



Assemblée générale

Distr. générale
13 décembre 2021
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
**Groupe de travail III (Réforme du règlement
des différends entre investisseurs et États)**
Quarante et unième session
Vienne, 15-19 novembre 2021

Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa quarante et unième session (Vienne, 15-19 novembre 2021)

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Organisation de la session	3
III. Projet de code de conduite	4
A. Remarques générales	5
B. Examen du projet de dispositions	5
1. Article premier – Définitions	5
2. Article 2 – Application du Code	9
3. Article 3 – Indépendance et impartialité	12
4. Article 4 – Limitation du cumul des rôles	15
5. Article 5 – Obligation de diligence	18
6. Article 6 – Autres obligations	19
7. Article 7 – Communications <i>ex parte</i> de la part de personnes candidates ou appelées à trancher un différend	20
8. Article 8 – Confidentialité	22
C. Étapes suivantes	23



I. Introduction

1. À sa cinquantième session, en 2017, la Commission a confié au Groupe de travail III un large mandat concernant une éventuelle réforme du système de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Elle est également convenue que, conformément aux procédures de la CNUDCI, le Groupe de travail s'acquitterait de son mandat en veillant 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 soient fondées sur le consensus et pleinement transparentes. Le Groupe de travail devrait : premièrement, recenser et examiner les préoccupations exprimées au sujet du RDIE ; deuxièmement, déterminer si une réforme était souhaitable compte tenu de ces préoccupations ; et, 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 tenir compte, pour concevoir d'éventuelles solutions, des travaux en cours dans d'autres organisations internationales compétentes, en faisant en sorte que chaque État ait le choix de déterminer si et dans quelle mesure il souhaitait adopter la ou les solutions mises au point¹.

2. 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 souhaitable². À sa trente-huitième session, il est convenu d'un calendrier de projet pour s'atteler simultanément à l'examen et à l'élaboration de plusieurs solutions de réforme possibles, conformément à la troisième phase de son mandat.

3. De ses trente-huitième à quarantième sessions, le Groupe de travail a examiné des options de réforme concrètes concernant : i) la création d'un centre consultatif ; ii) un code de conduite pour les personnes appelées à trancher des différends (« adjudicators » en anglais) ; iii) la réglementation du financement par des tiers ; iv) la prévention et l'atténuation des différends et les modes alternatifs de règlement des différends ; v) l'interprétation des traités par les États parties ; vi) les garanties pour frais ; vii) les moyens de traiter les demandes abusives ; viii) les procédures multiples et les demandes reconventionnelles ; ix) les pertes par ricochet et les demandes présentées par des actionnaires ; x) le mécanisme d'appel et le mécanisme juridictionnel multilatéral ; et xi) la sélection et la nomination des membres des tribunaux de RDIE³.

4. À la reprise de sa quarantième session, en mai 2021, le Groupe de travail a examiné un plan de travail pour la mise en œuvre de la réforme du RDIE et l'allocation des ressources nécessaires⁴.

5. À sa cinquante-quatrième session, en 2021, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès réalisés dans l'élaboration d'éléments de réforme concrets. Elle a aussi décidé de recommander à l'Assemblée générale l'allocation de temps de conférence et de moyens d'appui supplémentaires au Secrétariat, ce qui permettrait au Groupe de travail III de tenir une session supplémentaire d'une semaine par an

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

² Il est rendu compte des délibérations et décisions des trente-quatrième, trente-cinquième, trente-sixième et trente-septième sessions du Groupe de travail dans les documents [A/CN.9/930/Rev.1](#), [A/CN.9/930/Rev.1/Add.1](#), [A/CN.9/935](#), [A/CN.9/964](#) et [A/CN.9/970](#), respectivement.

³ Il est rendu compte des délibérations et décisions des trente-huitième, trente-neuvième et quarantième sessions du Groupe de travail dans les documents [A/CN.9/1004*](#), [A/CN.9/1004/Add.1](#), [A/CN.9/1044](#) et [A/CN.9/1050](#), respectivement.

⁴ Le plan de travail examiné par le Groupe de travail a été annexé au document [A/CN.9/1054](#).

pendant la période 2022-2025. À cet égard, la Commission a prié le Groupe de travail de lui rendre compte chaque année au sujet de l'utilisation de ses ressources⁵.

II. Organisation de la session

6. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante et unième session à Vienne, du 15 au 19 novembre 2021. Celle-ci a été organisée conformément à la décision de la Commission de prolonger les dispositions relatives aux sessions des groupes de travail de la CNUDCI pendant la pandémie de COVID-19, telles qu'elles apparaissent dans les documents [A/CN.9/1078](#) et [A/CN.9/1038](#) (annexe I), jusqu'à sa cinquante-cinquième session⁶. Des dispositions ont été prises afin de permettre aux délégations de participer à la session à distance ou en présentiel au Centre international de Vienne. La session a été organisée conjointement avec le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

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

8. Des observateurs et observatrices des États suivants ont assisté à la session : Arménie, Bahreïn, Bolivie (État plurinational de), Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Burkina Faso, Chypre, Costa Rica, Égypte, El Salvador, Grèce, Jamaïque, Koweït, Lituanie, Madagascar, Maldives, Maroc, Panama, Paraguay, Portugal, Qatar, République de Moldova, Sierra Leone, Suède, Uruguay et Yémen.

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

10. Les organisations internationales suivantes étaient également représentées par des observateurs et des observatrices :

a) *Système des Nations Unies* : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et Groupe de la Banque mondiale ;

b) *Organisations intergouvernementales* : Centre Sud, Conseil de coopération des États arabes du Golfe (CCG), Conseil de l'unité économique arabe (CUEA), Cour permanente d'arbitrage (CPA), Organisation internationale de la Francophonie (OIF) et Union africaine (UA) ;

c) *Organisations non gouvernementales invitées* : Académie africaine de pratique du droit international (AAPDI), American Arbitration Association (AAA)/International Centre for Dispute Resolution (ICDR), American Bar Association (ABA), American Society of International Law (ASIL), Arbitral Women, Asian Academy of International Law (AAIL), Association ACP Legal, Association africaine de droit international (AADI), Association de droit international (ILA), Association du barreau de l'État de New York, Association du barreau de la ville de New York (ABCNY), Association internationale du barreau (IBA), Association japonaise des arbitres (JAA), Association juridique de l'Asie et du Pacifique, Association suisse de l'arbitrage (ASA), Barreau de Paris (BP), British Institute of

⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 17 (A/76/17)*, par. 263.

⁶ *Ibid.*, par. 248.

International and Comparative Law (BIICL), Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA), Centre d'arbitrage international dans les domaines de l'investissement et du commerce (CIICA), Centre de recherche en droit public (CRDP), Centre for International Law (CIL), Centre for International Legal Studies (CILS), Centre international d'arbitrage de Vienne (VIAC), Centre of Excellence for International Courts (iCourts), Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), 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), Conseil chinois pour la promotion du commerce international (CCPIT), Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), École nationale de la magistrature (ENM), Fédération européenne pour le droit des investissements et l'arbitrage (EFILA), Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA), Georgian International Arbitration Centre (GIAC), Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, Institut européen du droit (ELI), Institut international du développement durable (IIDD), Institut international pour l'environnement et le développement (IIED), Institute for Transnational Arbitration (ITA), Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA), Inter-Pacific Bar Association (IPBA), International and Comparative Law Research Center (ICLRC), International Law Institute (ILI), International Mediation Institute (IMI), Korean Commercial Arbitration Board (KCAB), Kozolchyk National Law Center (NATLAW), New York International Arbitration Center (NYIAC), PluriCourts, Singapore International Arbitration Centre (SIAC), Singapore International Mediation Centre (SIMC), Société européenne de droit international (SEDI), Third World Network, Union internationale des huissiers de justice et officiers judiciaires (UIHJ) et United States Council for International Business (USCIB).

11. Conformément à la décision prise par les États membres de la Commission (voir par. 6 ci-dessus), les personnes suivantes sont restées en fonctions :

Président : M. Shane Spelliscy (Canada)

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

12. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : a) ordre du jour provisoire annoté ([A/CN.9/WG.III/WP.207](#)) ; b) notes du Secrétariat établies conjointement avec le Secrétariat du CIRDI sur les modalités d'application du code de conduite pour les personnes appelées à trancher des différends relatifs à des investissements internationaux ([A/CN.9/WG.III/WP.208](#)) ; et sur le projet de code de conduite pour les personnes appelées à trancher des différends relatifs à des investissements internationaux ([A/CN.9/WG.III/WP.209](#)).

13. 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).

III. Projet de code de conduite

Réunions intersessions sur la réforme du RDIE

14. Avant d'entreprendre des délibérations de fond, le Groupe de travail a entendu un rapport oral des quatrième et cinquième réunions intersessions sur la réforme du RDIE. La quatrième réunion, qui portait sur le thème de la réforme des règles de procédure et des questions transversales, s'est tenue les 2 et 3 septembre 2021 et a été accueillie par le Ministère de la justice de la République de Corée. La cinquième réunion, qui portait sur le recours à la médiation dans le cadre du RDIE, s'est tenue les 28 et 29 octobre 2021 et a été organisée par le Ministère de la justice de la Région

administrative spéciale de Hong Kong et l'Asian Academy of International Law, avec le soutien du Gouvernement de la République populaire de Chine.

15. Il a été rapporté que les deux réunions avaient été bien suivies et avaient permis d'examiner de manière informelle les thèmes de la réforme des règles de procédure, des questions transversales et de la médiation sur la base de projets de notes établis par le Secrétariat. Elles avaient également permis de partager des données d'expérience et des avis sur ces sujets. Le Groupe de travail a remercié les Gouvernements de la République de Corée et de la République populaire de Chine ainsi que le Secrétariat d'avoir organisé ces réunions.

