



Assemblée générale

Distr. limitée
15 mars 2019
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement
des différends entre investisseurs et États)
Trente-septième session
New York, 1^{er}-5 avril 2019**

Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais

La présente note reproduit une communication reçue le 14 mars 2019 des Gouvernements chilien, israélien et japonais en vue de la trente-septième session du Groupe de travail III. On trouvera en annexe la traduction du texte de cette communication tel qu'il a été reçu.



Annexe

Proposition de plan de travail du Groupe de travail III présentée par les délégations du Chili, d'Israël et du Japon

A. Introduction

À la trente-sixième session du Groupe de travail, les États Membres ont été invités à se consulter et à soumettre, pour la session suivante, des propositions écrites concernant l'élaboration d'un plan de travail pour la troisième étape du mandat du Groupe. La présente proposition de plan de travail reflète le point de vue des délégations du Chili, d'Israël et du Japon¹.

Le plan de travail proposé vise à mettre en œuvre une réforme significative et réalisable en traitant :

- i) La façon dont certaines ou toutes les préoccupations dont le Groupe de travail a estimé qu'elles pouvaient intéresser la réforme à la deuxième étape de son mandat devraient être abordées à la troisième ;
- ii) Des questions telles que l'ordre des délibérations, les priorités, la coordination avec d'autres organisations, la possibilité d'aborder plusieurs sujets en parallèle, les moyens de poursuivre les travaux entre les sessions, et toute autre question que ces délégations jugeaient nécessaire.

D'une manière générale, nous tenons à souligner qu'il faudrait que le Groupe de travail fasse preuve de souplesse et tienne compte des vues et opinions d'un large éventail de parties prenantes² en ce qui concerne la réforme du RDIE.

B. Contexte

Au cours des deux dernières décennies, de nombreux États Membres ont rencontré différents types de problèmes liés à leur expérience du RDIE.

À la première étape de son mandat, le Groupe de travail a dressé une liste de préoccupations, présentées dans le tableau ci-dessous.

<i>Grandes catégories de préoccupations</i>	<i>Préoccupations</i>
Manque de cohérence, de prévisibilité et de rectitude des décisions arbitrales des tribunaux tranchant d'affaires de RDIE	Interprétations divergentes injustifiées des normes de fond, interprétations divergentes injustifiées en matière de compétence et de recevabilité, et incohérence procédurale injustifiable Absence de cadre pour traiter les procédures multiples Limites des mécanismes actuels pour remédier au manque de cohérence et de rectitude des décisions arbitrales

¹ Nous tenons à remercier le Secrétariat pour les documents [A/CN.9/964](#), [A/CN.9/WG.III/WP.149](#) et [A/CN.9/WG.III/WP.158](#), qui nous ont aidés à rédiger la présente proposition.

² Aux fins du présent document, ces parties prenantes sont les suivantes : États membres du Groupe de travail, observateurs, universitaires et praticiens, et autres représentants d'organisations compétentes, spécialisées ou expérimentées qui participent aux réunions du Groupe.

<i>Grandes catégories de préoccupations</i>	<i>Préoccupations</i>
Arbitres et décideurs	Manque réel ou apparent d'indépendance et d'impartialité Adéquation, efficacité et transparence des mécanismes de divulgation et de contestation Manque de diversité des décideurs Qualifications des décideurs
Coût et durée des affaires de RDIE	Procédures de RDIE longues et coûteuses Absence de mécanisme pour traiter les demandes abusives ou infondées Répartition des coûts dans les procédures de RDIE Existence de garanties pour le paiement des frais dans les instances de RDIE Préoccupations concernant le financement par des tiers (à examiner)
Autres catégories de questions qui pourraient être soulevées à l'avenir	

C. Troisième étape du mandat du Groupe de travail – Élaboration de solutions

De nombreux traités d'investissement plus anciens, ou « de première génération », n'apportent actuellement aucune solution aux problèmes recensés par le Groupe de travail à ce jour³. Or, c'est en vertu de ces accords de « première génération » que sont traitées de nombreuses affaires de RDIE, d'où nombre de ces préoccupations⁴.

