

Vers un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs

Mai 2015

La Commission européenne a publié le 13 janvier 2015 les résultats de sa consultation publique concernant le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans le cadre du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI). Sur la base du rapport de la Commission qui prévoyait quatre domaines d'amélioration, d'une analyse approfondie réalisée au niveau national et de discussions intergouvernementales constructives menées depuis janvier, les autorités françaises présentent à la Commission européenne plusieurs propositions possibles de rédaction pour contribuer à la réflexion en cours sur l'amélioration des dispositions relatives à la protection des investissements et au règlement des différends dans les futurs accords de l'UE. Ces propositions reposent sur quatre axes principaux :

- I. **préserver le droit à réguler des États** : les concepts-clés liés à la protection des investissements ne doivent pas donner lieu à des interprétations susceptibles de compromettre des choix publics légitimes et démocratiques ;
- II. **créer un nouveau cadre institutionnel** : une nouvelle cour permanente pour les traités de l'UE, destinée à revoir les sentences arbitrales et à gérer la nomination des arbitres est nécessaire. **Cette cour constituera l'ossature d'une future cour permanente multilatérale ;**
- III. **renforcer l'éthique des arbitres et améliorer le fonctionnement et la transparence des procédures arbitrales.**
- IV. **clarifier les relations entre l'arbitrage et les juridictions locales.**

La création d'un nouveau cadre institutionnel est fondamentale : la proposition présentée vise à créer une cour permanente **ambitieuse** et **techniquement opérationnelle**. Compte tenu de la rapidité des changements dans le commerce international et du besoin croissant en institutions stables capables de régler les différends entre États et investisseurs, il est de la plus haute importance d'imaginer un nouveau système, mis en place à court ou moyen terme, qui prenne en compte les mécanismes multilatéraux déjà existants tels que le CIRDI. La proposition de nouvelle institution s'inscrit dans le cadre juridique existant de manière à constituer ensuite l'ossature d'une cour multilatérale chargée des sentences en première instance et des appels.

L'objectif est **d'instaurer un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs**. Dans certains cas, il s'agit de s'inspirer de dispositions préexistantes dans certains traités ; dans d'autres, les propositions sont totalement nouvelles. Le présent document sera modifié et complété par les autorités françaises au cours des discussions relatives à la mise en place de ces nouvelles normes.

La présente note est sans préjudice des positions françaises sur l'arbitrage commercial, interne ou international. La France considère qu'il faut tenir compte des spécificités des litiges d'investissement impliquant des États : le mode de règlement des différends en la matière doit être respectueux du principe de souveraineté des États, ce qui justifie notamment une évolution vers son « institutionnalisation ».

*

* *

I. Protection du droit à réguler

L'interprétation des principaux concepts fondamentaux prévus par les accords de protection des investissements ne doit pas réduire la capacité des autorités publiques à réglementer pour des motifs légitimes et rationnels. Afin d'assurer une meilleure protection du droit des Etats à réguler, il pourrait être envisagé de :

- **clarifier les concepts-clés de la protection des investissements au regard du droit à réguler**, en particulier dans le cadre du « traitement juste et équitable », des « attentes légitimes » et des clauses de non-discrimination et d'expropriation ;
- **renforcer le droit qu'ont les États d'interpréter les dispositions relatives à la protection des investissements**, même après leur entrée en vigueur ;
- **appliquer les exceptions générales aux disciplines sur la protection des investissements** ;
- **garantir le respect des lois et réglementations nationales par les investisseurs étrangers** ;
- **préserver la souveraineté financière des États**, en leur permettant, lorsque cela est nécessaire, de restructurer et de rééchelonner la dette souveraine et de mettre en œuvre des mécanismes de résolution bancaire.

(1) Clarifier les concepts-clés de protection des investissements au regard du droit à réguler.

La protection des « **attentes légitimes** » des investisseurs est régulièrement mentionnée, dans la jurisprudence ou la pratique conventionnelle récente, parmi les composantes du standard de traitement juste et équitable. Même si les projets d'accords en cours de négociation comprennent déjà des précisions utiles sur leur signification, il conviendrait de clarifier le fait que les « attentes légitimes » ne sauraient être interprétées comme une clause dite de « stabilisation » qui remettrait en cause le droit qu'ont les Etats de réguler et de mettre en œuvre des politiques publiques légitimes. A cette fin, la clause relative au traitement juste et équitable devrait mentionner de manière explicite que **les investisseurs ne sauraient s'attendre à ce que les lois restent inchangées et qu'ils ne peuvent pas s'appuyer sur le concept d'« attentes légitimes » pour remettre en cause un simple changement de loi, même si ce changement entraîne pour eux une perte de profit significative.**

Pour clarifier le champ de la protection des attentes légitimes des investisseurs étrangers, la formulation ci-après pourrait être envisagée :

Dans l'application de l'obligation susmentionnée, un tribunal peut tenter de déterminer si une Partie a effectué une démarche particulière auprès d'un investisseur, en vue de susciter un investissement visé, laquelle aurait créé une attente légitime, et sur laquelle un investisseur aurait pu raisonnablement fonder sa décision d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé avant d'être contrarié par la Partie en question. Il est entendu qu'un investisseur visé ne peut alléguer que ses attentes ont été contrariées ou violées du simple fait d'un changement de législation, y compris lorsque ce changement a entraîné une perte significative ou une diminution de sa marge de profit.

