



Assemblée générale

Distr. générale
10 novembre 2020
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-quatrième session
Vienne, 28 juin-16 juillet 2021

Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-neuvième session (Vienne, 5-9 octobre 2020)

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Organisation de la session	3
III. Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États	5
A. Prévention et atténuation des différends et autres modes alternatifs de règlement des différends	5
B. Procédures multiples et demandes reconventionnelles, y compris demandes présentées par des actionnaires et pertes par ricochet	11
C. Garanties pour frais et demandes abusives	15
D. Interprétation des traités d'investissement par les parties aux traités	19
E. Instrument multilatéral sur la réforme du RDIE	21
IV. Plan de travail et questions diverses	23
A. Plan de travail et de ressources	23
B. Activités intersessions	23
C. État de la Convention de Maurice sur la transparence	24
D. Traduction des sentences rendues dans le cadre du RDIE	24



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 : les 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 présentés par 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 profitant aussi largement que possible des compétences de toutes les parties prenantes, soient menées par les États, avec des contributions de haut niveau de tous les gouvernements, et à ce qu'elles soient fondées sur le consensus et pleinement transparentes. Le Groupe de travail devrait : i) premièrement, recenser et examiner les préoccupations exprimées au sujet du RDIE ; ii) deuxièmement, déterminer si une réforme était souhaitable compte tenu de ces préoccupations ; et iii) troisièmement, 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 solutions en question¹.
3. De ses trente-quatrième à trente-septième sessions, le Groupe de travail a recensé et examiné les préoccupations exprimées au sujet du RDIE, et en a conclu qu'une réforme était souhaitable.
4. À sa cinquante-deuxième session, en 2019, la Commission s'est déclarée satisfaite des progrès que le Groupe de travail avait accomplis en suivant un processus constructif, ouvert à tous et transparent, et de la décision qu'il avait prise d'examiner et d'élaborer simultanément plusieurs solutions de réforme possibles.
5. À sa trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), le Groupe de travail est convenu d'un calendrier de projet et a entrepris l'examen des options de réforme concernant la création d'un centre consultatif, un code de conduite destiné aux personnes appelées à trancher des différends et la réglementation du financement par des tiers. À la reprise de sa trente-huitième session (Vienne, 20-24 janvier 2020), il a réfléchi à la mise en place d'un mécanisme d'appel et d'un mécanisme juridictionnel multilatéral, et a étudié la question de la sélection et de la nomination des membres des tribunaux de RDIE. La trente-neuvième session (New York, 30 mars-3 avril) a été reportée suite à la survenue de la pandémie de COVID-19.
6. À sa cinquante-troisième session, en 2020, la Commission a examiné les rapports du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-huitième session et de la reprise de cette session (A/CN.9/1004 et A/CN.9/1004/Add.1) et s'est déclarée satisfaite des progrès réalisés par le Groupe de travail grâce à un processus constructif, inclusif et transparent, ainsi que de l'appui fourni par le Secrétariat. Elle a pris note des activités de sensibilisation menées par le Secrétariat pour mieux faire connaître les travaux du Groupe de travail et faire en sorte que le processus demeure ouvert à tous et pleinement transparent. Elle a également pris note des webinaires et

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

autres consultations et événements informels organisés ou facilités par le Secrétariat à la suite de l'apparition de la pandémie de COVID-19 et du report de la trente-neuvième session du Groupe de travail, qui portaient notamment sur les sujets à l'ordre du jour de la session reportée (prévention et atténuation des différends et autres modes alternatifs de règlement des différends ; interprétation des traités par les États parties ; pertes par ricochet et demandes présentées par des actionnaires, sur la base de travaux conjoints avec l'Organisation de coopération et de développement économiques ; et élaboration d'un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE). Les enregistrements des webinaires organisés conjointement avec le Forum académique pour le RDIE ainsi que des présentations effectuées étaient à disposition sur le site Web de la CNUDCI. La Commission a également pris note de la série de webinaires organisés conjointement avec le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) sur le projet de code de conduite destiné aux personnes appelées à trancher des différends².

II. Organisation de la session

7. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-neuvième session à Vienne, du 5 au 9 octobre 2020, conformément à la décision adoptée par les États membres de la CNUDCI le 19 août 2020 sur les méthodes de travail des groupes de travail de la CNUDCI et sur la forme et le bureau de leurs sessions pendant la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) (figurant dans le document [A/CN.9/1038](#)). Des dispositions avaient été prises afin de permettre aux délégations de participer à la session en présentiel ou à distance.

8. Ont assisté à la session des représentants des États membres ci-après du Groupe de travail : Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Burundi, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Croatie, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Ghana, Honduras, Hongrie, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Kenya, Malaisie, Mali, Maurice, Mexique, Nigéria, Pérou, Philippines, Pologne, République de Corée, République dominicaine, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Sri Lanka, Suisse, Tchèque, Thaïlande, Turquie, Ukraine, Venezuela (République bolivarienne du), Viet Nam et Zimbabwe.

9. Des observateurs des États suivants ont assisté à la session : Angola, Bahreïn, Bolivie (État plurinational de), Bosnie-Herzégovine, Botswana, Bulgarie, Burkina Faso, Cambodge, Chypre, Costa Rica, Égypte, El Salvador, Jamaïque, Lettonie, Lituanie, Madagascar, Maldives, Maroc, Norvège, Paraguay, Pays-Bas, Portugal, République démocratique populaire lao, Sénégal, Slovaquie, Suède, Tunisie, Turkménistan et Uruguay.

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

11. 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 Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPALC) ;

b) *Organisations intergouvernementales* : Centre Sud, Conseil de l'Assemblée interparlementaire des nations membres de la Communauté des États indépendants (CEI), Commission économique eurasiennne, Cour permanente d'arbitrage (CPA), Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP), Secretaria de Integración Económica Centroamericana (SIECA), Secrétariat de la Charte de

² Ibid., soixante-quinzième session, Supplément n° 17 ([A/75/17](#), deuxième partie), par. 31 à 36.

l'énergie, Secrétariat du Commonwealth, section mexicaine du Secrétariat de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique et Union africaine ;

c) *Organisations non gouvernementales invitées* : Académie africaine de pratique du droit international (AAPDI), American Arbitration Association (AAA)/International Centre for Dispute Resolution (ICDR), American Society of International Law (ASIL), Arbitral Women, Asian Academy of International Law (AAIL), Association africaine de droit international (AADI), Association de droit international (ILA), Association internationale du barreau (IBA), Association juridique de l'Asie et du Pacifique (LAWASIA), Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (APAA), British Institute of International and Comparative Law, Center for International Investment and Commercial Arbitration (CIICA), Centre d'arbitrage de l'Organisation de la coopération islamique (OIC-AC), Centre de recherche en droit public (CRDP), Centre for International Law (CIL), Centre for International Legal Studies (CILS), Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO), Centre international d'arbitrage de Vienne, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA), Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), Chambre de commerce internationale (CCI), Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Columbia Centre on Sustainable Investment (CCSI), Commission chinoise d'arbitrage économique et commercial international (CIETAC), Confédération européenne des syndicats (CES), Confédération syndicale internationale (CSI), Conseil international pour l'arbitrage commercial, Corporate Counsels' International Arbitration Group (CCIAG), Fédération européenne pour le droit des investissements et l'arbitrage (EFILA), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA), iCourts, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, Institute for Transnational Arbitration (ITA), Institut international du développement durable (IIDD), Institut international pour l'environnement et le développement (IIED), Institut *Max Planck* de droit privé comparé et international, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA), International and Comparative Law Research Center (ICLRC), International Dispute Resolution Institute (IDRI), International Law Institute (ILI), International Mediation Institute, Inter-Pacific Bar Association, Moot Alumni Association (MAA), New York City Bar Association (NYCBA), Pluricourts, Queen Mary University of London School of International Arbitration (QMUL), Russian Arbitration Association (RAA), Singapore International Arbitration Centre (SIAC), Singapore International Mediation Centre, Société européenne de droit international (SEDI), Third World Network, Union internationale des huissiers de justice et officiers judiciaires (UIHJ), Union internationale des télécommunications (UIT) et United States Council for International Business (USCIB).

12. Conformément à la décision prise par les États membres de la Commission (voir par. 7 ci-dessus), les personnes suivantes sont restées en fonction :

Président : M. Shane Spelliscy (Canada)

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

13. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : a) l'ordre du jour provisoire annoté ([A/CN.9/WG.III/WP.198](#)) ; b) une note du Secrétariat sur les options de réforme ([A/CN.9/WG.III/WP.166](#) et son additif) ainsi que des notes du Secrétariat portant, respectivement, sur les demandes présentées par des actionnaires et les pertes par ricochet ([A/CN.9/WG.III/WP.170](#)) ; la prévention et l'atténuation des différends et les modes alternatifs de règlement des différends ([A/CN.9/WG.III/WP.190](#)) ; l'interprétation des traités d'investissement par les parties aux traités ([A/CN.9/WG.III/WP.191](#)) ; les garanties pour frais et les demandes abusives ([A/CN.9/WG.III/WP.192](#)) ; les procédures multiples et les demandes reconventionnelles ([A/CN.9/WG.III/WP.193](#)) ; et, un instrument multilatéral relatif à la réforme du RDIE ([A/CN.9/WG.III/WP.194](#)) ; c) des communications présentées par des gouvernements : communication présentée par l'Indonésie ([A/CN.9/WG.III/WP.156](#)) ; l'Union européenne et ses États membres ([A/CN.9/WG.III/WP.159](#) et [Add.1](#)) ; le Maroc ([A/CN.9/WG.III/WP.161](#) et [A/CN.9/WG.III/WP.195](#)) ;

la Thaïlande ([A/CN.9/WG.III/WP.162](#)) ; le Chili, Israël et le Japon ([A/CN.9/WG.III/WP.163](#)) ; le Costa Rica ([A/CN.9/WG.III/WP.164](#) et [A/CN.9/WG.III/WP.178](#)) ; le Brésil ([A/CN.9/WG.III/WP.171](#)) ; la Colombie ([A/CN.9/WG.III/WP.173](#)) ; la Turquie ([A/CN.9/WG.III/WP.174](#) et [A/CN.9/WG.III/WP.197](#)) ; l'Équateur ([A/CN.9/WG.III/WP.175](#)) ; l'Afrique du Sud ([A/CN.9/WG.III/WP.176](#)) ; la Chine ([A/CN.9/WG.III/WP.177](#)) ; la République de Corée ([A/CN.9/WG.III/WP.179](#)) ; Bahreïn ([A/CN.9/WG.III/WP.180](#)) ; le Mali ([A/CN.9/WG.III/WP.181](#)) ; le Chili, Israël, le Japon, le Mexique et le Pérou ([A/CN.9/WG.III/WP.182](#)) ; le Koweït ([A/CN.9/WG.III/WP.186](#)) ; le Kazakhstan ([A/CN.9/WG.III/WP.187](#)) ; la Fédération de Russie ([A/CN.9/WG.III/WP.188](#) et [Add.1](#)) ; les Pays-Bas, le Pérou et la Thaïlande ([A/CN.9/WG.III/WP.196](#)) ; et la Turquie ([A/CN.9/WG.III/WP.197](#)).

