



Assemblée générale

Distr. limitée
4 Mars 2019

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-septième session
New York, 1^{er}-5 avril 2019**

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

Communication présentée par le Gouvernement du Maroc

Note du Secrétariat

La présente note contient une communication reçue du Gouvernement du Maroc le 1^{er} mars 2019 en vue de la trente-septième session du Groupe de travail III. On trouvera en annexe le texte de cette communication tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

Avant-projet

Annexe

1. Le Maroc félicite la CNUDCI d'avoir pris l'initiative, lors de sa session tenue en juillet 2017 à Vienne, de mener une réflexion sur la réforme du régime actuel de règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE).
2. L'importance de cette initiative n'est pas à démontrer dans la mesure où ladite initiative accorde aux pays en développement l'opportunité de participer à la réforme d'une branche centrale du droit international d'investissement ayant trait à l'arbitrage international dont les principes et règles actuels ont été élaborés en l'absence de la majorité de ces pays.
3. En outre, la réforme globale du mécanisme du RDIE au niveau multilatéral devrait permettre de remplacer les mécanismes du RDIE dans les Traités bilatéraux d'investissement (TBI) des pays ayant adhéré à la réforme multilatérale du RDIE et unifiera, par conséquent, les normes et procédures y afférentes au niveau international.
4. Dans ce cadre, le Maroc estime que la réforme du RDIE devrait conduire au développement d'un investissement international responsable qui répond aux objectifs du développement durable et contribuer à la lutte contre les pratiques frauduleuses exercées par certains investisseurs étrangers pour attaquer les Etats d'accueil devant les tribunaux d'arbitrage en vue de percevoir des indemnités non méritées.
5. A cet égard, la réforme du RDIE, qui a été confiée au Groupe de travail (GT) III de la CNUDCI, vise à répondre aux préoccupations soulevées par plusieurs pays à travers le monde sur le mode de fonctionnement du régime de RDIE des TBI dont les pays en développement qui subissent des conséquences néfastes de ce régime notamment au niveau de leur ressources financières sachant que ces pays manquent de ressources humaines qualifiées pour gérer et contrôler les affaires du RDIE.
6. Le Maroc salue le travail réalisé jusqu'à ce jour par le GT III qui a constitué un forum approprié pour rapprocher les positions des différents pays sur les moyens les plus efficaces pour réformer le régime du RDIE.
7. Le Maroc saisit cette occasion pour mettre en évidence l'importance de parvenir à un consensus au sein du GT III sur la réforme du régime du RDIE qui devrait être profonde et tiendrait compte des préoccupations soulevées par les différents pays et ce, en vue de parvenir à un système du RDIE juste et équitable méritant la confiance de tous les pays, notamment les pays en développement.
8. Le Maroc a récemment élaboré un nouveau modèle de TBI moderne qui assure un équilibre entre les droits et obligations aussi bien des investisseurs que de l'Etat d'accueil et dans lequel il a opté pour le maintien du système du RDIE tout en rénovant ses dispositions.
9. Les principales innovations apportées par le nouveau modèle marocain de TBI pour ce qui est de l'aspect relatif au RDIE visent notamment à:
 - mettre en place un cadre institutionnel de prévention des différends dans lequel le Comité conjoint et les points focaux institués au niveau du traité jouent un rôle important;
 - limiter les différends qui peuvent être soumis au mécanisme du RDIE et fixer un délai pour le dépôt des plaintes pour empêcher la résurgence de plaintes anciennes;
 - épuiser les voies de recours internes avant de recourir à l'arbitrage international étant donné que l'épuisement des voies de recours locales constitue un prérequis du droit public international;
 - renforcer le droit des États parties au traité d'interpréter les normes du traité relatives à la protection des investissements même après son entrée en vigueur;

-
- prévoir un dispositif de traitement accéléré des plaintes infondées ou frivoles et de regroupement des plaintes et ce, en vue de réduire les frais de la procédure d'arbitrage;
 - offrir la possibilité pour l'Etat d'accueil de l'investissement de présenter une demande reconventionnelle au tribunal arbitral si l'investisseur ne respecte pas l'une de ses obligations prévues par le traité ;
 - empêcher les recours abusifs des investisseurs étrangers à l'arbitrage par l'instauration de sanctions en cas de plainte injustifiée;
 - limiter le recours à l'arbitrage pour les investisseurs qui pratiquent le «treaty shopping»;
 - renforcer l'éthique des arbitres et améliorer le fonctionnement et la transparence des procédures arbitrales conformément au Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités ; et
 - accorder la possibilité aux parties au différend de soumettre les RDIE à un tribunal multilatéral des investissements après sa création.

10. Cependant et malgré l'effort déployé par le Maroc pour réformer le mécanisme du RDIE dans son nouveau modèle, il reste un certain nombre d'aspects de ce mécanisme qui, de par leur nature, nécessitent l'action conjointe et coordonnée d'un grand nombre de pays à travers le monde.

