



Assemblée générale

Distr.: Générale
29 février 2008
Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante et unième session
New York, 16 juin-3 juillet 2008

Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-huitième session (New York, 4-8 février 2008)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction.....	1-7	2
II. Organisation de la session	8-15	4
III. Délibérations et décisions	16	5
IV. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.....	17-84	5
Section IV. La sentence (articles 38 à 41).....	18-37	6
Dispositions supplémentaires proposées.....	38-53	9
Arbitrage entre investisseurs et États	54-69	13
Section I. Dispositions préliminaires	70-84	17
V. Questions diverses	85	20

Annexes

I. Déclaration faite au nom du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises.....	21
II. Déclaration du Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan	23
III. Déclaration du Center for International Environmental Law (CIEL) et de l'Institut international du développement durable (IIDDD).....	24



I. Introduction

1. À sa trente et unième session (New York, 1-12 juin 1998), la Commission, se référant aux discussions tenues lors de la “Journée de la Convention de New York” organisée en juin 1998 pour célébrer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (“la Convention de New York”), a estimé qu’il serait utile d’étudier la possibilité de travaux futurs dans le domaine de l’arbitrage. Elle a prié le Secrétariat de rédiger une note sur la base de laquelle elle examinerait cette possibilité à sa session suivante¹.

2. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission était saisie d’une note intitulée “Travaux futurs envisageables dans le domaine de l’arbitrage commercial international” (A/CN.9/460). Se félicitant de l’occasion qui lui était donnée d’étudier s’il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l’arbitrage commercial international, elle a jugé, dans l’ensemble, que l’heure était venue d’évaluer l’expérience, riche et positive, accumulée grâce à l’adoption de lois nationales incorporant la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international (1985) (“la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage”) ainsi que l’utilisation du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI (“le Règlement d’arbitrage” ou “le Règlement”) et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, et d’évaluer, au sein de l’instance universelle qu’elle formait, l’acceptabilité des idées et propositions d’amélioration des lois, règles et pratiques d’arbitrage². Lors de l’examen de la question, la Commission n’a pas arrêté la forme que prendraient ses travaux futurs. Il a été convenu que les décisions sur ce point devraient être prises ultérieurement, lorsque la teneur des solutions proposées serait plus claire. Des dispositions uniformes pourraient ainsi prendre la forme d’un texte législatif (par exemple, des dispositions législatives types ou un traité) ou d’un texte non législatif (par exemple, des règles contractuelles types ou un guide de pratique)³.

3. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue d’entreprendre en priorité la révision de son Règlement d’arbitrage. Elle a noté que le Règlement, qui était l’un des premiers instruments qu’elle avait élaborés dans le domaine de l’arbitrage, était considéré comme un texte très réussi, adopté par de nombreux centres d’arbitrage et utilisé dans de nombreuses affaires telles que, par exemple, les litiges entre investisseurs et États. Compte tenu du succès et du prestige du Règlement d’arbitrage, la Commission a généralement estimé qu’une éventuelle révision ne devrait pas en modifier la structure, l’esprit ni le style, et qu’elle devrait en respecter la souplesse au lieu de le compliquer. Il a été proposé que le Groupe de travail définisse soigneusement la liste des thèmes qu’il faudrait peut-être aborder dans une version révisée du Règlement.

4. L’arbitrabilité, a-t-on dit, était aussi une importante question à examiner en priorité. Il a été déclaré qu’il appartiendrait au Groupe de travail de déterminer si les questions susceptibles d’arbitrage pouvaient être définies de manière générique,

¹ *Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 235.

² *Ibid.*, cinquante-quatrième session, *Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.

³ *Ibid.*, par. 338.

éventuellement au moyen d'une liste illustrative, ou si la disposition législative à élaborer sur l'arbitrabilité devrait indiquer les questions non susceptibles d'arbitrage. Il a été estimé que l'étude de la question de l'arbitrabilité dans le contexte des biens immeubles, de la concurrence déloyale et de l'insolvabilité pourrait être utile aux États. On a toutefois appelé l'attention sur le fait que l'arbitrabilité soulevait des questions d'ordre public, concept notoirement difficile à définir de manière uniforme, et qu'une liste prédéfinie de questions arbitrables risquait de restreindre inutilement l'aptitude des États à répondre à certaines préoccupations d'ordre public susceptibles d'évoluer dans le temps.

5. Parmi les autres thèmes susceptibles de faire l'objet de travaux futurs au sein du Groupe de travail, figuraient les questions posées par le règlement des conflits en ligne. Il a été dit que le Règlement d'arbitrage, lorsqu'il était lu conjointement avec d'autres instruments, comme la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, résolvait déjà un certain nombre de questions qui se posaient dans le contexte en ligne. Un autre thème mentionné était l'arbitrage dans le domaine de l'insolvabilité. Une autre suggestion, encore, a été d'examiner l'incidence des injonctions antipoursuites (anti-suit injunctions) sur l'arbitrage international. On a proposé, en outre, d'envisager de clarifier les notions, employées au paragraphe 1 de l'article premier de la Convention de New York, de "sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées" ou de "sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées", dont on a dit qu'elles avaient été source d'incertitudes dans certaines juridictions étatiques. La Commission a également écouté avec intérêt une déclaration faite au nom du Comité consultatif international du coton, dans laquelle il était proposé qu'elle engage des travaux pour promouvoir la discipline contractuelle, l'efficacité des conventions d'arbitrage et l'exécution des sentences dans ce secteur.

6. Après discussion, la Commission a généralement estimé que le Groupe de travail pourrait aborder plusieurs questions parallèlement. Elle est convenue qu'il reprendrait ses travaux sur la révision du Règlement d'arbitrage. Elle est également convenue que l'arbitrabilité était un thème qu'il devrait aussi examiner. Pour ce qui est du règlement des conflits en ligne, il a été décidé que le Groupe de travail inscrirait cette question à son ordre du jour, mais qu'il devrait, du moins dans un premier temps, traiter des incidences des communications électroniques dans le cadre de la révision du Règlement d'arbitrage⁴.

7. À sa quarantième session, la Commission a noté que le Règlement d'arbitrage n'avait pas été modifié depuis son adoption en 1976, et que la révision devrait avoir pour objet de le moderniser et de promouvoir une plus grande efficacité dans la procédure arbitrale. D'une manière générale, elle est convenue que le mandat du Groupe de travail, qui était de conserver la structure initiale et l'esprit du Règlement, avait guidé utilement jusqu'ici ses délibérations et devrait continuer à inspirer ses travaux⁵. Elle a noté qu'un large soutien avait été exprimé au sein du

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17)*, première partie, par. 174.

Groupe de travail en faveur d'une approche générique visant à définir les dénominateurs communs à tous les types d'arbitrage, quel que soit l'objet du litige, de préférence à une solution qui consistait à traiter de situations particulières. Elle a toutefois indiqué que le Groupe de travail devrait encore examiner lors de ses sessions futures la mesure dans laquelle le Règlement d'arbitrage révisé devrait prendre en compte le règlement des litiges entre investisseurs et États ou l'arbitrage institutionnel⁶.

II. Organisation de la session

8. Le Groupe de travail, qui était composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante-huitième session à New York, du 4 au 8 février 2008. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Australie, Autriche, Bahreïn, Bélarus, Bénin, Bolivie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Grèce, Guatemala, Honduras, Inde, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Kenya, Liban, Madagascar, Malaisie, Mexique, Mongolie, Norvège, Ouganda, Pakistan, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Serbie, Singapour, Suisse, Thaïlande, Venezuela (République bolivarienne du) et Zimbabwe.

9. Ont aussi participé à la session des observateurs des États suivants: Albanie, Angola, Antigua-et-Barbuda, Argentine, Belgique, Brésil, Côte d'Ivoire, Croatie, Cuba, Éthiopie, Finlande, Indonésie, Jordanie, Kazakhstan, Maurice, Pays-Bas, Philippines, République arabe syrienne, République dominicaine, Roumanie, Saint-Siège, Slovaquie, Slovénie, Suède, Trinité-et-Tobago et Turquie.

10. Ont également assisté à la session des observateurs des organismes ci-après du système des Nations Unies: Centre du commerce international CNUCED/OMC (CCI) et Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH).

