



Assemblée générale

Distr. limitée
29 août 2019
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement
des différends entre investisseurs et États)
Trente-huitième session
Vienne, 14-18 octobre 2019**

Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)

Communication présentée par le Gouvernement bahreïnien

Note du Secrétariat

La présente note contient une communication reçue du Gouvernement bahreïnien le 29 août 2019 en vue de la trente-huitième session du Groupe de travail III. On trouvera en annexe la traduction du texte de cette communication tel qu'il a été reçu. Une version plus longue de cette communication, reçue par le Secrétariat le 5 août 2019, est disponible uniquement en anglais.



Annexe

1. Introduction

1. La présente communication comprend six sections. Elle commence par mettre en lumière certains des aspects positifs du RDIE, tant pour les États que pour les investisseurs (section 2). Elle recense ensuite les préoccupations soulevées par le RDIE en ce qui concerne les conflits d'intérêts, la diversité, les coûts et la durée, et l'uniformité des sentences et décisions arbitrales (section 3). Elle invite en outre à la prudence pour ce qui est du passage à un système constitué d'un ou de plusieurs tribunaux internationaux permanents des investissements (section 4). Elle analyse ensuite les autres propositions de réforme du RDIE (section 5). Elle explique également pourquoi le Groupe de travail III, dont le mandat se limite aux aspects procéduraux du RDIE¹, manque l'occasion d'envisager une réforme de fond des accords internationaux d'investissement (section 6). Enfin, à la lumière de la décision prise par le Groupe de travail, à sa trente-sixième session, d'élaborer un plan de travail afin d'examiner les questions pour lesquelles il estime qu'une réforme par la CNUDCI est souhaitable², Bahreïn présente ses avis préliminaires sur le plan de travail proposé (section 7).

2. Avantages du système de RDIE actuel pour les États et les investisseurs

2. Bien que le RDIE présente certains défauts, il vaut de souligner les nombreux avantages du système actuel tant pour les États que pour les investisseurs. Comme indiqué dans un rapport du Centre for International Dispute Settlement (CIDS), les « nombreux avantages » de l'arbitrage entre investisseurs et États comprennent :

- La neutralité. La « distance entre les décideurs et la politique – la dépolitisation pour laquelle l'arbitrage en matière d'investissement a été salué – et, simultanément, les intérêts économiques » ;
- Le caractère définitif et exécutoire des sentences rendues dans le cadre du RDIE. « [L]e premier aspect permet d'épargner du temps et des coûts, le second garantit au bout du compte l'efficacité du système. » ;
- Le caractère gérable et fonctionnel du RDIE. Le RDIE est « léger » comparativement à des organes juridictionnels permanents « plus lourds » et « qui nécessitent d'importantes ressources », comme il en existe dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)³.

3. La réforme doit non seulement maintenir les avantages du RDIE, mais aussi les renforcer sensiblement. Plus important encore, toute réforme mise en œuvre par la CNUDCI ne doit pas prendre le risque de fragmenter davantage le RDIE.

¹ CNUDCI, rapport du Groupe de travail III sur les travaux de sa trente-quatrième session, partie 1, [A/CN.9/930/Rev.1](#), 19 décembre 2017, par. 20 (« On a (...) précisé que le mandat donné au Groupe de travail s'attachait aux aspects procéduraux du règlement des litiges plutôt qu'aux dispositions de fond. »).

² Voir CNUDCI, rapport du Groupe de travail III sur les travaux de sa trente-sixième session, [A/CN.9/964](#), 6 novembre 2018, par. 135 à 141.

³ Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, *Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? Analysis and Roadmap*, par. 23 (CIDS – Geneva Center for International Dispute Settlement, 2016) ; disponible à l'adresse http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf (ci-après le « rapport du CIDS »).

3. Préoccupations relatives au RDIE

3.1 Conflits d'intérêts

4. L'indépendance et l'impartialité des tribunaux sont un élément essentiel de l'état de droit. Il est indispensable qu'un tribunal soit non seulement indépendant et impartial, mais également perçu comme tel⁴.

5. En matière d'indépendance et d'impartialité, il y a tout lieu de se montrer plus rigoureux encore qu'ailleurs dans le contexte du RDIE. Dans les litiges soumis au RDIE, il est beaucoup plus probable de rencontrer des questions juridiques et des cas de figure qui se recoupent et se répètent. De plus, le RDIE repose fréquemment sur l'interprétation de traités bilatéraux d'investissement qui contiennent des dispositions de fond libellées dans des termes similaires et faisant souvent intervenir les mêmes notions juridiques⁵. Ces caractéristiques, conjuguées au fait que les litiges soumis au RDIE sont généralement tranchés par des arbitres nommés à partir d'un groupe relativement restreint, créent un risque réel de conflits d'intérêts. Par ailleurs, dans le cadre de leur vie professionnelle, certains praticiens de l'arbitrage portent plusieurs casquettes, exerçant à la fois comme arbitres, avocats et experts, et se nomment régulièrement les uns les autres dans le cours normal de leurs activités, ce qui augmente le risque susmentionné⁶. Le problème est encore aggravé par la tendance qu'ont eue les institutions arbitrales spécialisées à ne pas émettre de directives sur les conflits d'intérêts⁷.

Récusations et conflits d'intérêts touchant les arbitres

6. Si nombre des décisions de récusation prises dans l'arbitrage d'investissement sont consultables librement, des catégories entières de décisions relatives à certains aspects des conflits d'intérêts, comme les conflits de positions, restent largement inaccessibles au public. Au sujet du nombre insuffisant de décisions communiquées, le rapport de l'Équipe de travail conjointe de l'American Society of International Law et du Conseil international pour l'arbitrage commercial sur les conflits de positions indique que « le nombre restreint de décisions de récusation motivées qui sont accessibles au public constitue un obstacle majeur à une analyse plus poussée » et que « la notion de préjugé inapproprié reste difficile à cerner à d'importants égards »⁸.

7. Un autre motif d'inquiétude, à propos de la légitimité du système de RDIE, est le traitement des récusations et des conflits d'intérêts qui touchent les arbitres. Dans le contexte des différends relatifs aux investissements, les décisions relatives aux récusations d'arbitres se prennent le plus souvent selon l'un ou l'autre de deux

⁴ *R v. Sussex Justices, ex parte McCarthy*, [1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233 (« La justice ne doit pas seulement être rendue, mais aussi vue comme étant rendue. »).

⁵ Nassib G. Ziadé, *How Many Hats Can a Player Wear: Arbitrator, Counsel and Expert?*, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 24, n° 1, p. 49 et 50 (2009).

⁶ CNUDCI, Groupe de travail III, Garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres et des décideurs dans le RDIE, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.151, 30 août 2018, par. 25 (Le Secrétariat de la CNUDCI signale qu'« il peut arriver qu'un conseil accepte de nommer un arbitre dans une affaire, et que cet arbitre, agissant en qualité de conseil dans une autre affaire, approuve la désignation du conseil qui l'a nommé comme arbitre dans cette deuxième affaire. »). Voir Ziadé, note 5 *supra*, p. 59 et 60.

⁷ Nassib G. Ziadé, *Do we need a permanent investment court?*, *Global Arbitration Review* (13 février 2019), disponible à l'adresse <https://globalarbitrationreview.com/article/1180209/do-we-need-a-permanent-investment-court>.

⁸ Rapport de l'Équipe de travail conjointe de l'American Society of International Law et du Conseil international pour l'arbitrage commercial sur les conflits de positions dans l'arbitrage international (rapport n° 3 du Conseil international pour l'arbitrage, 17 mars 2016), disponible à l'adresse https://www.arbitration-icca.org/media/6/81372711507986/asil-icca_report_final_5_april_final_for_ridderprint.pdf. Le rapport décrit la notion de « conflit de positions » comme « une allégation selon laquelle un arbitre est de parti pris en faveur d'une opinion particulière sur certaines questions ou en a déjà préjugé. La prédisposition ou le préjugé allégué suppose l'attachement présumé d'un arbitre aux vues qu'il a développées sur des questions de droit et de fait dans le cadre de son expérience en tant qu'arbitre ou conseil, dans les articles spécialisés qu'il a écrits et les entretiens qu'il a accordés ou dans d'autres formes d'expression publique d'opinions ». Ibid., par. 2.

systèmes. Le pouvoir de statuer sur une récusation est donné soit à une autorité de nomination (comme le prévoient, par exemple, les règlements d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm et de la CNUDCI), soit aux autres membres non récusés du tribunal (comme dans le cas du système du CIRDI). Toutefois, dans aucun des deux systèmes la prise de décisions ne s'appuie sur des directives détaillées établies sous la forme de codes de conduite. Cette situation accroît le risque que les personnes appelées à statuer sur des récusations se fondent uniquement sur leurs expériences personnelles et leurs opinions subjectives, compromettant ainsi la transparence et la cohérence de leurs décisions⁹. Le fait qu'une autorité de nomination soit seule à se prononcer sur une demande en récusation pose également problème, car le préjugé inconscient du décideur échappe de ce fait à tout contrôle.

Comités d'annulation et conflits d'intérêts

8. En ce qui concerne les décisions d'annulation, la pratique récente du CIRDI présente une caractéristique curieuse, à savoir que des arbitres dont les sentences font ou ont fait l'objet d'une procédure d'annulation siègent fréquemment au sein de comités d'annulation dans d'autres affaires¹⁰. Cette situation crée « au moins la perception que les membres des comités d'annulation pourraient être tentés d'établir une jurisprudence qui leur serait profitable dans le cadre de leurs affaires d'arbitrage pendantes ou potentielles ».¹¹ Les problèmes soulevés par cette pratique sont évidents et ont fait l'objet de critiques¹².

Limites des Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (instrument de droit souple)

9. Les Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties dans l'arbitrage international (2013) et les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (telles que modifiées en 2014) ont été d'une grande utilité pour l'arbitrage international. Elles partent du principe que la communication d'informations par les arbitres doit être volontaire. Elles donnent des orientations utiles concernant la réglementation de la conduite des arbitres et des avocats, et sont régulièrement citées par les tribunaux qui tranchent d'affaires de RDIE lorsqu'ils se prononcent sur des demandes en récusation.

