



Assemblée générale

Distr. limitée
11 février 2020

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-neuvième session
New York, 30 mars-3 avril 2020**

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 reçue du Gouvernement marocain le 11 février 2020. On trouvera en annexe le texte de cette communication tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.



Annexe

La délégation marocaine voudrait tout d'abord saluer la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) pour le travail colossal réalisé par ses services dans le cadre du processus de réforme du régime de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) en mettant à la disposition des délégations des pays participant aux travaux du Groupe de travail III une documentation riche et variée au sujet de cette réforme pour permettre à ces délégations de bien comprendre les enjeux et les défis de la réforme du RDIE.

Dans le cadre de la réforme de son modèle de traité bilatéral d'investissement (TBI), le Maroc a élaboré un projet de tribunal d'appel novateur qui s'inspire des meilleures pratiques adoptées en la matière à l'échelon international.

Dans l'attente de la mise en place d'une instance d'appel au niveau multilatéral, le Maroc envisage de proposer ce projet de tribunal d'appel à ses partenaires qui sont favorables à la conclusion d'un TBI avec un mécanisme d'appel pour les sentences arbitrales rendues dans le cadre du RDIE.

En outre, le nouveau modèle marocain de TBI prévoit la possibilité de recours devant des tribunaux nationaux en vue de la révision ou l'annulation des sentences rendues en vertu du Règlement du Mécanisme supplémentaire du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ou du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et fait obligation à la partie gagnante de surseoir à l'exécution de la sentence jusqu'à ce que la partie perdante ait eu, dans un délai de 90 jours, la possibilité d'engager de tels recours.

Dans sa communication soumise au secrétariat de la CNUDCI en mars 2019, le Maroc avait souligné l'importance de mettre en place un mécanisme d'appel pour les sentences arbitrales qui soit de nature à :

- i) Assurer la crédibilité du régime de règlement des différends entre investisseurs et États en évitant d'exécuter des sentences erronées ayant des répercussions importantes sur les fonds publics ;
- ii) Harmoniser la jurisprudence arbitrale relative aux normes de protection de l'investissement dans les traités d'investissement et, par conséquent, favoriser la constitution d'un droit international de l'investissement plus cohérent qui assure la sécurité juridique et renforce la légitimité de l'arbitrage en matière d'investissement ;
- iii) Garantir que la révision des sentences arbitrales soit du seul ressort d'un tribunal neutre et compétent, et non de tribunaux nationaux, qui statue sur la base de procédures et normes approuvées au niveau international ; et
- iv) Rapprocher la conception faite par les États des dispositions relatives à la protection de l'investissement lors de l'élaboration et de la négociation de leurs traités d'investissement.

L'importance de l'appel en matière d'investissement se justifie également par le fait que, contrairement à l'arbitrage commercial, il est très difficile d'accepter le risque d'erreurs au nom du caractère définitif des sentences alors que celles-ci abordent des questions d'intérêt public.

Les premières discussions sur la création d'un mécanisme d'appel pour les différends en matière d'investissement remontent aux années 1990, notamment dans le cadre de la négociation du projet d'accord multilatéral sur l'investissement (AMI), qui a été abandonné en 1998.

Depuis les années 2000, un certain nombre de pays ont décidé d'intégrer dans leurs TBI des dispositions concernant le mécanisme d'appel pour les différends en matière d'investissement. Cependant, aucun mécanisme d'appel n'a été formellement institué dans le cadre de ces TBI, qui se sont limités à prévoir la possibilité d'instaurer un tel organe.

En 2004, le CIRDI a examiné la possibilité de mettre en place et d'administrer un mécanisme international d'appel à l'encontre de sentences rendues dans le cadre d'arbitrages entre investisseurs et États. Si l'initiative du CIRDI n'a pas pu être concrétisée, l'expérience que le Centre a accumulée dans ce domaine pourrait jouer un rôle important dans l'effort engagé actuellement au sein du Groupe de travail III pour la mise en place d'un dispositif relatif au mécanisme d'appel.

Dans ce cadre, et en vue d'enrichir le débat sur cette question, la délégation marocaine souhaite partager, ci-après, avec les participants aux travaux du Groupe de travail III, sa conception pour la mise en place d'un mécanisme d'appel :

1. Tribunal d'appel : Un mécanisme unique, de nature institutionnelle et permanente, affilié à un organe des Nations Unies

La délégation marocaine estime que le tribunal d'appel devrait être une instance unique et permanente à caractère multilatéral, affiliée à un organe des Nations Unies (soit le CIRDI soit la Cour internationale de Justice).

Le tribunal d'appel sera perçu comme juridiction supérieure rendant des décisions à plus forte valeur jurisprudentielle.

L'organe des Nations Unies accorde l'assistance nécessaire au tribunal d'appel dans l'exercice de ses fonctions.

La délégation marocaine ne privilégie pas l'approche ad hoc pour la constitution du tribunal d'appel étant donné qu'elle augmente la durée et les coûts d'arbitrage, notamment lors de la nomination des arbitres et de leur récusation éventuelle par les parties au différend. En outre, l'approche ad hoc encourage la prolifération des cours d'appel, ce qui est de nature à encourager la fragmentation du système de RDIE et à impacter négativement la cohérence et l'uniformité du droit en matière de résolution des litiges relatifs à l'investissement.

