



Assemblée générale

Distr. limitée
2 octobre 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 des Gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien

Note du Secrétariat

La présente note contient une communication reçue le 30 septembre 2019 des Gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien en vue de la trente-huitième session du Groupe de travail. On trouvera en annexe la traduction du texte de cette communication tel qu'il a été reçu.



Annexe

Proposition pour l'élaboration d'une approche en « suite » de la réforme du RDIE

À sa trente-septième session, le Groupe de travail III est convenu de suivre un processus en trois étapes pour s'acquitter de la troisième phase de son mandat : la formulation d'options en vue d'une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)¹. Dans un premier temps, les délégations ont été invitées à soumettre de nouvelles propositions de réforme au secrétariat de la CNUDCI pour examen à la trente-huitième session du Groupe de travail. La proposition ci-après développe l'approche en « suite » exposée dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), qui soulignait l'importance de disposer d'« une souplesse maximale pour élaborer une liste de solutions pertinentes dont la forme pourrait varier et que les États membres pourraient choisir d'appliquer en fonction de leurs besoins et intérêts spécifiques, y compris ceux des pays en développement »². Comme indiqué plus en détail dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), compte tenu des besoins différents de chacun des pays, il est nécessaire d'adopter des approches souples :

« Bien que le Groupe de travail ait dressé une vaste liste de préoccupations, cela ne signifie pas que les États soient nécessairement tous confrontés à l'ensemble d'entre elles. Il faudrait donc, par conséquent, faire preuve, pour l'élaboration d'une liste de solutions pertinentes, de la plus grande souplesse possible afin que les États puissent choisir et appliquer la solution la mieux adaptée à leurs besoins et intérêts spécifiques. Cette approche permettrait également aux États d'internaliser, d'appliquer et d'assurer l'efficacité de tout type de solution par des moyens différents plutôt que par une approche rigide qui pourrait les bloquer. »³

L'une des principales caractéristiques de l'approche en « suite » est que les outils de réforme peuvent être utilisés indépendamment les uns des autres, quelle que soit la façon dont ils sont configurés en définitive⁴, afin de répondre de manière optimale aux préoccupations mises en évidence par le Groupe de travail. Comme le montre l'annexe I, un pays peut avoir en fin de compte des approches du règlement des différends entre investisseurs et États qui lui sont propres, tout en partageant avec d'autres une compréhension commune des types de dispositions procédurales susceptibles de contribuer à dissiper certaines des préoccupations recensées à ce jour par le Groupe de travail⁵.

¹ Voir le Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-septième session, [A/CN.9/970](#).

² Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais, document [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), p. 4.

³ Id., p. 3 et 4, note 6. L'importance du maintien d'une approche souple a été soulignée dans plusieurs propositions présentées à ce jour au Groupe de travail, notamment par la Colombie (voir [A/CN.9/WG.III/WP.173](#), par. 5), le Costa Rica (voir [A/CN.9/WG.III/WP.164](#), par. 5, et [A/CN.9/WG.III/WP.178](#), par. 8) et la Corée (voir [A/CN.9/WG.III/WP.179](#), par. 2).

⁴ La proposition de la Thaïlande, par exemple, évoque une approche constituée d'« éléments de base », selon laquelle toute solution de réforme « devrait être suffisamment adaptable pour être associé[e] ultérieurement à d'autres travaux ». Voir la communication du Gouvernement thaïlandais, publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.162](#), par. 10.

⁵ Il est à noter que de nombreux autres accords modernes comprennent également des dispositions de ce type ; le tableau joint en annexe vise seulement à illustrer l'existence de points communs entre les différentes approches, sans suggérer pour autant que ces accords soient les seuls qui puissent servir de base à l'évaluation de ces points communs.

Plusieurs dispositions ont déjà été incorporées dans des accords internationaux et appliquées et interprétées par des tribunaux arbitraux. À titre d'illustration, il est utile d'examiner des exemples précis de l'utilisation de quelques-unes de ces dispositions dans le cadre de récents différends :

- **Rejet des demandes abusives** : Des dispositions permettant le rejet rapide des demandes abusives ont expressément autorisé les tribunaux à rejeter les demandes non fondées à un stade préliminaire de la procédure arbitrale, évitant ainsi des coûts et des pertes de temps inutiles⁶ ;
- **Utilisation des observations de parties non contestantes sur l'interprétation des traités** : Les observations présentées par des États non parties au litige au titre de leurs accords internationaux d'investissement constituent un mécanisme pratique permettant de vérifier si l'interprétation desdits accords par les tribunaux tranchant des affaires de RDIE reflète correctement l'intention qui était celle de la partie lors de la négociation des accords. Certains tribunaux ont confirmé le rôle que ces observations peuvent jouer dans la formation d'une « pratique ultérieure »⁷ et d'autres se sont expressément appuyés sur les observations de parties non contestantes pour interpréter les dispositions d'un accord international d'investissement⁸ ;

