



Assemblée générale

Distr. générale
14 mai 2018
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante et unième session
New York, 25 juin-13 juillet 2018

**Rapport du Groupe de travail III (Réforme du
règlement des différends entre investisseurs et États)
sur les travaux de sa trente-cinquième session
(New York, 23-27 avril 2018)**

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Organisation de la session	2
III. Délibérations et décisions	4
IV. Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États	4
A. Remarques générales	4
B. Examen des résultats de l'arbitrage	5
C. Considérations relatives aux arbitres ou décideurs	9
D. Perceptions des États, des investisseurs et du public	15
E. Observations finales	16
V. Questions diverses	17



I. Introduction

1. À sa cinquantième session, la Commission était saisie de notes du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des différends : procédures concurrentes dans l'arbitrage international (A/CN.9/915) ; les travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des litiges commerciaux : l'éthique dans l'arbitrage international (A/CN.9/916), et les travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des différends : réformes du règlement des différends entre investisseurs et États (A/CN.9/917). Elle était également saisie d'une compilation des commentaires reçus des États et des organisations internationales concernant le cadre de règlement des différends entre investisseurs et États (A/CN.9/918 et additifs).

2. Après avoir examiné les sujets présentés dans les documents A/CN.9/915, A/CN.9/916 et A/CN.9/917, la Commission a confié au Groupe de travail un large mandat concernant une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Conformément aux procédures de la CNUDCI, le Groupe de travail veillerait, dans l'exercice de son mandat, à ce que les délibérations, tout en tirant parti de l'éventail le plus large possible de compétences spécialisées des différentes parties prenantes, soient menées par les États, avec des contributions de haut niveau de tous les gouvernements, et soient fondées sur le consensus et pleinement transparentes. Le Groupe de travail devrait : i) recenser et examiner les préoccupations exprimées au sujet du régime de RDIE ; ii) déterminer si une réforme était souhaitable compte tenu de ces préoccupations ; et iii) s'il décidait que tel était le cas, mettre au point des solutions qu'il recommanderait à la Commission. Cette dernière est convenue que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté dans l'exercice de son mandat et que toute solution envisagée tiendrait compte des travaux menés par d'autres organisations internationales dans ce domaine et laisserait à chaque État le choix de déterminer si et dans quelle mesure il souhaitait adopter la ou les solution(s) en question¹.

3. À sa trente-quatrième session (27 novembre-1^{er} décembre 2017), le Groupe de travail a commencé ses travaux concernant une éventuelle réforme du RDIE en se fondant sur une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.142) et sur des communications présentées par des organisations intergouvernementales internationales (A/CN.9/WG.III/WP.143). Il est rendu compte des délibérations qu'il a tenues et des décisions qu'il a prises à cette session dans le document A/CN.9/930, qui contient la première partie du rapport. La seconde partie du rapport a été adoptée à la session en cours.

II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-cinquième session à New York du 23 au 27 avril 2018. Ont assisté à la session les États membres ci-après du Groupe de travail : Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Brésil, Bulgarie, Burundi, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Danemark, El Salvador, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Honduras, Hongrie, Inde, Indonésie, Israël, Italie, Japon, Kenya, Koweït, Libye, Malaisie, Maurice, Mexique, Namibie, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Philippines, Pologne, République de Corée, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Sri Lanka, Suisse, Tchéquie, Thaïlande, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

5. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants : Afrique du Sud, Algérie, Angola, Arabie saoudite, Bahreïn, Belgique, Bénin, Burkina Faso, Chypre, Costa Rica, Croatie, Égypte, Finlande, Gabon, Géorgie, Iraq, Islande, Kazakhstan,

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 17 (A/72/17), par. 263 et 264.

Maroc, Myanmar, Népal, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pérou, Portugal, République arabe syrienne, République dominicaine, Sénégal, Serbie, Slovaquie, Soudan, Suède, Togo, Uruguay et Viet Nam.

6. Ont également assisté à la session des observateurs du Saint-Siège et de l'Union européenne.

7. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes :

a) *Système des Nations Unies* : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) ;

b) *Organisations intergouvernementales* : Centre Sud, Cour permanente d'arbitrage (CPA), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation internationale de la Francophonie (OIF) et Secrétariat du Commonwealth ;

c) *Organisations non gouvernementales invitées* : African Center of International Law Practice (ACILP), American Arbitration Association/International Centre for Dispute Resolution (AAA/ICDR), American Society of International Law (ASIL), Amis de la Terre internationale (FOE), Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand (AMINZ), Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), Association de droit international (ADI), Association de l'industrie et du commerce pour les Caraïbes (CAIC), Association du barreau américain (ABA), Association internationale du barreau (IBA), Association juridique de l'Asie et du Pacifique, Association suisse de l'arbitrage (ASA), Center for International Dispute Settlement (CIDS), Center for International Legal Studies (CILS), Centre de recherche en droit public (CRDP), Centre for International Environmental Law (CIEL), Centre international de commerce et de développement durable (CICDD), Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA), Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), Chambre de commerce internationale (CCI), Clientearth, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), Comité consultatif de la CVIM, Commission chinoise d'arbitrage économique et commercial international (CIETAC), Confédération européenne des syndicats (CES), Conseil coréen pour l'arbitrage commercial, Fédération européenne pour le droit des investissements et l'arbitrage (EFILA), Fédération européenne pour le transport et l'environnement (T et E), Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Forum économique mondial, Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA), Institut Afrique Monde (IAM), Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (SCC Arbitration), Institute for Transnational Arbitration (ITA), Institute of Commercial Law (ICL), Institut international du développement durable (IIDD), Institutio Ecuatoriano de Arbitraje (IEA), International Association for Commercial and Contract Management (IACCM), International Law Institute (ILI), Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration, Moot Alumni Association (MAA), New York International Arbitration Center (NYIAC), Queen Mary University of London School of International Arbitration (QMUL), Russian Arbitration Association (RAA) 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.144](#)) ; b) note du Secrétariat sur l'éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) ([A/CN.9/WG.III/WP.142](#)) ; c) communications présentées par des organisations intergouvernementales internationales ([A/CN.9/WG.III/WP.143](#)) ; d) communication présentée par l'Union européenne ([A/CN.9/WG.III/WP.145](#)) ; e) communications

présentées par des organisations intergouvernementales internationales et informations complémentaires : nomination des arbitres (A/CN.9/WG.III/WP.146) ; et f) observations du Gouvernement thaïlandais (A/CN.9/WG.III/WP.147).

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. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a examiné le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les documents mentionnés au paragraphe 9 ci-dessus. Il est rendu compte des délibérations qu'il a tenues et des décisions qu'il a prises sur ce point au chapitre IV. L'examen des autres questions abordées par le Groupe de travail est présenté au chapitre V.

