



# Assemblée générale

Distr. limitée  
12 décembre 2017  
Français  
Original : anglais, arabe, chinois,  
espagnol, français, russe

---

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international  
Groupe de travail III (Réforme du règlement  
des différends entre investisseurs et États)  
Trente-cinquième session  
New York, 23-27 avril 2018**

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

### **Communication présentée par l'Union européenne**

La présente note contient une communication reçue de l'Union européenne dans le cadre de la préparation de la trente-cinquième session du Groupe de travail III. On trouvera en annexe le texte de cette communication tel qu'il a été reçu par le Secrétariat (en anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe).



## Annexe

20 novembre 2017

# Recensement et examen de préoccupations concernant le règlement des différends entre investisseurs et États

## 1. Introduction

1. Le présent document se veut une contribution aux discussions au sein du Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Il vise à recenser et à examiner les préoccupations au sujet de l'actuel système de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) conformément au premier volet du mandat que la CNUDCI a confié au Groupe de travail III. L'examen des réformes souhaitables étant réservé au second stade des discussions, il n'est pas abordé dans le présent document.
2. La Note du Secrétariat de la CNUDCI, intitulée «Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)» du 18 septembre 2017<sup>1</sup>, énumère plusieurs préoccupations recensées au sujet du RDIE (§ 19 et suiv.). Le présent document prend cette Note comme point de départ et y donne suite. En particulier, il suggère qu'une façon nouvelle et complémentaire de réfléchir aux préoccupations liées au système de RDIE consiste à étudier le cadre dans lequel fonctionne le système actuel. Considérer le système dans son ensemble offre, en effet, un moyen de recenser ces préoccupations parce que cette démarche permet de comparer le système existant de règlement des différends à d'autres systèmes présentant des attributs similaires et de mettre en évidence leurs différences. En conséquence, le présent document examinera en premier lieu les attributs et caractéristiques principaux du régime des traités d'investissement (section 2). Il procédera ensuite, brièvement, à l'analyse comparative de la façon dont sont gérés les différends dans le cadre de régimes présentant des caractéristiques comparables au régime d'investissement (section 3). Puis il étudiera les facteurs influençant la conception de l'actuel système de RDIE (section 4) avant de s'atteler, compte tenu de l'analyse développée dans les sections précédentes, à recenser plusieurs préoccupations qui méritent un examen plus approfondi (section 5).

## 2. Principaux attributs du régime des traités d'investissement

3. Les principaux attributs de l'actuel régime d'investissement résultent de deux particularités fondamentales. Premièrement, il s'agit d'un régime **de droit international public**. Deuxièmement, il ressemble au **droit public** en ce qu'il porte en grande partie sur le traitement réservé aux investisseurs et, partant, sur la relation entre des acteurs déterminés et l'État.

---

<sup>1</sup> A/CN.9/WG.III/WP.142.

4. Le régime d'investissement international se compose d'un grand nombre de traités internationaux. Ce sont des **instruments de droit international public**, conclus entre des acteurs du droit international public agissant souverainement<sup>2</sup>. Dans ces accords, les États confèrent à des personnes physiques ou morales (les investisseurs) le pouvoir d'introduire des actions pour faire appliquer ces traités internationaux. Une telle possibilité n'enlève rien, toutefois, à la nature de droit international public de ces conventions adoptées d'un commun accord entre deux sujets souverains. En tant que traités, ces conventions sont également censées être interprétées conformément au droit international public, lequel comprend notamment les règles relatives à l'interprétation des traités et d'autres règles, telles que celles sur la responsabilité des États.
5. Ces traités de droit international public sont relatifs à la **capacité souveraine des États à réguler**, en prévoyant certaines protections que les investisseurs peuvent faire appliquer<sup>3</sup>. Cela fait naître une situation semblable à ce que connaît le droit public ou le droit constitutionnel, dans laquelle les particuliers sont protégés des actes de l'État et peuvent agir pour faire respecter ces protections<sup>4</sup>. Il importe de rappeler que l'État, tant au moment de l'approbation de ces traités qu'en ce qui concerne les actes attaqués, agit souverainement. Les obligations découlant des traités d'investissement s'appliquent à tout acte qui peut être imputé à un État, qu'il s'agisse d'une loi votée par un parlement ou d'une décision individuelle prise par un conseil local. Au cas où il serait constaté qu'un État n'a pas respecté ces obligations, ce dernier doit verser une réparation. Celle-ci revêt habituellement la forme d'une indemnisation pécuniaire, qui implique une charge grevant le budget de cet État.
6. Compte tenu de ces deux particularités principales, à savoir le fondement de droit international public des traités et la nature de droit public de la relation, on peut recenser dans le régime d'investissement international une série de caractéristiques qui sont pertinentes pour réfléchir à l'actuel système et examiner les préoccupations qu'il suscite. Ces caractéristiques peuvent être énumérées comme suit:
- a) une composante de droit constitutionnel/administratif: les obligations énoncées dans les traités d'investissement visent à protéger les investisseurs de certains comportements étatiques (limités). Aussi l'application des obligations implique-t-elle une mise en balance, caractéristique des décisions de droit constitutionnel/administratif, entre le droit d'exercer l'autorité souveraine et le devoir de protéger les particuliers;

<sup>2</sup> Roberts, A. «Clash of paradigms: actors and analogies shaping the investment treaty system», (2013) *American Journal of International Law*, 107 (1) 45-94, 58-63.