⁶ Les tribunaux ont interprété les dispositions relatives à l'examen accéléré comme étant clairement destinées à éviter les pertes de temps et les coûts d'un procès, ainsi que les doubles emplois. *Pac Rim Cayman LLC c. République d'El Salvador*, affaire CIRDI n° ARB/09/12, décision relative aux exceptions préliminaires soulevées par le défendeur en vertu des articles 10.20.4 et 10.20.5 du Traité CAFTA, 2 août 2010, par. 112 ; voir aussi *Bridgestone Licensing Services, Inc. et Bridgestone Americas, Inc. c. République du Panama*, affaire CIRDI n° ARB/16/34, décision relative aux exceptions soulevées dans le cadre de la procédure accélérée, 13 décembre 2017, par. 97 (qui concluait que l'article 10.20.4 de l'accord de promotion du commerce – TPA – États-Unis-Panama visait à permettre à un tribunal de rejeter à un stade précoce des demandes manifestement vouées à l'échec, évitant ainsi des pertes de temps et des coûts). À l'inverse, dans le cadre d'accords antérieurs dépourvus de dispositions d'examen accéléré, les tribunaux n'avaient pas le pouvoir de statuer sur les exceptions préliminaires soulevées, par exemple, au motif que les demandes devaient être rejetées pour « défaut de fondement juridique ». Voir notamment *Methanex Corp. c. États-Unis d'Amérique*, ALÉNA/CNUDCI, sentence partielle, 7 août 2002, par. 109 et 126. Le tribunal a finalement rejeté toutes les demandes de la partie requérante, se déclarant incompétent, après trois ans de plaidoirie sur la compétence et sur le fond. Voir *Methanex Corp. c. États-Unis d'Amérique*, ALÉNA/CNUDCI, sentence finale du Tribunal sur la compétence et sur le fond, partie VI, 3 août 2005. Voir aussi, par exemple, l'article 41-5 du Règlement d'arbitrage du CIRDI ; l'article 2.7 de l'accord Mexique-UE (section : Règlement des différends relatifs aux investissements) ; l'article 9.29-4 de l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP).

⁷ Voir, par exemple, *Mobil Investments Canada Inc. c. Canada*, affaire CIRDI n° ARB/15/6, décision sur la compétence et la recevabilité, 13 juillet 2018, par. 158 et 160 (notant les points de vue des trois parties à l'ALÉNA sur les dispositions de cet accord fixant les délais de prescription et reconnaissant que, conformément à l'article 31-3 b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, cette pratique ultérieure a un « poids considérable ») ; *Bilcon of Delaware et al c. Gouvernement du Canada*, affaire n° 2009-04 de la CPA, sentence sur les dommages-intérêts, 10 janvier 2019, par. 379 (« la pratique constante des parties à l'ALÉNA dans leurs observations présentées aux tribunaux constitués en vertu du chapitre 11, établissant une distinction claire entre l'application des articles 1116 et 1117, peut être prise en compte pour interpréter les dispositions de l'ALÉNA. Ainsi, la pratique ultérieure des parties à l'ALÉNA va dans le sens de la position du défendeur sur cette question [...] »).

⁸ Voir, par exemple, *Bridgestone Licensing Services, Inc. et Bridgestone Americas, Inc. c. République du Panama*, affaire CIRDI n° ARB/16/34, décision relative aux exceptions soulevées dans le cadre de la procédure accélérée, 13 décembre 2017, par. 302 (citant le deuxième mémoire présenté par les États-Unis en qualité de partie non contestante quant à l'interprétation du sens qu'il convient de donner à l'expression « activités commerciales importantes » dans la disposition concernant le refus d'accorder des avantages du chapitre sur les investissements de l'accord TPA États-Unis-Panama) ; *Pac Rim Cayman LLC c. République d'El Salvador*, affaire CIRDI n° ARB/09/12, décision relative à l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur, 1^{er} juin 2012, par. 4.85 (citant et approuvant l'argumentation présentée par les États-Unis et le Costa Rica en qualité de parties non contestantes quant au moment où il convient d'invoquer la disposition concernant le refus d'accorder des avantages figurant dans le chapitre sur les

- **Limitation de la qualité pour agir pour pertes par ricochet** : Dans le cas des accords internationaux d'investissement qui permettent la soumission d'un différend pour le compte de la société d'investissement, des dispositions limitant les demandes des actionnaires aux seules pertes directes ou aux pertes indirectes subies par les filiales qu'ils détiennent ou contrôlent ont permis de réduire avec succès les risques de décisions multiples incohérentes et de procédures inutiles et redondantes, tout en favorisant la régularité des décisions en matière d'attribution des dommages-intérêts⁹ ;
- **Limitation des possibilités de recherche du traité le plus favorable** : L'existence de dispositions relatives au « refus d'accorder des avantages » ou de seuils d'activités commerciales peut être un puissant moyen d'empêcher les investisseurs de choisir le traité qui leur est le plus favorable en se servant de sociétés fictives¹⁰ ;
- **Dispositions relatives aux renoncements** : Les dispositions exigeant des parties requérantes qu'elles renoncent à leur droit de poursuivre ou d'engager des procédures devant d'autres instances ont restreint la possibilité de soumettre des demandes parallèles au titre de divers accords internationaux d'investissement existants, contribuant ainsi à garantir la soumission des demandes à l'instance appropriée, tout en évitant les décisions incohérentes relatives au respect par un État de ses obligations de fond, ainsi que les coûts et pertes de temps afférents à des procédures inutiles et redondantes¹¹.