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

1. Ouverture de la session.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE).
4. Plan de travail et questions diverses.

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

15. Se fondant sur une décision prise à sa trente-huitième session ([A/CN.9/1004](#), par. 25 et 104), le Groupe de travail a entrepris l'examen des options de réforme suivantes : i) prévention et atténuation des différends et autres modes alternatifs de règlement des litiges ; ii) pertes par ricochet et demandes présentées par des actionnaires ; iii) procédures multiples, y compris demandes reconventionnelles ; iv) garanties pour frais et moyens de traiter les demandes abusives ; v) interprétation des traités par les États parties ; et vi) instrument multilatéral sur la réforme du RDIE.

16. Pour examiner ces options de réforme, le Groupe de travail est convenu d'adopter la même approche qu'à sa trente-huitième session et à la reprise de cette dernière, et il a entrepris un tour d'horizon préliminaire des questions pertinentes, afin de clarifier, de définir puis d'approfondir ces options, sans préjudice de la position finale que prendraient les différentes délégations à ce sujet. Il a été précisé qu'au stade actuel des délibérations, il ne prendrait aucune décision sur l'adoption d'une option de réforme particulière.

A. Prévention et atténuation des différends et autres modes alternatifs de règlement des différends

1. Prévention et atténuation des différends ([A/CN.9/WG.III/WP.190](#))

17. Le Groupe de travail a pris note des communications présentées par les États en vue des délibérations de la troisième étape de son mandat (les « communications ») sur les mesures de prévention et d'atténuation des différends élaborées au niveau national, dans les traités d'investissement, ainsi que sur les initiatives et programmes de prévention des différends disponibles au niveau international, comme indiqué dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.190](#). Dès l'abord, il a été souligné que les réformes dans ce domaine seraient axées sur la phase précédant les litiges, plutôt que sur les étapes suivant la soumission d'un litige à l'arbitrage. Il a été souligné que les mesures de prévention et d'atténuation des différends contribuaient à créer un climat d'investissement stable et prévisible et jouaient un rôle important pour attirer et retenir les investissements.

Au niveau national

18. Durant les débats, des informations ont été fournies sur les mesures prises au niveau national pour prévenir les litiges, notamment les activités de sensibilisation, les politiques visant à prévenir l'aggravation des différends et les cadres de gestion des affaires de RDIE. Le Groupe de travail a noté que différents modèles avaient été mis au point pour la collecte d'informations relatives aux réclamations des investisseurs et leur acheminement vers les entités publiques compétentes. Il a été fait référence à l'identification d'un organisme chef de file qui servirait de canal de communication entre l'investisseur et l'État et assurerait la coordination interne avec les autres organismes publics. On a également évoqué les médiateurs en matière d'investissement et les institutions chargées à la fois de la prévention et de la gestion des litiges.

19. On a également souligné le rôle important que le partage d'informations entre les organismes publics jouait dans la prévention des litiges, car il permettait de bien informer les parties prenantes aux différents niveaux de l'État et d'assurer la cohérence dans la mise en œuvre et l'administration des questions liées aux investissements. Il a été mentionné que les outils visant à assurer la cohérence entre la législation nationale et les traités d'investissement prévoyant des obligations internationales contractées par les États étaient importants. Il a été dit que des procédures pourraient être établies, par exemple inviter les parties intéressées à faire des commentaires sur les projets de loi avant leur promulgation. L'objectif de ces procédures, a-t-on précisé, serait de faire en sorte que les responsables gouvernementaux et les législateurs prennent conscience des conséquences potentielles de leurs décisions et comprennent mieux le cadre d'investissement sous-jacent. Il a été indiqué que l'accès aux informations pertinentes était assuré par des plateformes partagées, des manuels ou des sessions de formation. On a souligné qu'il était impératif de fournir des orientations sur ces questions et il a été fait référence au manuel de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) sur les obligations dans les traités internationaux d'investissement (intitulé *Handbook on Obligations in International Investment Treaties*), qui présentait des orientations à l'intention des responsables des pouvoirs publics.

Dans les traités d'investissement et au niveau international

20. Il a été estimé que les États, lorsqu'ils négociaient des traités d'investissement, devraient envisager de prévoir des mesures de prévention et d'atténuation des différends, ainsi que des procédures pour la tenue de consultations préalables à l'arbitrage. Les avis ont divergé quant à la nécessité de rendre ce genre de procédures obligatoires. Il a également été dit qu'il serait utile de disposer de mécanismes dûment établis, de préférence inscrits dans la législation nationale, qui permettraient aux parties en litige de faire le meilleur usage possible du délai de réflexion (voir par. 28 ci-dessous).

21. En outre, il a été estimé qu'il faudrait agir au niveau international face au manque de sensibilisation et de capacités en matière de prévention et d'atténuation des différends, par exemple par le biais d'activités d'assistance technique et de renforcement des capacités. Il a été souligné que dans de nombreux pays en développement, les organismes publics responsables des questions de RDIE ne disposaient pas encore des savoir-faire nécessaires pour repérer les différends latents et les gérer. Pour ce qui était de la coopération, il a été indiqué que les États bénéficieraient grandement de la mise au point d'une méthode systématique de partage des connaissances et des pratiques en matière de prévention des différends. Il a été fait référence à la mise au point de lignes directrices, d'une plateforme qui permettrait aux États de partager les bonnes pratiques et les savoir-faire, et de dispositions relatives à la prévention des litiges. Il a été souligné que ces activités d'assistance technique et de renforcement des capacités, qui auraient une incidence positive sur la prévention des différends, pourraient être mises en place de manière efficace sans faire peser de fardeau sur les États. Ont été évoqués le mécanisme pour la coopération et la discussion sur les moyens de défense et la prévention de

l'arbitrage d'investissement de l'Alliance du Pacifique et l'instrument type de gestion des différends relatifs aux investissements élaboré par la Conférence de la Charte de l'énergie. Il a été proposé de commencer à rédiger une déclaration multilatérale des États sur la prévention des différends.

Liens avec d'autres options de réforme

22. Le Groupe de travail a noté que la question de la prévention et de l'atténuation des différends était étroitement liée à l'option de réforme fondée sur la création d'un centre consultatif, qui pourrait être chargé de la conduite d'activités de prévention des différends et de renforcement des capacités. Il a également été noté que la question de la prévention et de l'atténuation des différends était étroitement liée à celle de l'interprétation des traités par les États parties, car les différends pouvaient être évités lorsque les traités d'investissement étaient interprétés et administrés de manière uniforme. Il a aussi été dit que l'option de réforme s'appuyant sur la mise en place d'un organe ou d'un mécanisme multilatéral permanent comporterait des caractéristiques visant à prévenir les litiges. Il a été dit que la notion de modes alternatifs de règlement pourrait englober des options, en plus de la médiation et de la conciliation, comme le recours aux tribunaux nationaux et les mécanismes interétatiques.

Travaux préparatoires sur le thème de la prévention et de l'atténuation des différends

Remarques liminaires

23. Le Groupe de travail a noté l'intérêt général en faveur de la poursuite par le Secrétariat de ses travaux sur la question de la prévention et de l'atténuation des différends. Il a été indiqué que les États devraient rester libres de réglementer dans l'intérêt public et que toute solution élaborée pour prévenir et atténuer les différends ne devrait pas les décourager de réglementer dans le seul but d'éviter les litiges. Les activités de renforcement des capacités et la circulation des informations vers ceux qui en avaient besoin pour prendre des décisions ont été considérées comme des aspects fondamentaux de la prévention des litiges. Dans cette optique, quatre questions ont été posées : i) quelles seraient les personnes devant être mieux informées (il a été fait référence aux fonctionnaires qui agissaient au nom des États et aux investisseurs) ; ii) ce dont elles devraient être informées (pour les États, il s'agirait des obligations internationales et pour les investisseurs, des règles pertinentes, des intérêts en matière de politiques, des structures administratives et des perspectives de l'État) ; iii) comment elles pourraient être informées ; et iv) qui les informerait.

24. Il a été souligné que, pour aider les États dans leurs efforts de prévention des litiges, on pourrait établir des meilleures pratiques, des lignes directrices, voire un texte type sur la prévention ou l'atténuation des différends. À cet égard, il a été noté que des travaux sur les meilleures pratiques avaient déjà été réalisés par des États et des organisations intergouvernementales, notamment la Banque mondiale, et par des organisations non gouvernementales. Par conséquent, il a été dit que pour dégager des meilleures pratiques, le Secrétariat devrait principalement trouver les informations pertinentes et les compiler dans des lignes directrices ou un texte type, qui pourraient faire partie d'un éventuel instrument multilatéral sur la réforme du RDIE.

25. En ce qui concerne la proposition visant à examiner comment une institution internationale telle que le centre consultatif envisagé pourrait jouer un rôle plus important pour aider les États à mettre en œuvre ces meilleures pratiques, il a été noté que certaines délégations considéraient le partage d'informations et le renforcement des capacités comme une fonction clef de ce centre, tandis que d'autres se demandaient s'il ne devrait pas être davantage axé sur tout ce qui touche aux différends.