10. Elles présentent toutefois certaines limites. Du fait de leur nature d'instrument de droit souple, elles ne sont pas contraignantes. Comme l'a fait observer le Secrétariat de la CNUDCI, la pratique de la « double casquette » n'est « pas traitée dans les Lignes directrices de l'IBA »¹³. En outre, comme l'a signalé un commentateur : « [L]es membres du sous-comité qui a élaboré les Lignes directrices sont eux-mêmes, dans leur grande majorité, des praticiens de l'arbitrage dont la conduite doit être réglementée ». En d'autres termes, les Lignes directrices de l'IBA

⁹ Voir Nassib G. Ziadé, *Is ICSID heading in the wrong direction?*, *Global Arbitration Review* (24 février 2015), disponible à l'adresse <https://globalarbitrationreview.com/article/1034244/is-icsid-heading-in-the-wrong-direction> (« Les arbitres appelés à trancher devraient pouvoir s'appuyer sur des directives détaillées, afin de ne pas avoir à se fonder avant tout sur leurs propres expériences et opinions subjectives. Faute de telles orientations, les raisonnements menés successivement par différents décideurs risquent de conduire à une jurisprudence incohérente en matière de récusation ou, pire encore, à des décisions qui ne respectent pas suffisamment le principe d'équité et les garanties d'une procédure régulière. »).

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Voir Hamid Gharavi, *ICSID annulment committees: the elephant in the room*, *Global Arbitration Review* (24 novembre 2014), disponible à l'adresse <https://globalarbitrationreview.com/article/1033891/icsid-annulment-committees-the-elephant-in-the-room> (l'auteur note qu'« [i]l s'est également produit des cas inquiétants où des comités ad hoc nommés par le Secrétaire général [du CIRDI] comprenaient des membres de tribunaux dont les sentences faisaient l'objet de demandes en annulation », ce qui, selon lui, « devrait être tout simplement interdit », surtout au vu de la « nature exclusive du régime d'annulation du CIRDI comme moyen de contester des sentences, [et de] l'absence de tout recours contre les décisions d'annulation. »).

¹³ CNUDCI, Groupe de travail III, Garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres et des décideurs dans le RDIE, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.151, 30 août 2018, par. 29.

représentent des pratiques optimales selon le point de vue de praticiens établis, et ouvrent des possibilités plus qu'elles n'énoncent des restrictions¹⁴.

3.2 Manque de diversité dans le RDIE

11. Le débat concernant la diversité – ou plutôt le manque de diversité – des membres des tribunaux arbitraux qui tranchent d'affaires de RDIE est loin d'être nouveau. Le Secrétariat de la CNUDCI a déjà fait part des préoccupations du Groupe de travail sur cette question¹⁵. Bahreïn partage ce sentiment.

12. Il est essentiel que le débat sur la diversité se fonde sur des données et des statistiques précises et complètes. Cependant, les données disponibles sont malheureusement loin d'être exhaustives pour ce qui est de la nationalité des arbitres. Premièrement, les institutions ne publient en général des informations sur les affaires d'arbitrage d'investissement que lorsque les parties y consentent¹⁶. Deuxièmement, les sources de données sur l'arbitrage d'investissement ne fournissent pas toutes des statistiques sur la nationalité des arbitres¹⁷. Troisièmement, si certaines institutions arbitrales publient des données sur la répartition des arbitres par région ou nationalité, elles ne font pas de distinction entre les affaires de RDIE et les autres types d'affaires¹⁸. Les lacunes que présentent ces données empêchent la tenue d'un débat

¹⁴ Nassib G. Ziadé, *How Should Arbitral Institutions Address Issues of Conflicts of Interest?*, in *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri: From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration* (p. 211 à 223), p. 215 (Mohamed Abdel Raouf, Philippe Leboulanger et Nassib G. Ziadé (éd.), Wolters Kluwer 2015).

¹⁵ CNUDCI, Groupe de travail III, Arbitres et décideurs : mécanismes de nomination et questions connexes, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.152, 30 août 2018, par. 20 (« [Le Groupe de travail] est (...) convenu qu'il existait un petit groupe de personnes qui étaient régulièrement nommées en tant qu'arbitres et se trouvaient donc régulièrement à trancher dans les affaires de RDIE. Il a également noté le manque de diversité en matière de sexe, d'origine géographique et ethnique, et d'âge. ») (citations internes omises). Voir également CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III sur les travaux de sa trente-cinquième session, A/CN.9/935, 14 mai 2018, par. 70 (« Il a été dit que le manque de diversité était illustré par la forte concentration d'arbitres originaires d'une région donnée, tous du même groupe d'âge et du même sexe, et appartenant presque tous à un même groupe ethnique. »).

¹⁶ Par exemple, d'après le site Web de la Cour permanente d'arbitrage (CPA), celle-ci publie uniquement « [u]ne liste des affaires dans lesquelles les parties sont convenues de rendre publiques certaines informations ». Voir <https://pca-cpa.org/fr/cases/>. De manière analogue, selon le règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, les sentences rendues sous l'égide de la Chambre demeurent confidentielles, « sauf accord contraire des parties ». Voir art. 3 du Règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, disponible à l'adresse https://sccinstitute.com/media/293614/arbitration_rules_eng_17_web.pdf. De même, le site Web de PluriCourts recense 434 affaires tranchées sur la base de traités d'investissement substantiels. Toutefois, 26,9 % des sentences définitives rendues dans ces affaires n'ont pas été publiées, ce qui « limite la quantité d'informations que [PluriCourts] peut fournir à leur sujet [dans sa base de données] ». Voir <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/news-and-events/news/research-news/double-hatting.html>.

¹⁷ Par exemple, si la Chambre de commerce de Stockholm publie des statistiques sur les différends relatifs aux investissements qu'elle administre, ces statistiques ne comportent pas d'informations sur la nationalité des arbitres nommés dans ces affaires. Pour des données sur les différends relatifs aux investissements administrés par la Chambre en 2018, voir <https://sccinstitute.com/statistics/investment-disputes-2018/>.

¹⁸ Par exemple, la Chambre de commerce de Stockholm, la London Court of International Arbitration (LCIA) et la Chambre de commerce internationale (CCI) publient chacune des statistiques sur les affaires qu'elles administrent, notamment en ce qui concerne la nationalité des arbitres, sans faire de distinction entre les affaires de RDIE et les autres types d'affaires. La répartition des arbitres par région pour chacune de ces institutions est indiquée ci-après. Statistiques de la Chambre de commerce de Stockholm pour 2018 : 251 nominations pour l'Europe, soit 94 % des nominations d'arbitres, les 6 % restants étant répartis entre l'Amérique du Sud (1 nomination), l'Afrique (2 nominations), l'Asie (3 nominations), l'Amérique du Nord (5 nominations) et l'Australasie (5 nominations) ; voir <https://sccinstitute.com/statistics/>. Statistiques de la LCIA pour 2018 : 338 nominations pour l'Europe occidentale, soit 83 % des nominations, les 17 % restants étant répartis entre le Moyen-Orient (7 nominations), l'Europe orientale (8 nominations), l'Afrique subsaharienne (9 nominations), l'Amérique du Sud (9 nominations), et l'Asie du Sud et de l'Est et le Pacifique (29 nominations) ; voir <https://www.lcia.org/News/2018-annual-casework-report.aspx>. Statistiques de la CCI pour 2017 : 53,6 % des nominations pour l'Europe du Nord et de l'Ouest, 1,6 % pour l'Afrique subsaharienne,

éclairé sur l'ampleur du manque de diversité des tribunaux qui tranchent d'affaires de RDIE.

13. Cela étant, les statistiques du CIRDI peuvent néanmoins apporter un éclairage utile, et ce d'autant plus que, d'après ses rapports annuels et d'autres données provenant de sources de confiance, le Centre administre entre 60 % et 75 % des procédures internationales connues relatives à des investissements¹⁹. Les statistiques du CIRDI sur la diversité, reproduites ci-après, ne sont guère encourageantes.

Arbitres, conciliateurs et membres de comités ad hoc nommés dans les affaires enregistrées sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire (2011-2018), par région²⁰ :

Région géographique	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Afrique subsaharienne	3 %	1 %	1 %	1 %	1 %	3 %	5 %	1 %
Moyen-Orient et Afrique du Nord	3 %	1 %	2 %	3 %	4 %	2 %	5 %	4 %
Amérique centrale et Caraïbes	2 %	3 %	3 %	3 %	5 %	2 %	5 %	2 %
Europe de l'Est et Asie centrale	2 %	2 %	1 %	5 %	3 %	1 %	3 %	6 %
Asie du Sud et de l'Est et Pacifique	15 %	14 %	13 %	14 %	13 %	19 %	14 %	9 %
Amérique du Sud	21 %	13 %	10 %	10 %	5 %	13 %	7 %	15 %
Amérique du Nord	19 %	24 %	14 %	15 %	19 %	18 %	14 %	16 %
Europe occidentale	35 %	42 %	56 %	49 %	50 %	42 %	47 %	47 %

Répartition géographique des affaires visant des États enregistrées sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire (2011-2018)²¹ :

Région géographique	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Afrique subsaharienne	11 %	14 %	15 %	21 %	15 %	6 %	15 %	11 %
Moyen-Orient et Afrique du Nord	13 %	10 %	20 %	5 %	11 %	11 %	15 %	16 %
Amérique centrale et Caraïbes	0	4 %	7 %	8 %	2 %	6 %	4 %	4 %
Europe de l'Est et Asie centrale	29 %	26 %	33 %	32 %	23 %	31 %	36 %	32 %

2,3 % pour l'Afrique du Nord, 4,2 % pour l'Asie centrale et occidentale, 9,3 % pour l'Amérique du Nord, 9,5 % pour l'Asie du Sud et de l'Est et le Pacifique, et 13,5 % pour l'Amérique latine et les Caraïbes ; voir <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>. Bien que ces statistiques ne reflètent pas à proprement parler la situation en matière de diversité dans l'arbitrage d'investissement, elles montrent que l'arbitrage international en général, et pas seulement le RDIE, présente un problème de diversité.