D'autres solutions communes à la pratique conventionnelle moderne, comme l'élaboration de codes de déontologie à l'usage des arbitres¹², sont relativement récentes, mais peuvent néanmoins contribuer à façonner les travaux sur la conduite et les qualifications des arbitres¹³. Il existe de nombreux autres exemples de dispositions qui ont déjà été formulées et incorporées dans la pratique conventionnelle existante de nombreux États. Ces innovations peuvent guider les travaux futurs du Groupe de travail sur de nombreux autres sujets de préoccupation.

investissements du Traité de libre-échange entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine [CAFTA-DR]). Voir aussi, par exemple, l'article 9.25-2 de l'accord PTPGP.

⁹ Voir, par exemple, *Bilcon of Delaware et al c. Gouvernement du Canada*, affaire n° 2009-04 de la CPA, sentence sur les dommages-intérêts, 10 janvier 2019 (limitant aux pertes directes les dommages-intérêts accordés à l'investisseur et excluant les pertes indirectes subies par sa filiale).

¹⁰ Voir, par exemple, *Pac Rim Cayman LLC c. République d'El Salvador*, affaire CIRDI n° ARB/09/12, décision relative à l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur, 1^{er} juin 2012, par. 4.92 (rejet, pour défaut de compétence, des demandes de la partie requérante invoquant l'accord CAFTA-DR fondées sur le refus par El Salvador d'accorder les avantages visés au chapitre 10 dudit accord). Voir aussi, par exemple, l'article 9.15-1 et 2 de l'accord PTPGP ; article 1 e) ii) du traité d'investissement bilatéral israélo-japonais (définition des termes « entreprise d'une partie contractante »).

¹¹ Les tribunaux ont interprété les manquements à l'obligation de renonciation de manière à éviter que l'État subisse un préjudice du fait, par exemple, de procédures engagées par des parties cherchant à obtenir des avantages dans les négociations ou à imposer à l'État des arbitrages multiples, parallèlement ou successivement. Voir, par exemple, *Renco Group c. Pérou*, CNUDCI, sentence partielle, 15 juillet 2016, par. 87. Voir également l'affaire CIRDI n° ARB(AF)/98/2, *Waste Management, Inc. c. États-Unis du Mexique*, sentence, 2 juin 2000, par. 27 et 31 (rejetant la demande invoquant l'ALÉNA au motif d'une renonciation déficiente et conditionnelle de la partie requérante, et faisant observer que les procédures engagées parallèlement au niveau national et au titre de l'ALÉNA ne pouvaient se poursuivre simultanément, compte tenu du risque imminent de voir la partie requérante tirer un double avantage de sa demande en dommages-intérêts, ce que l'article 1121 de l'ALÉNA visait précisément à éviter). Certains tribunaux ont également rejeté des interprétations trop strictes de l'obligation formelle de renonciation. Voir, par exemple, *International Thunderbird Gaming c. Mexique*, CNUDCI, procédure d'arbitrage ad hoc, sentence, 26 janvier 2006, par. 117 et 118. Voir aussi, par exemple, l'article 24.8 b) du traité d'investissement bilatéral israélo-japonais (2017).

¹² Voir, par exemple, l'article 9.22-6 de l'accord PTPGP.

¹³ Voir [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), annexe II (citant le code de conduite comme exemple de préoccupation commune appelant des solutions de réforme).

Toutefois, les dispositions existantes dans les traités modernes ne constituent pas la seule source d'inspiration pour la rédaction future de solutions éventuelles. Il pourrait également être tenu compte des travaux d'organisations internationales compétentes, comme le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)¹⁴. À titre d'exemple, la dernière proposition d'amendement des règlements du CIRDI contient des dispositions traitant de certaines des questions abordées au sein du Groupe de travail III¹⁵.

Une fois énoncées sous la forme d'options de réforme possibles, ces dispositions, assorties de tout autre outil de réforme mis au point par le Groupe de travail, pourraient être adoptées par la Commission pour que les États puissent les utiliser de multiples façons. Par exemple, les États pourraient incorporer une ou plusieurs des dispositions proposées dans les futurs accords qu'ils négocieront, en tenant compte de leurs propres préoccupations et intérêts politiques et stratégiques. Une autre solution consisterait à ajouter ces dispositions modernisées, soit dans leur intégralité, soit dans la combinaison préférée par les États, à des accords préexistants, dits de « première génération », dépourvus en tout ou en partie de ces types d'innovations procédurales. Leur intégration pourrait s'opérer, entre autres, au moyen d'un processus de modification des traités semblable à celui utilisé pour la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (« Convention de Maurice »)¹⁶ ou du mécanisme utilisé dans la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires (« Instrument multilatéral » ou IM), adoptée par l'OCDE afin de lutter contre l'évasion fiscale¹⁷.