La voie à suivre

26. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de collaborer avec les délégations et organisations intéressées afin de réunir et de compiler, à la lumière de ses discussions, des informations pertinentes et facilement disponibles sur les meilleures pratiques des États en matière de prévention et d'atténuation des différends. Le Secrétariat a été prié d'examiner comment ces meilleures pratiques pourraient être appliquées par les États de manière plus cohérente et de suggérer au Groupe de travail des moyens permettant de mettre en œuvre ces pratiques, comme l'élaboration de documents d'orientation ou de textes types. Le Secrétariat a également été prié d'examiner la manière dont le centre consultatif qui pourrait être mis en place dans le cadre de ces réformes pourrait aider les États dans ce domaine, ainsi que d'évaluer les ressources qui pourraient être nécessaires à cet effet.

2. Modes alternatifs de règlement des différends (A/CN.9/WG.III/WP.190)

27. Le Groupe de travail s'est penché sur la médiation, la conciliation et d'autres modes alternatifs de règlement des différends. On a souligné que ces méthodes, qui étaient plus rapides et économiques que l'arbitrage, offraient en outre un degré important de souplesse et d'autonomie aux parties, ce qui permettait de préserver et d'améliorer les relations à long terme et de protéger les investissements étrangers par des mesures appropriées, et partant de prévenir les différends et d'éviter que les conflits ne dégénèrent.

Délai de réflexion

28. Le Groupe de travail a noté que les traités d'investissement prévoyaient une certaine période (allant de trois à dix-huit mois) pendant laquelle les parties au différend devaient rechercher un règlement amiable avant de recourir à l'arbitrage (communément appelée « délai de réflexion »). Il a été dit que celui-ci devait permettre à l'investisseur-demandeur et à l'État d'éviter de recourir à l'arbitrage en réglant leur différend par le biais de négociations, de consultations ou d'une médiation. Pour que le délai de réflexion constitue un outil efficace, on a indiqué qu'il devait être suffisamment long, c'est-à-dire durer plus de six mois. Dans ce contexte, on a souligné que des orientations étaient nécessaires sur la manière de faire un usage efficace de ce délai.

Promotion du recours à la médiation

29. Le Groupe de travail s'est demandé comment on pourrait encourager le recours aux modes alternatifs de règlement des différends et faire en sorte qu'ils soient plus largement utilisés. À cette fin, il a examiné les difficultés relatives à la coordination entre les organismes publics concernés lors de la négociation du règlement amiable d'un litige, la question de la sécurité juridique requise pour que les agents publics soient impliqués dans un tel règlement et la manière de garantir la mise en place du processus d'approbation nécessaire, notamment l'autorité nécessaire aux personnes négociant un règlement pour parvenir à un résultat. Il a été dit que des politiques ainsi qu'un cadre juridique visant à encourager la médiation seraient nécessaires. Dans ce contexte, on a souligné que la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (« Convention de Singapour sur la médiation ») constituait un instrument utile également dans le cadre du RDIE.

30. En outre, il a été précisé que les modes alternatifs de règlement des différends étaient un outil à envisager non seulement avant, mais aussi pendant un litige, et il a été estimé qu'il faudrait élaborer des orientations pour encourager les tribunaux arbitraux et les parties à un différend à examiner ces méthodes de manière proactive. À cet égard, on a mentionné le Règlement de médiation entre investisseurs et États de l'Association internationale du barreau et le Guide sur la médiation en matière d'investissement approuvé par la Conférence de la Charte de l'énergie. Par ailleurs, le Groupe de travail s'est demandé comment faire connaître la médiation aux parties

prenantes et inciter les investisseurs et les États à recourir activement aux modes alternatifs de règlement des différends. On a dit que le renforcement des capacités et la formation des médiateurs potentiels et des autres parties prenantes étaient un aspect essentiel et mentionné des exemples de cours spécialisés. Il a été dit que l'État d'origine devrait encourager l'investisseur à trouver une solution à l'amiable avec l'État hôte avant de s'engager dans un arbitrage. Il a également été estimé qu'on pourrait réunir l'État d'origine et l'État hôte au sein de comités mixtes pour traiter les éventuels conflits entre un investisseur et un État.

31. On a souligné qu'il fallait trouver un équilibre approprié entre le règlement au moyen des modes alternatifs et d'autres aspects fondamentaux, tels que la manière dont le recours à ceux-ci pouvait conduire à une frilosité réglementaire, à un manque de transparence en raison de la tenue à huis clos des procédures et à l'incompatibilité des règlements avec d'autres domaines du droit et de la politique aux niveaux national et international. Dans ce contexte, on a souligné que les mécanismes encourageant le recours aux modes alternatifs de règlement des différends devaient être conçus de manière à assurer la cohérence avec les normes de bonne gouvernance, notamment celles prévues dans l'objectif de développement durable (ODD) 16.

Clauses types

32. En ce qui concerne les références aux modes alternatifs de règlement des différends dans des traités d'investissement, le Groupe de travail s'est demandé s'il convenait d'entreprendre l'élaboration de clauses types, qui auraient pour objet : i) d'indiquer les étapes procédurales que les parties à un différend pourraient utilement suivre ; ii) de donner des orientations aux parties sur la conduite d'une médiation ; iii) de prévoir des délais réalistes ; et iv) de faire, éventuellement, de la médiation une condition préalable au recours à l'arbitrage. Sur ce dernier point, on a souligné que le fait de rendre la médiation obligatoire pourrait être préjudiciable dans certaines situations et serait en contradiction avec la nature volontaire du processus de médiation.

33. On a souligné que certains traités actuels comprenaient déjà de telles clauses et pourraient servir de modèle au Groupe de travail.

Liens avec d'autres options de réforme

34. Il a été dit que si un centre consultatif était créé, il pourrait jouer un rôle en compilant et en partageant des informations sur les meilleures pratiques en matière de règlement alternatif des différends. Parmi les autres options de réforme qui pouvaient être associées au renforcement de la médiation figuraient celles qui avaient trait à la création d'un organe multilatéral permanent. Dans ce contexte, on a souligné qu'il fallait tenir compte du cadre plus large de la réforme du RDIE lors de la finalisation des travaux sur le règlement alternatif des différends, car nombre des préoccupations qui pouvaient être soulevées à cet égard, telles que la crainte d'être exposé à l'opinion publique, étaient également pertinentes dans le cadre plus large du RDIE. En outre, on a noté que les options de réforme qui visaient à favoriser la cohérence et l'uniformité pouvaient avoir des incidences sur les modes alternatifs de règlement des différends, car une interprétation cohérente et uniforme de la part des tribunaux arbitraux permettrait plus aisément aux parties d'évaluer l'issue possible de leur différend et de fonder la recherche d'un règlement sur des bases solides.

Travaux préparatoires sur le thème du règlement alternatif des différends

Remarques liminaires

35. Le Groupe de travail a noté l'intérêt général manifesté en faveur de la poursuite, par le Secrétariat, de travaux sur la question de la médiation et des autres modes alternatifs de règlement des différends, afin d'assurer une utilisation plus efficace de ces modes. Il a été fait remarquer que ceux-ci restaient largement sous-utilisés dans le contexte du RDIE, et on a noté les obstacles d'ordre structurel, législatif et politique qui se posaient en particulier aux gouvernements. On a également noté que tous les

litiges ne se prêtaient pas à la médiation, et qu'il faudrait veiller, dans le cadre des travaux pouvant être entrepris, à ce que l'application des modes alternatifs de règlement des différends n'entraîne pas de conséquences non intentionnelles, comme le fait, pour les organismes de réglementation, de ne pas agir de manière appropriée dans l'intérêt public.

La voie à suivre

– Délai de règlement amiable (également appelé « délai de réflexion »)

36. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'élaborer des clauses types reflétant les meilleures pratiques relatives au délai de règlement amiable ou délai de réflexion, qui prévoieraient notamment la durée adéquate de ce délai et des règles claires sur la manière dont celui-ci pourrait être respecté. Le Secrétariat a été prié de compiler des lignes directrices ou des recommandations sur la manière dont ce délai pourrait être utilisé de manière plus efficace.

37. Il a été dit que les clauses types devraient encourager les parties à un différend à recourir à la médiation, étape pouvant permettre d'éviter de recourir à l'arbitrage. On a souligné qu'il faudrait veiller à éviter les retards et les coûts inutiles et faire en sorte que la médiation ou d'autres modes alternatifs de règlement des différends soient utilisés de manière judicieuse.

– Élaboration de lignes directrices pour une utilisation efficace des modes alternatifs de règlement des différends et élaboration de règles

38. On a estimé qu'il serait utile d'élaborer des lignes directrices et des règles plus précises. À cet égard, le Secrétariat a été prié d'élaborer deux types d'instruments, en s'appuyant sur les meilleures pratiques existantes et en consultation avec tous les acteurs qui manifesteraient leur intérêt au Secrétariat.

39. Premièrement, dans le cadre du partage d'informations, du renforcement des capacités et de la sensibilisation, le Secrétariat a été prié d'élaborer des lignes directrices et des meilleures pratiques à l'intention des participants à la médiation pour le règlement des différends entre investisseurs et États, qui couvriraient des questions telles que i) les aspects organisationnels que les États pourraient devoir prendre en considération au niveau national pour réduire au minimum les obstacles de nature structurelle ou politique et garantir une utilisation efficace de la médiation ; ii) la représentation de l'intérêt public dans la médiation ; et iii) l'établissement de listes de médiateurs qualifiés dans le domaine du RDIE. Il a également été dit qu'il faudrait examiner la manière dont l'État d'origine de l'investisseur pourrait promouvoir la médiation et d'autres modes alternatifs de règlement des différends auprès de ses investisseurs. Dans ce contexte, il a été précisé qu'il conviendrait d'examiner, lorsque l'on continuerait d'étudier la question du centre consultatif, la manière dont ce centre, s'il était créé, pourrait contribuer au règlement des différends en dehors du système accusatoire.