À cette étape du mandat, le Groupe de travail est chargé de proposer des solutions aux problèmes recensés. On trouvera à l'annexe I une liste indicative des solutions possibles qui existent dans les accords modernes.

³ De nombreux accords modernes incluent également des révisions des obligations de fond pour répondre aux préoccupations relatives à la cohérence et à la rectitude. Bien que la réforme de fond dépasse le cadre du mandat du Groupe de travail, nous notons que les différences d'obligations de fond entrent également dans les préoccupations recensées à la deuxième étape.

⁴ Voir, par exemple, la base de données de la CNUCED : sur 931 procédures de RDIE fondées sur des accords internationaux d'investissement, 783 (84 %) ont été ouvertes en vertu d'accords signés avant 2000 ; UNCTAD IIA Issues Note, « Improving Investment Dispute Settlement: UNCTAD Policy Tools » (novembre 2017), p. 13 (« Old treaties abound: more than 2,500 IIAs in force today (95 per cent of all treaties in force) were concluded before 2010. ... [V]irtually all known ISDS cases have been based on those treaties. ») [Les anciens traités abondent : plus de 2 500 accords internationaux d'investissement en vigueur aujourd'hui (95 % des traités en vigueur) ont été conclus avant 2010. ... [P]ratiquement toutes les procédures connues de RDIE se sont fondées sur ces traités.] ; CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2018, p. 93 (« La majorité des accords internationaux d'investissement invoqués en 2017 remontent aux années 1980 et 1990. »).

1. Principes à suivre pour répondre aux principales préoccupations à la troisième étape du mandat

i) Modalités des réformes

Il faudrait que le Groupe de travail dispose d'une souplesse maximale pour élaborer une liste de solutions pertinentes dont la forme pourrait varier⁵ et que les États Membres pourraient choisir d'appliquer en fonction de leurs besoins et intérêts spécifiques, y compris ceux des pays en développement. La forme des solutions pourrait être déterminée par la nature de la préoccupation que la réforme vise à lever et permettre une application souple⁶. Ces solutions pourraient constituer une « suite » d'options que les États Membres pourraient appliquer individuellement, en combinaison ou dans leur intégralité.

Un moyen d'incorporer ces options de la « suite » dans les accords de « première génération » conclus par les États Membres ou dans tout accord existant dans lequel de telles solutions font défaut pourrait être de modifier les traités dont découlent ces accords⁷. L'approche en « suite » donnerait aux États un maximum de souplesse pour adapter leur pratique afin de combler les lacunes de leurs accords conformément aux besoins actuels.

L'une des principales caractéristiques de cette approche en « suite » serait d'avoir des solutions proposées disponibles par étapes pour répondre dans un premier temps aux préoccupations les plus urgentes recensées. Certaines solutions pourront avoir un effet significatif immédiat sur certaines des préoccupations recensées. Cette approche en « suite » éviterait une situation dans laquelle toutes les solutions devraient être finalisées par le Groupe de travail avant que les États Membres puissent appliquer des réformes.

ii) Hiérarchisation des préoccupations recensées

Nous sommes d'avis qu'il faudrait, pour que ses débats sur la question puissent progresser efficacement, que le Groupe hiérarchise les préoccupations recensées à la deuxième étape de son mandat. Cela pourrait se faire notamment en tenant compte des avis exprimés par les États Membres en ce qui concerne la gravité et les effets néfastes du problème, sa prévalence et son importance pour les procédures de RDIE, cela dans l'optique de la réforme souhaitée.

iii) Hiérarchisation des solutions proposées

Pour assurer des effets immédiats de la réforme et son application la plus large possible aux affaires de RDIE, il faudrait que les États Membres commencent par mener des réformes qui répondent aux préoccupations spécifiques pour lesquelles il existe un degré élevé de consensus, cela tout en continuant d'explorer l'éventail de solutions possibles aux préoccupations pour lesquelles il n'existe pas de consensus sur le type de réforme approprié. Ces solutions, il faudrait les élaborer sans se

⁵ Comme indiqué ci-dessous, les solutions pourront notamment prendre la forme i) de codes autonomes ; ii) de modifications du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI spécifiques au RDIE ; iii) d'instruments juridiques non contraignants tels que des référentiels sur les « pratiques optimales » et des outils apparentés ; et iv) de modifications des traités.

