



# Assemblée générale

Distr. Générale  
23 octobre 2019  
Français  
Original : anglais

## Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Cinquante-troisième session  
New York, 6-17 juillet 2020

### Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019)

#### Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	2
II. Organisation de la session . . . . .	3
III. Délibérations et décisions . . . . .	5
IV. Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États . . . . .	5
A. Remarques générales . . . . .	5
B. Calendrier du projet . . . . .	5
C. Examen des options de réforme . . . . .	8
1. Création d'un centre consultatif . . . . .	8
2. Code de conduite . . . . .	12
3. Financement par des tiers . . . . .	17
D. Autres questions . . . . .	20

\* Nouveau tirage pour raisons techniques (3 décembre 2019).



## I. Introduction

1. À sa cinquantième session, la Commission était saisie de notes du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des différends : procédures concurrentes dans l'arbitrage international (A/CN.9/915) ; les travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des litiges commerciaux : l'éthique dans l'arbitrage international (A/CN.9/916) ; et les travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des différends : réformes du règlement des différends entre investisseurs et États (A/CN.9/917). Elle était également saisie d'une compilation des commentaires reçus des États et des organisations internationales concernant le cadre de règlement des différends entre investisseurs et États (A/CN.9/918 et additifs).

2. Après avoir examiné les sujets présentés dans les documents A/CN.9/915, A/CN.9/916 et A/CN.9/917, la Commission a confié au Groupe de travail un large mandat concernant une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Conformément aux procédures de la CNUDCI, le Groupe de travail veillerait, dans l'exercice de son mandat, à ce que les délibérations, tout en tirant parti de l'éventail le plus large possible de compétences spécialisées des différentes parties prenantes, soient menées par les États, avec des contributions de haut niveau de tous les gouvernements, et soient fondées sur le consensus et pleinement transparentes. Le Groupe de travail devrait : i) premièrement, recenser et examiner les préoccupations exprimées au sujet du RDIE ; ii) deuxièmement, déterminer si une réforme était souhaitable compte tenu de ces préoccupations ; et iii) troisièmement, s'il décidait que tel était le cas, mettre au point des solutions qu'il recommanderait à la Commission. Cette dernière est convenue que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté dans l'exercice de son mandat et tenir compte, pour concevoir d'éventuelles solutions, des travaux en cours dans d'autres organisations internationales compétentes, en faisant en sorte que chaque État ait le choix de déterminer, le cas échéant, si et dans quelle mesure il souhaitait adopter la ou les solutions mises au point<sup>1</sup>.

3. De sa trente-quatrième à sa trente-septième session, le Groupe de travail a examiné la question d'une éventuelle réforme du RDIE en se fondant sur ce mandat<sup>2</sup>.

4. À sa cinquante et unième session, en 2018, la Commission a noté que le Groupe de travail poursuivrait ses délibérations conformément au mandat qui lui avait été confié, en laissant à tous les États suffisamment de temps pour exprimer leurs opinions, sans prendre toutefois de retard inutile<sup>3</sup>. À sa cinquante-deuxième session, en 2019, elle s'est déclarée satisfaite des progrès accomplis par le Groupe de travail à travers un processus constructif, ouvert à tous et transparent, et de la décision prise par celui-ci d'élaborer et de développer simultanément plusieurs solutions possibles de réforme. Elle a en outre remercié le Secrétariat de l'aide qu'il avait apportée<sup>4</sup>. Elle s'est également félicitée des contributions de l'Union européenne, du Ministère fédéral allemand de la coopération économique et du développement (BMZ) et de la Direction suisse du développement et de la coopération (DDC) au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI, dont l'objectif est de permettre à des représentants de pays en développement de participer aux délibérations du Groupe de travail, ainsi qu'à des réunions intersessions régionales. Elle a par ailleurs été informée des efforts que déployait le Secrétariat pour obtenir des contributions volontaires supplémentaires. Les États ont été instamment priés d'appuyer ces efforts et d'y contribuer. La Commission a aussi noté avec satisfaction les activités de sensibilisation du

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

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

<sup>3</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 17 (A/73/17)*, par. 145.

<sup>4</sup> *Ibid.*, soixante-quatorzième session, Supplément n° 17 (A/74/17), par. 169.

Secrétariat visant à mieux faire connaître les travaux du Groupe de travail et à faire en sorte que le processus demeure ouvert à tous et pleinement transparent<sup>5</sup>.