40. Deuxièmement, le Secrétariat a été prié de travailler avec les organisations intéressées, telles que le CIRDI, pour élaborer ou adapter des règles relatives à la médiation dans le contexte du RDIE, ainsi que des clauses types qui pourraient être utilisées dans les traités d'investissement ou un éventuel instrument multilatéral sur la réforme du RDIE. Ces règles et clauses spécifiques s'appuieraient sur les nombreux documents disponibles et viseraient à établir des procédures et des dispositions tenant compte de certaines caractéristiques du RDIE, telles que les intérêts publics en question. Il a également été noté que les travaux menés dans le domaine de la médiation devraient tenir compte des options de réforme identifiées par le Groupe de travail, de manière à ce que les solutions élaborées puissent être adaptées aux différentes options.

B. Procédures multiples et demandes reconventionnelles, y compris demandes présentées par des actionnaires et pertes par ricochet

1. Procédures multiples, demandes présentées par des actionnaires et pertes par ricochet (A/CN.9/WG.III/WP.193 et A/CN.9/WG.III/WP.170)

41. Le Groupe de travail a ensuite examiné les questions relatives aux procédures multiples, de même que celles ayant trait aux demandes présentées par des actionnaires et aux pertes par ricochet (désignées ci-après par « procédures multiples » par souci de commodité). On a rappelé que le Groupe de travail avait exprimé des préoccupations au sujet des procédures multiples. Les risques identifiés étaient notamment les suivants : incidence négative sur le coût et la durée des procédures de RDIE, issues contradictoires, double indemnisation, « tourisme judiciaire » et abus de procédure par les investisseurs-demandeurs.

42. Il a été fait référence à diverses circonstances conduisant à des procédures multiples, notamment la présentation de demandes par des actionnaires. Il a été dit que les travaux devraient se concentrer sur les cas perçus comme étant particulièrement problématiques et ayant des conséquences négatives. À cet égard, il a été estimé qu'il pourrait être utile de préciser le sens de la notion de procédures multiples, ce qui permettrait de définir la portée des travaux.

43. Par ailleurs, on a mentionné une large gamme de mécanismes et d'outils existants qui avaient été mis au point pour prévenir les procédures multiples et les gérer de manière efficace, et en limiter ainsi les conséquences (voir par. 26 à 33 du document A/CN.9/WG.III/WP.170 et par. 21 à 29 du document A/CN.9/WG.III/WP.193). Il a été fait remarquer qu'un certain nombre de traités d'investissement récemment conclus prévoyaient des dispositions concrètes pour réduire les problèmes associés aux procédures multiples.

44. En ce qui concerne les mécanismes à développer, on s'est déclaré favorable à l'élaboration de clauses types ou d'orientations sur la jonction et le regroupement de procédures. Il a été dit que ces travaux pourraient se concentrer sur certaines des questions pratiques qui se posent, par exemple, la question de savoir qui prendrait la décision et sur quels fondements, et comment encourager les tribunaux de RDIE à procéder à un tel regroupement. On a toutefois dit que la jonction et le regroupement de procédures avaient leurs limites dans les cas où les procédures étaient fondées sur des traités ou des règles de procédure différents ou étaient administrées par des institutions différentes. Il a également été mentionné que la jonction et le regroupement de procédures devaient se fonder sur le libre consentement des parties.

45. On s'est également déclaré favorable à des travaux qui préciseraient les pouvoirs des tribunaux de RDIE pour ce qui est d'interrompre ou de suspendre les procédures, et les circonstances justifiant l'exercice de ces pouvoirs.

46. Un certain accent a été mis sur des travaux visant à développer plus avant des mécanismes de coordination, qui auraient pour but de recenser les outils existants que les tribunaux de RDIE pourraient facilement utiliser. Il a été dit qu'un meilleur partage des informations entre ces tribunaux pourrait être utile et, dans ce contexte, on a souligné la nécessité de promouvoir la transparence. On a souligné que les mécanismes de jonction et de coordination ne seraient peut-être pas efficaces dans le cas de procédures multiples étalées dans le temps (c'est-à-dire n'intervenant pas simultanément), et dit qu'un moyen qui pourrait permettre de remédier à ce problème était la prescription.

47. Si certains se sont déclarés favorables à ce que l'on fournisse des orientations sur les doctrines de la litispendance et de l'autorité de la chose jugée, des doutes ont également été exprimés, car celles-ci pouvaient être interprétées différemment selon les pays et les lois applicables et ces orientations risquaient, sans que cela ne soit le but recherché, de toucher au fond du litige.

48. Un certain soutien a été exprimé en faveur de l'élaboration de dispositions relatives au refus d'accorder des avantages et à la prévention des abus de procédure. Si l'on s'est déclaré généralement favorable à ce que la notion d'abus de procédure ou de demande (y compris la notion de double indemnisation) dans le RDIE soit précisée, il a été dit qu'il faudrait accorder une certaine souplesse aux tribunaux concernés dans l'application de cette notion afin de parvenir à un contrôle efficace des procédures multiples.

49. Un certain soutien a été exprimé en faveur de travaux sur la renonciation [approche connue en anglais sous le nom de « no U-turn » (pas de volte-face)] et sur les clauses d'option irrévocable [dites en anglais « fork-in-the-road » (de croisée des chemins)] qui offrent le choix entre le recours aux tribunaux nationaux et l'arbitrage international. Un certain soutien a aussi été exprimé en faveur de l'élaboration de clauses types de renonciation, qui pourraient être utilisées à la fois par les investisseurs et par les entreprises, ces dernières pouvant les mettre en œuvre dans le cas de demandes présentées par leurs actionnaires.

50. En ce qui concerne plus spécifiquement les demandes présentées par des actionnaires, il a été proposé que les travaux se concentrent sur la réglementation des types de demandes perçues comme étant les plus épineuses, et notamment sur l'interdiction de certaines d'entre elles dans certains cas. Cette proposition découlait des préoccupations exprimées au sujet d'une éventuelle distorsion des principes de base du droit des sociétés ainsi que d'une certaine discrimination à l'égard d'autres actionnaires et des créanciers. Il a été estimé que l'on pourrait réglementer les demandes présentées par des actionnaires non seulement en mettant en œuvre les mécanismes mentionnés ci-dessus, mais aussi en définissant plus clairement les termes « investissement », « investisseur » ou « contrôle » dans les traités d'investissement ou en déterminant mieux les actions directes (et non les actions sociales *ut singuli*) que les actionnaires seraient autorisés à tenter. Il a en outre été estimé que les dispositions relatives aux demandes présentées par des actionnaires pourraient être affinées à la lumière de certains traités d'investissement récemment révisés ou conclus, qui indiquaient plus clairement les conditions à remplir pour qu'un actionnaire puisse faire valoir de telles demandes (par exemple, lorsqu'il était propriétaire de l'entreprise ou qu'il en avait le contrôle, avec les renonciations appropriées et des dommages-intérêts adéquats à verser à l'entreprise).

51. Toutefois, des préoccupations ont été exprimées quant aux incidences possibles de la réglementation des demandes présentées par des actionnaires sur l'investissement étranger direct et sur le droit des investisseurs étrangers d'être indemnisés en cas de violation d'une obligation conventionnelle par les États. Dans ce contexte, on a souligné l'objectif des traités d'investissement, à savoir d'encourager l'investissement étranger et de fournir aux investisseurs étrangers un accès à la justice, en particulier lorsque le RDIE était le seul moyen dont disposaient les investisseurs pour remédier aux violations de traités liées à leurs investissements. On a évoqué les restrictions de propriété et les exigences de coentreprise avec des entités locales, qui justifiaient les demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet. Il a également été mentionné que le fait de réglementer les demandes des actionnaires risquait de limiter indûment la possibilité de structurer les investissements étrangers et d'entraver les stratégies des entreprises. À l'appui de ce point de vue, il a été dit que les outils et mécanismes existants pouvaient suffire à protéger les États contre les demandes abusives. Il a également été dit que les préoccupations évoquées reposaient sur des préjudices hypothétiques qui étaient spéculatifs et ne survenaient pas dans la réalité.

52. Au cours des délibérations, il a été dit que l'éventuel organisme multilatéral permanent qui pourrait être créé pour traiter les affaires de RDIE serait mieux à même de traiter toute la gamme des questions susceptibles de découler de procédures multiples. Il a en outre été indiqué qu'un certain nombre des mécanismes et outils mentionnés ci-dessus pour traiter les procédures multiples pourraient être intégrés au traité instituant l'organisme multilatéral permanent ou dans les règles régissant ce dernier. Il a toutefois aussi été mentionné que la création d'un tel organe n'aurait pas

le résultat escompté, à savoir régler la question des procédures multiples, et pourrait aggraver le problème de la multiplicité des procédures, dans la mesure où des litiges surviendraient à l'égard de différents traités d'investissement qui n'auraient pas été rédigés dans les mêmes termes. De plus, on a dit que si tous les pays n'adhéraient pas à un tel mécanisme permanent, le système actuel des tribunaux d'investissement continuerait d'exister en parallèle et de traiter les litiges découlant des quelque 3 000 traités d'investissements existants. Dans ce cas, il faudrait régler le problème des procédures multiples d'une autre manière.

Travaux préparatoires sur les procédures multiples

Remarques liminaires

53. Il a été largement estimé qu'il fallait réformer le système actuel de RDIE en abordant les préoccupations exprimées au sujet des procédures multiples, notamment parce que les traités d'investissement plus anciens ne prévoyaient pas de moyens appropriés d'y répondre. Il a été largement estimé que les efforts multilatéraux visant à élaborer et à mettre en œuvre un certain nombre de mécanismes et d'outils pour répondre aux préoccupations exprimées face aux procédures multiples seraient particulièrement bénéfiques.

54. Il a également été estimé que l'avancement des options de réforme devait aller de pair avec la recherche d'un équilibre entre la prise en compte des préoccupations et la garantie de la promotion continue des investissements étrangers ainsi que de la protection des investisseurs étrangers. On a par ailleurs souligné qu'il fallait impérativement garantir la régularité et l'équité des procédures dans la mise en œuvre des différents outils.

