



Assemblée générale

Distr. limitée
4 mars 2019

Original : français

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement
des différends entre investisseurs et États)
Trente-septième session
New York, 1^{er}-5 avril 2019**

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

Communication présentée par le Gouvernement marocain

Note du Secrétariat

La présente note contient une communication initiale reçue du Gouvernement marocain le 1^{er} mars 2019 (voir annexe I), ainsi qu'un supplément reçu le 19 mars 2019 (voir annexe II), en vue de la trente-septième session du Groupe de travail III. L'annexe I est reproduite telle qu'elle a été reçue par le Secrétariat ; l'annexe II contient la traduction du supplément tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.



Annexe I

1. Le Maroc félicite la CNUDCI d'avoir pris l'initiative, lors de sa session tenue en juillet 2017 à Vienne, de mener une réflexion sur la réforme du régime actuel de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE).
2. L'importance de cette initiative n'est pas à démontrer dans la mesure où ladite initiative accorde aux pays en développement l'opportunité de participer à la réforme d'une branche centrale du droit international d'investissement ayant trait à l'arbitrage international dont les principes et règles actuels ont été élaborés en l'absence de la majorité de ces pays.
3. En outre, la réforme globale du mécanisme du RDIE au niveau multilatéral devrait permettre de remplacer les mécanismes du RDIE dans les Traités bilatéraux d'investissement (TBI) des pays ayant adhéré à la réforme multilatérale du RDIE et unifiera, par conséquent, les normes et procédures y afférentes au niveau international.
4. Dans ce cadre, le Maroc estime que la réforme du RDIE devrait conduire au développement d'un investissement international responsable qui répond aux objectifs du développement durable et contribuer à la lutte contre les pratiques frauduleuses exercées par certains investisseurs étrangers pour attaquer les États d'accueil devant les tribunaux d'arbitrage en vue de percevoir des indemnités non méritées.
5. À cet égard, la réforme du RDIE, qui a été confiée au Groupe de travail (GT) III de la CNUDCI, vise à répondre aux préoccupations soulevées par plusieurs pays à travers le monde sur le mode de fonctionnement du régime de RDIE des TBI, dont les pays en développement qui subissent des conséquences néfastes de ce régime notamment au niveau de leurs ressources financières, sachant que ces pays manquent de ressources humaines qualifiées pour gérer et contrôler les affaires du RDIE.
6. Le Maroc salue le travail réalisé jusqu'à ce jour par le GT III, qui a constitué un forum approprié pour rapprocher les positions des différents pays sur les moyens les plus efficaces pour réformer le régime du RDIE.
7. Le Maroc saisit cette occasion pour mettre en évidence l'importance de parvenir à un consensus au sein du GT III sur la réforme du régime du RDIE qui devrait être profonde et tiendrait compte des préoccupations soulevées par les différents pays et ce, en vue de parvenir à un système du RDIE juste et équitable méritant la confiance de tous les pays, notamment les pays en développement.
8. Le Maroc a récemment élaboré un nouveau modèle de TBI moderne qui assure un équilibre entre les droits et obligations aussi bien des investisseurs que de l'État d'accueil et dans lequel il a opté pour le maintien du système du RDIE tout en rénovant ses dispositions.
9. Les principales innovations apportées par le nouveau modèle marocain de TBI pour ce qui est de l'aspect relatif au RDIE visent notamment à :
 - Mettre en place un cadre institutionnel de prévention des différends dans lequel le Comité conjoint et les points focaux institués au niveau du traité jouent un rôle important ;
 - Limiter les différends qui peuvent être soumis au mécanisme du RDIE et fixer un délai pour le dépôt des plaintes pour empêcher la résurgence de plaintes anciennes ;
 - Épuiser les voies de recours internes avant de recourir à l'arbitrage international étant donné que l'épuisement des voies de recours locales constitue un prérequis du droit public international ;
 - Renforcer le droit des États parties au traité d'interpréter les normes du traité relatives à la protection des investissements même après son entrée en vigueur ;