<sup>3</sup> Ibid., p. 63-68.

<sup>4</sup> Voir, notamment, les travaux de Van Harten, G., & Loughlin, M., «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law», 17 *European Journal of International Law* 121 (2006); Van Harten, G., «Investment Treaty Arbitration and Public Law», 2007; Schneiderman, D., «Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules And Democracy's Promise» (2008); Schill, S.W., «International Investment Law and Comparative Public Law – An Introduction», in *International Investment Law and Comparative Public Law*, 3 (Stephan W. Schill éd., 2010); Montt, S., *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional And Administrative Law in the BIT Generation*, 2009.

- b) un système unidirectionnel: l'investisseur engage la procédure contre l'État parce qu'il accepte l'offre d'arbitrage permanente prévue dans les traités;
- c) une relation verticale: les différends concernent principalement les investisseurs étrangers à l'origine d'actions contre l'État-hôte qui résultent de la relation verticale et réglementaire entre ces acteurs du fait que l'investisseur s'établit sur le territoire de l'État-hôte et pénètre son ordre juridique et économique;
- d) une fonction de récurrence: les traités en question pourront donner lieu à de nombreux différends sur une période potentiellement longue. Il convient de distinguer ces traités des instruments juridiques établissant des arrangements contractuels ponctuels;
- e) une composante de détermination: les obligations matérielles sont indéterminées en ce sens qu'elles fixent des normes générales élevées censées s'appliquer, à l'instar des dispositions de droit constitutionnel, dans de multiples situations de fait différentes; et
- f) une fonction de prévisibilité/de constance: les normes de protection des investissements étant formulées en termes généraux, les parties prenantes (gouvernements, investisseurs, société civile), conscientes de la fonction de récurrence, examinent les décisions antérieures afin de comprendre comment les obligations conventionnelles sont interprétées ou devraient l'être. Il en va ainsi tant au sein d'un même traité qu'entre traités, ces derniers présentant un degré relativement élevé d'homogénéité. Cela signifie que le rôle dévolu aux juridictions est crucial dans le développement et l'affinement du sens précis des obligations matérielles.

### **3. Analyse comparative**

7. Les différends découlant de systèmes réunissant les caractéristiques définies ci-dessus conduisent fréquemment à la création d'instances permanentes au sein desquelles siègent des juges titulaires employés à temps plein pour statuer sur des différends. Les instances juridictionnelles permanentes offrent plusieurs avantages pour ce qui est de trancher les différends qui surviennent dans le cadre des régimes qui présentent ces caractéristiques. Ces avantages se manifestent de multiples façons se recoupant partiellement. Par leur permanence même, les instances permanentes sont synonymes de prévisibilité et de constance et gèrent la naissance de nombreux différends parce qu'au fil du temps, elles peuvent préciser et affiner la compréhension d'un ensemble particulier de normes et assurer l'efficacité et la constance de leur application. Cela revêt une importance particulière lorsque les normes sont relativement indéterminées. Lorsque l'on nomme des juges au sein d'une structure permanente, on adopte une approche à long terme. Les États ont intérêt à ce que des actions publiques puissent être menées et, parallèlement, à ce que des intérêts particuliers puissent être protégés; ils savent pertinemment qu'il faut maintenir à long terme l'équilibre entre ces intérêts. Les instances permanentes composées de juges à temps plein dispensent

également ceux-ci de devoir être rémunérés par d'autres sources et leur procurent généralement une certaine forme de stabilité d'emploi. Cette modalité d'organisation empêche que les juges ne subissent des pressions pour prendre en compte des considérations à courte vue et elle garantit que leur impartialité ne sera pas sujette à caution.