11. Y ont également participé des observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Comité consultatif international du coton (CCIC), Cour permanente d'arbitrage (CPA) et Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique.

12. Ont en outre participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Arbitration Association (AAA), Arab Union for International Arbitration, Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), Association arabe pour l'arbitrage international, Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association internationale du barreau, Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (AFRICARBI), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA), Center for International Environmental Law (CIEL), Center for International Legal Studies (CILS), Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Club d'arbitres de la Chambre

⁶ Ibid., par. 175.

d'arbitrage de Milan, Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Fédération inter-américaine des avocats (FIA), Forum for International Commercial Arbitration C.I.C. (FICACIC), Institut international du développement durable (IIDD), Institut international pour l'arbitrage (IAI), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRC), London Court of International Arbitration (LCIA), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, School of International Arbitration de l'Université Queen Mary de Londres, Singapore International Arbitration Centre – Construction Industry Arbitration Association (SIAC–CIAA Forum) et Union internationale des avocats (UIA).

13. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: M. Michael E. Schneider (Suisse);

Rapporteur: M^{me} Shavit Matias (Israël).

14. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.148); b) des notes du Secrétariat sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI conformément aux délibérations de ses quarante-sixième et quarante-septième sessions (A/CN.9/WG.II/WP.147, A/CN.9/WG.II/WP.147/Add.1 et A/CN.9/WG.II/WP.149).

15. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

16. Le Groupe de travail a repris ses travaux sur le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1, A/CN.9/WG.II/WP.147, A/CN.9/WG.II/WP.147/Add.1 et A/CN.9/WG.II/WP.149). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point au chapitre IV. Le Secrétariat a été prié d'élaborer un projet de version révisée du Règlement d'arbitrage en tenant compte des délibérations et conclusions du Groupe de travail. Les délibérations et conclusions de ce dernier sur le point 5 de l'ordre du jour sont récapitulées au chapitre V.

IV. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

17. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait achevé une première lecture des articles 22 à 37 à sa quarante-septième session (A/CN.9/641). Il est convenu de reprendre ses discussions sur la révision du Règlement en se fondant sur le document A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1.

Section IV. La sentence

Frais – Articles 38 à 40

Article 38

Alinéas b), c) et d)

18. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter aux alinéas b) à d) le qualificatif "raisonnable".

Alinéa e)

19. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots "la partie" par le pluriel "les parties" et de supprimer l'adjectif "juridique". Il est également convenu de supprimer les mots "qui triomphe" au motif que l'article 38 énumérait les différents éléments des frais d'arbitrage mais n'abordait pas la question des critères de répartition de ces frais, qui était traitée à l'article 40.

Article 39

20. Le Groupe de travail s'est demandé s'il était souhaitable de soumettre les honoraires demandés par les arbitres à un contrôle supplémentaires par un organe indépendant. Ce contrôle a été jugé souhaitable comme mesure de précaution pour parer à la rare éventualité où un arbitre demanderait des honoraires excessifs. Il permettrait d'éviter les difficultés lorsque les honoraires demandés posent un problème à une ou plusieurs parties. De plus, la légitimité et l'intégrité du processus arbitral lui-même dépendaient des modalités de fixation des honoraires des arbitres. Il a été observé que l'article 39 avait créé des difficultés dans la pratique lorsque des tribunaux arbitraux avaient exigé des honoraires excessifs, ne laissant aux parties d'autre choix que de recourir éventuellement à une juridiction étatique. On a souligné qu'il importait d'éviter que les parties saisissent une juridiction étatique d'un litige relatif aux honoraires des arbitres car, dans ce cas, cette juridiction risquait d'examiner le fond de l'affaire.

21. On a insisté sur la nécessité de prévoir un mécanisme neutre pour contrôler les honoraires demandés par les arbitres. Le Groupe de travail est convenu que l'autorité de nomination ou, en l'absence de désignation d'une telle autorité, la Cour permanente d'arbitrage (CPA) étaient les mieux placées pour exercer ce contrôle.

Paragraphe 1

22. Le Groupe de travail a adopté quant au fond les principes énoncés au paragraphe 1 pour déterminer le montant des honoraires.

Paragraphe 2

23. Si, dans son ensemble, le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 acceptable quant au fond, il a décidé de le réexaminer à un stade ultérieur en tenant compte des modifications qui seraient apportées aux dispositions sur la fixation des honoraires des arbitres. On a estimé qu'il pourrait être utile d'indiquer que les frais demandés par l'autorité de nomination pour exercer sa fonction de contrôle du montant des

honoraires devraient être distincts des frais exigés par l'institution d'arbitrage pour administrer des affaires conformément à son propre règlement.

Paragraphes 3 et 4

24. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les paragraphes 3 et 4 par de nouvelles dispositions qui tiendraient compte des avis résumés ci-dessus. Il a examiné le projet de disposition figurant au paragraphe 45 du document A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1 et a fait plusieurs suggestions pour la prochaine version qu'établirait le secrétariat. Il a été estimé que, hormis dans les cas inhabituels présentant des circonstances particulières, les principes de fixation des honoraires devraient être établis rapidement après la nomination du tribunal arbitral et que tout désaccord devrait être réglé sans délai par l'autorité de nomination. Il était souhaitable que les questions ouvertes soient réglées le plus tôt possible tant pour les parties qui tenaient le plus souvent à ce que le montant des honoraires soit déterminé de manière prévisible et équitable que pour les personnes qui acceptaient d'exercer les fonctions d'arbitre.

25. Il a par ailleurs été estimé que la disposition devrait établir une distinction plus claire entre le mode de fixation des honoraires (en fonction par exemple du nombre d'heures, du montant en litige ou d'un autre critère), qui devrait être précisé rapidement après la constitution du tribunal arbitral, et le calcul effectif du montant des honoraires, qui devrait être effectué en fonction du travail accompli par les arbitres soit à la fin soit à des étapes appropriées de la procédure. Il a été convenu que le pouvoir de l'autorité de nomination devrait s'étendre à la fixation des sommes à consigner (article 41) et à tous honoraires supplémentaires que le tribunal arbitral pourrait demander pour interpréter ou rectifier sa sentence ou pour rendre une sentence additionnelle (article 40-4). L'idée de limiter dans le temps les contestations des parties concernant la fixation des honoraires ou des sommes à consigner a été appuyée.

26. Il a été conseillé de se garder de toute rigidité excessive dans cette disposition car la souplesse du Règlement s'en trouverait compromise. Il a été jugé préférable d'accorder à l'autorité de nomination ou, en l'absence de désignation d'une telle autorité, à la CPA, un pouvoir de contrôle général sur le mode de fixation et sur le calcul définitif du montant des honoraires. Il a également été proposé que la formulation soit suffisamment souple pour que les parties, dans le cas où elles souhaiteraient contester les honoraires des arbitres, puissent demander la désignation d'une autorité de nomination si ce dernier point n'a pas fait l'objet d'un accord préalable.

27. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée du projet de disposition pour une prochaine session du Groupe de travail.

Article 40

Paragraphes 1 et 2

28. Il a été proposé de fusionner les paragraphes 1 et 2 afin de soumettre la répartition des frais de représentation et d'assistance aux mêmes principes que les autres frais actuellement régis par le paragraphe 1. Bien qu'il ait été fait observer que la distinction entre les différents types de frais dans les deux paragraphes tenait

à des traditions juridiques différentes, le Groupe de travail a considéré qu'il était préférable de procéder à la fusion proposée.

29. On a avancé qu'il ne serait pas peut-être pas toujours facile de déterminer la partie qui devait être considérée comme ayant triomphé. Il a donc été proposé pour la détermination de la répartition des frais par le tribunal arbitral, d'adopter une formulation plus neutre qui soit inspirée de la disposition contenue dans le paragraphe 3 de l'article 31 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Cette proposition n'a pas été soutenue.

Paragraphe 3

30. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 quant au fond, sans amendement.