IV. Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États

A. Remarques générales

12. Ayant rappelé ses attributions (voir par. 2 ci-dessus), le Groupe de travail a continué de s'employer à recenser les préoccupations relatives au RDIE, conformément à ce qui était envisagé dans la première partie du mandat qui lui avait été confié.

13. Les déclarations générales faites au début de la session ont souligné l'importance que revêtait le mandat du Groupe de travail pour les pays en développement compte tenu de l'impact de l'investissement et du RDIE sur le développement durable. S'inspirant de l'expérience nationale de plusieurs États, elles ont réitéré les questions et préoccupations soulevées par le RDIE, notamment l'absence de redevabilité, de transparence, de cohérence, d'un mécanisme d'examen efficace et de mécanismes de traitement des demandes abusives. On a également répété que certaines questions examinées à la trente-quatrième session du Groupe de travail (notamment celles du coût et de la durée des procédures de RDIE et du financement par des tiers) pouvaient constituer des problèmes.

14. On a insisté sur le fait que, de manière générale, toute réforme du RDIE devrait trouver un juste milieu entre les droits et les obligations d'une part des États, et d'autre part des investisseurs.

15. Il a également été souligné, dans les déclarations, qu'il était important d'examiner la question de l'éventuelle réforme du RDIE au niveau multilatéral. Il a été mentionné que l'examen du sujet par la CNUDCI constituait une occasion unique de procéder à des réformes significatives dans ce domaine et que la participation à la fois active et large des pays en développement et des pays développés était essentielle pour assurer l'efficacité et la légitimité du processus mis en œuvre par la Commission pour remplir son mandat.

16. Dans ce contexte, le Groupe de travail a appris que l'Union européenne et la Direction du développement et de la coopération (Suisse) avaient toutes deux versé

des contributions au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI afin de permettre à des États en développement de participer à ses délibérations. Les délégations ont été invitées à envisager d'apporter des contributions supplémentaires pour permettre la participation sans exclusive aux sessions du Groupe de travail.

17. Le Groupe de travail a rappelé les travaux de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, qui avaient mené à l'adoption du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et à la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (« Convention de Maurice sur la transparence »). Il a été noté que l'existence de ces instruments démontrait qu'il était possible de réformer le régime fragmenté du RDIE. Il a en outre été souligné que dans différentes régions du monde, des États œuvraient actuellement à la réforme ou à l'amélioration de leur régime de RDIE existant, notamment en révisant ou en dénonçant des traités bilatéraux, en élaborant de nouveaux modèles pour de futurs accords et en participant à des processus multilatéraux.

18. Au cours des délibérations, on a souligné que le mandat du Groupe de travail était compris comme étant axé sur les aspects procéduraux du RDIE plutôt que sur les normes sous-jacentes de protection des investissements, de sorte que toute proposition de réforme soit possible et réalisable. Dans ce contexte, différentes options de réforme ont été évoquées, notamment l'élaboration d'instruments de droit souple, la mise en place de mécanismes d'appel et la création d'une cour multilatérale d'investissement. Le Groupe de travail est convenu qu'il était prématuré d'examiner ces options à ce stade de ses travaux et a rappelé qu'il faudrait d'abord procéder à une analyse approfondie des questions et des préoccupations soulevées.

19. Il a été reconnu que certains États avaient déjà eu l'occasion de passer en revue la large gamme des questions relatives au RDIE et étaient prêts à faire avancer les délibérations du Groupe de travail. On a toutefois noté que d'autres États pourraient n'avoir que récemment commencé à examiner le sujet et auraient donc peut-être besoin de plus de temps pour s'engager dans ces délibérations. Le Groupe de travail est convenu que le processus devrait respecter les deux points de vue et donner à tous les délégués l'occasion d'apporter des contributions significatives, sans toutefois retarder indûment l'avancement de la discussion.

B. Examen des résultats de l'arbitrage

Cohérence

20. Le Groupe de travail a rappelé ses débats précédents sur la question de la cohérence des résultats des procédures de RDIE. Deux points avaient guidé l'examen de cette question : le premier avait trait au niveau de cohérence souhaitable des résultats des procédures de RDIE, tandis que le deuxième concernait la mesure dans laquelle les incohérences indésirables étaient perçues comme un sujet de préoccupation.

21. Il avait été estimé que le simple fait que les résultats puissent diverger les uns des autres n'était pas préoccupant, car il était possible d'interpréter des dispositions conventionnelles de manière correcte, mais de les appliquer différemment en fonction des circonstances de l'espèce ou des preuves présentées par les parties. En outre, le simple fait que des dispositions conventionnelles analogues puissent faire l'objet d'interprétations différentes n'était pas considéré comme un problème en soi puisque, si l'on se fondait sur les principes généraux d'interprétation des traités, des formulations similaires étaient susceptibles d'interprétations différentes mais correctes. La question de l'incohérence était jugée plus préoccupante lorsqu'une même norme conventionnelle en matière d'investissement ou une même règle de droit international coutumier était interprétée différemment sans motif qui puisse justifier la distinction.

22. Il avait été dit que la question des résultats divergents se posait de manière plus aiguë dans le cas de procédures multiples, comme indiqué au paragraphe 36 du document [A/CN.9/WG.III/WP.142](#). Il avait également été noté que la cohérence ne devait pas s'entendre comme étant synonyme d'exactitude ou de justesse des résultats des procédures de RDIE. On avait en outre rappelé que le manque de cohérence n'était pas nécessairement une caractéristique distinctive du RDIE et se retrouvait aussi bien dans le contexte national qu'international.

23. Il a été proposé de continuer à lier éventuellement, lors des délibérations à ce sujet, les questions susmentionnées au caractère définitif de la sentence ainsi qu'à l'adéquation des mécanismes d'examen existants. Il a été noté que ces mécanismes portaient sur l'intégrité et l'équité de la procédure plutôt que sur l'exactitude des résultats, et qu'il fallait donc se demander s'ils étaient utiles pour régler les questions de cohérence, d'exactitude et de justesse des sentences.

Notion d'incohérence

24. On est largement convenu des avantages juridiques et économiques que présentait la cohérence pour ce qui était de renforcer la certitude juridique et la prévisibilité du cadre d'investissement, pour l'État comme pour l'investisseur. On s'est aussi largement accordé à dire que ces caractéristiques seraient source d'efficacité dans la préparation du contentieux, et utiles aux États lorsqu'il s'agirait d'élaborer des traités d'investissement ou de déterminer les mesures légalement susceptibles d'être prises.

25. Notant que dans certains cas, une interprétation différente de la formulation du traité pouvait ne pas poser problème, le Groupe de travail a été invité à se concentrer sur les cas où des interprétations divergentes posaient effectivement problème, c'est-à-dire en présence d'incohérences injustifiables. Il est convenu d'examiner la proportion et l'impact d'incohérences de ce type. On a souligné qu'il convenait d'examiner dès le début ces éléments de manière claire et spécifique pour garantir l'utilité et la pertinence des débats.