11. A cet effet, un dialogue multilatéral au sein du GT III de la CNUDCI sur la réforme du RDIE pourrait faciliter l'émergence d'un consensus sur la meilleure option de réforme à privilégier et la manière la plus appropriée de la mettre en oeuvre.

12. Dans ce cadre, le Maroc se réjouit de l'occasion qui lui est offerte de soumettre des observations au Secrétariat de la CNUDCI au sujet du processus de réforme en cours au sein du GT III au sujet du régime du RDIE et souscrit aux préoccupations recensées par ce groupe et qui ont été annoncées lors de sa session tenue à Vienne du 29 octobre 2018 au 2 novembre 2018.

13. Toutefois, le Maroc juge utile qu'un certain nombre de questions soient discutées davantage dans le cadre de cette réforme et qui concernent les principaux aspects suivants :

I/Réduction des coûts des procédures d'arbitrage:

14. La hausse du coût de l'arbitrage a engendré un mécontentement croissant dans l'arbitrage international notamment pour ce qui est de ses incidences sur les politiques publiques des pays et sur leur développement durable. A cet égard, il est essentiel que le GT III s'investisse dans ses travaux pour trouver les meilleures options susceptibles de réduire les coûts d'arbitrage et économiser le temps. Dans ce cadre, un certain nombre de procédures peuvent être envisagées pour abaisser les frais liés au RDIE dont notamment:

- Mise en place d'un dispositif pour la prévention des litiges et l'encouragement des mécanismes alternatifs de règlement de différends qui pourraient être utilisés avant le recours à l'arbitrage international et ce, en vue de trouver des solutions au litige mutuellement acceptable.
- Epuisement des recours internes avant d'engager une procédure d'arbitrage international. L'épuisement de ces recours internes pourrait déboucher sur un règlement de litige satisfaisant pour les parties au différend et éviter par conséquent le recours à l'arbitrage qui est très coûteux en comparaison avec les recours internes.
- Non soumission d'un différend à l'arbitrage au cas où les juridictions nationales compétentes ont déjà rendu un jugement définitif le concernant qui acquiert l'autorité de la chose jugée et ce, pour éviter la multiplication des procédures et économiser les ressources financières.

-
- Mise en place d'un mécanisme d'examen préliminaire des plaintes injustifiées ou frivoles avec la possibilité de faire supporter à la partie demanderesse tous les frais engendrés par ce type de plaintes.
 - Fixation des délais aux arbitres pour rendre une sentence finale ce qui est de nature à encourager les arbitres à travailler de manière plus efficace. Cependant, les délais ne devraient pas être si court pour que les arbitres ne rendent pas des sentences de mauvaise qualité qui pourraient par la suite faire l'objet d'annulation.
 - Révision du mécanisme de partage des frais entre les parties au différend en intégrant le principe du « perdant-payeur ». Ce principe permet de faire supporter à la partie perdante l'intégralité des frais de la procédure.
 - Mise en place d'un barème des frais qui allège les coûts des procédures d'arbitrage à travers la fixation d'un seuil plafonné pour les rémunérations des arbitres, des experts et des témoins.
 - Adoption de critères objectifs et transparents pour la détermination des indemnités à verser aux investisseurs ayant subi un dommage. Dans ce cadre, il est important que le montant des dommages et intérêts soit proportionnel au préjudice effectif.

II/Primauté de la compétence des tribunaux locaux en vertu d'un contrat sur la compétence des tribunaux d'arbitrage en vertu d'un TBI:

15. Dans plusieurs cas d'arbitrage, les investisseurs ont été autorisés par le tribunal d'arbitrage à porter un différend de nature contractuelle devant un tribunal arbitral sur le fondement d'un traité malgré l'existence dans le contrat d'une clause spécifique sur le règlement des différends (exemple affaire Salini contre le Maroc).

16. Dans d'autres cas, des requêtes alléguant une violation du contrat ont été soumises à l'arbitrage par le biais d'un TBI même en l'absence de clause attributive de compétence au profit du CIRDI dans le contrat.

17. Pour éviter cette situation de chevauchement qui crée des conflits de compétence entre les tribunaux locaux et les tribunaux d'arbitrage, il est proposé de définir les conditions de compétence des tribunaux en matière d'arbitrage entre investisseurs et Etat et de limiter leur compétence aux requêtes fondées sur les TBI.

III/Soutien des pays en développement en matière d'arbitrage :

18. En raison de leurs moyens financiers limités et de leur manque de ressources humaines dotées d'une bonne expérience dans le domaine du RDIE, les pays en développement ont besoin d'une assistance en la matière. A cet égard, il est fortement souhaitable de mettre en place un mécanisme de soutien et d'accompagnement dédié à ces pays dans le cadre des affaires du RDIE afin de leur permettre de mieux préparer, gérer et contrôler les cas de litiges liés à l'investissement international.

