



Assemblée générale

Distr. générale
7 octobre 2022
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-sixième session
Vienne, 3-21 juillet 2023

Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa quarante-troisième session (Vienne, 5-16 septembre 2022)

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	4
II. Organisation de la session	4
III. Mécanisme multilatéral permanent : sélection et nomination des membres des tribunaux de RDIE et questions connexes (A/CN.9/WG.III/WP.213)	6
A. Projets de dispositions 8 à 11 (A/CN.9/WG.III/WP.213 , par. 44 à 65)	7
1. Projet de disposition 8 – « Nomination (élection) »	7
2. Projet de disposition 9 – « Durée, renouvellement et révocation du mandat »	8
3. Projet de disposition 10 – « Conditions d’emploi »	9
4. Projet de disposition 11 – « Attribution des affaires »	9
B. Voie à suivre	10
IV. Centre consultatif	10
A. Services à fournir par le Centre (A/CN.9/WG.III/WP.212 , par. 19 à 50)	10
B. Bénéficiaires (A/CN.9/WG.III/WP.212 , par. 56 à 67)	12
C. Voie à suivre	13
V. Instrument multilatéral sur la réforme du RDIE	13
A. Structure possible d’un instrument multilatéral (A/CN.9/WG.III/WP.221 , par. 7 à 13)	13
B. Cohérence et souplesse (A/CN.9/WG.III/WP.221 , par. 14 à 30)	14
1. Cohérence et fonctionnement de l’instrument multilatéral sur la réforme du RDIE	14
2. Souplesse	16



C.	Champ d'application et relation avec les traités existants (A/CN.9/WG.III/WP.221, par. 31 à 48)	16
1.	Application aux accords d'investissement futurs	16
2.	Relation avec les accords d'investissement existants	16
D.	Voie à suivre	17
VI.	Évaluation des dommages et des indemnisations et autres questions transversales (A/CN.9/WG.III/WP.220)	17
VII.	Projets de dispositions sur les réformes procédurales (A/CN.9/WG.III/WP.219)	20
A.	Rejet rapide des demandes manifestement dénuées de fondement juridique (A/CN.9/WG.III/WP.219, par. 11 à 18)	21
B.	Répartition des frais (A/CN.9/WG.III/WP.219, par. 32 à 43)	22
C.	Financement par un ou des tiers (A/CN.9/WG.III/WP.219, par. 52 à 101)	23
1.	Définitions (projet de disposition E-1)	23
2.	Modèles de réglementation (A/CN.9/WG.III/WP.219, par. 62 à 74)	24
3.	Obligation d'information (projet de disposition E-2)	25
4.	Conséquences juridiques et sanctions en cas de non-respect (projet de disposition E-3)	25
5.	Le financement par un ou des tiers à titre d'investissement (A/CN.9/WG.III/WP.219, par. 100)	26
6.	Voie à suivre	26
VIII.	Projets de textes sur la médiation	27
A.	Projets de dispositions sur la médiation (A/CN.9/WG.III/WP.217, par. 16 à 33)	27
1.	Projet de disposition 1	27
2.	Projets de dispositions 2 à 4	28
3.	Projet de disposition 5	29
4.	Projet de disposition 6	29
5.	Projet de disposition 7	30
6.	Voie à suivre	30
B.	Projet de lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement (A/CN.9/WG.III/WP.218)	30
1.	Sections A à G (A/CN.9/WG.III/WP.218, par. 6 à 15)	30
2.	Section H (A/CN.9/WG.III/WP.218, par. 16 à 24)	31
3.	Sections I à M (A/CN.9/WG.III/WP.218, par. 25 à 41)	31
4.	Section N (A/CN.9/WG.III/WP.218, par. 42 à 54)	32
5.	Voie à suivre	33
IX.	Projet de code de conduite à l'intention des personnes appelées à trancher des différends	33
A.	Remarques générales	33
B.	Code de conduite	34
1.	Article premier – Définitions	34
2.	Article 2 – Application du Code	35
3.	Article 3 – Indépendance et impartialité	37

4.	Article 4 – Limitation du cumul des rôles	38
5.	Article 5 – Obligation de diligence	40
6.	Article 6 – Intégrité et compétence	41
7.	Article 7 – Communications <i>ex parte</i>	41
8.	Article 8 – Confidentialité.	42
9.	Article 9 – Honoraires et frais	44
10.	Voie à suivre.	45

I. Introduction

1. À sa cinquantième session, en 2017, la Commission a confié au Groupe de travail III un large mandat concernant une éventuelle réforme du système de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). De sa trente-quatrième à sa trente-septième session, le Groupe de travail a recensé et examiné les préoccupations exprimées au sujet du RDIE, et en a conclu qu'une réforme était souhaitable¹. De sa trente-huitième à sa quarante-deuxième session, il a examiné des solutions concrètes pour la réforme du RDIE².
2. À sa cinquante-cinquième session, en 2022, la Commission s'est déclarée satisfaite des progrès accomplis par le Groupe de travail³. Elle a également entendu une présentation des travaux que celui-ci devait mener pendant les quatre semaines de session prévues jusqu'à sa cinquante-sixième session, en 2023. Le Groupe de travail a été encouragé à soumettre à l'examen de la Commission un code de conduite accompagné d'un commentaire et des textes sur les modes alternatifs de règlement des litiges.

II. Organisation de la session

3. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante-troisième session à Vienne, au Centre international de Vienne, du 5 au 16 septembre 2022.
4. Ont assisté à la session des représentantes et représentants des États membres ci-après du Groupe de travail : Afghanistan, Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Côte d'Ivoire, Croatie, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Ghana, Honduras, Hongrie, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Iraq, Israël, Italie, Japon, Kenya, Koweït, Malaisie, Mali, Maroc, Maurice, Mexique, Nigéria, Ouganda, Panama, Pérou, Pologne, République de Corée, République démocratique du Congo, République dominicaine, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suisse, Tchéquie, Thaïlande, Türkiye, Ukraine, Venezuela (République bolivarienne du), Viet Nam et Zimbabwe.
5. Des observateurs et observatrices des États suivants ont assisté à la session : Bahreïn, Bangladesh, Bénin, Bolivie (État plurinational de), Bosnie-Herzégovine, Burkina Faso, Burundi, Congo, Costa Rica, Égypte, El Salvador, Estonie, Gabon, Guatemala, Islande, Jamaïque, Jordanie, Lesotho, Liban, Libye, Lituanie, Madagascar, Malte, Myanmar, Oman, Ouzbékistan, Pakistan, Pays-Bas, Philippines, Portugal, Qatar, République-Unie de Tanzanie, Sierra Leone, Slovaquie, Soudan, Sri Lanka, Suède, Tchad, Tunisie et Uruguay.
6. Ont également assisté à la session des observateurs et observatrices de l'Union européenne.
7. Les organisations internationales suivantes étaient également représentées par des observateurs et des observatrices :
 - a) *Système des Nations Unies* : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Commission économique pour

¹ Il est rendu compte des délibérations et décisions du Groupe de travail de sa trente-quatrième à sa trente-septième session dans les documents; [A/CN.9/930/Rev.1](#) ; [A/CN.9/930/Rev.1/Add.1](#) ; [A/CN.9/935](#) ; [A/CN.9/964](#) ; et [A/CN.9/970](#), respectivement.

² Il est rendu compte des délibérations et décisions du Groupe de travail de sa trente-huitième à sa quarante-deuxième session dans les documents [A/CN.9/1004*](#) ; [A/CN.9/1004/Add.1](#) ; [A/CN.9/1044](#) ; [A/CN.9/1050](#) ; [A/CN.9/1054](#) ; [A/CN.9/1086](#) ; et [A/CN.9/1092](#).

³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 17 (A/77/17)*, par. 186.

l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPALC) et Organisation mondiale de la Santé (OMS) ;

b) *Organisations intergouvernementales* : Assemblée interparlementaire des nations membres de la Communauté d'États indépendants, Banque ouest-africaine de développement (BOAD), Centre Sud, Conseil de coopération des États arabes du Golfe (CCG), Cour de justice des Caraïbes, Cour permanente d'arbitrage (CPA), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP), Secrétariat du Commonwealth et Union asiatique de compensation ;

c) *Organisations non gouvernementales invitées* : All India Bar Association (AIBA), American Arbitration Association (AAA)/International Centre for Dispute Resolution (ICDR), American Bar Association (ABA), American Society of International Law (ASIL), Arbitral Women, Asian Academy of International Law (AAIL), Association africaine de droit international (AADI), Association américaine de droit international privé (ASADIP), Association de droit international (ILA), Association du barreau de la ville de New York (ABCNY), Association internationale du barreau (IBA), Association pour la Promotion de l'Arbitrage en Afrique (APAA), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Association vénézuélienne d'arbitrage (AVA), British Institute of International and Comparative Law (BIICL), Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA), Centre d'arbitrage international dans les domaines de l'investissement et du commerce (CIICA), Centre d'arbitrage international de Hong Kong (HKIAC), Centre de droit international de l'Université nationale de Singapour (CIL), Centre for International Legal Studies (CILS), Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO), Centre for the Study of the Legitimate Roles of the Judiciary in the Global Order (PLURICOURTS), Centre international d'arbitrage de Vienne (VIAC), Centre of Excellence for International Courts (iCourts), Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Columbia Centre on Sustainable Investment (CCSI), Commission chinoise d'arbitrage économique et commercial international (CIETAC), Conseil chinois pour la promotion du commerce international (CCPIT), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Fédération européenne pour le droit des investissements et l'arbitrage (EFILA), Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Forum économique mondial, Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA), Georgian International Arbitration Centre (GIAC), Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (SCC), Institut de Droit International (IIL), Institut européen du droit (ELI), Institut international du développement durable (IIDD), Institut international pour l'environnement et le développement (IIED), Institute for Transnational Arbitration (ITA), Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA), International and Comparative Law Research Center (ICLRC), International Dispute Resolution Institute (IDRI), International Law Institute (ILI), Inter-Pacific Bar Association (IPBA), Korean Commercial Arbitration Board (KCAB), New York International Arbitration Center (NYIAC), Regional Centre for International Commercial Arbitration Lagos-Nigeria (RCICAL), Singapore International Arbitration Centre (SIAC), Singapore International Mediation Centre (SIMC), Société européenne de droit international (SEDI), Tehran Chamber of Commerce, Industries, Mines and Agriculture (TCCIMA), Third World Network (TWN), Union Internationale des Huissiers de Justice et Officiers Judiciaires (UIHJ) et United States Council for International Business (USCIB).

8. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant :

Président : M. Shane Spelliscy (Canada)

Rapporteuse : M^{me} Natalie Yu-Lin Morris-Sharma (Singapour)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : a) ordre du jour provisoire annoté ([A/CN.9/WG.III/WP.215](#)) ; b) note du secrétariat sur le centre consultatif ([A/CN.9/WG.III/WP.212](#) et [Add.1](#)) ; c) note du secrétariat sur un mécanisme multilatéral permanent : sélection et nomination des membres des tribunaux de RDIE et questions connexes ([A/CN.9/WG.III/WP.213](#)) ; d) note du

secrétariat établie conjointement avec le secrétariat du CIRDI sur le projet de code de conduite (A/CN.9/WG.III/WP.216) ; e) notes du secrétariat sur la médiation – projet de dispositions sur la médiation et projet de lignes directrices sur la médiation (A/CN.9/WG.III/WP.217 et A/CN.9/WG.III/WP.218) ; f) notes du secrétariat sur les règles de procédure et les questions transversales – projet de dispositions sur le rejet rapide, la garantie pour frais, la répartition des frais, les demandes reconventionnelles et le financement par un ou des tiers (A/CN.9/WG.III/WP.219), et sur l'évaluation des dommages et l'indemnisation (A/CN.9/WG.III/WP.220) ; et g) note du secrétariat sur un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE (A/CN.9/WG.III/WP.221).

10. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant :

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE).
5. Adoption du rapport.

11. Concernant le programme de la session, il a été convenu d'examiner les sujets suivants pendant la première semaine : sélection et nomination des membres des tribunaux de RDIE dans le cadre d'un mécanisme permanent, centre consultatif, instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, règles de procédure et questions transversales. Il a également été décidé de consacrer la deuxième semaine au code de conduite et aux textes sur la médiation. En outre, il a été convenu de prévoir une certaine souplesse pendant la première semaine pour permettre aux délégations dont le voyage vers Vienne avait été retardé d'intervenir sur les sujets déjà examinés par le Groupe de travail.

12. Le Groupe de travail s'est félicité des contributions de la Direction suisse du développement et de la coopération (DDC), du Gouvernement français, du Ministère fédéral allemand de la coopération économique et du développement (BMZ) et de l'Union européenne au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI, dont l'objectif est de permettre à des représentantes et représentants de pays en développement de participer aux délibérations du Groupe de travail et de faire en sorte que les sessions informelles se déroulent avec des services d'interprétation, afin de veiller à ce que le processus demeure inclusif et pleinement transparent.

III. Mécanisme multilatéral permanent : sélection et nomination des membres des tribunaux de RDIE et questions connexes (A/CN.9/WG.III/WP.213)

13. À sa quarante-deuxième session, en février 2022, le Groupe de travail a examiné la question de la sélection et de la nomination des membres des tribunaux de RDIE, en particulier dans le contexte d'un mécanisme multilatéral permanent (appelé ci-après le « Tribunal »), sur la base d'une note du secrétariat qui présentait un projet de dispositions sur la question (A/CN.9/WG.III/WP.213 ; pour les délibérations du Groupe de travail, voir A/CN.9/1092, par. 15 à 78).

14. Rappelant qu'il avait examiné les projets de dispositions 1 à 7 à sa quarante-deuxième session, le Groupe de travail a examiné les projets de dispositions 8 à 11, qui traitaient du processus de nomination des membres du Tribunal, de leur mandat, de leurs conditions d'emploi, et de l'attribution des affaires. Il a été souligné que les avis exprimés au sujet du projet de dispositions ne préjugeaient pas de la position des délégations concernant la création du Tribunal.

A. Projets de dispositions 8 à 11 (A/CN.9/WG.III/WP.213, par. 44 à 65)

1. Projet de disposition 8 – « Nomination (élection) »

15. Concernant le paragraphe 1, il a généralement été estimé que la classification des personnes candidates dans les groupes régionaux devrait se baser sur leur nationalité plutôt que sur le ou les États qui présentaient leur candidature. Il a été déclaré que cela serait conforme aux suggestions faites à la session précédente, où l'on avait estimé que les personnes candidates ne devraient pas nécessairement être ressortissantes de l'État qui les présentait et qu'il faudrait autoriser les présentations conjointes (voir A/CN.9/1092, par. 66).

16. Au sujet des groupes régionaux, il a été dit que les groupes de l'Organisation des Nations Unies pourraient constituer une base de discussion tandis que, selon un autre avis, les groupes pourraient être déterminés en fonction des États contractants au Tribunal. Selon un autre avis encore, il faudrait combiner ces deux approches.

17. S'agissant des cas où une personne candidate avait plus d'une nationalité, il a été proposé d'utiliser la nationalité principale. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'élaborer des options concernant les critères à appliquer pour déterminer cette nationalité et l'organe chargé de le faire.

18. Selon certains avis, le critère servant à recommander des membres pour siéger au niveau d'appel du Tribunal (« haut niveau d'expérience en matière de règlement des différends »), prévu au paragraphe 2, était trop restrictif et devait être élargi à d'autres types de qualifications ou d'expériences. À l'appui de ce point de vue, il a été expliqué que le libellé actuel pourrait limiter excessivement le nombre de personnes candidates recommandées, et ainsi faire échouer l'objectif consistant à assurer l'égalité des genres et la diversité. À cet égard, il a été proposé d'aligner le paragraphe 2 sur le projet de disposition 4-1, qui décrivait plusieurs caractéristiques que devaient posséder les membres du Tribunal. On s'est demandé s'il serait approprié que le Comité de sélection formule une telle recommandation et quel en serait l'effet sur la nomination finale par le Conseil des Parties. À l'issue de la discussion, le secrétariat a été prié d'inclure d'autres critères à examiner pour recommander ou nommer des membres au niveau d'appel, l'objectif étant de faire en sorte qu'il soit également tenu compte du paragraphe 5 pour nommer des personnes candidates qualifiées.

19. Concernant le paragraphe 3, on a estimé dans l'ensemble que les membres du Conseil des Parties devraient avoir le droit de voter pour toutes les personnes candidates, et pas uniquement pour celles qui relevaient de leur groupe régional. Il a été dit que cette approche pourrait être un gage de diversité et de souplesse.

20. Toutefois, on a estimé qu'il était trop tôt pour déterminer le nombre initial de membres et leur répartition entre les groupes régionaux, car la composition du Conseil des Parties n'était pas encore connue. Par conséquent, il a été proposé de libeller le paragraphe 3 de manière à conférer au Conseil le pouvoir de déterminer ultérieurement les modalités de vote et d'élection des personnes candidates. Il a été dit que cette approche permettrait de s'adapter à une éventuelle augmentation du nombre de membres.

21. S'agissant du paragraphe 4, différents avis ont été exprimés sur la méthode de nomination des membres du Tribunal au niveau de première instance et au niveau d'appel et sur les précisions à apporter (voir A/CN.9/WG.III/WP.213, par. 47). Toutefois, de l'avis général, les détails du processus dépendraient largement de la structure du Tribunal, notamment de la question de savoir s'il intégrerait ou non le niveau d'appel.

22. On s'est dit largement favorable à ce que le processus de nomination mette davantage l'accent sur les principes énoncés au paragraphe 5. Il a été dit que l'on pourrait également mentionner la diversité des parcours et des compétences et la

diversité linguistique. Il a été suggéré de s'inspirer des pratiques suivies par d'autres cours et tribunaux internationaux. Toutefois, il a également été estimé qu'il faudrait tenir compte du contexte actuel du RDIE, en ce sens que les cours et tribunaux internationaux ne pourraient pas tous servir d'exemple pour le Tribunal. On s'est demandé comment les principes formulés au paragraphe 5 seraient respectés et qui serait chargé de s'assurer qu'ils l'étaient. En outre, on s'est interrogé sur la question de savoir si la représentation géographique équitable devait être déterminée sur la base des membres du Conseil des Parties (d'où une possible différence entre le niveau de première instance et le niveau d'appel) ou être plus large.

2. **Projet de disposition 9 – « Durée, renouvellement et révocation du mandat »**

23. Concernant le projet de disposition 9 a), des avis divergents ont été exprimés quant au mandat et à la question de savoir s'il devait être renouvelable.

24. Une préférence a été exprimée pour des mandats longs (de neuf ans, par exemple) et non renouvelables, ce qui devait permettre d'assurer l'indépendance et l'impartialité des membres, et de les protéger contre les influences externes indues qu'ils pourraient subir en cherchant à être réélus. Il a également été dit que de longs mandats pouvaient contribuer à la collégialité parmi les membres et favoriser une jurisprudence cohérente.