En vertu des **clauses de non-discrimination** qui sont habituellement insérées dans les accords de protection des investissements, les Etats doivent accorder aux investisseurs étrangers qu'ils accueillent sur leur territoire un traitement non moins favorable à celui réservé, dans des situations similaires, à leurs propres investisseurs (traitement national) ou à des investisseurs d'un pays tiers (traitement de la nation la plus favorisée). Bien qu'une majorité de traités ne le mentionne pas explicitement, il est aujourd'hui admis par les tribunaux arbitraux que des investisseurs peuvent être traités différemment pour autant que cette différence de traitement soit le résultat d'une distinction réglementaire légitime, par opposition à une discrimination fondée sur la nationalité. Afin de

préservé le droit à réguler des Etats, **les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée devraient préciser de manière explicite que des investisseurs peuvent être traités différemment lorsque des politiques publiques légitimes l'exigent.** La rédaction suivante pourrait à cette fin être envisagée dans le cadre des dispositions relatives au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée :

Aux fins de clarification, le « traitement » mentionné dans le présent article n'empêche pas qu'un traitement différent soit accordé à des investisseurs au titre de distinctions réglementaires objectives justifiées par des politiques publiques légitimes.

La définition et le périmètre du concept d'**expropriation indirecte** peut avoir des conséquences importantes sur la capacité des Etats à réguler. Les accords européens en cours de négociation prévoient déjà, dans le cadre d'une annexe spécifique, des précisions utiles sur ce point. Cependant, **des précisions complémentaires devraient être envisagées pour préserver le droit des Etats à réguler par rapport à d'éventuelles plaintes d'investisseurs étrangers sur le fondement de l'expropriation indirecte.** A cet égard, des clarifications supplémentaires devraient être envisagées à propos (i) du seuil au-delà duquel une mesure devrait être qualifiée de mesure ayant des effets équivalents à une expropriation et (ii) de l'« exclusion » spécifique liée aux mesures d'application générale dans le domaine de la santé, de l'environnement ou d'autres politiques publiques. La rédaction suivante pourrait être envisagée :

L'expropriation peut être directe ou indirecte :

a) une expropriation directe se produit lorsqu'un investissement est nationalisé ou exproprié directement d'une autre façon, par le transfert officiel du titre ou la saisie définitive;

b) une expropriation indirecte résulte d'une mesure ou d'une série de mesures prises par une Partie et ayant un effet équivalent à celui d'une expropriation directe, en ce sens qu'il prive de façon substantielle l'investisseur des droits fondamentaux de propriété associés à son investissement, y compris le droit d'user, de jouir et de disposer de son investissement, et ce, sans transfert officiel de titres ni saisie définitive, au point de faire disparaître les bénéfices pouvant être légitimement attendus par l'investisseur et de priver son investissement de toute utilité.

[...] Il est entendu que, sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure ou la série de mesures est si rigoureuse au regard de son objet qu'elle semble manifestement excessive et qu'un investisseur visé subi un préjudice qu'aucun autre investisseur, dans une situation analogue, ne rencontre¹, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien-être public, par exemple en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte.

Enfin, la disposition horizontale suivante, qui pourrait être introduite dans le préambule, pourrait préciser que **les investisseurs étrangers ne devraient pas bénéficier d'un meilleur traitement, quant au fond, que les investisseurs nationaux dès lors qu'un niveau égal de protection est déjà accordé par la législation nationale :**

¹ Cette formulation est inspirée par le régime de responsabilité de l'Etat du fait des lois en droit français, dans le cadre duquel un particulier peut obtenir une indemnité si le préjudice subi du fait de l'adoption et de la mise en œuvre d'une loi est « spécial » et « anormal ».

Considérant que les investisseurs étrangers ne peuvent pas bénéficier de droits plus importants que ceux qui sont garantis par la législation interne de la Partie dans laquelle ils investissent sous réserve que cette législation reflète les principes et normes applicables à la protection des investissements énoncés dans le présent accord ;

(2) Renforcer le droit des États parties d'interpréter les normes d'un accord relatives à la protection même après son entrée en vigueur

Les États doivent pouvoir interpréter les normes relatives à la protection après l'entrée en vigueur de l'Accord : en tant que Parties contractantes, ils ont le droit d'en réexaminer l'interprétation. La formulation ci-après pourrait être envisagée, afin **de consolider le pouvoir des parties contractantes de se mettre d'accord sur une interprétation contraignante de l'Accord** :

Quand de graves préoccupations sont soulevées relativement à des questions d'interprétation susceptibles d'avoir une incidence sur les investissements, le Comité des services et de l'investissement peut recommander au Comité des échanges commerciaux d'adopter une interprétation de l'Accord. Une interprétation adoptée par le Comité des échanges commerciaux lie le tribunal constitué en vertu du présent chapitre. Le Comité peut décider qu'une interprétation a force obligatoire à partir de la date d'entrée en vigueur du présent accord ou d'une date précise qui sera déterminée par le Comité des échanges commerciaux en tenant compte des effets possibles de cette interprétation sur les procédures en cours en vertu du présent chapitre. Une décision du Comité des échanges commerciaux concernant l'interprétation du présent accord n'affecte pas les sentences définitives rendues avant que cette décision n'ait été prise et pour lesquelles aucun appel ni aucune procédure d'annulation n'est recevable.