## II. Organisation de la session

5. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-huitième session à Vienne, du 14 au 18 octobre 2019. Ont assisté à la session des représentants des États membres ci-après du Groupe de travail : Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Canada, Chili, Chine, Colombie, Côte d'Ivoire, Croatie, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Ghana, Honduras, Hongrie, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Kenya, Lesotho, Malaisie, Maurice, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Pérou, Philippines, Pologne, République dominicaine, République de Corée, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Sri Lanka, Suisse, Tchéquie, Thaïlande, Turquie, Ukraine, Venezuela (République bolivarienne du) et Viet Nam.

6. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants : Angola, Arabie saoudite, Bahreïn, Bénin, Bolivie (État plurinational de), Bosnie-Herzégovine, Costa Rica, Égypte, El Salvador, Gabon, Gambie, Géorgie, Grèce, Guinée, Islande, Iraq, Kirghizistan, Koweït, Lettonie, Macédoine du Nord, Maroc, Monténégro, Myanmar, Namibie, Norvège, Nouvelle-Zélande, Ouzbékistan, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Paraguay, Pays-Bas, Portugal, République centrafricaine, République démocratique du Congo, Serbie, Slovaquie, Suède, Uruguay et Yémen.

7. Ont aussi assisté à la session des observateurs de l'Union européenne.

8. Y ont en outre assisté des observateurs des organisations internationales suivantes :

a) *Système des Nations Unies* : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) ;

b) *Organisations intergouvernementales* : Banque européenne d'investissement (BEI), Centre Sud, Commission économique eurasiennne, Conseil de coopération du Golfe (CCG), Cour centraméricaine de justice (CCJ), Cour permanente d'arbitrage (CPA), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation internationale de droit du développement (IDLO), Secrétariat de la Charte de l'énergie, Secrétariat de la Communauté de l'énergie, Secrétariat du Commonwealth et Union africaine ;

c) *Organisations non gouvernementales invitées* : Académie africaine de la pratique du droit international (AAPDI), ACP Legal, American Society of International Law (ASIL), Amis de la Terre international, Arbitral Women, Asian Academy of International Law (AAIL), Association africaine de droit international (AADI), Association américaine de droit international privé (ASADIP), Association de droit international (ILA), Association internationale du barreau (IBA), Association juridique de l'Asie et du Pacifique (LAWASIA), Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (APAA), Association russe d'arbitrage (RAA), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Center for International Dispute Settlement (CIDS), Center for International Legal Studies (CILS), Centre d'arbitrage international dans les domaines de l'investissement et du commerce (CIICA), Centre d'arbitrage international de Hong Kong (HKIAC), Centre international d'arbitrage de Vienne (VIAC), Centre for International Law (CIL), Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO), Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA), Chambre d'arbitrage de Milan, Chambre de commerce internationale (CCI), Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), CISG Advisory

<sup>5</sup> Ibid., soixante-quatorzième session, Supplément n° 17 (A/74/17), par. 165 et 166.

Council (CISG-AC), Client Earth, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), Commission chinoise d'arbitrage économique et commercial international (CIETAC), Confédération européenne des syndicats (CES), Confédération syndicale internationale (CSI), Conseil chinois pour la promotion du commerce international (CCPIT), Conseil coréen pour l'arbitrage commercial (KCAB), Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Fédération européenne pour le droit des investissements et l'arbitrage (EFILA), Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA), Georgian International Arbitration Centre (GIAC), iCourts, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, Institut international du développement durable (IIDD), Institut international pour l'environnement et le développement (IIED), Institute for Transnational Arbitration (ITA), Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA), International and Comparative Law Research Center, International Law Institute (ILI), Jerusalem Arbitration Centre (JAC), Moot Alumni Association (MAA), New York International Arbitration Center (NYIAC), PluriCourts (UiO), Queen Mary University of London School of International Arbitration (QMUL), Singapore International Arbitration Centre (SIAC), Singapore International Mediation Centre (SIMC), Société européenne de droit international (SEDI) et United States Council for International Business (USCIB).

9. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant :

*Président* : M. Shane Spelliscy (Canada)

*Rapporteuse* : M<sup>me</sup> Natalie Yu-Lin Morris-Sharma (Singapour)

10. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : a) ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.III/WP.165) ; b) notes du Secrétariat sur les options de réforme (A/CN.9/WG.III/WP.166 et additif) et sur l'élaboration d'un code de conduite (A/CN.9/WG.III/WP.167), la création d'un centre consultatif (A/CN.9/WG.III/WP.168), la sélection et la nomination des membres des tribunaux tranchant des affaires de RDIE (A/CN.9/WG.III/WP.169), les demandes présentées par des actionnaires et les pertes par ricochet (A/CN.9/WG.III/WP.170), et le financement par des tiers (A/CN.9/WG.III/WP.172) ; et c) communications présentées par des gouvernements : communication présentée par le Gouvernement indonésien (A/CN.9/WG.III/WP.156) ; communication présentée par l'Union européenne et ses États membres (A/CN.9/WG.III/WP.159 et Add.1) ; communication présentée par le Gouvernement marocain (A/CN.9/WG.III/WP.161) ; communication présentée par le Gouvernement thaïlandais (A/CN.9/WG.III/WP.162) ; communication présentée par les Gouvernements chilien, israélien et japonais (A/CN.9/WG.III/WP.163) ; communications présentées par le Gouvernement costaricien (A/CN.9/WG.III/WP.164 et A/CN.9/WG.III/WP.178) ; communication présentée par le Gouvernement brésilien (A/CN.9/WG.III/WP.171) ; communication présentée par le Gouvernement colombien (A/CN.9/WG.III/WP.173) ; communication présentée par le Gouvernement turc (A/CN.9/WG.III/WP.174) ; communication présentée par le Gouvernement équatorien (A/CN.9/WG.III/WP.175) ; communication présentée par le Gouvernement sud-africain (A/CN.9/WG.III/WP.176) ; communication présentée par le Gouvernement chinois (A/CN.9/WG.III/WP.177) ; communication présentée par le Gouvernement de la République de Corée (A/CN.9/WG.III/WP.179) ; communication présentée par le Gouvernement bahreïnien (A/CN.9/WG.III/WP.180) ; communication présentée par le Gouvernement malien (A/CN.9/WG.III/WP.181) ; communication présentée par les Gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien (A/CN.9/WG.III/WP.182) ; et résumé de la troisième réunion régionale intersessions sur la réforme du RDIE présenté par le Gouvernement guinéen (A/CN.9/WG.III/WP.183).

11. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant :
  1. Ouverture de la session.
  2. Élection du Bureau.
  3. Adoption de l'ordre du jour.
  4. Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE).
  5. Adoption du rapport.

### III. Délibérations et décisions

12. Le Groupe de travail a examiné le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les documents mentionnés au paragraphe 10 ci-dessus. Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV.

## IV. Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États

### A. Remarques générales

13. Au début de la session, le Groupe de travail a entendu un rapport oral relatif à la troisième réunion régionale intersessions sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), organisée conjointement par le Ministère guinéen en charge des investissements et des partenariats public-privé, l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF) et la CNUDCI, qui s'était tenue les 25 et 26 septembre 2019 à Conakry.

14. Le Groupe de travail a appris que la réunion avait rassemblé des fonctionnaires de 33 États ainsi que des représentants d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales. Il a en outre été informé qu'elle s'était déroulée sous forme de tables rondes portant sur les faits nouveaux et les initiatives récentes en Afrique, ainsi que sur les options de réforme du RDIE. Il a été dit qu'elle avait permis de mieux faire connaître les travaux que menait actuellement le Groupe de travail, d'échanger des données d'expérience et des vues sur le RDIE et d'examiner le programme de réforme de ce dernier, comme indiqué dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.183](#). Le Groupe de travail a remercié le Gouvernement guinéen, l'OIF et le Secrétariat d'avoir organisé cette réunion.

15. Compte tenu de la décision prise à sa trente-septième session ([A/CN.9/970](#), par. 83), il a été convenu que le Groupe de travail, à sa session en cours, s'attacherait d'abord à élaborer un calendrier de projet sur la manière de faire progresser parallèlement les options de réforme et examinerait ensuite les options de réforme identifiées, sans prendre de décision à ce stade.

### B. Calendrier du projet

16. Notant que la Commission avait décidé d'allouer une semaine supplémentaire au Groupe de travail, il a été proposé que le calendrier du projet couvre la session en cours et les deux prochaines sessions qui seraient tenues avant la session annuelle de 2020 de la Commission.