8. On observe au niveau tant international que national que les différends survenant dans d'autres régimes présentant les caractéristiques énumérées ci-dessus pour le régime d'investissement sont habituellement réglés devant des organismes permanents. Ces instances juridictionnelles se composent de juges à temps plein qui sont nommés par les États et présentent un haut degré d'indépendance et d'impartialité. Il n'est pas rare que les décisions rendues par ces organismes permanents fassent l'objet d'un examen par voie d'appel pour que la régularité et une prévisibilité accrue de ces décisions soient assurées.
9. À l'échelle internationale, on peut citer à titre d'exemples, notamment, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme avec la Cour européenne des droits de l'homme et la convention interaméricaine sur les droits de l'homme avec la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Les régimes juridiques appliqués par ces juridictions partagent nombre des caractéristiques recensées ci-dessus pour le régime d'investissement<sup>5</sup>. Ces organismes sont tous deux dotés de juridictions permanentes au sein desquelles siègent des juges à temps plein désignés par les parties au traité. De même, bien qu'elle ne soit pas compétente pour connaître des actions introduites par des particuliers, l'OMC est également chargée d'examiner l'action des États. Ces demandes sont entendues au sein d'une structure qui en permet l'examen en appel par des juges nommés par les parties au traité.
10. À l'échelle nationale, les régimes juridiques dotés de caractéristiques semblables à celles du régime d'investissement sont aussi généralement pourvus d'instances juridictionnelles permanentes. Les systèmes juridiques nationaux à travers le monde possèdent un trait reconnaissable selon lequel les litiges de droit public ou de droit administratif sont traités par des juridictions permanentes composées de juges indépendants, qui sont situées au sein d'une hiérarchie qui autorise un examen par voie d'appel.
11. Ces exemples sont utiles, pas nécessairement dans tous leurs détails et particularités, mais pour montrer que, lorsqu'ils ont créé ou développé des régimes dotés de caractéristiques comparables à celles du régime d'investissement, les pays ont systématiquement institué des organismes permanents. Nous rappellerons brièvement dans la section suivante la nature du régime existant avant de nous intéresser aux préoccupations qui s'y font jour à la lumière des caractéristiques énumérées à la section 2.

#### **4. Les mécanismes actuels de règlement des différends applicables au régime d'investissement**

12. Dès les années 60, l'approche globale de la réglementation de l'investissement étranger se caractérise par 1) l'émergence de l'arbitrage international comme modalité commune de règlement des différends relatifs aux investissements et par 2) la reconnaissance croissante

<sup>5</sup> Il existe évidemment des différences notables telles que la nature des voies de recours ou le rapport au contentieux national.

par le droit des traités de la capacité des investisseurs à opposer les traités directement aux États-hôtes. La convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), conclue en 1965 et actuellement contraignante pour 161 États, a représenté et représente encore une avancée considérable dans le développement du droit international des investissements.

13. La convention du CIRDI recourt à un modèle de règlement des différends fondé sur l'arbitrage. Les tribunaux d'arbitrage sont nommés par les parties au différend et constitués sur une base ad hoc pour connaître d'un litige particulier. Les sentences arbitrales peuvent être annulées par un comité d'annulation ad hoc pour certains motifs limités. D'autres différends entre investisseurs et États sont réglés en vertu de dispositions initialement créées pour l'arbitrage commercial, telles que le règlement d'arbitrage de la CNUDCI.
14. La convention du CIRDI a été conçue avant la conclusion de nombreux traités d'investissement. 2 667 traités sont actuellement en vigueur, contre 63 seulement en 1970<sup>6</sup> (la convention du CIRDI est entrée en vigueur le 14 octobre 1966). Les rédacteurs n'avaient, dès lors, pas à l'esprit que le système de règlement des différends prévu par la convention du CIRDI serait utilisé, tel qu'il l'est actuellement, essentiellement pour le règlement de différends provenant de traités. En effet, ils envisageaient qu'il serait surtout utilisé pour le règlement des différends nés de contrats d'investissement. Les rédacteurs du CIRDI estimaient qu'environ 90 % des affaires relèveraient de contrats d'investissement et de concessions, pas de traités d'investissement<sup>7</sup>. On peut comprendre en quoi cela a motivé les grands choix de conception retenus dans la convention du CIRDI<sup>8</sup>.
15. En effet, ce n'est qu'à partir des années 70 que les États ont commencé à inclure des dispositions permettant aux investisseurs de faire eux-mêmes respecter les traités, à tout le moins en partie à la suite d'une suggestion du CIRDI. Cela a traduit le choix délibéré des États de retirer de la sphère interétatique les différends liés aux traités, permettant ainsi à l'investisseur de faire respecter l'accord sans devoir persuader son État d'origine d'embrasser sa cause.
16. Les premières affaires portées devant le CIRDI étaient fondées sur des clauses arbitrales prévues par les contrats d'investissement ou la législation interne régissant la promotion et la protection des investissements étrangers. En 1990, le différend concernant AAPL a été la première affaire dans laquelle ont été admises les prétentions conventionnelles d'un investisseur étranger, étant entendu que l'acceptation par l'investisseur de l'offre de