⁶ Bien que le Groupe de travail ait dressé une vaste liste de préoccupations, cela ne signifie pas que les États soient nécessairement tous confrontés à l'ensemble d'entre elles. Il faudrait donc, par conséquent, faire preuve, pour l'élaboration d'une liste de solutions pertinentes, de la plus grande souplesse possible afin que les États puissent choisir et appliquer la solution la mieux adaptée à leurs besoins et intérêts spécifiques. Cette approche permettrait également aux États d'internaliser, d'appliquer et d'assurer l'efficacité de tout type de solution par des moyens différents plutôt que par une approche rigide qui pourrait les bloquer.

⁷ Une possibilité serait d'utiliser une structure similaire à celle de la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, qui permet aux États d'exprimer leur consentement à appliquer le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités à plusieurs traités en adoptant la Convention.

demander si elles s'appliqueraient au système existant d'arbitrage ad hoc, à une institution permanente de règlement des différends relatifs aux investissements ou à d'autres modèles de règlement des différends. Cela permettrait d'appliquer plus rapidement les réformes aux accords futurs et pourrait faciliter leur application aux accords existants en vertu desquels des différends peuvent continuer de naître.

Aussi nos délégations sont-elles d'avis qu'il faudrait que le Groupe de travail, pour des raisons d'efficacité, hiérarchise ses travaux en fonction de plusieurs variables telles que le degré de consensus qui existe au sein du Groupe en ce qui concerne une solution proposée, la pertinence de cette solution pour plusieurs sujets de préoccupation, sa faisabilité et l'ampleur de ses effets.

iv) *Coopération avec d'autres organisations*

Nous pensons que pour répondre comme il convient aux préoccupations recensées et éviter les doubles emplois, il faudrait que le Groupe de travail tire profit des travaux d'autres organisations. Les importants travaux récents d'organisations telles que le CIRDI, la CNUCED et l'OCDE devraient être pris en compte, lorsque cela est possible et approprié, par le Groupe de travail. Nous proposons donc qu'il coopère avec d'autres organisations et les invite à contribuer à ses débats.

v) *Méthode de travail du Groupe de travail*

Il faudrait que ce soit le Groupe de travail III qui reste seul responsable de l'examen et de l'élaboration de toutes les réformes. Étant donné l'importance de veiller à ce que le processus de réforme soit mû par les gouvernements, il se pourrait que de nombreuses délégations, si l'on transférait certaines réformes à un sous-groupe ou à un autre groupe de travail, aient des difficultés, en présence de plusieurs canaux, à suivre toutes les actions de réforme. À cet égard, nous tenons à souligner qu'il faudrait que le Groupe de travail, dans l'action qu'il mène pour mettre en œuvre les réformes, tienne compte des ressources limitées du Secrétariat et des États Membres (y compris les États en développement), qui peuvent varier considérablement, et qu'il faudrait s'efforcer de travailler efficacement et rapidement dans les limites de ces contraintes.

Cela dit, il pourrait être utile que le Groupe de travail étudie la possibilité de désigner des experts au sein des délégations participantes, ainsi que des représentants des institutions concernées, du Forum universitaire, du Groupe de professionnels et d'autres parties prenantes, pour travailler, entre les sessions, à l'élaboration de nouvelles propositions qui lui seraient ensuite présentées.

