines normes figurant dans les traités d'investissement a également été jugée importante pour les États lorsqu'ils négociaient leurs traités, car de nombreux éléments d'interprétation pouvaient être déduits des litiges découlant de différents traités.

16. Il a été dit que d'autres solutions qui avaient été mises à l'essai, telles que la recherche de solutions aux problèmes de cohérence par l'analyse de la jurisprudence, l'application d'un précédent quasi identique, et les références à des sentences déjà rendues, ne s'étaient pas révélées suffisantes. On a cité à cet égard des incertitudes persistantes dans l'interprétation de notions clefs, telles que la définition d'un investissement et la question de savoir si des investissements devaient être faits dans le pays d'accueil ou dans son intérêt. En conséquence, il a été estimé que d'autres mécanismes étaient nécessaires.

17. Selon un autre avis, le manque de cohérence et de constance était une conséquence logique de la fragmentation des traités d'investissement sous-jacents qui existaient et il n'était peut-être ni réalisable ni souhaitable de chercher à assurer la cohérence et la constance étant donné que le régime des traités d'investissement sous-jacents n'était pas lui-même uniforme. Dans ce contexte, les inconvénients éventuels d'un régime cohérent et constant fondé sur des normes unifiées de protection ont été évoqués.

18. À cet égard, les raisons de l'élaboration d'un régime non uniforme ont été mises en lumière, et il a été dit que le régime des traités d'investissement avait été élaboré compte tenu d'éléments de politique étrangère, de politique économique et commerciale ainsi que de stratégies de développement. Il a été souligné que chaque traité d'investissement était le fruit de négociations entre États et qu'il était négocié en tenant compte des intérêts et des besoins particuliers des États et, dans certains cas, eu égard aux intérêts d'une région donnée.

19. Il a été dit que ce processus débouchait naturellement sur des pratiques conventionnelles variées qui se fondaient sur un large éventail de normes de protection des investisseurs ainsi que de dispositions relatives au règlement des litiges entre investisseurs et États. Il a été fait remarquer que cette diversité reflétait les particularités de la protection des investissements et les différentes approches adoptées en la matière, qui découlaient de choix délibérés et ne devaient pas être abolies dans un souci de cohérence et de prévisibilité.

20. En ce qui concerne l'interprétation de dispositions identiques ou similaires figurant dans différents traités d'investissement, il a été rappelé que, même si ce n'était pas le cas dans le contexte du règlement des litiges entre investisseurs et États, certaines instances judiciaires internationales avaient estimé dans leurs décisions que le simple fait que les dispositions d'un traité soient identiques ou similaires à celles d'un autre traité ne signifiait pas nécessairement qu'elles devaient être interprétées de la même manière. De ce point de vue, on pourrait aussi estimer que les différentes interprétations par des tribunaux ad hoc ne traduisaient pas un manque de cohérence.

21. On a également fait valoir que le manque de constance et de cohérence ainsi que la fragmentation pouvaient être des perceptions fondées sur des données empiriques. Par exemple, des situations différentes pouvaient se traduire par des interprétations différentes de la même disposition conventionnelle. On a ajouté qu'il fallait renforcer l'échange de données d'expérience entre les États concernant les interprétations contradictoires et leurs éventuelles incidences négatives. Il a été dit en outre que l'expérience montrait que les tribunaux nationaux ainsi que les instances judiciaires internationales, qui étaient par nature des structures permanentes dotées d'un mécanisme d'appel et liées par des précédents, avaient rendu des décisions incohérentes entre elles.

22. Au cours de la discussion, on a fait référence aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui prévoyaient respectivement des règles générales et complémentaires d'interprétation des traités. Il a été souligné qu'un traité devait être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Il a donc été estimé que les articles 31 et 32 donnaient une certaine latitude aux tribunaux pour interpréter différemment des dispositions identiques figurant dans un certain nombre de traités d'investissement, en fonction de l'intention des parties à ces traités.

23. Dans le cadre des discussions sur la question de la cohérence et de la constance, plusieurs possibilités ont été mentionnées pour permettre aux États de régler les problèmes en la matière à l'aide de dispositions dans leurs traités d'investissement, par exemple en précisant les principales normes de protection et les dispositions procédurales, en incorporant des orientations précises et éventuellement contraignantes pour les tribunaux arbitraux (par exemple, une interprétation contraignante) et en prévoyant d'autres outils procéduraux (par exemple, en autorisant la présentation d'observations par des parties au traité non parties au litige). On a ajouté qu'il serait crucial que les États veillent à la cohérence des instructions qu'ils donnaient à leurs propres conseils juridiques en ce qui concerne leurs conclusions. Une autre possibilité permettant d'assurer la constance et la cohérence a été mentionnée, à savoir que la formulation d'interprétations communes par les parties au traité soit prise en compte par le tribunal.