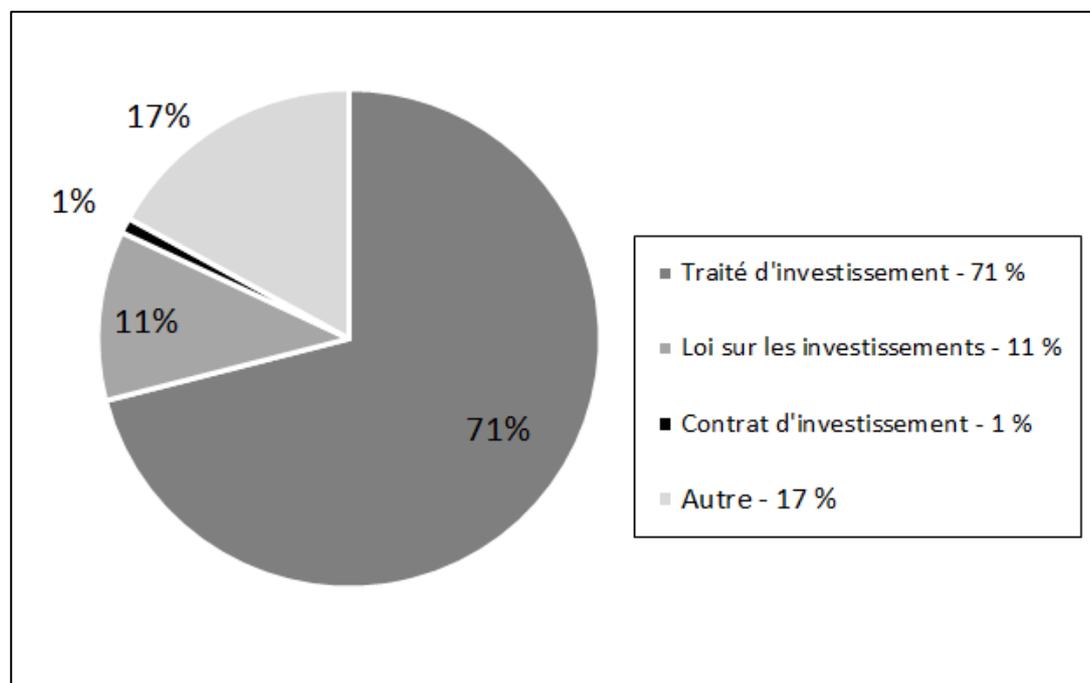
<sup>6</sup> Source: UNCTAD Investment Policy Hub.

<sup>7</sup> Voir Thomas, J.C., et Dhillon, H. K., «The Foundations of Investment treaty Arbitration, The ICSID Convention, Investment Treaties and the review of Arbitration Awards», *ICSID Review*, (2017) 32(3).

<sup>8</sup> Voir Pauwelyn, J., «At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed», *ICSID Review*, Vol. 29, N° 2 (2014) pp. 372-418, en particulier pp. 401 et 402 citant le professeur Lowenfeld (membre de la délégation des États-Unis ayant négocié la convention du CIRDI) qui a écrit: «Aucune des discussions lors des réunions consultatives [en préparation de la convention du CIRDI] ou, à ma connaissance, dans les publications contemporaines et l'examen législatif, n'a abordé la possibilité qu'un État-hôte partie à un traité bilatéral puisse donner son consentement à l'arbitrage avec des investisseurs provenant de l'autre État sans référence à un accord ou à un différend particulier en matière d'investissement. Je sais que je n'ai pas mentionné cette possibilité dans mon témoignage devant le Congrès des États-Unis, et personne d'autre ne l'a fait.»

l'État-hôte de prévoir l'arbitrage dans le traité avait «parfait» le consentement des parties à l'arbitrage assuré par le CIRDI<sup>9</sup>.

17. Le différend AAPL a été à l'origine d'une augmentation du nombre des affaires engagées sur le fondement d'un traité, étayée par l'évolution de la pratique étatique consistant à insérer des clauses de RDIE. Plus de 70 % des affaires examinées par le CIRDI ont, en effet, été portées devant celui-ci au titre de traités d'investissement contre 1 % seulement en vertu exclusivement de contrats d'investissement, comme l'illustre le graphique 1 ci-dessous.