(3) Appliquer les exceptions générales aux dispositions relatives à la protection des investissements

Une articulation adéquate entre le droit à réguler des Etats et les intérêts des investisseurs devrait être possible grâce aux exceptions générales. Les accords européens en cours de négociation incorporent les exceptions générales de l'article XX du GATT. Cependant, ces exceptions générales, telles qu'elles sont actuellement rédigées, ne couvrent que les sections 2 (Etablissement) et 3 (Non-discrimination) du chapitre Investissements et ne s'appliquent pas aux dispositions sur la protection des investissements. La portée de ces exceptions générales est en conséquence trop réduite. Les exceptions générales devraient donc également couvrir les disciplines sur la protection de l'investissement (ou au moins à certaines d'entre elles²) afin de préserver le droit à réguler des Etats. On peut par ailleurs s'interroger sur la possibilité d'appliquer *mutatis mutandis* le chapeau et certaines dispositions de l'article XX du GATT dans le domaine de l'investissement. La rédaction des exceptions générales pourrait par conséquent être modifiée, comme envisagé ci-après :

² Les exceptions générales devraient couvrir les dispositions relatives à la protection de l'investissement, à l'exception des composantes principales du standard de traitement juste et équitable (dénier de justice, manquement au *due process*, conduit arbitraire, etc.) dont la violation ne devrait pas pouvoir être excusée, même pour des considérations environnementales, sanitaires ou autres. En revanche, il n'est pas exclu qu'une violation des attentes légitimes soit justifiée pour de telles raisons.

Sous réserve que les mesures visées ci-après ne soient pas appliquées d'une manière incompatible avec les stipulations relatives au traitement juste et équitable ou comme une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée aux investissements étrangers, les dispositions du présent accord ne saurait être interprétées comme empêchant l'adoption ou la mise en œuvre par une Partie Contractante des mesures nécessaires à :

(a) la protection de la moralité publique, ou au maintien de l'ordre et de la sécurité publiques dans les cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société ;

(b) la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ;

(c) la protection et la mise en œuvre des standards sociaux et du droit du travail ;

(d) la conservation des ressources naturelles épuisables, lorsque des restrictions similaires sont appliquées à la production ou la consommation intérieure ;

(e) la mise en œuvre des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent à :

i) la prévention des pratiques de nature à induire en erreur et frauduleuses ou aux moyens de remédier aux effets d'un manquement à des contrats;

ii) la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels;

iii) la sécurité.

(4) Préserver la souveraineté financière des États

Le droit des États à réguler est également lié à la capacité des autorités publiques à prendre des mesures en cas de crise financière systémique en mettant notamment en œuvre des mécanismes de résolution bancaire et, le cas échéant, des restructurations négociées de dettes souveraines³.

Une disposition spécifique, couvrant ces cas de figure, pourrait à ce titre être insérée dans les exceptions générales de l'accord, comme indiqué ci-après :

Sous réserve que les mesures visées ci-après ne soient pas appliquées d'une manière incompatible avec les stipulations relatives au traitement juste et équitable ou comme une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée aux investissements étrangers, les dispositions du présent accord ne saurait être interprétées comme empêchant l'adoption ou la mise en œuvre par une Partie Contractante des mesures nécessaires à : [...]

* la résolution d'une institution financière qui n'est plus viable ou qui ne le sera sans doute plus, au redressement d'une institution financière ou de la gestion d'une institution financière en difficulté ou à la restructuration négociée de dettes souveraines.

³ La définition des restructurations de dettes devra être discutée.

(5) Garantir le respect des lois et réglementations nationales par les investisseurs étrangers

Au titre de leur capacité à réguler, les Etats devraient être en mesure d'assurer le respect de leurs législations par les investisseurs étrangers. A cette fin, la stipulation suivante, dont le but est de rappeler le principe de base selon lequel **les investisseurs devraient constamment respecter la législation nationale**, pourrait être envisagée :

Les investisseurs visés doivent réaliser leurs opérations d'investissement dans le respect des lois et réglementations de la Partie sur le territoire de laquelle ils investissent et doivent se conformer, avec toute la diligence requise, à ces lois et réglementations dans le cadre de l'établissement, de l'acquisition, de l'expansion, de la conduite, de la gestion, du maintien, de l'utilisation, du bénéfice et de la vente ou de la disposition de leurs investissements sur son territoire.

Les accords d'investissements devraient en outre **garantir le droit de l'Etat de mettre en œuvre les mesures destinées à assurer le respect de ses lois et réglementations**, y compris lorsqu'un investisseur étranger ne les respecte pas. Autrement dit, un Etat ne devrait pas engager sa responsabilité lorsqu'un investisseur entend contester des mesures légitimes et raisonnables adoptées en réaction à son comportement illicite du point de vue du droit national. La formulation suivante, au sein de l'exception généralement précédemment mentionnée (cf. supra, point 3), pourrait à ce titre être envisagée :

Sous réserve que les mesures visées ci-après ne soient pas appliquées d'une manière incompatible avec les stipulations relatives au traitement juste et équitable ou comme une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée aux investissements étrangers, les dispositions du présent accord ne sauraient être interprétées comme empêchant l'adoption ou la mise en œuvre par une Partie Contractante des mesures nécessaires à : [...]

* la mise en œuvre des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord et adoptées pour sanctionner leur violation par un investisseur visé, sous réserve que ces mesures soient raisonnables et proportionnées au regard de l'infraction imputée à l'investisseur.

La **possibilité pour les tribunaux arbitraux de statuer sur des demandes reconventionnelles de l'Etat défendeur**, sous réserve que ces demandes aient un lien suffisant avec les faits en cause dans le litige principal, pourrait également être envisagée. La possibilité donnée à un tribunal arbitral de statuer sur des demandes reconventionnelles permettrait de rééquilibrer les droits des Etats et les droits des investisseurs à l'occasion d'un litige porté devant une instance arbitrale. Elle serait de nature à renforcer la position de la défense. Un équilibre devra toutefois être trouvé avec les possibilités de recours devant les juges nationaux : les droits nationaux au sein de l'UE permettent, selon des modalités différentes, aux autorités publiques de porter devant le juge des violations aux lois et règlements commises par une entreprise. Il convient de ne pas délégitimer cette option.