- Prévoir un dispositif de traitement accéléré des plaintes infondées ou frivoles et de regroupement des plaintes et ce, en vue de réduire les frais de la procédure d'arbitrage ;
- Offrir la possibilité pour l'État d'accueil de l'investissement de présenter une demande reconventionnelle au tribunal arbitral si l'investisseur ne respecte pas l'une de ses obligations prévues par le traité ;
- Empêcher les recours abusifs des investisseurs étrangers à l'arbitrage par l'instauration de sanctions en cas de plainte injustifiée ;
- Limiter le recours à l'arbitrage pour les investisseurs qui pratiquent le « treaty shopping » ;
- Renforcer l'éthique des arbitres et améliorer le fonctionnement et la transparence des procédures arbitrales conformément au Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités ; et
- Accorder la possibilité aux parties au différend de soumettre les RDIE à un tribunal multilatéral des investissements après sa création.

10. Cependant et malgré l'effort déployé par le Maroc pour réformer le mécanisme du RDIE dans son nouveau modèle, il reste un certain nombre d'aspects de ce mécanisme qui, de par leur nature, nécessitent l'action conjointe et coordonnée d'un grand nombre de pays à travers le monde.

11. À cet effet, un dialogue multilatéral au sein du GT III de la CNUDCI sur la réforme du RDIE pourrait faciliter l'émergence d'un consensus sur la meilleure option de réforme à privilégier et la manière la plus appropriée de la mettre en œuvre.

12. Dans ce cadre, le Maroc se réjouit de l'occasion qui lui est offerte de soumettre des observations au Secrétariat de la CNUDCI au sujet du processus de réforme en cours au sein du GT III au sujet du régime du RDIE et souscrit aux préoccupations recensées par ce groupe et qui ont été annoncées lors de sa session tenue à Vienne du 29 octobre 2018 au 2 novembre 2018.

13. Toutefois, le Maroc juge utile qu'un certain nombre de questions soient discutées davantage dans le cadre de cette réforme et qui concernent les principaux aspects suivants.

I. Réduction des coûts des procédures d'arbitrage

14. La hausse du coût de l'arbitrage a engendré un mécontentement croissant dans l'arbitrage international, notamment pour ce qui est de ses incidences sur les politiques publiques des pays et sur leur développement durable. À cet égard, il est essentiel que le GT III s'investisse dans ses travaux pour trouver les meilleures options susceptibles de réduire les coûts d'arbitrage et économiser le temps. Dans ce cadre, un certain nombre de procédures peuvent être envisagées pour abaisser les frais liés au RDIE, dont notamment :

- Mise en place d'un dispositif pour la prévention des litiges et l'encouragement des mécanismes alternatifs de règlement de différends qui pourraient être utilisés avant le recours à l'arbitrage international et ce, en vue de trouver des solutions au litige mutuellement acceptables ;
- Épuisement des recours internes avant d'engager une procédure d'arbitrage international. L'épuisement de ces recours internes pourrait déboucher sur un règlement de litige satisfaisant pour les parties au différend et éviter par conséquent le recours à l'arbitrage, qui est très coûteux en comparaison avec les recours internes ;
- Non-soumission d'un différend à l'arbitrage au cas où les juridictions nationales compétentes ont déjà rendu un jugement définitif le concernant qui acquiert

l'autorité de la chose jugée et ce, pour éviter la multiplication des procédures et économiser les ressources financières ;

- Mise en place d'un mécanisme d'examen préliminaire des plaintes injustifiées ou frivoles avec la possibilité de faire supporter à la partie demanderesse tous les frais engendrés par ce type de plaintes ;
- Fixation de délais aux arbitres pour rendre une sentence finale, ce qui est de nature à encourager les arbitres à travailler de manière plus efficace. Cependant, les délais ne devraient pas être si courts pour que les arbitres ne rendent pas des sentences de mauvaise qualité qui pourraient par la suite faire l'objet d'annulation ;
- Révision du mécanisme de partage des frais entre les parties au différend en intégrant le principe du « perdant-payeur ». Ce principe permet de faire supporter à la partie perdante l'intégralité des frais de la procédure ;
- Mise en place d'un barème des frais qui allège les coûts des procédures d'arbitrage à travers la fixation d'un seuil plafonné pour les rémunérations des arbitres, des experts et des témoins ;
- Adoption de critères objectifs et transparents pour la détermination des indemnités à verser aux investisseurs ayant subi un dommage. Dans ce cadre, il est important que le montant des dommages et intérêts soit proportionnel au préjudice effectif.

