



Assemblée générale

Distr. limitée
17 septembre 2019
Français
Original : espagnol

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement
des différends entre investisseurs et États)
Trente-huitième session
Vienne, 14-18 octobre 2019**

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

Communication du Gouvernement équatorien

Note du Secrétariat

La présente note contient une communication reçue du Gouvernement équatorien le 16 juillet 2019 en vue de la trente-huitième session du Groupe de travail III. On trouvera en annexe la traduction du texte de cette communication tel qu'il a été reçu.



Annexe

[Original : espagnol]

Proposition de la République de l'Équateur concernant la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États actuellement examinée par le Groupe de travail III

À sa trente-septième session, le Groupe de travail a instamment prié les États Membres de soumettre des propositions en vue d'établir un calendrier de projet pour examiner les options de réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Nombre de ces options sont présentées dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.149](#).

Se référant à la demande formulée par la CNUDCI dans le document [A/CN.9/970](#), à savoir que la date limite de soumission des propositions soit fixée au 15 juillet 2019, la République de l'Équateur souhaite soulever les points ci-après.

I. Introduction

1. En réponse aux préoccupations exprimées par les États Membres au sujet du régime de RDIE, un certain nombre de propositions de modification ont été examinées¹. Les États ont étudié les problèmes et les solutions possibles en se fondant sur leur propre expérience en tant que parties à des procédures d'arbitrage.
2. L'Équateur est membre de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) depuis novembre 2012. Il a maintes fois exprimé ses préoccupations au sujet de l'arbitrage entre investisseurs et États lors des réunions du Groupe de travail III et a formulé des observations pour contribuer au débat sur les moyens d'améliorer le régime de RDIE.
3. L'Équateur est d'avis que la réforme devrait porter sur le RDIE en général – et pas seulement sur les traités internationaux d'investissement entre États – au motif que, dans certains cas, la compétence en matière d'arbitrage découle directement de contrats conclus entre les États et les investisseurs.
4. L'Équateur a souligné qu'il fallait à titre prioritaire trouver des solutions pour le régime actuel de RDIE en vue de :
 - i) Mettre en place un mécanisme permettant de répondre à tous les problèmes de cohérence, de prévisibilité et de rectitude des sentences arbitrales ainsi qu'à ceux posés par les tribunaux qui dépassent les limites de leur mandat ;
 - ii) Garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres ;
 - iii) Permettre aux tiers susceptibles d'être concernés par la sentence arbitrale, de participer à la procédure, selon des modalités à convenir par le tribunal et les parties.

Ces questions sont examinées ci-après.

II. Questions essentielles pour l'Équateur

A. Examen des sentences arbitrales

5. L'arbitrage en matière d'investissements manque de *cohérence* et de *prévisibilité* du fait de l'absence de jurisprudence contraignante obligeant les arbitres

¹ Voir les notes du Secrétariat sur l'éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États ([A/CN.9/WG.III/WP.142](#) et [A/CN.9/WG.III/WP.149](#)).

de prendre des décisions qui soient cohérentes avec les précédentes. Malgré cela, des décisions arbitrales sont souvent invoquées par les parties ou citées par les tribunaux lorsqu'ils acceptent ou rejettent des demandes.

6. Dans certaines affaires, par exemple *Austrian Airlines* et *Burlington Resources*, les arbitres ont explicitement déclaré que les décisions d'autres tribunaux n'étaient pas contraignantes. Toutefois, ils étaient d'avis que, sauf circonstances extraordinaires, les tribunaux étaient tenus de respecter la cohérence des solutions dégagées dans des instances similaires. Cela a contribué au développement harmonieux du droit de l'investissement et à répondre aux attentes légitimes des États et des investisseurs en matière de prévisibilité.