¹⁴ Nous notons que la nécessité d'intégrer effectivement dans les débats du Groupe de travail l'analyse effectuée par d'autres organisations et les résultats du processus d'amendement des règlements du CIRDI avait déjà été soulignée dans d'autres propositions (voir la communication de la Thaïlande, publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.162](#), par. 9, et la communication du Costa Rica, publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.164](#), par. 11 et 12). Nous appuyons en outre la proposition du Costa Rica de suivre un processus ouvert qui tiendrait compte des contributions de la société civile, du Forum académique et du Groupe de praticiens (voir la communication du Costa Rica, publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.164](#), par. 15).

¹⁵ Les points de convergence comprennent notamment la nécessité de communiquer des informations sur les tiers financeurs pour remédier aux conflits d'intérêts potentiels des arbitres, l'importance d'investir les tribunaux de l'autorité nécessaire pour ordonner une garantie pour frais, l'intégration de dispositions concernant les observations de parties aux traités non contestantes et l'établissement de délais définis pour la publication des décisions et des sentences, ainsi qu'une proposition visant à introduire de nouvelles règles de médiation pour l'arbitrage entre investisseurs et États, et à améliorer les règles de conciliation, entre autres. En outre, le CIRDI et la CNUDCI collaborent déjà en vue d'élaborer des règles pour un code de conduite qui pourrait être appliqué par les deux instances.

¹⁶ Selon ce processus, les États qui ratifient la Convention de Maurice appliquent désormais le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités aux arbitrages découlant de l'un quelconque des traités antérieurs qu'ils peuvent désigner à cet effet lorsqu'ils adoptent la Convention. Des dispositions supplémentaires pourraient être adoptées de la même manière.

¹⁷ Voir la communication du Gouvernement colombien, publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.173](#), dans laquelle la Colombie a souligné qu'il importait de « mettre en œuvre de manière souple et progressive les mesures permettant de répondre aux préoccupations déjà recensées par le Groupe de travail ». Selon les données de l'OCDE, l'IM couvre déjà plus de 85 pays. De plus, comme indiqué dans le document susmentionné, à la différence de la Convention de Maurice, l'acceptation n'a pas besoin de porter sur l'IM dans son ensemble, mais peut être exprimée pour chaque disposition, ce qui permet une certaine progressivité. La proposition de la Colombie faisait aussi expressément référence au document [A/CN.9/WG.III/WP.163](#) (voir par. 19 à 23), confirmant ainsi la compatibilité de l'approche en « suite » et de la proposition de l'IM. Aussi utile que puisse être un outil comme l'IM, il faut tenir compte des différences entre les accords internationaux d'investissement et les conventions fiscales. Voir aussi la communication de l'Équateur publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), par. 27 à 32, qui propose l'adoption d'un traité multilatéral et qui cite les approches adoptées tant par la Convention de Maurice que par l'IM comme des pistes de réforme procédurale envisageables.

Dès lors que bon nombre des préoccupations mises en évidence par le Groupe de travail découlent d'accords de première génération qui ne comportent pas ces innovations ultérieures, une approche permettant d'incorporer ces dispositions dans les traités existants qui en sont dépourvus pourrait se révéler un outil précieux pour répondre à certaines des préoccupations recensées à ce jour. Pour mettre en œuvre cette proposition, les États n'ont pas besoin de se conformer à un modèle unique et peuvent également s'inspirer de dispositions existantes et déjà interprétées, sans qu'il soit nécessaire d'accepter toutes les réformes avant d'appliquer celle qui leur convient. Ainsi, chaque État garderait toute latitude d'adapter la solution à ses besoins et préférences stratégiques, dans le cadre de ses relations bilatérales et accords divers préexistants.

Une liste de sujets qui ont été retenus comme des options susceptibles de répondre à des préoccupations particulières est présentée ci-après. La liste est organisée selon les grandes catégories de préoccupations recensées précédemment par le Groupe de travail et décrites dans une note très utile du Secrétariat de la CNUDCI (voir [A/CN.9/WG.III/WP.149](#)). Dans certains cas, un sujet particulier peut aborder plus d'une préoccupation. Par souci d'exhaustivité, ces sujets sont repris en plusieurs endroits, le cas échéant.