II. Primauté de la compétence des tribunaux locaux en vertu d'un contrat sur la compétence des tribunaux d'arbitrage en vertu d'un TBI

15. Dans plusieurs cas d'arbitrage, les investisseurs ont été autorisés par le tribunal d'arbitrage à porter un différend de nature contractuelle devant un tribunal arbitral sur le fondement d'un traité malgré l'existence dans le contrat d'une clause spécifique sur le règlement des différends (exemple, affaire *Salini* contre le *Maroc*).

16. Dans d'autres cas, des requêtes alléguant une violation du contrat ont été soumises à l'arbitrage par le biais d'un TBI même en l'absence de clause attributive de compétence au profit du CIRDI dans le contrat.

17. Pour éviter cette situation de chevauchement qui crée des conflits de compétence entre les tribunaux locaux et les tribunaux d'arbitrage, il est proposé de définir les conditions de compétence des tribunaux en matière d'arbitrage entre investisseurs et État et de limiter leur compétence aux requêtes fondées sur les TBI.

III. Soutien des pays en développement en matière d'arbitrage

18. En raison de leurs moyens financiers limités et de leur manque de ressources humaines dotées d'une bonne expérience dans le domaine du RDIE, les pays en développement ont besoin d'une assistance en la matière. À cet égard, il est fortement souhaitable de mettre en place un mécanisme de soutien et d'accompagnement dédié à ces pays dans le cadre des affaires du RDIE afin de leur permettre de mieux préparer, gérer et contrôler les cas de litiges liés à l'investissement international.

19. En outre, il serait approprié d'instaurer une coopération entre les juges nationaux et les arbitres. En effet, le juge national joue un rôle important dans l'exécution des décisions arbitrales en assurant l'application de la sentence arbitrale rendue. Il intervient également en tant que juge de l'*exequatur* en cas de contestation de la sentence arbitrale.

20. Il est également proposé dans le cadre de la réforme du RDIE de prévoir un rôle et un soutien pour les centres d'arbitrage nationaux pour leur permettre d'accomplir leurs missions et répondre, ainsi, aux attentes des opérateurs économiques.

IV. Examen préalable des sentences

21. La plupart des règlements d'arbitrage en matière d'investissement ne prévoient pas de procédure de contrôle de la qualité avant que la sentence définitive ait été rendue et puisse de ce fait faire l'objet d'une révision.

22. Il est important de prévoir une procédure d'examen préalable des sentences à l'instar de celle appliquée dans les procédures de la Cour d'arbitrage de la CCI.

23. L'examen préalable des sentences, qui est censé se dérouler dans des délais courts (deux semaines environ), permettrait de s'assurer que la sentence respecte toutes les formalités, traite toutes les demandes et énonce les motifs sur lesquels elle se fonde.

24. En outre, cette procédure permettra aux parties au différend de soumettre des commentaires écrits au tribunal d'arbitrage sur tous les aspects concernant la sentence avant qu'elle ne devienne définitive.

25. L'examen préalable de la sentence peut être assuré par une instance indépendante qui relève de l'un des organes d'arbitrage actuels, tels que le CIRDI ou la Cour permanente d'arbitrage.

V. Financement par une tierce partie

26. Le financement par tierce partie (FTP) constitue un outil important auquel ont recours plusieurs investisseurs pour porter plainte contre les États d'accueil de l'investissement, notamment ceux qui ne disposent pas de ressources financières suffisantes pour couvrir les frais d'arbitrage.

27. Cependant, ce mode de financement souffre d'un manque de transparence puisque les entités concernées par ce moyen de financement préfèrent généralement de ne pas divulguer d'information sur leur rôle aux autres parties aux différends et aux arbitres.