¹⁹ Voir, par exemple, rapport annuel 2017 du CIRDI, p. 3 (le rapport indique que le CIRDI « a administré plus de 70 % des procédures internationales connues relatives à des investissements »). Voir également CNUDCI, Groupe de travail III, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP/149, 5 septembre 2018, par. 7 (le Secrétariat de la CNUDCI indique que « les affaires administrées par le [CIRDI] représentent, selon les estimations, 75 % des affaires liées à des traités d'investissement. ») (citations internes omises). Par ailleurs, selon les données compilées par le site Web Investment Policy Hub, administré par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), en date du 27 juillet 2019, le CIRDI avait administré 73 % des affaires connues de RDIE fondées sur des traités pour lesquelles des données étaient disponibles, ou 62 % si l'on tenait compte des affaires pour lesquelles l'institution administrant la procédure n'était pas précisée ou au sujet desquelles la CNUCED ne disposait pas d'informations suffisantes. D'après la CNUCED, on recense à ce jour 942 affaires connues de RDIE fondées sur des traités, administrées par les institutions arbitrales suivantes : CIRDI (568 affaires), CPA (136 affaires), Chambre de commerce de Stockholm (47 affaires), CCI (17 affaires), LCIA (5 affaires), Chambre de commerce et d'industrie de Moscou (3 affaires), Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (2 affaires) et Centre d'arbitrage international de Hong Kong (1 affaire). En outre, on dénombre 67 affaires de RDIE dans lesquelles la procédure n'a pas été administrée par une institution, et 70 pour lesquelles la CNUCED ne disposait pas des informations pertinentes. Voir <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (sous l'onglet « Institutions »).

²⁰ Affaires du CIRDI – Statistiques (2011-2018), disponible à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx> (pour 2011 : numéro 2012-1, p. 25 ; 2012 : numéro 2013-1, p. 24 ; 2013 : numéro 2014-1, p. 24 ; 2014 : numéro 2015-1, p. 30 ; 2015 : numéro 2016-1, p. 30 ; 2016 : numéro 2017-1, p. 32 ; 2017 : numéro 2018-1, p. 33 ; 2018 : numéro 2019-1, p. 33).

²¹ Ibid., (pour 2011 : numéro 2012-1, p. 22 ; 2012 : numéro 2013-1, p. 24 ; 2013 : numéro 2014-1, p. 24 ; 2014 : numéro 2015-1, p. 24 ; 2015 : numéro 2016-1, p. 24 ; 2016 : numéro 2017-1, p. 25 ; 2017 : numéro 2018-1, p. 26 ; 2018 : numéro 2019-1, p. 26).

14. Ces statistiques font apparaître une forte sous-représentation de régions entières du monde et « témoignent d'une nette division du travail au CIRDI : les actions sont introduites contre des États arabes, d'Afrique, d'Asie centrale et d'Europe de l'Est, et c'est à des Européens occidentaux et à des Nord-Américains qu'il revient de trancher et de déterminer la jurisprudence »²².

15. Bahreïn considère le manque de diversité comme l'une des préoccupations les plus pressantes concernant le système de RDIE actuel. Ce problème se pose de manière aiguë, tant sur le plan du genre que sur celui de l'origine géographique. Il faut s'employer bien davantage à remédier aux déséquilibres du système de nomination. Une réforme – et une réelle évolution – sont d'urgence nécessaires.

3.3. Coût et durée des affaires de RDIE

16. Bahreïn partage les préoccupations soulevées par le Secrétariat de la CNUDCI²³ et le Gouvernement thaïlandais²⁴ au sujet du coût et de la durée de la procédure arbitrale, tant pour les investisseurs – en particulier pour les petites et moyennes entreprises – que pour les États. L'enquête sur l'arbitrage international menée par l'Université Queen Mary et le cabinet juridique White & Case fait régulièrement apparaître la question des coûts comme étant la pire caractéristique de l'arbitrage international²⁵.

17. Une fois engagés, au titre du RDIE, dans un litige de taille portant sur un montant élevé, les États ont tendance à faire appel à l'assistance de cabinets juridiques internationaux. Ce sont les honoraires des avocats et des experts, et non ceux des arbitres ou des institutions arbitrales, qui sont la cause réelle de l'envolée des coûts. Les frais à engager pour s'attacher la meilleure représentation juridique possible sont en effet élevés, et la durée de la procédure, qui peut s'étendre sur plusieurs années, ne fait qu'accentuer les choses.

3.4 Uniformité et cohérence des décisions rendues dans le cadre du RDIE

18. Bahreïn relève les observations formulées par le Secrétariat de la CNUDCI dans la note illustrée de nombreux exemples qu'il a établie au sujet de la constance dans le RDIE²⁶. Il s'accorde avec le Secrétariat pour dire que l'uniformité et la cohérence ne sont pas des « objectifs en soi » et qu'il « [faut] faire preuve de prudence » lorsque l'on s'attache à « obtenir une interprétation uniforme » des dispositions figurant dans « toute la gamme des traités d'investissement », étant donné que le régime des traités d'investissement sous-jacents « n'[est] pas lui-même uniforme »²⁷.

²² Voir Ziadé, note 9 *supra*.

²³ Voir, de manière générale, CNUDCI, Groupe de travail III, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)*, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.149, 5 septembre 2018.

²⁴ Voir CNUDCI, Groupe de travail III, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)*, Observations du Gouvernement thaïlandais, A/CN.9/WG.III/WP.147, 11 avril 2018, par. 15 et 16, et 19 à 21.

²⁵ Queen Mary University of London School of International Arbitration et cabinet White & Case, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, par. 7, disponible à l'adresse <http://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-18.pdf> (« Il a également été demandé aux participants ce qu'ils considéraient comme étant les pires caractéristiques de l'arbitrage. Les précédentes enquêtes menées par l'École, qui couvrent une période remontant à 2006, ont montré que la principale source de mécontentement des utilisateurs était le "coût" de l'arbitrage. On observe, dans l'enquête actuelle, un maintien de cette tendance, le "coût" étant à nouveau, et de loin, l'option la plus fréquemment choisie. »).

²⁶ CNUDCI, Groupe de travail III, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : constance et questions connexes*, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.150, 28 août 2018.

²⁷ Ibid., par. 8.

19. En outre, Bahreïn relève les préoccupations exprimées dans la note du Secrétariat de la CNUDCI en ce qui concerne les interprétations divergentes des normes de fond²⁸.

20. Toutefois, il serait très regrettable que le Groupe de travail III considère ce manque d'uniformité comme une caractéristique générale de la jurisprudence du RDIE. Au contraire, il convient de signaler que dans de nombreux cas, les procédures de RDIE donnent lieu à des décisions uniformes. Par conséquent, les discussions ne devraient pas s'attarder outre mesure sur la question du manque d'uniformité.

21. S'agissant de l'expression d'opinions dissidentes lors du prononcé de sentences arbitrales, Bahreïn prend note de la préoccupation liée au fait que ces opinions « éman[ent] dans la grande majorité des cas »²⁹ des arbitres nommés par la partie perdante, ce qui « contrib[ue] à la perception générale d'une éventuelle partialité »³⁰. Cependant, les opinions divergentes peuvent jouer un rôle important dans le contexte de l'annulation.

4. Difficultés liées à l'adoption d'un système juridictionnel multilatéral permanent des investissements

4.1 Arguments en faveur de l'adoption d'un système juridictionnel des investissements

22. Face aux critiques soulevées par le RDIE, une proposition consiste à remplacer le système existant par un système juridictionnel permanent des investissements.

23. Le premier partisan de cette proposition est la Commission européenne. Les traités que l'Union européenne (UE) a conclus récemment avec le Canada, le Viet Nam et Singapour prévoient tous que les parties à l'accord sont soumises à un système juridictionnel des investissements³¹. La proposition de l'UE relative aux investissements qui figure au chapitre II du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) présente également un modèle de système juridictionnel des investissements³². En outre, chacun des instruments susmentionnés oblige les États contractants à œuvrer ensemble à la mise en place d'un système juridictionnel multilatéral des investissements³³.

24. Le CIDS (à la demande de la CNUDCI) a réalisé une étude afin de déterminer si la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (la « Convention de Maurice ») pouvait constituer un modèle approprié en vue d'une réforme plus large des aspects procéduraux du RDIE. Dans son premier rapport (le « rapport du CIDS »), le CIDS envisage « un système de règlement des différends véritablement multilatéral »³⁴, qui

²⁸ Ibid., par. 16 à 18, ainsi que les sentences et décisions mentionnées dans les notes de bas de page 8 à 40, qui ont été rendues par des tribunaux tranchant de différends relatifs à des investissements.

²⁹ CNUDCI, Groupe de travail III, *Garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres et des décideurs dans le RDIE*, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.151, 30 août 2018, par. 42 (citation du document A/CN.9/935, par. 58).

³⁰ Ibid.

³¹ Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'UE, chap. 8 (Investissement) ; Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viet Nam, chap. 3 (Règlement des différends) ; Accord de protection des investissements entre l'UE et Singapour, chap. 3 (Règlement des différends).

³² Voir la proposition de texte de l'Union européenne concernant le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI), chap. II (Investissements).

³³ Voir art. 8.29 de l'AECG (« Les Parties s'emploient à créer, de concert avec d'autres partenaires commerciaux, un tribunal multilatéral des investissements et un mécanisme d'appel connexe aux fins du règlement des différends relatifs aux investissements. ») ; art. 3.41 de l'Accord de libre-échange entre l'UE et le Viet Nam (libellé similaire) ; art. 3.12 de l'Accord de libre-échange entre l'UE et Singapour (libellé similaire) ; et art. 12 du (projet de) PTCI (libellé similaire). Au sujet de l'AECG et de l'Accord de libre-échange entre l'UE et le Viet Nam, le *rapport du CIDS* fait observer que « le nouvel organe multilatéral aurait compétence et remplacerait l'organe bilatéral permanent et/ou le tribunal d'appel existants dans le cadre des deux traités. » Voir *rapport du CIDS*, note 3 *supra*, par. 54.

