

18^{ème} COMMISSION

L'égalité des parties devant les tribunaux internationaux d'investissements

Rapporteur : M. McLachlan

RESOLUTION

L'Institut de Droit international,

Considérant que le principe d'égalité des parties est un élément fondamental de l'état de droit qui garantit un règlement juridictionnel juste et, à ce titre, constitue un principe général de droit de la procédure des cours et tribunaux internationaux, tel qu'il résulte de leur jurisprudence,

Constatant que l'égalité des parties est aussi un droit humain fondamental reconnu à l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et à l'article 14(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966,

Rappelant que la 18^{ème} Commission, dans son rapport à la Session de Tokyo de 2013, avait renvoyé le sujet des principes applicables à la procédure en matière d'arbitrage d'investissements à un examen ultérieur,

Reconnaissant la contribution faite par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), et par l'*International Bar Association* (IBA) à l'élaboration d'importants aspects du principe d'égalité des parties dans son application en matière d'arbitrage international en général,

Conscient que la Convention internationale pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats de 1965 (Convention CIRDI) fournit un cadre pour la résolution des différends en matière d'investissements qui a, à ce jour, été adopté par de nombreux Etats et que le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) révisé actuellement son Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage CIRDI),

Notant que les Etats ont décidé, lors de la cinquantième session de la CNUDCI en 2017, de se saisir du sujet de la réforme du règlement des différends investisseur-Etat, y compris la possibilité de créer un tribunal international permanent pour les investissements, et que l'application du principe d'égalité des parties est une des questions examinées dans ce contexte,

Estimant que l'application du principe d'égalité requiert un examen spécifique au vu des caractéristiques particulières des différends en matière d'investissements internationaux, lesquels opposent deux parties de nature juridique distincte : un investisseur privé et un Etat, le rôle de ce dernier étant de représenter l'intérêt public,

Déterminant que son examen de la question devra s'intéresser aux deux types de tribunaux arbitraux, qu'ils soient institués de manière *ad hoc* pour trancher un litige précis (tribunal arbitral) ou qu'il s'agisse de tribunaux permanents déjà constitués ou qui pourraient l'être dans l'avenir en vue de trancher des différends relatifs aux investissements (tribunal permanent),

Adopte la résolution suivante :

PREMIÈRE PARTIE
APPLICATION DU PRINCIPE D'EGALITE À LA CRÉATION DU TRIBUNAL

CHAPITRE I

LE FOR

Article 1er

Caractère juridique

1. La mesure dans laquelle un différend entre le ressortissant d'un Etat (« l'investisseur ») et un autre Etat (« l'État ») au sujet d'un investissement peut être soumis à la compétence d'un tribunal international d'investissement (« le tribunal ») dépend de l'étendue du consentement des parties. La soumission de ce différend au tribunal implique l'application du principe d'égalité des parties.

2. Un tel for vise à garantir l'égalité des parties dans une situation où l'État peut souverainement faire appliquer son propre droit et soumettre à ses propres juridictions les différends qui l'opposent à des investisseurs pour violation de sa législation.

Article 2

Accès au tribunal

1. Sous réserve des termes de l'acte exprimant leur consentement interprété conformément au principe d'égalité des parties, l'État et l'investisseur sont tous deux fondés à intenter devant un tribunal une action se rapportant à un investissement.

2. À moins d'y consentir et de le choisir, aucun Etat n'est tenu d'intenter une action à un investisseur devant un tribunal. S'il ne l'a pas fait, l'État reste fondé à faire usage des droits et recours prévus par son ordre juridique national en vue de faire valoir ses droits devant ses propres juridictions.

3. Les limites posées à l'accès au tribunal pour un investisseur d'un autre Etat sont directement liées à l'objet même des traités d'investissement, lesquels visent à promouvoir et protéger les investissements étrangers et les droits des ressortissants étrangers, tout en respectant le droit souverain de l'État à régler, dans l'intérêt public, les activités d'investissement sur son territoire. Ces limites ne doivent pas porter atteinte au principe d'égalité. Une telle protection est accessible sur un pied d'égalité aux investisseurs de chaque Etat lorsqu'ils font un investissement couvert par le traité dans l'autre Etat.

