



# Assemblée générale

Distr. limitée  
19 juillet 2019  
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-huitième session  
Vienne, 14-18 octobre 2019**

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

### **Communication présentée par le Gouvernement chinois**

#### **Note du Secrétariat**

La présente note contient une communication reçue du Gouvernement chinois le 18 juillet 2019 en vue de la trente-huitième session du Groupe de travail III. On trouvera en annexe la traduction de cette communication telle qu'elle a été reçue.



## Annexe

[Chinois]

# Recommandations formulées par la Chine en ce qui concerne la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États

## I. Généralités

Selon les informations disponibles, plus de 940 différends relatifs à des investissements internationaux visés par un traité sont survenus depuis le premier d'entre eux, en 1987. Le mécanisme actuel de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) joue un rôle important pour ce qui est de protéger les droits et les intérêts des investisseurs étrangers et de promouvoir l'investissement international. Il permet également d'intégrer l'état de droit dans la gouvernance de l'investissement international et d'éviter que des différends économiques entre investisseurs et pays hôtes ne dégénèrent en conflits politiques entre nations. Dans l'ensemble, la Chine estime donc opportun de maintenir ce mécanisme.

À sa cinquantième session, en juillet 2017, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a décidé de charger le Groupe de travail III d'examiner les problèmes qui se posent dans le mécanisme actuel de RDIE ainsi que la nécessité de le réformer et les éventuelles propositions concernant la marche à suivre. Après deux ans de travaux, le Groupe de travail a constaté que ce mécanisme présentait des problèmes appelant une réforme, et décidé d'étudier et de formuler simultanément diverses propositions envisageables, notamment des propositions de réforme systémique.

La Chine se félicite de cette initiative de réforme. Son Gouvernement s'est attaché à promouvoir le multilatéralisme, encourageant activement la coopération internationale dans le cadre de l'initiative « Une Ceinture et une Route », favorisant l'instauration d'une économie mondiale ouverte, soutenant l'idée d'une gouvernance mondiale construite en coopération et partagée, et appuyant la mise en place d'une nouvelle relation internationale axée sur le respect mutuel, l'équité et la justice ainsi que la coopération gagnant-gagnant. Dès le huitième Sommet des dirigeants du Groupe des Vingt, tenu en 2013, le Président chinois, Xi Jinping, a appelé à « étudier les moyens d'améliorer les normes internationales en matière d'investissements et à orienter de manière rationnelle, à l'échelle mondiale, les flux de capitaux de développement ». Au Sommet de Hangzhou, tenu en septembre 2016, les dirigeants du Groupe des Vingt ont approuvé les Principes directeurs pour l'élaboration de politiques d'investissement à l'échelle mondiale, selon lesquels « les procédures de règlement des différends devraient être équitables, ouvertes et transparentes, et assorties de garanties appropriées pour empêcher les abus ». Ces actions ont clairement indiqué la voie à suivre pour promouvoir le processus de réforme du RDIE.

## II. Principaux problèmes posés par le mécanisme actuel de règlement des différends entre investisseurs et États

Comme le montre la pratique en vigueur, le mécanisme de RDIE a pour fonctions essentielles l'interprétation et l'application des traités et la détermination des responsabilités des États. Il fait donc partie d'un ensemble de recours qui relèvent du droit international public. L'arbitrage d'investissement constitue un moyen important de régler les différends entre investisseurs et États. Cependant, bien que le mécanisme de RDIE joue un rôle essentiel pour ce qui est de protéger les droits et les intérêts des investisseurs étrangers et promouvoir l'investissement international, il a

également créé, dans la pratique, de nombreux problèmes. La Chine estime que les questions présentées ci-après méritent l'attention de toutes les parties.

### **1. Absence de mécanisme approprié de rectification des erreurs commises dans les sentences arbitrales**

Actuellement, l'arbitrage d'investissement ne comporte pas de mécanisme institutionnalisé et rationnel de correction d'erreurs. Dans le cadre de la Convention de Washington, la portée de l'examen mené par des comités d'annulation ad hoc se limite à certaines questions spécifiques. De plus, l'historique de ce type de négociations montre que les parties contractantes ne considèrent pas les comités d'annulation comme un mécanisme d'appel. Selon le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les parties peuvent recourir aux tribunaux nationaux pour ce qui est des sentences rendues dans le cadre de l'arbitrage d'investissement conformément au droit interne du lieu de l'arbitrage. Toutefois, étant donné que les règles appliquées par les tribunaux du lieu de l'arbitrage diffèrent de celles suivies par les tribunaux arbitraux internationaux en ce qui concerne, par exemple, la loi applicable, l'interprétation des traités et des textes juridiques, et l'administration de la preuve, les jugements rendus par les tribunaux du lieu de l'arbitrage donnent souvent lieu à de nombreux litiges.