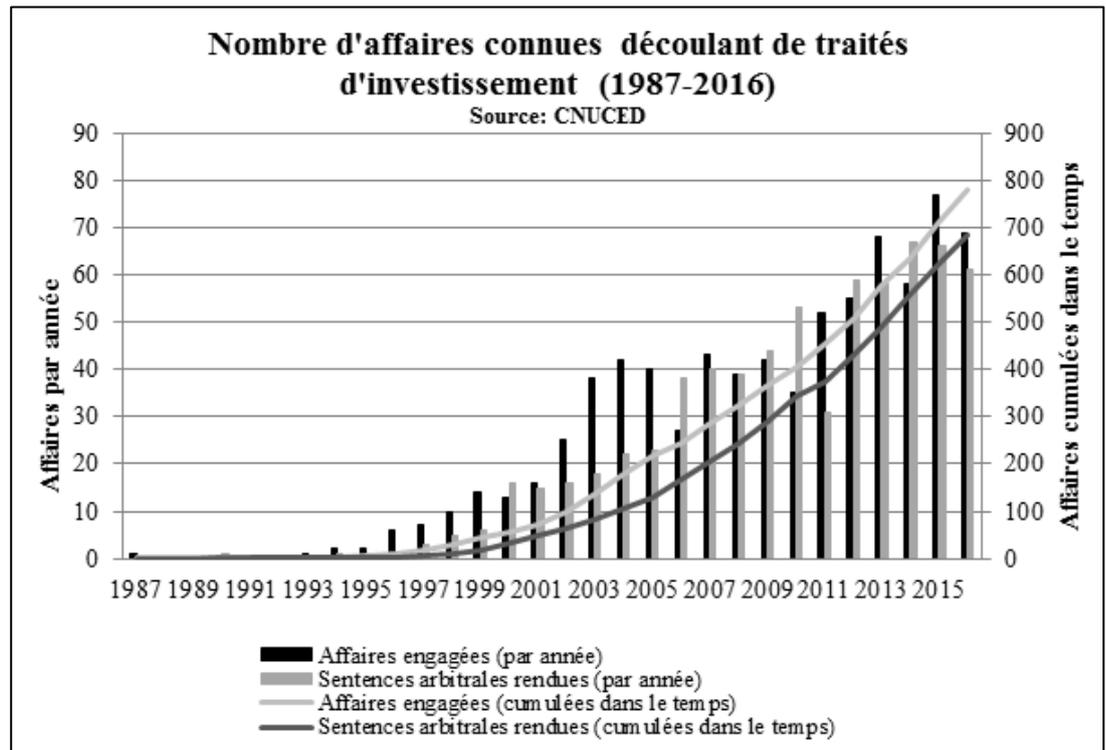


Graphique 1. Instruments de consentement dans les arbitrages du CIRDI (1976-2016)<sup>10</sup>.

18. Les années 90 et, surtout, les deux dernières décennies ont été marquées par la croissance du nombre d'affaires, ainsi qu'il ressort du graphique 2 ci-dessous.

<sup>9</sup> *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. République socialiste démocratique de Sri Lanka*, Affaire CIRDI N° ARB/87/3, Sentence (27 juin 1990). Voir également Paulsson, J., «Arbitration without Privity», *ICSID Review*, Vol. 10, N° 2 (1995) pp. 232-257.

<sup>10</sup> Bonnitcha, J., Poulsen, L. et Waibel, M., *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, Oxford University Press, 2017 p. 61. Source: compilation établie par les auteurs à partir du site web du CIRDI et fondée sur 573 affaires portées devant le CIRDI, août 2016.



Graphique 2. Affaires connues découlant de traités d'investissement (1987-2016).

19. La vaste panoplie de traités d'investissement a donné lieu à une abondante jurisprudence arbitrale dans ce domaine, qui ne cesse de prendre de l'ampleur. Le nombre croissant d'affaires fondées sur des traités d'investissement a conduit à mettre en cause l'actuel système de règlement des différends relatifs aux investissements.

## 5. Les préoccupations au sujet des mécanismes actuels de règlement des différends applicables au régime d'investissement

20. Lorsque les attributs principaux du régime des traités d'investissement sont comparés à la structure du système d'arbitrage applicable aux différends relatifs aux investissements, plusieurs préoccupations peuvent être mises en évidence au sein du système existant. Si ces préoccupations coïncident avec celles recensées dans la Note du Secrétariat, elles se manifestent également au niveau systémique ou résultent de la nature du système. Ces préoccupations revêtent une importance accrue si l'on connaît le niveau relativement élevé et soutenu des affaires. Elles peuvent se définir comme suit:

### a) Le système ad hoc a une incidence sur la constance et la prévisibilité

21. La nature ad hoc du système a une incidence sur la constance et la prévisibilité. La constitution ad hoc des tribunaux arbitraux influence potentiellement l'issue des procédures dans la mesure où les arbitres sont des acteurs récurrents, ou s'efforcent de l'être, dans un système où les personnes habilitées à statuer doivent être à nouveau nommées pour chaque différend. Si l'on se place à un niveau systémique, cet aspect peut être considéré comme

susceptible de conduire à des sentences davantage axées sur les faits<sup>11</sup>. Cela ne favorise pas la stabilité et la constance du système ni, dès lors, la capacité des parties prenantes, qu'il s'agisse d'entreprises, de gouvernements ou d'acteurs de la société civile, à obtenir des indications sur les affaires antérieures pour tenter de déterminer comment les règles seront appliquées dans des circonstances particulières.