7. Le manque de cohérence des décisions judiciaires dans le système actuel a souvent fait l'objet de critiques. Par exemple, dans les affaires *CMS c. Argentine*, *Sempra c. Argentine* et *Enron c. Argentine*, le tribunal arbitral a rejeté l'argument de la nécessité avancé par l'État, alors que dans les affaires *LG&E c. Argentine* et *Continental Casualty c. Argentine*, ce même argument de la défense a été accepté. Le manque manifeste de cohérence entre les sentences est dû à des interprétations divergentes de la notion d'état de nécessité, en vertu d'un traité bilatéral d'investissement ou du droit international coutumier. De tels cas illustrent les faiblesses du système actuel.

8. Dans ce contexte, et compte tenu du fait que les différends entre investisseurs et États soulèvent des questions d'intérêt public ayant des conséquences économiques importantes, le processus de réforme du RDIE doit viser des solutions efficaces.

9. Les sentences rendues par les tribunaux arbitraux sont définitives et ne peuvent faire l'objet d'un appel, alors que les procédures d'appel pourraient renforcer la constance des sentences et améliorer ainsi leur cohérence et leur prévisibilité. En outre, il n'est pas possible de rectifier les erreurs graves commises par un tribunal. Cette question sera examinée ci-après.

10. L'une des questions les plus urgentes dans le domaine de l'arbitrage en matière d'investissements est l'*examen des sentences*. Actuellement, l'examen est assuré uniquement par les tribunaux nationaux et porte généralement sur la validité de la clause d'arbitrage, la composition du tribunal, l'impartialité ou les questions d'ordre public².

11. L'Équateur a relevé de graves erreurs dans les décisions rendues par des tribunaux ayant dépassé les limites de leur mandat. Il a également noté que, dans certains cas, le droit applicable avait été mal interprété et les décisions arbitrales ne pouvaient être appliquées sur son territoire souverain. En outre, l'arbitrage en matière d'investissements traitait de questions complexes aussi bien sur le plan juridique que sur le plan pratique.

12. Se fondant sur sa propre expérience, l'Équateur est d'avis qu'il faudrait que le régime de RDIE permette également, dans le cadre d'un mécanisme de recours, d'examiner une affaire quant au fond.

13. L'Équateur estime aussi que la législation devrait préciser les motifs pour lesquels un appel pouvait être interjeté, afin d'empêcher que les parties n'utilisent cette voie de recours de manière inappropriée ou s'en servent pour retarder l'exécution d'une sentence. À cet égard, les appels devraient se limiter aux erreurs commises dans l'application du droit.

14. La mise en place d'un tel mécanisme permettrait d'examiner et de rectifier les sentences arbitrales, garantissant aux parties une décision cohérente, équitable et conforme au droit.

² Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, art. 5.

B. Nécessité de garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres

15. Le Groupe de travail a souligné que toute réforme devrait répondre aux préoccupations concernant la désignation et l'intégrité des arbitres. Les documents [A/CN.9/WG.III/WP.142](#) et [A/CN.9/WG.III/WP.146](#) contiennent des informations pertinentes sur les problèmes relatifs à la conduite des membres des tribunaux, à leur désignation et à leur profil, autant d'aspects qui sapent la légitimité du système actuel.

16. Malgré les différents efforts déployés pour résoudre ces problèmes, notamment l'adoption des Lignes directrices de l'Association internationale du barreau sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, la pratique a montré que des critères clairs devaient être établis afin de garantir l'impartialité et l'indépendance des membres des tribunaux tout au long du processus d'arbitrage.

17. Fort de son expérience en matière d'arbitrage, l'Équateur a réalisé qu'en l'absence de principes directeurs, les arbitres prenaient des décisions qui témoignaient non seulement d'un manque d'indépendance et d'impartialité, mais qui risquaient aussi d'avoir d'importantes incidences sur les procédures d'arbitrage. Cela était source d'incertitude pour les parties, compte tenu en particulier des coûts et de la durée considérables des procédures d'arbitrage.

18. Le professionnalisme dont l'arbitre doit faire preuve pendant la procédure d'arbitrage est essentiel pour la validité et l'efficacité de la sentence. Il convient de préciser que cette norme de conduite doit être respectée jusqu'à ce que le tribunal se soit pleinement acquitté de son mandat. Il faut éviter que les arbitres se récuse pour des raisons professionnelles au milieu de la procédure. Le départ d'un arbitre dans de telles conditions peut entraîner des retards et avoir une incidence sur l'issue de la procédure.