17. Il a été souligné que le document [A/CN.9/WG.III/WP.166](#) et son additif, qui résumaient les options de réforme de sorte à faciliter les débats du Groupe de travail, constituaient une base solide pour les délibérations. Il a été précisé que la liste des options de réforme qui y figurait n'était pas exhaustive et que sa présentation ne visait pas à indiquer un ordre de priorité.

18. On a attiré l'attention sur la nécessité de trouver des façons de travailler entre les sessions et d'utiliser divers moyens possibles de consultation à la fois entre les participants au Groupe de travail et avec d'autres organisations internationales. Il a été déclaré que l'objectif de ces deux aspects serait d'accroître l'efficacité des travaux du Groupe de travail, compte tenu également des contraintes budgétaires des États membres et de l'Organisation des Nations Unies elle-même.

19. En ce qui concerne l'agencement du calendrier du projet, il a été proposé de fixer le temps qui serait consacré à l'examen de chaque option de réforme. Selon un autre point de vue, l'attribution de périodes fixes ne produirait peut-être pas les résultats escomptés, car un certain nombre des préoccupations abordées dans les options de réforme étaient liées entre elles et les options en question devaient donc être examinées de manière plus globale. Il a également été noté que le Groupe de travail devrait disposer de suffisamment de temps pour examiner chacune des options. En tout état de cause, il a été souligné que l'objectif des délibérations préliminaires devait être d'examiner les questions pertinentes et de réfléchir à la manière de développer plus avant ces options.

20. Pour déterminer l'ordre dans lequel les options de réforme seraient examinées, le Groupe de travail a rappelé et réaffirmé les décisions qu'il avait prises à sa session précédente (A/CN.9/970, par. 80 à 85).

21. De l'avis général, il serait utile de déterminer l'ordre dans lequel les options de réforme seraient abordées pour que les États puissent préparer leurs commentaires à l'avance et consulter les parties prenantes concernées. Il a été souligné que la séquence des débats devrait être déterminée sur la base de considérations pratiques, en particulier la manière dont le Groupe de travail pourrait progresser efficacement sur toutes les options de réforme possibles. Dans le même ordre d'idées, il a été déclaré que cette chronologie n'aurait aucun lien avec la priorité à accorder à l'une ou l'autre des options de réforme et qu'elle ne préjugerait en rien de la position des délégations concernant l'option à suivre.

22. Différents éléments qui pourraient guider le Groupe de travail dans la détermination de la séquence des débats ont été mentionnés, dont :

- La question de savoir si un autre organe menait concomitamment des travaux sur l'option de réforme ;
- La question de savoir si l'option de réforme était prête à être examinée et s'il serait possible d'obtenir des résultats tangibles dans un court laps de temps ;
- La relation entre l'option de réforme à l'étude et d'autres options de réforme pour ce qui était de fournir des « éléments de base » pour la réforme d'ensemble ;
- L'existence (ou la possibilité) d'un consensus au sein du Groupe de travail sur la nécessité d'élaborer une telle option de réforme ;
- La question de savoir si les travaux qui seraient menés en conséquence auraient une incidence directe sur le système actuel ; et
- La question de savoir si les États pourraient participer aux délibérations afin de comprendre les avantages et les inconvénients de l'option de réforme.

23. Il a été souligné que la liste des options de réforme ne devrait pas être exhaustive et pourrait être réexaminée à un stade ultérieur des délibérations, au moment de l'examen de la forme définitive que prendraient les travaux. On a également estimé qu'il serait peut-être difficile de distinguer les options de réforme de nature structurelle de celles qui ne l'étaient pas, et qu'une telle démarche ne serait pas forcément très utile. Il a en outre été souligné que parmi les options de réforme qui seraient élaborées, les États seraient libres d'approuver celles qu'ils souhaiteraient et de décider ou non de les mettre en œuvre.