L'utilisation de ressources supplémentaires de la CNUDCI pourra être envisagée en temps voulu une fois que le Groupe de travail aura établi un calendrier des réformes et entamé l'examen de ces dernières⁸.

2. Plan d'action pour l'examen et l'élaboration de solutions

De l'avis de nos délégations, il faudrait, dans un souci d'efficacité, que le Groupe de travail aborde les travaux en cours en deux étapes :

i) *Plan d'action pour la première étape*

- Hiérarchiser les préoccupations recensées jusqu'à présent par le Groupe de travail conformément aux principes énoncés dans la partie C.1 du présent document.
- Examiner et compiler une liste de solutions possibles pour les préoccupations recensées, en fonction de la hiérarchisation effectuée.

⁸ Document [A/CN.9/WG.III/WP.158](#).

- Dresser un inventaire des solutions examinées ou appliquées dans le cadre des réformes de traités modernes ou d'autres organisations au sujet des préoccupations recensées par le Groupe de travail à ce jour.
- Évaluer le degré de consensus pour chaque solution possible et se concentrer sur les domaines dans lesquels on pourrait engager une réforme significative et réalisable.
- Élaborer, en fonction du degré de consensus, de la pertinence de la solution pour plusieurs préoccupations, de sa faisabilité et de ses effets, ainsi que des incidences en matière de temps et de ressources, un **calendrier** de traitement des solutions, en commençant par celles qui peuvent avoir l'effet le plus immédiat. Le Groupe de travail pourra, pour l'exécution du plan, convenir de **méthodes de travail**.

ii) *Plan d'action pour la deuxième étape*

- Conformément au **calendrier** et à la **méthode de travail** qui seront convenus, commencer à élaborer plus avant les solutions évoquées à la première étape.
- Décider d'approches appropriées pour l'application des solutions, par exemple :
 - Les introduire en tant que dispositions « types » à intégrer par les États Membres dans leur pratique pour les futurs accords ;
 - Établir des codes autonomes que pourraient appliquer les parties à un différend particulier ;
 - Modifier ou compléter le Règlement d'arbitrage actuel de la CNUDCI en ce qui concerne son application au RDIE ;
 - Élaborer, pour des domaines tels que la gestion des affaires et d'autres sujets connexes, des notes de pratique « non contraignantes » ou des référentiels sur les « pratiques optimales » qui, s'appuyant sur l'expérience de participants du Groupe de travail, pourront être partagées en guise d'orientations ;
 - Élaborer un cadre qui permettrait d'appliquer une partie ou la totalité des mesures types pour modifier les accords internationaux d'investissement existants qui ne comportent pas ces dispositions (dans le droit fil de l'approche utilisée dans la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités).

On trouvera à l'annexe II une illustration de la façon dont le plan d'action pourrait être mis en œuvre, en prenant comme exemple le souci de l'impartialité et de l'indépendance des arbitres.

Annexe I

Liste indicative des solutions existantes par catégorie de préoccupation⁹

Préoccupations relatives aux arbitres et aux décideurs

- Code de conduite ou incorporation de règles d'éthique existantes (Lignes directrices de l'IBA, par exemple)
- Règles limitant ou interdisant la double casquette
- Exigences spéciales de compétence pour les arbitres dans le cas de certaines demandes (services financiers, par exemple)
- Autorité de nomination indépendante (pour le président du tribunal)
- Fichier pour la nomination des coarbitres et du président du tribunal
- Divulgence du financement par des tiers
- Règles de récusation des arbitres propres aux traités
- Mécanisme d'examen en appel propre aux traités