24. En réponse, il a été dit que les mesures susmentionnées risquaient de ne pas être suffisantes pour apporter une solution globale applicable aux traités existants (par opposition aux traités futurs). On a ajouté que les interprétations communes étaient rarement utilisées dans la pratique, car une fois les traités conclus, les parties pouvaient avoir du mal à s'entendre sur les interprétations. Il a donc été estimé qu'il fallait trouver une solution systémique pour remédier au manque à la fois de constance et de cohérence, solution qui pourrait se fonder sur un système de précédents. Un tel système permettrait également de favoriser la responsabilité des arbitres. Une des solutions systémiques possibles pourrait notamment prévoir un mécanisme d'appel ou un tribunal multilatéral. À cet égard, on a cité l'exemple de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui associait un groupe spécial et un organe d'appel permanent.

6. Observations finales sur la cohérence et la constance

25. Selon un autre point de vue, il faudrait préciser ce qu'on entend quand on parle de cohérence souhaitable en matière de RDIE, car les divergences de résultats pourraient être dues à des distinctions légitimes, découlant elles-mêmes de faits différents exposés

devant les tribunaux et des arguments présentés par les conseils juridiques, ainsi que de différences dans les dispositions des traités sous-jacents. Il faudrait également préciser dans quelle mesure les incohérences indésirables en matière de RDIE suscitaient des préoccupations.

26. S'agissant du premier aspect, il a été question de deux types d'incohérences potentielles, à savoir des incohérences dans l'interprétation d'un traité donné, et des incohérences dans l'interprétation de dispositions identiques ou similaires figurant dans différents traités. On s'est largement accordé à penser que des interprétations incohérentes d'une disposition dans un traité donné pouvaient poser problème.

27. S'agissant du second aspect, il a été souligné que des résultats divergents n'étaient pas préoccupants s'ils se fondaient de manière appropriée sur une interprétation correcte des libellés figurant dans le traité en question. Ceci étant, il a été noté que les différences de formulation des traités avaient été exagérées et que la grande majorité des traités d'investissement étaient libellés de manière très similaire, voire identique, et des exemples ont été fournis au Groupe de travail.

28. Il a également été dit qu'une adhésion rigide au principe de la cohérence entre décisions arbitrales pouvait être dangereuse dans la mesure où elle pourrait créer des constantes jurisprudentielles qui seraient elles-mêmes incompatibles avec les intentions des parties. Il a également été ajouté que la cohérence n'assurait pas nécessairement l'exactitude.

29. Il a été dit qu'il serait plus approprié d'examiner si les décisions fournissaient des interprétations correctes des traités, conformément aux règles du droit public international, plutôt que d'examiner leur cohérence avec les décisions d'autres tribunaux. Il a été ajouté que la cohérence devrait viser non pas à veiller à ce que des dispositions similaires ou identiques soient interprétées de la même manière dans toutes les circonstances, mais plutôt à garantir qu'il n'y ait pas d'incohérences injustifiables. Il a été précisé que la formulation vague ou imprécise de certains traités était une des causes d'incohérences.

30. On a également noté que des décisions incohérentes avaient été prises en ce qui concerne des règles générales du droit international coutumier relatives à l'état de nécessité ou d'urgence, la loi applicable à l'attribution et les principes légaux en matière de dommages-intérêts.

31. Il a été estimé que les incohérences en matière de RDIE résultaient non pas de distinctions légitimes mais plutôt de la nature du système lui-même et, dans certains cas, des arbitres.

32. Il a également été dit que les efforts déployés par les tribunaux pour répondre aux préoccupations et veiller à la cohérence n'avaient pas été couronnés de succès, et que la révision de tous les traités existants ne serait pas une démarche réalisable.

33. Il a été dit que, s'agissant de systèmes juridiques, la cohérence et la constance étaient dans l'intérêt de toutes les parties prenantes, qu'un mécanisme de règlement des différends qui entraînerait la prise de décisions divergentes sans motif serait imprévisible, et qu'un tel système imprévisible ne serait ni crédible ni légitime.

34. Dans cette optique, certains États ont proposé que le Groupe de travail examine, en temps voulu, des solutions possibles pour inclure un type de système hiérarchique, un organe d'appel, une cour d'investissement, et un mécanisme par lequel les tribunaux pourraient adresser des questions aux partenaires des traités avant que les sentences ne soient rendues. D'autres États se sont demandé s'il était nécessaire de disposer d'une telle structure formelle et si celle-ci fournirait des solutions appropriées.

35. Le Groupe de travail a rappelé que les discussions qu'il avait menées à sa trente-quatrième session sur ces questions devaient se poursuivre à sa trente-cinquième session.