24. Des avis très divers ont été exprimés au sujet des options de réforme présentées dans le document A/CN.9/WG.III/WP.166, notamment des suivantes : centre

consultatif, code de conduite, demandes reconventionnelles, épuisement des recours internes, financement par des tiers, garanties pour frais, interprétation des traités par les États parties, mécanisme autonome de réexamen ou d'appel, modes alternatifs de règlement des litiges, moyens de traiter les demandes abusives, prévention et atténuation des litiges, sélection et nomination des arbitres et des juges (« adjudicators » en anglais), et tribunal multilatéral permanent des investissements (par ordre alphabétique). On a estimé qu'il serait judicieux d'examiner conjointement les options de réforme concernant respectivement l'instauration d'un mécanisme d'appel et la création d'un tribunal multilatéral des investissements. Par ailleurs, il a été proposé de faire également porter les débats sur l'élaboration d'un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE (qui prévoirait éventuellement une procédure d'acceptation expresse). Il a en outre été estimé que le calcul des dommages-intérêts et des réparations dans les affaires de RDIE pourrait aussi faire partie des questions à examiner.

25. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a entendu la proposition de calendrier suivante :

- Les discussions préliminaires sur les options de réforme recensées occuperaient le reste de la session en cours ainsi que les deux sessions suivantes ;
- Les discussions, dont l'ordre ne refléterait aucun ordre de priorité entre les différentes options, viseraient principalement à donner des orientations sur la manière de poursuivre l'élaboration des options de réforme ;
- Le reste de la session en cours serait consacré à l'examen des options de réforme suivantes, la cote des documents sur lesquels se fonderaient les débats étant indiquée entre parenthèses : i) centre consultatif multilatéral et activités connexes de renforcement des capacités ([A/CN.9/WG.III/WP.168](#)) ; ii) code de conduite ([A/CN.9/WG.III/WP.167](#)) ; et iii) financement par des tiers ([A/CN.9/WG.III/WP.172](#)). En outre, le Groupe de travail réfléchirait à la proposition d'élaboration d'un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE et aux travaux préparatoires dont serait chargé le Secrétariat en vue des prochaines sessions ;
- La reprise de la trente-huitième session (Vienne, 20-24 janvier 2020) donnerait lieu à l'examen des options de réforme suivantes : i) mécanisme autonome de réexamen ou d'appel ; ii) tribunal multilatéral permanent des investissements ; et iii) sélection et nomination des arbitres et des juges ;
- À la trente-neuvième session (New York, 30 mars-3 avril 2020), les débats porteraient sur les options de réforme suivantes : i) prévention et atténuation des litiges et autres modes alternatifs de règlement ; ii) interprétation des traités par les États parties ; iii) garanties pour frais ; iv) moyens de traiter les demandes abusives ; v) procédures multiples, y compris demandes reconventionnelles ; et vi) pertes par ricochet et demandes présentées par des actionnaires, sur la base de travaux conjoints avec l'OCDE. De plus, le Groupe de travail étudierait la planification de ses futurs travaux, en se demandant notamment s'il devrait demander à la Commission du temps de conférence supplémentaire, selon la charge de travail.

26. À la suite de cette proposition, les avis suivants ont été exprimés :

- Il faudrait équilibrer les débats entre les réformes structurelles et les autres types de réformes, conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à ses sessions précédentes ([A/CN.9/970](#), par. 81 à 83), en consacrant la session que celui-ci tiendrait à l'automne 2020 à l'examen des options de réforme structurelle ;
- À la session en cours, la proposition d'élaboration d'un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE pourrait être abordée avant les autres options de réforme, dans la mesure où un tel instrument pourrait couvrir plusieurs options de réforme, et où il pourrait être utile d'engager une discussion quant à



l'opportunité, au moins en principe, d'en établir un. Toutefois, des doutes ont été exprimés quant à l'opportunité de cette démarche, eu égard notamment au fait que les détails des options de réforme n'avaient pas encore été examinés ;