25. Selon un autre avis, un mandat plus court, de six ou sept ans, par exemple, assorti d'une possibilité de renouvellement, serait peut-être un meilleur moyen d'assurer la diversité et la rotation au sein des groupes régionaux et de favoriser le dynamisme. Il a été dit que le fait de proscrire la réélection pourrait conduire à une pénurie de membres qualifiés, qui auraient peut-être acquis une précieuse expérience.

26. Un appui a été exprimé en faveur de mandats échelonnés, comme prévu au paragraphe 2 du projet de disposition 9 a), l'objectif étant d'assurer la continuité de la composition du Tribunal. Dans ce contexte, il a généralement été estimé que les membres du Tribunal qui se voyaient octroyer des mandats plus courts devaient pouvoir être réélus, de même que ceux nommés afin de remplacer un membre pour la durée restante de son mandat (voir projet de disposition 9 b), par. 2).

27. Le Groupe de travail a estimé qu'il était trop tôt pour décider si le mandat devait être le même pour les membres du niveau de première instance et pour ceux du niveau d'appel, dans la mesure où cette question dépendrait largement de la structure du Tribunal, notamment de la question de savoir s'il intégrerait ou non le niveau d'appel.

28. On s'est dit favorable à ce que les membres du Tribunal restent en fonction au-delà de leur mandat pour mener à bien les affaires qui leur étaient soumises, mais on s'est demandé s'il pourrait en résulter une charge de travail excessive pour le Tribunal et une prolongation indue du mandat des membres concernés.

29. S'agissant de la révocation des membres du Tribunal, abordée au projet de disposition 9 b), on s'est dit favorable à ce que le non-respect du code de conduite constitue un motif de révocation. Toutefois, il a été proposé de limiter la révocation aux cas de manquements graves ou répétés au code. Il a également été dit qu'il fallait définir un seuil clair pour la révocation.

30. Selon un autre avis, il fallait décrire clairement la procédure de révocation des membres du Tribunal, en indiquant qui pourrait demander la révocation, comment serait entendu l'avis des membres visés, qui prendrait la décision et si une contestation serait possible. On s'est demandé si la décision devait être prise par les autres membres du Tribunal, qui pourraient hésiter à révoquer un collègue, la situation pouvant également être source de tension. Si les membres du Tribunal devaient décider de la révocation, une préférence a été exprimée en faveur d'une décision à la majorité qualifiée. Toutefois, il a été dit qu'une décision à l'unanimité renforcerait la légitimité de la révocation.

3. **Projet de disposition 10 – « Conditions d'emploi »**

31. Concernant le projet de disposition 10-1, on s'est dit généralement favorable à l'insertion d'une référence au code de conduite en cours d'élaboration par le Groupe de travail. Il a été proposé que le paragraphe envisage la possibilité de modifications ultérieures du code.

32. Il a été proposé que le projet de disposition 10 ou un projet de disposition distinct traite des sanctions à infliger aux anciens membres du Tribunal, notamment en cas de manquement à tout article applicable du code de conduite.

33. Au sujet du projet de disposition 10-2, il a été proposé d'aborder la question de la rémunération dans une disposition distincte, en tenant également compte du fait que des juges ad hoc pourraient siéger au Tribunal. Selon certains avis, il faudrait examiner la question des traitements, allocations et autres indemnités à la lumière des pratiques suivies par d'autres organes internationaux de règlement des différends et de la structure de financement du Tribunal.

4. **Projet de disposition 11 – « Attribution des affaires »**

34. S'agissant de l'attribution des affaires, abordée au projet de disposition 11, des avis divergents ont été exprimés à l'appui de l'option 1 (y compris les deux variantes de celle-ci) et de l'option 2. Un appui général s'est dégagé en faveur de l'idée selon laquelle le processus d'attribution devrait : i) garantir la neutralité, l'impartialité et l'indépendance, ainsi que la diversité des membres affectés à une affaire ; ii) offrir la souplesse voulue pour s'adapter aux circonstances de l'espèce ; et iii) être transparent. Il a été ajouté que le processus d'attribution dépendrait largement du nombre total de membres ainsi que d'autres aspects du Tribunal sur lesquels le Groupe de travail devait encore parvenir à un consensus.

35. On s'est dit favorable à l'élaboration de critères clairs destinés à guider la présidence du Tribunal dans l'attribution des affaires. Toutefois, des doutes ont été exprimés quant à l'opportunité de confier cette fonction à la présidence, ou à un autre organe composé de membres du Tribunal, car cela pourrait conduire à l'instauration d'une bureaucratie en son sein et entraîner des coûts supplémentaires. Par conséquent, un appui a également été exprimé en faveur d'un processus d'attribution aléatoire. Il a été avancé qu'un tel processus permettrait de faire en sorte que les attributions ne soient pas prévisibles et ainsi d'éviter toute influence de la part des parties en litige. Toutefois, il a été dit que des garanties étaient nécessaires pour veiller à la prise en compte des aptitudes (y compris les connaissances spécialisées et les compétences linguistiques) et de la diversité des membres lors de la composition d'une chambre. À cet égard, on a souligné le rôle que devait jouer la présidence pour ce qui était de superviser le processus d'attribution et de consulter les membres du Tribunal à son sujet.

36. À l'issue de la discussion, il a été estimé dans l'ensemble qu'il faudrait retenir les aspects positifs des options 1 et 2 et des deux variantes de l'option 1, de sorte que, par exemple, les différends soient d'abord attribués aux membres du Tribunal de manière aléatoire, et que la présidence ait la possibilité d'ajuster ou de modifier les attributions en fonction de critères prédéfinis et publiquement accessibles. De l'avis général, les éléments mentionnés dans la deuxième variante de l'option 1 pouvaient servir de point de départ pour élaborer ces critères.

37. S'agissant de l'impossibilité pour les membres du Tribunal ayant la nationalité d'un État défendeur de se voir attribuer une affaire impliquant cet État, un certain appui a été exprimé en faveur de cette restriction, alors que, selon d'autres avis, la nationalité ne devait pas être synonyme de partialité, et il ne fallait pas en faire un critère.

38. Concernant la question de savoir si les chambres du Tribunal devaient être préétablies, de sorte que certains membres y soient affectés pour une durée déterminée, un certain appui a été exprimé en faveur de l'établissement de chambres spécialisées, tandis que la composition des chambres devrait généralement être

déterminée sur une base ad hoc. Le secrétariat a été chargé de mener des recherches sur les pratiques suivies par d'autres organes internationaux de règlement des différends, en particulier par ceux qui avaient adopté une structure associant chambres ad hoc et spécialisées.

39. Si l'idée consistant à établir une grande chambre (voir [A/CN.9/WG.III/WP.213](#), par. 65) a suscité un certain intérêt, on s'est demandé à quel moment celle-ci serait convoquée (par exemple, en cas de questions particulièrement importantes, d'interprétations divergentes par différentes chambres ou d'écart par rapport à un précédent) et qui en ferait la demande.

40. Au sujet d'un éventuel changement de composition après l'attribution d'une affaire, il a été proposé d'établir un mécanisme analogue à la récusation des arbitres, qui permettrait de remplacer un membre par un autre dans certaines circonstances, par exemple en cas de conflit d'intérêts. Il a été dit que ce mécanisme (qui serait distinct de la révocation des membres du Tribunal, traitée au projet de disposition 9) ne devrait pas être trop prescriptif et pourrait être défini dans le règlement intérieur du Tribunal.

B. Voie à suivre

41. Rappelant qu'il avait demandé au secrétariat d'établir une version révisée des projets de dispositions 1 à 7 (voir [A/CN.9/1092](#), par. 78), le Groupe de travail a demandé que les projets de dispositions 8 à 11 soient également révisés à la lumière de ses délibérations. Il a décidé d'examiner les autres questions relatives au Tribunal ([A/CN.9/WG.III/WP.213](#), par. 66 à 78) à une future session, conjointement avec la version révisée du projet de dispositions.

IV. Centre consultatif

42. À la trente-huitième session du Groupe de travail, en octobre 2019, il a été généralement jugé opportun d'envisager plus avant la création d'un centre consultatif sur le droit international des investissements (ci-après le « Centre »), qui compléterait utilement les autres options de réforme à élaborer. À cette session, des avis préliminaires ont été exprimés concernant les bénéficiaires, l'étendue des services et la structure de financement du Centre ([A/CN.9/1004*](#), par. 26 à 49).

43. À la session en cours, le Groupe de travail a examiné la question de la création du Centre, en se fondant sur le document [A/CN.9/WG.III/WP.212](#) et [Add.1](#). Les débats ont porté sur les projets de dispositions 5 à 9, car les services à fournir et les bénéficiaires étaient des éléments essentiels qui influenceraient la structure et le financement du Centre.

A. Services à fournir par le Centre ([A/CN.9/WG.III/WP.212](#), par. 19 à 50)

Projet de disposition 5

44. Un appui général a été exprimé en faveur de la création du Centre et des deux piliers de services décrits au projet de disposition 5. Des avis divergents ont été exprimés au sujet de l'adoption d'une approche échelonnée, la priorité pouvant être donnée au mécanisme d'assistance ou au forum. On a estimé que le Groupe de travail devait se montrer ambitieux concernant le mandat du Centre, tout en ayant à l'esprit les incidences financières et pratiques.

45. Selon un avis, il serait peut-être judicieux de commencer par établir le forum, en tant que mécanisme multilatéral informel de partage d'informations, d'échange de bonnes pratiques et de renforcement des capacités. Il pourrait, par exemple, s'attacher à rendre les États mieux à même de prévenir les différends et de se défendre contre

les actions introduites à leur encontre. Au vu des formalités budgétaires et autres nécessaires à la création du Centre, il a été dit qu'il serait plus simple de mettre en place le forum, ce qui permettrait de toucher un éventail plus large de bénéficiaires au stade initial. Il a été précisé que cette approche n'était pas destinée à se substituer à la création du Centre, mais qu'elle permettrait d'y procéder de manière échelonnée.

46. Selon un autre avis, le Centre devait mettre l'accent sur le mécanisme d'assistance, qui fournirait une assistance et une représentation aux États disposant de ressources limitées. Il a été dit que, même si le forum serait un pilier important du Centre, sa fonction essentielle devrait être de prêter une assistance aux États, en les aidant par exemple à choisir le mécanisme de règlement des différends le plus approprié et à évaluer les forces et les faiblesses de leur dossier. On a également fait observer que, même si des services de renforcement des capacités étaient disponibles aux agents publics, il n'existait pas actuellement de mécanisme servant à fournir des services de représentation juridique, et que la priorité donnée au mécanisme d'assistance permettrait d'éviter les doubles emplois. À cet égard, on a renvoyé à l'étude préliminaire présentée dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.196](#).

47. Il a été dit qu'il faudrait conserver une certaine souplesse pour ce qui était des services à fournir par le mécanisme d'assistance, et que l'on pourrait en ajouter de nouveaux au fil du temps, comme le prévoyait le projet de disposition 8. Si le Centre était mis en place de cette manière, la priorité serait d'abord donnée aux pays les moins avancés (PMA), suivis des pays en développement. Il a été déclaré que ces priorités devraient être clairement définies lors de la création du Centre.

48. S'agissant de l'éventuelle création d'un mécanisme permanent chargé de résoudre les différends relatifs aux investissements, il a été dit que le Centre devrait être une composante essentielle de l'option de réforme proposant la création d'un tel mécanisme. Selon un autre avis, le Centre devrait être neutre et indépendant d'un mécanisme permanent afin de garantir son impartialité et d'éviter d'éventuels conflits d'intérêts, et il devrait fournir une assistance indépendamment du fait qu'un différend soit résolu ou non par le mécanisme permanent. On a ajouté que le mécanisme permanent devrait en tout cas fournir une assistance technique, même si le Centre était créé indépendamment de celui-ci. Il a été dit que le Centre devrait être créé dans le cadre d'organisations existantes.

49. Au vu de l'importance accordée à l'échange d'informations et au partage de bonnes pratiques concernant le RDIE (fonction que devait remplir le forum), le Groupe de travail a prié le secrétariat d'envisager l'organisation d'une réunion informelle à cette fin pendant la session de 2023 de la Commission. On a proposé qu'un projet de programme de la manifestation soit présenté au Groupe de travail à sa session suivante.

Projet de disposition 6

50. Au sujet de l'alinéa a), il a été dit que l'on pourrait aussi mentionner l'apport de conseils sur les négociations et les modes de règlement amiables et non contentieux.

51. Si un appui a été exprimé pour la fourniture d'une représentation juridique par le Centre (totalement ou en partie), comme indiqué à l'alinéa b), des doutes ont également été émis concernant la représentation des États par le Centre dans certaines affaires. On a souligné que la fourniture de services de représentation juridique pouvait être coûteuse, et qu'elle devrait être conditionnée à la disponibilité des fonds. Des avis ont été exprimés selon lesquels il faudrait mettre l'accent sur la fourniture de conseils juridiques ou l'apport d'une assistance aux États, par exemple pour l'évaluation préliminaire des affaires. Il a été noté que, même lorsqu'il fournirait des services de représentation juridique, le Centre devrait s'efforcer de renforcer les capacités des États afin qu'ils soient en mesure de prévenir, traiter et gérer les différends, et éviter de créer involontairement une dépendance.

52. En outre, il a été proposé d'énumérer les services à fournir par le Centre dans l'ordre chronologique, et de mentionner expressément les services liés à la prévention des différends. Selon un avis, il faudrait supprimer les sous-alinéas c) iv) et c) v).

53. Il a été dit que les services devraient être fournis aux États indépendamment de leur position dans la procédure, c'est-à-dire qu'ils soient défendeurs ou demandeurs, et que cela devrait également être indiqué aux projets de dispositions 5 et 6.

54. On s'est demandé si les services à fournir par le Centre se limiteraient aux différends fondés sur des traités ou s'ils engloberaient les actions basées sur le droit des contrats ou de l'investissement. Une autre question était de savoir si le Centre pourrait être chargé d'aider les États dans les différends impliquant des investisseurs nationaux. Il a été dit que l'étendue des services à fournir devrait tenir compte de la compétence du mécanisme permanent et de la portée de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, qui seraient examinées à un stade ultérieur.

55. De manière plus générale, le Groupe de travail a estimé que l'on pourrait se référer au Centre consultatif sur la législation de l'OMC pour concevoir les services à fournir par le Centre.

Projet de disposition 7

56. De l'avis général, les services à fournir par le Centre ne devaient pas se chevaucher avec les fonctions d'autres organisations internationales comme la CNUCED, la Banque mondiale et l'OCDE, et il faudrait modifier le projet de disposition 7 afin d'éviter tout double emploi.

57. Par ailleurs, on s'est inquiété du caractère prescriptif du projet de disposition 7 et du fait que le mot « [o]rienter », au paragraphe 1 a), pouvait prêter à confusion.

58. S'agissant du paragraphe 1 c), on a largement estimé que la fourniture par le Centre de conseils juridiques et de politique générale pouvait poser problème, et qu'il faudrait préciser, le cas échéant, les limites de cette charge. Il a été dit, par exemple, que le Centre ne devrait pas conseiller les États sur la question de savoir si une mesure qu'ils avaient prise ou envisageaient de prendre était conforme aux obligations prévues dans leurs traités d'investissement, car cela pourrait soulever des questions de responsabilité.

59. L'avis a été exprimé que les services énumérés dans le projet de disposition 7 n'exigeaient pas nécessairement la création d'un centre consultatif. On a également fait observer qu'ils feraient doublon avec ceux mentionnés au projet de disposition 6, et qu'il serait peut-être utile de fusionner les deux projets de dispositions.

Projet de disposition 8

60. Bien que le projet de disposition 8 permette d'ajuster les fonctions à remplir par le Centre sur la base d'un examen périodique par le conseil de direction, il a été proposé de prévoir une plus grande souplesse afin que des ajustements puissent être apportés à tout moment, en fonction des ressources dont disposerait le Centre.

B. Bénéficiaires (A/CN.9/WG.III/WP.212, par. 56 à 67)

61. S'agissant des bénéficiaires, il a été largement estimé que les services du Centre devaient avant tout répondre aux besoins des États, en particulier des PMA et des pays en développement. Toutefois, des doutes ont été exprimés quant à cette catégorisation, qui pourrait ne pas correspondre aux besoins d'assistance des différents États. Il a été proposé que le projet de disposition 9 indique que les services étaient fournis aux États membres du Centre, la priorité à donner à certains États faisant l'objet d'un paragraphe distinct (voir par. 47 ci-dessus). Toutefois, il a été dit qu'il serait peut-être intéressant de fournir des services à des États non membres du Centre lorsque cela bénéficierait également aux États membres et pourrait être réalisé de manière économique (par exemple, échange d'informations et partage de connaissances).

62. Il a été proposé d'établir différents types de membres, correspondant à la fourniture de différents services par le Centre. À cela, on a opposé que la structure du Centre ne devrait pas être trop complexe et que l'octroi du plein statut de membre à tous les États serait préférable.

63. On a largement estimé que le Centre, lorsqu'il fournirait des services aux États, devrait suivre des règles claires concernant l'établissement de priorités, règles qui pourraient notamment tenir compte des besoins des États et éviter toute impression de politisation quant aux décisions du Centre. Au sujet de la règle énoncée dans l'option 1, qui pouvait limiter l'accès des États aux services de représentation juridique s'ils avaient reçu ou recevaient ce type de services, on s'est demandé si la même règle s'appliquerait aux autres services du Centre. Il a été dit que l'option 2 offrirait la souplesse voulue pour réagir à des évolutions imprévues. En outre, il a été suggéré d'associer les options 1 et 2. Il a été dit que la règle de priorité énoncée dans l'option 1 pouvait constituer un point de départ, et qu'il faudrait donner au conseil de direction la latitude d'apporter des ajustements en fonction des circonstances.

64. Si des avis ont été exprimés en faveur de l'inclusion des investisseurs demandeurs (en particulier des micro-, petites et moyennes entreprises, désignées par le sigle MPME) parmi les bénéficiaires des services du Centre, on a estimé que les MPME ne devraient pas en faire partie, surtout comme bénéficiaires de services de représentation. Il a été dit que la définition des MPME variait d'un pays à l'autre, et que le fait de subventionner les demandes des investisseurs irait à l'encontre des objectifs du Centre. En outre, on a fait observer que le Centre pourrait se trouver en position de conflit d'intérêts s'il fournissait des services à la fois aux investisseurs et aux États, notamment pour ce qui était de la représentation juridique. Il a toutefois été proposé d'étudier la question de savoir si le Centre pourrait fournir des services aux MPME à un stade ultérieur, une fois que les services à fournir seraient plus clairement définis. Il a été dit que les MPME et les personnes physiques pourraient avoir accès à certains services, par exemple aux bases de données, aux outils de recherche et aux ressources des ateliers, moyennant des incidences budgétaires limitées.