### **2. Manque d'uniformité et de prévisibilité des sentences arbitrales**

Les règlements en vigueur dans le domaine de l'arbitrage d'investissement prévoient essentiellement des procédures d'arbitrage menées par des tribunaux arbitraux ad hoc. Des affaires distinctes ne sont pas nécessairement traitées par le même arbitre, de sorte qu'il est difficile, pour les tribunaux arbitraux, d'assurer l'uniformité et la prévisibilité des sentences rendues dans différentes affaires. De nombreux tribunaux arbitraux prononcent des sentences qui diffèrent de celles rendues dans des affaires précédentes, certains ayant clairement indiqué qu'il ne revenait pas au tribunal arbitral d'assurer la cohérence entre les sentences arbitrales passées et futures. Les nombreuses incohérences relevées dans les sentences issues du mécanisme de l'arbitrage d'investissement et l'incertitude des résultats de cet arbitrage ont une incidence profonde sur les attentes des parties concernées. Il est clair que ce mécanisme ne peut satisfaire aux conditions requises pour garantir le respect de l'état de droit dans le contexte de l'investissement international.

### **3. Mise en cause du professionnalisme et de l'indépendance des arbitres**

Dans la mesure où le système d'arbitrage d'investissement en vigueur s'inspire de l'expérience pratique de l'arbitrage commercial, le processus de nomination des arbitres ne tient pas pleinement compte des compétences professionnelles en droit international public que nécessite l'arbitrage d'investissement. Actuellement, il n'existe pas, dans l'arbitrage d'investissement, de code de conduite à l'intention des arbitres ; les procédures suivies par les instances de nomination des arbitres manquent de transparence ; et le mécanisme de récusation des arbitres n'est pas suffisamment efficace. Il arrive même que des personnes exercent à la fois les fonctions d'arbitre et d'avocat, ce qui est susceptible de créer des conflits d'intérêts. Il convient d'accorder une attention particulière au fait que dans l'arbitrage d'investissement, les avocats et les arbitres ne représentent qu'un ensemble très restreint de spécialistes. Le mécanisme de RDIE devrait être plus ouvert et inclusif, et faire une place plus large aux spécialistes de pays en développement.

### **4. Déséquilibre des droits des parties du fait du financement par des tiers**

Le financement par des tiers dans l'arbitrage d'investissement est une pratique controversée apparue ces dernières années. Née dans le contexte du contentieux commercial, cette pratique peut mener à des convergences d'intérêts entre arbitres et bailleurs de fonds, voire à des conflits d'intérêts. Étant donné que les tiers financeurs et les investisseurs résident souvent à l'extérieur du pays hôte, celui-ci manque d'informations à leur sujet et n'a pas compétence sur eux, de sorte qu'il a besoin d'une

coopération ou d'une assistance internationale. En outre, les gouvernements hôtes, notamment ceux des pays en développement, doivent supporter les coûts élevés de l'arbitrage d'investissement, situation à laquelle il convient de remédier par la mise en place de mécanismes appropriés.

#### **5. Délais et coûts excessifs**

La durée moyenne d'un arbitrage d'investissement est de trois à quatre ans, celle d'une procédure d'annulation au titre de la Convention de Washington de près de deux ans. Des processus aussi longs nécessitent l'investissement de ressources considérables par les parties. S'agissant des coûts de l'arbitrage, il ressort des données les plus récentes que le coût total moyen des services juridiques fournis aux parties s'élève à plus de 11 millions de dollars, ce qui représente pour elles une lourde charge. La conciliation et d'autres modes alternatifs de règlement des litiges sont rarement utilisés et ne permettent pas d'accroître l'efficacité ni de réduire les coûts.