19. En outre, il serait approprié d'instaurer une coopération entre les juges nationaux et les arbitres. En effet, le juge national joue un rôle important dans l'exécution des décisions arbitrales en assurant l'application de la sentence arbitrale rendue. Il intervient également en tant que juge de l'exequatur en cas de contestation de la sentence arbitrale.

20. Il est également proposé dans le cadre de la réforme du RDIE de prévoir un rôle et un soutien pour les centres d'arbitrage nationaux pour leur permettre d'accomplir leurs missions et répondre, ainsi, aux attentes des opérateurs économiques.

IV/Examen préalable des sentences :

21. La plupart des règlements d'arbitrage en matière d'investissement ne prévoient pas de procédure de contrôle de la qualité avant que la sentence définitive ait été rendue et puisse de ce fait faire l'objet d'une révision.

22. Il est important de prévoir une procédure d'examen préalable des sentences à l'instar de celle appliquée dans les procédures de la Cour d'arbitrage de la CCI.

23. L'examen préalable des sentences, qui est censé se dérouler dans des délais courts (2 semaines environ), permettrait de s'assurer que la sentence respecte toutes les formalités, traite toutes les demandes et énonce les motifs sur lesquels elle se fonde.

24. En outre, cette procédure permettra aux parties au différend de soumettre des commentaires écrits au tribunal d'arbitrage sur tous les aspects concernant la sentence avant qu'elle ne devienne définitive.

25. L'examen préalable de la sentence peut être assuré par une instance indépendante qui relève de l'un des organes d'arbitrage actuels tels que le CIRDI ou la Cour permanente d'arbitrage.

V/Financement par une tierce partie :

26. Le financement par tierce partie (FTP) constitue un outil important auquel recourent plusieurs investisseurs pour porter plainte contre les Etats d'accueil de l'investissement notamment ceux qui ne disposent pas de ressources financières suffisantes pour couvrir les frais d'arbitrage.

27. Cependant, ce mode de financement souffre d'un manque de transparence puisque les entités concernées par ce moyen de financement préfèrent généralement de ne pas divulguer d'information sur leur rôle aux autres parties aux différends et aux arbitres.

28. Le FTP ne peut pas jouer un rôle constructif dans le RDIE tant qu'il n'est pas réglementé.

29. A cet égard, il serait approprié de prévoir des règles et procédures qui réglementent ce genre de financement pour qu'il ne soit pas utilisé d'une manière spéculative ou abusive de la part des investisseurs, telles que la publication de l'identité de la tierce partie, du montant du financement et des conditions du contrat de financement dont notamment la présence ou non d'un engagement irrévocable de ladite tierce partie à assumer une condamnation éventuelle du demandeur (investisseur plaignant) aux dépens étant donné que l'investisseur qui recourt au financement tierce partie est normalement un investisseur qui se trouve dans une situation financière difficile qui ne lui permet pas d'honorer un engagement le condamnant aux dépens ce qui représente un risque pour l'Etat d'accueil.

30. Dans l'attente de l'adoption de règles internationales régissant le FTP, il est proposé d'envisager une interdiction du FTP dans la réforme en cours du RDIE.

VI/ Cautionnement pour frais :

31. Le cautionnement pour frais constitue un moyen efficace pour dissuader les plaintes sans fondement ou frivoles. De même, le cautionnement pour frais permet à l'Etat d'accueil de se prémunir contre le risque que l'investisseur se déclare en faillite avant d'avoir répondu à une condamnation aux dépens.

32. Dans ce cadre, il est essentiel de prévoir dans la réforme du RDIE un dispositif qui exige que le tribunal ordonne un cautionnement pour frais surtout s'il existe des raisons de croire que l'investisseur a structuré la société ou cédé des actifs dans le but d'éviter les conséquences de la procédure d'arbitrage.

33. De même, l'investisseur qui recourt au FTP, au cas où ce mode de financement est adopté dans le cadre de la réforme du RDIE, doit déposer un cautionnement pour frais étant donné que l'investisseur qui utilise ce genre de financement n'a pas les ressources financières lui permettant d'honorer les dépens à sa charge dans l'arbitrage.

VII/ Etablir un mécanisme d'appel permanent pour les sentences arbitrales :

34. La création d'un mécanisme d'appel permanent, qui serait perçu comme juridiction supérieure, aura l'avantage notamment de:

- assurer la cohérence dans l'interprétation des dispositions des TBI notamment pour les clauses de fonds de ces traités afin d'éviter les conclusions différentes des tribunaux d'arbitrage portant sur les mêmes faits et développer de ce fait une jurisprudence homogène qui favorise la sécurité juridique ;
- rendre l'application des dispositions des TBI plus prévisible pour les Etats et les investisseurs et renforcer, par conséquent, la légitimité de l'arbitrage en matière d'investissement ; et
- rectifier les erreurs commises par certains tribunaux d'arbitrage dans des sentences qui pourraient avoir des répercussions importantes sur les fonds publics surtout que l'arbitrage en matière d'investissement porte souvent sur des questions d'intérêt public.

—

Avant-projet