II. Création d'une cour permanente

La mise en place d'une instance judiciaire statuant sur des différends intentés sur la base des accords de l'UE permettrait au système actuel, qui repose sur des tribunaux *ad hoc*, de s'orienter vers une organisation juridictionnelle permanente. Diverses solutions institutionnelles peuvent être envisagées pour parvenir à cet objectif. Le présent document propose une solution qui consiste à créer un nouveau cadre très différent de l'actuel système de règlement des différends. **Il crée une cour permanente avec deux rôles clairement définis :**

- **Un rôle judiciaire :** la cour réexaminerait les sentences prononcées par les tribunaux arbitraux. Cela ouvrirait la voie à **une jurisprudence plus claire, plus prévisible et plus stable et permettrait aux Parties de solliciter un réexamen des sentences, comme lors d'un appel, avant qu'elles ne deviennent définitives.**
- **Un rôle administratif :** la cour serait chargée de **gérer la liste préétablie d'arbitres.** Ce mécanisme permettrait d'éviter les conflits d'intérêts et assurerait un fonctionnement plus transparent des **mécanismes** de règlement des différends.

(1) Réexamen des sentences arbitrales par la cour permanente

La cour permanente aurait des pouvoirs judiciaires lui permettant de réexaminer les sentences. La Convention de Washington instituant le CIRDI, à laquelle la plupart des Etats membres de l'UE sont parties, prévoyant des motifs limités et exclusifs de recours contre les sentences arbitrales par les comités *ad hoc* d'annulation, cette contrainte doit être nécessairement prise en compte dans l'institution d'un tel mécanisme de contrôle à l'égard de sentences arbitrales définitives. La prise en compte du droit international, à forte composante multilatérale (le CIRDI compte 159 membres) ne peut être ignorée, faute de quoi le mécanisme serait inopérant. Compte tenu de cette contrainte juridique, **une solution pourrait consister à autoriser cette cour permanente à procéder à un réexamen préliminaire des sentences avant que celles-ci ne deviennent définitives.**

En d'autres termes, les tribunaux relevant ou non du CIRDI, établis en vertu d'un accord spécifique de l'UE, prononceraient une « sentence provisoire » susceptible, à la demande des parties au différend, d'être examinée par la cour au regard des motifs factuels et/ou juridiques, comme s'il s'agissait d'une procédure d'appel. Le réexamen serait structuré de la manière suivante :

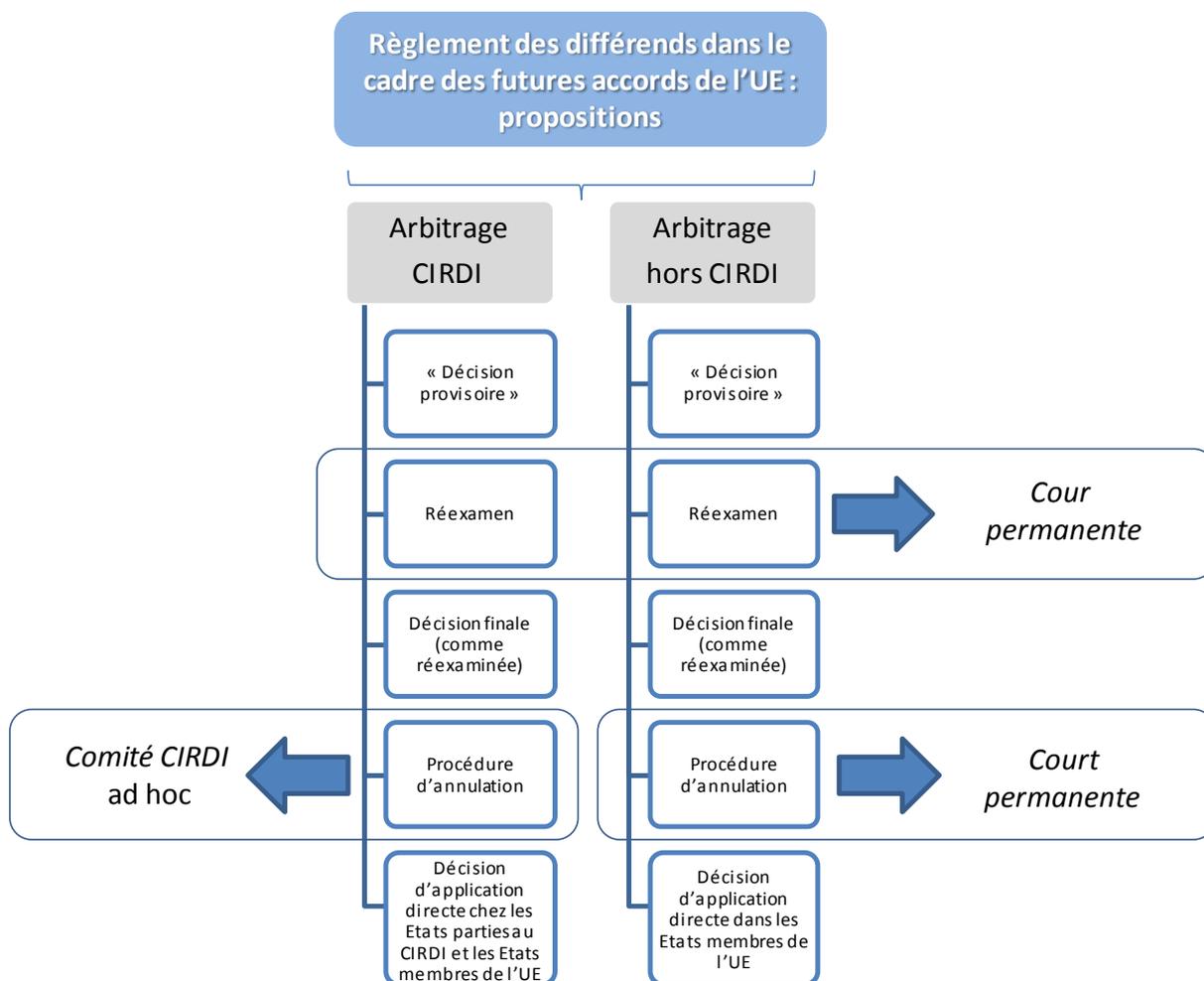
- Le tribunal arbitral prononcerait une sentence provisoire sur sa compétence et, le cas échéant, sur le fond ;
- Les parties auraient la possibilité, dans un délai donné (par exemple, un mois), de demander un réexamen de cette sentence provisoire par la cour permanente ;
- La cour permanente aurait le pouvoir, dans un délai donné (par exemple, six mois), de réexaminer l'application des dispositions de l'accord aux faits du cas d'espèce ou d'éventuelles erreurs factuelles et/ou juridiques manifestes commises par le tribunal arbitral ayant rendu la sentence provisoire ;
- Si la cour permanente confirmait la sentence provisoire, celle-ci deviendrait définitive ;
- Si la cour permanente émettait un avis négatif sur la sentence du tribunal arbitral, celui-ci devrait alors tenir compte de cet avis dans la formulation de sa sentence définitive. La possibilité que cet avis soit juridiquement contraignant pour le tribunal arbitral ne va cependant pas nécessairement de soi au regard de la convention de Washington et toutes les options devraient être examinées par la Commission pour garantir une correcte adéquation avec celle-ci. L'option consistant à déroger à la convention de Washington, afin de créer un mécanisme d'appel, pour l'application de cette convention dans les relations entre l'UE et les Etats avec lesquels elle a conclu des accords de protection des investissements, pourrait notamment être envisagée en vertu de l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