### **III. Objectifs de la réforme et propositions de réforme : le point de vue de la Chine**

La Chine estime que parmi les nombreux problèmes qui se sont fait jour, certains, d'ordre institutionnel, ne se prêtent pas à une résolution par des accords bilatéraux d'investissement entre États Membres. Il convient plutôt de les résoudre en améliorant la structure des règles et mécanismes multilatéraux de RDIE, ainsi qu'en envisageant et élaborant des règles équilibrées de règlement des litiges. Il faudrait que le projet de réforme actuellement à l'étude remédie aux principaux inconvénients du mécanisme actuel de règlement des différends relatifs aux investissements et promeuve l'instauration de l'état de droit dans le domaine de l'investissement international. Il lui faudrait non seulement préserver le pouvoir du pays hôte sur les plans juridique et réglementaire, mais aussi protéger les droits et les intérêts des investisseurs et améliorer la confiance des parties dans le mécanisme de RDIE.

Ouverte à d'éventuelles propositions d'amélioration de ce mécanisme, la Chine estime que l'on peut actuellement envisager, sans toutefois s'y limiter, les propositions suivantes :

#### **1. Création d'un mécanisme d'appel permanent**

Parmi les réformes qu'elle propose pour résoudre les principaux problèmes posés par le régime actuel de RDIE, la Chine est favorable à l'étude d'un mécanisme d'appel permanent. La création d'un tel mécanisme, sur la base de traités internationaux et moyennant la prise en charge des questions procédurales, institutionnelles et de personnel connexes, contribuerait grandement à promouvoir l'application de l'état de droit au RDIE. Elle permettrait d'améliorer les mécanismes de rectification des erreurs, de renforcer les attentes juridiques liées au règlement des différends relatifs aux investissements, et d'instaurer des restrictions concernant la conduite des juges. Elle favoriserait également une normalisation et une clarification plus poussées des procédures, ce qui permettrait de réduire l'abus de droit par les parties aux litiges. Des initiatives visant à réglementer des mécanismes d'appel existants ou à élaborer des dispositions devant établir des liens avec des mécanismes d'appel potentiels ont commencé à être prises dans le cadre d'accords internationaux d'investissement conclus récemment (notamment par la Chine). Cependant, pour réglementer des mécanismes d'appel, il est plus efficace d'élaborer des règles multilatérales que de se placer dans le cadre d'accords bilatéraux d'investissement, la première approche permettant en outre d'optimiser les coûts institutionnels. L'expérience pratique de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce montre que le mécanisme d'appel dont cette instance est dotée possède une efficacité relativement élevée pour des coûts de fonctionnement modérés.

## 2. Octroi aux parties du droit de nommer des arbitres

Le droit des parties à nommer des arbitres est une caractéristique essentielle de l'arbitrage international tel qu'il se pratique habituellement, et reflète en outre la volonté des parties. Les participants à l'arbitrage d'investissement (investisseurs, fonctionnaires du pays hôte, avocats et arbitres) la considèrent généralement comme la caractéristique fondamentale et la plus attrayante de l'arbitrage international. Dans la mesure où les différends relatifs aux investissements font souvent intervenir des questions de fait et de droit complexes au stade de la première instance de procédures juridiques, les parties doivent tenir compte, pour déterminer la composition du tribunal arbitral et les critères de sélection des arbitres, de nombreux facteurs, comme le bagage juridique, l'expérience et la nationalité, ainsi que le niveau d'énergie et de compétence spécialisée que peut nécessiter une affaire donnée. Il convient de noter que la plupart des autres mécanismes de règlement des différends, dans les domaines du droit international public ou de l'économie et du commerce internationaux, font appel à des pratiques similaires, permettant aux parties de choisir des spécialistes de confiance pour connaître de leurs affaires. La protection des investissements étant historiquement la finalité première des mécanismes d'arbitrage en matière d'investissements internationaux, elle ne saurait être ignorée. Le droit des parties à nommer des arbitres au stade de la première instance d'un arbitrage d'investissement est une disposition institutionnelle largement acceptée, qui joue un rôle important pour ce qui est de renforcer la confiance des parties aux différends, notamment des investisseurs, et devrait être conservé dans le cadre de tout processus de réforme.