C. Voie à suivre

65. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée du projet de dispositions sur le Centre à la lumière des délibérations de la session.

V. Instrument multilatéral sur la réforme du RDIE

66. À la trente-neuvième session du Groupe de travail, en octobre 2020, il a été dit qu'un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE devrait fournir un cadre pour la mise en œuvre de divers éléments de réforme, et qu'une approche souple et cohérente concernant les différents éléments de réforme était nécessaire, pour permettre aux États parties de décider si et dans quelle mesure ils adopteraient les différents éléments (A/CN.9/1044, par. 105). À la session en cours, le Groupe de travail a poursuivi l'examen de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, en se fondant sur le document A/CN.9/WG.III/WP.221.

A. Structure possible d'un instrument multilatéral (A/CN.9/WG.III/WP.221, par. 7 à 13)

67. Le Groupe de travail a examiné la structure possible de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE. Dès le début, des avis ont été exprimés selon lesquels il était trop tôt pour engager une telle discussion, étant donné que plusieurs éléments de réforme étaient encore en cours d'élaboration, et il serait prudent d'attendre que des progrès aient été accomplis à cet égard avant de poursuivre cette discussion. Toutefois, il a également été estimé que cette discussion serait utile, car elle pourrait

orienter l'élaboration des éléments de réforme, et la structure devrait en tous les cas être adaptée au fur et à mesure de l'avancée des travaux. De manière générale, on a souligné que l'instrument devrait assurer un équilibre entre cohérence et souplesse.

68. Les débats se sont orientés autour de deux structures potentielles : une convention cadre assortie de protocoles et une convention unique assortie d'annexes. On a fait observer qu'il n'était pas nécessaire d'établir de distinction claire entre les deux structures, car elles étaient de nature similaire, et des protocoles aussi bien que des annexes pourraient donner aux États la latitude d'adopter ou de rejeter les éléments de réforme correspondants. Par conséquent, il a été estimé que l'instrument pourrait, de manière générale, avoir pour structure celle d'un instrument juridique unique qui comprendrait des dispositions fondamentales assorties de protocoles et/ou d'annexes facultatifs. De plus, il a été proposé de structurer l'instrument de façon à permettre la mise en œuvre d'éventuelles futures réformes.

69. Il a été dit qu'il fallait prévoir un mécanisme permettant à un État de devenir partie à un protocole sans devenir partie à l'instrument unique. Toutefois, des doutes ont été exprimés à cet égard, car cela pourrait aller à l'encontre de l'approche consistant à énoncer les dispositions fondamentales dans l'instrument unique. Il a aussi été mis en avant que cela pourrait avoir une incidence sur la ratification des protocoles au niveau national.

70. En outre, de l'avis général, la question de savoir si et comment un élément de réforme serait rattaché à l'instrument unique ne pourrait être traitée qu'une fois élaboré l'élément de réforme en question. On a également fait observer que tous les éléments de réforme ne figureraient pas nécessairement dans l'instrument, car certains pourraient être mis en œuvre par d'autres moyens (par exemple, dans le cadre d'un règlement d'arbitrage, de textes d'orientation ou de clauses types).

71. Il a été noté que le secrétariat élaborait des projets de dispositions sur plusieurs éléments de réforme, et il a été demandé d'en préparer l'insertion dans l'instrument, le moment venu. Toutefois, il a été souligné que cette démarche ne devait pas préjuger de la décision du Groupe de travail quant à savoir si ces dispositions auraient leur place dans l'instrument ou dans l'un des protocoles ou l'une des annexes, ou si elles seraient mises en œuvre par d'autres moyens. On a insisté sur le fait qu'il faudrait en définitive s'attacher à déterminer, par exemple, si chacun des éléments de réforme entraînerait des modifications des accords d'investissement existants.

B. Cohérence et souplesse (A/CN.9/WG.III/WP.221, par. 14 à 30)

1. Cohérence et fonctionnement de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE

72. Le Groupe de travail a engagé une discussion sur la teneur possible des dispositions fondamentales de l'instrument, qui viseraient à assurer la cohérence de l'application des éléments de réforme.

Objectifs

73. De l'avis général, les objectifs de l'instrument devraient constituer l'une des dispositions fondamentales. Si l'on a fait observer que l'instrument pourrait avoir pour objectifs essentiels de répondre aux préoccupations recensées par le Groupe de travail pendant la première phase de son mandat et d'entreprendre une réforme du système de RDIE, il a été généralement estimé qu'il était difficile, au stage actuel des délibérations, de fixer d'autres objectifs concrets, et qu'il faudrait pour cela attendre que les éléments de réforme aient été entièrement élaborés et approuvés. Le secrétariat a été prié d'apporter des précisions concernant les principes énumérés au paragraphe 16 (par exemple, transparence, efficacité et objectifs de développement durable), afin que le Groupe de travail puisse étudier la possibilité d'en faire des objectifs de l'instrument à un stade ultérieur.

Modes de RDIE

74. Le Groupe de travail s'est demandé si une disposition dans laquelle les États parties détermineraient les modes de RDIE auxquels ils consentiraient en vertu de l'instrument, comme on en trouvait dans les accords d'investissement existants, devait faire partie des dispositions fondamentales. S'il a été expliqué que cela permettrait d'exposer les différents modes de RDIE prévus par l'instrument et leur relation avec les modes disponibles dans les accords d'investissement existants, et ainsi d'aider les investisseurs demandeurs à déterminer les options à leur disposition, des doutes ont été exprimés quant à la nécessité d'une telle disposition. On a également estimé qu'il était trop tôt dans le processus de réforme pour appréhender la manière dont les différents modes de RDIE interagiraient entre eux. À l'issue de la discussion, le secrétariat a été prié d'étudier les questions sous-jacentes (notamment le lien avec le consentement déjà fourni par les États au titre des traités et mécanismes existants) et d'examiner l'opportunité d'élaborer une disposition de ce type.

Gouvernance/institution

75. De l'avis général, les dispositions fondamentales devaient inclure des dispositions sur la gouvernance de l'instrument, dont le bon fonctionnement nécessiterait un appui institutionnel.

76. Des avis divergents ont été exprimés quant à la forme de la structure de gouvernance, qui pourrait consister en une conférence des Parties et/ou un secrétariat. Au vu des probables contraintes budgétaires, il a été jugé préférable que la structure de gouvernance reçoive l'appui d'une institution existante. S'agissant des fonctions à remplir, le contrôle de la conformité avec l'instrument et l'interprétation de celui-ci ont soulevé des doutes, tandis qu'un appui a été exprimé en faveur de fonctions plus techniques (contrôle des formalités conventionnelles, appui aux négociations des protocoles et des annexes, synthèse des éléments de réforme mis en œuvre). Il a été ajouté que certaines des fonctions mentionnées pourraient également être assurées par un groupe d'experts indépendant. Il a été largement estimé que les fonctions exactes ne pourraient être déterminées qu'à un stade ultérieur et que les éléments de réforme figurant dans les protocoles ou les annexes pourraient nécessiter des structures de gouvernance distinctes. Il a été indiqué que la structure de gouvernance de l'instrument dépendrait des fonctions visées et de la manière dont ces fonctions seraient réparties entre la structure de gouvernance de l'instrument lui-même et la structure de gouvernance en ce qui concerne des éléments de réforme spécifiques. À l'issue de la discussion, il a été demandé au secrétariat d'élaborer des projets de dispositions sur les possibles modalités de gouvernance de l'instrument (notamment des options pour fournir un appui institutionnel), en proposant différentes options à examiner par le Groupe de travail.

Modification

77. Des vues divergentes ont été exprimées sur la question de savoir si les règles relatives à la modification de l'instrument (y compris les éventuels protocoles ou annexes s'y rapportant) devraient faire partie des dispositions fondamentales. On a exprimé l'avis qu'il faudrait y inclure une disposition relative à la modification de l'instrument, mais que les protocoles ou les annexes devraient eux-mêmes traiter de leur modification.

Autres

78. Il a été proposé qu'une clause sur l'interaction entre l'instrument unique et les protocoles ou les annexes fasse partie des dispositions fondamentales. Il a en outre été proposé de prévoir des dispositions fondamentales sur le champ d'application de l'instrument unique et des protocoles ou des annexes, la définition des termes qui y figureraient, l'entrée en vigueur et l'extinction.

2. Souplesse

79. Il a été généralement estimé que l'instrument devrait être suffisamment souple pour s'adapter aux évolutions futures et résister à l'épreuve du temps. On a estimé qu'il serait nécessaire de tenir compte des intérêts ou des préoccupations spécifiques des États en les autorisant à formuler des réserves. Cependant, il a été dit qu'il convenait de faire preuve de prudence lorsqu'il s'agissait d'utiliser celles-ci comme principal vecteur de souplesse, car cela pouvait être source d'insécurité juridique.

C. Champ d'application et relation avec les traités existants (A/CN.9/WG.III/WP.221, par. 31 à 48)

1. Application aux accords d'investissement futurs

80. De manière générale, des doutes ont été exprimés sur la démarche visant à interdire aux États de s'écarter des dispositions de l'instrument dans les accords d'investissement futurs, et sur le fait que l'instrument fournisse un ensemble complet de dispositions régissant les différends entre investisseurs et États à intégrer dans les futurs traités. Toutefois, selon d'autres avis, cette approche pourrait assurer une application cohérente des éléments de réforme à l'avenir, et il pourrait être utile de fournir un ensemble de dispositions, car les États pourraient y renvoyer dans leurs accords d'investissement ou s'y reporter lors de leurs futures négociations. Néanmoins, on a généralement fait observer que l'instrument ne pourrait pas circonscrire ce que les États voudraient négocier et ce dont ils souhaiteraient convenir dans leurs futurs accords d'investissement.

81. S'agissant de la portée de l'instrument, on s'est demandé si ses dispositions pourraient s'appliquer en cas d'utilisation de mécanismes de règlement des différends entre États pour résoudre des différends relatifs à des investissements.

2. Relation avec les accords d'investissement existants

82. De l'avis général, l'un des objectifs de l'instrument devrait être l'application des éléments de réforme aux accords d'investissement existants. Selon d'autres avis, il devrait présenter des éléments de réforme évolués, parmi lesquels les États pourraient choisir, qui pourraient compléter les accords d'investissement existants, sans avoir d'effet sur eux, ni viser à les modifier. Par ailleurs, il a été dit qu'il faudrait laisser aux États parties à l'instrument le soin de décider si les éléments de réforme s'appliqueraient aux accords d'investissement existants. Il a été ajouté que si les États parties souhaitaient effectivement que les éléments de réforme s'appliquent aux accords existants, il faudrait clairement l'indiquer dans l'instrument.

83. On a généralement fait observer que les États pourraient définir la relation entre un traité existant et un nouveau traité, et que la Convention de Vienne sur le droit des traités (la « Convention de Vienne ») devrait servir de point de départ pour aborder cette question. Toutefois, il a été dit que tous les États n'étaient pas parties à la Convention de Vienne, et qu'il serait peut-être avisé de clairement exposer dans l'instrument la relation de celui-ci avec les accords d'investissement existants (notamment la manière dont il en modifierait certaines dispositions), plutôt que de s'en remettre à la Convention de Vienne ou à une clause d'interprétation des traités. On a estimé que l'apport de cette sécurité rendrait l'instrument plus convivial. Par ailleurs, il a été dit que la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et de la Convention multilatérale de l'OCDE pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices offraient des exemples d'utilisation d'une telle clause.

84. Concernant la manière dont l'instrument pourrait interagir avec les accords d'investissement existants, la modification, la modification *inter se* et la suspension (totale ou partielle) de ces accords ont été considérées comme des options possibles.

Il a aussi été suggéré d'utiliser les outils d'interprétation des traités, soit dans le contexte de l'instrument, soit dans le cadre des accords d'investissement existants.

85. Il a été dit que les éléments de réforme qui n'avaient pas été pris en compte dans les accords d'investissement existants seraient plus faciles à mettre en place, comme dans le cas du Règlement sur la transparence, tandis que ceux qui figuraient déjà dans des accords existants pourraient nécessiter une plus grande attention. Dans ce contexte, il a été largement estimé que la relation avec les accords existants et leur éventuelle modification dépendraient de l'élément de réforme considéré. Il a été proposé que le secrétariat élabore des libellés types que le Groupe de travail pourrait examiner dans le cas où il souhaiterait appliquer un élément de réforme aux accords existants en en modifiant les dispositions.

86. S'agissant de l'insertion d'une clause de compatibilité ou de conflit dans l'instrument, il a été généralement estimé qu'une telle clause devrait être élaborée pour chaque élément de réforme et y être adaptée, comme dans le cas de l'article 2-2 du projet de code de conduite. Il a été déclaré qu'il était trop tôt pour établir une clause générale applicable à l'ensemble des protocoles ou annexes, qui pourrait être de nature facultative. Selon un avis, une formulation possible consisterait à indiquer que les dispositions de l'instrument n'auraient pas d'incidence sur les droits et obligations des États parties découlant d'autres traités.

87. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat de présenter les questions pertinentes qui pourraient se poser au sujet des accords d'investissement existants, au fur et à mesure de l'élaboration des différents éléments de réforme, et d'établir des libellés normalisés qui pourraient s'appliquer dans différentes situations.

D. Voie à suivre

88. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir, sur la base des délibérations, une version actualisée de la note ([A/CN.9/WG.III/WP.221](#)), qui contiendrait des projets de dispositions, comme indiqué ci-dessus.

VI. Évaluation des dommages et des indemnisations et autres questions transversales ([A/CN.9/WG.III/WP.220](#))

89. On a rappelé les préoccupations exprimées au sein du Groupe de travail au vu des décisions incohérentes concernant l'application des règles de droit à l'évaluation des dommages et des indemnisations ([A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#), par. 30), ainsi que du montant élevé des indemnisations accordées par les tribunaux arbitraux, qui pouvait compromettre l'aptitude des États à régler ([A/CN.9/970](#), par. 36 à 38).

90. À la session en cours, le Groupe de travail a examiné la question de l'évaluation des dommages et des indemnisations, en se fondant sur le document [A/CN.9/WG.III/WP.220](#).

91. Le Groupe de travail s'est accordé sur le fait que l'évaluation des indemnisations pourrait se révéler complexe, ce qui contribuait à accroître les coûts et la durée des procédures de RDIE. De l'avis général, cette complexité posait de grandes difficultés en ce qui concerne l'exactitude, la cohérence et la prévisibilité des sentences relatives aux indemnisations. Il a en outre été souligné que les sentences impliquant des indemnisations importantes avaient souvent des incidences budgétaires néfastes pour les États défendeurs, ce qui nuisait à l'intérêt public.

Portée des travaux

92. S'agissant des questions que pourrait aborder le Groupe de travail, des avis ont été exprimés selon lesquels les indications fournies aux paragraphes 65, 69, 73, 76 et 77 lui offraient une base solide pour déterminer les travaux à mener.

93. Toutefois, on s'est inquiété de ce que les questions énumérées au paragraphe 65 touchaient au fond et qu'il ne serait pas réaliste que le Groupe de travail s'attache à en traiter la totalité, compte tenu des nombreux éléments de réforme déjà en cours d'élaboration. On a estimé que le mandat du Groupe de travail portait sur les aspects procéduraux du RDIE et on s'est demandé si les questions liées aux normes de compensation relevaient de ce mandat. On s'est également demandé s'il serait faisable de mener à bien à la fois des travaux sur les dommages et sur les autres éléments de réforme dans un délai raisonnable. Des questions ont été soulevées concernant le paragraphe 65 sur les éléments de réforme qui pourraient faire intervenir de manière appropriée le rôle potentiel des organismes nationaux et du droit interne dans le calcul des dommages et le type de travaux qui pourraient être envisagés.

94. En réponse, il a été dit que certaines questions de la liste étaient de nature procédurale ou pourraient être traitées dans le cadre de réformes procédurales. On a ajouté qu'il serait difficile ou artificiel de classer les questions selon qu'elles touchaient au fond ou à la procédure, et que le Groupe de travail s'était vu confier un large mandat concernant une éventuelle réforme du « règlement des différends » entre investisseurs et États. On a souligné qu'il importait d'élaborer des éléments de réforme visant à remédier aux problèmes qui avaient des conséquences particulièrement graves pour les pays en développement. Cependant, il a été dit qu'il faudrait veiller à ne pas se lancer dans des travaux sur les normes de fond sous-jacentes. On a également fait observer que les travaux ne devraient pas remettre en cause le droit de recours des investisseurs en cas de manquement à une obligation conventionnelle, mais plutôt mettre l'accent sur les modalités d'évaluation des dommages ainsi que sur les incohérences injustifiables et l'inexactitude des décisions ayant trait au calcul des dommages. Il a été dit qu'il faudrait s'efforcer d'inciter les investisseurs à présenter des demandes plus raisonnables concernant les dommages et de faire en sorte que les décisions des tribunaux y relatives soient raisonnables et justifiables.

95. Dans ce contexte, on s'est dit favorable à ce que le Groupe de travail examine les questions suivantes : les normes d'indemnisation, la méthode d'évaluation, le lien de causalité, les critères d'évaluation des demandes exagérées et les sanctions possibles (répartition des coûts, sanction relative à la différence entre les dommages demandés et octroyés), la charge de la preuve, la date d'évaluation, les preuves spéculatives, le rôle des experts (y compris les écarts dans le calcul des dommages par les experts nommés par les parties), les incidences du comportement de l'investisseur sur le montant accordé et les intérêts. Il a également été dit que les éléments de réforme relatifs aux dommages devraient viser à faire en sorte que les demandes des investisseurs (ainsi que les sentences des tribunaux arbitraux) soient réalistes et proportionnées aux dommages subis. Au vu des ressources limitées du Groupe de travail et du secrétariat, il a été jugé nécessaire d'établir des priorités entre les différentes questions recensées, plutôt que de chercher à toutes les traiter de front.

96. Au sujet du rôle des experts, il a été dit que les parties en litige devraient avoir le droit de nommer leurs propres experts. Il a également été dit que la plupart des règlements d'arbitrage donnaient aux tribunaux le pouvoir de nommer leurs propres experts, afin d'assurer l'efficacité de la procédure et de remédier à d'éventuels écarts de calcul. Dans ce contexte, il a été proposé d'étudier le lien entre le calcul par les experts (y compris la méthode utilisée) et la charge de la preuve. Il a été question des travaux déjà entrepris par d'autres organisations sur le sujet. Outre les points mentionnés au paragraphe 77, il a été proposé d'examiner la question de la bifurcation entre la responsabilité et la formule utilisée.