Pour être clair, la liste présentée ci-après n'est pas censée rassembler toutes les dispositions modernes pertinentes qui pourraient contribuer à réformer le système actuel du RDIE. Il appartiendrait au Groupe de travail de décider d'une liste de sujets lors de l'examen de cette proposition. La liste qui suit n'est qu'une ébauche de recensement des domaines de convergence éventuels dans lesquels des travaux pourraient être entrepris en vue de formuler des solutions de réforme. Nous notons que certains des outils figurant dans cette liste ont aussi été retenus dans d'autres propositions, ce qui montre qu'il existe de nombreux points communs qu'il convient d'explorer afin d'avancer dans le processus de réforme¹⁸.

Les délégations soussignées tiennent à souligner que la présente proposition est soumise sans préjudice de l'évaluation, de l'examen et de l'adoption des propositions présentées par d'autres États membres au sein du Groupe de travail, ou des solutions qui résulteront des débats tout au long du processus de réforme.

Description des principaux types de dispositions procédurales des accords internationaux d'investissement existants

Préoccupations relatives aux arbitres et aux décideurs

- *Code de conduite ou incorporation des règles d'éthique existantes* : Les dispositions de ce type visent à établir des règles permettant de déterminer l'indépendance et l'impartialité des arbitres. Certaines comprennent des critères de qualification pour les décideurs, tandis que d'autres régissent la pratique de la double casquette.
- *Règles limitant ou interdisant la double casquette* : Les dispositions de ce type sont variées, mais elles visent à énoncer les circonstances dans lesquelles un arbitre ne peut agir en qualité de conseil dans un autre arbitrage ou celles dans lesquelles un conseil ne peut agir en qualité d'arbitre. Certaines dispositions prévoient des délais pendant lesquels l'intéressé, après avoir agi en qualité d'arbitre ou de conseil, ne peut pas exercer l'autre fonction ; d'autres interdisent à un arbitre ou à un conseil d'exercer en même temps l'autre fonction.

¹⁸ Voir, par exemple, l'annexe I à la communication du Costa Rica, publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.164](#), et l'annexe II au document [A/CN.9/WG.III/WP.178](#) également présenté par le Costa Rica (qui comprennent une « liste indicative de solutions par catégorie de problème » et mentionnent nombre des dispositions énumérées ci-après, notamment les interprétations communes, les observations présentées par une partie à un traité qui n'est pas partie au litige, les mécanismes permettant de traiter les procédures concurrentes et de limiter les demandes de différentes entités appartenant au même groupe de sociétés, le code de conduite pour les arbitres et l'amélioration et le contrôle du système de récusation) ; communication de la Turquie publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.174](#), p. 2 et 3 ; communication du Maroc publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.161](#), par. 9.

- *Règles établissant une norme commune pour la récusation des arbitres* : Les dispositions de ce type peuvent contribuer à contraindre les arbitres à se récuser lorsque leur indépendance ou leur impartialité est mise en cause à juste titre par l'une des parties au différend.
- *Exigences spéciales de compétence pour les arbitres dans le cas de certaines demandes* : Les dispositions de ce type visent à exiger que toute personne nommée en qualité d'arbitre dans un différend particulier possède des compétences spécialisées relatives à l'objet du différend. Ces dispositions tendent à s'appliquer aux différends survenant dans des secteurs hautement réglementés, comme les services financiers, mais ne se limitent pas à ces secteurs.
- *Désignation d'une autorité de nomination indépendante (pour le président du tribunal)* : Les dispositions de ce type visent à faciliter la nomination des arbitres lorsqu'il n'y a pas d'accord entre les parties ou lorsqu'une partie au différend est incapable de faire un choix ou préfère s'en remettre à une autorité impartiale dans un différend particulier. Bien que ces dispositions soient peut-être moins pertinentes pour l'arbitrage institutionnel, elles peuvent être d'une grande utilité lorsque les investisseurs engagent une procédure d'arbitrage ad hoc.
- *Divulgateion du financement par des tiers* : Les dispositions de ce type visent à contraindre une partie au différend à communiquer des informations relatives à un tiers financeur afin d'éviter des conflits d'intérêts potentiels insoupçonnés et de mettre en évidence des problèmes éventuels liés à la disponibilité de garanties pour le paiement des frais¹⁹.

Préoccupations relatives au coût et à la durée des procédures

- *Encouragement de la médiation, de la conciliation et d'autres mécanismes de prévention de l'arbitrage en matière d'investissement* : Les dispositions de ce type visent à encourager les parties à tenter, dans leur intérêt mutuel, de résoudre leur différend avant de recourir à l'arbitrage, évitant ainsi les coûts et les pertes de temps qui en résultent²⁰.
- *Rejet des demandes abusives* : Les dispositions de ce type visent à décourager les demandes non fondées et à éviter, à un stade précoce de la procédure arbitrale, les coûts et les pertes de temps associés à un exposé oral et écrit complet d'une demande qui pourrait être dénuée de fondement en droit ou en fait.

¹⁹ Voir la note du Secrétariat, publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.172](#), Financement par des tiers – solutions possibles, par. 27 (notant que l'obligation d'information peut porter sur l'existence d'un financement par un tiers et sur l'identité du tiers financeur, y compris celle du financeur ultime).