2. Nomination des arbitres : une représentation équitable des pays en développement au niveau du tribunal d'appel

Dans l'objectif d'assurer leur impartialité et leur indépendance vis-à-vis des États et des parties au différend, il est proposé que les membres du tribunal d'appel soient désignés par le Secrétaire général (ou le Président) de l'organe des Nations Unies auquel est affilié le tribunal d'appel et ce, pour une période de six ans renouvelable une fois. Le tribunal sera composé de cinq à sept arbitres/juges.

Les critères de désignation devraient prendre en considération, outre les aspects de genre, une représentation équilibrée des différentes régions et des principaux systèmes juridiques dans le monde.

Pour assurer une représentation équitable des pays en développement au niveau du tribunal d'appel, il est proposé d'assurer des formations appropriées en faveur des juges originaires de ces pays.

Les membres du tribunal d'appel devraient avoir une parfaite connaissance du droit international public et du droit international de l'investissement et une excellente compréhension des questions publiques et d'intérêt général pour qu'ils soient en mesure de statuer en connaissance de cause sur les mesures prises par l'État dans l'intérêt général.

Les membres du tribunal d'appel devraient remplir les exigences de compétence et d'éthique et s'abstenir d'agir en tant que conseiller, expert ou témoin dans des affaires de RDIE durant l'exercice de leurs fonctions.

3. Financement du budget du tribunal d'appel : éviter la double contribution des États

La délégation marocaine propose que le financement du mécanisme d'appel soit assuré par les utilisateurs de ce mécanisme (c'est-à-dire les parties aux différends, à

savoir les investisseurs et les États) et non par les États et ce, pour éviter de faire supporter aux États une double contribution, l'une en tant que pays membre du mécanisme d'appel et l'autre en tant que pays partie au différend.

Un mécanisme d'appel financé par les utilisateurs est de nature à dissuader ces derniers de recourir fréquemment à ce mécanisme.

4. Portée de l'appel : vers un système symétrique et équilibré

L'État et l'investisseur jouissent l'un et l'autre du droit d'interjeter appel.

L'appel ne peut être initié qu'une fois que la sentence rendue par le tribunal arbitral est définitive.

La requête d'appel devrait être adressée au secrétariat du tribunal arbitral qui a rendu la sentence initiale, dans un délai de 90 jours à compter du jour de la notification de ladite sentence.

L'appel ne peut être initié que pour l'un des motifs suivants :

- a) Erreurs dans l'application ou l'interprétation du droit applicable ;
- b) Erreurs graves dans l'appréciation des faits ; et
- c) Erreurs commises dans l'évaluation des dommages-intérêts.

L'appel peut également concerner les cas de révision et d'annulation énoncés respectivement à l'article 51 et l'article 52, paragraphe 1 [al. a), b), c), d) et e)], de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI).

L'appel devrait porter sur i) les décisions rendues dans les affaires de RDIE et ii) sur les questions préliminaires présentées en tant qu'objection par la partie défenderesse (plaintes frivoles).

Le tribunal d'appel peut examiner les sentences ou décisions rendues par les tribunaux arbitraux constitués en vertu des accords i) bilatéraux, ii) régionaux ou iii) multilatéraux portant sur l'investissement.

La délégation marocaine n'est pas favorable à ce que l'appel porte sur les jugements définitifs rendus par les tribunaux nationaux de l'État d'accueil, y compris les jugements rendus dans le cadre des différends découlant de contrats d'investissement ou de l'application de la loi nationale. Les jugements définitifs des tribunaux nationaux ont l'autorité de la chose jugée et, par conséquent, ils ne peuvent faire l'objet d'appel étant donné que tous les recours nationaux ont été épuisés, y compris le recours d'appel.

Afin de réduire la fréquence des recours en appel formés par les parties au différend pour contester les sentences arbitrales, il y a lieu, comme cela est proposé dans la communication du Maroc de mars 2019, de prévoir une procédure d'examen préalable des sentences arbitrales à l'instar de celle appliquée dans les procédures de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI). Cette procédure constitue un moyen supplémentaire de contrôle de la qualité de la sentence.

Il pourrait également être envisagé de prévoir des mesures dissuasives pour empêcher le recours systématique à l'appel, telles que l'obligation d'une caution couvrant le montant de la sentence ou les coûts de la procédure.

Règles d'appel : pour plus de transparence et d'efficacité en termes de coût et de durée

Les procédures devraient être transparentes conformément au Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

Le tribunal d'appel et les parties au différend font tous leurs efforts pour conduire la procédure d'appel avec célérité et efficacité, notamment en termes de coût et de durée.

Lorsqu'il y a appel, le tribunal d'appel devrait suspendre les effets de la décision du tribunal arbitral dans l'attente de l'issue de la procédure d'appel.