Aide aux déplacements

16. Le Groupe de travail a été informé que l'aide aux déplacements destinée à permettre aux représentants d'États en développement de participer aux sessions du Groupe de travail avait été réactivée grâce aux contributions versées au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI par l'Union européenne, le Gouvernement français, le Ministère fédéral allemand de la coopération économique et du développement (BMZ) et la Direction suisse du développement et de la coopération (DDC). Le Groupe de travail s'est félicité de ces contributions, qui renforçaient le caractère inclusif du processus de réforme.

A. Remarques générales

17. Le Groupe de travail a examiné le projet de code de conduite qui figurait dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.209](#) (« le Code »). Il a remercié les Secrétariats du CIRDI et de la CNUDCI d'avoir établi conjointement le Code, qui constituait une base utile pour les délibérations.

18. Le Groupe de travail a appris : i) que le Code avait été élaboré à la lumière d'un examen comparatif des normes figurant dans les codes de conduite des traités d'investissement, les règlements d'arbitrage applicables au RDIE et les codes de conduite des tribunaux internationaux ; et ii) qu'il se fondait sur les analyses antérieures des Secrétariats du CIRDI et de la CNUDCI présentées dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.167](#) (voir également le document [A/CN.9/WG.III/WP.151](#)).

19. Par ailleurs, le Groupe de travail a noté que le Code avait été établi sur la base des principes qu'il avait lui-même retenus, selon lesquels celui-ci devait : i) être contraignant et contenir des règles concrètes plutôt que des lignes directrices ([A/CN.9/1004*](#), par. 52 et 68) ; ii) uniformiser les exigences applicables aux personnes appelées à trancher des différends relatifs à des investissements internationaux ([A/CN.9/1004*](#), par. 51) ; et iii) donner un contenu plus concret aux notions et normes éthiques générales énoncées dans les instruments applicables.

20. Le Groupe de travail est convenu que le Code devrait être accompagné d'un commentaire établi conjointement par les deux Secrétariats, qui clarifierait le contenu de chaque disposition, y compris la relation entre les obligations des personnes appelées à trancher des différends et les informations dont la communication est exigée, examinerait les incidences pratiques et fournirait des exemples (« le Commentaire »).

B. Examen du projet de dispositions

21. En réponse à une proposition tendant à ce que le Code comprenne un préambule énonçant sa finalité, il a été dit que la décision de la Commission portant adoption du Code et la résolution de l'Assemblée générale recommandant son utilisation pourraient inclure un tel texte.

1. Article premier – Définitions

22. Le Groupe de travail a examiné l'article premier, qui définit certains termes utilisés dans le texte.

Paragraphe 1

23. En ce qui concerne l'article 1-1, la question a été soulevée de savoir s'il fallait établir deux codes distincts, l'un s'appliquant aux arbitres, l'autre aux membres d'un mécanisme multilatéral permanent (ci-après dénommés « juges »).

24. Selon plusieurs avis, il fallait maintenir un code unique qui s'appliquerait à la fois aux juges et aux arbitres, car cela répondait mieux à l'objectif tendant à établir des normes universelles s'appliquant aux personnes appelées à trancher des différends entre investisseurs et États en général, ce qui aiderait à appliquer et à interpréter le texte de manière harmonisée. Il a été dit qu'il existait beaucoup de points communs dans les responsabilités fondamentales des arbitres et des juges. En outre, il a été estimé que les obligations supplémentaires spécifiques aux juges pourraient être traitées dans le statut ou le règlement intérieur du mécanisme multilatéral permanent. Comme solution possible, il a été proposé d'indiquer, dans chaque article du Code, la manière dont les normes qu'il contenait s'appliqueraient distinctement aux arbitres et aux juges, ou d'insérer dans le Code une disposition finale qui soulignerait les spécificités de l'application du Code aux juges. Il a également été dit que ces solutions risquaient de rendre le Code plus compliqué.

25. Selon d'autres avis, il fallait élaborer deux codes distincts, tout en maintenant autant que possible la cohérence entre les deux versions, les obligations des juges devant tenir compte du contexte spécifique de leur emploi, de leur sélection et de leur nomination. En outre, il a été dit que le fait de traiter des responsabilités des arbitres et des juges dans un seul et même code pourrait poser des problèmes et des difficultés rédactionnelles, notamment lors de l'élaboration du Commentaire. Il a également été souligné que les obligations des juges seraient probablement déterminées par les États membres du mécanisme multilatéral permanent, et traitées dans le statut ou le règlement intérieur dudit mécanisme, et qu'il faudrait donc reporter l'examen d'un code s'appliquant aux juges à un stade ultérieur. En réponse, le Groupe de travail a réaffirmé sa décision de progresser dans la mise en place d'un mécanisme permanent parallèlement à d'autres réformes.

26. Il a été déclaré que l'essentiel était que les obligations fondamentales restent les mêmes pour les arbitres et les juges, qu'il y ait un seul ou deux codes distincts. Il a été dit qu'il ne faudrait pas trop compliquer le fond ni la présentation du Code et qu'il faudrait s'efforcer de ne différencier les obligations des arbitres et des juges que dans la mesure strictement nécessaire.

27. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que les principes fondamentaux reflétés dans le Code devraient s'appliquer à la fois aux arbitres et aux juges. On a également souligné qu'il fallait assurer l'uniformité et l'harmonisation et ne pas créer de divergences dans l'interprétation des normes. Compte tenu de ces discussions, le Groupe de travail est convenu de placer l'article 1-1 entre crochets. Il est en outre convenu de se pencher sur les dispositions applicables aux arbitres et aux juges en parallèle et d'identifier au cours de ses délibérations les normes qui s'appliqueraient différemment à ces deux groupes. Il a remis à plus tard l'examen des questions de l'application du Code, de son format et de son mode de présentation.

Paragraphe 2

28. S'agissant de l'article 1-2 et de la définition du terme « arbitre », il a été proposé de préciser dans le Commentaire que celle-ci visait à englober à la fois les arbitrages ad hoc ou institutionnels hors CIRDI et les arbitrages CIRDI.

Paragraphe 3

29. En ce qui concerne l'article 1-3, il a été dit que le personnel des institutions arbitrales ou des mécanismes multilatéraux permanents et les experts nommés par les tribunaux étaient exclus de la définition du terme « personne fournissant une assistance », et que cette précision devrait être apportée dans le Commentaire.

30. De plus, il a été dit que le Commentaire devrait préciser les tâches que les personnes fournissant une assistance pourraient ou ne pourraient pas effectuer, et donner des exemples d'éléments pouvant ou ne pouvant pas figurer dans leur mandat.

À cet égard, il a également été noté que l'article 5-2 précisait que les personnes appelées à trancher des différends ne devaient pas déléguer leurs fonctions décisionnelles aux personnes leur fournissant une assistance. Par ailleurs, il a été estimé que l'article 1-3 devrait expressément indiquer que les personnes fournissant une assistance s'acquitteraient uniquement de tâches organisationnelles et administratives.

31. Eu égard à l'application de l'article 1-3 dans le contexte d'un mécanisme multilatéral permanent, il a été proposé de supprimer les mots « comme convenu avec les parties au différend », qui n'étaient pas nécessaires. Il a été convenu que ce membre de phrase serait supprimé et que le Commentaire ferait référence à l'accord des parties au litige concernant les tâches à accomplir par les personnes fournissant une assistance dans le cadre de l'arbitrage.

Paragraphe 5

32. En ce qui concerne l'article 1-5 et le terme « différend relatif à des investissements internationaux », on s'est demandé si la définition devait couvrir : i) les différends nés de contrats d'investissement et de dispositions du droit encadrant l'investissement étranger ; et ii) les différends entre États.

33. S'agissant de la première question, il a été largement estimé que, par souci d'homogénéité et de cohérence, la définition devrait englober les différends nés de contrats d'investissement et de dispositions du droit encadrant l'investissement étranger. Il a été souligné que cela permettrait l'application uniforme des dispositions, quel que soit le fondement du litige. Il a été dit que le Commentaire devrait préciser que le Code s'appliquait aux différends relatifs à des investissements non fondés sur un traité, et ne couvrait pas les différends de nature purement commerciale.

34. Des propositions rédactionnelles ont été faites, notamment une tendant à faire référence, de manière générale, à « l'instrument du consentement » ou à « l'accord des parties au différend », ou à énumérer les sources du consentement (traité d'investissement, contrat, droit de l'investissement, accord des parties au différend). On a évoqué le terme « règlement des différends entre investisseurs et États », défini dans la première version du projet de code comme « tout mécanisme servant à résoudre les différends auxquels sont parties un investisseur étranger et un État ou une organisation d'intégration économique régionale, ou toute subdivision territoriale de l'État ou tout organisme de l'État ou de l'organisation d'intégration économique régionale, que ces différends surviennent dans le cadre d'un traité d'investissement, du droit interne ou d'une convention conclue entre les parties », définition qu'il a été proposé de reprendre.

35. En ce qui concerne la référence aux différends fondés sur des traités, il a été suggéré de préciser si l'intention était de renvoyer à la violation d'une obligation de fond découlant d'un traité ou à l'utilisation de la procédure de RDIE disponible conformément à un traité. Il a été proposé de supprimer le mot « promotion », au motif que les dispositions relatives à la promotion figurant dans un traité international étaient exclues du champ d'application des clauses de RDIE, et de se référer uniquement aux « dispositions d'un traité international relatives à la protection des investissements ».