CHAPITRE II

LE TRIBUNAL

Article 3

Impartialité

1. L'impartialité de tous les membres du tribunal est un prérequis indispensable à l'égalité des parties.

2. Les standards matériels applicables à la décision sur toute question relative à l'impartialité d'un membre du tribunal arbitral devraient être uniformes et transparents.
3. Les Lignes directrices sur les conflits d'intérêts en arbitrage international adoptées par l'IBA en 2014 fournissent un cadre utile de règles matérielles pour analyser les questions qui peuvent être soulevées quant à l'impartialité d'un membre du tribunal arbitral constitué pour trancher un litige d'investissement.
4. Toute contestation visant l'impartialité d'un membre du tribunal arbitral devrait être examinée par une instance tierce indépendante extérieure au tribunal.
5. Dès lors, les Etats parties à la Convention CIRDI sont invités à amender l'article 58 de façon que l'examen des demandes en récusation soit confié, dans tous les cas, à une instance tierce indépendante extérieure au tribunal.

Article 4

Composition du tribunal

1. La composition du tribunal doit résulter d'un processus de désignation assurant une égalité de traitement aux parties à tout différend soumis à ce tribunal.
2. Il en est ainsi que le tribunal soit constitué comme tribunal arbitral ou comme tribunal permanent. La composition de ces deux types de tribunaux doit respecter l'égalité des parties ; néanmoins, la différence de nature juridique entre l'arbitrage et un organe juridictionnel permanent requiert une application différenciée du principe d'égalité, adaptée à chaque cas :
 - a) Le règlement des différends d'investissement par un tribunal arbitral composé de membres nommés à part égale par les parties et, pour le président, par accord entre elles (ou désigné, en l'absence d'accord, par une autorité investie du pouvoir de nomination) respecte le principe d'égalité des parties, pourvu que chaque membre du tribunal satisfasse aux mêmes conditions d'impartialité.

- b) Dans le cas d'un tribunal permanent, le principe d'égalité des parties n'exige pas que chaque partie conserve la capacité de nommer un juge. Priorité absolue est donnée à l'indépendance et à l'impartialité des membres du tribunal.
3. Un tribunal permanent de caractère universel devrait être composé d'un corps de juges indépendants dont la compétence en droit international est reconnue et qui, dans son ensemble, représente équitablement les principaux systèmes juridiques du monde, et qui sont élus selon un processus transparent.
4. Afin de respecter le principe d'égalité dans le cadre du règlement d'un différend spécifique par un tribunal permanent, les règles relatives à la composition de ce tribunal ou de la chambre devraient :
- a) exclure tout juge ayant la nationalité de l'État partie au différend ou de l'État d'origine de l'investisseur étranger ; ou,
- b) assurer que chacun des deux Etats en cause puisse nommer un juge, si nécessaire un juge *ad hoc*.

DEUXIEME PARTIE

APPLICATION DU PRINCIPE D'EGALITE À LA PROCEDURE DU TRIBUNAL

CHAPITRE I

PARTIES

Article 5

Demandeurs multiples

1. Si plusieurs investisseurs cherchent à intenter une action dans le cadre d'une procédure arbitrale unique contre le même Etat, le tribunal s'assure, lors de l'examen de sa compétence et de la recevabilité des demandes, ainsi que lors de l'adoption des directives procédurales, que les parties sont traitées sur un pied d'égalité.
2. En déterminant sa compétence, le tribunal doit s'assurer que :

- a) chaque demandeur satisfait aux critères de compétence (de l'acte exprimant le consentement à l'arbitrage et, le cas échéant, de l'article 25 de la Convention CIRDI) lui permettant de présenter sa demande; et que,
 - b) la demande dans son ensemble constitue un différend unique, en ce que les intérêts représentés par les demandeurs sont à tous égards identiques, de sorte que le défendeur ne soit pas lésé du fait de devoir se défendre contre des demandes qui représentent des intérêts matériellement différents.
3. Le tribunal peut déclarer irrecevable une demande introduite par plusieurs demandeurs s'il estime que la manière dont la demande a été introduite est susceptible d'avoir une incidence négative sur sa capacité à assurer un traitement égal des parties quant à la présentation ou la défense de leurs prétentions respectives.

Article 6

Demandes reconventionnelles

1. La capacité du défendeur de présenter une demande reconventionnelle recevable devant un tribunal garantit l'égalité procédurale des parties.
2. Afin d'être déclarée recevable, une telle demande reconventionnelle doit :
 - a) relever de la compétence du tribunal ; et
 - b) découler directement de l'objet de l'investissement.
3. La condition de la compétence est remplie lorsque, en vertu de l'acte exprimant le consentement juridictionnel invoqué par le défendeur, le tribunal aurait eu compétence pour connaître de la demande reconventionnelle si elle avait été introduite à titre principal. La compétence pour connaître d'une demande reconventionnelle ne dépend pas du fait que le défendeur s'appuie ou non sur la même base de compétence que celle sur laquelle se fonde le demandeur pour sa demande, pas plus qu'elle n'est limitée par l'étendue du différend telle que formulée par le demandeur dans sa demande d'arbitrage.