³⁴ *Rapport du CIDS*, note 3 *supra*, p. 4.

prendrait la forme d'un tribunal multilatéral permanent des investissements (appelé le « Tribunal international des investissements ») et/ou d'un mécanisme d'appel pour les sentences rendues dans le cadre du RDIE. Selon le rapport du CIDS, ce tribunal pourrait être créé à l'aide d'une convention d'option positive, similaire à la Convention de Maurice³⁵. Le CIDS a ensuite élaboré, à l'intention de la CNUDCI, un rapport supplémentaire sur la composition d'un tribunal multilatéral des investissements, qui comprenait, entre autres, un examen des critères et de la procédure à appliquer pour la sélection des juges (le « rapport supplémentaire du CIDS »)³⁶.

25. Les partisans d'un système juridictionnel permanent des investissements y voient une solution pour répondre aux principales préoccupations soulevées par le RDIE. Par exemple :

- Les juges nommés pour faire partie d'un tribunal permanent siègeraient à titre permanent et non ponctuel, ce qui, selon les partisans de la création d'une telle instance, aiderait à garantir leur indépendance et leur impartialité. En outre, l'adoption d'un code de conduite contraignant et la sélection des juges à partir d'une liste permettraient de faire en sorte que tous les candidats aient la possibilité de connaître d'affaires³⁷ ;
- La création d'un tribunal permanent des investissements pourrait conduire à une interprétation plus cohérente des protections substantielles prévues par les accords internationaux d'investissement, tandis que l'interjection d'appels sur des questions de fait et de droit pourrait permettre de rectifier les décisions incorrectes et d'accroître la prévisibilité³⁸ ;
- La durée de la procédure serait soumise à des délais, dont l'extension ne serait accordée que dans des circonstances exceptionnelles³⁹ ;
- La pratique de la « double casquette » serait en définitive supprimée⁴⁰.

³⁵ Ibid., par. 75 à 78. En particulier, le *rapport du CIDS* indique que la convention d'option positive serait « l'instrument par lequel les parties » à des accords internationaux d'investissement « exprimeraient leur consentement » à soumettre les différends entre investisseurs et États à un tribunal permanent des investissements. Voir *rapport du CIDS*, note 3 *supra*, par. 212. Dans ce même rapport, il est proposé à la CNUDCI d'envisager la « feuille de route » suivante : i) déterminer les caractéristiques fondamentales du Tribunal international des investissements et du mécanisme d'appel ; et ii) élaborer une convention d'option positive qui ferait dépendre les accords internationaux d'investissement du Tribunal international et du mécanisme d'appel. S'agissant des instruments juridiques qui porteraient création du Tribunal international et du mécanisme d'appel (leurs « statuts »), le *rapport du CIDS* présente deux possibilités : ils pourraient prendre la forme soit d'instruments de droit souple, similaires au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui seraient élaborés par le Groupe de travail II, soit de traités.

³⁶ Voir, de manière générale, Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, *The Composition of a Multilateral Investment Court and of an Appeal Mechanism for Investment Awards: CIDS Supplemental Report* (CIDS – Geneva Center for International Dispute Settlement, 2017), disponible à l'adresse http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/CIDS_Supplemental_Report.pdf (ci-après le « rapport supplémentaire du CIDS »). Ce rapport mène une analyse comparative des cours et tribunaux internationaux et cherche à tirer des enseignements des comparaisons effectuées.

³⁷ Voir Chambre de règlement des différends de Bahreïn et Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Salient Issues in Investment Arbitration, Report on Panel 1: Should investment disputes be submitted to international arbitration or to a permanent investment court?* Commentaires de Markus Burgstaller (selon lesquels « les propositions de l'UE vis[ent] à répondre aux principales préoccupations du Groupe de travail III »), disponible à l'adresse <https://www.bcd-aaa.org/report-on-panel-1-should-investment-disputes-be-submitted-to-international-arbitration-or-to-a-permanent-investment-court/>.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid. Commentaires de Marc Bungenberg.

⁴⁰ En ce qui concerne la création d'un système juridictionnel des investissements, les traités menés par l'UE prévoient que la rémunération des juges peut être transformée en salaire régulier, auquel cas les juges « ne sont pas autorisés à exercer une autre activité professionnelle », sauf dérogation accordée « à titre exceptionnel ». Voir art. 9-15 du (projet de) PTCT ; art. 3.38-17 de l'accord de libre-échange entre l'UE et le Viet Nam (libellé similaire) ; et art. 3.10-13 de l'accord de libre-échange entre l'UE et Singapour (libellé similaire). Le CETA ne comporte pas de disposition similaire.

4.2 Préoccupations relatives à un système juridictionnel permanent des investissements

26. Si Bahreïn approuve nombre des critiques soulevées par le RDIE, il a des réserves concernant la question de savoir si un système juridictionnel permanent des investissements permettrait de remédier convenablement aux principaux défauts du système actuel. Un tribunal permanent pourrait même créer de nouveaux problèmes.

4.2.1 Risque de politisation de la nomination des juges

27. Au stade actuel, il est difficile d'échapper à l'impression qu'un système juridictionnel des investissements, tel qu'envisagé aujourd'hui, serait biaisé en faveur des États, surtout pour ce qui est de la nomination des juges⁴¹. Dans le système de RDIE en vigueur, les parties au différend participent sur un pied d'égalité à la composition du tribunal. Toutefois, selon le système décrit dans les traités menés par l'UE, le pouvoir de nommer les juges reviendrait exclusivement aux États. Par conséquent, un État partie à un différend tranché par un tribunal permanent des investissements aura joué un rôle central dans le processus de nomination en sa qualité de partie contractante au traité. Les investisseurs, en revanche, n'auront joué aucun rôle de ce type⁴². Le rapport supplémentaire du CIDS appelle également l'attention sur le rôle prédominant que les États seraient amenés à jouer dans la sélection des juges⁴³.

28. Sur la question de la nomination des juges, les partisans d'un système juridictionnel des investissements avancent ce qui suit : « Au moment de nommer les juges du mécanisme permanent, les parties contractantes sont censées choisir des juges objectifs plutôt que des juges perçus comme trop favorables aux investisseurs ou aux États, car elles ne doivent pas uniquement assimiler leurs intérêts défensifs, en tant qu'éventuels défendeurs dans des différends en matière d'investissement, mais également leurs intérêts offensifs, à savoir la nécessité de garantir à leurs investisseurs un niveau de protection adéquat. Ils adopteront donc une perspective à plus long terme ».⁴⁴

29. Toutefois, le fait de remplacer entièrement le système de nomination des arbitres par les parties au différend par un système dans lequel des juges sont nommés par les États parties au traité portant création du tribunal permanent des investissements crée un risque de politisation de la nomination des juges. Des observateurs se sont d'ailleurs inquiétés de l'éventualité d'un tel changement⁴⁵, qui entraînerait la perte de

⁴¹ Ziadé, note 7 *supra*.

⁴² Ibid.

⁴³ *Rapport supplémentaire du CIDS*, note 36 *supra*, par. 107 (« les États auront le contrôle du processus de sélection du fait du passage d'un cadre ad hoc à un cadre permanent en matière de règlement des différends. »). Ibid., p. 3 (« [L]es personnes appelées à trancher ne seraient plus nommées par les parties au différend, mais seraient essentiellement (encore que pas nécessairement exclusivement) choisies par les parties à l'instrument portant création des nouveaux organes juridictionnels. »). Ibid., par. 14 (« [L]es États seront à même de contribuer à la composition de l'organe en leur qualité de parties au traité. » et « [L]e passage d'un cadre ad hoc à un cadre permanent implique que l'une des catégories de parties aux différends perd tout contrôle sur le processus de sélection, qui est entièrement entre les mains de l'autre, car celle-ci est dans le même temps partie au traité. »).

⁴⁴ CNUDCI, Groupe de travail III, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)*, Communication présentée par l'Union européenne, A/CN.9/WG.III/ WP.159/Add.1, 24 janvier 2019, par. 23.

⁴⁵ *Rapport du CIDS*, note 3 *supra*, par. 34 (« L'expérience montre que les facteurs politiques ont été une "variable importante" dans l'élection des juges des tribunaux internationaux. La création d'un organe permanent pourrait avoir pour effet de réintroduire des considérations politiques dans le règlement des différends entre investisseurs et États, ce qui serait contraire à l'objectif fondamental du régime, et risquerait dès lors d'en affaiblir la légitimité. ») (citations internes omises). Voir également Association du barreau américain (ABA), Section du droit international, *Investment Treaty Working Group Task Force: Report on the Investment Court System Proposal* (14 octobre 2016) (ci-après le « rapport de l'ABA ») (« [D]es observateurs ont fait part de leur crainte que la sélection des juges ne soit menée de façon politique et ne comporte le risque que les parties au traité nomment des personnes qui, bien qu'indépendantes, aient tendance à être plus

l'une des caractéristiques fondamentales du régime de RDIE existant, lequel s'est révélé jusqu'à présent plutôt efficace pour dépolitiser le processus de nomination⁴⁶.

30. En outre, si le système juridictionnel des investissements devait exiger, à l'instar du modèle porté par l'UE, qu'une partie des juges soit nommée par des ressortissants de « pays tiers », il pourrait en résulter une pression maximale tendant à politiser la nomination des juges. Dans le cadre du (projet de) PTCI, seul un ressortissant d'un « pays tiers » peut présider le tribunal de première instance ou le tribunal d'appel. Les présidents des deux tribunaux jouissent de pouvoirs considérables. Ils statuent sur les récusations de juges⁴⁷, président leurs tribunaux respectifs⁴⁸ et nomment, pour chaque différend, les juges appelés à trancher⁴⁹. Il n'est pas évident de savoir si la même approche serait suivie pour un tribunal multilatéral des investissements. Au sujet des nominations dans le cadre d'un système juridictionnel multilatéral, le rapport supplémentaire du CIDS mentionne également les risques liés au mode de répartition des affaires entre les juges⁵⁰.