Le tribunal d'appel peut rejeter l'appel lorsqu'il constate que celui-ci est non fondé. Il peut également rejeter l'appel de manière accélérée s'il constate que l'appel est manifestement non fondé.

Les règles et procédures d'appel seront élaborées par l'organe des Nations Unies auquel est affilié le tribunal permanent d'appel. Ces règles et procédures devraient avoir l'approbation des pays ayant adhéré à l'accord portant création d'un mécanisme permanent d'appel dans le domaine de l'investissement.

Le secrétariat du tribunal d'appel prête son concours aux parties au différend pour l'accomplissement de toute formalité pouvant être nécessaire dans le cadre du processus d'appel.

Droit applicable

La loi applicable serait le droit international et la loi nationale de l'État d'accueil.

Le tribunal d'appel sera lié par l'interprétation donnée aux lois internes par les tribunaux compétents de l'État d'accueil. Cependant, toute interprétation donnée aux lois internes par le tribunal d'appel ne lie pas les tribunaux de l'État d'accueil.

Le tribunal d'appel accordera aux États parties au traité d'investissement la possibilité de faire une interprétation conjointe des dispositions du traité qui sont évoquées dans le cadre du différend. Cette interprétation lie le tribunal d'appel dans sa sentence définitive.

Décision du tribunal d'appel : vers une consécration du principe de non-renvoi

Le tribunal d'appel statue lui-même sur le litige d'une manière définitive et substitue sa décision à celle du tribunal arbitral sans renvoyer le litige à ce dernier afin de le réexaminer de nouveau sur la base de ses instructions.

Le renvoi du litige devant le tribunal arbitral est de nature à prolonger la durée de la procédure d'appel et à augmenter les coûts. En outre, le renvoi présente le risque que le tribunal arbitral refuse les conclusions du tribunal d'appel, ce qui est de nature à mettre en cause l'objectif de création d'un tribunal d'appel, surtout si celui-ci n'a pas de pouvoir sur l'instance qui a rendu la sentence initiale.

Le tribunal d'appel devra assurer une interprétation homogène des dispositions des différents traités d'investissement par les tribunaux d'arbitrage institués en vertu de ces traités.

Le tribunal arbitral doit mettre à la disposition du tribunal d'appel tous les documents dont celui-ci a besoin pour rendre une sentence.

Le tribunal d'appel doit rendre sa sentence définitive dans un délai raisonnable ne dépassant pas 180 jours suivant la date de dépôt de la requête d'appel.

Si le tribunal d'appel a besoin de plus de temps pour rendre sa sentence définitive, il informe les parties au différend par écrit des raisons du retard et propose un délai dans lequel il pourrait rendre sa sentence définitive. La procédure ne doit en aucun cas dépasser 300 jours.

Le tribunal d'appel peut confirmer, modifier ou infirmer, en tout ou en partie, les conclusions énoncées dans la sentence du tribunal arbitral et rendre une sentence finale et définitive qui aura la force de la chose jugée.

Le tribunal d'appel fournit les motifs sur lesquels il a fondé sa décision de confirmer, de modifier ou d'infirmer les conclusions du tribunal arbitral.

Le tribunal d'appel fera en sorte que ses décisions soient prises par consensus. Si une décision ne peut être prise par consensus, le tribunal d'appel rend sa décision à la majorité des voix de tous ses membres.

La sentence définitive rendue par le tribunal d'appel revêt un caractère obligatoire pour les parties au différend, qui s'engagent à l'exécuter sans délai.

Aucune des parties au différend ne cherche à obtenir le réexamen, l'annulation ou la révision d'une sentence définitive ni n'introduit aucune autre procédure similaire contre la sentence définitive du tribunal d'appel.

Une sentence définitive du tribunal d'appel doit constituer un précédent et une référence dans la jurisprudence auxquels devraient revenir les tribunaux arbitraux lorsqu'ils examinent des questions similaires évoquées dans le cadre des TBI. L'objectif recherché est d'assurer la cohérence dans les sentences rendues par les tribunaux arbitraux et d'inciter les États à concevoir des normes de protection similaires et cohérentes au niveau de leurs TBI.

Exécution de la sentence

L'exécution de la sentence se fera conformément aux traités applicables et aux dispositions prévues dans la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York de 1958), notamment son article V, et dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (2004), notamment ses articles 18, 19 et 21, qui prévoient des dispositions en matière d'immunité des États à l'égard des mesures de contrainte en relation avec une procédure devant un tribunal.

L'article V de la Convention de New York de 1958 prévoit, à son paragraphe 2, que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :

- a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou
- b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

L'article 21 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens énumère les catégories de biens de l'État qui ne peuvent faire objet de mesures de contrainte antérieures ou postérieures au jugement, telles que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution.

Par ailleurs, une procédure de règlement des différends entre États peut être envisagée en cas de problèmes rencontrés dans la mise en œuvre du contenu de la sentence définitive, dont notamment les difficultés financières que peut rencontrer l'État défendeur dans le paiement immédiat du montant des dommages-intérêts ou les divergences qui surviennent entre l'État défendeur et l'investisseur lors de la procédure d'*exequatur* de la sentence arbitrale.