97. S'agissant d'un éventuel plafonnement des indemnisations en réponse aux préoccupations soulevées, il a été dit que les sentences en question reflétaient l'impact qu'une mesure publique avait sur des investissements, ce qui pouvait représenter un montant élevé de capital. Il a été ajouté que la possibilité d'une indemnisation pécuniaire garantissait le respect de leurs obligations par les États et apportait aux investisseurs la confiance nécessaire. Toutefois, on a estimé que le montant des

dommages devrait se limiter au montant investi, surtout dans les cas où les activités n'avaient pas encore commencé.

98. Si, selon un avis, la création d'un mécanisme permanent pourrait répondre à certaines des préoccupations soulevées par le calcul des dommages, selon un autre avis, un tel mécanisme ne répondrait pas nécessairement à toutes les préoccupations exprimées.

99. Concernant la forme des travaux à mener, des avis divergents ont été exprimés quant à savoir s'il faudrait élaborer des dispositions conventionnelles, des lignes directrices ou des clauses types pour traiter les différentes questions. On a dit que l'instrument qui serait élaboré à cet égard devrait généralement viser à fournir des orientations.

Voie à suivre

100. Compte tenu de l'appui exprimé en faveur de la poursuite des travaux sur l'évaluation des dommages et des indemnisations, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'élaborer un projet de texte comprenant des dispositions et des lignes directrices qui permettraient de répondre aux préoccupations que soulèvent les dommages et indemnisations en ce qui concerne l'exactitude et la cohérence, ainsi que les coûts et la durée. On a dit que ces dispositions et lignes directrices pourraient s'inspirer des dispositions figurant dans les traités qui visaient à répondre à ces préoccupations dans le cadre de procédures de règlement des différends. On a fait remarquer que le projet de texte pourrait, entre autres, aborder la pratique consistant à ne pas s'appuyer sur des preuves spéculatives, préciser les exigences de causalité, examiner la répartition de la charge de la preuve et les autres questions de preuve, la répartition des coûts en se fondant sur le comportement des parties, et le rôle des experts. En outre, il a été demandé au secrétariat d'élaborer des textes explicatifs sur les modalités d'application des projets de dispositions par les tribunaux. Par exemple, le projet de disposition sur les preuves spéculatives pourrait être accompagné d'indications sur les méthodes d'évaluation, la date d'évaluation et les taux d'intérêt. Il a été affirmé que la forme et la teneur du projet de texte à élaborer par le secrétariat ne préjugeraient pas de la décision que le Groupe de travail prendrait à un stade ultérieur.

Autres questions transversales

101. Ayant achevé ses débats sur l'évaluation des dommages et des indemnisations, le Groupe de travail s'est attaché à déterminer les questions dites transversales qui pourraient être traitées dans le cadre d'une réforme procédurale. L'objectif était de donner des orientations au secrétariat concernant les projets de dispositions à élaborer en supplément de ceux figurant dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.219](#) (voir par. 8 dans ce document). Il a été indiqué que des éléments de réforme étaient déjà en cours d'élaboration au sujet des demandes présentées par des actionnaires et des pertes par ricochet, ainsi que des autres types de procédures multiples. Dans ce contexte, il a été dit que le projet de réforme actuel mettait déjà à rude épreuve les capacités du Groupe de travail et qu'il pourrait être difficile d'achever les travaux sur toutes les questions dans un délai raisonnable. Il ne faudrait donc pas ajouter de nouvelles questions à celles qui avaient déjà été recensées.

102. Il a été noté qu'à la quatrième réunion intersessions du Groupe de travail, l'une des séances avait eu pour objet de recenser et d'examiner certaines des questions transversales (voir [A/CN.9/WG.III/WP.214](#)). En outre, il a été rappelé que l'annexe d'une communication présentée plus tôt par des gouvernements ([A/CN.9/WG.III/WP.182](#)) dressait une liste des réformes procédurales à examiner par le Groupe de travail.

103. Au cours de la discussion, il a été jugé nécessaire d'examiner plus avant les questions suivantes :

- L'interprétation conjointe contraignante par les parties au traité et les observations sur l'interprétation soumises par les parties au traité non contestantes ;
- La renonciation à la présentation de demandes devant d'autres instances concernant le même litige, ou par l'intermédiaire d'autres maillons de la chaîne de l'entreprise ;
- Les clauses d'option irrévocable [dites en anglais « fork-in-the-road » (de croisée des chemins)] et les autres moyens de traiter la relation entre les recours internes et internationaux ;
- L'épuisement des recours internes ;
- Les délais de prescription pour la présentation des demandes ;
- La limitation de la portée des demandes pouvant être introduites par certains investisseurs dans certaines circonstances ;
- La non-soumission au RDIE des décisions des tribunaux nationaux ;
- La résiliation des demandes abandonnées ;
- La limitation des possibilités de recherche du traité le plus favorable ;
- L'administration de la preuve (y compris la fabrication de celle-ci) et la charge de la preuve ;
- La jonction d'instances ;
- La transparence de la procédure ;
- La présentation d'observations par les parties non contestantes et la participation des tiers, notamment des parties touchées ;
- La compétence exclusive des tribunaux nationaux en matière d'interprétation du droit interne et la primauté de leurs décisions ;
- La frilosité réglementaire ; et
- La possibilité de résoudre les différends relatifs aux investissements par des mécanismes de règlement des différends entre États.

104. Le secrétariat a été prié d'élaborer des projets de dispositions sur les questions susmentionnées, en tenant compte de la pratique conventionnelle récente, du Règlement d'arbitrage du CIRDI, qui avait été modifié récemment, et des études menées par d'autres organisations en vue de recenser les meilleures pratiques. Il a également été prié de tenir compte du fait que certaines des dispositions mentionnées ci-dessus n'avaient pas été interprétées conformément à l'intention des parties au traité.

VII. Projets de dispositions sur les réformes procédurales (A/CN.9/WG.III/WP.219)

105. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait tenu des délibérations préliminaires sur la réforme des règles de procédure lors de sessions précédentes (A/CN.9/1044, par. 41 à 89 ; et A/CN.9/964, par. 124 à 134).

106. À la session en cours, le Groupe de travail a poursuivi l'examen des réformes procédurales, en se fondant sur le document A/CN.9/WG.III/WP.219, qui présentait des projets de dispositions concernant : i) le rejet rapide des demandes (projet de disposition A) ; ii) la garantie pour frais (projet de disposition B) ; iii) la répartition des coûts (projet de disposition C) ; iv) les demandes reconventionnelles (projet de disposition D) ; et v) le financement par un ou des tiers (projet de disposition E).

A. Rejet rapide des demandes manifestement dénuées de fondement juridique (A/CN.9/WG.III/WP.219, par. 11 à 18)

107. Un appui général a été exprimé en faveur de l'insertion d'une règle sur le rejet rapide, destinée à traiter rapidement les demandes infondées ou abusives. On a fait observer qu'il faudrait établir une règle analogue, le cas échéant, dans le contexte d'un mécanisme d'appel ou d'un mécanisme permanent, moyennant les ajustements voulus. Le Groupe de travail a examiné le projet de disposition A, tel qu'il figurait au paragraphe 12 du document [A/CN.9/WG.III/WP.219](#).

108. Concernant le paragraphe 1, des avis divergents ont été exprimés quant à savoir si le tribunal arbitral devrait être habilité à statuer « de sa propre initiative ». Certains étaient d'avis que les décisions de rejet rapide devraient se fonder sur une requête d'une partie contestante, et que, prises à l'initiative du tribunal, elles pourraient mettre en doute son indépendance et son impartialité. Selon un autre avis, le tribunal devrait avoir la latitude de prendre ce type de décisions, ce qui serait un moyen de gérer efficacement la procédure et pourrait bénéficier aux parties.

109. Des doutes ont été exprimés sur le fait que les demandes reconventionnelles et les demandes aux fins de compensation puissent faire l'objet d'un rejet précoce. Il a été rappelé qu'un objectif essentiel du mécanisme était de réduire le coût et la durée des procédures, et qu'une disposition permettant de rejeter ce type de demandes n'irait pas en ce sens, les demandes reconventionnelles étant souvent accompagnées d'un moyen de défense. On a renvoyé à l'article 41 du Règlement d'arbitrage du CIRDI (2022) (le « Règlement du CIRDI »), où il était uniquement question de « demandes », ainsi qu'à d'autres règlements d'arbitrage en vigueur prévoyant le rejet rapide non seulement des demandes, mais aussi des demandes reconventionnelles.

110. On a estimé que le projet de disposition A devrait autoriser le rejet rapide d'une demande ou « de toute partie de celle-ci ». Il a été proposé d'étendre le rejet rapide aux « moyens de défense » mais, de l'avis général, sa portée devait se limiter aux demandes. Il a été indiqué que, dans le cas d'un moyen de défense, la procédure de rejet et ses conséquences seraient très différentes.

111. S'il était généralement entendu que l'expression « manifestement dénuée de fondement juridique » servirait de base à une évaluation *prima facie* du tribunal arbitral, on a estimé qu'il faudrait en préciser le sens en renvoyant à la jurisprudence. Toutefois, on s'est inquiété de ce que les tribunaux avaient imposé un seuil élevé difficile à atteindre, et l'on s'est demandé si cette expression couvrirait suffisamment les demandes abusives et les cas d'abus de procédure.

112. De l'avis général, le projet de disposition A devrait couvrir toute exception selon laquelle une demande qui entrait dans le champ de compétence du tribunal arbitral était « manifestement » dénuée de fondement juridique. On a fait observer qu'une décision défavorable du tribunal ne devrait pas priver les parties du droit de soulever par la suite une nouvelle exception de compétence, ce qu'il faudrait indiquer au paragraphe 7. Il a été dit que le tribunal devrait avoir la latitude de statuer sur sa compétence sans qu'une partie contestante n'en fasse la requête (voir par. 108 ci-dessus).

113. Au sujet du paragraphe 2, il a été proposé que le délai de présentation de la requête soit compris entre 30 et 60 jours, et une préférence a été exprimée pour une harmonisation avec l'article 41-2 a) du Règlement du CIRDI (45 jours). Des avis ont été exprimés concernant le moment où le délai devrait commencer à courir, par exemple à compter de la constitution du tribunal arbitral ou de la communication du mémoire en demande (à comparer avec la notification ou la demande d'arbitrage), suivant celle de ces deux étapes qui interviendrait le plus tard. Il a été expliqué que cette approche permettrait de couvrir, par exemple, les situations où le mémoire en demande était communiqué avant la constitution du tribunal arbitral, et celles où il l'était quelque temps après.

114. Concernant le paragraphe 3, il a été proposé de supprimer les mots « le plus précisément possible ». De l'avis général, il n'était pas nécessaire que le projet de disposition A prévoie un processus en deux étapes comme celui actuellement envisagé aux paragraphes 4 et 5. Dans la mesure où la seconde phrase du paragraphe 3 visait à aider le tribunal à décider de statuer ou non sur la requête, il a été proposé de la supprimer conjointement avec le paragraphe 4.

115. Il a été déclaré que le projet de disposition A devrait décrire la procédure de rejet rapide dans son ensemble, notamment pour ce qui était de savoir comment les parties contestantes exprimeraient leurs vues, s'il s'agirait d'une procédure sur pièces, si la procédure principale serait suspendue le temps que le tribunal rende sa décision, et dans quels cas le tribunal prendrait la décision de sa propre initiative. En outre, il a été suggéré que le paragraphe 5 fixe un délai au tribunal pour rendre sa décision, et l'on a renvoyé aux 60 jours prévus à l'article 41-2 e) du Règlement du CIRDI. On a généralement estimé que le délai devrait commencer à courir à la date de la dernière communication relative à la requête, à moins que le tribunal ne soit constitué ultérieurement. Il a été ajouté que le tribunal devrait être à même de prolonger le délai dans certaines circonstances.

116. S'agissant du paragraphe 6, il a été expliqué que la forme de la décision dépendrait largement de sa teneur ; par exemple, si le tribunal arbitral décidait de ne pas donner suite à la demande de rejet précoce, il pourrait délivrer une ordonnance au lieu de rendre une sentence. On s'est demandé si les décisions du tribunal au titre du projet de disposition A devraient être sujettes à réexamen, et comment le mécanisme fonctionnerait lorsqu'elles prendraient la forme d'ordonnances. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 6 et de laisser au tribunal le soin de choisir la forme appropriée. Une autre proposition consistait à préciser dans quels cas il devrait délivrer une ordonnance et dans quels cas il devrait rendre une sentence.

117. De l'avis général, la simple existence d'un financement par un ou des tiers ne devait pas être un élément à prendre en compte par le tribunal pour rendre une décision en application du projet de disposition A. Toutefois, on a fait observer qu'en cas d'interdiction de certains types de financement par un ou des tiers, le rejet rapide de la demande serait un moyen d'application.

118. Par ailleurs, il a été proposé de préciser, au projet de disposition A, que le tribunal arbitral ne devait pas s'attacher à établir les faits en vue de rendre une décision, à l'aide d'une formule indiquant qu'il devait supposer les faits présumés comme vrais.

119. Un appui général a été exprimé en faveur de l'insertion d'une règle analogue à celle énoncée à l'article 52-2 du Règlement du CIRDI.

B. Répartition des frais ([A/CN.9/WG.III/WP.219](#), par. 32 à 43)

120. Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet de disposition C, relatif à la répartition des frais, tel qu'il figurait au paragraphe 33 du document [A/CN.9/WG.III/WP.219](#). Les délégations ont été invitées à communiquer des observations écrites au secrétariat au sujet des projets de dispositions B (garantie pour frais) et D (demandes reconventionnelles). De l'avis général, une règle claire sur la répartition des frais aurait une incidence positive, en réduisant le coût des procédures et en assurant la cohérence des décisions s'y rapportant.

121. S'agissant du paragraphe 1, on s'est dit généralement favorable à l'insertion d'une règle supplétive selon laquelle les frais de la procédure seraient à la charge de la partie qui succombait, le tribunal arbitral étant libre d'en décider autrement. Il a été dit que cette approche correspondait à la pratique arbitrale en vigueur et découragerait l'introduction de requêtes ayant peu de chances d'aboutir. Toutefois, on a fait observer qu'il était souvent difficile de déterminer quelle partie succombait dans une procédure de RDIE, et que le tribunal arbitral devrait être tenu de prendre en compte toutes les circonstances pertinentes de l'espèce pour répartir les frais. Dans le même ordre

d'idées, il a été dit que la répartition des frais entre les parties contestantes ne devrait pas se limiter à des cas exceptionnels.

122. Concernant le paragraphe 2, les avis ont divergé sur la question de savoir si le sens et la portée du terme « frais de procédure » devraient être précisés dans le projet de disposition, ou s'il faudrait s'en remettre sur ce point au traité ou au règlement d'arbitrage applicable. Il a en outre été proposé de donner davantage d'indications au tribunal arbitral pour déterminer si les frais étaient raisonnables, car il disposait d'une trop grande latitude à cet égard.

123. De l'avis général, le paragraphe 3 devrait dresser une liste indicative des éléments à prendre en compte par le tribunal arbitral, et l'on s'est dit généralement favorable aux alinéas a) à c). Au sujet de l'alinéa b), il a été proposé que le tribunal se demande si les parties avaient agi de manière rapide et efficace et conformément à ses instructions, et tienne compte du caractère excessif des demandes ainsi que du rapport de proportion entre les dommages octroyés et ceux réclamés. Les avis ont divergé quant à savoir si l'existence d'un financement par un ou des tiers devrait avoir une incidence sur la répartition des frais. S'agissant des autres éléments pouvant être inclus dans la liste, la complexité et la nouveauté des questions en litige ainsi que le niveau de développement économique de l'État défendeur ont été considérés comme des facteurs à prendre en compte par le tribunal.

124. Concernant le paragraphe 4, il a été largement estimé que les dépenses liées au financement par un ou des tiers ou découlant de celui-ci ne devraient pas faire partie des frais de procédure, et qu'il faudrait donc supprimer l'expression « sauf décision contraire du tribunal arbitral ». On a généralement appuyé les paragraphes 5 et 6 (voir par. 119 ci-dessus).

C. Financement par un ou des tiers (A/CN.9/WG.III/WP.219, par. 52 à 101)

125. Il a été dit que la question du financement par un ou plusieurs tiers dans le contexte du RDIE constituait une source de préoccupation importante et risquait de conduire à une augmentation des demandes abusives. On a souligné que la réglementation de ce financement pourrait profiter aux États disposant de ressources limitées et répondre aux préoccupations exprimées quant à l'utilisation abusive de ce mécanisme en tant qu'opportunité commerciale. Il a été déclaré que les demandes de règlement de différends relatifs à des investissements internationaux ne devaient pas, de manière générale, être motivées par l'octroi d'un financement par des tiers et que la réglementation de ce financement devrait viser à garantir que les demandeurs ne puissent introduire que des demandes fondées.

126. En réponse, il a été dit que les tiers financeurs ne financeraient que des demandes fondées ayant de fortes chances d'aboutir et qu'on avait tort de supposer que les demandes bénéficiant d'un tel financement étaient nécessairement abusives. On a également souligné la valeur d'un tel financement pour ce qui était de permettre un accès à la justice, en particulier pour les micro-, petites et moyennes entreprises (MPME) ainsi que pour les États.

1. Définitions (projet de disposition E-1)

127. Notant que, pour être efficace, toute réglementation relative au financement par des tiers devrait reposer sur des définitions claires des termes clefs, le Groupe de travail a examiné le projet de disposition E-1, étant entendu que les définitions qu'il contenait devraient être ajustées en fonction du modèle de réglementation qui serait retenu en fin de compte.

128. Il a été proposé d'élargir la portée de la définition, afin que cette dernière s'applique à tous les types de financement par des tiers, y compris ceux sans but lucratif. Il a donc été proposé de supprimer le membre de phrase « en échange du versement d'une rémunération dont le montant est fonction de l'issue de la

procédure ». Toutefois, il a aussi été dit qu'il faudrait clairement distinguer le financement commercial du financement sans but lucratif, et on a appuyé le maintien de ce membre de phrase dans la définition.

129. Un certain nombre de propositions ont été faites. Il a notamment été dit qu'il faudrait :

- Couvrir, dans la définition, le financement fourni par le représentant légal ou autre des parties au litige, contrairement aux services fournis par ces représentants à titre de soutien non financier ;
- Préciser la signification du financement « indirect » ;
- Interpréter l'expression « procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux » comme désignant tous les types de procédures visant à résoudre un différend en matière d'investissement ;
- Exclure le financement par les sociétés affiliées d'une entreprise ;
- Inclure le membre de phrase « financer intégralement ou partiellement les frais de la procédure » dans la définition du financement par un ou des tiers ; et
- Interpréter le terme « partie financée » comme incluant à la fois les investisseurs demandeurs et les États défendeurs.

2. Modèles de réglementation (A/CN.9/WG.III/WP.219, par. 62 à 74)

130. Le Groupe de travail a examiné les différents modes de réglementation du financement par un ou des tiers (appelés « modèles de réglementation ») et des opinions divergentes ont été exprimées sur le niveau de réglementation à envisager. Si l'on a mentionné les avantages et les inconvénients de chaque modèle, il a également été noté que ces modèles partageaient certains points communs.