26. Il a également été convenu qu'il ne faudrait pas chercher à assurer la cohérence au détriment de la régularité des décisions, et que l'objectif devrait être la prévisibilité et la régularité plutôt que l'uniformité.

27. Considérant que l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoyait qu'un traité devait être interprété suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but, on a noté la difficulté qu'il y avait à assurer la cohérence dans l'interprétation de traités d'investissement négociés par différentes parties, avec des objectifs spécifiques.

28. Toutefois, on a noté que les normes relatives aux investissements fréquemment rencontrées dans les traités d'investissement étaient similaires. Comme des tribunaux arbitraux ad hoc étaient chargés de les interpréter, le régime de RDIE était fragmenté, ce qui expliquait en partie les différences d'interprétation. De plus, on a noté que de nombreux traités d'investissement dont étaient saisis ces tribunaux étaient des traités de première génération, formulés de manière vague, ce qui augmentait le risque d'avoir des différences d'interprétation.

Étendue des incohérences

29. On s'est interrogé sur la proportion d'incohérences injustifiées, recommandant qu'il soit procédé à des recherches supplémentaires et à des analyses approfondies pour répondre à cette question.

30. Selon un avis, il ressortait de l'analyse des décisions publiées que cette proportion était relativement faible.

31. On a mentionné des exemples de décisions arbitrales incohérentes relatives à des aspects essentiels de la protection des investissements. Les questions soulevées dans ces décisions portaient sur des concepts généraux et sur les fonctions des normes

fondamentales de protection des investissements qui étaient fréquemment invoquées. Un exemple concernait l'application de la clause de la nation la plus favorisée. Il a également été question de l'interprétation de la portée et des effets de la « clause parapluie ». Par ailleurs, on a évoqué les contradictions dans l'interprétation des notions d'investissement et d'expropriation.

32. On a donné d'autres exemples de cas où des décisions divergentes ne pouvaient être justifiées ni par les règles d'interprétation des traités en droit international, ni par les différents faits et preuves présentés aux tribunaux arbitraux. On a déclaré que ces exemples montraient clairement que les préoccupations concernaient tant l'interprétation des dispositions fondamentales de protection des investissements contenues dans les traités que la détermination et l'application des principes du droit international coutumier, et, parfois, les dispositions de traités tels que la Convention CIRDI. D'autres exemples de décisions qualifiées d'incohérentes concernaient la question de savoir si un État était tenu de fournir des garanties dans une procédure d'annulation, le traitement des sentences du point de vue de leur exécution, et la capacité des États et des investisseurs à déroger aux dispositions du RDIE.

Impact des incohérences injustifiables

33. Le Groupe de travail est passé à l'examen de l'impact des incohérences injustifiables. Des États ont relaté leur expérience de cas où un traité identique avait été interprété de différentes manières par différents tribunaux, y compris lorsque des arguments et des preuves identiques leur avaient été présentés.

34. En ce qui concernait les incidences des incohérences injustifiables, il a également été échangé les considérations suivantes.

35. Premièrement, des décisions dont la divergence ne se justifiait pas pouvaient constituer un motif de remise en question de la crédibilité du mécanisme de RDIE dans son ensemble, et expliquer l'opinion publique négative à son égard.

36. Deuxièmement, en raison de l'absence de clarté et de cohérence dans la jurisprudence internationale relative aux investissements : i) les États avaient des difficultés à comprendre quelle attitude adopter pour s'acquitter de leurs obligations juridiques ; ii) il était difficile d'envisager de nouvelles réglementations ; et iii) on risquait un gel réglementaire. Néanmoins, on a reconnu que cette difficulté ne se rapportait pas uniquement au RDIE et que les États étaient toujours limités dans les réglementations qu'ils adoptaient dans le cadre juridique interne. On a également mis l'accent sur l'équilibre des obligations de fond prévues dans les traités d'investissement à cet égard, en se demandant si cet équilibre était approprié ou s'il convenait de le revoir.

37. Troisièmement, les États n'étaient pas les seuls acteurs du système et les intérêts des investisseurs devaient également être pris en compte. À cet égard, des délégations ont confirmé qu'elles avaient engagé des consultations avec leurs divers mandants et parties prenantes en prévision de la session. Comme cela a été indiqué, il ressortait des consultations que la prévisibilité était importante également pour les investisseurs, dans la mesure où l'absence de prévisibilité pouvait constituer un facteur de risque et entraver l'investissement. Dans ce contexte, la déclaration générale soulignant l'importance de l'investissement et des flux de capitaux dans l'intérêt de la poursuite du développement durable a été rappelée (voir par. 13 ci-dessus). Il a été ajouté que les investisseurs appréciaient un système de règlement des différends qui garantissait la prévisibilité, eu égard aux coûts en jeu.

38. On s'est vivement inquiété du fait que l'actuel régime de RDIE ne garantissait pas suffisamment une interprétation uniforme et correcte des traités d'investissement, et les mécanismes en place étaient, de l'avis général, insuffisants.

Mécanismes d'examen

39. Le Groupe de travail s'est demandé si les mécanismes d'examen existants répondaient de manière satisfaisante aux questions soulevées par l'absence de cohérence et de régularité. Il a été rappelé que les sentences arbitrales étaient définitives et ne pouvaient faire l'objet d'un examen que dans le cadre d'une demande d'annulation ou d'une procédure d'exécution auprès d'un tribunal national ou, dans le cas des sentences du CIRDI, dans le cadre d'une procédure d'annulation. Il a été souligné que les comités d'annulation du CIRDI et les tribunaux nationaux au lieu de l'arbitrage ou à l'endroit où l'exécution était demandée (pour les sentences non rendues par le CIRDI) jouissaient d'une compétence souvent limitée pour examiner une sentence. Il a été dit que la portée de l'examen était peu étendue et que les rares motifs susceptibles d'y donner lieu pourraient poser des problèmes systémiques pour ce qui était d'assurer la cohérence et la régularité. En outre, il était peu probable que les mécanismes actuels aient pour effet d'harmoniser la jurisprudence dans les affaires de RDIE, même entre traités d'investissement ayant des normes de protection des investisseurs identiques ou sensiblement analogues.

40. Il a en outre été dit qu'en l'absence d'un mécanisme de recours, des décisions erronées ne pouvaient être annulées, ce qui signifiait que les mécanismes d'examen existants ne pouvaient pas garantir la régularité juridique.

41. Rappelant l'importance de la régularité et de la cohérence, on a dit que la cohérence des sentences pouvait découler de leur régularité. Dans ce contexte, il a été noté que les préoccupations concernant la cohérence et la prévisibilité étaient liées à d'autres, qui touchaient à l'utilité des mécanismes existants pour remédier aux manques de cohérence injustifiables.