31. De plus, comme l'a fait remarquer un observateur, « le fait que les honoraires des juges seraient avancés par les seuls États rendrait les juges économiquement dépendants de ces derniers, ce qui pourrait les empêcher d'être perçus comme étant indépendants et impartiaux ».⁵¹

32. Par ailleurs, si les mandats des juges étaient renouvelables, certains États pourraient être tentés de s'opposer à une nouvelle nomination de ceux qu'ils considèrent comme ayant agi contre leurs intérêts.

33. Les propositions existantes en faveur d'un système juridictionnel permanent des investissements se fondent dans une large mesure sur le modèle de résolution des différends de l'OMC. Il convient toutefois de relever l'absence d'une caractéristique importante de ce modèle. En effet, dans le système de l'OMC, les parties aux différends peuvent sélectionner les membres des groupes spéciaux à partir d'une liste de juges, alors que les propositions tendant à créer un tribunal permanent des

sensibles aux intérêts des États défendeurs. Il pourrait en résulter l'impression que le tribunal des investissements est biaisé en faveur de l'État défendeur. ») (citations internes omises).

⁴⁶ Le rapport supplémentaire du CIDS mentionne également les risques de politisation de la nomination des juges d'un organe permanent. Voir rapport supplémentaire du CIDS, note 36 *supra*, par. 108 (« Comme le montre la pratique en vigueur dans les cours et tribunaux internationaux permanents existants, l'intervention des États (et notamment, au sein de l'appareil étatique, des gouvernements des États) pourrait entraîner des risques de politisation du processus de sélection. ») (citations internes omises).

⁴⁷ Voir art. 11-2 et 11-3 du (projet de) PTCI. Voir également art. 3.4011-2 et 3.4011-3 de l'Accord de libre-échange entre l'UE et le Viet Nam ; et art. 3.1140-2 et 3.1140-3 de l'Accord de libre-échange entre l'UE et Singapour (libellé similaire). Dans le cadre de l'AECG, c'est le président de la Cour internationale de Justice qui statue sur les demandes en récusation. Voir art. 8.30-2 de l'AECG.

⁴⁸ Voir art. 9-6 du (projet de) PTCI (« La division est présidée par le juge qui est un ressortissant d'un pays tiers. »). Voir également art. 8.27-6 de l'AECG (libellé similaire).

⁴⁹ Voir art. 9-7 du (projet de) PTCI (qui dispose que le président du tribunal « nomme » les juges chargés de connaître du différend « suivant un système de rotation », de sorte à assurer une composition « aléatoire et imprévisible » des divisions, tout en donnant à tous les juges « des possibilités égales » de siéger. Voir également art. 8.27-7 de l'AECG (libellé similaire) ; art. 3.38-7 de l'Accord de libre-échange entre l'UE et le Viet Nam (libellé similaire) ; et art. 3.9-8 de l'Accord de libre-échange entre l'UE et Singapour (libellé similaire).

⁵⁰ Sur la question de l'éventuelle mise en place d'un « système de liste » pour l'attribution des affaires aux juges, le rapport supplémentaire du CIDS, tout en en mentionnant certains avantages, soulève des préoccupations à propos de ce système. Voir rapport supplémentaire du CIDS, note 36 *supra*, par. 173 (« Le système de liste perpétuerait les préoccupations concernant la tendance des personnes appelées à trancher à favoriser la partie qui les a nommées et au pouvoir excessif revenant de ce fait au président de la chambre. ») ; *ibid.*, par. 174 (« [E]n cas de recours à un système de liste, on peut s'attendre à ce que les membres du [Tribunal international des investissements], en vue d'obtenir des nominations, cherchent à se doter d'un profil "pro-investisseur" ou "pro-État", d'où un risque de polarisation. »).

⁵¹ Burgstaller, note 37 *supra*. Voir également rapport du CIDS, note 3 *supra*, par. 34 (« [L]a nomination de juges permanents par les États pourrait créer des problèmes d'impartialité. Il pourrait exister un risque intrinsèque que soient sélectionnées uniquement ou presque des personnes "pro-État", surtout si elles devaient être payées par les seuls États. Il serait pour le moins "inquiétant de devoir se fier au jugement de personnes qui seraient précisément redevables aux États dont on évalue la conduite." ») (citations internes omises).

investissements n'offrent pas de tel choix. Cela revient à supprimer entièrement le principe de l'autonomie des parties du processus de nomination des membres du tribunal arbitral, comme l'a souligné la Section du droit international de l'Association du barreau américain⁵².

34. Afin de dissiper ces craintes d'une perte totale du principe d'un tribunal nommé par les parties, il a été émis l'idée que la nomination des juges « pourrait se fonder en partie sur la consultation d'organisations représentant les intérêts des investisseurs »⁵³. Toutefois, cette proposition soulève d'emblée deux questions. Premièrement, qui serait chargé de déterminer et de nommer ces organisations commerciales ? Deuxièmement, les recommandations de ces organisations, à moins que les États contractants ne soient soumis à une obligation d'y donner suite, n'auraient qu'une incidence limitée et une valeur purement persuasive⁵⁴.

4.2.2 Conflits d'intérêts

35. Comme indiqué ci-dessus, les conflits d'intérêts sont une réelle source de préoccupation dans le domaine du RDIE⁵⁵. Loin de dissiper ces préoccupations, les propositions actuelles ne feraient probablement que perpétuer des pratiques douteuses. Pour le moment, c'est le président du tribunal de première instance ou du tribunal d'appel qui, seul, statue sur les récusations de juges⁵⁶. Cela comporte des risques similaires à ceux mis en avant à propos de l'octroi à une autorité de nomination du pouvoir de statuer sur une récusation⁵⁷.

4.2.3 Diversité

36. La présente communication a déjà mentionné la forte sous-représentation de régions entières du monde dans la composition des tribunaux qui tranchent d'affaires de RDIE⁵⁸. Tout projet de réforme doit remédier à cette situation.

37. D'une certaine manière, la proposition actuelle tendant à créer un système juridictionnel permanent des investissements ouvre potentiellement la voie à une plus grande diversité. Dans le modèle porté par l'UE, par exemple, une partie des juges est sélectionnée parmi des ressortissants d'un « pays tiers », c'est-à-dire parmi des personnes qui ne sont ressortissants ni d'un pays de l'UE ni d'un autre État contractant⁵⁹.

⁵² Voir rapport de l'ABA, note 45 *supra*, p. 30 (« Le tribunal des investissements est inspiré du modèle de règlement des différends de l'OMC. Toutefois, il ne tiendra aucun compte de l'avis des parties au différend pour définir la composition du groupe particulier de ses membres qui sera appelé à connaître de l'affaire. Cette approche tranche avec celle suivie dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, où les parties au différend choisissent les membres du groupe spécial chargé de traiter leur affaire à partir de propositions du Secrétariat de l'OMC. »).

⁵³ *Rapport du CIDS*, note 3 *supra*, par. 99. Voir également rapport supplémentaire du CIDS, note 36 *supra*, par. 113 (« [L]e processus [de sélection des candidats] devrait être ouvert à la prise en compte des avis de plusieurs parties prenantes. L'une des étapes du processus devrait donc consister à faire en sorte que la sélection des candidats tienne compte des avis de parties prenantes autres que les États. ») (citations internes omises). Ibid., par. 211 (« [T]out processus de sélection conçu par les États devrait être considéré comme légitime par l'ensemble des parties prenantes. »). Voir également CNUDCI, Groupe de travail III, *Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des différends : réformes du règlement des différends entre investisseurs et États*, Note du Secrétariat, A/CN.9/917, 20 avril 2017, par. 36 (« On s'est demandé si seuls des États participeraient au processus électoral et s'il ne faudrait pas envisager de consulter également des organisations commerciales (c'est-à-dire des organisations représentant les intérêts des investisseurs), afin d'éviter que le choix porte uniquement ou presque sur des juges-arbitres "pro-État", en particulier si le système était entièrement financé par des États. »).

⁵⁴ Ziadé, note 7 *supra*.

⁵⁵ Paragraphes 4 à 10 de la présente communication.

⁵⁶ Voir art. 9-6 du (projet de) PTCI (« La division est présidée par le juge qui est un ressortissant d'un pays tiers. »). Voir également art. 8.27-6 de l'AECG (libellé similaire).

⁵⁷ Voir paragraphe 7 de la présente communication.

⁵⁸ Paragraphes 11 à 15 de la présente communication.

⁵⁹ Voir, par exemple, art. 8.27-6 de l'AECG (« Le Tribunal instruit les affaires en divisions composées de trois de ses membres, à savoir un ressortissant d'un État membre de l'Union

38. Il est toutefois regrettable que, selon les propositions actuelles, le système juridictionnel des investissements ne prévoit pas de critères liés à la diversité pour le recrutement des juges. À propos du (projet de) PTCI, la Section du droit international de l'Association du barreau américain relève que le tribunal des investissements « ne tient pas compte de la diversité » et qu'« [i]l n'existe pas de directives expresses selon lesquelles ses membres se composent de personnes diverses », et fait remarquer que « [l]e tribunal des investissements n'est pas assez grand pour garantir la présence en son sein d'un représentant de chaque membre de l'UE »⁶⁰. À ce stade, il est difficile de savoir comment un système juridictionnel multilatéral des investissements garantirait la diversité de genre et d'origine géographique, ou un équilibre entre pays exportateurs et importateurs de capitaux, ou entre les économies avancées d'une part, et les marchés émergents et les pays en développement d'autre part.

4.2.4 Coûts

39. Comme indiqué plus haut, les honoraires des avocats et des experts représentent le gros des coûts⁶¹. Dans le cadre d'un système juridictionnel permanent des investissements⁶², non seulement ces coûts continueront d'exister, mais ils pourraient également augmenter du fait de l'instauration d'un mécanisme d'appel. Par ailleurs, de nombreuses questions restent sans réponse quant à la manière dont les États contribueraient aux coûts d'un tribunal multilatéral des investissements et procéderaient à leur partage :

- Comment le financement du budget du tribunal serait-il réparti entre les États fondateurs du système juridictionnel des investissements ? Et comment et dans quelles proportions contribueraient les États qui intégreraient le système ultérieurement ?
- Comme le montre l'expérience d'autres cours et tribunaux internationaux, notamment de la Cour pénale internationale et d'autres tribunaux pénaux internationaux spécialisés, des coûts très élevés et imprévus sont bien trop souvent à supporter. Cela doit servir d'avertissement salutaire quant au fait que la création d'organes permanents comporte le risque de dépenses considérables⁶³.