Paragraphe 4

31. La discussion s'est concentrée sur le paragraphe 4. On a proposé de supprimer ce paragraphe au motif qu'il reposait implicitement sur l'idée que les arbitres ne méritaient pas de recevoir des honoraires supplémentaires puisque c'était par leur faute que la sentence devait être rectifiée ou qu'une sentence additionnelle devait être rendue. On a dit qu'un postulat aussi strict ne tenait pas compte du travail légitime accompli par les arbitres sur des demandes infondées de rectification ou de prononcé d'une sentence additionnelle. Une autre raison avancée pour supprimer le paragraphe 4 était qu'il créait une règle unique pour des questions qui devraient être traitées séparément, à savoir celle de l'interprétation et de la rectification, pour laquelle il a été estimé qu'aucun honoraire supplémentaire ne devrait être perçu, et celle du prononcé d'une sentence additionnelle, pour laquelle il a été dit que la charge de travail supplémentaire supportée par le tribunal pourrait légitimement donner lieu à la perception d'honoraires supplémentaires.

32. Selon un avis opposé, le paragraphe 4 était nécessaire pour encourager le tribunal à rédiger ses sentences le plus clairement possible (rendant ainsi toute interprétation ou rectification inutile) et à traiter rapidement toute demande abusive d'interprétation, de rectification ou de prononcé d'une sentence additionnelle qui pourrait être formée par une partie cherchant à obtenir la rétractation de la sentence initiale.

33. Afin de concilier les avis contraires exposés ci-dessus, on a proposé de régler le problème en reformulant l'article 35 du Règlement, qui prévoit que "l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral [de] donner une interprétation [de la sentence]". Il a été suggéré, à cette fin, de s'inspirer de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 33 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, qui ne permettait ce type de demande que "si les parties en [étaient] convenues". On pourrait ainsi établir une distinction entre les demandes collectives d'interprétation, de rectification ou de prononcé d'une sentence additionnelle (qui ne devraient pas donner lieu à des honoraires supplémentaires) et les demandes unilatérales (pour lesquelles des honoraires supplémentaires pourraient être perçus).

34. Une autre proposition était de conserver le paragraphe 4 et d'ajouter un libellé du type "à moins que des raisons impérieuses ne justifient la perception de tels honoraires". On a aussi suggéré d'employer une formule comme "à moins que la demande ne soit infondée". Une autre proposition encore était de reformuler le

paragraphe 4 de la manière suivante: “Le tribunal arbitral ne peut, sauf circonstances exceptionnelles, percevoir d’honoraires supplémentaires pour interpréter ou rectifier sa sentence ou rendre une sentence additionnelle, conformément aux articles 35 à 37.” Bien que l’introduction d’une exception pour tempérer la rigueur du paragraphe 4 ait bénéficié d’un vif soutien, des préoccupations ont été exprimées à propos des problèmes éthiques que pourrait poser le fait qu’il reviendrait au tribunal arbitral lui-même de déterminer les circonstances qui justifieraient, ou non, la perception d’honoraires supplémentaires. Afin d’apaiser ces craintes, il a été expliqué que la correction d’erreurs ou la réparation d’omissions dans la sentence n’était normalement ni sujette à controverse ni coûteuse et qu’elle ne pouvait guère être considérée comme constituant une circonstance exceptionnelle. Une demande formée de mauvaise foi et destinée en réalité à produire l’effet d’un appel devrait être facile à déceler et justifier la perception d’honoraires supplémentaires.

35. On a proposé d’introduire une disposition appropriée dans l’article 39 pour préciser que l’évaluation des circonstances exceptionnelles, dans une version révisée du paragraphe 4, devrait être minutieusement examinée par l’autorité de nomination. À cet égard, des doutes ont été émis sur les limites du pouvoir de contrôle devant être conféré à cette autorité.

36. À l’issue de la discussion, il a été convenu de reprendre le débat à une prochaine session sur la base d’un projet révisé du paragraphe 4 (y compris sa possible suppression) et de l’article 39 que le Secrétariat préparerait pour tenir compte des avis résumés plus haut. Il a été convenu qu’en préparant la version révisée, le Secrétariat devrait avoir présente à l’esprit la nécessité de limiter la portée du paragraphe 4 aux honoraires, sans altérer la capacité du tribunal arbitral à fixer les autres frais supplémentaires énumérés à l’article 38.

Article 41

37. Le Groupe de travail a adopté l’article 41 quant au fond, tel qu’il figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1.

Dispositions supplémentaires proposées

Responsabilité des arbitres

38. Le Groupe de travail s’est demandé si la question de la responsabilité des arbitres et des institutions faisant fonction d’autorité de nomination en vertu du Règlement de la CNUDCI devrait être traitée. Il a examiné un projet de disposition proposé, qui accorderait en principe l’immunité aux arbitres et aux autorités de nomination, ou limiterait leur responsabilité, pour leurs actes ou omissions en relation avec l’arbitrage, sauf dans le cas d’un “méfait commis sciemment et intentionnellement”.

39. À propos de la question de savoir si, sur le plan des principes, il était souhaitable de reconnaître l’immunité des arbitres, l’avis a été exprimé que, la tendance législative actuelle dans certains pays étant d’introduire des règles de responsabilité plus strictes pour les juges pour leurs actes ou omissions en relation avec les procédures devant les juridictions étatiques, il ne fallait pas l’ignorer

s'agissant des arbitres. On a dit que la protection des intérêts des parties à l'arbitrage faisait partie des objectifs du Règlement et que l'acceptabilité de ce dernier risquait d'être menacée s'il apparaissait comme protégeant les arbitres de façon excessive. En réponse, il a été rappelé que le Règlement n'était pas de nature législative mais contractuelle et qu'il était nécessairement soumis aux dispositions impératives de tout droit applicable. Il a également été expliqué qu'un grand nombre de règlements d'arbitrage comparables au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI contenaient généralement des dispositions limitant la responsabilité des arbitres, et que si cette protection n'était pas prévue, les arbitres seraient exposés au risque de recevoir des plaintes parfois nombreuses, émanant de parties qui seraient en désaccord avec les jugements ou sentences rendus par le tribunal arbitral et qui pourraient les contester en faisant valoir qu'il y a eu négligence ou la faute d'un arbitre. L'avis qui a prévalu a été que l'introduction d'un certain degré d'immunité ou d'exonération de responsabilité en faveur des arbitres était souhaitable du fait que l'absence de recours contre les sentences avait parfois entraîné une augmentation du nombre d'actions contre des arbitres, qui exerçaient des fonctions quasi judiciaires sans bénéficier d'un niveau de protection tant soit peu comparable à l'immunité et aux privilèges dont jouissaient les juges en vertu de la loi, ou aux mécanismes d'assurance dont disposaient certaines catégories professionnelles grâce à leurs associations. Il a été signalé qu'en ignorant cette question dans le Règlement, on ne ferait qu'aboutir à une situation malsaine où les arbitres auraient à négocier leur immunité avec les parties une fois le tribunal arbitral constitué. D'une manière générale, il a été convenu que toute disposition qui pourrait être introduite dans le Règlement pour exonérer les arbitres de leur responsabilité devrait viser à renforcer leur indépendance et leur permettre d'avoir l'esprit libre pour se concentrer sur le fond et les procédures de l'affaire. Une telle disposition ne devrait toutefois pas aboutir ou paraître aboutir à l'impunité totale des arbitres pour les conséquences de méfaits personnels qu'ils pourraient commettre, ni porter atteinte d'une manière ou d'une autre à l'ordre public. Il a été reconnu que toute disposition de ce genre n'empêcherait pas la mise en œuvre du droit applicable.

40. L'avis a été exprimé dans ce contexte qu'il pourrait être nécessaire d'examiner plus avant les règles de conduite professionnelles et éthiques que les arbitres devraient respecter. Il a été expliqué que si l'exonération des responsabilités des arbitres se justifiait par la nature quasi judiciaire de leurs fonctions, cette exonération devrait être contrebalancée par une obligation de s'acquitter de ces fonctions dans le respect de règles comparables à celles appliquées par les juges étatiques. Il a été signalé qu'il devrait être possible de concilier la liberté des parties à choisir leurs arbitres avec l'exigence d'un niveau élevé de professionnalisme et de comportement éthique. Par ailleurs, il a été indiqué que la question du manquement supposé d'un arbitre au respect des normes éthiques ou professionnelles devait être abordée dans le contexte des procédures de récusation. Bien qu'aucune décision n'ait été prise sur ce point, le Groupe de travail est convenu de reprendre cette discussion à l'occasion de l'examen de la question de la qualification des arbitres, lors de la deuxième lecture du Règlement révisé.