131. On a appuyé le modèle fondé sur l'interdiction compte tenu des incidences négatives que ce type de financement avait sur la dynamique des procédures de RDIE, y compris l'introduction d'un élément commercial dans un mécanisme établi dans le but de protéger les investisseurs. Il a été dit que l'on pourrait envisager certaines exceptions, même dans le cadre du modèle fondé sur l'interdiction, par exemple pour les MPME et les mécanismes d'aide juridictionnelle. Des avis divergents ont été exprimés en ce qui concerne les options rédactionnelles présentées au paragraphe 64.

132. On s'est interrogé sur la mise en œuvre du modèle fondé sur la restriction. Il a été dit que la partie financée pourrait avoir des difficultés à démontrer que le financement répondait à un seuil plutôt élevé, notamment celui prévu dans le modèle fondé sur l'exception d'accès à la justice. On s'est également interrogé sur le sens de l'expression « dispositions applicables en matière de développement durable », qui différerait d'un pays à l'autre. On s'est demandé par ailleurs si les restrictions au financement par des tiers était un moyen adapté de promouvoir les objectifs de développement durable.

133. Un certain appui a été exprimé en faveur du modèle fondé sur la permission, qui autoriserait en principe le financement par un ou des tiers, sauf dans des circonstances limitées. Toutefois, il a été indiqué qu'il faudrait faire preuve de prudence en rédigeant ces exceptions, car une disposition telle que celle figurant à l'alinéa a) risquait de revenir à interdire la plupart des types de financement par des tiers. Il a été proposé d'inclure, à titre d'exemple de types de financement interdits, le financement par un ou des tiers constituant un abus de procédure.

134. Selon un autre avis encore, aucun des modèles de réglementation n'était approprié, car le financement par des tiers n'entraînait pas nécessairement un conflit d'intérêts. Il pouvait permettre l'accès à la justice et la réglementation le concernant exigeait un équilibre savant entre les différents intérêts en jeu. Tout en reconnaissant qu'il fallait urgemment remédier à l'absence actuelle de transparence dans la pratique du financement par des tiers et aux conflits d'intérêts qui pouvaient en découler, on s'est déclaré favorable à l'imposition d'une obligation d'information étendue, sans

qu'aucun des modèles de réglementation ne soit mis en œuvre. Une telle obligation pourrait répondre de manière suffisante et adéquate aux préoccupations identifiées, en particulier si elle était combinée avec d'autres règles de procédure telles que celles relatives aux garanties pour frais et à la répartition des frais, et qu'elle permettrait d'éviter la surréglementation. Il a été indiqué également que les modèles de réglementation augmenteraient probablement la charge procédurale imposée aux parties au litige et au tribunal arbitral, en particulier pour ce qui était de déterminer si le financement par des tiers faisait ou non l'objet d'une réglementation. En outre, il a été dit qu'il fallait tout d'abord examiner l'obligation d'information avant de se pencher sur les modèles de réglementation.

3. Obligation d'information (projet de disposition E-2)

135. Un large soutien a été exprimé en faveur de l'obligation d'information en tant que moyen d'améliorer la transparence et d'éviter les conflits d'intérêts. On s'est également déclaré largement favorable à ce que cette obligation soit solide et globale, dépassant même éventuellement la portée de l'obligation visée à l'article 14 du Règlement du CIRDI. Dans ce contexte, on a généralement appuyé les alinéas a) et b) du paragraphe 1. Toutefois, il a été dit que l'obligation d'information devait se limiter au strict nécessaire pour détecter et résoudre un éventuel conflit d'intérêts.

136. En ce qui concerne l'alinéa c) du paragraphe 1, des points de vue divergents ont été exprimés sur la question de savoir si l'accord de financement ou les conditions de ce dernier devaient ou non être soumis à l'obligation d'information. Selon un avis, il était essentiel que ces informations soient divulguées, car elles permettraient au tribunal arbitral et à l'autre partie au litige d'avoir connaissance de tout conflit d'intérêts, de la manière dont le financement était acheminé et de la mesure dans laquelle le tiers financeur pourrait couvrir les coûts de la procédure. Sans la divulgation de ces informations, le tribunal arbitral ne serait pas en mesure de demander des informations supplémentaires conformément au paragraphe 2.

137. Selon un autre point de vue, il faudrait prévoir que l'accord de financement et les conditions de ce dernier devaient uniquement être divulgués à la demande du tribunal arbitral, dans la mesure où cela serait nécessaire pour identifier la nature de l'accord. Il a également été mentionné que l'accord de financement pouvait être soumis à des conditions de confidentialité, ce qui pourrait nuire au respect de l'obligation. Toutefois, il a été indiqué qu'il était possible de satisfaire à l'obligation d'information en prenant certaines mesures, par exemple en supprimant ou masquant les informations confidentielles.

138. Il a été noté qu'il faudrait ajuster les informations susceptibles d'être demandées par le tribunal arbitral en vertu du paragraphe 2 en fonction du modèle de réglementation – par exemple, les alinéas b) et d) pourraient être applicables dans le modèle fondé sur la permission, mais pourraient être supprimés si ce modèle n'était pas retenu. L'alinéa f) donnerait un large pouvoir discrétionnaire au tribunal arbitral et celui-ci devrait être conscient du fait que les parties au litige ne seraient peut-être pas en mesure d'accéder à toutes ces informations.

139. Il a été estimé qu'il ne faudrait pas prévoir d'exceptions, ou alors que des exceptions limitées, à l'obligation d'information afin de permettre un examen attentif. Selon un autre avis, les informations devraient être communiquées dès la conclusion de l'accord de financement, avant même la constitution du tribunal arbitral, ce qui permettrait à l'autre partie au litige ou aux personnes candidates à la fonction d'arbitre de déterminer l'éventuelle existence d'un conflit d'intérêts et de prendre les mesures nécessaires.

4. Conséquences juridiques et sanctions en cas de non-respect (projet de disposition E-3)

140. En ce qui concerne les sanctions qui pourraient être imposées en cas de non-respect, il a été noté que les mesures en question devraient être facilement disponibles pour garantir le respect et qu'elles différeraient probablement en fonction du modèle

de réglementation. S'interrogeant sur la nécessité d'énumérer expressément les mesures dans une disposition distincte, on a indiqué que le tribunal arbitral devrait disposer d'une certaine latitude pour prendre la mesure la plus appropriée. Un certain appui a également été exprimé en faveur d'une énumération des sanctions possibles. Dans ce contexte, il a été noté que le projet de disposition E-3 visait à traiter non seulement le non-respect mais aussi les retards dans le respect de l'obligation.

141. Des doutes ont été exprimés au sujet de l'alinéa a), car le tribunal arbitral n'aurait probablement pas la compétence nécessaire pour rendre une telle ordonnance. Des doutes ont également été exprimés au sujet de l'alinéa b), en particulier si le financement par des tiers était uniquement réglementé par l'obligation d'information. Toutefois, il a été noté que l'option de la suspension pourrait inciter les parties au litige à se conformer à cette obligation, en particulier lorsque le tribunal arbitral le demandait. Il a été généralement estimé que la résiliation ne devait pas figurer parmi les sanctions possibles, car le résultat serait trop grave. Si un certain appui a été exprimé en faveur de l'alinéa c), il a également été dit qu'il ferait peut-être double emploi avec le projet de disposition B-4 d). Enfin, on s'est déclaré généralement favorable à l'alinéa d), qui constituait une mesure efficace.

5. Le financement par un ou des tiers à titre d'investissement (A/CN.9/WG.III/WP.219, par. 100)

142. Des avis divergents ont été exprimés quant à la nécessité d'une disposition précisant que le financement par un ou des tiers ne constituait pas un investissement protégé en vertu des traités d'investissement. Il a été demandé au secrétariat d'examiner plus avant la question et de faire rapport au Groupe de travail sur la nécessité et l'utilité d'une telle disposition.

6. Voie à suivre

143. Il a été proposé de modifier le projet de disposition E comme suit :

- Formuler une définition large du financement par un ou des tiers, afin d'assurer une obligation d'information suffisante, qui permette de repérer tout conflit d'intérêts ;
- Établir une règle permissive qui autoriserait généralement le financement par un ou des tiers, y compris en échange du versement d'une rémunération dont le montant serait fonction de l'issue de la procédure, mais imposerait des conditions sur les modalités précises de ce financement, qui pourraient inclure les suivantes :
 - a) En l'absence de garantie pour frais, obligation pour le tiers financeur de consentir à assumer tous les frais que la partie financée pourrait se voir ordonner de payer ;
 - b) Interdiction au tiers financeur ou à son représentant : i) d'exercer un contrôle ou une influence sur la gestion de la demande ou de la procédure ; ii) de mettre fin à l'accord de financement sans avis préalable au tribunal arbitral et aux autres parties contestantes ; iii) d'exercer un contrôle ou une influence sur la décision de la partie financée de mettre fin au différend, de le régler à l'amiable ou de le résoudre d'une autre façon ; et
 - c) Conservation par la partie financée du droit de choisir son propre représentant juridique et d'être représentée par celui-ci.
- Recenser, le cas échéant, d'autres conditions précises qui seraient nécessaires pour faire face aux conséquences jugées les plus préoccupantes du financement par un ou des tiers ;
- Prévoir des règles rendant obligatoire la communication des modalités de l'accord de financement nécessaires pour s'assurer que les conditions susmentionnées sont satisfaites, tout en octroyant au tribunal arbitral le pouvoir

d'ordonner, à sa discrétion, la communication de modalités supplémentaires de l'accord ; et

- Établir des règles sur les sanctions à appliquer dans le cas où la partie financée falsifierait délibérément les modalités de l'accord de financement ou dissimulerait intentionnellement le fait que les conditions susmentionnées n'étaient pas satisfaites.

144. Le Groupe de travail n'a pas eu le temps d'examiner la proposition concernant la marche à suivre et a donc prié le secrétariat de s'en inspirer pour établir une version révisée du projet de disposition E, afin que le Groupe de travail l'examine ultérieurement.

VIII. Projets de textes sur la médiation

145. Le Groupe de travail a réaffirmé son appui à la promotion de la médiation comme mode de résolution des différends relatifs aux investissements. On a fait observer que le recours à la médiation pourrait réduire les coûts du RDIE tout en préservant la relation entre l'investisseur et l'État concernés.

146. Le Groupe de travail a examiné le projet de dispositions sur le recours à la médiation, tel qu'il figurait dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.217](#), ainsi que le projet de lignes directrices présenté dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.218](#).

A. Projets de dispositions sur la médiation ([A/CN.9/WG.III/WP.217](#), par. 16 à 33)

147. De l'avis général, les travaux relatifs au projet de dispositions devraient viser non pas à établir un règlement de médiation complet, mais à élaborer des clauses à insérer dans les traités. On a appelé l'attention sur le fait qu'il faudrait éviter les doubles emplois, compte tenu des règlements de médiation existants [y compris le Règlement de médiation de la CNUDCI (2021), le Règlement de médiation du CIRDI (2022) et le Règlement de médiation investisseur-État (2012) de l'Association internationale du barreau (IBA)]. Il a également été dit qu'un mécanisme permanent pourrait administrer des médiations conformément au projet de dispositions.

1. Projet de disposition 1

148. Le Groupe de travail a examiné le projet de disposition 1, qui comprenait trois options visant à rendre la médiation disponible et à inciter les parties à y recourir. De l'avis général, il fallait promouvoir la médiation comme mode de règlement amiable des différends, que ce soit avant ou pendant une procédure d'arbitrage. On a estimé que les traités d'investissement devraient mentionner expressément le recours à la médiation, afin que les États y fassent plus facilement appel.

149. Parmi les trois options, l'option A, selon laquelle les parties au différend décideraient s'il convenait d'engager une médiation, a recueilli un large appui. On a estimé qu'elle préserverait la souplesse et le caractère consensuel du processus de médiation. En outre, il a été dit que le fait d'imposer la médiation aux parties pourrait causer des retards dans la résolution globale du différend.

150. Par ailleurs, un certain appui a été exprimé en faveur d'une disposition associant les éléments des options B et C, qui rendrait obligatoire l'ouverture de la médiation afin d'encourager la tenue rapide d'un dialogue constructif. Il a été proposé de faire de cette disposition une option pour les États souhaitant rendre obligatoire l'ouverture d'une médiation, tandis que l'option A serait la règle supplétive en l'absence d'accord des États parties.

151. De manière générale, on a estimé qu'il faudrait laisser aux parties le choix du règlement de médiation applicable. Par conséquent, il a été dit que le projet de disposition 1 devrait se limiter à l'offre de médiation, en proposant notamment aux

parties plusieurs règlements au choix. À cette fin, il a été proposé d'insérer au projet de disposition 1 la liste de règlements disponibles figurant au projet de disposition 4.

152. De l'avis général, afin d'encourager le recours à la médiation, il faudrait formuler le paragraphe 1 en des termes plus explicites, par exemple, comme suit : « Les parties au différend envisagent favorablement la médiation comme mode de règlement amiable des litiges. » Il a été dit qu'une formulation de ce type mettrait suffisamment en avant la médiation sans imposer d'obligation aux parties.

153. On a fait remarquer que l'exigence prévue au paragraphe 2, selon laquelle la demande de médiation devait être examinée avec bienveillance, pourrait être redondante en cas d'insertion du libellé susmentionné au paragraphe 1. Toutefois, il a été dit qu'il serait peut-être bon de souligner que la demande de médiation d'une partie devait elle aussi être envisagée favorablement.

154. Par souci de clarté, il a été proposé d'insérer une définition de la médiation analogue à celle énoncée au paragraphe 3 de l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation (2018) ou au paragraphe 3 de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (New York, 2018) (la « Convention de Singapour sur la médiation »).

155. On a fait observer qu'il n'était pas nécessaire de mentionner, au projet de disposition 1, les délais à respecter pour répondre à une demande de médiation et pour convenir du médiateur, car ils seraient indiqués dans le règlement de médiation. Toutefois, il a été dit qu'à ce stade, les parties ne seraient peut-être pas encore convenues du règlement à appliquer.

156. S'agissant du délai de 15 jours prévu au paragraphe 2, si certains le jugeaient raisonnable, il a été dit qu'il faudrait accorder aux parties une période plus longue pour décider d'accepter ou de rejeter la demande de médiation. Les États défendeurs en auraient particulièrement besoin, compte tenu du travail d'évaluation et de coordination à mener entre les services concernés. Des délais de 30 et de 60 jours à compter de la réception de la demande ont été proposés. Selon d'autres propositions, le délai pourrait varier suivant que l'État accepterait ou rejeterait la demande, et il faudrait indiquer les délais minimal et maximal.

157. Il a été déclaré que le délai de 15 jours indiqué au paragraphe 4 était également trop court et devait être ajusté. Toutefois, il a été dit que ce paragraphe ne serait pas nécessaire, dans la mesure où la nomination du médiateur et les délais correspondants étaient traités dans les règlements de médiation en vigueur.

158. Des avis divergents ont été exprimés quant aux conséquences de l'absence de réponse d'une partie dans le délai prévu pour accepter une invitation à la médiation. Selon un avis, le silence devrait valoir acceptation de l'offre de médiation, étant donné que les parties étaient tenues d'envisager favorablement la médiation. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, le consentement à la médiation devait être exprès, l'accent étant mis sur le caractère volontaire de celle-ci, et il serait donc inapproprié d'interpréter le silence comme une acceptation tacite.

159. Il a été proposé que le projet de disposition 1 fixe un délai analogue à celui prévu au paragraphe 3 de l'option C, dans lequel les parties au différend devraient parvenir à un règlement une fois la médiation ouverte.

160. On s'est demandé si l'exigence de signature prévue au paragraphe 3 était nécessaire. En réponse à une suggestion selon laquelle la demande de médiation devrait être sous forme écrite, on a renvoyé au projet de disposition 3-1.

2. Projets de dispositions 2 à 4

161. Les projets de dispositions 2 à 4 ont été examinés conjointement, car ils traitaient de questions étroitement liées entre elles. De l'avis général, la demande de médiation devrait se faire par écrit, notamment par voie électronique.

162. Concernant le recours à la médiation parallèlement à l'arbitrage ou au contentieux, il a été largement estimé que l'ouverture d'une médiation devrait entraîner la suspension des autres procédures, sans que les parties n'aient à en convenir. Cet avis se fondait sur la nécessité d'éviter tout risque d'interférence entre les procédures et de veiller à ce que les parties, en particulier les États aux ressources limitées, puissent se concentrer sur la médiation lorsqu'elles décidaient d'y recourir.

163. On s'est demandé si la suspension automatique des autres procédures engendrerait des coûts indus ou une injustice pour la ou les autres parties qui n'avaient pas demandé à recourir à la médiation. Il a été répondu que les parties au différend devaient convenir d'engager une médiation et étaient libres d'y mettre fin lorsqu'elles le souhaitaient. En outre, des questions ont été posées au sujet de l'incidence qu'une suspension pourrait avoir sur les délais de prescription et, plus généralement, de son interaction avec les dispositions relatives à la suspension des procédures arbitrales. En réponse, il a été expliqué que le projet de disposition 2 pourrait être formulé de façon à primer sur ces dispositions et à prévoir un élément déclencheur de la suspension, par exemple une notification adressée au tribunal par les parties.

164. Il a été proposé d'associer les projets de dispositions 3 et 4. Il a été estimé qu'une demande de médiation devrait comprendre un ensemble de règles de base, auxquelles l'autre partie pourrait adhérer ou s'opposer, ce qui permettrait d'éviter d'avoir à énumérer des exigences spécifiques dans le projet de dispositions. Si les avis ont divergé concernant le niveau de détail des informations à inclure dans la demande de médiation, il a été généralement estimé que ces informations devraient permettre aux parties d'examiner la demande, et notamment de mener une coordination interne efficace. On a appelé l'attention sur le fait qu'il pourrait être contraignant pour les parties et contre-productif pour la médiation d'exiger que la demande de médiation contienne trop d'informations. Par ailleurs, il a été proposé d'associer plus largement les projets de dispositions 3 et 4 avec le projet de disposition 1.

165. S'agissant du projet de disposition 4, un certain appui a été exprimé en faveur de l'insertion d'une clause de conflit ou de compatibilité, l'objectif étant d'assurer une interaction cohérente entre le projet de dispositions et le règlement de médiation applicable ou tout autre règlement convenu par les parties. Il a également été proposé de faire porter l'alinéa d) sur tout autre règlement « de médiation ».