4.2.5 Capacité d'uniformiser la jurisprudence du RDIE

40. Actuellement, il n'existe pas, dans le RDIE, de doctrine de *stare decisis* ou d'autorité stricte des précédents. L'une des critiques exprimées à l'égard du régime existant est l'absence de mécanisme d'appel destiné à rectifier les sentences et à favoriser ainsi une uniformité de fond de la jurisprudence. La procédure d'annulation existant pour les différends administrés par le CIRDI prévoit peu de motifs de révision. Les partisans d'un système juridictionnel permanent des investissements, comme l'UE, avancent que les décisions des « organes permanents » qui « f[ont] l'objet d'un examen par voie d'appel » permettent d'assurer la régularité et une « prévisibilité accrue »⁶⁴.

européenne, un ressortissant du Canada et un ressortissant d'un pays tiers. La division est présidée par le membre du Tribunal qui est un ressortissant d'un pays tiers. »). Voir également art. 3.39-8 de l'Accord de libre-échange en l'UE et le Viet Nam (« Le tribunal d'appel examine les appels dont il est saisi en formations de trois membres, composées d'un ressortissant d'un État membre de l'Union, d'un ressortissant du Viet Nam et d'un ressortissant d'un pays tiers. La division est présidée par le juge qui est un ressortissant d'un pays tiers. »)

⁶⁰ Rapport de l'ABA, note 45 *supra*, p. 27 et 28.

⁶¹ Paragraphe 17 de la présente communication.

⁶² Voir Ziadé, note 7 *supra*.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ CNUDCI, Groupe de travail III, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Communication présentée par l'Union européenne, [A/CN.9/WG.III/WP.145](#), 12 décembre 2017, par. 8. Voir également CNUDCI, Groupe de travail III, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres, [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), 24 janvier 2019, par. 41 (« La prévisibilité et la cohérence ne

41. Il existe, toutefois, des limites pratiques à la capacité d'un organe permanent à favoriser une plus grande cohérence de la jurisprudence du RDIE. Sauf si une majorité d'États « adhèrent » à un système juridictionnel multilatéral des investissements et modifient l'ensemble de leur portefeuille de traités bilatéraux d'investissement existants de façon à permettre un examen en appel par un tribunal multilatéral des investissements, les normes de fond des traités continueront de faire l'objet d'interprétations divergentes. Ce problème est inévitable du fait de l'existence d'un corpus d'environ 3 000 accords internationaux d'investissement composé de traités bilatéraux et multilatéraux aux libellés disparates. Comme l'a fait remarquer un observateur : « [L]'idée selon laquelle un tribunal des investissements conduirait à davantage d'uniformité repos[e] sur l'hypothèse que ses jugements se fonderaient sur un traité d'investissement commun. C'est toutefois l'inverse qui [est] vrai, et quels que soient les efforts déployés par le tribunal pour faire preuve de cohérence dans sa prise de décisions, il en serait inévitablement empêché par le grand nombre de traités internationaux d'investissement différents qu'il aurait à appliquer et par la diversité des normes de fond prescrites dans ces traités. Toute tentative d'uniformisation globale nécessiterait donc en premier lieu une convergence des règles de procédure et des règles de fond, ce qui [est] dans l'immédiat peu probable, dans la mesure où la communauté internationale [a] des vues divergentes sur ce sujet. »⁶⁵

4.2.6 Conséquences négatives de l'instauration de procédures d'appel dans le RDIE

42. Outre le défi majeur consistant à couvrir les quelque 3 000 accords internationaux d'investissement existants à l'aide d'un mécanisme d'appel, la mise en place d'un tel processus dans le RDIE augmenterait la durée et le coût de la procédure. Dans son récent rapport sur la question de l'uniformité, l'Association internationale du barreau a émis la mise en garde suivante : « [L]'existence d'un mécanisme d'appel se traduira probablement par une augmentation du nombre de contestations de sentences arbitrales, ce qui occasionnerait des coûts et des retards supplémentaires dans le processus de règlement des différends. Par conséquent, les États seront contraints de consacrer davantage de ressources à leur défense contre des demandes fondées sur des traités d'investissement, au détriment de leurs dépenses internes. »⁶⁶

43. De plus, le fait d'ouvrir la voie aux appels permettra aux investisseurs – et pas seulement aux États – de faire appel. Le danger existe que les appels, une fois instaurés, deviennent rapidement la norme dans les litiges soumis au RDIE. Quel serait l'avis des États concernant un système dans lequel les investisseurs perdants pourraient normalement et systématiquement faire appel des sentences rendues en leur défaveur⁶⁷ ?

4.2.7 Caractère exécutoire des sentences dans les États tiers

44. Il est indispensable, pour le succès d'un système juridictionnel permanent des investissements, que les sentences rendues par le tribunal puissent être exécutées. Comme indiqué dans le rapport du CIDS : « Le caractère exécutoire des sentences du [Tribunal international des investissements] est indispensable à l'efficacité globale du système et dépend en grande partie de la caractérisation du [Tribunal] comme étant un organe arbitral ou judiciaire. Si les décisions du [Tribunal international des investissements] ne peuvent être considérées comme étant de nature arbitrale en

peuvent être mises en place de manière efficace que par l'établissement d'un mécanisme permanent disposant de juges titulaires, à temps plein. »).

⁶⁵ Burgstaller, note 37 *supra*.

⁶⁶ Association internationale du barreau, *Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration: A report by the IBA Arbitration Subcommittee on Investment Treaty Arbitration* (novembre 2018), disponible à l'adresse https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/investment_treaty_report_2018_full.pdf.

⁶⁷ Voir Ziadé, note 7 *supra*.

raison des caractéristiques principalement juridictionnelles de cet organe, les chances d'exécution seraient considérablement réduites. »⁶⁸

45. Il ne suffit pas que les sentences d'un tribunal permanent des investissements soient mutuellement reconnues et exécutées par les États parties au traité multilatéral d'option positive portant création de ce tribunal. Jusqu'à ce qu'une majorité d'États ait adhéré à un système juridictionnel permanent des investissements, l'efficacité d'un tribunal des investissements sera évaluée d'après le caractère exécutoire de ses sentences dans les États tiers, qui n'ont pas adhéré au traité.

46. Il est impératif de souligner les grandes différences qui existent entre les sentences arbitrales et les jugements des tribunaux internationaux sur le plan du caractère exécutoire. Étendu dans le cas des premières, y compris dans les États tiers, il ne l'est pas dans le cas des seconds.

47. Les jugements des tribunaux internationaux se différencient des sentences arbitrales en ceci qu'il n'est pas prévu de système pour leur reconnaissance et leur exécution internationales, qui sont donc beaucoup moins larges. Comme le confirme le rapport du CIDS : « [C]ontrairement à ce qui est prévu dans le cas des sentences arbitrales, il n'existe pas de régime international uniforme pour l'exécution des jugements des tribunaux internationaux. Une décision internationale de cette nature n'aurait force exécutoire qu'en vertu des règles spécifiques prévues dans l'instrument portant création du tribunal. En d'autres termes, les États qui n'ont pas adhéré à cet instrument n'ont aucune obligation d'exécuter les décisions émanant du tribunal. De fait, dans la plupart des États, il n'existe pas aujourd'hui de base légale ni de mécanisme judiciaire pour l'exécution des jugements internationaux. C'est principalement pour cette raison que le nouvel organe devrait impérativement être conçu de façon à revêtir une nature arbitrale, faute de quoi le risque serait de créer un système de règlement des différends hautement inefficace. »⁶⁹

48. En conséquence, il est essentiel de caractériser les sentences rendues par un tribunal permanent des investissements comme étant « arbitrales » si l'on veut qu'elles soient exécutoires dans les États tiers⁷⁰.

49. Bahreïn souligne que la présente communication ne saurait avoir pour objet d'apporter une réponse à ce qui constitue une question importante et difficile. Elle vise plutôt seulement à appeler l'attention du Groupe de travail III sur le fait que le caractère exécutoire des sentences rendues par un tribunal permanent des investissements, question non résolue à ce jour, est l'un des points les plus importants qu'il lui faudrait tirer au clair avant de pouvoir raisonnablement déterminer si un tribunal permanent des investissements représente une alternative viable et crédible au RDIE.

50. Force est de constater que des différences d'opinion importantes subsistent parmi les théoriciens du droit en ce qui concerne la question de savoir si les sentences rendues par un tribunal des investissements sont des sentences arbitrales auxquelles s'appliquent les mécanismes d'exécution de la Convention CIRDI et de la Convention de New York.

⁶⁸ Rapport du CIDS, note 3 *supra*, par. 138.

⁶⁹ Rapport du CIDS, note 3 *supra*, par. 138.

⁷⁰ Comme le met en avant le rapport du CIDS : « La caractérisation du [Tribunal international des investissements] comme étant un organe de nature arbitrale ou judiciaire ne va pas de soi, étant donné que ce nouvel organe de résolution des différends marquerait une "rupture" considérable par rapport aux modèles précédents, y compris l'arbitrage entre investisseurs et États et le règlement juridictionnel entre États, et la place qu'il occuperait au sein des catégories traditionnelles du règlement des différends internationaux apparaît incertaine. » Ibid. par. 82.