42. La question de l'interaction entre le caractère définitif des sentences arbitrales et leur régularité a été soulevée. Il a été dit que pour assurer la cohérence et la régularité, il ne faudrait pas perturber ou compromettre le caractère définitif des sentences et qu'il faudrait éviter d'accroître les coûts et la durée. Selon d'autres avis, au vu des avantages du caractère définitif des sentences, y compris le fait qu'elles étaient généralement exécutoires, il fallait rechercher un équilibre entre ces différentes considérations.

Avis préliminaires sur d'éventuelles solutions

43. Le Groupe de travail a entendu quelques avis préliminaires sur la façon de remédier au manque de cohérence pour faire en sorte que le cadre du RDIE devienne plus prévisible. Il était notamment proposé : i) de modifier les traités d'investissement dont le libellé était vague ; ii) de fournir aux États parties, pour leur permettre d'exercer un plus grand contrôle sur les traités d'investissement, des solutions telles que des déclarations interprétatives conjointes et des directives sur l'interprétation des normes ; iii) d'adopter une approche systémique par le biais de solutions institutionnelles (mécanismes de recours ou instances juridictionnelles permanentes) ; iv) d'envisager de réformer le cadre interne régissant l'investissement ; v) d'adopter ou de mettre en œuvre un système fondé sur le principe de *stare decisis* ; vi) d'encourager la jonction d'instances dans la mesure du possible, ainsi que la coordination entre les tribunaux ; vii) d'améliorer les mécanismes d'examen existants et les procédures d'annulation ; et viii) de renforcer le rôle des tribunaux nationaux.

Lien avec d'autres questions pertinentes

44. Le Groupe de travail a entendu des suggestions selon lesquelles il faudrait, lors de l'examen plus avant de la question, trouver le juste équilibre entre les différentes préoccupations et examiner de près l'impact du manque de cohérence sur les dispositions essentielles des traités, ainsi que sur les coûts et la durée. Il a été ajouté que d'autres préoccupations et problèmes tels que le manque de transparence, les demandes abusives et les questions de financement par des tiers devraient être pris en compte, car ils avaient également une incidence sur le fonctionnement global du

RDIE. En d'autres termes, les questions pertinentes devraient être considérées comme des éléments d'un régime global. Dans ce contexte, il a été souligné que l'efficacité, la souplesse et la rentabilité devraient être les principes directeurs à appliquer lors de l'examen de toute réforme.

C. Considérations relatives aux arbitres ou décideurs

45. Le Groupe de travail a entrepris l'examen des diverses préoccupations qui concernaient, d'une part, la nomination des arbitres ou décideurs dans le domaine du RDIE et, d'autre part, les exigences éthiques, en se fondant sur les paragraphes 42 à 44 du document [A/CN.9/WG.III/WP.142](#).

46. Le Groupe de travail, qui disposait déjà des données figurant dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.146](#), a obtenu d'autres informations pertinentes, notamment des statistiques provenant d'États et d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales. Il s'agissait, entre autres, d'informations sur les nominations faites par les autorités compétentes, la mise en application des normes éthiques applicables et le nombre de récusations d'arbitres, et d'un aperçu des divers profils des arbitres. Il a été estimé que d'autres renseignements pertinents, notamment en ce qui concernait la nomination des arbitres dans l'arbitrage commercial et des juges dans les instances judiciaires internationales, devraient être recueillis. Les délégations ont été invitées à fournir au Secrétariat les informations dont elles disposaient sur ces sujets.

Insuffisance des garanties d'indépendance et d'impartialité

47. Le Groupe de travail a ensuite porté son attention sur la question de l'adéquation des garanties d'indépendance et d'impartialité des arbitres.

48. Tout d'abord, il a été généralement convenu que l'indépendance et l'impartialité des arbitres étaient de la plus haute importance et cruciales pour la légitimité du régime de RDIE.

49. À cet égard, il a été noté que le cadre actuel visant à garantir l'indépendance et l'impartialité incluait des dispositions énoncées dans les règlements d'arbitrage applicables, qui imposaient des obligations aux arbitres, exigeaient que ceux-ci divulguent leurs éventuels conflits d'intérêts, et présentaient des procédures de récusation. On a cité l'exemple du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui comportait une procédure simplifiée pour les récusations, des exigences en matière de déclarations spéciales sur l'indépendance et l'impartialité et des obligations de divulgation.

50. Il a en outre été souligné que les normes relatives à l'indépendance et à l'impartialité avaient fait et continuaient de faire l'objet de travaux par différentes organisations, et étaient fréquemment appliquées dans la pratique arbitrale. On a cité l'exemple des Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (2014). Il a été dit que des institutions d'arbitrage et des États parties à des traités d'investissement, notamment, mettaient sans cesse au point des améliorations visant à garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres. Il a été exprimé l'avis que le cadre actuel fournissait des mécanismes appropriés pour remplir cet objectif.

51. Dans le même ordre d'idées, il a été dit que la nomination des arbitres par les parties asseyait la légitimité du processus d'arbitrage et en constituait l'une des principales caractéristiques. Ce mode de sélection a été décrit comme offrant aux parties la souplesse nécessaire pour désigner les décideurs sur la base de critères tels que l'expérience et les qualifications, les connaissances spécialisées, la maîtrise de la langue de l'arbitrage, la disponibilité et la réputation. Il a également été dit que la nomination d'un arbitre-président permettait d'assurer l'indépendance et l'impartialité du mécanisme dans son ensemble.

52. Dans la pratique, les parties à un litige ont tendance à choisir des arbitres neutres et n'ayant pas la même nationalité qu'elles. D'après l'expérience des États, le processus de nomination exigeait un examen rigoureux, beaucoup de vigilance et la divulgation d'informations. Dans ce contexte, il a été dit que la difficulté ne venait pas du mode de nomination des arbitres, mais plutôt de la manière dont le cadre garantirait qu'ils restent indépendants et impartiaux.

53. Toutefois, de l'avis général, pour être considéré comme efficace, le cadre devrait non seulement garantir l'impartialité et l'indépendance réelles des arbitres, mais également rendre ces deux qualités visibles. Il a été exprimé l'avis que les efforts devraient donc porter sur ces deux objectifs.

54. Dans ce contexte, il a été dit que le mécanisme de nomination des arbitres par les parties avait suscité de nombreuses critiques, qui laissaient transparaître une impression de partialité. Par exemple, il a été dit que dans les affaires de RDIE, les arbitres étaient souvent décrits comme favorisant les États ou les investisseurs en fonction de leurs nominations antérieures, ce qui contribuait à renforcer le sentiment général d'un manque d'impartialité. Il a été dit que la nomination par les parties pouvait être facteur de polarisation dans les tribunaux arbitraux, lorsque la responsabilité de statuer sur une affaire incombait en dernier lieu à l'arbitre-président. Le système de RDIE s'en trouvait empreint d'une certaine ambiguïté, dans la mesure où il était en porte-à-faux avec l'idée d'un tribunal de trois membres fournissant une décision à l'unanimité ou à la majorité.