36. En ce qui concerne la seconde question, il a été convenu que le Groupe de travail avait été chargé de s'occuper de la réforme du RDIE et que, par conséquent, le Code ne devait pas s'appliquer aux différends entre États. Il a toutefois été dit que la question méritait d'être examinée plus avant, car certaines délégations étaient d'avis que le recours à des mécanismes de règlement des différends entre États pour résoudre les différends relatifs aux investissements constituait le meilleur moyen de réformer le RDIE. Il a été fait référence au choix de certains États qui s'appuyaient entièrement sur ces mécanismes interétatiques pour régler les différends en matière d'investissement.

37. Après un débat, le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant la proposition suivante concernant le paragraphe 5 de l'article premier : « Le terme "différend relatif à des investissements internationaux" désigne un différend entre un

investisseur et un État [d'accueil] ou une organisation d'intégration économique régionale, né des dispositions d'un traité ou d'une législation prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs ou d'un contrat conclu entre un investisseur et un État ou une organisation d'intégration économique régionale, ou toute subdivision ou tout organe constitutif de cet État ou de cette organisation. »

38. Il a été expliqué que cette définition pourrait être complétée par un paragraphe qui, inséré dans l'article 2, traiterait du champ d'application et serait libellé comme suit : « Le présent Code s'applique aux différends relatifs à des investissements internationaux et à tout autre différend par accord des parties à ce dernier. » Il a été précisé que l'accord en question pourrait être conclu par les parties au différend dans leur traité ou au stade du différend. En outre, il a été dit que ce paragraphe pourrait être scindé pour indiquer que le Code s'appliquait aux différends relatifs à des investissements internationaux et qu'il pourrait également s'appliquer avec l'accord des parties concernées.

39. Si un certain nombre de propositions ont été faites pour améliorer la rédaction, il a également été proposé d'étendre le champ d'application de la définition des « différends relatifs à des investissements internationaux » au-delà des différends fondés sur des traités et de rendre possible l'application du Code dans le cadre de mécanismes de règlement des différends entre États, ces mécanismes étant utilisés par certains États pour résoudre les différends en matière d'investissement. D'autres délégations étaient d'avis que le Code devait uniquement s'appliquer aux différends entre investisseurs et États, afin de respecter le mandat confié au Groupe de travail, compte tenu également des différents intérêts en jeu dans les différents litiges. Par ailleurs, il a été dit qu'il suffirait, pour que le Code s'applique aux différends autres que les différends relatifs aux investissements, et notamment aux différends entre États, que les parties au litige y consentent. C'est pourquoi il a été proposé de ne pas traiter de l'application du Code aux autres types de différends.

40. Il a été souligné à nouveau qu'il fallait faire la distinction entre la définition des « différends relatifs à des investissements internationaux » et les modalités d'application du Code. La définition indiquerait les types de différends et les arbitres qui seraient soumis au Code, tandis que les modalités d'application détermineraient les cas dans lesquels le Code s'appliquerait et la manière dont le consentement serait exprimé.

41. Il a été proposé d'indiquer clairement que la référence faite aux contrats dans la définition des différends relatifs à des investissements internationaux renvoyait aux contrats d'investissement et non aux contrats purement commerciaux.

42. Après un débat, le Groupe de travail a décidé d'envisager d'apporter des améliorations rédactionnelles aux propositions faites aux paragraphes 37 et 38 ci-dessus en tenant compte des points qui figuraient aux paragraphes 39 à 41 ci-dessus.

43. Le Groupe de travail a pris note du projet d'article 1-5, qui visait à refléter ses délibérations et avait été examiné de manière informelle pendant la session. Il a été dit que cette disposition pourrait servir de base à la poursuite de sa réflexion : Article 1-5 : « Le terme "différend relatif à des investissements internationaux" désigne un différend entre un investisseur et un État ou une organisation d'intégration économique régionale né i) des dispositions d'un traité relatives à la protection des investissements ou des investisseurs ; ii) d'une législation régissant les investissements étrangers ; ou iii) d'un contrat d'investissement [entre un investisseur et un État ou une organisation d'intégration économique régionale, ou toute subdivision ou tout organe constitutif de cet État ou de cette organisation]. »

Paragraphe 6

44. Il a été proposé de remplacer les mots « nommée en tant que » par les mots « qui est », car le mode de sélection des membres du mécanisme multilatéral permanent n'avait pas été défini.

Paragraphe 7

45. En ce qui concerne l'article 1-7, qui définit le terme « Partie au traité », il a été noté que cette définition avait été insérée afin d'opérer une distinction entre les parties contestantes, d'une part, et l'État ou l'organisation d'intégration économique régionale qui, tout en étant partie au traité, n'est pas partie au différend, d'autre part. Après un débat, il a été estimé que cette définition n'était pas nécessaire tant que l'article 3-2 b) était clairement rédigé. Le Groupe de travail est convenu de supprimer l'article 1-7 et d'envisager tout ajustement rédactionnel qui pourrait être nécessaire pour préciser qu'une organisation d'intégration économique régionale pouvait être partie à un traité.

2. Article 2 – Application du Code

46. Le Groupe de travail a examiné l'article 2, qui est une disposition générale relative à l'application du Code.

Paragraphe 1 et 3

47. En ce qui concerne les paragraphes 1 et 3 de l'article 2, il a été convenu qu'on pourrait les supprimer, car les articles qui y étaient mentionnés précisaient déjà s'ils s'appliquaient aux personnes appelées à trancher un différend ou aux personnes candidates. Il a été dit que pour faciliter la consultation du Code, il faudrait que le Commentaire indique clairement à qui et à quel moment s'appliquaient les différents articles.

Paragraphe 2

48. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 2, il a été exprimé un certain soutien en faveur d'une application directe du Code aux personnes fournissant une assistance et de l'inclusion d'un article distinct traitant des fonctions de ces personnes. Toutefois, il a été généralement estimé qu'une personne fournissant une assistance ne devait pas avoir d'obligations directes découlant du Code et qu'il devrait incomber à la personne appelée à trancher le différend, qui lui confiait des tâches, de s'assurer que celle-ci connaissait et respectait les dispositions pertinentes du Code.

49. En ce qui concerne les dispositions du Code qui s'appliqueraient aux personnes fournissant une assistance, il a été dit qu'il faudrait donner des indications claires, car elles différeraient probablement en fonction du rôle joué par ces personnes dans chaque cas. Dans ce contexte, on a rappelé la nécessité de souligner l'obligation de confidentialité. Il a été avancé qu'il serait suffisant de mentionner les dispositions pertinentes dans le Commentaire plutôt que dans le Code lui-même.

50. Il a été expliqué que le rôle des personnes fournissant une assistance variait dans une certaine mesure, notamment en fonction de l'affaire en cours et des tâches requises par la personne appelée à trancher le différend. Il a été dit que les fonctions à remplir par ces personnes devraient être énumérées et expliquées dans le Commentaire, et qu'il faudrait souligner qu'elles travaillaient sous la direction et le contrôle de la personne appelée à trancher le différend (voir art. 1-3) et qu'elles ne devaient pas avoir de fonction décisionnelle (voir art. 5-2).

51. En ce qui concerne les mesures à prendre par la personne appelée à trancher un différend, on s'est dit favorable à ce que celle-ci soit tenue de prendre des mesures « nécessaires » plutôt que « raisonnables », ce qui soulignerait que ces mesures étaient requises et que la personne appelée à trancher le différend était responsable des actes de la personne lui fournissant une assistance. Toutefois, des doutes ont également été exprimés, car une telle formulation imposerait un niveau de responsabilité plus élevé à la personne appelée à trancher le différend, sans préciser la conséquence d'un non-respect de la norme (par exemple, une récusation de l'arbitre).

52. En ce qui concerne les mesures concrètes à prendre, il a été dit que la personne fournissant une assistance pourrait signer une déclaration indiquant qu'elle avait pris connaissance du Code et acceptait de se conformer à ses dispositions pertinentes. Il a également été dit que cela pourrait faire partie de son mandat.

53. En ce qui concerne les sanctions à imposer en cas de non-respect du Code par la personne fournissant une assistance, quelques exemples ont été mentionnés, notamment son retrait de l'affaire, la publication de son nom et la déduction d'une partie de sa rémunération. Il a été précisé que ce serait la personne appelée à trancher le différend qui aurait le pouvoir d'imposer ces sanctions et que celles-ci devraient être raisonnables. Quant à savoir quel article devrait traiter des sanctions imposables aux personnes fournissant une assistance, il a été suggéré de les aborder dans l'article 11. Il a également été proposé de développer davantage les conséquences d'un non-respect du Code dans le Commentaire.

54. Après un débat, il a été dit que le paragraphe 2 pourrait être révisé pour prévoir que les personnes appelées à trancher un différend devaient prendre des mesures appropriées et raisonnables pour s'assurer que les personnes leur fournissant une assistance connaissaient et respectaient les dispositions pertinentes du Code, y compris en demandant à celles-ci de signer une déclaration confirmant qu'elles en avaient pris connaissance et les respecteraient. Une personne appelée à trancher un différend devrait révoquer la personne qui lui fournissait une assistance si cette dernière ne respectait pas les dispositions pertinentes du Code. En outre, il a été largement estimé qu'il faudrait que le Commentaire : i) énumère quelques exemples de tâches à accomplir par les personnes fournissant une assistance ; ii) indique les dispositions du Code qui s'appliquent à elles en fonction de ces tâches ; et iii) énumère les sanctions que pourraient leur imposer les personnes appelées à trancher des différends.

Application du Code à d'autres participants

55. Sur la question de savoir si le Code devrait s'appliquer à d'autres participants au RDIE (par exemple, les médiateurs, les conciliateurs, les avocats, les experts nommés par les parties et les tribunaux), il a été généralement estimé qu'il serait plus efficace de resserrer le débat autour des personnes appelées à trancher des différends. Il a été proposé de mentionner dans le Commentaire que les parties au traité et les parties en litige pourraient convenir que le Code s'appliquerait aux médiateurs ou aux conciliateurs, *mutatis mutandis*. Selon une autre proposition, le Code serait complété par des codes distincts élaborés à l'intention des médiateurs, des conciliateurs et des experts, ainsi que du personnel des institutions administratrices.