La voie à suivre

55. À l'issue des débats, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat : i) d'identifier plus précisément les types de procédures multiples et de demandes d'actionnaires qui pourraient se présenter ainsi que les préoccupations ou l'absence de préoccupations associées à chacune d'entre elles, de manière à mieux définir la portée de cette question ; ii) de dresser une liste des outils et mécanismes déjà disponibles dans la pratique conventionnelle pour répondre à ces préoccupations, et d'indiquer pour quel type de procédures multiples chaque outil était utilisé ; iii) de recommander des clauses types (notamment en vue d'une éventuelle utilisation dans un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE) qui amélioreraient les outils existants, en particulier compte tenu des problèmes qui continuaient de survenir ; et iv) de recommander des options pour la mise en œuvre de ces outils selon les modalités prévues, par exemple par le biais de résolutions de l'Assemblée générale, de lignes directrices destinées aux tribunaux, ou d'autres travaux explicatifs. Il a été dit que l'on pourrait élaborer une boîte à outils détaillée qui répondrait de manière spécifique et appropriée aux préoccupations existantes concernant les procédures multiples et les demandes des actionnaires. Il resterait alors à déterminer comment la mettre en œuvre dans le cadre du processus de réforme.

56. Pour l'élaboration des documents susmentionnés, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de continuer à coopérer avec toutes les délégations qui manifesteraient leur intérêt au Secrétariat, notamment celles ayant une expérience récente de la pratique conventionnelle, ainsi qu'avec l'OCDE, le Forum académique et d'autres organisations internationales intéressées, et de se référer aux traités d'investissement récemment conclus comportant des dispositions pertinentes et aux efforts entrepris par le CIRDI dans le cadre des modifications apportées à son règlement.

2. Demandes reconventionnelles (A/CN.9/WG.III/WP.193)

57. Le Groupe de travail a examiné les questions relatives aux demandes reconventionnelles des États défendeurs dans le RDIE. Il a été noté que deux éléments distincts devaient être pris en compte, à savoir, d'une part, l'aspect procédural, ou la

recevabilité des demandes reconventionnelles et la compétence des tribunaux pour en connaître et, d'autre part, les obligations matérielles des investisseurs, dont la violation constituerait la base des demandes reconventionnelles.

58. S'agissant de l'aspect procédural, il a été répété que, dans les travaux sur la réforme du RDIE, il ne faudrait en aucun cas exclure la possibilité, pour l'État défendeur, d'introduire une demande reconventionnelle contre un investisseur, lorsque cela se justifiait juridiquement. Bien qu'un point de vue ait été exprimé selon lequel il faudrait que les États parties à des traités d'investissement s'entendent sur l'utilisation des demandes reconventionnelles, il a été souligné que les règles de procédure applicables au RDIE envisageaient généralement la possibilité que l'État défendeur présente des demandes reconventionnelles et que les traités d'investissement récents comportaient des dispositions autorisant expressément ces demandes. Il a été noté qu'un cadre autorisant les demandes reconventionnelles permettrait aux tribunaux de RDIE ayant de l'expérience dans ce domaine de connaître de ces actions, ce qui pourrait éviter les procédures multiples. On a également noté les incidences que l'autorisation des demandes reconventionnelles pouvaient avoir sur l'issue d'un litige. Il a été généralement estimé que les questions de procédure comme celle de la compétence des tribunaux et de la recevabilité des demandes reconventionnelles méritaient d'être examinées plus avant, également dans le contexte de la création d'un organe multilatéral permanent.

59. S'agissant du deuxième aspect, il a été déclaré que les travaux actuellement menés sur la réforme du RDIE ne devaient pas aborder les obligations des investisseurs ou le fondement juridique des demandes reconventionnelles, car de tels travaux toucheraient aux aspects de fond, alors que l'accent devait être mis sur les aspects procéduraux du RDIE. Dans ce contexte, il a été expliqué que des demandes reconventionnelles pouvaient être introduites en cas de violation par l'investisseur de certaines obligations découlant de traités d'investissement ou de contrats, et que le comportement de l'investisseur était souvent pris en compte par le tribunal de RDIE dans le prononcé de la sentence finale. Il a été souligné que cette question pouvait être examinée plus avant à la lumière des obligations de l'investisseur autres que purement économiques, telles que les obligations relatives aux droits humains, à l'environnement et à la responsabilité sociale des entreprises. Il a également été mentionné que la question des demandes reconventionnelles devrait être examinée à la lumière du recours possible aux tribunaux nationaux par les États afin d'obtenir une réparation positive, ainsi que de la nécessité d'établir un lien avec la demande présentée par l'investisseur.

Travaux préparatoires sur le thème des demandes reconventionnelles

Remarques liminaires

60. Au cours de la discussion, il a été souligné que le fait que les traités d'investissement n'imposent pas d'obligations de fond aux investisseurs était l'une des principales raisons expliquant l'absence de demandes reconventionnelles dans le RDIE. Il a été précisé que l'établissement de telles obligations n'entraîne pas dans le mandat du Groupe de travail, qui portait sur des réformes procédurales. Néanmoins, il a été estimé que les travaux sur les aspects procéduraux des demandes reconventionnelles devraient se poursuivre. Il a été noté que, bien que rares, les demandes reconventionnelles étaient autorisées dans un petit nombre de cas. Au nombre des avantages associés au fait d'autoriser les demandes reconventionnelles, on pouvait citer les possibilités d'améliorer l'efficacité de la procédure, de décourager les demandes abusives et d'éviter l'introduction de multiples actions devant différentes instances.

La voie à suivre

61. À l'issue des débats, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de continuer à travailler sur le thème des demandes reconventionnelles, en mettant l'accent sur les aspects procéduraux. Le Secrétariat a été chargé d'élaborer des clauses types qui

pourraient être utilisées comme clauses de consentement, que ce soit dans le cadre d'un arbitrage fondé sur un traité ou dans le contexte d'un organisme multilatéral permanent. Celles-ci subordonneraient le consentement d'un État au RDIE au consentement de l'investisseur à ce que la même instance entende les demandes reconventionnelles. Il a été dit qu'une telle clause pourrait clarifier aussi bien la compétence des tribunaux de RDIE pour connaître des demandes reconventionnelles que la question de la recevabilité.

62. En ce qui concerne la recevabilité des demandes, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de rédiger diverses options qui permettraient de préciser les conditions dans lesquelles une demande reconventionnelle pourrait être introduite, y compris le lien de fait avec la demande principale.

63. S'agissant des sources existantes de droit pour les demandes reconventionnelles, il a été estimé qu'il serait utile d'examiner les sources de droit matériel applicables existantes qui prévoient les obligations des investisseurs et donc la base juridique des demandes reconventionnelles. Il a également été dit que, lors des travaux exploratoires (qui pourraient être menés conjointement avec le Forum académique et se faire par le biais de webinaires et de l'élaboration de documents de recherche par le Forum académique), il faudrait aussi examiner les outils procéduraux qui permettraient l'introduction de demandes reconventionnelles.

C. Garanties pour frais et demandes abusives

1. Garanties pour frais (A/CN.9/WG.III/WP.192)

64. Le Groupe de travail a réaffirmé la nécessité d'élaborer un cadre plus prévisible et plus clair pour les garanties pour frais dans le RDIE. On a rappelé les difficultés que rencontraient souvent les États défendeurs ayant obtenu gain de cause pour parvenir à recouvrer les frais relatifs au RDIE auprès des investisseurs demandeurs. Par ailleurs, on a noté que les garanties pour frais pouvaient protéger les États contre l'incapacité ou le refus de payer d'un demandeur, et contribuer à décourager les demandes abusives. Toutefois, il a également été souligné qu'une approche équilibrée devrait être adoptée car le fait d'exiger une garantie pour frais pouvait limiter l'accès à la justice pour certains investisseurs, notamment les petites et moyennes entreprises. Il a par ailleurs été mentionné que cette garantie ne devrait pas retarder la procédure par inadvertance ou en augmenter les coûts et qu'il convenait d'accorder toute l'attention nécessaire à la préservation de l'équité de la procédure.

65. Il a été souligné que les règlements d'arbitrage reconnaissent généralement le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner la constitution d'une garantie pour frais à titre de mesure provisoire. Toutefois, il a été noté que le cadre fourni par de telles dispositions pouvait être insuffisant. Il a également été noté qu'un certain nombre de traités d'investissement récemment conclus prévoyaient expressément le droit accordé à l'État défendeur de demander une garantie pour frais. En outre, il a été mentionné qu'un mécanisme de garantie pour frais avait été envisagé lors du processus d'amendement des règlements du CIRDI.

66. Les preuves empiriques évoquées au cours de la discussion ont montré que la constitution d'une garantie pour frais n'était ordonnée que dans des circonstances très exceptionnelles, ce qui traduisait le seuil élevé fixé par les mécanismes existants et le fait que les tribunaux de RDIE étaient généralement réticents à accorder de telles mesures. À ce titre, il a été proposé de fournir aux tribunaux de RDIE quelques orientations relatives aux ordonnances de garanties pour frais dans le cadre des mécanismes existants.

67. Un certain nombre de suggestions ont été faites quant aux circonstances qui justifieraient d'ordonner la constitution d'une garantie pour frais. Il a été dit qu'il serait essentiel de préciser ces circonstances et/ou les facteurs à prendre en compte par le tribunal. Il a toutefois été indiqué que les tribunaux devraient bénéficier d'une certaine souplesse pour l'examen des demandes de garantie pour frais, afin d'être à

même de tenir compte des circonstances générales de l'espèce. Il a par ailleurs été dit qu'il pourrait être injustifié d'ordonner une garantie pour frais, en particulier si l'impécuniosité de l'investisseur était la conséquence d'une mesure étatique.

68. Il a été généralement estimé que des indications laissant entendre qu'une partie ne serait pas disposée à respecter une condamnation aux dépens ou ne serait pas en mesure de le faire, telles que l'impécuniosité ou l'insolvabilité de cette partie ou des cas passés de non-respect de condamnations aux dépens, étaient des circonstances clefs justifiant que soit ordonnée la constitution d'une garantie pour frais. Il a été dit que les actions qu'on faisait intenter par des sociétés fictives dépourvues de fonds propres pouvaient être une indication de la réticence ou de l'incapacité d'un investisseur à payer les frais.