²⁰ D'autres États, comme le Brésil, ont souligné l'importance de la prévention des différends, en tant qu'outil susceptible d'attirer et de retenir les investissements, mais aussi de résoudre rapidement les désaccords avec les investisseurs. Voir la communication du Gouvernement brésilien, publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.171](#). Sans souscrire nécessairement à un modèle d'accord de coopération et de facilitation de l'investissement tel que celui décrit par le Brésil, nous encourageons le Groupe de travail à bien réfléchir aux types de mécanismes qui permettraient d'éviter effectivement et efficacement la prolifération des arbitrages internationaux en matière d'investissement. À cet égard, il convient de prendre en considération le principe de « prévention plutôt que recours au litige » énoncé par la Thaïlande, l'accent mis par la Corée sur la « prévention des différends plutôt que sur la réglementation applicable après le différend », les politiques de prévention des différends et les modes alternatifs de règlement des litiges mentionnés par l'Afrique du Sud, et les observations de la Chine concernant le recours à des modes alternatifs de règlement des différends et à des procédures de consultation préalables à l'arbitrage pour éviter que le différend ne dégénère en procédure d'arbitrage. Voir la communication de la Thaïlande, publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.162](#), par. 11 ; la communication de la Corée publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.179](#), p. 5 ; la communication de l'Afrique du Sud publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), p. 8, par. 104 et 109, et la communication de la Chine publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), p. 5 et 6.

- *Examen accéléré des exceptions préliminaires* : Les dispositions de ce type visent à préciser qu'un décideur, à la demande d'une partie au différend, peut, à un stade précoce de la procédure, retenir une demande et se prononcer à son sujet – surtout si cela permet de régler l'ensemble du différend – de manière à éviter les coûts associés à la phase de l'examen au fond.
- *Délais de prescription pour la soumission des demandes en vertu d'un traité* : Les dispositions de ce type visent à empêcher les parties requérantes de soumettre des demandes « tardives » et à éviter aux parties de devoir examiner en profondeur d'anciens documents et retrouver des personnes qui ne sont plus impliquées dans une affaire, de manière à alléger les coûts associés à la soumission d'une demande et à la défense.
- *Renonciation, par une société mère/filiale, une fois que des demandes ont été soumises, à les soumettre de nouveau en vertu d'un autre traité* : Les dispositions de ce type visent à réduire les coûts en évitant les procédures multiples censées résoudre un même différend, engagées à la fois par un investisseur et par l'entité qui le contrôle ou par une filiale.
- *Regroupement volontaire de demandes similaires présentées en vertu d'un même traité par des parties différentes* : Les dispositions de ce type visent à éviter une duplication des coûts lorsque des demandes similaires sont soumises par des parties requérantes différentes contre le même État hôte.
- *Limitation de la qualité pour agir pour pertes par ricochet* : Les dispositions de ce type visent à garantir que, dans le cas des accords internationaux d'investissement qui permettent la soumission d'un différend pour le compte de la société d'investissement, seuls les investisseurs qui détiennent ou contrôlent une société d'investissement constituée localement peuvent demander à être indemnisés pour les pertes subies par ladite société, ce qui empêche de fait les actionnaires, et en particulier les actionnaires minoritaires, d'invoquer des pertes indirectes. Ces dispositions sont destinées à éviter un double recouvrement et une multiplicité de demandes résultant des mêmes circonstances.
- *Lignes directrices pour la production de documents afin d'éviter ce que l'on appelle des « campagnes de pêche » (recherche indéterminée de moyens de preuve)* : Les dispositions de ce type visent à imposer des limites raisonnables, y compris en ce qui concerne le nombre de pages, à la production de documents qu'une partie au différend peut exiger, réduisant ainsi les coûts associés aux demandes de documents et évitant les retards que peut entraîner la production inutile de documents (voir, par exemple, Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international).
- *Obligation de tenir un arbitrage dans un État partie à la Convention de New York, à moins que les parties n'en conviennent autrement* : Ces dispositions garantissant qu'une sentence est exécutoire en application d'une norme internationale stricte contribuent à éviter les incertitudes, les coûts et les retards associés à l'exécution des sentences dans des procédures qui ne sont pas engagées en vertu de la Convention CIRDI, lorsque le choix du siège est beaucoup plus large.
- *Obligation, pour les tribunaux et les parties, d'agir de manière économique et rapide* : Les dispositions de ce type visent à encourager les décideurs à gérer les affaires de manière efficace et efficiente, en évitant aux parties des coûts et des retards inutiles.
- *Réglementation du pouvoir qu'a le tribunal d'ordonner des mesures provisoires* : Les dispositions de ce type régissent le pouvoir conféré au tribunal d'ordonner des mesures provisoires – en précisant parfois qu'un tribunal ne peut pas exiger d'un État hôte qu'il s'abstienne de prendre une mesure réglementaire particulière, tout en reconnaissant qu'il peut ordonner aux parties au différend de préserver les moyens de preuve ou de protéger la compétence du tribunal.