La sentence provisoire telle que réexaminée (et amendée le cas échéant) deviendrait alors définitive et contraignante pour les parties, sans préjudice d'une éventuelle procédure d'annulation qui serait

menée par les comités *ad hoc* pour les arbitrages relevant du CIRDI et par la cour permanente (et non les tribunaux nationaux du siège du règlement du différend) pour les procédures ne relevant pas du CIRDI, comme indiqué sur la figure ci-après.

Il va par ailleurs sans dire que des règles de procédures détaillées devraient être élaborées pour organiser les différentes formations de jugement, à partir de la liste préétablie d'arbitres, qui interviendraient respectivement en première instance, au stade de l'appel (*i.e.* le réexamen précédemment décrit) puis du recours en annulation.

Figure 1 : Le rôle de la cour permanente



L'objectif de la présente proposition est de mettre en place une cour permanente ambitieuse et techniquement opérationnelle, afin de stabiliser la jurisprudence et de la rendre prévisible en instaurant un réexamen de la sentence du type de ce qui se fait pour les procédures d'appel qui existent dans le cadre des systèmes juridictionnels nationaux.

Cette proposition prendrait en compte les contraintes juridiques existantes et **constituerait l'ossature d'une future cour multilatérale chargée, quant à elle, des sentences en première instance et des appels.**

(2) Gestion de la liste des arbitres par la cour permanente

Les parties à un différend spécifique devraient désigner leurs arbitres parmi les personnes figurant sur une liste d'arbitres gérée par la cour permanente. Elles auraient également la possibilité de demander au Secrétariat du CIRDI de désigner ces arbitres à partir de la liste d'arbitres gérée par la cour permanente. Les membres de la cour permanente chargés de réexaminer la sentence arbitrale ou d'une procédure d'annulation contre la sentence arbitrale définitive ne seraient, eux, pas choisis par les parties, mais désignés par la cour permanente qui répartirait ses membres en des formations de jugement distinctes et indépendantes les unes des autres.

Cette sélection à partir d'une liste d'arbitres gérée par la cour permanente permettrait de prévenir les conflits d'intérêt (cf. III, concernant les autres garanties relatives à la prévention des conflits d'intérêts).

Ainsi, le choix des arbitres doit être limité à une **liste fixe d'arbitres extrêmement qualifiés** qui, pendant la durée de leur mandat, ne pourront pas faire office de conseillers juridiques (avocats) pour l'une des parties au différend découlant d'accords relatifs aux investissements internationaux ou d'accords commerciaux internationaux. **Dans la présente proposition, leur mandat n'excède pas six ans.** Les « arbitres qualifiés » ont une connaissance approfondie et une bonne expérience du droit international public et du droit commercial international, particulièrement du droit relatif aux investissements internationaux et au règlement des différends découlant d'accords relatifs aux investissements internationaux ou d'accords commerciaux internationaux. La présente proposition définit **des critères plus stricts** pour les arbitres, puisque ceux-ci seront des juges professionnels qualifiés au niveau interne ou international (ex. CIJ, Organe d'appel de l'OMC), en activité ou retraités, ou des universitaires. Comme déjà indiqué, ils ne pourront pas, pendant la durée de leur mandat, faire office de conseillers juridiques (avocats) pour l'une des parties.

Il est essentiel de garantir l'indépendance des arbitres pour assurer la légitimité de l'arbitrage investisseur-Etat. **La présente proposition renforce considérablement les garanties permettant d'assurer un haut niveau d'indépendance** : les arbitres sont indépendants des parties au différend ou du gouvernement d'une Partie et ne sont pas liés à ceux-ci. Ils ne reçoivent d'instructions d'aucune organisation, d'aucun gouvernement ni ou d'aucune partie au différend à l'égard de questions relatives au différend et ils se conforment au code de déontologie pour les arbitres et médiateurs et aux Lignes directrices de l'*International Bar Association* (IBA) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, qui sont déjà invoquées par certains tribunaux arbitraux.