41. Une discussion a eu lieu sur le point de savoir si toute immunité qui pourrait être accordée aux arbitres dans le Règlement devrait aussi s'étendre aux participants au processus arbitral, comme les institutions d'arbitrage, y compris la CPA, les autorités de nomination, les experts désignés par le tribunal arbitral, les témoins experts, les secrétaires, les assistants des tribunaux arbitraux ou les interprètes. Des

doutes ont toutefois été exprimés quant à l'opportunité pour un règlement d'arbitrage d'exonérer de leur responsabilité des institutions ou des individus qui ne partageaient pas le statut quasi judiciaire des arbitres. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu d'examiner à une prochaine session des dispositions établissant une immunité pour le plus grand nombre de participants au processus d'arbitrage. Le Secrétariat a été prié de préparer une disposition à cet effet pour la poursuite de la discussion.

42. Ayant convenu, sur le plan des principes, qu'un certain degré d'immunité était souhaitable, le Groupe de travail a examiné si ce principe devrait figurer dans le Règlement ou si une norme législative était nécessaire. L'avis a été exprimé qu'une norme contractuelle sur l'immunité risquait d'être inefficace et de produire diverses conséquences juridiques en fonction des dispositions du droit applicable, qui, dans de nombreux pays, traiterait probablement cette question comme étant d'ordre public. Il a été rappelé qu'en vertu de l'article premier, le Règlement régissait l'arbitrage sous réserve de toute disposition impérative "de la loi applicable à l'arbitrage". Il a toutefois été également signalé que la responsabilité personnelle des arbitres pourrait être engagée en vertu d'autres lois que celle applicable à l'arbitrage. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a reconnu que même si une disposition du Règlement relative à l'immunité risquait d'être frappée de nullité dans certains droits nationaux, en tant que norme contractuelle elle pouvait encore avoir une utilité en vertu des lois d'autres pays.

43. Concernant le contenu d'une règle sur l'immunité, des avis divergents ont été exprimés sur la question de savoir si l'immunité des arbitres devrait être reconnue en cas de faute "lourde" ou "extrêmement grave". Dans certains pays, une exonération contractuelle en cas de faute lourde serait contraire à l'ordre public. Dans d'autres pays où la notion de "faute lourde" n'était pas utilisée, une partie pourrait s'exonérer des conséquences de sa "faute", sauf si cette dernière était d'une telle gravité qu'elle équivaldrait à de la "malhonnêteté" ou à un "méfait commis sciemment et intentionnellement", ce qui, dans ce cas, semblerait correspondre à la notion étrangère de "faute lourde". Même si certaines délégations ont jugé qu'un critère basé sur la notion de "faute" était plus "objectif" qu'une référence "subjective" à un "méfait commis sciemment et intentionnellement" (et donc préférable), on a généralement admis qu'il faudrait se garder d'élaborer une disposition fondée sur une quelconque notion de "faute", car elle pouvait donner lieu à des interprétations divergentes suivant les pays.

44. En ce qui concerne le libellé, l'adoption de la disposition supplémentaire proposée au paragraphe 47 du document A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1 a été appuyée. Il a également été proposé de compléter la disposition par un texte qui pourrait être libellé comme suit: "Lorsqu'un arbitre ne peut se prévaloir de l'immunité en vertu de [la disposition supplémentaire], il peut se prévaloir du degré d'immunité le plus élevé prévu dans la loi applicable". Il a été expliqué que ce texte pourrait être nécessaire pour préserver un certain degré d'exonération lorsque la loi applicable n'autorisait d'exonération contractuelle que jusqu'à un certain seuil de gravité inférieur au "méfait commis sciemment et intentionnellement" et qu'elle considérait comme non écrites les clauses excluant toute responsabilité au-delà de ce seuil. Afin de simplifier la disposition, il a par ailleurs été proposé d'éviter toute référence à un critère précis tel qu'un "méfait commis sciemment et intentionnellement" et de dire simplement: "Les arbitres ou [autres participants au

processus arbitral] sont exonérés de responsabilité, dans toute la mesure possible prévue par une loi applicable pour un acte ou une omission quelconque en relation avec l'arbitrage”.

45. Un autre texte, libellé à peu près comme suit, a été proposé: “Les arbitres, l'autorité de nomination et la Cour permanente d'arbitrage ne sont responsables d'aucun acte ou d'aucune omission en relation avec l'arbitrage, à l'exception des conséquences d'un méfait commis sciemment ou intentionnellement”. Il a été expliqué que le fait de remplacer les mots “méfait commis sciemment et intentionnellement” par “méfait commis sciemment ou intentionnellement” aurait pratiquement le même effet qu'une référence à la “faute lourde”. Le Secrétariat a été prié d'établir une version révisée en tenant compte des avis et propositions ci-dessus.

Principes généraux

46. Le Groupe de travail a examiné le projet de disposition relatif aux principes généraux figurant au paragraphe 48 du document A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1. Il a été proposé, en cas d'adoption de ce projet de disposition, de l'insérer dans la première section du Règlement.

Origine internationale et interprétation uniforme

47. Le maintien de la première phrase du projet de disposition a été appuyé. Il a été indiqué que la disposition établissait des principes utiles qu'il conviendrait de promouvoir dans la pratique arbitrale. Il a été fait observer que des dispositions similaires figuraient dans des instruments internationaux, par exemple la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et la dernière version révisée de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, ainsi que la version 2004 des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international.

48. L'inclusion d'une telle disposition a aussi suscité une forte opposition. Il a été déclaré que l'uniformité n'était pas un objectif primordial dans le cadre d'un règlement d'arbitrage contractuel, du moins pas dans la même mesure que pour un texte législatif. Par ailleurs, le fait que des arbitres appliquent le Règlement en s'écartant prétendument d'une interprétation uniforme pouvait constituer un motif de contestation de la sentence. En outre, compte tenu de la confidentialité des procédures d'arbitrage, il était difficile d'obtenir suffisamment d'informations sur la manière dont le Règlement était appliqué.

49. À l'issue du débat, il a été estimé que la proposition d'inclure la première phrase du projet de disposition dans une version révisée du Règlement n'avait pas reçu un appui suffisant.

Comblent les lacunes du Règlement

50. Le maintien du concept énoncé dans la deuxième phrase du projet de disposition a recueilli un vif soutien. Il a été estimé que cette phrase était utile pour souligner que le Règlement formait un système autonome de normes contractuelles et qu'il faudrait en combler les lacunes éventuelles en se référant au Règlement lui-même, tout en évitant de s'appuyer sur le droit procédural applicable à l'arbitrage.

Bien qu'il ait été reconnu que l'article 15 du Règlement constituait une base suffisante pour régler les questions de procédure qui se posaient pendant l'arbitrage, il a été souligné que des questions sans rapport avec la conduite de la procédure et non traitées dans le Règlement pouvaient surgir; il était préférable de les résoudre en se référant aux principes généraux dont s'inspirait le Règlement.

51. Parmi les délégations favorables à l'inclusion d'une disposition visant à combler les lacunes du Règlement, certaines ont estimé qu'il serait difficile sans doute de dégager les principes généraux de ce dernier et qu'il était donc préférable de donner aux parties et au tribunal arbitral le droit de déterminer la manière de combler ces lacunes. À cette fin, un texte libellé à peu près comme suit a été proposé: "Si les règles sont muettes sur une question quelconque, l'arbitrage est régi par toute règle dont conviennent les parties ou, à défaut, le tribunal arbitral."

52. Toutefois, selon le point de vue contraire, il n'était ni souhaitable ni nécessaire d'inclure une disposition de cette nature dans le Règlement. En particulier, le Règlement lui-même, notamment l'article 15, constituait une base suffisante pour combler les lacunes. En outre, il a été dit que le projet de disposition tout comme la variante proposée pourraient soulever des questions complexes d'interprétation et, de ce fait, risquaient de ne présenter plus aucun avantage.