4. Lorsque le différend est soumis à l'arbitrage en vertu de la Convention CIRDI, l'exigence posée à l'article 46 selon laquelle la demande reconventionnelle doit relever « par ailleurs de la compétence du Centre » signifie qu'elle doit satisfaire au critère de l'article 25(1) de la Convention : il doit s'agir d'un différend « d'ordre juridique entre un Etat contractant...et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui [est] en relation directe avec un investissement ».

5. L'exigence d'un lien suffisant avec l'objet du différend est remplie lorsque la demande reconventionnelle porte sur l'investissement qui a donné lieu à la demande. Il n'est pas nécessaire que la demande reconventionnelle soit fondée sur le même acte juridique ou la même cause que ceux invoqués par le demandeur.

6. Le tribunal peut déclarer une demande reconventionnelle recevable, qu'elle soit fondée sur le droit international ou le droit national de l'État d'accueil, pourvu qu'elle satisfasse aux autres exigences du présent article et porte sur un objet susceptible d'être soumis à l'arbitrage.

Article 7

Observations présentées par des tiers

1. Les observations présentées par des tiers peuvent utilement assister le tribunal dans son examen du différend lorsqu'elles offrent une perspective, des informations ou des éléments différents de ceux que les parties au litige ont soumis.

2. En vue de protéger l'égalité des parties, et conformément au Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités de 2014 :

- a) le tiers doit déclarer tout lien, direct ou indirect, qu'il a avec toute partie au litige, ses conseils, les membres du tribunal ou l'objet du différend ;
- b) le tribunal doit s'assurer que les parties au litige ont une possibilité raisonnable de présenter leurs vues sur toute observation faite par un tiers ; et,
- c) le tribunal doit s'assurer qu'aucune observation du tiers ne cause de préjudice injustifié à l'une des parties au litige.

CHAPITRE II PLAIDOIRIE ET PREUVE

Article 8

Egalité des moyens

1. L'égalité des parties comprend le principe d'égalité des moyens, à savoir :
 - a) chaque partie a le droit d'être entendue au sujet des conclusions de l'autre partie (*audi alteram partem*) ; et,
 - b) une réciprocité de traitement doit être assurée à chaque partie s'agissant du calendrier procédural, ainsi qu'en matière de plaidoiries, de production de documents et de preuves.
2. Le tribunal devrait prescrire et faire respecter un calendrier procédural favorisant l'efficacité et l'égalité des parties.
3. Dans les cas exceptionnels où une partie présente des arguments convaincants pour faire admettre des éléments de preuve ou des pièces de procédure tardifs, le tribunal doit s'assurer, s'il fait droit à la demande, que l'autre partie sera traitée sur un pied d'égalité et, notamment, qu'elle puisse s'exprimer sur ces nouveaux éléments.
4. L'égalité de traitement lors des audiences exige que chaque partie se voie allouer une période de temps substantiellement égale pour plaider et présenter ses moyens de preuve, toujours sous réserve de l'exercice par le tribunal de son autorité en vue d'assurer une conduite équitable et efficace des audiences, compte tenu du nombre de témoins et de l'obligation qui lui incombe de prendre connaissance des moyens de preuve et des arguments des parties et de les évaluer.

Article 9

Production de documents et de preuves

1. Durant la phase écrite de la procédure, chaque partie présente ses moyens de preuve à l'autre de manière à offrir à cette dernière une opportunité raisonnable d'y réagir.

2. Les mêmes standards sont applicables à la décision du tribunal sur les demandes présentées par les parties en vue de la production de documents spécifiques. Les Règles sur l'administration de la preuve en arbitrage international adoptées par l'IBA en 2010 offrent un cadre utile à ce type de décision.
3. Lorsqu'il prescrit un calendrier de production de documents, le tribunal devrait tenir compte des difficultés particulières rencontrées par les Etats, notamment les Etats en développement, pour localiser et produire ces documents. Un équilibre doit être trouvé par le tribunal afin de garantir à l'autre partie une possibilité adéquate de prendre connaissance et réagir aux documents dans le cadre du calendrier procédural.
4. Lorsque l'investisseur appartient à un groupe de sociétés, les principes d'égalité et de bonne foi exigent qu'il déploie ses meilleurs efforts pour produire les documents pertinents détenus par les sociétés-mères ou affiliées ou par les actionnaires, si l'État défendeur en fait la demande et si le tribunal y fait droit.
5. Lorsqu'une partie a requis la présence d'un témoin à l'audience en vue de son contre-interrogatoire et que la partie qui s'appuie sur la preuve apportée par ce témoin omet, sans raison valable, de le présenter, le tribunal peut (sauf circonstance exceptionnelle) écarter le moyen de preuve concerné afin de préserver l'équilibre procédural entre les parties.