Paragraphe 4

56. En ce qui concerne le paragraphe 4, des opinions divergentes ont été exprimées sur la question de savoir si et comment le Code s'appliquerait lorsqu'il existait un code de conduite spécifique à un traité. On s'est principalement demandé si ce dernier l'emporterait, le cas échéant, sur le Code ou vice versa. Il a été mentionné que les deux options du paragraphe 4 présentaient des avantages et des inconvénients, tout en offrant la possibilité d'en accepter ou d'en exclure l'application.

57. En faveur de la première option, qui prévoyait que le code de conduite fondé sur le traité l'emporterait sur le Code, sauf convention contraire, il a été dit qu'elle indiquait plus clairement le code (et ses dispositions) qui s'appliquerait et serait donc plus simple à mettre en œuvre. Il a également été indiqué que, grâce à sa souplesse, elle permettrait aux parties au traité et aux parties en litige de convenir que le Code s'appliquerait, plutôt que le code fondé sur le traité. Pour simplifier la formulation, il a été suggéré d'indiquer dans le paragraphe que le Code primait sur tout code existant. Il a été mentionné que si l'option 1 était choisie, le Commentaire devrait indiquer que les parties en litige pourraient toujours convenir d'appliquer le Code plutôt que le code fondé sur le traité, et que le consentement à cette application pourrait également être consigné entre les parties à un traité multilatéral. Il a également été dit que les États devraient pouvoir convenir d'appliquer unilatéralement le Code.

58. Il a été déclaré que les parties en litige devraient être en mesure de choisir au cas par cas à la fois le code et les dispositions à appliquer.

59. À l'appui de la seconde option, il a été souligné qu'elle pouvait combler toute lacune éventuelle en prévoyant l'application par défaut du Code, en particulier si le code spécifique au traité était silencieux quant à certains aspects que le Code

réglementait. Il a également été dit que cette option pourrait conduire à une harmonisation des normes et à une application universelle, d'autant plus que les traités existants n'abordaient pas tous les aspects et ne contenaient pas toujours de normes (ou de normes actualisées) sur les matières concernées. Dans ce contexte, la nécessité d'éviter la fragmentation et de disposer d'un code contraignant a été soulignée.

60. Il a été noté que si le code de conduite spécifique au traité contenait des normes plus strictes, il serait toujours possible de les appliquer.

61. Il a également été dit que la nature complémentaire ou supplémentaire du Code et du code spécifique au traité devrait être pleinement prise en compte dans la rédaction du paragraphe 4. Dans cette optique, il a été proposé que l'option 2 prévoie l'application cumulative ou simultanée des deux codes et traite de la situation dans laquelle il serait impossible pour la personne appelée à trancher un différend de se conformer aux deux codes, auquel cas les dispositions spécifiques au traité concernées devraient l'emporter sur les dispositions similaires du Code. Il a également été suggéré de conserver dans l'option 2 les mots « ou d'autres normes éthiques ».

62. Toutefois, des doutes ont été exprimés quant à la manière dont le paragraphe 4 s'appliquerait dans la pratique si l'option 2 était adoptée, notamment en ce qui concerne la personne qui déterminerait si les dispositions du Code et du code spécifique au traité étaient incompatibles ou modifiées. Dans cette optique, il a été indiqué que le Commentaire pourrait traiter des cas de divergence entre les normes ou d'incompatibilité entre les dispositions des deux codes.

63. Un certain nombre de propositions rédactionnelles ont été faites pour améliorer le libellé du paragraphe 4, à savoir :

- « En cas [d'incompatibilité][d'incohérence] entre une disposition du présent Code et une disposition du traité sur lequel se fonde le consentement, la disposition du traité l'emporte. » ;
- « Le présent Code s'applique sous réserve des dispositions d'un code de conduite pour les différends relatifs à des investissements internationaux applicable aux personnes appelées à trancher des différends, code contenu dans le traité sur lequel se fonde le consentement au règlement des différends. » ;
- « Le présent Code s'applique à moins qu'une disposition d'un code de conduite contenu dans le traité sur lequel se fonde le consentement au règlement des différends ne prévoie des dispositions différentes. Dans ce cas, le code énonçant une telle disposition ne s'applique qu'à cet égard. » ;
- « Le présent Code s'applique à moins que le traité sur lequel se fonde le consentement au règlement des différends ne contienne un code de conduite pour les différends relatifs à des investissements internationaux nés de ce traité ou que les parties en litige ou les parties au traité n'en conviennent autrement. » ;
- « Toute disposition du présent Code s'applique à moins qu'il ne soit impossible pour la personne concernée d'observer cette disposition tout en observant une disposition d'un code de conduite pour les différends relatifs à des investissements internationaux figurant dans le traité sur lequel se fonde le consentement au règlement des différends. Dans ces circonstances, c'est la seconde disposition qui l'emporte. » ;
- « Toute disposition du présent Code s'applique à moins qu'il ne soit impossible d'observer cette disposition tout en observant une disposition d'un code de conduite pour les différends relatifs à des investissements internationaux figurant dans le traité sur lequel se fonde le consentement au règlement des différends. Dans ces circonstances, c'est la seconde disposition qui l'emporte. » ;
- « Le présent Code s'applique en complément des différentes dispositions d'un code de conduite pour les différends relatifs à des investissements internationaux applicable aux personnes appelées à trancher des différends, code

contenu dans le traité sur lequel se fonde le consentement au règlement des différends. » ;

- « Lorsque le présent Code s'applique, ses règles s'ajoutent à toutes les règles applicables d'un code de conduite contenu dans le traité sur lequel se fonde le consentement au règlement des différends. En cas de conflit entre le présent Code et lesdites règles applicables, ces dernières l'emportent. » ;
- « Le présent Code s'applique à moins qu'un autre code de conduite ne soit prévu dans un traité ou dans un accord d'investissement ou ne soit choisi par les parties au cours de la procédure d'arbitrage. Les parties peuvent convenir d'appliquer le présent Code pour compléter leur code applicable. » ; et
- « Le présent Code s'applique, à moins qu'il ne soit autrement modifié par les dispositions d'un code de conduite ou d'autres obligations éthiques contenues dans l'instrument du consentement applicable. ».

64. Le Groupe de travail a pris note du projet d'article 2 suivant, qui avait été examiné de manière informelle pendant la session et visait à refléter ses délibérations. Il a dit qu'il pourrait s'appuyer sur ce texte pour poursuivre le débat : « 1. Le présent Code s'applique aux différends relatifs à des investissements internationaux et peut être appliqué à tout autre différend par accord des parties au litige. 2. Si l'instrument sur lequel repose le consentement au règlement des différends contient des dispositions relatives à l'éthique ou un code de conduite pour les différends relatifs à des investissements internationaux, le présent Code est interprété comme complétant ces dispositions. En cas d'incompatibilité entre une obligation du présent Code et une obligation figurant dans l'instrument sur lequel le consentement au règlement des différends se fonde, cette dernière prévaut dans la mesure de l'incompatibilité. 3. Une personne appelée à trancher un différend prend toutes les mesures raisonnables pour s'assurer que la personne qui lui fournit une assistance connaît et respecte [les dispositions pertinentes du][le] Code, y compris en exigeant que cette personne signe la déclaration qui figure à l'annexe X. »

65. Il a également été estimé qu'il faudrait placer à l'article 11 un paragraphe supplémentaire envisageant la violation du Code par une personne fournissant une assistance, et que le Groupe de travail pourrait s'appuyer sur la disposition suivante pour poursuivre le débat : « 3. Une personne appelée à trancher un différend doit révoquer la personne qui lui fournit une assistance si cette dernière ne respecte pas [les dispositions pertinentes du][le] présent Code. »

3. Article 3 – Indépendance et impartialité

66. En ce qui concerne l'article 3, il a été réaffirmé que l'indépendance et l'impartialité étaient des éléments clés de tout système de justice et qu'elles garantissaient une procédure équitable et le respect des exigences d'une procédure régulière.

67. Quant à la signification de ces termes, il a été proposé d'ajouter une explication plus détaillée à l'article 3-1 (ou dans les définitions de l'article premier) et également dans le Commentaire. Il a été expliqué que si l'indépendance se rapportait généralement à l'absence de relations commerciales, financières ou personnelles entre une personne appelée à trancher des différends et une partie au différend, l'impartialité signifiait généralement l'absence de partialité ou de prédisposition de la personne appelée à trancher des différends envers une partie, ses positions ou les questions en jeu dans la procédure. Il a également été dit que ces concepts avaient été développés dans la jurisprudence avec suffisamment de clarté et qu'il serait difficile de chercher à définir l'indépendance et l'impartialité de manière abstraite plutôt qu'au cas par cas. Par conséquent, il a été convenu qu'aucune définition de ces termes ne devait figurer dans le Code, et que le Commentaire devrait illustrer leur signification.

Apparence d'indépendance et d'impartialité

68. Le Groupe de travail a noté que l'article 3-1 prévoyait que les personnes appelées à trancher des différends devaient être indépendantes et impartiales, et ne mentionnait pas la nécessité d'éviter « tout conflit d'intérêts direct ou indirect, toute

irrégularité, et toute partialité réelle ou apparente », qui figurait dans la première version du Code (voir [A/CN.9/WG.III/WP.201](#)). Il a été proposé de réintroduire le libellé initial.