55. Le Groupe de travail s'est interrogé sur l'origine de l'impression selon laquelle l'indépendance et l'impartialité des arbitres n'étaient pas suffisamment garanties, de manière à pouvoir contribuer à l'examen de solutions possibles en temps voulu.

56. De l'avis général, ce sentiment de manque d'indépendance et d'impartialité ne venait pas de doutes quant au professionnalisme des arbitres, mais était lié à la nomination de ces derniers par les parties et aux incitations ainsi créées. Il a été dit que la nature asymétrique du RDIE pouvait être à l'origine d'une partialité systémique. Il a également été souligné que les arbitres seraient enclins à rechercher de nouvelles nominations et qu'il existait pour eux des incitations à prendre des positions qui leur permettraient d'y parvenir. Il a en outre été dit qu'il existait, pour les parties à un litige, une incitation à désigner des arbitres qui appuieraient leurs positions.

57. La rémunération des arbitres par les parties et le manque de transparence en la matière ont également été mentionnés comme causes de cette impression. À titre de comparaison, il a été expliqué que si la rémunération des juges était souvent abordée dans la législation et qu'elle en était venue à être considérée comme un élément essentiel de l'indépendance judiciaire, on avait en revanche accordé moins d'attention à la rémunération des arbitres. Dans ce contexte, le Groupe de travail a entendu une présentation détaillée du système de rémunération des arbitres en vigueur au CIRDI.

58. Il a été dit que les opinions dissidentes étaient, dans la grande majorité des cas, formulées par l'arbitre nommé par la partie perdante, ce qui contribuait également à la perception générale d'une éventuelle partialité. Les nominations étaient effectuées de manière ponctuelle dans un système fragmenté, ce qui augmentait le risque de manque d'indépendance et d'impartialité. Par ailleurs, on a dit que l'absence de redevabilité démocratique des arbitres posait problème.

59. Si la nomination par les parties était également courante dans le règlement de litiges entre États, il a été dit qu'elle n'avait pas suscité le même genre de critiques dans ce contexte.

60. On a noté que le rôle d'arbitre-président, dans le système de RDIE, garantissait un certain degré de neutralité, d'indépendance et d'impartialité.

61. On a également souligné que certaines des préoccupations exprimées au sujet de l'impartialité pouvaient tenir au manque de diversité parmi les arbitres des points de vue du genre, de la répartition géographique et de l'origine ethnique, entre autres,

ainsi qu'au fait que la grande majorité des litiges étaient traités par des arbitres venant d'une région particulière, même lorsque les affaires n'impliquaient pas d'États de la région en question.

Échange de vues préliminaire quant aux solutions possibles

62. Le Groupe de travail a entendu de premiers avis sur les moyens qui pourraient permettre de garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres. Pour commencer, il a été dit que le cadre visant à assurer cette indépendance et cette impartialité était constamment amélioré. On a noté qu'au moment d'examiner d'éventuelles solutions à une étape ultérieure, il faudrait tenir compte des avantages et des limites du cadre existant et des travaux entrepris par d'autres institutions.

63. Dans le même ordre d'idées, il a été dit qu'il faudrait préserver les avantages du système actuel, comme la souplesse et la neutralité. Il serait aussi important de veiller à ce que les intérêts de toutes les parties prenantes du RDIE soient pris en compte. De plus, les solutions envisagées devraient garantir un équilibre entre ces intérêts et éviter toute politisation, puisque la dépolitisation du RDIE constituait justement l'un des principaux avantages du système actuel. On a également souligné qu'en examinant d'éventuelles solutions, il faudrait veiller à employer des facteurs d'équilibre de manière appropriée.

64. Pour ce qui est des approches qui pourraient être adoptées, il a été largement convenu de l'importance des codes de conduite et autres exigences éthiques imposées aux arbitres. On a dit que toute amélioration qui viserait à garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres devait être accueillie favorablement, car elle serait dans l'intérêt tant des États que des investisseurs. Considérant qu'il existait un certain nombre de textes relatifs à la conduite des arbitres (y compris des instruments non contraignants), on a souligné qu'il faudrait agir au niveau multilatéral. Dans ce contexte, il a été suggéré que la CNUDCI et le CIRDI coopèrent pour élaborer un code de ce type. Selon un autre avis, il serait utile d'établir un code de conduite pour les conseils et les experts.

65. Il a également été formulé les propositions suivantes : i) veiller à ce que toutes les parties prenantes comprennent bien les seuils à partir desquels l'indépendance et l'impartialité seraient perçues comme étant compromises ; ii) prévoir des exigences quant aux qualifications et au rôle des arbitres, ainsi qu'à la diversité ou à une représentation régionale appropriée ; et iii) envisager différents moyens de nommer des arbitres, y compris un recours accru aux autorités de nomination ou le recours à des listes de candidats établies par les États.

66. On a également souhaité que les institutions d'arbitrage jouent un rôle accru dans la sélection d'arbitres et établissent des procédures plus transparentes pour leur nomination. On a souligné que le manque d'informations relatives aux modes de sélection constituait une limitation du principe de responsabilité. Il a été suggéré de publier les critères de sélection assortis d'une explication du processus suivi.

67. Ceux qui estimaient que la nomination par les parties soulevait des préoccupations d'ordre systémique ont dit que l'on pourrait envisager un régime de RDIE dans lequel la nomination ou la sélection de décideurs ne serait pas effectuée par les parties, mais par une instance indépendante. De ce point de vue, il a été dit que sauf à créer un organe doté de juges permanents, il y avait peu de chances que l'on puisse répondre aux préoccupations recensées. Dans ce contexte, on a dit que l'on pourrait examiner les mécanismes utilisés dans d'autres tribunaux et organes internationaux, comme l'Organe de règlement des différends de l'OMC.

68. En réponse à la préoccupation exprimée selon laquelle un système de nomination de décideurs de ce type risquait de pénaliser les investisseurs, il a été dit que l'on devrait concevoir le processus de nomination de manière à garantir la diversité, la qualité, l'indépendance et la neutralité du mécanisme, et que les États garderaient à l'esprit leur statut de défendeur éventuel et d'État d'origine d'investisseurs demandeurs éventuels. Il a également été dit qu'il arrivait que les

décideurs choisis par des États dans des organes internationaux statuent contre des États et que les mécanismes de nomination institutionnelle (par des autorités de nomination et dans les comités d'annulation du CIRDI), qui étaient comparables, n'avaient pas posé ce genre de problèmes.

Nombre limité de personnes régulièrement nommées en tant qu'arbitres dans des affaires de RDIE

69. Deux aspects distincts de cette question ont été mis en évidence, à savoir, d'une part, le manque de diversité des arbitres nommés dans les affaires de RDIE et, d'autre part, le fait que certains arbitres soient constamment nommés.