De ce fait, il conviendrait d'envisager les ajustements ci-après qui permettraient la constitution de tribunaux à partir d'une liste prédéterminée d'arbitres (gérée par la cour permanente) désignés pour une période renouvelable de six ans par les parties contractantes, et qui renforceraient les exigences et la discipline imposées à ces arbitres⁴ :

⁴ Dans la proposition de rédaction ci-après, le choix entre la cour permanente (« la cour ») et un comité des services et de l'investissement est laissé ouvert, en fonction de la mise en œuvre de la proposition de cour.

1. À moins que les parties au différend ne soient convenues de nommer un seul arbitre, le tribunal est formé de trois arbitres sélectionnés par les parties ou, à leur demande, par le Secrétaire général du CIRDI, sur la liste d'arbitres créée conformément au paragraphe 2.

2. La cour établit et tient à jour une liste de personnes qui acceptent et sont en mesure de faire fonction d'arbitres pour une période renouvelable de six ans et qui possèdent les qualifications énoncées au paragraphe 3. Elle s'assure que la liste comporte au moins 15 noms, mais peut accepter d'augmenter ce nombre. La liste établie se compose de trois sous-listes comprenant chacune au moins cinq noms : une pour chacune des Parties et une autre liste de personnes, qui ne sont ni des ressortissants du Canada ni des ressortissants des États membres de l'Union européenne, pouvant faire fonction de président.

3. Les arbitres nommés sur la liste établie conformément au paragraphe 2 :

(a) ont une connaissance approfondie et une bonne expérience du droit international public et du droit commercial international, particulièrement du droit relatif aux investissements internationaux et au règlement des différends découlant d'accords relatifs aux investissements internationaux ou d'accords commerciaux internationaux ;

(b) sont des universitaires ou des personnes ayant les qualifications requises pour exercer les fonctions de magistrat ;

(c) ne peuvent pas, pendant la durée de leur mandat, faire office de conseillers juridiques pour l'une des parties au différend découlant d'accords relatifs aux investissements internationaux ou d'accords commerciaux internationaux

4. La cour décide, à la demande d'une Partie, de supprimer un arbitre de la liste s'il apparaît que celui-ci a accepté de faire office de conseiller juridique en violation du paragraphe 3(c). Si cette personne est arbitre dans un différend en cours d'examen en vertu de la présente section, il doit démissionner immédiatement et n'a droit à aucune indemnité ni au remboursement d'aucun frais au titre de cette procédure.

5. Les arbitres nommés pour un différend spécifique conformément à la présente section :

(a) sont indépendants des parties au différend et du gouvernement d'une Partie étant entendu que le fait de figurer sur la liste établie conformément au paragraphe 2 n'est pas en soi la preuve du lien avec le gouvernement de cette Partie ;

(b) ne reçoivent d'instructions d'aucune organisation, d'aucun gouvernement ni d'aucune partie au différend à l'égard de questions relatives au différend.

(c) se conforment au code de déontologie pour les arbitres et médiateurs et aux Lignes directrices de l'International Bar Association (IBA) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international ;

(d) n'ont pas, dans les cinq années précédant la présentation de la plainte pour règlement du différend conformément à la présente section, agi comme conseiller juridique de l'une des parties ou d'une tierce partie impliquée dans un différend antérieur portant sur des faits similaires à ceux du différend soumis au tribunal en vertu de la présente section.

III. Rehausser les exigences éthiques imposées aux arbitres et améliorer le fonctionnement et la transparence des tribunaux :

Comme indiqué dans la consultation publique organisée par la Commission, le fonctionnement et la transparence du tribunal arbitral seront considérablement améliorés. Une série de dispositions seront introduites à cet effet :

- **l'introduction d'un code de déontologie obligatoire** pour renforcer l'éthique au tribunal, en sus des dispositions proposées ci-dessus ;
- **la mise en place de garanties dissuasives pour éviter les plaintes abusives des investisseurs ;**
- **le renforcement des dispositions concernant les tiers financeurs** pour clarifier leur rôle et les rendre transparents ;
- la limitation du « *treaty shopping* », afin d'empêcher les demandeurs d'utiliser les différents accords internationaux à leur seul profit.

(1) Un code de déontologie obligatoire doit être inclus dans les futurs traités et prévoir une période de « quarantaine » pour les arbitres.

Pour améliorer les exigences éthiques imposées aux arbitres, le code de déontologie ci-après, destiné aux arbitres et aux médiateurs, peut être ajouté, sur la base du système introduit dans l'accord de libre-échange UE-Singapour :

Définitions

1. Dans le présent Code de déontologie :

« arbitre » s'entend d'un membre du tribunal établi conformément à la section 6 (Règlement de différends entre investisseurs et États) du chapitre 10 (Investissement) ;

« candidat » s'entend de la personne qui pourrait être choisie comme arbitre ;

« assistant » s'entend de la personne qui, suivant les conditions de nomination d'un arbitre, aide celui-ci ou effectue des recherches pour lui ;

« personnel », relativement à un arbitre, s'entend des personnes sous la direction et le contrôle d'un arbitre, autres que les assistants.

Responsabilités au regard du processus

2. Pendant toute la durée de la procédure, les candidats et les arbitres évitent de commettre ou de laisser soupçonner une quelconque irrégularité, sont indépendants et impartiaux, évitent les conflits d'intérêts directs et indirects et observent des normes de conduite rigoureuses afin que l'intégrité et l'impartialité du mécanisme de règlement des différends soient préservées. Les arbitres ne reçoivent d'instructions d'aucune organisation ni d'aucun gouvernement à l'égard de questions pendantes devant le tribunal. Les anciens arbitres doivent se conformer aux obligations établies aux paragraphes 15, 16, 17, 18, 19 et 20 du présent Code de déontologie.