3. Projet de disposition 5

166. Un appui général a été exprimé en faveur du projet de disposition 5, qui énonçait une règle selon laquelle l'ouverture d'une médiation ne devait pas préjuger de la position juridique ou des droits d'une partie au différend dans une autre procédure. Dans ce contexte, il a été largement estimé qu'il n'était pas nécessaire de décrire cette autre procédure comme étant une procédure « de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux ». En outre, il a été proposé d'expliquer dans le projet de lignes directrices les modalités d'application pratique du projet de disposition 5, en renvoyant à l'article 7 du Règlement de médiation de la CNUDCI et à l'article 11 du Règlement de médiation du CIRDI, qui tous deux imposaient des restrictions quant au comportement des parties à cet égard.

4. Projet de disposition 6

167. S'agissant des sections F et G, notamment du projet de disposition 6, on a mis l'accent sur la nécessité de trouver un équilibre entre transparence et confidentialité. Par exemple, il a été dit qu'une trop grande transparence pourrait dissuader les parties de s'engager sincèrement dans une médiation, et donc compromettre l'objectif du projet de dispositions consistant à promouvoir le recours à ce mode de règlement. Toutefois, on a aussi fait remarquer que l'utilisation de ressources publiques pour conduire la médiation et payer l'éventuel règlement qui en résulterait, ainsi que les incidences que ce règlement pouvait avoir sur l'intérêt public, nécessitaient un certain niveau de transparence.

168. L'avis a été exprimé que les parties devraient être en mesure d'adapter à leurs besoins les modalités relatives à la transparence et à la confidentialité, par exemple en choisissant le règlement applicable à la médiation, et que le projet de dispositions ne devrait pas imposer de règle supplétive. À ce point de vue, il a été opposé qu'il pourrait être utile d'énoncer une règle supplétive à laquelle les parties pourraient convenir de déroger, sous réserve de certaines exceptions (par exemple, en cas d'obligation de déclaration prévue par la législation nationale, ou lorsque des informations étaient confidentielles ou protégées en vertu du règlement applicable, suivant la teneur de la règle supplétive).

169. On a estimé que dans le cas où un projet de disposition sur la transparence serait élaboré, il faudrait traiter du lien avec les dispositions relatives à la confidentialité du règlement de médiation applicable. Il a également été proposé de suivre l'approche adoptée à l'article 10 du Règlement de médiation du CIRDI. Pour ce qui était des informations à communiquer au public, les avis ont divergé sur la question de savoir si le fait qu'une médiation était en cours ou avait eu lieu devrait en faire partie, ainsi que sur la mesure dans laquelle l'accord de règlement devrait être mis à la disposition du public.

5. Projet de disposition 7

170. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 1 du projet de disposition 7 et d'en traiter le contenu dans le projet de lignes directrices. En effet, la question de savoir si une autre procédure pourrait être engagée ou poursuivie dépendrait de l'accord des parties, qui pourrait être consigné dans l'accord de règlement. Il a été ajouté que la restriction prévue au paragraphe 1 devrait être subordonnée non seulement à la conclusion d'un accord de règlement, mais aussi au respect de ses dispositions. Il a été expliqué que le paragraphe 1 ne devrait pas empêcher les parties de participer à une procédure portant sur des aspects du différend qui n'auraient pas été résolus dans l'accord de règlement.

171. Le paragraphe 2, qui appelait l'attention des parties sur la nécessité de se conformer aux exigences de la Convention de Singapour sur la médiation ou à toute autre exigence similaire, a été jugé acceptable.

6. Voie à suivre

172. Le secrétariat a été prié de réviser le projet de dispositions sur la base des délibérations, en en simplifiant la structure.

B. Projet de lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement (A/CN.9/WG.III/ WP.218)

173. On s'est dit largement favorable à l'élaboration du projet de lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement (les « lignes directrices »), qui a été considéré comme un outil utile à des fins pédagogiques et de sensibilisation. Il a été déclaré que les lignes directrices seraient établies en tant que document autonome, indépendamment du projet de dispositions sur la médiation.

1. Sections A à G (A/CN.9/WG.III/ WP.218, par. 6 à 15)

174. Il a été proposé que le paragraphe 8 mentionne la nature du différend ou les griefs sous-jacents parmi les aspects à prendre en compte pour déterminer si la médiation était appropriée. Il a en outre été suggéré de mentionner expressément la possibilité de soumettre à la médiation certaines parties de la demande.

175. Il a été proposé que le tableau figurant au paragraphe 10 mentionne l'épuisement des recours locaux ainsi que d'autres conditions préalables à l'ouverture d'un arbitrage. Toutefois, il a été indiqué que le tableau n'était qu'une illustration à visée pédagogique et que les traités d'investissement n'exigeaient pas tous l'épuisement des recours locaux.

176. Des doutes ont été exprimés quant à la nécessité du tableau. On a fait observer qu'il ne représentait pas la large gamme d'options prévues dans les traités d'investissement, ni les différents cas de figure et cycles de vie d'un investissement. Il a été dit que le libellé du paragraphe 10 serait peut-être suffisant pour mettre en lumière le fait que la médiation était disponible à chacune des différentes étapes du différend, y compris avant qu'il ne se matérialise. Le secrétariat a été prié de réviser le tableau en s'attachant à souligner cet aspect, en vue de son examen par le Groupe de travail à une session ultérieure.

177. Au sujet du paragraphe 11, il a été proposé que les deux dernières phrases indiquent qu'il pourrait y avoir une période minimale pendant laquelle le processus de médiation se poursuivrait.

178. Il a été dit que le paragraphe 12 devrait mentionner le besoin de clarté concernant tout délai éventuel, ainsi que la nécessité de donner aux parties suffisamment de temps pour engager une médiation.

179. De l'avis général, le paragraphe 13 devrait indiquer que les parties contestantes pouvaient convenir de tout autre règlement de médiation. À cet égard, on a fait observer que les lignes directrices devraient souligner que ce règlement devrait être conforme aux normes internationales et compatible avec les dispositions auxquelles les parties ne pouvaient pas déroger, notamment avec toute loi ou décision de justice applicable.

180. S'agissant des paragraphes 14 et 15, on a évoqué les avantages que pourrait offrir la prestation, par le mécanisme permanent, de services de médiation permanents assurés par des médiateurs à temps plein, tandis que, selon un autre avis, un mécanisme permanent ne résoudrait pas toutes les questions liées à l'utilisation du RDIE. Il a également été proposé de mentionner le centre consultatif envisagé en tant que plateforme de partage d'informations, de renforcement des capacités et de fourniture de services de médiation. Toutefois, un appui général a été exprimé en faveur du libellé actuel, qui était de nature générique et ne citait aucune institution particulière. De l'avis général, le paragraphe 15 devrait mentionner le rôle que pourraient jouer les institutions en constituant un vivier de médiateurs qualifiés ou en menant des activités de renforcement des capacités et de sensibilisation.

2. Section H (A/CN.9/WG.III/WP.218, par. 16 à 24)

181. On a estimé que les compétences énumérées au paragraphe 20 ne devraient pas s'interpréter comme des exigences obligatoires pour les médiateurs. Dans le même ordre d'idées, il a été dit que la liste ne devrait être ni cumulative ni exhaustive. Des doutes ont été exprimés quant à l'accréditation par une organisation reconnue au niveau international mentionnée à l'alinéa b). Afin d'éviter toute confusion, il a été proposé de supprimer le terme « conciliation » à l'alinéa c).

182. De l'avis général, la section H devrait souligner le fait que les parties contestantes voudraient peut-être tenir compte, lors de la nomination du médiateur, de la nécessité d'assurer la diversité et l'équilibre des genres.

183. S'agissant du paragraphe 22, il a été proposé d'insister sur le rôle que jouait le médiateur en facilitant la résolution du litige, plutôt que sur le fait qu'il ne pouvait pas imposer de décisions. Il a en outre été proposé de mentionner, au paragraphe 20, la maîtrise du droit de l'investissement, les connaissances linguistiques et le fait de posséder une expérience sectorielle spécifique parmi les compétences du médiateur.

184. Il a été convenu qu'il n'était pas nécessaire que la section H traite plus en détail des avantages de la comédiation ou des facteurs à prendre en compte en cas de recours à la comédiation.

3. Sections I à M (A/CN.9/WG.III/WP.218, par. 25 à 41)

185. On s'est dit généralement favorable au paragraphe 28, qui soulignait l'approche collaborative nécessaire à la médiation.

186. Il a été convenu de supprimer le paragraphe 29, car il revenait en dernier lieu aux parties contestantes de décider ou non d'engager une médiation, et il n'était pas nécessaire que les lignes directrices traitent des modalités convenues entre une partie contestante et ses représentants juridiques. Toutefois, il a été dit que ces modalités pourraient éclairer le rôle et les responsabilités professionnelles des représentants juridiques dans le contexte de la médiation.

187. Une proposition tendant à fixer des délais clairs pour les différentes étapes mentionnées au paragraphe 32 n'a pas été appuyée.

188. Il a été proposé que le paragraphe 33 prévoie des garanties afin d'assurer l'intégrité du processus de médiation en ligne. En outre, il a été suggéré de présenter les avantages et les inconvénients de la médiation en ligne de manière équilibrée.

189. Concernant les paragraphes 35 et 36, il a été dit que, si les parties pouvaient généralement convenir des informations à communiquer, dans certains cas, le droit interne exigeait que l'accord de règlement soit rendu public afin d'en faciliter l'exécution, et que ces cas devraient constituer une exception à la confidentialité. Il a été proposé que les lignes directrices soulignent que le principe du « sans préjudice » et l'obligation de confidentialité s'appliquaient à toutes les personnes participant au processus de médiation, y compris à toute partie non contestante.

190. Il a été proposé que la section K traite de l'équilibre entre transparence et confidentialité plus largement dans le contexte du RDIE, notamment en ce qui concernait les questions liées à l'intérêt public ainsi que les conditions justifiant la transparence et les informations à rendre publiques. On a estimé que le paragraphe 39, qui portait sur les exigences de déclaration obligatoires, serait mieux placé dans la section K, dans le contexte de la confidentialité et de la transparence.

191. Il a été dit que le paragraphe 40 devrait indiquer que la participation de parties non contestantes n'était qu'un des moyens de représenter l'intérêt public, car il en existait d'autres.

192. Au sujet du paragraphe 41, il a été exprimé l'avis que les lignes directrices devraient éviter d'établir une comparaison avec l'arbitrage et mettre plutôt l'accent sur les avantages de la médiation, en particulier sur le fait que les parties contestantes exerçaient un plus grand contrôle sur le processus de médiation.

4. Section N (A/CN.9/WG.III/WP.218, par. 42 à 54)

193. Il a été proposé de développer dans les lignes directrices les éléments à inclure dans le cadre juridique national énumérés au paragraphe 43, en se référant à la Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation.

194. Il a été proposé que les lignes directrices encouragent les États à recourir à la médiation pendant le délai de réflexion, mais il a été indiqué que celui-ci n'était pas prévu dans tous les traités d'investissement.

195. Concernant le paragraphe 45, il a été dit que, même si la Convention de Singapour offrait un mécanisme robuste pour l'exécution des accords de règlement issus de la médiation, il fallait se demander s'il convenait de la présenter comme le seul mécanisme permettant l'exécution de ce type d'accords dans le contexte du RDIE. Il a été déclaré que les réserves autorisées à l'article 8 de la Convention permettraient à une Partie de ne pas appliquer cette dernière aux accords de règlement auxquels elle était partie ou auxquels une entité publique était partie.

196. Il a été proposé de réviser le paragraphe 46 à la lumière des différents avis exprimés sur la question dans le contexte du projet de dispositions sur la médiation (voir par. 147 à 171 ci-dessus). On a estimé que les différentes approches devraient être présentées de manière neutre.

197. Il a été proposé que les lignes directrices dressent une liste d'activités de sensibilisation, de renforcement des capacités et d'assistance technique, et que le

paragraphe 47 souligne la nécessité de coordonner ces activités, ce qui était l'un des rôles envisagés pour le centre consultatif.

198. On a proposé de réviser le paragraphe 52 de façon à énumérer les responsabilités ou fonctions pertinentes que pourrait exercer un organisme de prévention et de gestion des conflits, sans donner l'impression qu'un seul organisme serait investi de ces fonctions. L'assistance technique et le renforcement des capacités pourraient figurer dans cette liste. Il a été ajouté que celle-ci devrait être indicative et les lignes directrices devraient préciser que les États seraient libres de confier à un ou plusieurs organismes la totalité ou une partie des fonctions énumérées, en fonction de leurs préférences et conformément à la structure de leur gouvernement.

5. Voie à suivre

199. Il a été convenu qu'il n'était pas nécessaire d'étoffer les lignes directrices pour y traiter du point de vue des investisseurs, et qu'il fallait se concentrer sur les nécessités et les contraintes auxquelles faisaient face les États.

200. Se référant aux consultations informelles menées lors de la cinquième réunion intersessions et du Forum de poursuite des travaux préparatoires sur la médiation en matière d'investissement, tenus dans la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine, le Groupe de travail est convenu que le secrétariat pourrait continuer de faire appel à des moyens informels pour poursuivre l'élaboration du projet de dispositions et du projet de lignes directrices, en vue de leur présentation à la Commission l'année suivante. On a rappelé qu'aucune décision ne serait prise pendant les réunions informelles.

IX. Projet de code de conduite à l'intention des personnes appelées à trancher des différends

A. Remarques générales

201. Le Groupe de travail a commencé sa deuxième lecture du projet de code de conduite à l'intention des personnes appelées à trancher des différends (le « code »), en se fondant sur le document [A/CN.9/WG.III/WP.216](#). Pour faciliter les délibérations sur le code, un projet de texte informel du commentaire destiné à l'accompagner (le « commentaire ») a également été mis à disposition.

202. Pour commencer, le Groupe de travail s'est penché sur la manière de présenter le code à la Commission, en se demandant avant tout s'il faudrait lui soumettre un texte unique applicable à la fois aux arbitres et aux juges d'un mécanisme permanent, ou deux textes distincts.

203. Il a été dit que le fait de continuer à élaborer un texte unique dont les dispositions s'appliqueraient à la fois aux arbitres et aux juges offrait des avantages, car il existait des similitudes entre les normes. Toutefois, des doutes ont été exprimés concernant la mesure dans laquelle le code pourrait aborder la question du comportement des juges, car il était difficile de savoir comment fonctionnerait le mécanisme permanent, quelles seraient les fonctions des juges et quels services ils fourniraient, et quelles seraient leurs modalités de service (temps plein ou partiel).

204. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses délibérations sur la base du document [A/CN.9/WG.III/WP.216](#) et d'examiner les articles du code dans l'optique de leur application à la fois aux arbitres et aux juges, mais de faire en sorte de présenter deux textes distincts à la Commission en 2023 : un code de conduite à l'intention des arbitres aux fins d'adoption, et un code de conduite à l'intention des juges devant être adopté en principe, ce qui offrirait la souplesse voulue pour revenir sur d'éventuelles questions en suspens et procéder aux ajustements nécessaires, le cas échéant, une fois que les délibérations relatives au mécanisme permanent auraient progressé.

B. Code de conduite

1. Article premier – Définitions

205. Concernant la question de savoir s'il fallait conserver, à l'alinéa a), le membre de phrase « ou toute subdivision ou tout organe constitutif d'un État ou d'une organisation d'intégration économique régionale », il a été dit que celui-ci permettrait de veiller à ce que le code s'applique également aux différends impliquant les entités en question, qui pourraient avoir conclu un contrat d'investissement en leur propre capacité juridique, et non en tant qu'État ou organisation d'intégration économique régionale. On a ajouté que l'insertion de ce membre de phrase permettrait d'aligner l'alinéa a) sur l'article 25-1 de la Convention CIRDI, qui prévoyait que la compétence du CIRDI s'étendait aux différends impliquant une collectivité publique ou un organisme dépendant d'un État contractant que celui-ci désignait au Centre. Il a été dit que le code devrait s'appliquer tant aux différends auxquels était partie un État ou une organisation d'intégration économique régionale qu'à ceux auxquels était partie une subdivision ou un organe constitutif. Selon un autre avis, ce membre de phrase n'était pas nécessaire, car il compliquerait excessivement la définition, ne serait pas applicable à tous les États, et serait source de confusion quant au champ d'application du code. Le fait qu'il pourrait s'interpréter comme une indication sur les lois applicables en matière d'attribution de responsabilité à un État a également soulevé des préoccupations.

206. Il a été expliqué que le membre de phrase considéré ne concernait pas : i) la question de savoir si une action accomplie par une subdivision ou un organe constitutif d'un État, ou une mesure prise par une telle subdivision ou un tel organe, serait attribuable à cet État ou constituerait un manquement de ce dernier à une obligation découlant d'un traité d'investissement ; ii) les questions relatives au droit de la représentation ou à la relation juridique entre l'État et la subdivision ou l'organe constitutif de celui-ci ; iii) la question de savoir si l'État ou la subdivision ou l'organe constitutif de celui-ci avait consenti à la procédure ou à l'application du code. On a également fait observer que la définition énoncée à l'alinéa a) servait uniquement aux fins du code et ne visait pas à étendre la portée des notions d'« investissement » ou de « consentement » telles qu'elles figuraient dans l'instrument de consentement.

207. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le membre de phrase entre crochets, et a chargé le secrétariat d'éclaircir dans le commentaire les questions soulevées au cours des débats, notamment la manière dont le membre de phrase s'appliquerait dans le contexte de la Convention CIRDI, et de préciser que la phrase ne compromettrait pas la mise en œuvre de la loi applicable en matière d'attribution de responsabilité.

208. Il a été proposé que le terme « contrat d'investissement », figurant à l'alinéa a), fasse l'objet d'explications dans le commentaire.

209. S'agissant de l'alinéa e), le Groupe de travail est convenu de conserver la formule générique « n'a pas encore été nommée », et d'expliquer dans le commentaire que, dans le contexte du CIRDI, par exemple, une personne ne devenait membre d'un tribunal arbitral que lorsqu'elle acceptait sa nomination, et que cette acceptation était notifiée.

210. De l'avis général, il faudrait supprimer, à l'alinéa f), le membre de phrase « comme convenu avec les parties au différend », car il pourrait involontairement restreindre l'ensemble des personnes visées par le code. On a fait observer que, dans la pratique courante, les parties au différend étaient consultées au sujet de l'engagement d'un assistant ou d'une assistante, de son identité, des tâches qu'il ou elle aurait à accomplir, ainsi que de sa rémunération. En conséquence, il a été convenu d'insérer dans le code une disposition exigeant qu'une personne appelée à trancher un différend consulte les parties avant d'engager un assistant ou une assistante, des précisions pouvant être apportées à cet égard dans le commentaire. Il a été proposé de

traiter dans le commentaire la possibilité qu'une personne fournissant une assistance soit une personne morale.

211. Des propositions tendant à définir dans le code les termes « investissement », « investisseur », « contrat d'investissement » et « partie contestante » n'ont pas été appuyées.