- *Autorisation expresse, pour le tribunal, d'adjuger les dépens et les honoraires d'avocats* : Les dispositions de ce type visent à dissuader une partie de présenter un argument abusif ou infondé et à indemniser la partie ayant obtenu gain de cause pour les dépenses qu'elle a engagées dans le cadre de la procédure.
- *Résiliation automatique des demandes abandonnées* : Les dispositions de ce type visent à éviter qu'un État hôte n'ait à continuer d'affecter des ressources au suivi d'une demande à laquelle la partie requérante a renoncé.
- *Obligation, pour les demandeurs, de nommer un arbitre lorsqu'ils présentent une demande* : Les dispositions de ce type visent à éviter des retards et des coûts supplémentaires dans le cadre de la sélection et de la constitution d'un tribunal.
- *Dates limites pour la nomination d'autres arbitres, y compris des dispositions encourageant les parties à nommer le président* : Les dispositions de ce type visent à éviter des retards et des coûts supplémentaires dans la constitution d'un tribunal. Bien qu'elles soient peut-être moins pertinentes pour l'arbitrage institutionnel, elles peuvent être d'une grande utilité lorsque les investisseurs engagent une procédure d'arbitrage ad hoc.

Préoccupations liées au manque d'uniformité, de cohérence, de prévisibilité et de rectitude des décisions arbitrales rendues par les tribunaux tranchant des affaires de RDIE

- *Renonciation à la possibilité de présenter des demandes ou d'en engager de nouvelles dans d'autres instances de règlement des différends une fois que des demandes sont soumises à l'arbitrage (pas de volte-face)* : Les dispositions de ce type visent à éviter que des procédures parallèles ou concurrentes portant sur la même obligation conventionnelle de fond soient examinées en même temps dans différentes instances, tout en permettant dans certains cas à une partie de saisir en premier les tribunaux nationaux d'un État hôte.
- *Renonciation, par une société mère/filiale, une fois que des demandes ont été soumises, à les soumettre de nouveau en vertu d'un autre traité* : Les dispositions de ce type visent à empêcher des entités différentes qui sont détenues ou contrôlées par une partie requérante, ou qui détiennent ou contrôlent la partie requérante, de soumettre plusieurs demandes, en vertu de traités différents, pour contester les mêmes mesures prises par un État hôte.
- *Regroupement volontaire de demandes similaires présentées en vertu d'un même traité par des parties différentes* : Les dispositions de ce type visent à permettre aux parties de faire trancher par un seul tribunal arbitral des affaires fondées sur la même obligation conventionnelle et sur les mêmes faits ou circonstances. En plus de réduire les coûts et la durée des procédures, ces dispositions peuvent éviter certains scénarios dans lesquels des tribunaux arbitraux différents parviennent à des conclusions différentes lors de l'examen de demandes similaires soumises par des parties requérantes différentes.
- *Exigences spéciales de compétence pour les arbitres dans le cas de certaines demandes (par exemple, services financiers)* : Les dispositions de ce type visent à garantir que les arbitres sont aptes à trancher une question de façon appropriée et donc cohérente et uniforme, lorsque des compétences spéciales sont nécessaires, par exemple dans les secteurs hautement réglementés ayant des répercussions sur les politiques publiques.

- *Observations de parties non contestantes sur l'interprétation des traités* : Les dispositions de ce type visent à mettre en place un mécanisme permettant à une partie à un traité qui n'est pas partie au différend de présenter des observations et d'informer les décideurs de ses vues sur l'interprétation des dispositions du traité en cause.
- *Autres observations de tiers (non limitées aux questions d'interprétation des traités)* : Les dispositions de ce type visent à permettre aux tribunaux, sous réserve de plusieurs critères, d'obtenir des informations sur des domaines de compétences spéciales, des données factuelles ou d'autres questions pertinentes dont peuvent disposer des tiers touchés par le différend.
- *Interprétation commune contraignante, par les parties au traité, des dispositions conventionnelles* : Les dispositions de ce type visent à permettre aux États parties à un traité de préciser l'interprétation d'une disposition particulière et d'exiger des tribunaux qu'ils appliquent ou examinent cette interprétation dans toutes les affaires où cette disposition est en cause.
- *Experts nommés par le tribunal* : Les dispositions de ce type permettent aux tribunaux, sous réserve de certains critères, de faire appel à des experts au sujet de questions factuelles cruciales pour approfondir leur compréhension des faits qui leur sont présentés par les parties au différend et faciliter ainsi leur prise de décisions dans les domaines où des compétences particulières sont justifiées.
- *Publication des pièces de procédure, des sentences et d'autres documents relatifs à l'interprétation des traités* : Les dispositions de ce type permettent aux parties à des différends futurs de connaître et de comprendre les arguments déjà présentés par des parties, ainsi que les décisions et les raisonnements des arbitres qui se sont prononcés précédemment en vertu du même traité. Sous réserve de certains critères et exceptions (par exemple pour les informations confidentielles), ces mesures peuvent donc favoriser la cohérence et la régularité en ce qu'elles montrent comment les États parties à un traité interprètent une disposition particulière.
- *Limitation de la qualité pour agir pour pertes par ricochet* : Les dispositions de ce type visent à garantir que, dans le cas des accords internationaux d'investissement qui permettent la soumission d'un différend pour le compte de la société d'investissement, seuls les investisseurs qui détiennent ou contrôlent une société d'investissement constituée localement peuvent demander à être indemnisés pour les pertes subies par ladite société. C'est-à-dire que, dans la mesure où des actionnaires, en particulier des actionnaires minoritaires, invoquent des pertes indirectes, toute indemnité serait versée à l'investisseur et non à l'actionnaire. Ces dispositions visent à éviter des décisions incohérentes rendues par plusieurs arbitres au sujet des mêmes faits.
- *Limitation des possibilités de recherche du traité le plus favorable* : Les dispositions de ce type visent à empêcher les ressortissants d'États tiers de tirer profit du traité en recourant, par exemple, à des sociétés fictives. Ces dispositions peuvent être efficaces pour prévenir la recherche abusive du traité le plus favorable.