69. La proposition de faire référence à « tout conflit d'intérêts direct ou indirect » n'a pas été appuyée, car on a jugé que ce membre de phrase manquait de clarté, ce qui expliquait sa suppression des versions précédentes. On s'est dit favorable à ce que l'on étudie l'opportunité d'inclure une référence aux « conflits d'intérêts directs ou indirects » dans le Commentaire.

70. Les délibérations ont ensuite porté sur la question de savoir s'il fallait mentionner l'« apparence » de manque d'indépendance et d'impartialité au paragraphe 1, compte tenu des considérations antérieures du Groupe de travail qui soulignaient la nécessité d'aborder cette question (voir [A/CN.9/964](#), par. 68). Il a été redit que, pour être considéré comme efficace et légitime, le cadre du RDIE devait garantir non seulement l'impartialité et l'indépendance réelles des personnes appelées à trancher des différends, mais aussi l'apparence de ces qualités. Il a donc été dit que tout changement apporté devrait viser à remédier au manque d'indépendance et d'impartialité tant réel que perçu.

71. S'il a été mentionné que l'« apparence » pouvait introduire un élément subjectif, car elle reflétait un point de vue personnel, il a également été avancé qu'il s'agissait d'une norme bien connue, également exigée des juges, et qu'une interprétation objective de cette notion avait été développée dans la jurisprudence.

72. En outre, il a été souligné que l'article 10-1 exigeait d'une personne appelée à trancher des différends qu'elle révèle toute question qui pourrait, « aux yeux des parties au différend, faire naître des doutes quant à [son] indépendance ou [son] impartialité ». Les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (« Lignes directrices de l'IBA ») prévoyaient également une telle obligation de révélation. Les Lignes directrices de l'IBA et tous les grands règlements institutionnels exigeaient que le facteur disqualifiant soit jugé du point de vue d'un « tiers raisonnable ». Toute disposition mentionnant l'« apparence », a-t-on ajouté, devrait déterminer aux yeux de qui celle-ci existait.

73. Il a toutefois été souligné qu'un tel critère pourrait donner lieu à des abus de la part d'une partie au différend et ouvrir la voie à des demandes et à des contestations infondées. Il a également été dit que cela pourrait, en conséquence, avoir une incidence sur la durée et le coût de la procédure.

74. Il a été mis en garde contre le fait que l'inclusion de l'élément d'apparence dans l'article 3 pourrait créer des incohérences par rapport à la Convention et au Règlement d'arbitrage du CIRDI ou aux lois nationales. Il a été dit qu'une distinction devait être faite entre la norme éthique d'indépendance et d'impartialité et la norme de récusation, l'élément d'apparence ne concernant que cette dernière. Il a été déclaré que l'article 3 ne visait pas à fournir une norme de récusation, laquelle était habituellement prévue dans les règlements institutionnels.

75. Dans ce contexte, il a été dit qu'il fallait que le Groupe de travail veille à ne pas créer de normes s'écartant des pratiques existantes afin d'éviter toute ambiguïté dans l'application de la norme et une fragmentation supplémentaire. En réponse, il a été dit qu'il pourrait être nécessaire de chercher des solutions innovantes pour répondre aux préoccupations identifiées.

76. Il a été réaffirmé que l'apparence d'indépendance et d'impartialité était une obligation fondamentale, qu'il faudrait refléter à l'article 3-1, selon les termes suivants : « Les personnes appelées à trancher des différends sont et apparaissent indépendantes et impartiales. » Il a été rappelé que l'apparence d'indépendance et d'impartialité était l'une des préoccupations identifiées par le Groupe de travail, qu'il convenait de traiter, et qu'elle constituait un élément important de la légitimité du régime de RDIE. Il a également été renvoyé à l'article 12 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui mentionnait des « doutes légitimes sur [l']impartialité ou [l']indépendance [de l'arbitre] ».

77. Après un débat, on s'est dit favorable au maintien de l'article 3-1 tel qu'il était rédigé, car il prévoyait une règle simple et claire, et à la mention de l'apparence d'un manque d'indépendance et d'impartialité, en tant qu'exemple, à l'article 3-2, selon les termes suivants : « g) Prendre de mesure qui crée l'apparence d'un manque d'indépendance ou d'impartialité ». Il a également été proposé de préciser dans le Commentaire que la norme d'apparence devait être interprétée comme une norme objective, fondée sur le caractère raisonnable, en s'appuyant dans la mesure du possible sur les Lignes directrices de l'IBA.

Non-exhaustivité de la liste de l'article 3-2

78. La proposition faite de préciser que la liste de l'article 3-2 n'était pas exhaustive a été appuyée. Il a été proposé de remplacer le terme « englobe » dans le chapeau de l'article 3-2 par « comprend », accompagné de mots supplémentaires tels que « en particulier », « mais pas seulement » ou « par exemple ».

Alinéa a)

79. En ce qui concerne l'alinéa a), des préoccupations ont été soulevées quant à sa nature subjective et à l'imprécision des termes utilisés. Il a été dit que les éléments qu'il contenait étaient trop vagues et pouvaient être source de confusion. Il a également été souligné que la « crainte de la critique » n'était pas nécessairement un attribut négatif pour les personnes appelées à trancher des différends, car elle pouvait inciter celles-ci à agir de manière diligente et à prendre des décisions fermes. Il a été avancé que des éléments de l'alinéa a) étaient déjà couverts par d'autres alinéas. En conséquence, il a été convenu de supprimer l'alinéa a) et de développer les éléments qu'il contenait dans d'autres alinéas et dans le Commentaire.

Alinéa b)

80. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le membre de phrase « par la loyauté envers une Partie au Traité, ou », car il était déjà couvert par les phrases suivantes (voir aussi par. 45 ci-dessus).

81. On a dit appuyer l'ajout, à l'alinéa b), d'une référence à « l'avocat d'une partie contestante ou non contestante ».

Alinéa c)

82. Il a été proposé de préciser, dans le Commentaire, que le fait, pour les personnes appelées à trancher des différends, de se conformer aux interprétations contraignantes d'un comité mixte ne serait pas considéré comme « recevoir des instructions d'une organisation ou d'un gouvernement », et ne relèverait donc pas de l'alinéa c).

Alinéa e)

83. Il a été dit que les éléments du paragraphe 2 concernaient principalement l'indépendance. Dans ce contexte, il a été proposé de renforcer l'accent mis sur l'impartialité en ajoutant, à l'alinéa e), une formulation qui pourrait s'inspirer des Lignes directrices de l'IBA.

Proposition de nouvel article 3-3 sur l'obligation de refuser une nomination

84. Il a été proposé d'inclure, dans l'article 3, un nouveau paragraphe qui pourrait s'inspirer des Lignes directrices de l'IBA pour prévoir que les personnes appelées à trancher des différends devraient refuser d'être nommées ou, si la procédure avait déjà été engagée, refuser de continuer à siéger en tant que personne appelée à trancher des différends si elles avaient des doutes quant à leur capacité à être impartiales ou indépendantes. Il a également été proposé d'expliquer, comme dans les Lignes directrices de l'IBA, que le même principe s'appliquerait si existaient, ou survenaient après la nomination, des faits ou des circonstances qui, du point de vue d'un tiers raisonnable ayant connaissance des faits et des circonstances pertinents, donneraient lieu à des doutes légitimes quant à l'impartialité ou à l'indépendance de ladite personne.

85. Après un débat, il a été proposé de ne pas inclure cette disposition dans l'article 3, mais plutôt d'examiner la question dans le contexte de l'article 11, relatif au respect du Code.

4. Article 4 – Limitation du cumul des rôles

86. Le Groupe de travail s'est penché sur l'article 4, qui visait à traiter le problème du cumul des rôles par les personnes appelées à trancher des différends (problème aussi dit de la « double casquette »).

87. D'une manière générale, il a été dit que le mandat des juges ne les autoriserait vraisemblablement pas à cumuler les rôles et que la norme qui leur serait applicable n'était donc pas reflétée dans les options prévues à l'article 4 (voir par. 106 ci-dessous). Les débats ont donc porté essentiellement sur la limitation du cumul des rôles chez les arbitres.

88. Un large éventail d'opinions a été exprimé sur les trois options prévues à l'article 4. Constatant les divergences de vues déjà exposées à cet égard lors des sessions précédentes, le Groupe de travail s'est efforcé de trouver un terrain d'entente.

Option 1

89. Des avis ont été exprimés en faveur de l'option 1, qui prévoyait une interdiction générale et totale du cumul des fonctions. En sa faveur, il a été déclaré que cette option fournissait une règle claire et stricte qui pourrait être facilement appliquée et renforcerait la légitimité du RDIE. Il a également été mentionné que d'autres organes juridictionnels internationaux avaient mis en place l'interdiction de la double casquette et que, d'après les données empiriques analysées, les personnes appelées à trancher des différends n'agissaient pas toutes en tant que représentants légaux dans le cadre d'une procédure de règlement d'un différend relatif à des investissements internationaux avant leur nomination. Il ressortait de ces données que l'option 1 n'entraînerait pas nécessairement une éventuelle pénurie d'arbitres qualifiés et qu'elle ne nuirait pas nécessairement à la diversité. Toutefois, il a aussi été dit que ces données ne prouvaient pas non plus que l'éventuelle pénurie d'arbitres pourrait être évitée avec l'option 1.