22. Nombreux sont les exemples de sentences arbitrales fluctuantes sur des aspects fondamentaux des dispositions traditionnelles régissant la protection des investissements. Les questions soulevées dans ces affaires divergentes portent sur des notions générales et sur les fonctions des règles matérielles en matière d'investissement qui ne cessent d'être invoquées dans de nombreux différends dans lesquels il serait souhaitable d'apporter des réponses constantes.
23. Un exemple est le feuillet en cours sur l'applicabilité des clauses de la nation la plus favorisée aux questions procédurales (c'est-à-dire à la résolution des différends). Tandis que certains tribunaux arbitraux considèrent que la clause de la nation la plus favorisée s'étend aux dispositions applicables au règlement des différends et figurant dans les traités entre l'État défendeur et les États tiers<sup>12</sup>, d'autres parviennent à la conclusion inverse<sup>13</sup>. Cette question continue d'être soulevée dans de nombreuses affaires. Citons, par exemple, l'affaire APR Energy e.a. c. Australie, dans laquelle les parties demanderesse tentent de faire insérer une clause de résolution des différends dans un traité qui ne contient aucun consentement à l'arbitrage<sup>14</sup>.
24. Pour ce qui est d'interpréter la portée et l'effet de la clause générale de respect des engagements («umbrella clause»), certains tribunaux arbitraux considèrent que cette clause aurait pour effet que les violations de certains engagements contractuels constitueraient des violations du traité d'investissement<sup>15</sup>, alors que d'autres ont refusé de reconnaître cet effet pour les contrats commerciaux ordinaires<sup>16</sup>.
25. On peut citer, entre autres exemples, plusieurs sentences arbitrales rendues au lendemain de la crise économique et financière qu'a connue l'Argentine en 2001-2002, et relatives au moyen de défense fondé sur la nécessité au titre de l'article XI du traité bilatéral d'investissement États-Unis-Argentine. Par exemple, si le tribunal arbitral ayant statué sur

<sup>11</sup> Voir Tucker, T., «Inside the Black Box: Collegial Patterns on Investment Tribunals», *J Intl Disp Settlement*, (2016) 7(1), pp. 183–204.

<sup>12</sup> Voir, par exemple, Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne, Affaire CIRDI N° ARB/97/7, Décision du Tribunal sur le déclinatoire de compétence, § 64; Siemens c. République argentine, Affaire CIRDI N° ARB/02/8, Décision sur la compétence, § 103; Gas Natural c. République argentine, Affaire CIRDI N° ARB/03/10, Décision du Tribunal sur les questions préalables de compétence, §§ 31 et 49; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. République argentine, Affaire CIRDI N° ARB/03/17, Décision sur la compétence, §§ 53-66.

<sup>13</sup> Voir, par exemple, Plama Consortium Ltd c. République de Bulgarie, Affaire CIRDI N° ARB/03/24, Décision sur la compétence, §§ 184, 223 et 227; Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume hachémite de Jordanie, Affaire CIRDI N° ARB/02/13, Décision sur la compétence, § 119; Telenor Mobile Communications A.S. c. République de Hongrie, Affaire CIRDI N° ARB/04/15, Sentence, §§ 90-100.

<sup>14</sup> Power Rental Asset Co Two LLC (AssetCo), Power Rental Op Co Australia LLC (OpCo), APR Energy LLC c. the Government of Australia, CNUDCI.

<sup>15</sup> SGS Société Générale de Surveillance s.a. (SGS) c. République des Philippines, Affaire CIRDI N° ARB/02/6, Décision du Tribunal sur le déclinatoire de compétence, § 128.

<sup>16</sup> SGS Société Générale de Surveillance s.a. c. République islamique du Pakistan, Affaire CIRDI N° ARB/01/13, Décision sur la compétence, § 166.

l'affaire Enron a interprété cette disposition par référence au critère très strict de la «nécessité» en tant que circonstance excluant l'illégalité<sup>17</sup>, celui saisi pour connaître de l'affaire Continental Casualty a interprété cette règle par référence au critère moins strict des mesures d'État «nécessaires», développé dans le cadre des normes de l'Organisation mondiale du commerce<sup>18</sup>.

26. Les conseils n'agiraient pas avec toute la diligence voulue s'ils n'exploitaient pas toutes les possibilités d'avancer un argument susceptible d'aider la cause de leurs clients. Le système ad hoc incite à invoquer ces arguments étant donné l'absence de structure créant de la constance et la faisant respecter. Dès lors, le système entraîne en soi des coûts supplémentaires. Cela vient s'ajouter à la difficulté manifeste qui apparaît sur le plan de la constance et de la prévisibilité. La nature récurrente du régime et l'indétermination relative des obligations accroissent l'importance de ces préoccupations liées à la constance et à la prévisibilité.

#### **b) Importantes préoccupations au sujet de la perception**

27. Il s'agit d'une particularité essentielle des systèmes juridictionnels nationaux et internationaux, mentionnée précédemment: selon les propos d'un juge des juridictions anglaises, «la justice devrait non seulement être rendue mais devrait être manifestement et incontestablement perçue comme étant rendue»<sup>19</sup>. Cette déclaration exprime l'abandon décisif des systèmes ad hoc en ce qui concerne les affaires publiques dans tous les systèmes juridiques, mouvement animé par la pensée de Jeremy Bentham, de Voltaire et d'Alexander Hamilton<sup>20</sup>. Le caractère ad hoc de l'arbitrage entre investisseurs et États, dans lequel les arbitres, par définition, exercent d'autres activités, engendrent d'importants problèmes de perception. Ces problèmes tiennent au fait que les intérêts professionnels et/ou privés des personnes qui interviennent dans le système pourraient être perçus comme exerçant un effet sur l'issue des différends. Si la réalité détaillée et les interactions complexes entre les arbitres eux-mêmes et les acteurs qui les nomment dressent incontestablement un tableau plus complexe, la combinaison de la nature unidirectionnelle du système et de l'importance de la perception, d'une justice perçue comme étant rendue, suscite des inquiétudes.