69. Il a été généralement estimé que l'existence d'un financement par des tiers ou l'absence d'engagement du tiers financeur pour ce qui était d'assumer les dépens étaient des éléments à prendre en compte pour décider d'ordonner ou non des garanties pour frais. Si, selon certains avis, il fallait systématiquement ordonner des garanties pour frais lorsqu'il y avait un financement par des tiers, il a été estimé que la simple existence d'un tel financement ne justifierait pas une ordonnance de garantie pour frais et qu'elle devrait être considérée conjointement avec les autres éléments mentionnés ci-dessus.

70. Le Groupe de travail a également examiné certains aspects procéduraux relatifs aux garanties pour frais. Il a été généralement estimé que ces garanties devraient être ordonnées à la demande d'une partie et non d'office par le tribunal. Si l'on s'est partiellement déclaré favorable à ce que le demandeur soit autorisé à exiger une garantie pour frais, il a été généralement estimé que la principale raison d'être de cette garantie était de protéger un État défendeur qui obtiendrait gain de cause. Pour faire suite à cette remarque, il a été mentionné que l'introduction d'une demande reconventionnelle par un État défendeur pouvait justifier que le demandeur cherche à obtenir une garantie pour frais. Il a également été indiqué que la probabilité de succès soit de la demande soit de la défense ne devrait pas figurer parmi les éléments à prendre en considération pour ordonner le versement d'une garantie pour frais.

71. Il a été proposé d'exiger que toute demande de garantie pour frais soit justifiée par la partie la déposant. Selon une autre proposition, la charge de la preuve pourrait être reportée sur l'autre partie. Il a été largement estimé que les tiers (y compris les parties au traité non parties au litige) ne devraient pas être tenus de fournir de garantie pour frais, car cela pourrait compromettre leur capacité de participer à une procédure de RDIE.

72. En ce qui concerne les conséquences du non-respect par une partie d'une ordonnance de garantie pour frais, il a été mentionné qu'il faudrait envisager de suspendre puis de mettre fin à la procédure.

73. Il a été proposé d'élaborer une formule ou des lignes directrices pour guider les tribunaux de RDIE en ce qui concerne les montants à ordonner à titre de garantie. Il a été généralement estimé que le montant de la garantie à imposer ainsi que les modalités d'exécution de l'ordonnance (par exemple, un dépôt sous séquestre ou une garantie bancaire) pouvaient être laissés à la discrétion des tribunaux de RDIE. Il a été proposé de fournir à ces derniers des orientations sur d'autres questions de procédure, notamment pour les cas de procédure multipartite.

Travaux préparatoires sur le thème des garanties pour frais

74. À l'issue des débats, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de tirer parti des travaux effectués par le CIRDI afin de compiler les approches existantes sur la question des garanties pour frais. Les délégations ayant une expérience pertinente des traités et des garanties pour frais ont été invitées à fournir des informations au Secrétariat. Il a été dit que, sur la base de ces travaux et de ce partage d'expériences, une clause type devrait être élaborée, qui pourrait être incluse dans un éventuel instrument multilatéral sur la réforme du RDIE et i) s'attacherait principalement à

mettre à la disposition des défendeurs une garantie pour frais à l'encontre des demandeurs, ii) préciserait que les garanties pour frais ne pourraient être ordonnées qu'à la demande d'une partie, et iii) ne serait pas applicable aux tiers. La clause type devrait aborder les conditions et le seuil et préciser les conséquences possibles en cas de non-respect de l'ordonnance.

75. S'agissant des conditions, un certain nombre d'options devraient être élaborées, qui pourraient aller i) d'options générales qui donneraient un plus grand pouvoir discrétionnaire aux tribunaux de RDIE (par exemple, le fait d'appréhender raisonnablement un manque de volonté ou de capacité de paiement), ii) à des options qui énuméreraient expressément les éléments à prendre en considération mais laisseraient aux tribunaux de RDIE le soin de les appliquer, ensemble ou en combinaison (comme l'impécuniosité, les cas où l'investisseur serait une société fictive, les cas où il y aurait plusieurs demandeurs, l'historique du respect ou non des condamnations et l'existence d'un financement par des tiers), iii) en passant par des options qui comprendraient des listes très prescriptives exigeant une garantie pour frais dans des circonstances précises (comme le financement par des tiers). Lors de l'élaboration de ces conditions, il conviendrait de veiller i) à ce qu'un équilibre soit trouvé entre le fait de garantir, d'une part, des droits effectifs aux États, et d'autre part, l'accès à la justice, et ii) à ce que le tribunal de RDIE ne soit pas tenu de préjuger le litige.

76. Par ailleurs, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'élaborer des lignes directrices et de dégager des meilleures pratiques quant à la manière dont les dispositions relatives aux garanties pour frais pourraient être appliquées de façon équitable et uniforme. Il a été indiqué que ces lignes directrices pourraient non seulement fournir des instructions aux tribunaux de RDIE sur la bonne application des conditions mais également aborder certaines questions concernant le montant de la garantie qui serait généralement requis, la manière dont il pourrait être versé et d'autres points pratiques de ce type.

77. Il a en outre été noté qu'il faudrait se pencher sur les incidences de tout cadre relatif aux garanties pour frais conjointement avec les autres options de réforme du RDIE actuellement examinées par le Groupe de travail.

2. Demandes abusives (A/CN.9/WG.III/WP.192)

78. On s'est déclaré généralement favorable à la mise en place d'un cadre plus prévisible pour traiter les demandes abusives, qui permettrait de rejeter de telles demandes à un stade précoce de la procédure et d'accélérer le processus. Il a été noté que ce cadre pourrait répondre, entre autres, aux préoccupations concernant le coût et la durée du RDIE ainsi que la frilosité réglementaire.

79. Si l'on a noté qu'un certain nombre de traités d'investissement récemment conclus comprenaient des dispositions relatives aux demandes abusives, on a également dit que la majorité des demandes étaient actuellement introduites sur la base de traités qui ne contenaient pas de telles dispositions.

80. En ce qui concerne les types de demandes qui seraient visées par un tel cadre, on a mentionné les demandes manifestement dénuées de fondement juridique, les demandes non étayées ou infondées, les demandes non fondées en droit et les demandes reposant sur le chalandage de traités (y compris par le biais de la restructuration des entreprises). On a dit que le cadre devrait être formulé dans des termes clairs de manière à aider les tribunaux de RDIE à repérer les demandes abusives. Par ailleurs, on a estimé qu'un seuil strict serait plus approprié compte tenu des préoccupations quant à la régularité de la procédure ayant trait à la limitation de l'accès de l'investisseur à la justice. On a aussi généralement estimé que le cadre devrait s'appliquer aux demandes ayant trait au fond ainsi qu'à la compétence du tribunal.

81. En ce qui concerne les mesures à prendre par un tribunal de RDIE qui jugerait une demande abusive, un certain nombre d'exemples ont été fournis, comme

l'exigence d'une garantie pour frais, le rejet rapide des demandes, la décision préliminaire ainsi que la répartition des coûts. Il a été généralement estimé que ces mesures différeraient selon le type de demande et qu'il faudrait laisser au tribunal une certaine marge de manœuvre pour prendre les mesures appropriées.

82. On a attiré l'attention sur le risque d'abus ou d'utilisation abusive de ce cadre par les défendeurs, qui pourrait entraîner une augmentation des coûts et des retards dans la procédure. Pour tenir compte de ce risque, on a dit que le cadre pourrait traiter de la répartition des coûts et prévoir des délais stricts pour la formulation d'une éventuelle objection par le défendeur et la prise d'une décision par le tribunal. On a dit qu'il pourrait y avoir un processus de décision en deux étapes, la première consistant à déterminer s'il convenait d'entendre l'objection.

83. On a noté que la question des demandes abusives pourrait être examinée en même temps que d'autres options de réforme, principalement la garantie pour frais et le financement par des tiers. On a également dit que dans le cadre de l'option de réforme visant à établir un organe multilatéral permanent, on pourrait prévoir un mécanisme visant à décourager ce genre de demandes.

Travaux préparatoires sur le thème des demandes abusives

La voie à suivre

84. On a prié le Secrétariat de collaborer avec les organisations concernées en vue de compiler des informations sur les dispositions figurant dans les accords d'investissement et les règlements d'arbitrage existants (comme l'article 41-5 du Règlement d'arbitrage du CIRDI) ainsi que sur la jurisprudence pertinente afin de rendre compte des diverses approches adoptées pour traiter les demandes abusives à un stade précoce de la procédure. Les délégations ayant une pratique pertinente des traités ont été invitées à fournir des informations au Secrétariat.

85. Sur la base de ces travaux, le Secrétariat a été prié d'élaborer des options pour une clause type qui créerait un cadre clair pour le rejet rapide des demandes abusives, tout en donnant au tribunal de RDIE la marge de manœuvre nécessaire pour traiter les demandes frivoles, abusives ou autres. Parmi ces options devrait figurer, à côté de cette clause générale unique, une solution qui proposerait plusieurs clauses différentes permettant de rejeter rapidement diverses demandes, clauses qui pourraient s'appuyer sur des mécanismes légèrement différents selon le motif invoqué pour rejeter la demande.

86. Par ailleurs, on a dit que le cadre devrait prévoir que toute demande de rejet serait rapidement tranchée, et que la clause type devrait prévoir qu'il serait mis fin à la procédure si une demande était abandonnée et que la demande de rejet n'était pas contestée par le demandeur.