19. Un autre problème, plus important, qui mérite d'être examiné est celui de la « double casquette ». Bien que les arbitres soient autorisés à agir en qualité de conseils juridiques dans d'autres procédures d'arbitrage, cette pratique doit être réglementée. Il est possible que des arbitres rendent une décision dans l'espoir d'être désignés lors de futurs arbitrages ou que celle-ci profite aux parties qu'ils représentent dans d'autres procédures.

20. Le critère à utiliser pour récuser un arbitre fait également l'objet de discussions. Il n'y a aucune cohérence dans les critères retenus. Par exemple, l'article 57 de la Convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) stipule que les parties peuvent demander la récusation de tout membre du tribunal en raison d'un « défaut manifeste » des qualités requises par l'article 14-1, qui dispose que les arbitres doivent « offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions ». Pour sa part, l'article 12 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international prévoit la récusation en cas de « doutes légitimes »³.

³ Convention CIRDI, article 57 : Une partie peut demander à la Commission ou au Tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un **défait manifeste** des qualités requises par l'article 14-1. Une partie à une procédure d'arbitrage peut, en outre, demander la récusation d'un arbitre pour le motif qu'il ne remplissait pas les conditions fixées à la section 2 du chapitre IV pour la nomination au Tribunal arbitral.

Article 14-1 : Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et **offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions**. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante.

Loi type de la CNUDCI, article 12-1 : Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des **doutes légitimes** sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait. [...]

21. Dans la pratique, le recours à des critères fondés sur le « défaut manifeste » ou les « doutes légitimes » pour évaluer la conduite des arbitres implique que les conditions pour récuser un arbitre seront plus faciles à réunir dans certaines procédures que dans d'autres, selon les règles d'arbitrage utilisées⁴.

22. L'Équateur estime qu'il est essentiel que la réforme du RDIE tienne compte de l'importance de l'impartialité et de l'indépendance des tribunaux. Par conséquent, il faut examiner quant au fond les critères de récusation des arbitres, donner des orientations claires sur la divulgation des conflits d'intérêts et aborder la question de l'intégrité des membres des tribunaux.

C. Participation de tiers à la procédure arbitrale

23. Le régime actuel de RDIE ne définit pas le champ d'application des décisions rendues par les tribunaux arbitraux. Autrement dit, il ne répond pas à la question de savoir si une sentence arbitrale n'aura d'effets que sur les parties à la procédure – c'est-à-dire l'investisseur ou l'État – ou si elle pourrait aussi concerner directement d'autres parties.

24. L'Équateur a indiqué qu'il avait eu connaissance de cas dans lesquels une sentence arbitrale avait eu des incidences sur les droits de certains groupes ayant un intérêt légitime dans un différend, alors que ceux-ci n'avaient pas eu l'occasion d'être parties à la procédure, notamment un cas dans lequel des documents énonçant des responsabilités envers des groupes autres que les parties à la procédure avaient été déclarés nuls et non avenue.

25. Il convient de noter que la présente proposition ne vise pas à faire participer des tiers à toutes les procédures arbitrales. Il s'agit plutôt, avec l'accord du tribunal et des parties, et selon les circonstances, de prendre des dispositions pour inclure d'autres parties qui, en plus d'avoir un intérêt légitime dans un différend, pourraient aussi être directement concernées par la sentence arbitrale.

26. Le fait d'autoriser ces parties à comparaître devant le tribunal leur permettrait non seulement d'exprimer leurs préoccupations, mais aussi de s'assurer que la sentence arbitrale satisfait aux exigences de fait et de droit applicables. L'incidence que ces préoccupations pourraient avoir sur l'issue de la procédure serait laissée à l'entière discrétion du tribunal arbitral.