70. Il a été dit que le manque de diversité était illustré par la forte concentration d'arbitres originaires d'une région donnée, tous du même groupe d'âge et du même sexe, et appartenant presque tous à un même groupe ethnique. Des données empiriques provenant de sources diverses ont été fournies. Il a également été indiqué qu'on manquait d'arbitres comprenant les préoccupations des pays en développement en matière d'élaboration de politiques. Dans ce contexte, on a souligné l'incidence possible du manque de diversité sur le bien-fondé des décisions et sur les impressions qui se dégageaient en matière d'impartialité et d'indépendance des arbitres.

71. Le Groupe de travail a été informé des actions et initiatives menées pour remédier à cette situation, notamment des mesures prises par les États et les autorités de nomination (y compris les institutions arbitrales) pour promouvoir la diversité des arbitres. On a également indiqué que la communauté arbitrale et la société civile s'étaient volontairement engagées à promouvoir une représentation plus équitable des femmes dans l'arbitrage. Il a été estimé que ces efforts pourraient éclairer les travaux du Groupe de travail dans sa recherche de solutions possibles, et que le fait de s'attaquer au manque de diversité pourrait contribuer à résoudre certaines préoccupations relatives aux conflits d'intérêts.

72. On s'est dit largement favorable à la diversification et à l'élargissement du vivier d'arbitres qualifiés pour exercer leurs fonctions dans des affaires de RDIE. À cet égard, il a été souligné que les États avaient un rôle à jouer dans la nomination des arbitres, et quelques-uns ont présenté leurs pratiques en la matière. Toutefois, il a été noté que les États, dans les affaires où ils étaient défendeurs, seraient soumis à certaines limitations, car ils se concentreraient alors avant tout sur les circonstances de l'espèce.

73. Selon une autre préoccupation (liée au manque de diversité), les décisions prises dans les affaires de RDIE l'étaient par un nombre limité de personnes. Il a cependant été dit que l'aspect le plus gênant ressortait de ce que ces personnes étaient régulièrement nommées comme arbitres. Il a été ajouté que ces nominations à répétition entraînaient un problème de disponibilité des arbitres et pouvaient être à l'origine de l'allongement de la durée et de l'élévation du coût des procédures.

74. Tout comme dans le cas de la diversité, on a évoqué le rôle des États pour ce qui était de limiter les nominations répétées, et certains États ont présenté leurs pratiques à cet égard. Il a également été proposé, pour régler ce problème, d'établir un vivier ou une liste permanente d'arbitres et de dispenser des formations en vue d'accroître le nombre d'arbitres internationaux potentiels. Selon un autre point de vue, il faudrait trouver une solution systémique.

75. Il a été largement convenu que le manque de diversité et les nominations à répétition donnaient matière à préoccupation. Il a été souligné que toute solution éventuelle devrait être jugée par rapport à la nécessité de maintenir le haut niveau de qualité des arbitres désignés dans les affaires de RDIE.

Absence de transparence du processus de nomination

76. Il a été dit que la composition des tribunaux arbitraux donnait une impression de manque de transparence, qui pourrait être inhérente au système actuel de

nomination par les parties, dans la mesure où ces dernières ne s'informent pas nécessairement mutuellement de leurs stratégies de nomination (dans le cas des tribunaux de trois membres). Il a toutefois été noté que les États pourraient faire connaître au public les critères généraux de sélection des arbitres et fournir des informations concernant ceux qu'ils désignent. Il a été précisé que la diffusion de ces informations ainsi que la publication des sentences arbitrales pourraient enrayer l'impression de manque de transparence.

77. S'agissant des nominations effectuées par les autorités compétentes (y compris celle de l'arbitre-président), on a mentionné les initiatives que prenaient ces autorités pour fournir des informations pertinentes. Il a été noté qu'il serait bon à la fois d'essayer d'accroître la transparence et d'harmoniser les mesures prises en la matière. De l'avis général, le fait d'assurer la transparence du processus de nomination permettrait d'asseoir la crédibilité et la légitimité du système de RDIE. Dans ce contexte, il a été suggéré que l'on pourrait peut-être aborder ultérieurement le sujet d'une transparence accrue de la rémunération des décideurs.

Risque de conflits d'intérêts ou de fonctions posé par certaines personnes agissant en qualité de conseil, puis d'arbitre dans différentes procédures de RDIE

78. Un certain nombre de préoccupations ont été exprimées à propos de ce que l'on qualifie souvent de problème de « double casquette ». Les statistiques fournies au Groupe de travail indiquaient que cette pratique était très répandue dans le domaine du RDIE. De manière générale, on a noté qu'elle soulevait un certain nombre de questions, notamment en ce qui concernait les conflits d'intérêts, qu'ils fussent potentiels ou réels. Il a été déclaré que ne serait-ce que l'apparence d'irrégularités (soupçons selon lesquels des arbitres trancheraient de sorte à avantager une partie qu'ils avaient représentée dans un autre litige, par exemple) pesait de manière négative sur la perception de la légitimité du RDIE. Certains États ont fait part de leur expérience à cet égard.

79. D'autres observations ont été faites, notamment en ce qui concernait le fait que les législations nationales n'interdisaient généralement pas les doubles casquettes, et que des casquettes « triples », voire « quadruples » s'étaient déjà vues dans la pratique, lorsque certaines personnes avaient agi à titre d'experts nommés par les parties dans des affaires de RDIE ou de conseillers auprès de tiers bailleurs de fonds. Il a donc été suggéré de bien délimiter la portée de la question et de mettre l'accent, plutôt que sur la pratique de la double casquette elle-même, sur les problèmes qu'elle posait (en particulier en cas de réel conflit d'intérêts). Il a été noté que des États avaient tenté de traiter la question de la double casquette dans de récents traités d'investissement.

80. On a noté que si certaines données étaient disponibles, il était nécessaire d'en réunir davantage au sujet de la pratique de la double casquette afin que le Groupe de travail puisse mieux en comprendre la nature et envisager d'éventuelles solutions.

81. On est généralement convenu que la pratique de la double casquette, dans la mesure où elle engendrait des conflits d'intérêts réels ou potentiels, constituait la principale source de préoccupation. On a souligné la nécessité d'établir un équilibre entre un certain nombre d'intérêts, car les solutions éventuelles pourraient entrer en conflit avec d'autres objectifs, notamment celui consistant à élargir et diversifier le vivier d'arbitres. Ainsi, le fait d'autoriser cette pratique pourrait permettre à des arbitres en devenir de gagner de l'expérience dans le RDIE en exerçant d'abord le rôle de conseil dans un certain nombre d'affaires. Dans ce contexte, on a de nouveau évoqué la nécessité de former de futurs arbitres dans les pays en développement. Compte tenu de l'interconnexion entre ces différents éléments, il a été dit que les solutions envisagées nécessiteraient une approche globale et devraient éventuellement être de nature systémique. Selon un autre avis, des outils tels qu'un code de conduite pourraient constituer une solution, et il ne faudrait pas se pencher uniquement sur les fonctions de l'arbitre et du conseil, mais aussi sur d'autres acteurs qui interviennent dans le domaine du RDIE, comme les experts.