## 3. Adoption de règles relatives aux arbitres

Tout en préservant le droit des parties à nommer des arbitres, il est nécessaire d'améliorer les dispositifs mis en place pour traiter des qualifications, des conflits d'intérêts, de la sélection et de la récusation des arbitres. La Chine note que le Groupe de travail III et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements étudient conjointement l'élaboration de codes de conduite pertinents. Étant donné que le mécanisme de RDIE relève du droit public, il faudrait que les arbitres connaissent le droit international public et le droit économique international, évitent les conflits d'intérêts potentiels, et préviennent les situations d'iniquité qui peuvent survenir s'ils exercent parallèlement, et ce de manière indue, en qualité d'avocats. Dans la mesure où des pays de cultures différentes n'ont souvent pas la même perception des conflits d'intérêts et de positions des arbitres, il est nécessaire de préciser la connotation spécifique de ces conflits. Il faudrait que le projet de réforme améliore également les règles de sélection et de récusation des arbitres, afin d'accroître la transparence et le caractère raisonnable du processus.

## 4. Recours à des modes alternatifs de règlement des différends

Pour le règlement des différends relatifs aux investissements, la conciliation, à la différence de l'arbitrage, privilégie l'harmonie et peut offrir aux pays hôtes et aux investisseurs un haut niveau de souplesse et d'autonomie. Les conciliateurs sont également plus à même d'adopter des méthodes créatives et prospectives pour faciliter le règlement des différends, aidant ainsi les parties à obtenir des résultats mutuellement avantageux et à s'épargner de longues procédures arbitrales et des frais de procédure élevés. Du point de vue plus général de l'expérience pratique du règlement des différends, il apparaît que le recours à des modes alternatifs de règlement des litiges est plus avantageux dans l'optique du maintien d'une coopération à long terme entre investisseurs et pays hôtes. En outre, il aide les pays hôtes à protéger les investissements étrangers par des mesures appropriées, ce qui permet de prévenir les différends et d'éviter que les conflits ne dégénèrent. La Chine estime qu'il convient d'étudier activement, en matière d'investissements, la mise en place d'un mécanisme de conciliation plus efficace.

#### **5. Tenue de procédures de consultation préalables à l'arbitrage**

La Chine est favorable à la tenue de procédures de consultation préalables à l'arbitrage entre l'investisseur et le gouvernement central du pays hôte, cette consultation étant une obligation impérative pour les deux parties. Des règles similaires ont été intégrées dans de nombreux accords internationaux d'investissement, jouant un rôle très positif dans le règlement des différends relatifs aux investissements. Trois à six mois de consultation avant l'ouverture de la procédure d'arbitrage seraient utiles au règlement de ce type de différends. L'investisseur et le pays hôte pourraient utiliser cette procédure pour permettre à chaque partie de mieux comprendre les réclamations de l'autre, clarifier les mesures concernées et les dispositions juridiques du pays hôte, et étudier les solutions envisageables pour éviter que le différend ne dégénère en procédure d'arbitrage.

#### **6. Mise en place d'une obligation de transparence en ce qui concerne le financement par des tiers**

La Chine appuie la mise en place d'une obligation de transparence en ce qui concerne le financement par des tiers. Il faudrait que les parties concernées déclarent les financements qu'elles perçoivent de manière continue et évitent les conflits d'intérêts directs ou indirects entre arbitres et tiers financeurs. Il convient d'énoncer clairement les conséquences juridiques que devraient assumer les parties concernées en cas de manquement à leurs obligations de déclaration.

### **IV. Recommandations visant à faire avancer les travaux du Groupe de travail III**

La Chine note que conformément au mandat confié au Groupe de travail III, le processus de réforme actuel est mené par les gouvernements et encourage la participation d'autres institutions internationales et du public. Elle estime que l'élaboration de règles multilatérales nécessite un effort conjugué des États Membres, et que de leur participation conjointe dépend le dynamisme des mécanismes multilatéraux. Elle aide les États Membres à promouvoir le processus de réforme par divers moyens sous l'égide de la CNUDCI et encourage cette dernière à coopérer avec d'autres organisations internationales à l'appui de ce processus. La Chine estime que l'examen simultané, par le Groupe de travail III, de l'ensemble des problèmes et des solutions proposées pour les résoudre constitue une démarche pragmatique qui permet de tenir compte des besoins de toutes les parties, mais qu'il convient de le mener avec une certaine souplesse pour éviter de négliger des propositions de réforme importantes.

---