90. Il a été dit que l'option 1 ne prévoyait pas une interdiction absolue, puisqu'elle était limitée aux différends relatifs à des investissements internationaux et que les parties en litige seraient en mesure de lever la restriction. Il a été proposé d'étendre le champ d'application de l'interdiction à des procédures n'ayant pas nécessairement trait au règlement de différends relatifs à des investissements internationaux, pour autant que celles-ci concernent les mêmes parties ou la même mesure. Il a été dit que cela garantirait une application uniforme de la norme d'interdiction à tous les litiges de ce type. Toutefois, on s'est aussi déclaré favorable à ce que l'interdiction soit limitée aux circonstances prévues entre crochets dans l'option 1 (« dans une autre procédure de règlement d'un différend relatif à des investissements internationaux ou dans une procédure relative à l'application ou à l'interprétation [d'un][du même] traité d'investissement »). Dans ce contexte, on a répété qu'il fallait élargir la définition des différends relatifs à des investissements internationaux (figurant à l'article premier) pour inclure les différends nés de contrats d'investissement et de dispositions du droit encadrant l'investissement étranger, car cela garantirait que l'option 1 atteigne le résultat escompté, à savoir l'interdiction totale du cumul des fonctions pour tous les types de différends concernés.

91. Il a été proposé d'appliquer l'approche adoptée dans l'option 1 à certains types d'arbitres, à savoir les arbitres-présidents et les arbitres uniques, et d'adopter une approche plus indulgente, comme celle visée dans l'option 2, pour d'autres groupes, à savoir principalement les arbitres nommés par les parties. En effet, l'arbitre-président et les arbitres uniques exerçaient une influence particulièrement importante sur l'issue de l'affaire et jouaient également un rôle de premier plan pour ce qui est d'assurer l'impartialité de la procédure. Il a été dit qu'une telle démarche pourrait répondre à certaines des préoccupations exprimées à l'égard de l'option 1 (voir par. 92 ci-dessous), notamment parce que les parties seraient moins limitées dans la désignation de leur arbitre respectif. Comme autre possibilité, il a été suggéré

d'appliquer l'approche visée dans l'option 2 à tous les types d'arbitres, mais en prévoyant moins de limitations pour les arbitres nommés par les parties. On a souligné que ces derniers devraient néanmoins faire l'objet d'une interdiction en cas de conflit d'intérêts manifeste. Cependant, il a été dit qu'une telle approche irait à l'encontre du principe selon lequel tous les arbitres devaient être impartiaux et indépendants.

92. Des avis ont également été exprimés à l'encontre d'une interdiction totale, telle que prévue dans l'option 1, car celle-ci risquait : i) de limiter l'autonomie des parties dans le choix d'un arbitre, dont il a été dit qu'elle constituait l'un des principaux avantages du système de RDIE actuel ; ii) de limiter le vivier des arbitres et de nuire à leur diversité ; et iii) de constituer une barrière à l'entrée dans le secteur de nouveaux arbitres. Il a été dit que, dans la pratique, les personnes susceptibles de faire carrière uniquement en tant qu'arbitre seraient très peu nombreuses, ce qui compromettrait leur disponibilité et entraînerait une augmentation des honoraires arbitraux. Il a également été dit que, sans cette pratique, il y aurait peu d'occasions d'acquérir de l'expérience dans le domaine des différends relatifs à des investissements internationaux afin d'assumer des fonctions tant de conseil que d'arbitre. Il a été ajouté qu'il n'existait pas de données empiriques prouvant que le cumul des rôles était effectivement préjudiciable, ni qu'il ne l'était pas.

Option 2

93. À la lumière des préoccupations exprimées au sujet d'une interdiction totale (voir par. 92 ci-dessus), on a appuyé une interdiction partielle, telle que prévue dans l'option 2. Il a été dit que cette option permettrait la mise en place d'une réglementation plus équilibrée et comportant moins de conséquences négatives, notamment s'agissant du choix d'un arbitre par les parties.

94. Les avis ont divergé quant à savoir quels exemples de cumul il convenait d'inclure dans l'option 2 pour illustrer les situations dans lesquelles un conflit pouvait survenir. De l'avis général, cette option devait concerner les circonstances les plus problématiques, à savoir celles qui donnaient lieu à de graves conflits d'intérêts ou qui entraînaient un manque d'indépendance et d'impartialité.

95. Bien qu'un avis ait été exprimé selon lequel il faudrait inclure les quatre éléments de l'option 2, il a été généralement considéré que deux éléments ou plus suffiraient à régler efficacement la question du cumul des rôles. Dans l'ensemble, il a été largement estimé que les critères à prendre en compte devraient être rédigés en langage clair et précisés soit à l'article 4, soit dans le Commentaire, afin que les arbitres et les parties en litige soient conscients des différentes situations qui y étaient envisagées.

96. Des doutes ont été exprimés quant à l'inclusion de l'alinéa b) (« les mêmes questions juridiques »), qui a été jugé trop large, notamment dans la mesure où un certain nombre de traités d'investissement contenaient des normes de fond identiques ou similaires. Il a été dit que son inclusion pourrait aboutir à une interdiction totale du cumul des fonctions. En outre, il a été indiqué que les parties en litige ou les candidats pourraient ne pas être en mesure d'identifier les points juridiques du litige pendant les toutes premières étapes de la procédure. Il a également été dit que l'alinéa d) (« le même traité ») était trop large, et que l'intervention dans le cadre du règlement d'un différend relatif à des investissements internationaux portant sur la même question juridique [évoquée à l'alinéa b)] ou impliquant le même traité [évoquée à l'alinéa d)] ne soulevait pas nécessairement le même niveau de conflit d'intérêts (ou de préoccupations concernant l'indépendance et l'impartialité) que les autres circonstances. Néanmoins, un soutien a été exprimé en faveur du maintien de l'alinéa b), avec les mots « sur le fond », et de l'alinéa d). Selon une autre proposition, on pourrait inclure une phrase fourre-tout dans l'option 2, qui permettrait d'exprimer les circonstances dans lesquelles le cumul de rôles contreviendrait aux obligations du Code, par exemple, celles présentées à l'article 3.

97. En ce qui concerne l'alinéa c), il a été estimé qu'il fallait éviter de faire référence aux « entreprises publiques » aux articles 4 et 10, étant donné qu'il s'agissait souvent d'entités juridiques distinctes qui menaient leurs activités commerciales sans aucune

intervention de l'État, et que le fait d'appartenir à l'État ne suffisait pas en soi à déterminer le rattachement d'une entreprise publique à l'État.

98. Il a été généralement estimé que les circonstances de l'option 2 devraient être appliquées exclusivement (avec la conjonction « ou »), bien qu'il ait aussi été dit qu'elles devraient être appliquées de manière cumulative (avec la conjonction « et »).

99. Il a été estimé que la bonne mise en œuvre de l'option 2 dépendrait de la disponibilité des données ; ainsi, on a souligné l'impératif d'assurer la communication complète de l'information comme le prévoyait l'option 3. Il a été généralement estimé que les deux options seraient complémentaires et qu'on pourrait trouver le fondement d'un compromis en les combinant.

Option 3

100. Vu les préoccupations exprimées au sujet d'une interdiction totale (voir par. 92 ci-dessus), des avis ont également été exprimés en faveur de l'option 3. Il a été considéré qu'en exigeant une obligation de révélation étendue ou complète, cette option permettrait aux parties en litige d'obtenir des renseignements pertinents et de tenir les arbitres responsables de tout conflit d'intérêts éventuel par le biais de la contestation et de la récusation. Il a été dit en sa faveur qu'elle préserverait l'autonomie des parties dans le choix d'un arbitre, ne créerait pas d'obstacles à l'arrivée de nouveaux arbitres et favoriserait la diversité au sein du vivier d'arbitres. Il a également été dit qu'elle permettait de répondre avec souplesse aux préoccupations soulevées par la question du cumul des rôles et de prendre en compte les circonstances de chaque nomination. Il a aussi été indiqué que les options 1 et 2 n'étaient pas les seuls moyens d'éviter les nominations répétées et de promouvoir la diversité des arbitres, et il a été fait référence à diverses mesures existant dans le cadre des nominations institutionnelles.

101. Il a été estimé que, au cas où elle serait retenue, l'option 3 devrait être attentivement examinée en ayant à l'esprit les obligations d'information prévues à l'article 10, qui s'appliquaient également aux personnes candidates. Il a été proposé que l'option 3 s'applique également à ces dernières.

102. D'un point de vue rédactionnel, il a été proposé de supprimer le membre de phrase « ou qu'elles s'acquittent de tout autre rôle » et de conserver les mots « sur le fond ».

103. Toutefois, il a également été estimé que l'option 3 ne répondrait pas à l'objectif de réforme du régime actuel de RDIE et pourrait être en contradiction avec les dispositions figurant dans des traités récemment conclus. Il a été jugé qu'il faudrait la combiner avec les options 1 ou 2 pour répondre aux préoccupations soulevées par la question du cumul des rôles. Des avis ont été exprimés selon lesquels l'article 4 devrait contenir tous les éléments des options 1 à 3, et on a également appuyé la fusion des options 1 ou 2 avec l'option 3. Enfin, il a aussi été dit que l'option 3 contribuait à préserver les principaux avantages du système de RDIE actuel.

Portée temporelle

104. Il a été noté que toutes les options portaient uniquement sur le cumul des rôles pendant la procédure, sans que ne soient jamais évoquées les périodes précédant ou suivant l'exercice de la fonction d'arbitre. Des doutes ont été soulevés quant à l'adoption d'une telle approche et des avis ont été exprimés selon lesquels l'article 4 devrait introduire un délai pendant lequel il serait interdit aux personnes concernées d'assumer des rôles multiples (désigné en tant que « délai de latence » ou « période de transition »). Ainsi, selon une proposition, un arbitre ne devrait pas avoir agi en tant que conseil, représentant légal ou témoin expert de l'une des parties en litige, dans le cadre d'un autre différend relatif à des investissements internationaux, au cours des une à trois années précédentes.

105. Toujours en ce qui concerne la portée, on s'est demandé si l'article 4 devrait traiter des conflits d'intérêts découlant non seulement de la nomination de l'arbitre à titre individuel, mais aussi du cabinet d'avocats auquel appartenait celui-ci.