Article 10

Objections à la production de documents et de preuves

1. Le tribunal doit appliquer le principe d'égalité lorsqu'il statue sur des demandes de non-divulgence au titre d'information protégée, en tenant compte du fait que les standards applicables peuvent varier selon les droits nationaux des parties. Le tribunal devrait s'efforcer d'appliquer un standard qui fonctionne de manière égale pour les deux parties.
2. Lorsqu'une partie soulève des objections à la divulgation de documents en raison, respectivement, du secret des affaires ou du secret d'Etat, le tribunal devrait s'efforcer de trouver un équilibre dans le traitement des parties afin que leur capacité de se procurer des moyens de preuve qui sont pertinents et qui se rapportent aux questions litigieuses soit garantie, tout en respectant les

intérêts de chaque partie qui vont au-delà du cas d'espèce ainsi que toute considération pertinente de politique générale.

3. Si un secret d'Etat est invoqué, le tribunal met en balance l'intérêt public dans l'administration de la justice, qui justifie la divulgation des documents, et l'intérêt public à préserver la confidentialité des communications gouvernementales.

4. Ce faisant, le tribunal devrait inviter les parties à conclure des protocoles visant à protéger la confidentialité ou le secret des documents, ou de parties de ceux-ci, qui portent sur le cas d'espèce.

5. Lorsqu'une objection est faite à la production d'un document :

- a) cette objection doit être motivée de manière suffisamment précise pour permettre à la partie adverse de la contester et au tribunal de statuer sur elle ;
- b) le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'accepter l'objection ou non en mettant en balance les intérêts publics en cause ;
- c) en statuant sur l'objection, le tribunal applique le droit international ;
- d) dans les cas qui s'y prêtent, le tribunal devrait envisager, en consultation avec les parties, la nomination d'un expert indépendant qui examine les documents et tranche les objections contestées.

Article 11

Moyens illicites

1. Au cours de la procédure, les parties ont le devoir d'agir en bonne foi l'une envers l'autre et envers le tribunal.

2. Le tribunal a le pouvoir d'exclure tout moyen de preuve si, à son jugement, ce moyen a été obtenu en violation du principe de bonne foi et si la décision est nécessaire pour préserver l'égalité entre les parties.

3. Exceptionnellement, et en vue de protéger le caractère équitable de sa propre procédure ainsi que l'égalité entre les parties, le tribunal peut recommander à l'Etat l'adoption de mesures relatives

aux effets découlant de l'exercice de ses prérogatives en matière d'enquête criminelle et de poursuites concernant la procédure du tribunal.

4. Dans un tel cas, le tribunal n'agit que sur la base de la preuve claire d'un comportement visant à obtenir un avantage indu dans la procédure en cours ou nuisant à sa conduite équitable de cette procédure.

CHAPITRE III

EGALITE MATERIELLE DES MOYENS

Article 12

Frais de procédure

1. La capacité des parties, qu'elles soient des investisseurs ou des Etats, d'intenter une action ou de défendre leurs droits devant un tribunal ne devrait pas être déterminée sur la base des frais de procédure. Dans ce contexte, il convient de porter une attention particulière à la situation des petites et moyennes entreprises ainsi qu'à celle des Etats en développement.

2. Lorsque les frais d'une action ou de la défense des droits d'une partie sont assumés par un tiers, cette partie doit en divulguer l'identité afin que le tribunal puisse examiner, notamment, toute incidence que ce financement peut avoir sur le maintien de l'impartialité du tribunal.

3. Si le tribunal estime, après examen de la demande d'une partie, que celle-ci pourrait ne pas être en mesure de s'acquitter des frais de la procédure dans l'éventualité où elle n'obtiendrait pas gain de cause, et s'il est d'avis que la constitution d'une garantie est nécessaire pour préserver l'égalité de protection des parties, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le cautionnement des frais de procédure.