5. Autres propositions de réforme des aspects procéduraux du RDIE

5.1 Le Groupe de travail III devrait se demander si les amendements que le CIRDI propose d'apporter à ses règlements répondraient aux critiques soulevées par le RDIE

51. Étant donné que le CIRDI administre actuellement la majorité des différends relevant du RDIE⁷¹, il serait judicieux que le Groupe de travail III se demande si les amendements qu'il est proposé d'apporter à ses règlements répondent de manière plus générale aux critiques dont le RDIE fait l'objet. En août 2018, le CIRDI a publié les amendements qu'il proposait d'apporter à ses règlements⁷². Plus récemment (en janvier et mars 2019), il a publié un recueil des commentaires qu'il avait reçus des États, des organisations internationales et régionales, des cabinets juridiques internationaux, des universitaires et des arbitres, ainsi que la deuxième version des amendements qu'il proposait d'apporter à ses règlements⁷³.

52. Les amendements proposés par le CIRDI visent à répondre aux critiques soulevées par le RDIE en ce qui concerne la durée de la procédure, les coûts, l'efficacité et la transparence⁷⁴.

5.2 Une réforme du RDIE est préférable à la création d'un système juridictionnel permanent des investissements

53. Compte tenu des préoccupations exprimées ci-dessus au sujet de la création d'un tribunal permanent des investissements, le Groupe de travail III pourrait logiquement estimer que toute proposition en ce sens serait pour l'heure prématurée. Malgré certains défauts, le système de RDIE à l'avantage d'être un mécanisme bien rodé de règlement des différends relatifs aux investissements. Les doutes qui existent quant à l'efficacité d'un tribunal permanent des investissements créent le risque que, selon les propos d'un observateur, « les investisseurs ne deviennent réticents à investir dans les pays qui ont rejoint le tribunal, ou qu'ils ne subordonnent leurs investissements à l'insertion de clauses compromissaires dans les contrats d'investissement, ou ne négocient un taux de rendement beaucoup plus élevé pour leurs investissements, afin de compenser la hausse perçue du risque. »⁷⁵ Si les investisseurs devaient se désengager, cela pourrait avoir une incidence négative sur la capacité des États à attirer des investissements étrangers directs.

54. Pour toutes ces raisons, Bahreïn estime qu'une réforme prudente et réfléchie du RDIE serait préférable aux nombreuses incertitudes liées à la création d'un tribunal permanent des investissements. Comme l'a affirmé un observateur, « il faut donner une chance de faire ses preuves » à un arbitrage d'investissement « réformé »⁷⁶. Les propositions de Bahreïn en vue d'une réforme du RDIE sont présentées ci-dessous.

⁷¹ Voir paragraphe 13 de la présente communication.

⁷² Voir CIRDI, *Propositions d'amendement des règlements du CIRDI – Synopsis* (2 août 2018), disponible à l'adresse https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/Homepage/Synopsis_French.pdf ; CIRDI, *Propositions d'amendement des règlements du CIRDI – Projet de règlements consolidé* (2 août 2018), disponible à l'adresse https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/Homepage/Amendments%20Vol.%202/Vol.%202%20French/VII.%20Amendments_Vol_2-French_AF%20AR.pdf.

⁷³ Ont formulé des commentaires sur les amendements proposés par le CIRDI les États et organisations internationales et régionales suivants : Algérie, Argentine, Arménie, Autriche, Canada, Colombie, Costa Rica, Émirats arabes unis, Espagne, France, Géorgie, Guatemala, Hongrie, Indonésie, Israël, Italie, Japon, Malte, Maroc, Maurice, Nigéria, Oman, Panama, Pays-Bas, Qatar, République démocratique du Congo, République hellénique, République populaire de Chine, République slovaque, Singapour, Togo, Tunisie, Turquie, Ukraine, Union africaine, et Union européenne et ses États membres. Voir https://icsid.worldbank.org/en/Documents/State_Public_Comments_Rule_Amendment_Project_1.17.19.pdf. Pour la deuxième version des propositions d'amendement des règlements du CIRDI, voir CIRDI, *Propositions d'amendement des règlements du CIRDI* (mars 2019), disponible à l'adresse https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Vol_1.pdf.

⁷⁴ Voir, de manière générale, les documents du CIRDI cités *supra* dans les notes 72 et 73.

⁷⁵ Voir Ziadé, note 7 *supra*.

⁷⁶ Ibid.

5.3 Propositions de Bahreïn en vue d'une réforme des aspects procéduraux du RDIE

Code de conduite concernant les conflits d'intérêts

55. En tant qu'organismes neutres, les institutions arbitrales devraient prendre l'initiative d'élaborer des codes de conduite contraignants. Ces codes devraient traiter de tous les aspects des conflits d'intérêts, notamment de la sélection des arbitres, de leurs obligations éthiques, de leur récusation, et des normes éthiques applicables à la conduite des avocats et du personnel des institutions.

56. S'agissant des récusations, le code de conduite devrait énoncer des directives claires et applicables sur ce qui constitue ou non une conduite admissible. Les différents cas de figure de la pratique de la « double casquette » devraient être couverts. Il convient également d'envisager la création, au sein d'une institution arbitrale, d'un organe véritablement indépendant qui soit spécialement chargé de traiter les demandes en récusation. Cela mettrait fin à la pratique du CIRDI selon laquelle un arbitre récusé voit son sort tranché par les autres membres du tribunal ou, en cas de désaccord entre ces derniers, par le Président de la Banque mondiale.

57. Le Groupe de travail voudra peut-être, de fait, se demander si les institutions arbitrales devraient se voir confier un plus grand rôle dans la sélection des arbitres lors du processus de nomination. Ce point de vue a été avancé dans une affaire récente du CIRDI par un arbitre dissident⁷⁷, qui a estimé que le CIRDI devrait fournir une liste d'arbitres présélectionnés⁷⁸.

58. En outre, dans les différends complexes et sensibles soumis au RDIE, il serait peut-être prudent de porter le nombre de membres du tribunal à cinq ou sept, ce qui non seulement ouvrirait la voie à une plus grande diversité, mais également éviterait de concentrer le pouvoir dans les mains de quelques personnes⁷⁹.

Élargir la réserve d'arbitres de manière à y intégrer davantage de femmes et de représentants de pays en développement

59. Bahreïn salue les actions menées récemment en vue d'assurer la nomination d'un plus grand nombre de femmes dans les tribunaux arbitraux, notamment l'initiative Equal Representation in Arbitration Pledge (« Engagement en faveur d'une représentation égale dans l'arbitrage »)⁸⁰, qui vise à accroître, sur la base de l'égalité des chances, le nombre de femmes nommées arbitres, le but étant d'atteindre la parité des genres. Les actions en faveur de la diversité doivent également se donner pour objectif d'élargir la réserve d'arbitres de manière à y intégrer des représentants de pays en développement, de sorte que « tous les systèmes juridiques du monde

⁷⁷ Voir *Supervision y Control S.A. c. République du Costa Rica*, affaire CIRDI n° ARB/12/4, opinion dissidente de l'arbitre Joseph P. Klock, 18 janvier 2017, p. 13 et 14 (« [L]a disposition selon laquelle deux des membres du tribunal sont choisis par les parties à l'accord crée une atmosphère conflictuelle inconfortable qui, selon moi, imprègne la procédure. Elle fait peser sur ces deux autres parties une véritable charge éthique liée à l'obligation de se détacher des intérêts des personnes qui les ont choisies pour siéger. »).

⁷⁸ Ibid., p. 14 (« [I]l serait nettement préférable, pour la dignité et l'intégrité de la procédure du CIRDI, que les membres du tribunal soient sélectionnés à partir de listes entièrement établies par le Centre après un examen attentif visant à garantir que tout arbitre susceptible d'être sélectionné n'ait pas de conflits, qu'il s'agisse non seulement de conflits réels, lesquels devraient être repérés lors de l'examen effectué, mais aussi de conflits perçus, liés soit à des questions en litige, soit à des relations. Il serait malvenu, pour le CIRDI, d'être décrit à tort comme un club où le résultat peut être influencé par les relations existant entre les personnes qui exercent tantôt comme avocats, tantôt comme arbitres. »).

⁷⁹ Voir Kaufmann-Kohler, *Accountability in International Investment Arbitration*, Charles N. Brower Lecture, American Society of International Law, (31 mars 2016) (« Peut-être aurait-on intérêt à étudier la question de savoir si le nombre de décideurs ne devrait pas être augmenté (au moins pour certaines affaires), afin d'optimiser la prise de décisions et d'éviter une trop forte concentration du pouvoir dans les mains des différents membres. »).

⁸⁰ Voir, de manière générale, <http://www.arbitrationpledge.com/>. Voir également <http://www.gqualcampaign.org/home/>, initiative qui promeut la parité des genres dans la représentation internationale.

soient équitablement et largement représentés dans les tribunaux arbitraux qui établissent la jurisprudence [du RDIE] »⁸¹.

60. Il convient de signaler que la promotion d'une plus grande diversité des arbitres nommés au sein des tribunaux arbitraux ne dépend pas de la réforme du RDIE. Le système de nomination des arbitres par les parties permet déjà aux États de proposer et de nommer davantage de femmes et de membres provenant de pays en développement. Cela tient uniquement à leur volonté de le faire.

61. Bahreïn serait favorable à ce qu'il soit recommandé à la CNUDCI d'ajouter expressément des éléments liés à la diversité aux critères de sélection des membres des tribunaux arbitraux, et d'inviter les institutions arbitrales à publier régulièrement des statistiques sur la diversité de la composition de leurs tribunaux arbitraux.

Comités conjoints d'interprétation

62. Afin d'harmoniser l'interprétation des dispositions des traités, des comités conjoints d'interprétation siégeant parallèlement aux tribunaux arbitraux pourraient offrir une meilleure solution qu'un mécanisme d'appel. Les tribunaux arbitraux continueraient de décider des questions de fait et d'examiner les questions de droit, tandis qu'un organe d'interprétation permanent leur fournirait en parallèle des orientations sur la jurisprudence. Des comités conjoints d'interprétation faisant autorité apporteraient aux investisseurs et aux États une clarté dont ils ont grand besoin⁸². Cette solution serait également moins lourde qu'une procédure d'appel.

Groupe d'arbitres se consacrant spécialement aux décisions d'annulation

63. L'idée est que le CIRDI devrait créer un groupe diversifié d'arbitres spécialisés dans la conduite des procédures d'annulation, ce qui favoriserait l'uniformité d'application de la Convention CIRDI et des règlements du CIRDI par les comités d'annulation⁸³.