Obligations de divulguer

3. Avant la confirmation de sa sélection en tant qu'arbitre conformément à la section 6 (Règlement de différends entre investisseurs et États) du chapitre 10 (Investissement), le candidat divulgue tout intérêt, toute relation ou toute question qui serait susceptible d'avoir une incidence sur son indépendance ou son impartialité ou qui pourrait raisonnablement

laisser soupçonner une irrégularité ou un parti pris dans la procédure. À cette fin, le candidat déploie tous les efforts raisonnables pour prendre conscience des intérêts, relations et questions de cette nature.

4. Le candidat ou l'arbitre communique les questions concernant des infractions réelles ou potentielles au présent Code de déontologie uniquement aux parties au différend et à la Partie non partie au différend.

5. Une fois choisi, l'arbitre continue de déployer tous les efforts raisonnables pour s'aviser de tout intérêt, toute relation ou toute question visée au paragraphe 3 du présent Code de déontologie et les divulgue. L'obligation de divulguer est une obligation continue qui exige de l'arbitre qu'il divulgue les intérêts, les relations ou les questions qui pourraient survenir à toute étape de la procédure dès qu'il en a conscience. L'arbitre divulgue ces intérêts, ces relations ou ces questions en informant les parties au différend et la Partie non partie au différend, par écrit, à des fins d'examen.

Fonctions des arbitres

6. Dès qu'il est choisi, l'arbitre exerce ses fonctions minutieusement et efficacement tout au long de la procédure, avec équité et diligence.

7. L'arbitre n'examine que les questions soulevées durant la procédure et qui sont nécessaires pour rendre une décision et ne peut déléguer cette obligation à quiconque.

8. L'arbitre prend toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que son assistant et son personnel ont connaissance des paragraphes 2, 3, 4, 5, 17, 18 et 19 du présent Code de déontologie et s'y conforment.

9. L'arbitre ne peut s'engager dans des rapports *ex parte* concernant la procédure.

Indépendance et impartialité des arbitres

10. L'arbitre doit être indépendant et impartial, évite de laisser soupçonner un parti pris ou une irrégularité et ne doit pas être influencé par ses intérêts personnels, des pressions extérieures, des considérations politiques, l'opinion publique, sa loyauté envers une partie au différend ou une Partie non partie au différend, ou la peur de la critique.

11. L'arbitre ne peut, directement ou indirectement, contracter d'obligations ou accepter tout avantage qui, d'une manière quelconque, entraverait, ou donnerait l'impression d'entraver, la bonne exécution de ses fonctions.

12. L'arbitre ne peut se servir de sa position au tribunal pour faire valoir tout intérêt personnel ou privé et évite d'agir de façon à donner l'impression que les autres membres peuvent l'influencer de par leur position.

13. L'arbitre ne peut laisser ses relations ou ses responsabilités financières, commerciales, professionnelles, familiales ou sociales influencer sa conduite ou son jugement.

14. L'arbitre évite d'établir toute relation ou d'acquiescer tout intérêt financier qui serait susceptible d'avoir une incidence sur son impartialité ou qui pourrait raisonnablement laisser soupçonner une irrégularité ou un parti pris.

Obligations des anciens arbitres

15. Tous les anciens arbitres doivent éviter d'agir de façon à donner l'impression qu'ils étaient partiaux dans l'exécution de leurs fonctions ou qu'ils ont tiré un quelconque avantage de la décision du tribunal.

16. Sans préjudice de [la disposition prévoyant un mandat de six ans pour les arbitres]⁵, l'arbitre ne peut agir ni comme conseiller juridique de l'une des parties au différend, ni comme conseiller juridique d'une quelconque partie au différend impliquée dans une autre procédure judiciaire portant sur des faits similaires à ceux du différend sur lequel le tribunal a statué, à moins qu'une période de 5 ans ne se soit écoulée entre le prononcé de la sentence définitive et la nomination de l'ancien arbitre comme conseiller juridique.

Confidentialité

17. Un arbitre ou ancien arbitre ne doit en aucun cas divulguer ou utiliser des informations non publiques concernant une procédure ou obtenues durant une procédure, sauf pour les besoins de ladite procédure, et ne doit, en particulier, pas divulguer ou utiliser ce genre d'informations pour obtenir un avantage personnel ou un avantage pour autrui ou pour nuire aux intérêts d'autrui.

18. L'arbitre ne doit pas divulguer tout ou partie d'une décision avant sa publication conformément à l'article [relatif à la transparence de la procédure].

19. L'arbitre ou ancien arbitre ne doit en aucun cas divulguer les délibérations d'un tribunal ou le point de vue d'un arbitre quel qu'il soit quant aux délibérations.

Dépenses

20. Chaque arbitre note le temps consacré à la procédure et les dépenses encourues, et remet un décompte final.

Ce code de déontologie, associé à la proposition de cour permanente, met en place une « **période de quarantaine** » selon le principe suivant : les arbitres sont nommés pour un **mandat de six ans** (voir ci-dessus), suivi et **précédé de deux périodes de cinq ans**.