53. À l'issue du débat, aucune majorité ni consensus n'a pu être dégagé en faveur d'un changement du Règlement pour y inclure cette disposition. Toutefois, certaines délégations ayant estimé qu'il importait de combler les lacunes éventuelles, il devrait être possible de réexaminer la question. La note que le Secrétariat était prié de rédiger pour une prochaine session devrait contenir le texte énoncé au paragraphe 51 ci-dessus ainsi que la deuxième phrase de la clause relative aux principes généraux figurant au paragraphe 48 du document A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1.

Arbitrage entre investisseurs et États

Débat général

54. Le Groupe de travail a rappelé son mandat qui était de conserver une approche générique du Règlement.

55. Au cours du débat, les avis suivants ont notamment été formulés.

56. Le Groupe de travail a entendu une déclaration faite au nom du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises sur l'impact considérable des règles régissant le commerce mondial, en particulier les accords d'investissement privé entre investisseurs et États d'accueil, sur les droits de l'homme. Il a décidé d'en reproduire le fond à l'annexe I du présent rapport.

57. Le Groupe de travail est convenu dans son ensemble qu'il était souhaitable de traiter de la transparence dans le cadre de l'arbitrage entre investisseurs et États, qui différait de l'arbitrage purement privé, où la confidentialité était une caractéristique essentielle. Conformément aux principes de bonne gouvernance, les activités des États devraient être soumises à des exigences fondamentales de transparence et de participation du public. L'avis a été exprimé que l'arbitrage entre investisseurs et

États pouvait comporter des questions d'ordre public et risquait d'entraîner d'importantes dépenses de fonds publics. Des dispositions renforçant la transparence permettraient à la population de mieux comprendre le processus et d'en renforcer la crédibilité de manière générale. Il a été dit que certains traités bilatéraux de protection des investissements contenaient déjà des dispositions sur la transparence. Il a été déclaré que les affaires d'arbitrage pourraient nécessiter un degré élevé de transparence dans certains pays en raison de la particularité de leurs systèmes juridiques et politiques.

58. Il a été fait observer que l'actuel Règlement d'arbitrage de la CNUDCI avait été avant tout élaboré pour l'arbitrage commercial et qu'il ne contenait pas de dispositions sur la publicité des informations relatives aux procédures où il était appliqué. Il a été souligné que le Règlement de la CNUDCI était celui qui était le plus utilisé pour résoudre les litiges entre investisseurs et États, après celui du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Il a été dit que l'on avait modifié les règlements du CIRDI en 2006 pour les rendre plus transparents et permettre la participation du public aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États. Il a été dit qu'une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI devrait aller dans ce sens. Toutefois, il a été fait observer que, même s'il était souhaitable de prévoir une deuxième règle fondée sur les règlements du CIRDI, il était également souhaitable de proposer aux parties aux litiges entre investisseurs et États de réelles solutions alternatives et de tenir compte du fait que la procédure d'arbitrage de la CNUDCI n'avait pas un caractère institutionnel et que les règlements et procédures pouvaient donc différer.

59. En réponse à une question portant sur le point de savoir si le mandat du Groupe de travail lui permettait de traiter des questions impliquant des États, il a été généralement estimé que même si ledit mandat n'interdisait pas d'élaborer des règles de droit uniforme pour les arbitrages entre investisseurs et États fondées sur des traités, il serait difficile de l'étendre à une intervention plus large dans le domaine de la bonne gouvernance.

60. De nombreuses délégations ont exprimé des réserves quant à l'inclusion éventuelle de dispositions sur la transparence dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI au motif qu'il était nécessaire de préserver la nature générique du Règlement et qu'une transparence totale n'était peut-être pas souhaitable en toutes circonstances. L'idée de traiter cette question dans les traités relatifs aux investissements et non dans le Règlement d'arbitrage, ce qui permettrait aux États de mieux tenir compte de ces circonstances, a reçu un certain appui. À cet égard, une organisation non gouvernementale (le Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan) a estimé qu'il pourrait être utile d'envisager d'élaborer une ou plusieurs clauses facultatives pour tenir compte de certains facteurs spécifiques des procédures d'arbitrage entre investisseurs et États menées en vertu des traités relatifs à la protection des investissements, que les États examineraient lors de la négociation de ces traités. Le Groupe de travail a décidé de reproduire la déclaration faite par le Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan à l'annexe II du présent rapport.

61. Compte tenu du souci, généralement exprimé, de promouvoir une plus grande transparence, le Groupe de travail n'a pas débattu de dispositions spécifiques mais plus globalement de la meilleure manière de traiter de l'arbitrage fondé sur des traités à la lumière des changements et des développements apparus au fil des

années. Une suggestion à cet égard a été que le Règlement lui-même comprenne un régime spécifique, peut-être en annexe, applicable uniquement à l'arbitrage entre investisseurs et États, tandis que parallèlement le régime général applicable aux autres types de procédures d'arbitrage commercial resterait inchangé afin d'éviter de créer des retards, perturbations ou coûts inutiles. Une autre suggestion a été de rédiger une annexe au Règlement, qui s'appliquerait si les parties en décidaient ainsi ou si le traité prévoyait son application. Selon un autre point de vue, la question de savoir si cette annexe serait facultative ou obligatoire pourrait être débattue ultérieurement. D'autres approches ont été envisagées, comme l'inclusion de directives ou de clauses types dans les traités relatifs à la protection des investissements.

Étendue des travaux futurs possibles

62. Il a été suggéré que toute disposition spéciale sur la transparence se limite aux procédures d'arbitrage relatives aux investissements menées en vertu d'un traité. En réponse à la question de savoir comment distinguer entre les litiges entre investisseurs et États auxquels pourraient s'appliquer certaines règles et les procédures génériques d'arbitrage commercial, il a été dit qu'une définition s'inspirant de l'article 25 de la Convention du CIRDI pourrait être utile. Certains ont dit craindre que cette approche soulève des questions de compétence initiale.

63. Des questions ont été posées à propos de l'effet contraignant que ces dispositions pourraient avoir sur les conventions existantes entre investisseurs privés et États, en particulier sur les conventions qui n'indiquaient pas que la version applicable du Règlement était celle en vigueur à la date d'ouverture de la procédure d'arbitrage. Il a été dit que la plupart des traités bilatéraux relatifs aux investissements indiquaient que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI s'appliquait, sans préciser quelle version s'appliquerait en cas de révision. À cet égard, il a été dit que la version révisée du Règlement ne devrait pas s'appliquer aux traités conclus avant l'adoption de la version révisée. Toutefois, des exemples ont été donnés de traités existants indiquant expressément que la version du Règlement en vigueur à la date d'ouverture de la procédure d'arbitrage s'appliquerait en cas de litiges.

64. Selon un avis exprimé, les modalités relatives à la transparence dans les procédures arbitrales introduites par un investisseur à l'encontre d'un État en vertu d'un traité devraient viser avant tout à améliorer les règles sur la publicité de la procédure, l'accès aux pièces, les audiences publiques et l'intervention d'*amicus curiae*. En tout état de cause, le tribunal arbitral aurait la liberté de protéger les informations véritablement confidentielles. Toutefois, le processus arbitral serait présumé ouvert et accessible au public. On a expliqué que cette position avait été adoptée dans l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), en particulier dans une note interprétative, publiée en 2001, sur l'accès aux documents. Ces dispositions, a-t-on dit, pourraient être aisément utilisées par les tribunaux arbitraux, n'entraveraient pas la procédure et ne compromettaient pas les intérêts commerciaux des parties.

65. Afin de prendre en considération l'intérêt du public dans les arbitrages entre investisseurs et États, il a été proposé de modifier certaines dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. À cet égard, la délégation qui avait évoqué le Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan a également mentionné deux

organisations non gouvernementales (le Center for International Environmental Law (CIEL) et l'Institut international du développement durable (IIDD)) et le Groupe de travail a accepté d'écouter leur proposition. Il n'a pas débattu de son contenu et a décidé d'en reproduire le fond à l'annexe III du présent rapport.