87. Cette clause devrait également garantir la régularité de la procédure pour le demandeur. En élaborant cette clause, il faudrait prévoir des options pour la répartition des coûts liés aux demandes abusives, en gardant à l'esprit le fait que l'accès à la justice ne devait pas être indûment entravé. Il a également été noté qu'il faudrait rechercher un équilibre entre l'efficacité obtenue à travers le rejet rapide des demandes et les blocages qui pourraient résulter d'un recours abusif à ce mécanisme. Il faudrait par conséquent que ladite clause prévoie des solutions pour le cas où la demande de rejet rapide serait elle-même abusive, par exemple à travers la répartition des coûts. Toutefois, il a été noté qu'en raison du seuil élevé applicable aux demandes de rejet, une demande infructueuse ne devrait pas être considérée comme abusive.

88. En outre, on a dit que la clause type devrait examiner en quoi le manque de clarté des mémoires initiaux pouvait pousser en quelque sorte les États à formuler des objections qu'ils ne formuleraient pas autrement si ceux-ci étaient plus clairs et si davantage d'informations étaient fournies.

89. Enfin, les travaux devraient illustrer les modalités de mise en œuvre de cette clause type, éventuellement dans un règlement d'arbitrage, par les États dans des

traités d'investissement ou dans un instrument multilatéral de réforme procédurale et dans un mécanisme multilatéral permanent.

D. Interprétation des traités d'investissement par les parties aux traités (A/CN.9/WG.III/WP.191)

90. Il a été noté dès l'abord que les parties aux traités disposaient de nombreux outils pour garantir que l'interprétation de leurs traités d'investissement soit conforme à leur intention. Il a été souligné que les outils d'interprétation des traités, lorsqu'ils étaient mis en œuvre, contribuaient à répondre aux préoccupations relatives au manque d'uniformité, de cohérence et de prévisibilité des décisions prises par les tribunaux de RDIE, ainsi qu'aux inquiétudes concernant leur rectitude. Il a été noté que les parties aux traités étaient les gardiens de ceux-ci et qu'elles étaient les mieux placées pour fournir aux tribunaux des interprétations authentiques et faisant foi.

91. Tout en notant que de nombreux outils étaient à la disposition des parties à un traité et que les traités d'investissement étaient de plus en plus nombreux à comporter des dispositions sur l'interprétation conjointe, il a été mentionné que l'interprétation par les parties à un traité restait peu fréquente et que, pour qu'une réforme puisse être couronnée de succès, il serait important de déterminer pourquoi il en était ainsi. Dans ce contexte, il a été déclaré que, pour interpréter les traités, les États avaient besoin de capacités et de ressources suffisantes, qui faisaient défaut particulièrement aux États en développement. En outre, il a été estimé que les parties à un traité pouvaient être réticentes à fournir leur interprétation lorsqu'une affaire était en cours, afin d'éviter toute interférence. Il a également été indiqué que la création de comités mixtes permettait généralement aux parties à un traité de s'entendre plus facilement sur une interprétation conjointe, car ces comités suivaient le processus.

92. Le Groupe de travail a entrepris l'examen de certains outils interprétatifs à la disposition des parties aux traités.

93. En ce qui concerne les interprétations conjointes, des points de vue divergents ont été exprimés sur la question de savoir si elles devraient lier les tribunaux de RDIE et si elles devraient avoir un effet rétroactif. Il a été souligné qu'il ne fallait pas confondre l'interprétation d'un traité d'investissement, qui visait à en clarifier les termes, et le fait d'apporter des amendements à un traité, qui nécessitait généralement un processus formel, par exemple une ratification à l'échelle nationale.

94. Il a été dit qu'outre l'interprétation conjointe, d'autres outils pouvaient être utilisés. Les États pouvaient par exemple adopter des positions uniformes sur l'interprétation de leurs traités d'investissement, que ce soit lorsqu'ils plaidaient en tant que défendeurs ou présentaient des observations en tant que partie au traité non partie au litige. Il a été fait référence au Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (le « Règlement sur la transparence »), qui comportait une disposition sur la présentation d'observations par des parties au traité non parties au litige et leur publication. En outre, il a été dit que les mécanismes prévus dans certains traités récents pour l'examen des projets de sentences constituaient un outil efficace pour garantir la justesse de l'interprétation des traités. Dans ce contexte, il a été dit qu'il fallait trouver un juste milieu entre la protection de l'indépendance des tribunaux de RDIE et l'intention des parties au traité.

95. En ce qui concerne les déclarations unilatérales, il a été dit qu'il faudrait étudier plus avant leur nature et leurs incidences à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités et de la pratique du droit international public. La proposition tendant à élaborer des règles et principes interprétatifs autonomes qui pourraient compléter ou remplacer les principes généraux d'interprétation des traités n'a pas été appuyée et il a été renvoyé à la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il a été suggéré d'examiner la possibilité d'une interprétation multilatérale, tout en notant que les interprétations multilatérales étaient difficiles à envisager compte tenu de

l'historique des négociations, qui était différent pour chaque traité, et des différentes intentions des parties à ces traités.

96. Il a été dit que si les outils interprétatifs pouvaient servir à lever les ambiguïtés, le seul moyen d'assurer la justesse et la prévisibilité de l'interprétation des obligations de fond prévues dans les traités d'investissement consistait à rédiger de manière précise et soignée les dispositions mêmes des traités, y compris en utilisant un langage interprétatif au sein même des textes. Il a été souligné que les outils interprétatifs posaient de sérieux problèmes, qui concernaient d'une part la difficile distinction entre interprétation et amendement des traités, et d'autre part l'incidence sur les droits des investisseurs.

97. Il a été estimé que d'éventuels travaux dans ce domaine devraient tenir compte des clauses prévues dans les traités d'investissement récents, ainsi que des résultats des débats menés dans le cadre du processus d'amendement des règlements du CIRDI. Il a en outre été dit que l'on pourrait mener des travaux visant à élaborer des lignes directrices sur l'effet juridique de ces outils, afin de garantir que les tribunaux de RDIE, les États et les investisseurs en saisissent bien les fonctions et le poids interprétatifs. On a également mentionné la possibilité d'établir un glossaire pour l'interprétation des normes conventionnelles. D'autres propositions ont été faites, notamment concernant des lignes directrices sur l'interprétation des dispositions clefs. À cet égard, on a toutefois noté que l'élaboration de lignes directrices interprétatives sur la signification des dispositions clefs dépasserait le cadre du mandat du Groupe de travail.

98. Il a été dit que les réformes relatives à l'interprétation des traités pourraient faire partie d'un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, à titre d'éléments essentiels de toute future série d'options de réforme. Il a également été dit que, si l'on devait élaborer un instrument instituant un mécanisme multilatéral permanent, les États parties à cet instrument devraient pouvoir intervenir dans les différends concernant l'interprétation des dispositions qui avaient une importance systémique, mais qu'il faudrait préserver la capacité des parties au traité de garder le contrôle de leur interprétation. Il a par ailleurs été dit qu'un centre consultatif pourrait être un moyen de mettre en œuvre certaines des réformes relatives à l'interprétation des traités.

99. Toutefois, des doutes ont également été exprimés quant à la nécessité de poursuivre les travaux dans ce domaine, compte tenu du cadre existant et de sa disponibilité pour les parties à des traités.

Travaux préparatoires sur l'interprétation des traités par les États parties

La voie à suivre

100. À l'issue des débats, compte tenu des outils interprétatifs dont disposaient déjà les parties aux traités et des différents points de vue exprimés sur les travaux qui pourraient néanmoins être utilement réalisés, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de se fonder sur les ressources disponibles pour dresser une liste des différents outils interprétatifs contenus dans les traités d'investissement, et de fournir des informations sur la manière dont ils répondaient aux questions et préoccupations soulevées lors des délibérations, notamment en tenant compte de la façon dont les tribunaux les avaient interprétés.

101. Outre cette compilation, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de rédiger une nouvelle version du document [A/CN.9/WG.III/WP.191](#), qui fournirait davantage d'informations sur les questions examinées, notamment sur les raisons pour lesquelles les outils existants en matière d'interprétation des traités ne faisaient pas l'objet d'une utilisation efficace de la part des États ou n'étaient pas acceptés par les tribunaux, et sur la manière dont les nombreux outils identifiés pourraient être mis en œuvre efficacement.

E. Instrument multilatéral sur la réforme du RDIE (A/CN.9/WG.III/WP.194)

102. Le Groupe de travail a rappelé les communications qui lui avaient été présentées au sujet des moyens envisageables pour mettre en œuvre les options de réforme, à savoir principalement l'élaboration d'un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE. En plus du A/CN.9/WG.III/WP.194, il a été fait référence, plus particulièrement, aux documents suivants : i) le document [A/CN.9/WG.III/WP.182](#), qui proposait une approche « en suite » consistant à laisser aux États le choix d'incorporer une ou plusieurs des options de réforme proposées en fonction de leurs préoccupations et intérêts politiques et stratégiques ; ii) le document [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), qui concernait l'élaboration d'un instrument portant création d'un mécanisme multilatéral permanent constitué d'un tribunal de première instance et d'un tribunal d'appel ; et iii) les documents [A/CN.9/WG.III/WP.173](#) et [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), qui avaient trait à l'élaboration d'un instrument multilatéral sur le modèle 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. On a également mentionné les approches suivies dans 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) et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, laquelle permettait aux parties contractantes de déterminer le mode de règlement des différends qu'elles acceptaient en principe (art. 287-1).

103. Il a été dit que, comme indiqué au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.194, ce sujet ne constituait pas en soi une option de réforme mais un mécanisme potentiel de mise en œuvre de tout ou partie des options de réforme envisagées. Il a également été dit qu'il n'y avait donc pas lieu de discuter de l'instrument multilatéral en parallèle à l'examen des options de réforme, mais plutôt d'examiner celui-ci à un stade ultérieur, une fois que les options de réforme auraient été élaborées. Selon certains avis, il fallait d'abord examiner le contenu et la forme de chaque option de réforme, avant d'étudier les moyens de la mettre en œuvre. Si pour certaines options, l'utilisation d'un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE était la seule façon de les appliquer au vaste réseau de traités d'investissement existants, pour d'autres, différentes formes, telles qu'une clause type ou des orientations destinées aux tribunaux, pourraient être préparées pour les mettre en œuvre. Il a été ajouté que la forme que prendrait un éventuel instrument multilatéral pourrait également être influencée par d'autres considérations pragmatiques telles que la nécessité d'équilibrer la réforme structurelle et non structurelle et le fait qu'il n'existait pour le moment aucun accord concernant des ressources supplémentaires.