#### **c) Les vérifications systémiques limitées en matière de régularité et de constance**

28. Une autre préoccupation concernant le système existant tient à la possibilité limitée d'une vérification systémique de la régularité et de la constance. Dans le cadre du système CIRDI, l'annulation n'est prévue que pour corriger un nombre très limité d'erreurs. L'article 52 de la convention du CIRDI ne prévoit l'annulation que dans des circonstances limitées<sup>21</sup>. Celles-ci ne portent pas sur la régularité de la sentence sur le fond. De même, les législations

<sup>17</sup> Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. c. République argentine, Affaire CIRDI N° ARB/01/3, Sentence, §§ 322-345.

<sup>18</sup> Continental Casualty Co. c. République argentine, Affaire CIRDI N° ARB/03/9, Sentence, §§ 189-230.

<sup>19</sup> Lord Chief Justice Gordon Hewart dans l'affaire R c. Sussex Justices, Ex Parte McCarty [1924] 1KB 256.

<sup>20</sup> Gaukrodger, D. (2017), «*Adjudicator Compensation Systems and Investor-State Dispute Settlement*», OECD Working Papers on International Investment (Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international), N° 2017/05, Éditions OCDE, Paris.

<sup>21</sup> Voir l'article 52, paragraphe 1, de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États [«Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants: (a) vice dans la constitution du Tribunal; (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal; (c) corruption d'un membre du Tribunal; (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure; (e) défaut de motifs.»].

nationales en matière d'arbitrage ou la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères limitent les motifs pour lesquels la reconnaissance et l'exécution d'une sentence peuvent être refusées.

29. Cela signifie que des sentences arbitrales peuvent être irrégulières en droit mais que le système ne permet pas qu'elles soient corrigées. Dans l'affaire CMS c. République argentine, par exemple, le comité d'annulation a déclaré:

«Tout au long de son examen de la sentence, le comité a relevé une série d'erreurs et de défauts. La sentence était entachée d'erreurs de droit manifestes. Elle présentait des lacunes et des omissions. Tout cela a été relevé et souligné par le comité. Toutefois, le comité a bien conscience d'exercer sa compétence dans le cadre d'un mandat étroit et limité conféré par l'article 52 de la convention du CIRDI. L'étendue de ce mandat n'autorise l'annulation comme possibilité que lorsque certaines conditions spécifiques sont réunies. Ainsi qu'il a déjà été exposé (point 136 ci-dessus), dans ces circonstances, le comité ne saurait simplement substituer sa propre analyse du droit et sa propre appréciation des faits à celles du Tribunal arbitral»<sup>22</sup>.

30. Ce problème consistant à veiller à la régularité exacerbe les autres particularités du régime existant qui se traduisent par le manque de constance et de prévisibilité susmentionné. L'importance de ce point est à nouveau liée à la fonction de récurrence de différends potentiels et au degré relatif de détermination. Il est notable que les cours constitutionnelles et suprêmes se livrent à l'interprétation de normes générales et relativement indéterminées, les étoffant et les précisant au fil du temps. Elles ont souvent des effets importants sur le fait de légitimer et de stabiliser les conceptions des règles matérielles sous-jacentes. L'Organe d'appel de l'OMC en est un exemple: fort d'une série de rapports fondateurs rendus à la fin des années 90 et au début des années 2000, il a effectivement calibré l'importance relative entre les obligations de libre-échange prévues par les accords de l'OMC et la capacité des membres de l'OMC à réguler<sup>23</sup>.

#### **d) Nature de la nomination des juges**

31. Lorsque les États nomment des juges a priori (avant la survenance d'un différend particulier), ils agissent en leur qualité de parties au traité et sont incités à mettre en balance leurs intérêts, veillant à la sélection de juges équitables et impartiaux avec lesquels ils pourraient composer, qu'une affaire future soit portée par leurs investisseurs étrangers ou contre ces derniers en qualité de parties défenderesses. En matière d'arbitrage, cependant, le choix de l'arbitre est arrêté non pas à l'avance, mais a posteriori (c'est-à-dire à un moment où le différend est déjà né), ce qui signifie que les investisseurs et les États défendeurs décident du choix des arbitres dans le but de servir au mieux leurs intérêts dans cette affaire particulière. Cela les amène à cibler les arbitres qui sont déjà connus dans le système et qui sont considérés comme étant prédisposés envers l'un ou l'autre camp (perçus comme étant

<sup>22</sup> CMS Gas Transmission Company c. République argentine, Affaire CIRDI N° ARB/01/8, Décision d'annulation, § 158.