28. Le FTP ne peut pas jouer un rôle constructif dans le RDIE tant qu'il n'est pas réglementé.

29. À cet égard, il serait approprié de prévoir des règles et procédures qui réglementent ce genre de financement pour qu'il ne soit pas utilisé d'une manière spéculative ou abusive de la part des investisseurs, telles que la publication de l'identité de la tierce partie, du montant du financement et des conditions du contrat de financement, dont notamment la présence ou non d'un engagement irrévocable de ladite tierce partie d'assumer une condamnation éventuelle du demandeur (investisseur plaignant) aux dépens étant donné que l'investisseur qui recourt au financement par tierce partie est normalement un investisseur qui se trouve dans une situation financière difficile qui ne lui permet pas d'honorer un engagement le condamnant aux dépens, ce qui représente un risque pour l'État d'accueil.

30. Dans l'attente de l'adoption de règles internationales régissant le FTP, il est proposé d'envisager une interdiction du FTP dans la réforme en cours du RDIE.

VI. Cautionnement pour frais

31. Le cautionnement pour frais constitue un moyen efficace pour dissuader les plaintes sans fondement ou frivoles. De même, le cautionnement pour frais permet à l'État d'accueil de se prémunir contre le risque que l'investisseur se déclare en faillite avant d'avoir répondu à une condamnation aux dépens.

32. Dans ce cadre, il est essentiel de prévoir dans la réforme du RDIE un dispositif qui exige que le tribunal ordonne un cautionnement pour frais surtout s'il existe des raisons de croire que l'investisseur a structuré la société ou cédé des actifs dans le but d'éviter les conséquences de la procédure d'arbitrage.

33. De même, l'investisseur qui recourt au FTP, au cas où ce mode de financement est adopté dans le cadre de la réforme du RDIE, doit déposer un cautionnement pour frais étant donné que l'investisseur qui utilise ce genre de financement n'a pas les ressources financières lui permettant d'honorer les dépens à sa charge dans l'arbitrage.

VII. Établir un mécanisme d'appel permanent pour les sentences arbitrales

34. La création d'un mécanisme d'appel permanent, qui serait perçu comme juridiction supérieure, aura l'avantage notamment :

- D'assurer la cohérence dans l'interprétation des dispositions des TBI, notamment pour les clauses de fond de ces traités afin d'éviter les conclusions différentes des tribunaux d'arbitrage portant sur les mêmes faits et développer de ce fait une jurisprudence homogène qui favorise la sécurité juridique ;
- De rendre l'application des dispositions des TBI plus prévisible pour les États et les investisseurs et renforcer, par conséquent, la légitimité de l'arbitrage en matière d'investissement ; et
- De rectifier les erreurs commises par certains tribunaux d'arbitrage dans des sentences qui pourraient avoir des répercussions importantes sur les fonds publics, surtout que l'arbitrage en matière d'investissement porte souvent sur des questions d'intérêt public.

Annexe II

[Original : arabe]

1. La réforme du règlement des différends entre investisseurs et États est l'une des principales préoccupations liées à la relation entre un investisseur étranger et l'État hôte de l'investissement. Elle soulève un certain nombre de questions de fond et de forme.

I. Déséquilibre de forme

2. Les différends relatifs à l'arbitrage d'investissement découlent des obligations de l'État hôte (qui sont prévues dans le traité d'investissement) vis-à-vis de l'autre État partie, par opposition à l'investisseur étranger. Ils sont généralement toujours soulevés par la même partie, à savoir l'État, plutôt que par l'autre partie. Le comportement est jugé en vertu d'une obligation énoncée dans un traité d'investissement qui a été conclu par une partie différente, à savoir l'autre État.