66. Selon d'autres points de vue exprimés, il serait trop simpliste de s'intéresser exclusivement à la question de la transparence en modifiant quelques dispositions du Règlement; en effet, il fallait peut-être traiter d'autres aspects dans l'arbitrage entre investisseurs et États, comme la question de la loi applicable ou celle de l'immunité des États. Il s'agissait là, a-t-on estimé, d'une question complexe, qui exigeait un examen attentif de nombreux aspects différents.

67. On a souligné que c'était une erreur d'établir une distinction entre les règles de l'arbitrage "commercial" et celles de l'arbitrage "entre investisseurs et États" dans la mesure où le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI avait été conçu pour couvrir un large champ d'application et compte tenu en particulier de l'interprétation du terme "commercial" telle qu'elle figurait dans la note ** accompagnant l'article premier, paragraphe 1, de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage. On a appelé l'attention du Groupe de travail sur le fait que les investissements comptaient expressément parmi les éléments de la définition de l'adjectif "commercial" qui figurait dans cette note. Une autre délégation a suggéré d'établir une distinction plus opérationnelle entre, d'une part, l'arbitrage commercial "générique" ou "ordinaire" et, de l'autre, l'arbitrage "fondé sur des traités".

68. Il a été instamment demandé au Groupe de travail de ne pas s'atteler, à ce stade, à l'élaboration de dispositions sur la transparence et d'autres questions éventuelles, car les négociations complexes sur ce point retarderaient la tâche actuelle de révision du Règlement. On s'attendait à ce que le Règlement révisé soit diffusé auprès des utilisateurs de l'arbitrage commercial le plus rapidement possible.

Conclusions

69. Après avoir longuement examiné les questions ci-dessus, le Groupe de travail est parvenu aux conclusions suivantes: a) il a été généralement admis que la procédure arbitrale dans le cadre d'un arbitrage fondé sur des traités soulevait des problèmes qui, à certains égards, différaient de ceux posés par l'arbitrage commercial ordinaire et un grand nombre de délégations ont estimé que cette procédure appelait, sur certains points, des règles distinctes. Le point le plus fréquemment mentionné était la transparence de la procédure et de la sentence en résultant, objectif largement appuyé sur le principe; b) de nombreuses délégations ont exprimé la crainte que l'examen de la spécificité de l'arbitrage fondé sur des traités ne soit une tâche complexe et longue, avis qui n'a pas été partagé par d'autres délégations. Selon l'opinion qui a prévalu, tout examen de l'arbitrage fondé sur des traités que le Groupe serait éventuellement amené à réaliser ne devrait pas retarder la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique et devrait être entrepris après l'achèvement de cette révision; c) plusieurs propositions ont été avancées sur les objectifs que le Groupe de travail pourrait utilement poursuivre dans le domaine de l'arbitrage fondé sur des traités. Ce dernier pourrait, par exemple, élaborer des textes, tels que des clauses types, des règles ou des principes directeurs sur des points précis. Ces textes pourraient être adoptés en tant qu'annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique,

ou comme des règles d'arbitrage séparées ou des clauses facultatives à insérer dans des traités. De l'avis général, toutefois, il ne serait pas souhaitable d'inclure des dispositions concernant l'arbitrage fondé sur des traités dans le corps du Règlement lui-même; d) le Groupe de travail a décidé de poursuivre la révision du Règlement d'arbitrage sous sa forme générique et de demander à la Commission si, une fois cette tâche terminée, il devrait examiner plus avant la spécificité de l'arbitrage fondé sur des traités et, dans l'affirmative, quelle forme devraient prendre ces travaux.

Section I. Dispositions préliminaires

70. Le Groupe de travail a entamé sa deuxième lecture d'une version révisée du Règlement en se fondant sur le document A/CN.9/WG.II/WP.147.

Champ d'application

Article premier

Paragraphe 1

71. Une délégation s'est opposée à la suppression de l'exigence d'un écrit. Le Groupe de travail n'a pas modifié sur le fond la version révisée du paragraphe 1, reproduite au paragraphe 7 du document A/CN.9/WG.II/WP.147.

Paragraphe 1 bis – Version applicable du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

72. Le Groupe de travail a examiné les options proposées dans le projet de paragraphe 1 *bis*. L'option 2, selon laquelle les parties seraient réputées se soumettre au Règlement ayant effet à la date de la convention d'arbitrage, a recueilli un certain appui. Cette option, a-t-on dit, reflèterait mieux la nature contractuelle de l'arbitrage en s'en remettant à l'accord des parties au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage. De plus, a-t-on ajouté, elle limiterait les doutes quant à la version choisie du Règlement. Il a cependant été rappelé qu'on s'attendrait à ce que la version la plus récente du Règlement s'applique et que cette option irait à l'encontre de cette attente.

73. L'option 1, qui indique clairement aux parties que, sauf si elles ont convenu d'appliquer le Règlement ayant effet à la date de leur convention, le Règlement ayant effet à la date à laquelle commence l'arbitrage serait réputé s'appliquer, a bénéficié d'un vif soutien. Cette disposition correspondait, a-t-on dit, à la solution généralement retenue par un certain nombre d'institutions arbitrales lorsqu'elles révisaient leur règlement. On a estimé que cette règle établissant une présomption irréfragable, selon laquelle la version révisée du Règlement devant s'appliquer était celle en vigueur à la date de commencement de l'instance arbitrale, favorisait l'application de la version la plus récente du Règlement dans un plus grand nombre de cas.

74. Il a également été noté que toute disposition établissant une présomption irréfragable devrait être formulée avec la plus grande clarté afin d'éviter des différends quant à la version du Règlement applicable à une procédure donnée. Les différends de ce type pourraient être réglés par la voie administrative dans le contexte d'un arbitrage administré par des centres d'arbitrage, mais ils risqueraient

de soulever des difficultés dans le cas d'un arbitrage ad hoc. On a fait observer que les centres d'arbitrage, lorsqu'ils appliquaient des dispositions similaires, décidaient généralement, comme question préalable, avant la constitution du tribunal arbitral et au cas par cas, quelles règles les parties avaient l'intention d'appliquer. Il a été dit qu'en l'absence d'autorité de supervision remplissant cette fonction et en cas de désaccord ou de doute, il reviendrait au tribunal arbitral d'interpréter la volonté des parties et qu'il faudrait peut-être alors modifier la disposition pour fournir à ce dernier de plus amples orientations.

75. On a exprimé la crainte que cette disposition ne conduise à la situation où la version révisée du Règlement s'appliquerait rétroactivement aux conventions conclues avant son adoption sans tenir suffisamment compte du principe de l'autonomie des parties. Il a été fait observer que certaines lois nationales ou pratiques de l'arbitrage pourraient autoriser une telle situation, mais le Groupe de travail est convenu que la disposition ne devrait pas entraîner l'application rétroactive de la version révisée du Règlement aux conventions d'arbitrage conclues avant l'adoption de cette version.

76. On a aussi exprimé la crainte que l'option 1, sans modification, puisse s'appliquer de façon rétroactive et imprévisible lorsque la convention d'arbitrage découlait de l'acceptation par le demandeur (dans une notification d'arbitrage) d'une offre ouverte d'arbitrage faite par le défendeur. Ce problème pourrait se poser dans le cas d'un arbitrage en vertu d'un traité ou dans certains contextes commerciaux. Il a été souligné que le Règlement applicable à ce type de différend devrait être celui qui avait été convenu dans l'offre de recours à l'arbitrage (c'est-à-dire le traité ou un autre instrument). Il a été suggéré qu'une version révisée de cette disposition soit rédigée afin de préciser également que "pour les conventions ou les offres de recours à l'arbitrage passés avant le [date], les parties sont réputées se soumettre à la précédente version du Règlement". Le Groupe de travail s'est montré généralement favorable à cette proposition tout en reconnaissant qu'elle n'avait été faite qu'au cours du débat et qu'elle pourrait être affinée.