Règle pour les juges

106. En ce qui concerne les juges, il a été dit que l'article 4 pourrait être libellé comme suit : « 1. Les juges n'agissent pas en qualité d'avocat ou de témoin expert dans le cadre d'un autre différend relatif à des investissements internationaux, et ils n'exercent aucune fonction politique ou administrative. Ils ne se livrent à aucune autre activité de caractère professionnel incompatible avec leur devoir d'indépendance et d'impartialité ou avec la disponibilité requise par une activité exercée à plein temps. Ils déclarent toute autre occupation à caractère provisoire au [Président] du mécanisme permanent et toute question relative à l'application du présent paragraphe est réglée par une décision du mécanisme permanent. 2. Les anciens juges n'interviennent pas, de quelque manière que ce soit, dans une procédure se déroulant devant le mécanisme permanent concernant un différend relatif à des investissements internationaux qui était en cours, ou à laquelle ils ont participé, avant la fin de leur mandat. Pour ce qui est des procédures concernant des différends relatifs à des investissements internationaux engagées ultérieurement, les anciens juges ne représentent aucune partie ou aucun tiers à quelque titre que ce soit dans une procédure se déroulant devant le mécanisme permanent pendant une période de [trois] ans après la fin de leur mandat. »

Élaboration d'une version révisée de l'article 4

107. Après un débat, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'établir une version révisée de l'article 4, fondée en grande partie sur l'option 2 mais tenant également compte des avis exprimés en faveur des options 1 et 3. Lors de l'établissement de l'article révisé, il a été proposé : i) de présenter les critères qui y figureraient de manière disjonctive, à moins que deux critères ou plus ne doivent être remplis ; ii) d'aborder la portée temporelle de l'interdiction, y compris la question de savoir s'il devrait y avoir une période de latence ou de transition ; iii) d'élaborer éventuellement des règles différentes pour régir les arbitres qui jouent des rôles différents (simple arbitre ou président) ; iv) de prendre en considération et de clarifier le rôle potentiel des parties au litige, par exemple, pour ce qui est de renoncer à toute interdiction ; v) d'envisager de garantir une divulgation rigoureuse, également en rapport avec les obligations d'information prévues à l'article 10 ; et vi) d'élaborer une disposition spécifique pour les juges. Il a également été demandé au Secrétariat d'examiner la relation entre l'article 4 et les autres obligations prévues par le Code.

5. Article 5 – Obligation de diligence

108. Le Groupe de travail a examiné l'article 5, qui traitait du devoir de diligence des personnes appelées à trancher des différends. Il a été mentionné que cet article compléterait les exigences figurant dans les règlements d'arbitrage et les conditions de nomination prévoyant des obligations d'agir avec diligence et rapidité.

109. Il a été noté que l'article 5 ne traitait pas des obligations des personnes candidates, qui étaient couvertes par l'article 6-2. À cet égard, il a été proposé de regrouper toutes les obligations de manière plus cohérente dans le Code, et d'examiner cette question à un stade ultérieur des délibérations.

*Paragraphe 1**– Obligations concurrentes*

110. Il a été suggéré d'inclure à l'article 5-1 l'obligation de refuser les obligations concurrentes ou concomitantes, et d'ajouter le membre de phrase suivant à la fin de la première phrase : « et refusent les obligations concomitantes susceptibles de les empêcher de consacrer le temps nécessaire à statuer sur le différend relatif à des investissements internationaux ou de les entraver dans cette tâche ». On a par ailleurs proposé de changer la formulation de ce membre de phrase en remplaçant les verbes « empêcher » et « entraver » par « gêner », et d'évoquer la capacité à exécuter les tâches avec diligence. Il a été dit qu'il pourrait être difficile de déterminer objectivement les obligations « concurrentes » et que le libellé supplémentaire proposé pourrait ne pas être nécessaire compte tenu des obligations prévues dans la seconde phrase de l'article 5-1.

– *Raisonnement disponible*

111. Il a été dit que la notion de disponibilité raisonnable qui figurait dans la seconde phrase de l'article 5-1 était trop abstraite. Différentes modifications ont été proposées. Il a, par exemple, été envisagé de parler plutôt de « capacité à consacrer suffisamment de temps ». Il a été proposé de fournir des règles plus concrètes. Selon un autre point de vue, le terme « raisonnablement » était adéquat et introduisait le niveau de souplesse nécessaire.

112. Il a été dit que la seconde phrase de l'article 5-1 était applicable aux arbitres, mais qu'une norme différente devrait être prévue pour les juges, du type : « Les juges sont entièrement disponibles pour remplir les devoirs inhérents à leur charge, conformément aux conditions de leur nomination. » On s'est toutefois demandé s'il était approprié de faire référence aux conditions de nomination. En réponse à cette interrogation, il a été dit qu'une telle disposition offrirait une certaine souplesse puisque les modalités de nomination des juges au sein d'un mécanisme permanent n'étaient pas encore connues, notamment quant à savoir s'ils seraient employés à temps plein ou à temps partiel, et si certaines fonctions, comme l'enseignement, pourraient être autorisées.

113. En ce qui concerne la référence à « l'institution qui administre la procédure », il a été proposé d'ajouter « le cas échéant » après ce membre de phrase, afin de couvrir également l'arbitrage ad hoc.

– *Consacrer à la procédure le temps et les efforts nécessaires et rendre toutes les décisions en temps voulu*

114. On a proposé de remplacer les mots « le temps et les efforts nécessaires » par « les ressources et le temps adéquats ». Il a également été suggéré de fournir dans le Commentaire un calendrier illustratif, afin d'indiquer concrètement la signification de la formule « en temps voulu ».

– *Limitation du nombre d'affaires*

115. Notant qu'une version précédente du Code comprenait une disposition précisant que les personnes appelées à trancher des différends devraient « s'abstenir d'exercer leurs fonctions simultanément dans plus de [X] procédures de RDIE en cours, afin de pouvoir rendre des décisions en temps voulu », il a été suggéré de fournir dans le Commentaire des indications sur le nombre d'affaires que les arbitres pourraient raisonnablement traiter. Il a été convenu de ne pas inclure cette indication relative au nombre de procédures dans le texte de la disposition.

Paragraphe 2

116. Il a été suggéré de formuler le paragraphe 2 comme une obligation positive, comme suit : « La fonction de prise de décision relève de la responsabilité exclusive des personnes appelées à trancher des différends et ne doit pas être déléguée. »

117. La proposition tendant à supprimer les mots « ni à une personne leur fournissant une assistance ni à une quelconque autre personne », pour tenir compte de tous les cas de délégation, a été soutenue.

118. Il a été noté qu'il faudrait préciser la notion de « prise de décision » dans le Commentaire.

6. Article 6 – Autres obligations

119. Le Groupe de travail a examiné l'article 6, qui traitait des autres obligations des personnes appelées à trancher des différends.

Paragraphe 1

120. Il a été dit que les mots « faire preuve », à l'alinéa a), ne traduisaient pas correctement le sens voulu de cette disposition et qu'il faudrait les remplacer par une autre formulation telle que « conduire la procédure avec » ou « démontrer ».

121. En ce qui concerne l'alinéa b), il a été dit que le terme « civilité » était trop vague et que sa signification différerait selon les pays et les cultures. Il a également été dit qu'une telle obligation risquait d'encourager la présentation de contestations dénuées de fondement. Cependant, il a été dit que la « civilité » était une norme acceptée présente dans un certain nombre de codes, qui impliquait l'obligation d'être poli et respectueux, et qu'il s'agissait d'une exigence de base dans les interactions sociales que les personnes appelées à trancher des différends devraient respecter. En outre, il a été dit que le non-respect de cette obligation ne devait pas nécessairement entraîner la révocation de la personne appelée à trancher le différend.

122. Après un débat, il a été convenu de conserver une référence à la « civilité », assortie d'une explication de sa signification dans le Commentaire, qui pourrait fournir davantage de contexte en renvoyant à la conduite générale et au professionnalisme. Il a également été fait référence aux normes de pratique du Conseil international pour l'arbitrage commercial, qui traitent de ce sujet dans le contexte de l'arbitrage international. Il a également été convenu d'examiner plus avant la question des conséquences du non-respect de cette obligation dans le contexte de l'article 11.

123. Il a été proposé d'inclure, pour les juges, une obligation permanente de maintien et d'amélioration des compétences en ajoutant au paragraphe 1 l'alinéa suivant : « Les juges s'efforcent de maintenir et d'améliorer les connaissances, compétences et qualités nécessaires à l'accomplissement de leurs fonctions ».

Paragraphe 2

124. Il a été proposé de reformuler le paragraphe en utilisant un autre mot que « estiment », qui pourrait poser des problèmes. On s'est demandé si le paragraphe 2 serait applicable aux juges, puisqu'il faisait référence à la nomination dans le cadre d'un différend particulier, mais pas à un mécanisme permanent.

125. En outre, il a été dit que l'emplacement du paragraphe 2 pourrait devoir être revu à un stade ultérieur des délibérations, lorsqu'une décision serait prise au sujet de l'emplacement des obligations dans le Code.

7. Article 7 – Communications *ex parte* de la part de personnes candidates ou de personnes appelées à trancher des différends

126. Le Groupe de travail a examiné l'article 7, qui traitait des contacts *ex parte* et se fondait essentiellement sur les Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties dans l'arbitrage international (les « Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties »).