- **Avant le mandat** : l'arbitre ne doit pas, dans les cinq années précédant la présentation de la plainte pour règlement du différend, avoir fait fonction de conseiller juridique de l'une des parties au différend ou d'une tierce partie impliquée dans un différend antérieur portant sur des faits similaires à ceux du différend soumis au tribunal.
- **Après le mandat** : l'arbitre ne peut faire fonction ni de conseiller juridique de l'une des parties au différend, ni de conseiller juridique d'une quelconque partie au différend impliquée dans une autre procédure judiciaire portant sur des faits similaires à ceux du différend sur lequel le tribunal a statué, à moins qu'une période de cinq ans ne se soit écoulée entre le prononcé de la sentence définitive et la nomination de l'ancien arbitre comme conseiller juridique.

Cette proposition garantit clairement la prévention des conflits d'intérêts réels ou perçus qui nuisent à la légitimité de l'arbitre.

⁵ Voir II. (2) du présent document.

(2) Empêcher les recours abusifs des investisseurs étrangers par l'instauration de sanctions en cas de plainte injustifiée

Le principe du « *perdant payeur* » constitue un progrès vers un mécanisme plus équilibré de règlement des différends. Il ne permet cependant à l'État que de récupérer les coûts exposés, mais ne dissuade pas les investisseurs de présenter des demandes abusives. **Pour dissuader nettement les investisseurs de présenter des demandes injustifiées, le principe du « perdant payeur » peut être renforcé et la possibilité pour les tribunaux d'infliger des sanctions peut être envisagée :**

Le tribunal ordonne que les coûts du règlement des différends soient assumés par la partie au différend qui est déboutée. Dans des circonstances exceptionnelles, le tribunal peut répartir les coûts entre les parties au différend s'il juge que cela est opportun eu égard aux circonstances de l'affaire. D'autres frais raisonnables, y compris les honoraires d'avocats et les frais d'aide juridictionnelle, sont assumés par la partie déboutée, à moins que le tribunal ne juge que cela est injustifié eu égard aux circonstances de l'affaire. Quand il est fait droit à la plainte en partie seulement, les frais sont ajustés de façon proportionnelle pour correspondre à la partie de la plainte à laquelle il a été fait droit. Dans le cas où la plainte est rejetée conformément à l'article sur les Plaintes manifestement dénuées de fondement juridique et par dérogation aux dispositions relatives à la sentence définitive, le tribunal ordonne que les coûts de l'arbitrage et les honoraires d'avocats de l'État soient pris en charge par le demandeur, et qu'une pénalité supplémentaire pouvant aller jusqu'à 50 % du montant des dommages-intérêts réclamés soit appliquée.

(3) Disposition relative à la divulgation obligatoire et au comportement des tiers financeurs doit être incluse dans l'Accord

La disposition ci-après peut être envisagée pour renforcer la discipline concernant les tiers financeurs.

1. Tout financement ou changement des conditions de financement d'une partie au différend par un tiers financeur doit être notifiée à l'autre partie au différend et au tribunal à tout moment durant la procédure d'arbitrage. Cette notification doit être effectuée sans délai après que l'accord de financement avec la tierce partie financière a été signé ou modifié.
2. La partie au différend qui a conclu un accord de financement avec un tiers financeur doit, conformément au paragraphe précédent, divulguer le nom et l'adresse du siège social de chaque tiers financeur.
3. Le tiers financeur se comporte dans le respect de l'éthique et des principes suivants :
 - (a) il n'intervient pas dans la sélection des arbitres et veille à ne pas mettre les arbitres en situation de conflit d'intérêts ;
 - (b) il n'intervient pas dans la procédure arbitrale.
4. Le tiers financeur préserve la confidentialité de tous les documents et de toutes les audiences auxquels elle a accès et elle ne fait en aucun cas des commentaires sur des communications ou publications auxquelles le public pourrait avoir accès dans le cadre de la mise en œuvre des règles de transparence de la CNUDCI.

(4) Limiter la possibilité de « treaty shopping »

Pour dissuader les investisseurs étrangers de pratiquer le « *treaty shopping* », la formulation ci-après pourrait être insérée dans la disposition relative aux plaintes injustifiées :

Il est entendu qu'un tribunal doit se déclarer incompétent au motif que la plainte est manifestement dénuée de fondement juridique en vertu du présent article si le différend est né, ou était prévisible avec une très grande probabilité, au moment où le plaignant a acquis la propriété ou le contrôle de l'investissement faisant l'objet du différend et si le tribunal considère, en l'espèce, que le plaignant a acquis la propriété ou le contrôle de l'investissement dans le but de présenter une plainte en application de la présente section.

IV. Relations entre l'arbitrage et les juridictions nationales

Dans l'attente d'un examen approfondi des clauses « *fork in the road* », « *no U-turn* »⁶ et des autres solutions qui pourraient être envisagées pour articuler l'arbitrage investisseur-Etat et les recours internes, **il pourrait d'ores et déjà être rappelé que les investisseurs étrangers devraient avant tout régler leurs litiges avec l'Etat d'accueil devant les juridictions locales**. La disposition suivante, inspirée du préambule de la Convention de Washington, pourrait être à ce titre être envisagée :

Reconnaissant que si les différends investisseur-Etat doivent normalement faire l'objet de recours devant les instances internes, des modes de règlement internationaux de ces différends peuvent être appropriés dans certains cas;

En dernier lieu, il est entendu que le mode d'articulation entre le mécanisme de règlement des différends investisseur/Etat et les juridictions nationales devra préserver la légitimité des juridictions nationales, en rappelant que l'arbitrage n'a jamais constitué la « cour suprême » des juges nationaux.

*

* *

⁶ « *fork in the road* » : obligation de choix entre la procédure devant le juge national compétent et le mécanisme de règlement des différends investisseur/Etat. « *no u-turn* » : possibilité de passer de la procédure devant un juge national au mécanisme de règlement des différends si l'ensemble de la procédure devant le juge nationale est éteinte. Dans ce cas, un retour au juge national est impossible.