77. Il a en outre été proposé de modifier la disposition de l'option 1 en ajoutant le mot "expressément" avant le mot "convenu" afin de préciser qu'une version du Règlement autre que celle en vigueur au début de l'arbitrage ne s'appliquerait que si la volonté des parties avait été établie sans ambiguïté. On a fait observer que cet ajout permettrait au tribunal arbitral de déterminer plus facilement l'intention des parties. Cependant, le Groupe de travail n'a pas adopté cette proposition au motif que le fait d'imposer en l'espèce une condition plus stricte pour l'application du Règlement compliquerait l'interprétation des autres références aux "conventions" dans ce dernier et pourrait faire naître de nouveaux différends. Il a été ajouté que les parties devraient pouvoir convenir de la version applicable du Règlement soit expressément soit implicitement.

Paragraphe 2

78. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2, reproduit au paragraphe 7 du document A/CN.9/WG.II/WP.147, sans modification.

Libellé type de clause compromissoire

79. Le Groupe de travail a adopté le libellé type de clause compromissoire, sous réserve des modifications proposées au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.II/WP.147.

Notification, calcul des délais**Article 2*****Paragraphe 1***

80. Le Groupe de travail a examiné les modifications proposées pour le paragraphe 1, qui sont reproduites au paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.II/WP.147.

“En mains propres”

81. Des réserves ont été exprimées quant à la proposition de supprimer le terme “en mains propres”. Il a été dit que ce terme n’avait pas nuit à l’application de l’article et que son maintien permettrait de mieux faire la distinction entre la remise personnelle ou en mains propres au destinataire et la remise à sa résidence. À l’issue du débat, le Groupe de travail a accepté de garder le terme “en mains propres”.

“Postale”

82. Il a été dit que la suppression du terme “postale” après le terme “adresse” risquait de poser des problèmes inutiles s’agissant de l’acceptabilité des boîtes postales. À l’issue du débat, il a été décidé de remplacer la référence à une adresse postale par l’expression “adresse désignée”.

Paragraphe 1 bis

83. Des points de vue divergents ont été exprimés quant à la question de savoir s’il convenait de réviser le paragraphe 1 *bis* pour le mettre davantage en conformité avec a) la formulation de dispositions comparables employée dans les règlements d’arbitrage d’un certain nombre d’institutions d’arbitrage; b) l’article 3 de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage; c) les précédentes normes de la CNUDCI en matière de commerce électronique, telles que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ou la Convention des Nations Unies sur l’utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005. Il a été suggéré que la disposition établisse une distinction plus précise entre la désignation de la méthode acceptable de communication et les règles à adopter pour prouver la réception ou l’envoi de la communication. Il a été convenu de rouvrir ce débat lors d’une session suivante sur la base du projet révisé que le Secrétariat devait établir.

Paragraphe 2

84. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 quant au fond, qui est reproduit au paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.II/WP.147.

V. Questions diverses

85. À la clôture de la session, le 8 février 2008, le Groupe de travail a adopté la déclaration suivante:

“Le Groupe de travail sur l’arbitrage et la conciliation de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Ayant été informé que M. Jernej Sekolec, Secrétaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et Directeur de la Division du droit commercial international du Bureau des affaires juridiques, devait partir à la retraite vers la fin juin 2008, et

Considérant que son départ aura lieu avant la prochaine session du Groupe de travail et que, de ce fait, la présente session est la dernière à laquelle il assistera et donc l’ultime occasion pour le Groupe de lui exprimer en personne sa profonde gratitude pour les nombreuses activités dont il s’est acquitté au cours des 25 années et plus qu’il a passées au service de l’Organisation des Nations Unies;

Déclare que M. Sekolec a fait progresser l’arbitrage et la conciliation comme méthodes permettant de régler harmonieusement les différends dans le contexte des relations commerciales et autres et qu’il a ainsi apporté une contribution durable à la paix dans le monde. Il a galvanisé les efforts déployés par le Groupe de travail, soutenu son action avec vigueur, mené à bien des projets majeurs et jeté de solides fondations pour les projets en cours et à venir. En sa qualité de responsable d’un secrétariat international, il a appliqué, de manière exemplaire, les normes de conduite les plus élevées. L’amitié des membres du Groupe de travail lui restera acquise après son départ;

Demande que la présente résolution soit consignée dans le rapport de sa présente session et qu’elle s’inscrive par là-même dans l’histoire permanente de l’Organisation des Nations Unies.”

Annexe I

Déclaration faite au nom du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises

La prise de conscience de plus en plus aiguë du fait que les règles régissant le commerce mondial puissent avoir des répercussions majeures sur les pratiques en matière de droits de l'homme a poussé l'Organisation des Nations Unies à nommer un représentant spécial chargé de la question du commerce et des droits de l'homme. Les résultats des premiers travaux entrepris dans le cadre de ce mandat avaient fait l'objet d'un rapport présenté au Conseil des droits de l'homme en 2007 où ils avaient reçu un écho favorable, de même qu'au sommet du G8. Le rapport examinait un ensemble d'innovations juridiques et politiques importantes introduites dans le domaine du commerce et des droits de l'homme par les États, les entreprises et la société civile. Il concluait que des déséquilibres persistaient entre, d'un côté, l'influence des marchés et des organisations commerciales et, de l'autre, la capacité des sociétés à protéger et promouvoir les valeurs fondamentales de la communauté sociale, déséquilibres qu'il ne serait possible de corriger qu'en instaurant des valeurs communes et des pratiques institutionnelles sur les marchés mondiaux.

Dans des recommandations spécifiques destinées au Conseil des droits de l'homme à sa session de juin 2008, le rapport s'appuierait sur trois grands principes qui ont fait l'objet d'un vaste soutien au cours des consultations: premièrement, le devoir de l'État d'accorder sa protection en vue de prévenir et de punir les violations des droits de l'homme commises par des entreprises; deuxièmement, l'obligation des entreprises de respecter les droits de l'homme dans le cadre de leurs activités; et troisièmement, la mise en place de mécanismes de recours et de responsabilisation pour prendre en compte et réparer les préjudices.

Une partie des activités en cours qui pourrait présenter un intérêt particulier pour les travaux du Groupe de travail consistait à réaliser, de concert avec la Société financière internationale, une étude empirique portant sur certaines caractéristiques des accords d'investissements privé conclus entre les investisseurs et les États d'accueil. Des questions concernant les traités d'investissement bilatéraux et régionaux étaient également examinés.

Deux aspects de cette étude ont été portés à l'attention du Groupe de travail. Il s'agissait, d'une part, d'évaluer si, et dans quelle mesure, les différentes clauses de stabilisation dans les accords d'investissement privé conclus entre les investisseurs et les États d'accueil pouvaient empêcher un État de remplir ses obligations internationales en matière de droits de l'homme et, dans l'affirmative, comment mieux concilier les besoins légitimes des investisseurs et des États. Un autre aspect de ces activités portait sur la question de la transparence, ou de l'absence de transparence, dans les processus arbitraux concernant des litiges qui soulevaient des questions relatives aux droits de l'homme et d'autres questions d'ordre public.

Eu égard au mandat susmentionné, il était essentiel d'assurer une transparence adéquate lorsque les droits de l'homme et d'autres obligations des États étaient en

jeu si l'on voulait que le public soit informé des procédures susceptibles de compromettre ses intérêts. La transparence était le fondement même du principe de bonne gouvernance tel que le système des Nations Unies et d'autres entités faisant autorité l'avaient formulé. Les avantages de ce genre d'échanges au sein du système des Nations Unies sur la manière d'ancrer des valeurs communes, dont les droits de l'homme, dans les pratiques institutionnelles dans le contexte de la mondialisation économique ont été soulignés.

Annexe II

Déclaration du Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan

Les membres du Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan:

- 1) Ont réaffirmé leur soutien au principe général de confidentialité dans les procédures d'arbitrage commercial international, en particulier dans le cadre des arbitrages intervenant en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI;
- 2) Ont appuyé les propositions actuelles du Groupe de travail tendant à exclure du nouveau Règlement d'arbitrage de la CNUDCI toute disposition particulière concernant les arbitrages entre investisseurs et États;
- 3) Ont recommandé que la CNUDCI formule une ou plusieurs clauses facultatives pour prendre en compte certains facteurs des arbitrages entre investisseurs et États intervenant dans le cadre de traités d'investissement, en conformité avec le nouveau Règlement d'arbitrage de la CNUDCI;
- 4) Ont proposé que ces clauses arbitrage, qui ne feront pas partie du nouveau Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soient communiquées aux États et aux investisseurs en particulier aux fins de la négociation des dispositions visant le règlement des conflits dans les futurs traités d'investissement;
- 5) Se féliciterait que soient organisés un nouveau débat et un examen plus approfondi sur les divers aspects de cette question, auxquels pourraient participer, plus largement, les milieux de l'arbitrage international, avant que le Groupe de travail ne mette fin au débat qu'il a engagé à ce sujet.