Perception d'une moindre conscience des considérations d'intérêt public chez les arbitres que chez les juges titulaires d'une charge publique

82. On s'est interrogé sur la portée de la question, s'agissant notamment de savoir si elle visait l'ordre public tel qu'il était prévu dans les traités d'investissement ou des notions plus larges (droits fondamentaux, y compris ceux de l'investisseur, droit qu'a l'État de réglementer et autres politiques). On a rappelé que le mandat du Groupe de travail ne couvrait pas les dispositions de fond des traités d'investissement et que l'examen de cette question devrait par conséquent se limiter aux aspects procéduraux.

83. Il a été noté, de manière générale, que les qualifications des arbitres ou des décideurs devraient inclure la capacité de prendre en compte les considérations pertinentes d'intérêt public ou d'ordre public, qui entraient généralement en ligne de compte dans les affaires de RDIE. Il a été dit que ces affaires pouvaient exiger des compétences spécialisées dans les questions de droit international tant public que privé, et que les arbitres pouvaient être appelés à formuler des conclusions sur des questions de droit interne. On a rappelé que la nomination par les parties donnait à celles-ci le droit de sélectionner un arbitre sur la base des qualifications et de l'expérience qu'elles jugeaient appropriées, même si elles n'avaient pas le même contrôle sur les qualifications et l'expérience de l'arbitre-président.

84. On a noté qu'il faudrait, avant que le Groupe de travail ne puisse déterminer si une perception selon laquelle les arbitres étaient moins conscients des considérations d'intérêt public que les juges titulaires d'une charge publique était effectivement problématique, préciser le sens du terme « intérêt public ». À cet égard, on a souligné qu'il faudrait, avant d'examiner la question de savoir si elle posait des difficultés, vérifier si cette perception était avérée.

85. On a mentionné que selon l'expérience des États, les arbitres n'étaient pas nécessairement conscients de l'intérêt public, ni de la politique de l'État. À cet égard, on s'est inquiété de la nomination ad hoc, par des investisseurs ou des autorités de nomination compétentes, d'arbitres spécialisés dans l'arbitrage commercial. On a toutefois estimé qu'il ne fallait pas partir du principe que les arbitres avaient des connaissances lacunaires en droit international public, manquaient d'expérience ou comprenaient mal les considérations d'intérêt public. Selon un autre avis, dans le régime actuel, les arbitres ne se sentaient peut-être pas investis, vis-à-vis d'un système de justice internationale, d'une mission générale qui consisterait à agir dans l'intérêt public ou à tenir compte des droits et intérêts de non-parties. Il a été dit qu'ils considéraient peut-être que leur obligation et leur pouvoir se limitaient au règlement du litige en cause.

86. Il a été dit que pour aborder cette question, il serait peut-être utile d'examiner l'impact de la conception et de la culture du cadre de règlement des litiges sur la manière dont les affaires seraient traitées, et dont l'intérêt public serait pris en compte. Dans ce contexte, une comparaison a été établie entre le régime fragmenté de RDIE et l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Il a été dit que les deux mécanismes de règlement des litiges traitaient de cas dans lesquels on envisageait la protection d'acteurs économiques contre des mesures étatiques. Il a également été dit que si les arbitres de l'Organe de règlement des différends de l'OMC connaissaient fort bien la position des États, notamment leur pouvoir de négociation, les arbitres dans les affaires de RDIE connaissaient généralement mal la position et la politique qui avaient été celles des États au moment de négocier le traité d'investissement sous-jacent. Il a été indiqué qu'en raison de ces questions structurelles, l'interprétation de normes de protection d'investissements similaires pouvait donner des résultats divergents. Il a en outre été dit que l'existence d'un ensemble commun d'obligations pouvait éventuellement expliquer l'adoption d'approches différentes à l'OMC.

87. On a également estimé que cette préoccupation était étroitement liée à l'arbitrabilité du litige. Ainsi, on s'est demandé si des litiges de droit public ou administratif pouvaient uniquement être soumis à des juridictions permanentes dotées

de juges et d'un mécanisme d'appel indépendants, étant donné que le droit interne de certains États autorisait le renvoi de ce genre de litiges à l'arbitrage, c'est-à-dire à une instance privée chargée de régler le litige.

88. On a dit que des études et analyses empiriques plus poussées sur la question aideraient le Groupe de travail dans ses délibérations. À cet égard, des avis divergents ont été exprimés quant à la portée du problème. S'il a été dit qu'une solution systémique pourrait être requise, il n'existait pas, selon un autre avis, de solution unique qui répondrait à toutes les préoccupations. Il a été généralement convenu que le Groupe de travail devrait garder à l'esprit la question, jugée importante, des qualifications des décideurs, mais que ce point particulier ne justifiait pas l'élaboration d'un outil spécifique.

Financement par des tiers

89. Selon les informations communiquées au sujet du financement par des tiers, cette pratique était en voie d'expansion dans le cadre du RDIE. De vives préoccupations ont été exprimées à son sujet. Il a été dit qu'elle soulevait des questions éthiques et risquait d'avoir des incidences préjudiciables sur la procédure. Il a également été signalé que les tiers bailleurs de fonds pourraient acquérir une influence ou un contrôle excessifs sur la procédure d'arbitrage, ce qui pourrait donner lieu à des demandes abusives et faire obstacle aux règlements.

90. De possibles conflits d'intérêts entre les arbitres et le tiers bailleur de fonds, qui ne seraient pas nécessairement connus de l'autre partie ou des autres arbitres, ont été mentionnés et ont été considérés comme une question aussi importante que les conflits d'intérêts entre l'arbitre et une partie. Il a été noté que la question des conflits d'intérêts était étroitement liée au manque d'information et de transparence concernant les tiers bailleurs de fonds. Dans ce contexte, il a été indiqué que le financement par des tiers était un sujet complexe et qu'il existait différents types ou formes de financement. Il a été dit que des études et analyses récentes telles que le rapport du groupe de travail du Conseil international pour l'arbitrage commercial et de l'Université Queen Mary sur le financement de l'arbitrage par un tiers fournissaient des informations très détaillées à ce sujet.

91. Cela étant, on a fait remarquer que le financement par des tiers pourrait être un moyen utile de garantir l'accès à la justice, en particulier pour les petites et moyennes entreprises. Il a également été exprimé l'avis inverse, compte tenu des autres options disponibles au niveau systémique.