Préoccupations relatives au coût et à la durée des procédures

- Encouragement à la médiation, à la conciliation, etc., pour éviter les litiges formels
- Rejet des demandes abusives
- Examen accéléré des exceptions préliminaires
- Obligation, pour les demandeurs, de nommer un arbitre lorsqu'ils présentent une demande
- Dates limites pour la nomination d'autres arbitres, y compris le président
- Dispositions encourageant les parties à nommer un président
- Délai de prescription pour le dépôt de demandes
- Renonciation à des demandes par une société mère/filiale une fois que des demandes sont présentées en vertu d'un autre traité
- Regroupement volontaire de demandes similaires présentées en vertu d'un même traité par des parties différentes
- Lignes directrices pour la production de documents afin d'éviter ce que l'on appelle des « campagnes de pêche » (Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, par exemple)
- Obligation de tenir un arbitrage dans un État partie à la Convention de New York à moins que les parties n'en conviennent autrement
- Obligation, pour les tribunaux et les parties, d'agir de manière économique et rapide
- Limites au pouvoir qu'a le tribunal d'ordonner des mesures provisoires
- Autorisation expresse, pour le tribunal, d'adjudger les dépens et les honoraires d'avocats
- Résiliation automatique des demandes abandonnées

⁹ La présente liste reflète certaines des solutions évoquées dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.149](#) (Note du secrétariat sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)).

Préoccupations liées au manque de cohérence, de prévisibilité et de rectitude des décisions arbitrales des tribunaux de RDIE

- Renonciation à la possibilité de présenter des demandes ou d'en engager de nouvelles dans d'autres instances de règlement des différends une fois que des demandes sont soumises à l'arbitrage (pas de volte-face)
- Renonciation, par une société mère/filiale, à des demandes une fois qu'elles sont présentées en vertu d'un autre traité
- Regroupement volontaire de demandes similaires présentées en vertu d'un même traité par des parties différentes
- Exigences spéciales de compétence pour les arbitres dans le cas de certaines demandes (services financiers, par exemple)
- Observations de parties non contestantes sur l'interprétation des traités
- Autres observations de tiers (non limitées aux questions d'interprétation des traités)
- Interprétation commune contraignante, par les parties, des dispositions conventionnelles
- Experts nommés par le tribunal
- Examen des projets de sentence par les parties au différend et avis adressé aux autres parties au traité
- Publication des pièces de procédure, des sentences et d'autres documents relatifs à l'interprétation des traités
- Mécanisme d'examen en appel propre aux traités

Annexe II

Illustration de la mise en œuvre du plan d'action – impartialité et indépendance des arbitres

Un exemple de la façon dont le plan d'action proposé fonctionnerait à l'égard des préoccupations exprimées au sujet de l'impartialité et de l'indépendance des arbitres pourrait être utile. À la première étape, il serait défini, à ce sujet, le degré de consensus et les réformes possibles. Il ressort des discussions menées par le Groupe de travail à ce jour que la conduite et les motivations éthiques des arbitres suscitent de nombreuses préoccupations¹⁰. De ces discussions, il s'est également dégagé un consensus général sur le fait que la réforme de cette question est une priorité et que l'élaboration de lignes directrices communes réglementant la conduite éthique des arbitres constituerait une réforme souhaitable¹¹.

À la deuxième étape, il serait mené des réformes spécifiques en s'appuyant sur celles déjà engagées, mais en permettant, au besoin, l'innovation. Actuellement, il existe plusieurs modèles de réforme de l'éthique des arbitres, mais pas de lignes directrices ou de règles gouvernementales largement acceptées en ce qui concerne les questions d'éthique particulières qui se posent dans le RDIE. En réformant l'éthique au moyen d'un code de conduite des arbitres, on aiderait à harmoniser ces modèles. Cette réforme pourrait avoir un impact immédiat sur les affaires de RDIE, car elle pourrait être structurée de manière à permettre son application aux règlements d'arbitrage existants. Dans le même temps, elle ne préjugerait pas de la question de savoir s'il faudrait continuer de résoudre les affaires de RDIE par l'arbitrage ad hoc ou par une institution permanente, renvoyant la question plus large de la réforme institutionnelle ou structurelle à un examen approfondi.

¹⁰ Document A/CN.9/964, par. 66 à 72.

¹¹ *Id.*, par. 73 à 81.