Annexe

(Note : les traités retenus ci-après ne sont mentionnés qu'à titre indicatif ; divers accords internationaux d'investissement existants qui répondent aux préoccupations concernées peuvent servir de base à l'élaboration d'options de réforme.) (PTPGP = Accord de partenariat transpacifique global et progressiste ; ALE UE-MEX = Accord de libre-échange UE/Mexique ; USMCA = Accord Canada-États-Unis-Mexique)

MESURE DE RÉFORME	PTPGP	ALE UE-MEX	USMCA
<i>Préoccupations relatives aux arbitres et aux décideurs</i>			
Code de conduite/règles d'éthique	X	X	X
Règles limitant ou interdisant la double casquette		X	X
Exigences spéciales de compétence pour les arbitres dans le cas de certaines demandes (services financiers, par exemple)	X	X	X
Règles de récusation des arbitres propres aux traités		X	
Autorité de nomination indépendante (pour le président du tribunal)	X		X
Divulgaration du financement par des tiers		X	
<i>Préoccupations relatives au coût et à la durée des procédures</i>			
Encouragement de la médiation, de la conciliation, etc., pour éviter les litiges formels	X	X	X
Rejet des demandes abusives	X	X	X
Examen accéléré des exceptions préliminaires	X	X	X
Délai de prescription pour le dépôt de demandes	X	X	X
Renonciation, par une société mère/filiale, une fois que des demandes ont été soumises, à les soumettre de nouveau en vertu d'un autre traité	X (filiale)	X (filiale)	X
Regroupement volontaire de demandes similaires présentées en vertu d'un même traité par des parties différentes	X	X	X
Obligation de tenir un arbitrage dans un État partie à la Convention de New York à moins que les parties n'en conviennent autrement	X		X
Obligation, pour les tribunaux et les parties, de s'efforcer d'agir de manière économique et rapide			X
Réglementation du pouvoir qu'a le tribunal d'ordonner des mesures provisoires	X	X	X
Autorisation expresse, pour le tribunal, d'adjudger les dépens et les honoraires d'avocats	X	X	X
Résiliation des demandes abandonnées		X	X
Obligation, pour les demandeurs, de nommer un arbitre lorsqu'ils présentent une demande	X		X
Dates limites pour la nomination d'autres arbitres, y compris le président	X		X
<i>Préoccupations liées au manque d'uniformité, de cohérence, de prévisibilité et de rectitude des décisions arbitrales rendues par les tribunaux tranchant des affaires de RDIE</i>			
Renonciation à des demandes pendantes ou nouvelles dans d'autres instances de règlement des différends une fois que des demandes sont soumises à l'arbitrage	X	X	X
Renonciation, par une société mère/filiale, une fois que des demandes ont été soumises, à les soumettre de nouveau en vertu d'un autre traité	X (filiale)	X (filiale)	X

MESURE DE RÉFORME	PTPGP	ALE UE-MEX	USMCA
Regroupement volontaire de demandes similaires présentées en vertu d'un même traité par des parties différentes	X	X	X
Exigences spéciales de compétence pour les arbitres dans le cas de certaines demandes (services financiers, par exemple)	X	X	X
Observations de parties non contestantes sur l'interprétation des traités	X	X	X
Autres observations de tiers (non limitées aux questions d'interprétation des traités)	X	X	X
Interprétation commune contraignante, par les parties au traité, des dispositions conventionnelles	X	X	X
Experts nommés par le tribunal	X	X	X
Publication des pièces de procédure, des sentences et d'autres documents relatifs à l'interprétation des traités	X	X	X
Limitation des possibilités de recherche du traité le plus favorable	X	X	X