III. Solutions spécifiques proposées par l'Équateur

27. Tout en respectant les différents points de vue exprimés au sujet des solutions possibles pour réformer le RDIE, l'Équateur est d'avis que cette réforme pourrait être réalisée à l'échelle multilatérale ou par des mesures prises dans chaque État. Certains États ont choisi de modifier et de compléter un règlement d'arbitrage existant, d'autres ont décidé de limiter ou d'éliminer l'accès à l'arbitrage, tandis que d'autres encore ont préféré purement et simplement en finir avec les traités d'investissement⁵.

28. À cet égard, une solution susceptible de répondre aux préoccupations actuelles de l'Équateur, sans préjudice de toute autre solution qui pourrait être convenue, consisterait à adopter une convention internationale multilatérale régissant les relations entre les États parties pour toutes les questions relatives à l'arbitrage entre

⁴ Voir *Participaciones Inversiones Portuarias SARL c. République gabonaise* (affaire CIRDI n° ARB/08/17), décision relative à la proposition de récusation d'un arbitre, 12 novembre 2009 ; *Electricidad Argentina S.A. et EDF International S.A. c. République argentine* (affaire CIRDI n° ARB/03/22), par. 64 ; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine* (affaire CIRDI n° ARB/97/3).

⁵ Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa cinquantième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale* (A/72/17), par. 245.

investisseurs et États. Cette convention ne couvrirait que les questions de procédure, et non les questions de fond.

29. En faveur de la création d'un tel instrument multilatéral, il serait utile de citer deux exemples dans lesquels un instrument présentant les caractéristiques susmentionnées a été adopté.

30. Le premier exemple est celui de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), dont les membres ont demandé l'élaboration d'un instrument multilatéral dans la perspective d'une modification des conventions fiscales bilatérales⁶. Cela s'est traduit par l'adoption de la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices.

31. Parmi les arguments avancés en faveur de l'adoption de cet instrument figuraient les difficultés rencontrées pour modifier rapidement et efficacement les conventions fiscales. Ces difficultés étaient liées au fait que, sur le plan juridique, chaque convention était un instrument distinct, dont l'interprétation demandait beaucoup de temps, alors que les différences entre conventions étaient minimales⁷.

32. Le deuxième exemple est celui de la Convention de Maurice sur la transparence, qui est éloquent dans la mesure où il s'agit d'une convention multilatérale adoptée pour régler l'arbitrage en matière d'investissements dans un souci de transparence.

33. Une approche similaire pourrait être retenue pour élaborer un instrument multilatéral sur le RDIE afin d'en assurer la cohérence, la sécurité et l'efficacité. Cet instrument comprendrait des éléments essentiels et des clauses d'acceptation expresses pour tous les États qui le ratifieraient.

IV. Conclusion

34. Les problèmes décrits ci-dessus sont liés aux faiblesses du système actuel, en particulier à l'absence de mécanisme réglementaire permettant d'examiner, de suivre et de rectifier les erreurs commises par les tribunaux. L'absence de cohérence des sentences arbitrales peut avoir des incidences négatives sur les parties. Ainsi qu'il a été expliqué, il importe que les membres du tribunal soient impartiaux et indépendants et il faut permettre aux parties ayant un intérêt légitime dans un différend en matière d'investissements de participer aux procédures d'arbitrage. Les propositions formulées par l'Équateur visent à renforcer le régime actuel de RDIE dans les limites du droit international public et du droit de l'investissement.

35. Les propositions qui précèdent ont été présentées afin de contribuer au débat, néanmoins l'Équateur se réserve le droit de revoir ou de modifier sa position à l'avenir, ou encore de faire de nouvelles propositions lors de réunions ultérieures du Groupe de travail III. Il se réserve également le droit d'approuver des solutions proposées par d'autres États qui pourraient aller dans son sens. Enfin, ce document ne représente pas la position juridique de l'Équateur et n'est pas destiné à être utilisé dans un autre contexte.

⁶ OCDE, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices – L'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales, Rapport final 2015. https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/l-elaboration-d-un-instrument-multilateral-pour-modifier-les-conventions-fiscales-bilaterales-action-15-rapport-final-2015_9789264248588-fr#page1.

⁷ Ibid.