92. À des fins d'examen ultérieur, il a été proposé les solutions potentielles suivantes : i) interdire totalement le financement par des tiers dans les affaires de RDIE ; ii) réglementer le financement par des tiers, par exemple en adoptant des mécanismes visant à assurer la transparence des arrangements (ce qui pourrait également contribuer à garantir l'impartialité des arbitres). Il a été généralement convenu d'inclure la question du financement par des tiers et les questions liées au manque de transparence et à la non-divulgence d'informations ainsi que la garantie pour le paiement des frais dans la liste des préoccupations à prendre en considération.

D. Perceptions des États, des investisseurs et du public

93. Le Groupe de travail s'est intéressé à la manière dont les États, les investisseurs et le public percevaient le RDIE, comme indiqué aux paragraphes 45 à 47 du document [A/CN.9/WG.III/WP.142](#). Il a été noté qu'il avait déjà examiné la manière dont étaient perçues un certain nombre de questions.

94. Des remarques générales ont été formulées sur le fait que les avantages et les inconvénients du RDIE étaient désormais largement connus du public, de grands médias ayant critiqué : i) le recours à l'arbitrage plutôt qu'aux systèmes juridictionnels nationaux pour régler les différends en matière d'investissement ; ii) la nomination d'arbitres par les parties ; et iii) l'asymétrie du RDIE, qui n'était ouvert

qu'aux investisseurs étrangers. Il a également été dit que la question du RDIE s'était politisée dans un nombre croissant d'États. Dans ce contexte, il a été exprimé l'avis que la légitimité du RDIE avait été mise en cause à maintes reprises dans diverses instances publiques, et que le système actuel de RDIE était perçu comme contraire aux exigences mondiales de gouvernance et de redevabilité. Selon un autre point de vue, le fonctionnement du régime actuel allait à l'encontre des intérêts des pays en développement.

95. Il a été dit que si les perceptions devaient être prises en compte, elles ne devaient pas être l'élément moteur des travaux en cours. Il a également été dit que la manière appropriée de traiter la perception du public à l'égard du RDIE, lorsqu'elle était fondée sur de fausses allégations et des malentendus, était de communiquer activement avec le public en lui donnant des renseignements appropriés. Il a en outre été dit que, fondées ou non, les perceptions négatives à l'égard du RDIE suscitaient des préoccupations et qu'il fallait les prendre en considération.

96. Il a été déclaré que si la perception du public était importante, les perceptions à elles seules ne justifiaient pas la nécessité d'une réforme et qu'elles devaient, en tant que concept subjectif, être fondées sur des données et des faits empiriques. En réponse, il a été dit, d'une part, qu'un grand nombre d'informations et d'études étaient disponibles et qu'exiger des informations supplémentaires ou une vérification plus poussée de ces perceptions risquait de retarder indûment les progrès réalisés par le Groupe de travail, et, d'autre part, que les perceptions négatives pouvaient également en soi justifier la nécessité d'une réforme.

97. Au cours des délibérations, le Groupe de travail a également entendu des interventions d'organisations non gouvernementales internationales invitées. Ces interventions ont mis en évidence des préoccupations concernant les incidences du RDIE, notamment d'un éventuel gel réglementaire, dans différents domaines, y compris la protection de l'environnement, le droit du travail, la transparence, la démocratie et le rôle des tribunaux nationaux, et la redevabilité des investisseurs, ainsi que ses incidences sur les non-parties et l'accès à la justice. Il a été dit qu'il importait, lors de l'examen et de la conception de toute réforme du RDIE, de tenir compte de la perception et de la participation du public et d'adopter une vision globale du système en se demandant, en particulier, s'il répondait aux objectifs qu'il était censé remplir. S'agissant des réformes à entreprendre, il a été dit qu'il pourrait être utile, notamment, d'adopter des mécanismes de filtrage, un principe d'exclusion lié à la sauvegarde de l'intérêt public, des exigences d'épuisement des autres voies de recours et des stratégies pour le traitement des questions de fond.

E. Observations finales

98. Le Groupe de travail s'est félicité que la session ait permis d'achever l'examen des deuxième et troisième sections du document [A/CN.9/WG.III/WP.142](#). Il a également souligné que ses travaux, qui s'inscrivaient dans un processus dirigé par les gouvernements, s'étaient appuyés sur des informations soumises tant par les États que par les organisations ayant le statut d'observateur, et s'est réjoui à l'idée de la poursuite de cette participation constructive.

99. Plusieurs remarques ont été faites en ce qui concernait la préparation de la prochaine session du Groupe de travail. Celui-ci est convenu de continuer à mener ses travaux à un rythme modéré, afin de disposer d'un temps suffisant pour permettre à tous les États d'exprimer leurs vues, et d'éviter des retards inutiles. Il a indiqué que le fait que des préoccupations aient été retenues pour examen ultérieur ne présupposait aucune conclusion de sa part quant à l'opportunité de mener des réformes pour y répondre, et que cette question serait traitée à mesure de l'avancée de ses travaux. Il a également souligné que les États auraient l'occasion de soulever d'autres préoccupations à ses prochaines sessions.

100. S'agissant des préparatifs concrets des prochaines sessions, il a été suggéré : i) que le Secrétariat dresse une liste des préoccupations soulevées aux trente-quatrième et trente-cinquième sessions du Groupe de travail, qui pourrait ainsi mieux organiser ses travaux ; ii) qu'il serait intéressant, pour le Groupe de travail, de recevoir des propositions au sujet d'un cadre pour ses travaux futurs ; iii) que le Secrétariat réfléchisse aux informations supplémentaires qui pourraient être données aux États en ce qui concernait l'ampleur de certains problèmes ; et iv) que les États souhaiteraient peut-être soumettre des communications au Groupe de travail en prévision de ses prochaines sessions.

V. Questions diverses

101. Le Groupe de travail a accueilli avec intérêt une proposition faite par le Gouvernement de la République de Corée d'organiser une réunion régionale intersessions sur la réforme du RDIE dans le but de sensibiliser la région Asie-Pacifique aux travaux qu'il menait actuellement et de contribuer aux discussions en cours. Il a été précisé que cette réunion serait purement informative et qu'aucune décision n'y serait prise. Il a également été dit qu'elle serait organisée conjointement avec le Secrétariat et d'autres organisations intéressées et qu'elle pourrait se tenir en Corée fin août ou début septembre 2018, en même temps que le Forum sur le droit commercial organisé par le Centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique. Il a en outre été mentionné que la réunion aurait principalement pour objectif d'offrir une tribune à des représentants de haut niveau des gouvernements de la région Asie-Pacifique, mais qu'elle serait ouverte à tous ceux qui étaient invités à assister aux sessions du Groupe de travail. Enfin, il a été indiqué que le programme de la réunion intersessions serait communiqué à l'avance aux États et qu'un rapport succinct en serait soumis à la session suivante du Groupe de travail pour examen.

102. Le Maroc, intéressé à l'idée d'accueillir une réunion similaire à l'avenir, a déclaré qu'il allait étudier cette possibilité.