Annexe III

[Original: Anglais, Espagnol, Français]

Déclaration du Center for International Environmental Law (CIEL) et de l'Institut international du développement durable (IIDD)

Le CIEL et l'IIDD cherchent à faire accepter un nombre très limité d'ajouts aux Règles d'arbitrage de la CNUDCI pour tenir compte des importants aspects d'intérêt public des arbitrages de différends entre investisseurs et États tout en n'apportant aucune modification à l'application des Règles aux autres genres d'arbitrages et en évitant de créer des retards, perturbations ou coûts inutiles. Les principes sous-tendant nos suggestions et la façon dont elles pourraient être traitées sont décrits ci-dessous.

Les aspects d'intérêt public des arbitrages de différends entre investisseurs et États peuvent être incorporés dans les Règles d'arbitrage de la CNUDCI sans modifier leur application à d'autres genres d'arbitrages.

- Cela peut être réalisé en modifiant le libellé de seulement quatre dispositions.
- Ces modifications ne viseraient que les arbitrages de différends entre investisseurs et États et ne toucheraient aucunement les autres genres d'arbitrages.
- Les arbitrages de différends entre investisseurs et États peuvent être définis comme les arbitrages demandés par les investisseurs à l'encontre des États en vertu des modalités d'un traité.

Le fait que l'arbitrage d'un différend entre un investisseur et un État a été commencé devrait être public afin que les citoyens sachent que leur État participe à une procédure de règlement d'un différend sanctionnée par une décision ayant force exécutoire.

- Cela peut être réalisé en prévoyant que le tribunal saisi du litige, une fois constitué, envoie une copie de l'avis d'arbitrage et de sa composition au secrétariat de la CNUDCI.
- Le secrétariat de la CNUDCI affichera alors ces renseignements sur son site Web.

Les questions qui seront tranchées par voie d'arbitrage du différend entre l'investisseur et l'État devraient être publiques pour que les citoyens sachent ce qui est en jeu.

- Cela peut être réalisé en exigeant la divulgation des plaidoiries reçues par le tribunal et en prévoyant que les arbitrages de différends entre un investisseur et un État seront ouverts au public. Ainsi, le public pourrait y assister en personne, via télévision en circuit fermé ou webdiffusion.
- Les renseignements exclusifs ou protégés par le secret méritant un traitement confidentiel peuvent être éliminés.

Les résultats de l'arbitrage d'un différend entre un investisseur et un État devraient être publics pour que les citoyens et les autres États puissent les connaître.

- Cela peut être réalisé en prévoyant que le tribunal saisi du différend entre l'investisseur et l'État envoie des copies de ses décisions au secrétariat de la CNUDCI.
- Le secrétariat de la CNUDCI affichera alors ces décisions sur son site Web.

Le public devrait avoir la possibilité de fournir des apports devant un tribunal saisi d'un différend entre un investisseur et un État.

- Le public devrait avoir le droit de demander au tribunal saisi d'un différend entre un investisseur et un État la permission de déposer un mémoire d'*amicus curiae*.
- S'il accorde une telle permission, le tribunal peut l'assortir de conditions visant à réduire les retards et les coûts telles que des conditions concernant le moment de son dépôt et sa longueur.

Le tableau ci-dessous contient le libellé suggéré pour les propositions susmentionnées qui démontre la façon de tenir compte simplement des aspects d'intérêt public des arbitrages des différends entre investisseur et État sans affecter l'application des Règles à d'autres sortes d'arbitrages.

<i>Article</i>	<i>Règle existante</i>	<i>Modifications proposées</i>
3-5)	[nouvelle]	3-5) <u>Après la nomination d'un tribunal arbitral dans le cadre d'un arbitrage demandé par un investisseur à l'encontre d'un État en vertu des modalités d'un traité, le tribunal envoie immédiatement une copie de l'avis d'arbitrage et communique sa composition au secrétariat de la CNUDCI qui affiche sans délai ces renseignements sur son site Web.</u>
15-3)	15-3) Toutes les pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées en même temps par elle à l'autre partie.	15-3) Toutes les pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées en même temps par elle à l'autre partie. <u>Dans le cadre d'un arbitrage demandé par un investisseur à l'encontre d'un État en vertu des modalités d'un traité, le tribunal envoie immédiatement au secrétariat de la CNUDCI une copie de toutes les plaidoiries qu'il reçoit, sous réserve de l'élimination des renseignements et informations confidentiels de nature commerciale qui sont secrets ou dont la divulgation n'est autrement pas permise par le droit national de l'une des parties. Le secrétariat de la CNUDCI affiche sans délai l'intégralité de ces documents sur son site Web.</u>

<i>Article</i>	<i>Règle existante</i>	<i>Modifications proposées</i>
15-4)	[nouvelle]	<p>15-4) <u>Dans le cadre d'un arbitrage demandé par un investisseur à l'encontre d'un État en vertu des modalités d'un traité, le tribunal arbitral peut permettre à une personne ou à une entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans cette Règle la "partie non contestante") de déposer des observations écrites à son intention. Pour déterminer si un tel dépôt devrait être permis, le tribunal examine notamment la mesure dans laquelle:</u></p> <p>a) <u>les observations de la partie non contestante peuvent aider le tribunal à trancher les questions factuelles ou juridiques connexes à l'instance grâce à un point de vue, des connaissances et des idées particulières; et</u></p> <p>b) <u>les observations de la partie non contestante traitent d'une question se trouvant dans les limites du différend.</u></p> <p><u>Le tribunal s'assure que les observations émanant de la partie non contestante n'entravent pas le déroulement de l'instance, ni n'imposent un fardeau inutile à l'une, quelconque, des parties ou ne créent aucun préjugé injuste à son égard et que les deux parties ont la possibilité de présenter leurs observations à l'égard des observations émanant de la partie non contestante.</u></p>
25-4)	L'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le tribunal arbitral peut demander que des témoins se retirent pendant la déposition d'autres témoins. Il est libre de fixer la manière dont les témoins sont interrogés.	25-4) <u>Sauf dans le cas d'un arbitrage demandé par un investisseur à l'encontre d'un État en vertu des modalités d'un traité, l'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le tribunal arbitral peut demander que des témoins se retirent pendant la déposition d'autres témoins. Il est libre de fixer la manière dont les témoins sont interrogés.</u>
25-4) bis	[nouvelle]	25-4) <i>bis</i> <u>Dans le cadre d'un arbitrage demandé par un investisseur à l'encontre d'un État en vertu des modalités d'un traité, les audiences sont ouvertes au public. Le tribunal arbitral prend les dispositions appropriées à cet effet, y compris la mise en place de procédures pour protéger les renseignements et informations confidentiels de nature commerciale qui sont secrets ou dont la divulgation n'est autrement pas permise par le droit national de l'une des parties.</u>

<i>Article</i>	<i>Règle existante</i>	<i>Modifications proposées</i>
32-5)	La sentence ne peut être publiée qu'avec le consentement des deux parties.	32-5) <u>Sauf dans le cas d'un arbitrage demandé par un investisseur à l'encontre d'un État en vertu des modalités d'un traité</u> , la sentence ne peut être publiée qu'avec le consentement des deux parties.
32-5) <i>bis</i>	[nouvelle]	<u>32-5) <i>bis</i> Dans le cadre d'un arbitrage demandé par un investisseur à l'encontre d'un État en vertu des modalités d'un traité, toute sentence, ordonnance ou décision du tribunal arbitral peut être rendue publique par l'une des parties sans le consentement de l'autre. Le tribunal envoie immédiatement une copie de toutes les sentences, ordonnances ou décisions au secrétariat de la CNUDCI qui, sans délai, les affiche sur son site Web.</u>