3. Du fait de la nature publique et ouverte du cadre général d'investissement proposé par l'État hôte, tout investisseur peut recourir à l'arbitrage, même en l'absence de relation juridique directe. L'offre est destinée à des parties que l'État ne connaît pas ou dont il ignore l'existence. L'État émet une offre « en l'air », de sorte qu'une partie dont il n'a pas connaissance peut déposer à son encontre une demande d'arbitrage. La situation est différente dans le cas de l'arbitrage contractuel, où les parties se connaissent et ont mutuellement conscience de leur existence au moment où il est convenu des conditions de l'arbitrage. Ces considérations sont intervenues dans un certain nombre d'affaires portées devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, dont le Maroc est État membre. On peut citer, par exemple, l'affaire du Groupe Carlyle et celle concernant l'entreprise allemande Scholz.

4. Seul l'investisseur peut recourir à l'arbitrage, et il peut définir les échéances et le régime d'arbitrage qui lui conviennent le mieux. Il bénéficie en quelque sorte d'un monopole sur la saisie d'un tribunal arbitral, alors que l'État ne jouit pas d'un tel pouvoir. Dans l'arbitrage d'investissement, il ne peut y avoir qu'un seul demandeur, l'investisseur, et qu'un seul défendeur, l'État.

5. Il en résulte que les investisseurs recourent parfois abusivement aux tribunaux arbitraux. Dans certaines affaires, leur objectif est d'obtenir un argument de négociation et de mettre l'État hôte sous pression pour qu'il leur accorde certains privilèges, parvienne à un règlement avec eux, ou abandonne des poursuites pénales à leur encontre.

II. Déséquilibre de fond

6. L'arbitrage d'investissement est unilatéral, dans la mesure où l'investisseur se voit octroyer une protection absolue par un ensemble d'obligations imposées à l'État hôte. Les obligations de l'investisseur étranger, en revanche, sont limitées, voire nulles.

7. Par ailleurs, des termes comme « investissement », « investisseur », « expropriation d'investissements » et « traitement juste et équitable » sont définis de manière large et vague. Ils recouvrent un ensemble de types de comportement des États, y compris le déni de justice, les procédures discriminatoires, les mesures abusives et arbitraires, et la participation de bonne foi. Les dispositions relatives à l'arbitrage sont donc incohérentes ; les tribunaux arbitraux n'offrent pas les garanties, le principe de responsabilité et la transparence attachés aux systèmes judiciaires nationaux.

8. Des expressions comme « attentes légitimes de l'investisseur » soulèvent également un ensemble de questions. Le sens des termes est difficile à déterminer : ils varient d'un tribunal arbitral à l'autre et, parfois, leur définition est en

contradiction avec les conceptions politiques du pays concerné ou porte atteinte à son droit souverain de modifier sa législation nationale, en particulier dans les domaines de la santé, de l'environnement, de la sécurité et de la diversité culturelle.

III. Commentaires concernant le régime de règlement des différends entre investisseurs et États

9. Compte tenu de ce qui précède, et en vue d'établir un juste équilibre entre les attentes des investisseurs étrangers et celles de l'État hôte, nous n'estimons pas que le régime de règlement des différends entre investisseurs et États doive être entièrement abandonné. Nous proposons plutôt une réforme graduelle visant à développer le mécanisme d'arbitrage et axée sur les points suivants :

a) La plupart des traités d'investissement n'autorisent pas l'État hôte à déposer de demande d'arbitrage à l'encontre de l'investisseur étranger. Les droits de l'État hôte s'en trouvent restreints. Il convient donc de prévoir la possibilité pour les États d'introduire une demande à l'encontre de l'investisseur étranger si ce dernier enfreint une disposition de la législation nationale de l'État hôte ou d'un traité international ;