212. Le membre de phrase « en l'absence ou à l'insu de la ou des parties contestantes adverses », figurant à l'alinéa g), a soulevé une préoccupation. La raison en était que le simple fait qu'une partie contestante ait connaissance d'une communication ne devrait pas entraîner la levée des obligations prévues à l'article 7. En conséquence, il a été proposé de supprimer les mots « ou à l'insu ».

213. En outre, il a été proposé d'insérer les mots « ou de son ou ses représentants légaux » à la fin de l'alinéa g), pour tenir compte de la situation où la communication n'avait pas lieu avec la partie contestante, mais avec son représentant légal. Il a été dit que cette situation ne devrait pas être considérée comme une « communication *ex parte* ». À ce point de vue, il a été opposé que l'objet de l'article 7 devrait être de veiller à ce que les communications se déroulent en présence de la partie contestante, et non seulement de son représentant légal. Le Groupe de travail est convenu de revenir sur ce point après avoir examiné l'article 7.

2. Article 2 – Application du Code

214. Il a été expliqué que l'instrument de consentement visé à l'article 1 a) servirait de base pour soumettre un différend en vue de son règlement, auquel le code s'appliquerait. Il a été proposé d'examiner dans le commentaire la relation entre l'instrument de consentement et le code, ainsi que les moyens envisageables pour incorporer ce dernier.

215. Un appui général a été exprimé en faveur de l'insertion des mots « à une personne appelée à trancher un différend ou à une personne candidate » sans crochets au paragraphe 1, car le code s'appliquerait aux personnes participant à la résolution de différends relatifs à des investissements internationaux et non à la procédure concernant les différends de ce type elle-même. Toutefois, il a été dit que l'insertion de ces mots rendrait redondants les mots « dans le cadre d'une procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux », compte tenu des définitions des termes « arbitre » et « juge », qui renvoyaient à la notion de différend relatif à des investissements internationaux. On s'est également demandé si une personne candidate devrait être caractérisée comme étant « dans » une procédure concernant un tel différend.

216. À l'issue de la discussion, il a été convenu de réviser la première phrase du paragraphe 1 pour les arbitres comme suit : « Le Code s'applique à un arbitre dans le cadre d'une procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux, ou à une personne candidate en vue d'une telle procédure. » Il a été convenu d'adapter le libellé pour les juges comme suit, ou de manière similaire : « Le Code s'applique à un juge ou à une personne dont la nomination en tant que juge est en cours d'examen, mais qui n'a pas encore été confirmée dans cette fonction. »

217. Il a été dit que la deuxième phrase du paragraphe 1 n'était pas nécessaire étant donné que les parties au litige seraient libres de convenir d'appliquer le code. Toutefois, il faudrait souligner l'autonomie dont disposaient les parties contestantes pour convenir d'appliquer le code à un différend qui ne relèverait pas de la définition d'un différend relatif à des investissements internationaux énoncée dans le code, et l'on a mentionné à cet égard les différends entre États et les différends commerciaux. Il a été convenu de conserver la seconde phrase du paragraphe 1 afin de mettre en avant cette possibilité. En outre, il a été convenu que le commentaire pourrait souligner la possibilité pour les parties contestantes d'appliquer le code à toute personne chargée de résoudre un différend, même si elle ne relevait pas de la définition d'une personne appelée à trancher des différends énoncée dans le code. Par souci de cohérence avec la première phrase du paragraphe 1 (voir par. 216 ci-dessus),

il a été convenu de remplacer, dans la seconde phrase, les mots « tout autre différend » par « toute autre procédure de règlement d'un différend ».

218. Il a été convenu que le code ne comporterait pas de disposition générale sur la possibilité pour les parties contestantes de modifier ou d'exclure l'application du code. Cette possibilité devrait plutôt être abordée dans les différents articles du code concernés.

219. S'agissant du paragraphe 2, il a été convenu de conserver la première phrase, avec le mot « complète ». Il a été proposé de reformuler la première phrase afin d'indiquer clairement que le code devrait être lu et appliqué conjointement avec toute autre disposition de l'instrument de consentement applicable relative à la conduite des personnes appelées à trancher des différends, et qu'il serait généralement attendu de ces personnes qu'elles se conforment à toutes les dispositions de ce type ainsi qu'à celles du code.

220. Par ailleurs, il a été convenu de conserver la seconde phrase du paragraphe 2, qui donnait des indications utiles aux personnes appelées à trancher des différends dans le cas où elles ne seraient pas en mesure de se conformer simultanément aux dispositions du code et aux autres dispositions relatives à la conduite de l'instrument de consentement applicable. Dans ce contexte, il a été proposé de préciser dans le commentaire le sens du terme « incohérence », en indiquant s'il renvoyait à des obligations inconciliables ou incompatibles. Le Groupe de travail est convenu de revenir ultérieurement sur l'emploi de ce terme, notamment pour ce qui était de savoir s'il convenait de le remplacer par « incompatibilité ».

221. Une proposition tendant à supprimer, au paragraphe 3, les mots « prend toutes les mesures raisonnables » n'a pas été appuyée. De l'avis général, le libellé actuel rendait bien l'idée que les personnes appelées à trancher des différends devaient tout mettre en œuvre pour s'assurer que les personnes fournissant une assistance connaissaient et respectaient le code. Une autre proposition consistait à remplacer le mot « raisonnables » par « voulues ».

222. Il a été dit que les mots « [se] conformera [au Code] », au paragraphe 3, ainsi que les mots « ne respecte pas le Code », à l'article 11-4, donnaient l'impression que le code s'appliquait directement aux personnes fournissant une assistance, et qu'il faudrait le réviser à cet effet. Devant cette suggestion, il a été rappelé que, lors de sessions précédentes, il avait été jugé préférable qu'une personne fournissant une assistance n'ait pas d'obligations directes en vertu du code, et qu'il revienne à la personne appelée à trancher des différends de prendre toutes les mesures raisonnables pour s'assurer que son assistant ou son assistante tenait compte des dispositions pertinentes du code et s'y conformait.

223. Dans ce contexte, un certain nombre de propositions rédactionnelles ont été faites. L'une d'entre elles consistait à indiquer dans le commentaire les articles du code qui pourraient intéresser les personnes fournissant une assistance, par exemple ceux ayant trait à l'indépendance et à l'impartialité, à la diligence, à l'intégrité du processus et à la confidentialité. Une autre proposition visait à remplacer les mots « s'y conformera », au paragraphe 3, par « agira conformément à celui-ci ». Selon une autre proposition encore, le commentaire pourrait expliquer que la déclaration à signer par la personne fournissant une assistance indiquerait que celle-ci était disposée à se conformer aux articles pertinents du code, et l'on pourrait modifier l'article 11-4, pour qu'il se lise comme suit : « La personne appelée à trancher un différend révoque toute personne lui fournissant une assistance si cette dernière ne respecte pas les termes de la déclaration faite conformément à l'article 2-3. » Il a également été proposé que le paragraphe 3 ou la déclaration à signer indiquent que les dispositions du code s'appliquaient *mutatis mutandis* aux personnes fournissant une assistance. En outre, il a été proposé de regrouper dans le code les dispositions relatives à ces dernières.

224. À l'issue de la discussion, le secrétariat a été prié d'établir le projet de commentaire en y indiquant les articles du code qui intéresseraient les personnes

fournissant une assistance, d'y apporter des précisions concernant la déclaration à signer par ces personnes, et de modifier l'article 11-4 de façon à renvoyer à la déclaration plutôt qu'au code lui-même.

3. Article 3 – Indépendance et impartialité

Paragraphe 1

225. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le membre de phrase placé entre crochets, car la portée temporelle était déjà traitée dans les définitions des termes « juge » et « arbitre ».

226. Il a été proposé d'aborder dans le commentaire la question des conflits d'intérêts directs et indirects. Il a également été proposé d'envisager la possibilité d'établir un mécanisme de contrôle pour surveiller le respect du code.

Paragraphe 2

227. Il a été souligné que le paragraphe 2 dressait une liste non exhaustive de circonstances dans lesquelles une personne appelée à trancher un différend ferait preuve d'un manque d'indépendance et d'impartialité. Il a été convenu que le mot « englobe » figurant dans le chapeau donnait une indication suffisante du caractère non exhaustif de la liste. Il a également été convenu d'utiliser de manière cohérente les mots « un » ou « une », d'une part, et les mots « un quelconque » ou « une quelconque », d'autre part.

228. Il a été suggéré de supprimer l'alinéa a), car la conduite qu'il visait était couverte par les alinéas suivants, et la question de savoir si une personne appelée à trancher un différend « se laiss[ait] influencer par la loyauté » était subjective et incertaine dans certains pays. Toutefois, de l'avis général, il serait utile de conserver cet alinéa. Il a été convenu que le commentaire apporterait des précisions sur le sens du mot « loyauté » et la perspective dans laquelle il fallait l'envisager. Il a été dit que ce terme devait s'interpréter comme une impression ou un sentiment d'obligation ou d'alignement qui pourrait découler de facteurs extérieurs, notamment, sans toutefois s'y limiter, de relations passées ou en cours. Il a également été noté que l'alinéa a) visait à éviter qu'une personne appelée à trancher un différend soit influencée par la loyauté mais qu'il ne visait pas à sanctionner la loyauté elle-même. Il a été convenu également qu'il faudrait expliquer dans le commentaire la différence entre l'obligation visée à l'alinéa a) et les obligations visées aux alinéas suivants afin de pouvoir mieux évaluer les obligations imposées par l'alinéa a). En outre, il a été convenu d'expliquer dans le commentaire que la liste des personnes mentionnées à l'alinéa a) était illustrative, et qu'il faudrait y mentionner également les tiers financeurs et les témoins experts.

229. Différents avis ont été exprimés quant à savoir s'il fallait conserver les mots « ou son jugement » à l'alinéa c). Selon un avis, ces mots étaient redondants, car la notion de « conduite » englobait celle de « jugement », tandis que, selon un autre avis, il était bon de mettre en avant ce dernier terme, car il rendait l'idée d'indépendance et d'impartialité dans la prise de décisions. En réponse à un avis selon lequel il faudrait expliquer dans le commentaire la notion de relations « personnelles », il a été dit que celle-ci recouvrait un large éventail de relations sortant du cadre professionnel.

230. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de modifier l'alinéa c) comme suit : « Se laisser influencer par toutes relations financières, commerciales, professionnelles ou personnelles, passées ou en cours », et d'envisager également l'insertion du mot « futures », afin d'indiquer qu'une personne appelée à trancher un différend ne devrait pas être influencée par les relations qu'elle pourrait nouer dans l'avenir. Il a également été convenu de préciser dans le commentaire que les relations susmentionnées ne devraient pas influencer la conduite ou le jugement d'une personne appelée à trancher un différend.

231. S'agissant de l'alinéa d), le Groupe de travail est convenu de conserver les mots « un intérêt financier ou personnel », plutôt que « tout intérêt financier ou personnel ».

important ». La raison en était que le fait qu'une position serve à promouvoir un intérêt financier ou personnel posait problème en soi, quelle que soit la portée de l'intérêt en question. Il a également été dit que le terme « important » était subjectif, et serait donc source d'incertitude. Il a été déclaré que l'alinéa d) n'aurait pas d'incidence sur l'attente légitime d'une personne appelée à trancher un différend d'être rémunérée à l'issue de la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux.

4. Article 4 – Limitation du cumul des rôles

232. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait examiné les questions soulevées par le cumul des rôles par les personnes appelées à trancher des différends (pratique dite de la « double casquette ») à sa quarante et unième session (voir A/CN.9/1086, par. 86 à 107). Il a été rappelé que des avis très divers avaient été exprimés tant à l'appui d'une interdiction générale et totale du cumul des rôles que de l'approche consistant à n'imposer que des obligations d'information fermes et larges. Néanmoins, le Groupe de travail est convenu de poursuivre l'examen de l'article 4, qui avait été libellé de façon à tenir compte du compromis auquel il était parvenu à ladite session.

Délai de latence

233. Si le compromis auquel le Groupe de travail était parvenu sur la limitation du cumul des rôles a été maintenu, les avis ont divergé quant à savoir s'il faudrait prévoir, aux paragraphes 1 et 2, une période suivant la conclusion de la procédure (appelée « délai de latence ») pendant laquelle un arbitre ne pourrait pas faire office de représentant légal ou d'expert nommé par les parties (également appelé « délai de réflexion »).

234. À l'appui de la mise en place d'un délai de latence, il a été dit qu'il pourrait garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres, et ne se traduirait pas forcément par un manque d'arbitres qualifiés. Il a été dit que cette pratique, loin de compromettre la diversité parmi les arbitres, pourrait la promouvoir. Il a été ajouté que la formule « sauf convention contraire des parties au litige » permettrait à ces dernières d'annuler le délai de latence.

235. Selon le point de vue opposé, un délai de latence pourrait restreindre le vivier d'arbitres et de représentants légaux disponibles, compte tenu de la durée relativement longue des procédures de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux. Il a été ajouté qu'il serait difficile de gérer ce délai en pratique, car les arbitres seraient dessaisis de leurs fonctions pendant sa durée. Il a été proposé de traiter les préoccupations soulevées par le cumul des rôles pendant le délai de latence dans le contexte de l'article 3. En outre, il a été dit que les parties à un traité pourraient, si elles le souhaitent, y prévoir un délai de latence. Il a également été dit que si l'article 3-2 c) était modifié de façon à mentionner les relations « futures » (voir par. 230 ci-dessus), il ne serait pas nécessaire de prévoir un délai de latence.

236. Des avis divergents ont été exprimés quant à la durée du délai de latence. Des propositions ont été faites tendant à fixer un délai plus court ou plus long. Un appui a également été exprimé en faveur de la durée de trois ans, qui reflétait potentiellement un compromis.

« [o]u toute autre procédure »

237. Différents avis ont été exprimés concernant l'expression « ou toute autre procédure », figurant aux paragraphes 1 et 2. Selon un avis, son insertion garantirait l'application effective de la restriction, en prévenant d'éventuelles failles. Il a été suggéré de fournir dans le commentaire des exemples de procédures qu'elle visait (les procédures de la CIJ, de la CEDH ou d'autres instances internationales ou régionales ; les procédures internes, notamment celles visant à faire annuler ou exécuter une sentence ; et l'arbitrage commercial). Il a été proposé de limiter les procédures visées à celles ayant trait à l'application de traités d'investissement.

238. Selon un autre avis, l'insertion de cette expression élargirait excessivement la portée de la restriction et inclurait les procédures non liées au RDIE, qui n'étaient pas en rapport avec les problèmes mentionnés aux paragraphes 1 et 2 concernant la limitation du cumul des rôles dans des affaires où intervenaient les mêmes parties ou des parties liées. À l'appui de ce point de vue, il a été dit qu'un tel élargissement n'était pas nécessaire au vu de l'article 3 et, plus précisément, de son alinéa 2 d), ainsi que des obligations d'information prévues à l'article 10, qui permettraient aux parties contestantes d'avoir connaissance de toute procédure visée et de l'éventuelle existence d'un conflit d'intérêts.

Paragraphe 1

239. Une proposition tendant à remplacer les mots « n'agit pas » par les mots « s'abstient d'agir » n'a pas été appuyée. Il a été suggéré de clarifier l'emploi du terme « conclusion », dont l'interprétation dépendrait des circonstances de l'espèce. Une proposition consistait à indiquer que ce terme désignait le moment où le tribunal arbitral rendait une sentence ou une décision définitive, que ce soit sur le fond ou sur la compétence. Selon une autre proposition, la procédure serait réputée conclue à l'expiration d'un délai fixé (par exemple, 30 jours) suivant la réception de la sentence sans que celle-ci n'ait fait l'objet d'une requête, ce qui couvrirait les recours postérieurs à la sentence. Selon une autre proposition encore, il faudrait remplacer le terme « simultanément » par les mots « jusqu'à la conclusion de la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux » ou « pendant la durée de la procédure [...] ».

240. Plusieurs propositions ont été faites au sujet de l'alinéa c) (« La ou les mêmes dispositions du même traité ») et de sa portée. Il a été proposé d'examiner les statistiques relatives aux traités d'investissement multilatéraux (par exemple, le Traité sur la Charte de l'énergie) afin de mieux comprendre les éventuelles conséquences de la règle prévue à l'alinéa c) et, plus précisément, le nombre de cas où une personne n'aurait pas été autorisée à accepter une nomination en tant qu'arbitre, expert ou représentant légal si la règle était en vigueur. Une autre suggestion était d'exclure les traités multilatéraux de la notion de « traité », car l'article 4 pourrait avoir un effet particulièrement négatif sur le nombre d'arbitres qualifiés disponibles pour traiter les différends découlant de ces traités. Devant cette proposition, on s'est interrogé sur la nécessité de réserver un traitement différent aux traités multilatéraux, et sur ce que l'on entendait par traité « multilatéral ».

241. Au vu des suggestions tendant à exclure la Convention CIRDI du champ d'application de l'alinéa c), il a été proposé d'en limiter la portée aux traités prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs. Il a également été proposé que l'alinéa c) soit plus étroitement aligné sur la définition d'un différend relatif à des investissements internationaux figurant à l'article 1 a) et qu'il fasse également référence à la législation régissant les investissements étrangers et les contrats d'investissement.

242. Une autre proposition visait à exclure de la notion de « dispositions » celles qui prévoyaient le consentement à la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux, ou qui avaient trait à la compétence ou aux questions de procédure. À cette fin, il a été suggéré de modifier l'alinéa c) pour qu'il se lise « Une allégation de manquement à la même ou aux mêmes dispositions du même traité », afin d'en limiter la portée aux procédures portant sur les mêmes obligations de fond. À ce point de vue, il a été opposé que le cumul des rôles relatif aux questions de compétence soulevait les mêmes préoccupations, et que la modification proposée limiterait excessivement la portée de la restriction.

Paragraphe 2

243. Le Groupe de travail s'est ensuite demandé s'il fallait conserver le paragraphe 2 de l'article 4.

244. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 2 et cette proposition a été appuyée. L'objet de cette disposition pourrait être abordé dans le commentaire relatif à l'article 3, car il traitait de l'acceptation d'un rôle qui constituerait une violation de cet article sans introduire d'obligation distincte. Il a également été dit que l'article 3-2 c), s'il était modifié de façon à mentionner les relations « futures » (voir par. 230 ci-dessus), couvrirait la question que l'article 4-2 visait à aborder. Il a été ajouté que l'expression « questions juridiques qui sont tellement similaires sur le fond » était vague et qu'il serait difficile de déterminer si elle s'appliquait, en particulier à un stade peu avancé de la procédure, lorsque nombre des questions juridiques n'étaient pas encore connues. On s'est inquiété de ce que le paragraphe 2 puisse involontairement entraîner une interdiction de fait du cumul des rôles, et éventuellement causer des retards de procédures en raison de contestations soulevées sur cette base. Il a été proposé que le commentaire relatif à l'article 4 indique que le paragraphe 1 ne dressait pas une liste exhaustive des conduites qui constitueraient une violation de l'article 3.