Restructuration du paragraphe 1

127. D'emblée, il a été estimé que le paragraphe 1 pourrait être restructuré de manière à interdire les communications *ex parte*, avec un nombre limité d'exceptions stipulé dans un nouveau paragraphe 2. Il a été dit que cette approche rédactionnelle alignerait l'article 7 sur celle adoptée dans les Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties et conférerait plus de clarté à la disposition. Il a également été dit que cette structure faciliterait l'application de l'article 7 aux juges, puisque le nouveau paragraphe 2 (exceptions limitées) ne leur serait pas applicable.

128. En ce qui concerne l'interdiction des communications *ex parte*, il a été dit que celle-ci devrait être large afin d'englober les communications entre la personne candidate ou la personne appelée à trancher le différend et une partie contestante, son représentant légal, sa société affiliée, sa filiale ou toute autre personne qui lui était liée. Il a été dit que l'expression « toute autre personne qui lui est liée » visait à donner un caractère ouvert à la liste des personnes concernées, ce qu'il faudrait préciser dans le Commentaire. À titre d'exemple, il a été dit que les tiers financeurs et les experts

seraient couverts par ce membre de phrase, ainsi que tout tiers qui fonctionnerait comme intermédiaire entre une partie et une personne appelée à trancher le différend.

Paragraphe 1 du projet actuel

129. En ce qui concerne le texte entre crochets au paragraphe 1, à savoir « [pendant les procédures] », on s'est demandé comment il convenait de comprendre le mot « procédure ». Il a été expliqué que l'objectif était de permettre les communications *ex parte* après la conclusion de l'affaire, car les préoccupations fondant la disposition ne s'appliqueraient plus à ce moment-là. La proposition visant à rendre le paragraphe 1 applicable non seulement « pendant la procédure » mais aussi « avant son ouverture » a été appuyée. Il a également été suggéré de remplacer le membre de phrase « pendant les procédures » par « jusqu'à la conclusion de la procédure », par souci de clarté. Dans ce contexte, il a également été dit qu'il pourrait y avoir des cas où les communications *ex parte* devraient rester interdites même après la clôture de la procédure, par exemple, lorsqu'un tribunal (arbitral ou autre) serait appelé à réexaminer une sentence, ou si un mécanisme d'appel devait être mis en place et que le renvoi était prévu.

130. Il a en outre été dit que, contrairement au paragraphe 1, le nouveau paragraphe 2 relatif aux exceptions devrait être interprété de manière restrictive. Il a été proposé de faire uniquement référence, dans le chapeau du nouveau paragraphe, aux communications entre une personne candidate ou une personne appelée à trancher des différends et une partie contestante ou son représentant légal, et de fermer ainsi la liste des personnes concernées.

131. S'agissant des exceptions, divers commentaires ont été faits sur les alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 du projet actuel. Il a été proposé de fusionner les alinéas a) et b). Les délibérations ont porté sur l'alinéa b), et sur la question de savoir si des communications *ex parte* pouvaient être autorisées avec une personne candidate au rôle d'arbitre-président. Il a été proposé de définir, éventuellement dans le Commentaire, la notion d'arbitre-président et de déterminer si elle couvrirait également les arbitres uniques. Il a été proposé que, à l'instar des Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties [ligne directrice 8 b)], l'alinéa b) prévoie qu'un arbitre, potentiel ou en place, nommé par les parties pourrait communiquer avec les parties contestantes ou leurs représentants aux fins de la sélection de l'arbitre-président. Selon le point de vue inverse, aucune communication avec un candidat à la présidence d'un tribunal arbitral ne devrait être autorisée *ex parte*, sauf accord contraire des parties. Il a en outre été précisé que si toutes les parties étaient d'accord, ces communications ne seraient plus nécessairement *ex parte*, puisque l'autre partie serait au courant de leur tenue.

Paragraphe 2 du projet actuel

132. Il a été généralement convenu que le paragraphe 2 devrait se présenter sous la forme d'une liste ouverte. Diverses propositions rédactionnelles ont été faites en ce qui concerne ce paragraphe, notamment : « Les communications autorisées par l'article 7-1 excluent les débats de fond concernant des questions liées au différend relatif à des investissements internationaux » ; et « Les communications autorisées par l'article 7-1 ne portent sur aucune question de procédure ou de fond dont la personne candidate ou la personne appelée à trancher le différend peut raisonnablement prévoir qu'elle pourrait être soulevée dans le contexte du différend relatif à des investissements internationaux ». Il a également été suggéré de fusionner les deux propositions de manière à ce que le paragraphe 2 soit reformulé comme suit : « Les communications autorisées par l'article 7-1 excluent les débats, aussi bien sur le fond que sur la procédure, concernant des questions liées au différend relatif à des investissements internationaux ». Il a aussi été dit que l'on pouvait laisser le paragraphe en l'état, en conservant les mots entre crochets et en précisant le sens de l'expression « fond de l'affaire ».

8. Article 8 – Confidentialité

133. Le Groupe de travail a examiné l'article 8, qui traitait du devoir de confidentialité des personnes candidates et des personnes appelées à trancher des différends. Il a été noté qu'il fallait lire cet article en parallèle avec les obligations d'information prévues à l'article 10.

Paragraphe 1

134. En ce qui concerne le paragraphe 1 a), le Groupe de travail est convenu que l'obligation de confidentialité devrait se limiter aux informations non publiques (voir [A/CN.9/WG.III/WP.201](#), art. 9).

135. Un libellé visant à éviter une double négation assortie d'exceptions a été proposé, qui pourrait se lire comme suit : « Les personnes candidates et les personnes appelées à trancher des différends : a) ne révèlent ni n'utilisent d'informations non publiques se rapportant à un différend relatif à des investissements internationaux ou obtenues dans le cadre de celui-ci, sauf aux fins de cette procédure ou conformément au règlement ou au traité applicable ou avec le consentement des parties en litige ». Toujours au paragraphe 1 a), il a également été proposé de remplacer les mots « conformément à » par « dans la mesure autorisée par ».

136. Selon certains avis, le paragraphe 1 b) semblait couvert par les dispositions du paragraphe 1 a) et devrait donc être supprimé. Il a toutefois été noté que si le paragraphe 1 a) était modifié de la manière proposée au paragraphe 135 ci-dessus, il faudrait alors peut-être maintenir le paragraphe 1 b), car la portée du paragraphe 1 a) serait plus limitée. Il a été convenu de conserver le paragraphe 1 b) en vue de la poursuite des débats, notamment à la lumière de sa relation avec l'article 3.

137. Il a été souligné que les personnes candidates à un poste de juge n'auraient pas accès aux informations concernant des affaires spécifiques, et ne devraient donc pas être couvertes par le paragraphe 1.

Paragraphe 2

138. En ce qui concerne le paragraphe 2 a), il a été estimé qu'il faudrait préciser le libellé, afin de couvrir la révélation des avis exprimés au cours des délibérations par toute personne appelée à trancher un différend. Il a également été proposé d'ajouter les mots « ou par plusieurs personnes appelées à trancher un différend » après les mots « par une », pour étendre l'application de la disposition aux discussions qui pourraient avoir lieu entre deux ou plusieurs personnes appelées à trancher un différend.

139. En ce qui concerne le paragraphe 2 b), il a été dit que les obligations de révélation devraient s'appliquer de manière générale et qu'il faudrait dès lors supprimer le membre de phrase « aux parties contestantes [et aux parties non contestantes] ». Il a également été proposé de ne pas mentionner uniquement les sentences, mais aussi des parties de celles-ci. Enfin, il a été proposé d'ajouter les mots « ni aucune partie d'un tel projet » après les mots « aucun projet de décision », pour couvrir la révélation d'une partie d'une décision, comme l'exposé des motifs ou le dispositif.

140. En ce qui concerne le paragraphe 2 d), il a été dit que le texte devrait interdire les commentaires « avant la conclusion de la procédure », afin d'empêcher les personnes appelées à trancher des différends de commenter un jugement ou une décision dans une procédure en cours. Il a été dit que le libellé figurant entre crochets au paragraphe 2 d) devrait être maintenu pour les arbitres, afin d'autoriser les commentaires portant sur des sentences déjà publiées, compte tenu également d'éventuelles activités universitaires. En ce qui concerne les juges, il a été dit que le paragraphe 2 d) ne devrait pas leur être applicable car on s'attendait habituellement à ce qu'ils s'abstiennent de commenter les activités et les décisions des tribunaux. Il a été indiqué de manière générale que le Commentaire devrait donner des précisions supplémentaires sur l'alinéa d), en particulier pour clarifier le sens du verbe « commenter » et garantir que les parties pourraient toujours présenter des décisions

non publiques pour appuyer leur position dans une procédure en cours et que les arbitres seraient autorisés à examiner et à « commenter » ces décisions.

C. Étapes suivantes

141. Au terme de ses délibérations, le Groupe de travail s'est penché sur la manière de faire avancer ses travaux sur le Code afin d'en présenter une nouvelle version à la Commission en vue d'une approbation en 2022, comme l'envisageait le plan de travail (A/CN.9/1054, annexe).

142. Il a été noté que les propositions rédactionnelles concernant les articles 1, 2 et 11, qui avaient fait l'objet de débats informels au cours de la session, avaient été incluses dans le présent rapport pour servir de base aux discussions futures et aider le Secrétariat à élaborer la prochaine version du Code (voir les paragraphes 43, 64 et 65 ci-dessus).

143. Il a été proposé d'inscrire à l'ordre du jour de la réunion informelle prévue en décembre 2021 les questions relatives à l'application et à la mise en œuvre du Code, afin d'obtenir des contributions des délégations sur la prochaine version du texte. De même, étant donné qu'un large éventail de points de vue avait été exprimé concernant l'article 4, il a été suggéré d'organiser une réunion informelle avant la session suivante du Groupe de travail, prévue en février 2022, afin d'examiner un projet révisé de cet article. Faute de temps, cette proposition n'a pas été étudiée plus avant.