Ajout de nouveaux motifs d'annulation dans les accords internationaux d'investissement

64. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'élaborer des clauses types prévoyant des motifs supplémentaires d'annulation, que les États seraient libres d'insérer dans les traités internationaux d'investissement nouveaux ou existants. Cela permettrait de répondre à la critique selon laquelle le système du CIRDI ne prévoit que des motifs d'annulation restreints⁸⁴.

6. Priorité accordée par le Groupe de travail aux aspects procéduraux : une occasion manquée

65. Bahreïn partage l'avis exprimé par les Gouvernements thaïlandais et indonésien dans les observations qu'ils ont présentées au Groupe de travail III selon lequel le fait de restreindre l'examen de la réforme du RDIE aux seuls aspects procéduraux – sans envisager de réforme des protections substantielles des traités – représente une occasion manquée⁸⁵.

⁸¹ Voir Ziadé, note 9 *supra*.

⁸² Commentaires de Nassib Ziadé, note 37 *supra*.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Voir Observations du Gouvernement thaïlandais, note 24 *supra*, par. 1 (« [L]es discussions sur la réforme du RDIE devraient être axées non seulement sur les questions de procédure, mais aussi sur les questions de fond, compte tenu des divergences substantielles qui existent entre les accords internationaux d'investissement. »). Voir également, CNUDCI, Groupe de travail III, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Note du Secrétariat, Observations du Gouvernement indonésien, A/CN.9/WG.III/WP/156, 9 novembre 2018, par. 1 (« Le débat sur la réforme proposée [du RDIE] dans le cadre de la CNUDCI repose sur une dichotomie fond-procédure. Cette dichotomie, selon l'Indonésie, pourrait en fait contrarier

66. Pourquoi une réforme de fond du RDIE est-elle si nécessaire ? Bahreïn remercie la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) pour les travaux importants qu'elle a menés sur cette question, publiant notamment plusieurs rapports. Il souhaite formuler, à ce sujet, trois brèves observations.

- Premièrement, plus de 2 500 traités internationaux d'investissement actuellement en vigueur (95 % des traités en vigueur) ont été conclus avant 2010⁸⁶. La plupart ont été négociés dans les années 1990⁸⁷. Ces traités de première génération comportent généralement des dispositions similaires, formulées de manière large, mais « peu de garanties »⁸⁸. Les traités internationaux d'investissement de première génération conduisent à des interprétations divergentes des normes conventionnelles⁸⁹.
- Deuxièmement, à la différence des traités internationaux d'investissement de première génération, les traités modernes offrent de plus en plus de clarté au sujet des protections substantielles, mettant notamment l'accent sur le droit des États à réglementer⁹⁰.
- Troisièmement, selon la CNUCED, à la fin de 2016, plus de 1 000 traités bilatéraux d'investissement avaient atteint le stade auquel l'une des parties contractantes pouvait les résilier de manière unilatérale, et beaucoup d'autres atteindront ce stade à l'avenir⁹¹. Cette arrivée à échéance offre l'occasion d'une réforme par révision, amendement ou remplacement intégral de traités anciens par des traités nouveaux et plus modernes. Toutefois, si un État omet de déclencher la résiliation d'un traité international d'investissement « en fin de vie », l'accord continue pendant une durée variable, précisée dans une clause de survie⁹². Comme l'a fait observer la CNUCED, « [l]e fait de permettre l'application d'un traité d'ancienne génération (non réformé)

l'objectif d'un véritable mécanisme de RDIE, car il est difficile de distinguer fond et procédure. »).

⁸⁶ CNUCED, *World Investment Report 2017* (Rapport sur l'investissement dans le monde 2017), disponible à l'adresse https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ CNUCED, *World Investment Report 2015* (Rapport sur l'investissement dans le monde 2015), p. 137, disponible à l'adresse https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf (« les [accords internationaux d'investissement] de première génération comprenaient généralement une clause de traitement juste et équitable non restrictive ») ; *ibid.*, p. 139 (« Traditionnellement, les [accords internationaux d'investissement] ne prévoient pas de critères pour distinguer une mesure étatique équivalant à une expropriation indirecte d'une mesure étatique de nature plus réglementaire pour laquelle aucune indemnisation n'est due. ») ; *ibid.*, p. 140 (« les [accords internationaux d'investissement] traditionnels, en général, ne prévoient pas expressément d'exceptions d'ordre public (...) ») ; *ibid.*, p. 143 (« Une définition traditionnelle, non restrictive d'un investissement offre une protection à tous les types d'actifs. Cette approche, bien qu'elle vise sans doute à favoriser un effet d'attraction des investissements, peut également couvrir des opérations économiques non envisagées par les parties ou exposer les États à des responsabilités imprévues (...) ») ; *ibid.*, p. 144 (« Les [accords internationaux d'investissement] traditionnels ne précisent pas le type de réparations judiciaires qu'un tribunal peut ordonner contre un État. »).

⁹⁰ Note 86 *supra*, p. 120 (La CNUCED note qu'« [u]n certain nombre d'éléments conventionnels figurant dans les [accords internationaux d'investissement] conclus en 2016 visent plus largement à préserver un espace réglementaire et/ou à réduire au minimum l'éventualité d'un arbitrage d'investissement. Ces éléments incluent des clauses qui i) limitent le champ d'application du traité (par exemple, en excluant certains types d'actifs de la définition d'un investissement) ; ii) clarifient les obligations (par exemple, en intégrant des clauses plus détaillées sur le [traitement juste et équitable] et/ou l'expropriation indirecte) ; iii) prévoient des exceptions aux obligations en matière de transfert de fonds ou des exceptions prudentielles ; et iv) réglementent le RDIE de manière détaillée (par exemple, en indiquant quelles dispositions conventionnelles relèvent du RDIE, en excluant du RDIE certains domaines de politique générale, en établissant un mécanisme spécial pour la taxation et les mesures prudentielles, et/ou en limitant le délai imparti pour le dépôt des demandes). On constate notamment que 13 des traités examinés limitent l'accès au RDIE, et que 16 d'entre eux omettent la clause dite "parapluie" (réduisant ainsi également l'accès au RDIE (...)) »).

⁹¹ Ibid., p. 127.

⁹² Figurant dans la plupart des traités d'investissement, les clauses de survie ont pour objet d'étendre le traité pour une durée supplémentaire après sa date d'échéance (dans certains cas pour 5 ans, mais le plus souvent pour 10, 15, voire 20 ans). Ibid., p. 132.

longtemps après qu'il est arrivé à échéance [...] nuit aux efforts de réforme (...)»⁹³.

67. Certains États ont exercé leur droit souverain à élaborer et négocier des accords internationaux d'investissement plus modernes qui traitent plus clairement des protections substantielles prévues dans le cadre du RDIE et prévoient une approche plus équilibrée entre les obligations des investisseurs et celles des États, notamment en ce qui concerne le droit des États à réglementer. Toutefois, beaucoup reste à faire dans ce domaine. Il est très regrettable que le mandat du Groupe de travail III ne lui permette pas d'envisager des réformes de fond. Il serait de la plus haute utilité, pour la communauté internationale, que celui-ci envisage également ce type de réformes, d'autant plus que le Secrétariat a déjà constaté que « les traités de deuxième génération [avaient] introduit plus de clarté dans les normes de fond relatives à la protection et dans les dispositions procédurales »⁹⁴.

7. Avis préliminaires sur le plan de travail du Groupe de travail III

68. Bahreïn estime que la tâche fondamentale à accomplir est d'élaborer, autour d'un ensemble de propositions de réforme, un consensus qui ait le plus de chances d'obtenir l'adhésion unanime du Groupe de travail. Il est d'avis que les délibérations à venir devraient aborder en priorité les conflits d'intérêts, la diversité, les coûts et la durée de la procédure.

69. L'une des propositions formulées à la dernière session consistait à établir deux filières de travail. La première viserait, entre autres, à élaborer un code de conduite à l'intention des arbitres et à mettre au point des solutions pour répondre aux problèmes liés au coût et à la durée de la procédure. La seconde serait consacrée aux options de réforme structurelle, à savoir qu'elle traiterait des questions relatives à la compétence d'un tribunal multilatéral des investissements, à la composition de ce tribunal, à l'établissement d'un mécanisme d'appel et à l'exécution des décisions⁹⁵.

70. À ce stade des délibérations, Bahreïn estime toutefois qu'il serait prématuré de diviser expressément les travaux du Groupe de travail III. Il considère qu'il faudrait plutôt que celui-ci reste uni pour aborder toutes les craintes soulevées et qu'il ne faudrait pas préjuger de la formulation d'éventuelles propositions. De fait, Bahreïn a des doutes au sujet de l'affirmation selon laquelle les filières de travail pourraient « alléger la charge pesant sur les États, puisqu'ils seraient en mesure de choisir la filière à laquelle ils participeraient »⁹⁶. Au contraire, des filières de travail risquent d'accroître cette charge, dans la mesure où les délégations souhaiteront très probablement participer activement aux deux filières, l'enjeu n'étant rien de moins que l'avenir du RDIE.

71. Dans ces circonstances, Bahreïn partage l'avis selon lequel le Groupe de travail « pourrait se concentrer sur le fond de la réforme et laisser de côté jusqu'à un stade ultérieur la question de la forme d'une éventuelle solution »⁹⁷. Au vu de la charge de travail attendue du Groupe de travail, Bahreïn ne serait pas opposé à la programmation d'une semaine supplémentaire de temps de conférence en 2019 ou 2020, si cela se révélait nécessaire.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ CNUDCI, Groupe de travail III, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : constance et questions connexes, [A/CN.9/WG.III/WP.150](#), 28 août 2018, par. 34.

⁹⁵ CNUDCI, rapport du Groupe de travail III sur les travaux de sa trente-septième session, [A/CN.9/970](#), 9 avril 2019, par. 74.

⁹⁶ Ibid., par. 75.

⁹⁷ Ibid., par. 78.