245. Selon un autre avis, il faudrait conserver le paragraphe 2, et cette proposition a également été appuyée. Il a été dit que celui-ci représentait un compromis atteint à la suite de longs débats et qu'il renforçait le principe d'indépendance et d'impartialité. Face aux inquiétudes sur le risque que l'expression « questions juridiques qui sont tellement similaires sur le fond » n'entraîne une interdiction de fait du cumul des rôles, il a été proposé de préciser dans le commentaire que tel n'était pas l'objectif du paragraphe 2, qui ne s'appliquerait que lorsque la conduite en question constituerait une violation de l'article 3. Différents avis ont été exprimés quant à savoir s'il fallait conserver les mots « tellement similaires sur le fond ». De l'avis général, en cas de maintien du paragraphe 2, la formule « sauf convention contraire des parties au litige » ne devrait pas y figurer, car les parties ne devraient pas être à même de passer outre une violation de l'article 3. Par ailleurs, il a été proposé de lier la portée temporelle de la restriction prévue au paragraphe 2 au moment où l'arbitre acceptait sa nomination.

246. On s'est interrogé sur les modalités d'application de l'article 4 et sur la question de savoir qui déterminerait s'il y avait eu manquement à ses dispositions. Il a été répondu que cet article nécessiterait généralement une appréciation par l'arbitre de sa propre situation, tandis que les obligations d'information prévues à l'article 10 devaient permettre aux parties de savoir s'il y avait cumul des rôles, auquel cas elles pourraient chercher à faire récuser l'arbitre. Il a également été dit qu'elles pourraient présenter une allégation de violation de l'article 4 dans le cadre d'une procédure d'annulation.

5. Article 5 – Obligation de diligence

247. Concernant le paragraphe 1 a), le Groupe de travail est convenu d'expliquer dans le commentaire que l'obligation de diligence incluait celle d'être « disponible pour s'acquitter de ses fonctions », et que si une personne candidate n'était pas en mesure de remplir les fonctions attendues, elle ne devait pas accepter la nomination. En outre, il a été proposé d'expliquer dans le commentaire le sens de l'expression « en temps voulu », figurant à l'alinéa c), et les facteurs à prendre en compte pour déterminer si l'obligation énoncée à cet alinéa était satisfaite.

248. Le Groupe de travail est également convenu de supprimer l'alinéa d), et d'expliquer dans le commentaire relatif à l'alinéa a) qu'un arbitre devrait refuser les obligations concomitantes susceptibles de l'empêcher de s'acquitter avec diligence de ses fonctions dans le cadre de la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux. En outre, il est convenu de déplacer l'alinéa e) vers l'article 6, car l'obligation de ne pas déléguer la fonction de prise de décisions était plus étroitement liée à l'obligation d'intégrité.

6. Article 6 – Intégrité et compétence

249. Il a été convenu que le titre « Intégrité et compétence » était approprié et reflétait la teneur de l'article 6.

250. Le Groupe de travail est convenu de supprimer l'alinéa b) et d'inclure le mot « civilité » à l'alinéa a), le commentaire devant expliquer cette notion. Il est également convenu que l'alinéa a) soulignerait la nécessité pour une personne appelée à trancher un différend de conduire la procédure de manière compétente. En conséquence, il a été convenu de libeller cet alinéa comme suit : « Conduire la procédure concernant le différend relatif à des investissements internationaux de manière compétente et conformément à des normes élevées d'intégrité, d'équité et de civilité. »

251. Par ailleurs, il a été convenu de supprimer les paragraphes 2 et 3, à la lumière de l'article 11-2 et de la décision du Groupe de travail relative à l'article 5-1 a) (voir par. 247 ci-dessus). Toutefois, afin d'indiquer que la personne appelée à trancher un différend devait posséder les compétences requises, il a été convenu de modifier l'article 6-1 c), pour qu'il se lise comme suit : « Posséder les compétences et aptitudes nécessaires et faire tout son possible pour entretenir et améliorer les connaissances, compétences et qualités nécessaires à l'exercice de ses fonctions ».

7. Article 7 – Communications *ex parte*

252. Concernant l'article 7, il a été généralement estimé que les communications *ex parte* devraient être interdites, sauf si le règlement ou le traité applicable le permettait ou si les parties au différend en étaient convenues. Dans ce contexte, il a été jugé nécessaire que l'article 7 énonce une règle claire sur les circonstances suivantes :

- Premièrement, lorsqu'une partie contestante entrait en communication avec une personne candidate au rôle d'arbitre nommé par les parties, son expérience, ses compétences, ses qualifications et sa disponibilité, ainsi que l'existence de tout conflit d'intérêts potentiel (ci-après « les compétences et l'absence de conflit d'intérêts ») ;
- Deuxièmement, lorsqu'une partie contestante entrait en communication avec la personne qu'elle avait nommée au rôle d'arbitre nommé par les parties ou qui se portait candidate à ce rôle, afin de déterminer les compétences et l'absence de conflit d'intérêts d'une personne candidate au rôle d'arbitre-président ; et
- Troisièmement, lorsqu'une partie contestante entrait en communication avec une personne candidate au rôle d'arbitre-président afin de déterminer ses compétences et son absence de conflit d'intérêts.

253. De l'avis général, les communications *ex parte* devraient être autorisées dans la première circonstance. Par conséquent, il a été convenu de modifier le paragraphe 1 a) afin d'indiquer qu'il s'appliquait uniquement aux personnes candidates à la fonction d'arbitre devant être nommées par les parties.

254. On a fait observer que, s'agissant des deuxième et troisième circonstances, la pratique générale voulait que toutes les parties contestantes soient présentes lors de l'entretien, ou que l'autre partie soit informée avant qu'il n'ait lieu. Il a donc été proposé d'exiger un accord exprès des parties pour ces circonstances. Toutefois, dans la mesure où l'alinéa 1 c) autorisait la tenue de communications *ex parte* si les parties contestantes en convenaient ainsi, on s'est demandé s'il était nécessaire que le paragraphe 1 énonce des règles distinctes pour traiter des deuxième et troisième circonstances. En conséquence, il a été convenu de supprimer le paragraphe 1 b) et d'expliquer dans le commentaire comment l'article 7 s'appliquerait dans les deuxième et troisième circonstances.

255. Alors que des propositions rédactionnelles visant à rendre cette idée générale ont été faites, il a été rappelé que, selon la définition figurant à l'article 1 g), une « communication *ex parte* » s'entendait d'une communication « entre » une personne candidate ou une personne appelée à trancher un différend « et » une partie

contestante, le code s'appliquant à ces deux catégories de personnes, et non directement aux parties contestantes. S'il a été proposé que le paragraphe 1 donne une indication de sa portée temporelle, il a été convenu que cet ajout n'était pas nécessaire au vu des définitions d'une personne appelée à trancher des différends et d'une personne candidate.

256. À l'issue de la discussion, le secrétariat a été prié de réviser le paragraphe 1 de manière à clairement exclure les circonstances dans lesquelles les communications *ex parte* ne seraient pas interdites (voir par. 253 et 254 ci-dessus). Pour ce faire, il devrait se baser sur la définition figurant à l'article 1 g) telle que modifiée par le Groupe de travail, qui était convenu de supprimer les mots « ou à l'insu » et d'insérer le membre de phrase « ou de son ou de leurs représentants légaux » à la fin de la définition (voir par. 212 et 213 ci-dessus).

Paragraphe 2

257. De l'avis général, même dans le cas où elles seraient autorisées en vertu du paragraphe 1, les communications *ex parte* ne devraient porter sur aucune question de procédure ou de fond liée à la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux, ou dont on pouvait raisonnablement prévoir qu'elle pourrait être soulevée. En revanche, il a été dit que la communication de certaines informations de base serait nécessaire afin de déterminer les compétences et l'absence de conflit d'intérêts de la personne candidate. Il a été convenu de traiter de ces points dans le commentaire.

258. À une proposition tendant à insérer les mots « autorisées en vertu du paragraphe 1 » après les mots « communications *ex parte* », il a été répondu que le paragraphe 2 s'appliquerait à ces communications qu'elles soient autorisées ou non en vertu du paragraphe 1, comme indiqué actuellement par les mots « dans tous les cas ». Toutefois, il a été dit que le commentaire était peut-être l'endroit approprié pour traiter de ces aspects et, par conséquent, il a été convenu de supprimer les mots « dans tous les cas » et de conserver le reste du paragraphe.

8. Article 8 – Confidentialité

259. Le Groupe de travail a examiné l'article 8, qui traitait des obligations de confidentialité. On a fait observer que cet article ne visait pas à réglementer la révélation ou l'utilisation d'informations aux fins de la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux, qui étaient par nature autorisées. Il a été ajouté qu'il ne devrait pas traiter des exigences en matière de preuve, c'est-à-dire de la question de savoir si des informations fournies par les parties contestantes ou autrement obtenues par le tribunal arbitral étaient recevables, question qui était généralement abordée dans le règlement ou le traité applicable.

Paragraphe 1

260. Différents avis ont été exprimés quant à savoir si l'obligation de confidentialité ne devait pas s'appliquer aux informations publiques. Selon un avis, ces informations ne devraient pas être soumises à confidentialité. Si certains estimaient que l'obligation de confidentialité ne devrait être levée que lorsque les informations concernées étaient publiées conformément au règlement ou au traité applicable (en d'autres termes, les informations provenant de fuites resteraient soumises à confidentialité), d'autres étaient d'avis qu'il serait peu pratique et contraignant d'exiger que la personne appelée à trancher un différend procède systématiquement à cette vérification. Dans le même ordre d'idées, il a été proposé de modifier le paragraphe 1 de façon à traiter de la non-révéléation ou de la non-utilisation d'informations « confidentielles ».

261. Selon un autre avis encore, le caractère non public des informations ne devrait pas avoir d'incidence sur l'obligation prévue au paragraphe 1, et la personne appelée à trancher un différend devrait être tenue de ne pas révéler ni utiliser d'informations obtenues durant la procédure. À l'appui de ce point de vue, il a été dit que l'alinéa b) serait suffisant pour traiter toute question découlant du caractère non public des

informations. En outre, il a suggéré de remplacer les mots « une procédure » par « la procédure », afin de restreindre l'obligation énoncée au paragraphe 1 aux informations obtenues lors de la procédure pour laquelle était pressentie la personne candidate ou à laquelle participait la personne appelée à trancher le différend.

262. Par ailleurs, il a été proposé de préciser dans le commentaire le sens des mots « ne révèle ni n'utilise », compte tenu notamment du fait que le paragraphe 1 n'abordait pas la question de la recevabilité. On s'est demandé si l'obligation prévue au paragraphe 1 devrait s'appliquer tant aux personnes candidates qu'aux personnes appelées à trancher des différends.

263. À l'issue de la discussion, il a été convenu de modifier le paragraphe 1 pour qu'il se lise comme suit, ou dans des termes similaires : « Sauf si le règlement ou le traité applicable le permet ou si les parties au litige en sont convenues, une personne candidate ou une personne appelée à trancher un différend ne révèle ni n'utilise aucune information se rapportant à la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux ou obtenue dans le cadre de celle-ci. »

Paragraphe 2

264. Concernant le paragraphe 2, il a été convenu de ne pas conserver les mots « ni aucun avis exprimé au cours des délibérations », car la « teneur » des délibérations couvrirait déjà les avis exprimés lors de celles-ci.

Paragraphe 3

265. De l'avis général, il devrait être interdit à un arbitre de commenter une décision prise lors d'une procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux à laquelle il participait, au cours de la procédure et tant que la décision pouvait faire l'objet d'une procédure d'annulation, d'appel ou d'exécution (ci-après « réexamen ou contestation »). Ce point de vue reposait sur le fait qu'une telle conduite pourrait avoir des effets indus sur le processus de réexamen ou de contestation. Toutefois, il a aussi été largement estimé qu'une fois ce processus achevé, un arbitre devrait être autorisé à commenter une décision, à des fins universitaires, par exemple, ce qui pourrait lui donner l'occasion de contribuer au développement et à la compréhension de la jurisprudence. À l'appui de ce point de vue, il a été dit que cette pratique pourrait conduire à une plus grande transparence dans le RDIE.

266. Par conséquent, il a été proposé de limiter dans le temps l'obligation énoncée au paragraphe 3 et de ne pas appliquer le paragraphe 5 dans ce contexte. Il a en outre été proposé que l'exception prévue au paragraphe 1 b) s'applique également au paragraphe 3, notamment afin que les parties puissent convenir d'y déroger.

267. Les avis ont divergé sur la question de savoir si un arbitre ne devrait être autorisé à commenter une décision que si elle était accessible au public. Néanmoins, de l'avis général, il serait inapproprié qu'une personne appelée à trancher un différend commente une décision qui n'était pas accessible au public, ce qui pourrait également constituer un manquement à l'obligation prévue au paragraphe 1. On a fait observer qu'une personne appelée à trancher un différend, même si elle était autorisée à commenter une décision en vertu du paragraphe 3, continuerait d'être liée par les obligations prévues aux paragraphes 1, 2 et 4, qui s'appliqueraient indéfiniment.

268. À l'issue de la discussion, il a été convenu de modifier le paragraphe 3 pour indiquer qu'un arbitre ne devrait pas commenter une décision rendue dans la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux, au cours de la procédure et tant que la décision ou la sentence pouvait faire l'objet d'un réexamen ou d'une contestation. Par la suite, un arbitre ne devrait être autorisé à commenter une décision que si elle était accessible au public, et continuerait d'être lié par les obligations prévues au paragraphe 1 et 2 (non-révélation d'informations confidentielles et de la teneur des délibérations). Il a été convenu d'apporter dans le commentaire des précisions sur l'interaction entre les différentes obligations énoncées

à l'article 8 ainsi que sur les types de commentaires qui seraient autorisés en vertu du paragraphe 3.

269. Par ailleurs, il a été convenu qu'un juge ne serait pas autorisé à commenter une décision du mécanisme permanent, ce qui garantirait la légitimité et l'intégrité du mécanisme.

270. S'il a été suggéré que le paragraphe 3 serait mieux placé à l'article 3 ou dans le commentaire y relatif, il a été convenu de le maintenir à l'article 8, dont le titre serait modifié pour refléter l'obligation énoncée dans ce paragraphe.

Paragraphe 4

271. Au vu de la pratique récente qui voulait qu'un projet de sentence ou de décision du tribunal arbitral soit communiqué aux parties contestantes avant son prononcé, il a été convenu que l'exception prévue à l'alinéa 1 b) s'appliquerait également au paragraphe 4. Il a été proposé de fusionner les paragraphes 1 et 4, étant donné que cette exception s'appliquait aux deux paragraphes. Toutefois, on s'est demandé si le mot « permet » serait approprié dans les deux cas car si les traités comportaient le plus souvent des dispositions expresses permettant ou exigeant la communication des projets de sentences ou de décisions, ils comportaient rarement des dispositions permettant ou exigeant la divulgation d'informations confidentielles. Il a donc été proposé de modifier les paragraphes 1 et 4 pour préciser que les obligations qui y figurent sont soumises aux règles ou au traité applicables.

Paragraphe 5

272. S'il a été proposé que les obligations prévues à l'article 8 ne s'appliquent que pendant une durée limitée après la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux (par exemple, trois ans), de l'avis général, les obligations visées dans cet article (hormis celle énoncée au paragraphe 3, voir par. 266 et 268 ci-dessus) devraient continuer de s'appliquer indéfiniment, conformément au paragraphe 5 actuel. Sur le plan rédactionnel, il a été convenu d'indiquer qu'une personne ayant tranché un différend ou une personne ayant été candidate était liée par les obligations prévues à l'article 8, éventuellement dans les paragraphes correspondants.

273. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat de restructurer les paragraphes de l'article 8 sur la base de ses délibérations.

9. Article 9 – Honoraires et frais

274. Un appui général a été exprimé en faveur de la structure et de la teneur de l'article 9 et de son application aux seuls arbitres et personnes candidates à la fonction d'arbitre.

275. Il a été suggéré d'aborder à l'article 9 la question du caractère raisonnable des honoraires et des frais. Toutefois, on s'est demandé si le code devrait aborder cette question, qui était généralement couverte par le règlement applicable. À l'issue de la discussion, il a été convenu d'insérer à l'article 9 une phrase supplémentaire, qui se lirait comme suit : « Les honoraires et les frais doivent être raisonnables au regard du règlement applicable. » Le commentaire dresserait la liste des éléments à prendre en compte pour déterminer le caractère raisonnable des honoraires et des frais.

276. Des avis divergents ont été exprimés au sujet du paragraphe 2, qui traitait du moment où la discussion concernant les honoraires et les frais devait être conclue. On s'est dit favorable à ce que le paragraphe indique que la discussion devait être conclue avant la constitution du tribunal arbitral, ce qui serait conforme à la meilleure pratique. Toutefois, il a été dit que la discussion avait généralement lieu après la constitution du tribunal (par exemple, lors de la première réunion procédurale), et pas nécessairement immédiatement après. On a fait observer que les règlements applicables suivaient différentes approches et que le code ne devrait pas être trop prescriptif, notamment au vu de la pratique en vigueur dans l'arbitrage ad hoc.

277. Dans ce contexte, il a été proposé d'octroyer aux parties contestantes une certaine souplesse pour déterminer le moment où la discussion concernant les honoraires et les frais devait être conclue. Par conséquent, il a été proposé de modifier le paragraphe 2 pour qu'il se lise comme suit, ou dans des termes similaires : « Sauf convention contraire des parties au litige, et à moins que le règlement ou le traité applicable n'en dispose autrement, la personne candidate ou l'arbitre conclut toute discussion concernant les honoraires et les frais avec les parties au litige avant la constitution du tribunal arbitral ou le plus tôt possible après. »

278. Il a été convenu que le commentaire expliquerait comment le paragraphe 1 s'appliquerait dans le contexte de l'arbitrage ad hoc, en particulier avant la constitution du tribunal arbitral, et que l'article 7, relatif aux communications *ex parte*, s'appliquerait également à toute communication concernant les honoraires et les frais.

10. Voie à suivre

279. À la fin de la session, le secrétariat a été prié d'établir, sur la base des délibérations et des décisions du Groupe de travail, deux textes distincts, comprenant un code de conduite à l'intention des arbitres et un code de conduite à l'intention des juges, accompagnés d'un commentaire (voir par. 204 ci-dessus). Il a été dit que les éventuelles observations sur le premier projet de commentaire devaient être adressées au secrétariat le 14 octobre 2022 au plus tard. Celui-ci a été prié d'organiser des réunions informelles en vue de favoriser un consensus au sein du Groupe de travail concernant les questions qui n'avaient pas été résolues à la session en cours.