104. Des avis divergents ont été exprimés ; il a été dit qu'il n'était pas seulement approprié, mais aussi essentiel de discuter à l'étape actuelle des moyens de mettre en œuvre les options de réforme. Ces moyens pourraient influencer la formulation des options de réforme. Par conséquent, dans leurs remarques, les délégations concernées ont formulé des commentaires au sujet des questions de fond soulevées dans le document A/CN.9/WG.III/WP.194. Les délégations qui avaient estimé que le moment n'était pas venu de tenir ce genre de délibérations (voir par. 103 ci-avant) ont participé à ces discussions sans remettre en question leur position quant au caractère prématuré des discussions.

105. Il a été dit que l'objet d'un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE serait de fournir un cadre pour la mise en œuvre de diverses options de réforme. On a souligné qu'il faudrait suivre une approche souple et cohérente concernant les différentes options de réforme, en laissant les États parties décider si et dans quelle mesure ils adopteraient les différentes options.

106. S'agissant des caractéristiques de l'instrument, il a été estimé important que celui-ci : i) réponde aux préoccupations recensées, notamment au souci d'uniformité et de cohérence, et favorise la sécurité juridique dans le RDIE ; ii) établisse un cadre

souple, qui donne aux États la possibilité de choisir les options de réforme, notamment le mécanisme de RDIE et les outils procéduraux correspondants, et qui puisse s'adapter à l'évolution future du RDIE ; iii) offre une souplesse temporelle qui permette la participation continue des États parties ; iv) favorise la participation la plus large possible des États, aux fins d'une réforme d'ensemble du RDIE ; et v) suive une approche globale en matière de réforme du RDIE, en fixant clairement l'objectif consistant à atteindre le développement durable à travers l'investissement international.

107. Concernant la teneur possible d'un instrument multilatéral, il a été dit que celui-ci pourrait établir une norme minimale, c'est-à-dire définir certains éléments essentiels que tous les États participants devraient adopter. Il a également été estimé qu'il n'était pas nécessaire, ni possible, d'adopter certains de ces éléments. Il a été dit qu'en tout état de cause, il était prématuré, à ce stade des délibérations, de déterminer les éléments qui seraient jugés essentiels, le cas échéant. On a également souligné que l'instrument multilatéral pourrait être conçu de manière à renforcer la cohérence et l'uniformité de certaines normes communes. On a posé la question de l'éventuelle incompatibilité entre cet instrument multilatéral et d'autres instruments multilatéraux existants, notamment la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI) et la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958). Il a été dit qu'il faudrait examiner cette question en même temps que les éventuelles modifications à apporter aux dispositions de ces conventions.

108. Par ailleurs, il a été dit que l'instrument multilatéral contiendrait des éléments facultatifs que les États participants seraient libres d'adopter ou non. Toutefois, on s'est demandé si l'adoption d'un instrument souple comportant des éléments facultatifs, comme cela était envisagé, ne risquait pas de renforcer la fragmentation du système de RDIE et d'encourager le « tourisme judiciaire ». On a également appelé l'attention sur le fait que des complications pourraient survenir si l'instrument permettait d'associer entre elles certaines options de réforme.

109. S'agissant du champ d'application temporel de l'instrument, une préférence s'est dégagée en faveur de son application à la fois aux traités existants et aux traités futurs. À cet égard, il a été dit que l'objectif d'un tel instrument multilatéral était justement de rendre certaines des options de réforme en cours d'élaboration, voire toutes, applicables aux traités d'investissement existants. Des avis divergents ont été exprimés quant à savoir si les mécanismes de règlement des différends prévus par l'instrument multilatéral devraient comporter un mécanisme interétatique.

110. Des avis très divers ont été exprimés au sujet des déclarations qui seraient autorisées en vertu de l'instrument multilatéral. Dans ce contexte, il a été estimé que, en l'absence de déclaration de la part d'un État partie, celui-ci devrait être réputé avoir opté pour la méthode de règlement des différends convenue sur une base bilatérale (plutôt qu'être réputé avoir opté pour un cadre de règlement déterminé). On a toutefois estimé qu'il était trop tôt dans le processus de réforme pour examiner cette question.

111. Des points de vue divergents ont été exprimés quant à savoir si l'élaboration d'un instrument multilatéral qui serait proposé devrait être envisagée parallèlement à l'élaboration des autres options de réforme ou dans le cadre des travaux portant sur chaque option. Il a été dit que la première approche serait préférable pour des questions de temps et compte tenu de la nature d'un instrument multilatéral servant à la mise en œuvre de toutes les réformes. Par ailleurs, étant donné qu'il était nécessaire d'analyser de près la forme que prendrait un tel instrument, ainsi que ses implications juridiques, notamment sur le cadre existant de RDIE, et d'autres considérations, on s'est déclaré favorable à la poursuite des travaux sur un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, notamment par le biais de travaux intersessions menés par les délégations intéressées. Selon un autre avis, la dernière approche était préférable, car la mise en œuvre des options de réforme par le biais du mécanisme d'un instrument

multilatéral dépendrait de la nécessité ou du souhait de donner aux États la possibilité d'appliquer une option de réforme donnée à leurs traités d'investissement existants, et il serait contre-productif d'établir un cadre rigide séparément des différentes options de réforme et sans tenir compte des considérations pragmatiques mentionnées au paragraphe 103 ci-dessus. Les délégations partageant cet avis ont également estimé qu'il n'était pas nécessaire de poursuivre les travaux sur le mécanisme de l'instrument proposé (par opposition à sa conception et à son contenu définitifs) étant donné que le mécanisme était simple et qu'il avait été utilisé par la CNUDCI dans ses travaux sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

IV. Plan de travail et questions diverses

A. Plan de travail et de ressources

112. Il a été rappelé qu'en septembre 2020, la Commission n'était pas parvenue à un consensus au sujet des ressources nécessaires au Groupe de travail, et qu'elle devait poursuivre l'examen de cette question à sa session suivante, en 2021. Il a également été rappelé qu'elle avait encouragé le Groupe de travail à continuer à progresser dans l'accomplissement de son mandat.

113. Dans ce contexte, et afin d'élaborer un plan de travail et de ressources (le « plan »), il a été convenu ce qui suit :

- Le président et la rapporteuse travailleraient avec toutes les délégations intéressées à l'élaboration d'un avant-projet de plan, avec l'appui du Secrétariat ;
- Le plan indiquerait, dans la mesure du possible, les moyens précis par lesquels le Groupe de travail aborderait les différentes questions, notamment les outils et autres mécanismes à utiliser, ainsi que la chronologie des travaux et les ressources nécessaires pour assurer la participation de tous à l'ensemble des réunions du Groupe, y compris ses consultations ;
- Une fois établi, l'avant-projet de plan serait communiqué aux délégations participant aux travaux du Groupe, qui seraient invitées à présenter des commentaires par écrit ;
- Afin de faciliter la présentation des commentaires écrits, le président et la rapporteuse tiendraient plusieurs séances explicatives informelles au sujet de l'avant-projet de plan, en anglais, en français et, éventuellement, en espagnol ;
- Le président et la rapporteuse examineraient les commentaires et établiraient une version révisée du projet de plan ;
- Le plan serait élaboré pendant l'intersession, et une version convenue du plan serait présentée au Groupe de travail à sa session suivante, en avril 2021, afin qu'il l'approuve, puis à la Commission, en 2021, en tant que plan du Groupe de travail.

B. Activités intersessions

114. Le Groupe de travail a été informé que, en raison de la situation mondiale liée à la COVID-19, la réunion intersessions qui devait se tenir au second semestre de 2020 à Hong Kong (Chine) serait reportée, en principe au second semestre de 2021, et 'qu'à la place, une réunion virtuelle pré-intersessions sur l'utilisation de la médiation dans le RDIE se tiendrait le 9 novembre 2020. Il a été dit que cette réunion virtuelle aurait pour objet de faciliter l'échange d'informations sur la médiation et de contribuer aux délibérations du Groupe de travail concernant la voie à suivre pour renforcer le recours à la médiation en tant qu'option de réforme du RDIE. Les représentantes et représentants ont été invités à assister à la réunion.

115. Le Groupe de travail a également été informé que le Forum académique organiserait, avant la quarantième session du Groupe, trois webinaires en anglais et, si possible, en français, sur les thèmes suivants :

- Code de conduite (novembre 2020) ;
- Sélection de personnes appelées à trancher des différends (janvier/février 2021) ; et
- Dommages-intérêts (mars 2021).

C. État de la Convention de Maurice sur la transparence

116. Pendant ses délibérations, le Groupe de travail a été informé que l’Australie avait ratifié en septembre 2020 la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l’arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, et que le Gouvernement bolivien était en passe de le faire. Dans ce contexte, les États ont été instamment priés d’envisager de devenir parties à la Convention, qui était entrée en vigueur le 18 octobre 2017.

D. Traduction des sentences rendues dans le cadre du RDIE

117. Le Groupe de travail était saisi d’une proposition qui soulignait l’importance de la traduction des décisions et sentences rendues dans le cadre du RDIE, en particulier vers le français, et les avantages que présentait la diffusion de ce type d’informations dans l’optique du développement du droit de l’investissement. Cette proposition a reçu un certain appui, eu égard à la nécessité d’assurer le multilinguisme dans le processus de réforme du RDIE. Il a également été dit que les connaissances linguistiques devraient faire partie des compétences à prendre en compte lors de la sélection des arbitres, de façon à promouvoir la diversité linguistique. Néanmoins, on a souligné que la traduction des sentences rendues dans le cadre du RDIE posait des problèmes pratiques, comme la nécessité de dégager les ressources nécessaires au travail de traduction et de déterminer les langues dans lesquelles il faudrait traduire les sentences. Dans ce contexte, il a été estimé que cette proposition pourrait être examinée plus avant dans le cadre d’autres options de réforme, comme la création d’un centre consultatif ou d’un organe multilatéral permanent.