<sup>23</sup> Wagner, M., «*Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law*» (16 mars 2014). University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 36, N° 1, 2014-2015; University of Miami Legal Studies Research Paper N° 2014-10.

favorables aux investisseurs ou aux États). D'une part, il s'agit là d'une réaction naturelle au paradigme dans lequel les parties au différend évoluent, dans la mesure où cela représente l'option la plus sûre dans les circonstances<sup>24</sup>. D'autre part, cependant, cela signifie que les parties appréhendent la nomination aux fins du différend avant tout en leur qualité de partie au différend et non en leur capacité de sujet souverain, alors que leur intérêt à long terme réside dans l'institution d'instances juridictionnelles qui interprètent et appliquent fidèlement les dispositions matérielles sous-jacentes. Cela est encore exacerbé par la nature récurrente des différends potentiels, l'indétermination relative, la relation verticale et les spécificités, à la fois de droit international public et de droit public, du système.

32. Outre le fait d'encourager la nomination d'arbitres prédisposés (c'est-à-dire perçus comme favorables aux investisseurs ou aux États) et d'un petit nombre d'acteurs récurrents, cette approche présente également le problème d'aboutir à une concentration forte et durable de personnes qui ont acquis leur expérience en tant qu'arbitres essentiellement dans le domaine de l'arbitrage commercial concernant des différends de «droit privé» plutôt que de droit international public. Sur le plan professionnel, ces personnes maîtrisent souvent moins bien le droit international public (les traités d'investissement constituent évidemment un domaine du droit international public) et le droit public (qui est important parce que les affaires portent sur les actions exercées souverainement par les États). Enfin, le système de nomination ad hoc a également une incidence sur la diversité régionale et de genre des personnes choisies pour siéger comme arbitres, ce système conduisant à une diversité relativement limitée à ces deux égards.

#### e) Des coûts importants

33. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, un problème que pose le système est la manière dont il génère des coûts<sup>25</sup>. Cela vient du manque de constance et de prévisibilité inhérent au système dans lequel un conseil diligent invoquera des arguments qui auraient pu être rejetés dans une autre affaire, parce qu'il est toujours possible qu'un autre tribunal arbitral les accueille. Des coûts sont également engendrés par la nécessité d'identifier puis de nommer les arbitres. En outre, les parties au différend supportent elles-mêmes le coût des honoraires de l'arbitre et de ceux des institutions d'arbitrage.
34. Ces éléments s'ajoutent aux coûts déjà considérables des actions en justice, induits en particulier par l'engagement de conseils spécialisés, et à la longueur d'une procédure judiciaire pour rendre les coûts totaux afférents à l'introduction d'une demande dans le cadre du système existant potentiellement prohibitifs pour un nombre non négligeable d'investisseurs moyens et plus petits.

#### f) Manque de transparence

<sup>24</sup> Roberts, A., «*Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States*» (2010), *American Journal of International Law*, 104 (4) 179-225.

<sup>25</sup> Voir Gaukrodger, D. et Gordon, K., (2012), «*Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*», *OECD Working Papers on International Investment (Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international)*, n° 2012/03, Éditions OCDE, p. 19 et suiv.

35. Largement fondé sur l'arbitrage commercial ou en procédant, l'actuel système n'a historiquement pas considéré la transparence comme une composante nécessaire du règlement des différends. Cela signifie que les informations sur les différends relatifs aux investissements ne sont pas toujours communiquées au public. Bien que d'importantes mesures aient été prises pour améliorer cette situation, qui vont des modifications du règlement d'arbitrage du CIRDI pour assurer un certain degré de transparence à une acceptation plus régulière par les parties au différend du caractère souhaitable de la transparence, en passant par l'adoption du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et de la convention des Nations unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (la «convention de Maurice sur la transparence»), ce problème demeure au sein du système existant.

## 6. Conclusion

36. L'actuel système du RDIE suscite de graves préoccupations, qui peuvent se résumer comme suit:

- le manque de constance et de prévisibilité découlant de la nature ad hoc du système;
- les fortes inquiétudes dues à la perception produite par le système;
- des vérifications systémiques limitées en matière de régularité et de constance en l'absence d'un mécanisme d'appel efficace;
- la nature du processus de nomination qui a une incidence sur les résultats du processus juridictionnel;
- des coûts importants; et
- un manque de transparence.

37. Ces préoccupations sont systémiques par nature. En d'autres termes, elles découlent de l'interaction de multiples éléments du système actuel, mais avant tout de la nature ad hoc des tribunaux arbitraux et de l'absence d'un examen par voie d'appel. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, le régime d'investissement contemporain est fortement marqué par la récurrence des différends, une relative indétermination et par des relations verticales dans un contexte de situations relevant du droit international public et du droit public. Une comparaison fait apparaître que la communauté internationale et les États pris individuellement ont généralement choisi de créer ou de développer des organismes permanents pour trancher des différends dans le cadre de tels régimes.

\* \* \*