b) L'attitude du tribunal arbitral en ce qui concerne les attentes légitimes de l'investisseur peut porter atteinte aux prérogatives souveraines de l'État hôte et, en particulier, à son droit de modifier sa propre législation. Nous proposons donc que les obligations incombant aux États soient placées dans un contexte détaillé. Ceux-ci devraient conserver la liberté de légiférer dans certains secteurs et domaines strictement définis, pourvu que cela n'ait pas d'incidence sur les droits qui sont acquis à l'investisseur par force de loi. Ces obligations devraient être clairement énoncées dans le contrat d'investissement conclu entre l'État hôte et l'investisseur étranger, et les attentes légitimes de ce dernier ne devraient pas être interprétées comme une clause de stabilisation. Les investisseurs ne doivent pas être en mesure d'invoquer les conditions prévues dans le traité d'investissement, notamment en ce qui concerne le traitement juste et équitable et les attentes légitimes de l'investisseur, d'une manière qui impose à l'État une obligation le rendant incapable de modifier ses propres lois ou sa législation nationale. Lorsqu'un État prend des mesures législatives visant à protéger l'intérêt général, l'impact économique de ces mesures sur l'investisseur ne saurait constituer un manquement aux obligations internationales de l'État en question ;

c) En ce qui concerne le coût élevé de l'arbitrage, qui représente une charge pour le budget de l'État, nous souhaitons formuler les propositions suivantes :

- Un cadre comprenant un mécanisme de contrôle des demandes introduites par les investisseurs étrangers devrait être mis en place, afin d'empêcher ces derniers de déposer des demandes d'arbitrage excessives ou abusives. Afin d'éviter que les États hôtes ne soient exposés à des risques juridiques et financiers, nous estimons que l'arbitrage accéléré devrait être encouragé et les demandes d'arbitrages abusives automatiquement rejetées ;
- Les parties devraient être encouragées à porter les litiges entre investisseurs et États d'abord devant les tribunaux nationaux, pendant une période donnée (par exemple, douze mois), avant de recourir au régime de règlement des différends entre investisseurs et États. La compétence pour connaître de ce type de différends devrait revenir aux tribunaux nationaux. Les juges devraient être dotés de la formation spécialisée nécessaire pour traiter de ce type d'affaires, et se montrer impartiaux lorsque l'État est partie au différend ;

d) Il a été relevé des cas de manque de transparence ou de conflit d'intérêts, ce qui compromet le régime de règlement des différends entre investisseurs et États. Ces cas ont résulté de la relative pénurie de spécialistes du domaine, qui fait que seul un nombre limité de personnes peuvent être nommées comme arbitres. Par conséquent, une même personne peut exercer plusieurs fonctions (pratique dite de la « double casquette »), en étant à la fois arbitre, conseiller juridique et avocat. Le

meilleur exemple est celui offert récemment par M^{me} Malotobi, arbitre qui s'est elle-même récusée d'un différend entre l'Argentine et un investisseur, après qu'il est apparu que son mari était conseiller auprès de l'Argentine ;

En vue de promouvoir la transparence, le Maroc propose de tenir compte de la répartition géographique et de la problématique femmes-hommes lors de la sélection des arbitres ;

e) Conformément à l'article 4 du Règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, un tiers (c'est-à-dire, un *amicus curiae*) peut soumettre des observations dans le cadre d'un litige soumis à l'arbitrage. Cette pratique soulève les questions suivantes :

- L'intervention d'un tiers devant un tribunal arbitral est contraire au principe de la relativité des contrats et aux conventions d'arbitrage ;
- Quel est le statut juridique du tiers ? Est-il partie au litige, ou s'agit-il d'une partie qui appuie la position de l'une des parties à l'arbitrage ? Ses observations sont-elles générales, ou ont-elles trait aux moyens adoptés par l'une des parties au litige ?
- Quelles limites s'appliquent à l'intervention dans la procédure d'arbitrage d'un tiers qui n'y est pas partie ? Peut-il intervenir devant un tribunal national une fois qu'une sentence est devenue exécutoire, ou lorsque la validité en est contestée ?
- Le tribunal arbitral a le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de rejeter les observations du tiers sans consulter les parties au litige, qui sont seulement autorisées à soumettre des observations concernant la position du tiers. Cet état de choses soulève des questions concernant, d'une part, les critères que le tribunal applique pour accepter les observations et, d'autre part, la responsabilité du tribunal, en particulier lorsque le tiers intervient principalement à des fins abusives ou pour allonger la procédure, et notamment dans le cas où il est conseillé par certaines entités ou parties.