- Aux sessions suivantes, le Groupe de travail devrait faire le point sur la situation, afin de tenir compte des faits nouveaux susceptibles d'intervenir entre les sessions et des progrès accomplis dans les travaux confiés au Secrétariat, et il faudrait ménager une certaine souplesse pour mener ces débats ;
- À ce stade, les délibérations devraient porter avant tout sur l'opportunité et la faisabilité de chacune des options de réforme, étant entendu qu'il existait des points communs entre les différentes préoccupations que celles-ci visaient à résoudre ;
- Afin d'éviter les doubles emplois, il faudrait reporter l'examen des options de réforme dont s'occupaient déjà d'autres organisations (par exemple, l'élaboration d'un code de conduite et le financement par des tiers), tandis que selon un autre point de vue, il serait tout de même judicieux d'aborder ces options de réforme, étant donné que tous les États ne participaient pas aux travaux des organisations concernées, et que les délibérations du Groupe de travail pourraient mettre l'accent sur la coordination avec ces dernières ;
- Il faudrait faire preuve d'une certaine souplesse dans la répartition du temps, afin que le Groupe de travail en ait suffisamment pour examiner chacune des options ;
- Le Groupe de travail devrait commencer par examiner les options de réforme pour lesquelles il serait rapidement en mesure de parvenir à un consensus et de produire des résultats ;
- Afin de permettre aux États de mieux se préparer, il faudrait reporter les délibérations sur l'instauration d'un mécanisme d'appel et la création d'un tribunal multilatéral des investissements à la quarantième session, alors que selon d'autres avis, il serait important de commencer à débattre de ces options de réforme dès la trente-neuvième session, comme le Groupe de travail en était précédemment convenu ; et
- L'ordre d'examen des options de réforme à la session en cours pourrait être modifié de sorte que l'élaboration d'un code de conduite soit abordée en premier, alors que selon d'autres avis, il faudrait commencer par examiner l'option de réforme concernant la création d'un centre consultatif et le renforcement des capacités.

### *Conclusion*

27. Compte tenu des décisions qu'il avait prises à ses sessions précédentes (voir par. 20 ci-dessus), et des avis très divers exprimés à sa session en cours (voir par. 26 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu de commencer à mettre au point des solutions pour la réforme du RDIE en se fondant sur le calendrier du projet présenté au paragraphe 25 ci-dessus (voir également par. 104 ci-dessous).

## **C. Examen des options de réforme**

### **1. Création d'un centre consultatif**

28. Un appui général a été exprimé en faveur de la création d'un centre consultatif sur le RDIE, qui pourrait compléter utilement les autres options de réforme que le Groupe de travail serait amené à élaborer. Il a été dit que la mise en place d'un tel centre pourrait répondre à certaines des préoccupations recensées par le Groupe de travail, par exemple à celles concernant le coût de la procédure, la régularité et l'uniformité des décisions, et l'accès à la justice. Il a également été dit qu'un centre consultatif pourrait contribuer à améliorer la transparence du système de RDIE.



29. Le Groupe de travail a procédé à un examen préliminaire des questions relatives à la création d'un centre consultatif, principalement ses bénéficiaires potentiels, le champ de ses services et son financement.

#### *Bénéficiaires potentiels*

30. En ce qui concerne les bénéficiaires potentiels, les avis suivants ont été exprimés :

- Les États devraient être les bénéficiaires, la préférence étant accordée aux pays les moins avancés et aux pays en développement, ainsi qu'aux États ayant une expérience limitée en matière de RDIE ;
- Les États développés pourraient également bénéficier de certains services ;
- Pour les cas où le centre consultatif ne serait pas en mesure de fournir des services à tous les États qui en feraient la demande, il devrait exister un ensemble de critères permettant de déterminer quels États auraient la priorité, par exemple ceux qui ont des besoins pressants ;
- On pourrait étudier la possibilité pour le centre consultatif de fournir une assistance aux *amicus curiae* et aux parties au traité non parties au litige ;
- Les investisseurs demandeurs ne devraient pas avoir accès aux services du centre consultatif, car cela pourrait créer des conflits d'intérêts et alourdir la charge de travail du centre ; en outre, ils avaient déjà accès à d'autres formes d'assistance ;
- S'il a été estimé que l'accès devrait être accordé aux petites et moyennes entreprises (PME), il a également été dit qu'il serait difficile de fixer des critères objectifs pour déterminer les entreprises qui en bénéficieraient ;
- L'accès des investisseurs demandeurs (y compris les PME) à certains services pourrait être envisagé pour autant que cela n'ait pas d'incidence négative sur les coûts et ne crée pas de conflits d'intérêts ; et
- Davantage d'informations et de données d'analyse sur l'accès des PME à la procédure de RDIE et sur l'assistance disponible seraient nécessaires avant de pouvoir trancher la question.

#### *Services à fournir*

31. S'agissant du champ des services, il a été noté que ceux décrits dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.168](#) (y compris l'aide à l'organisation de la défense, l'assistance pendant la procédure, notamment pour la sélection et la désignation des arbitres, les services consultatifs généraux ainsi que le renforcement des capacités et la mise en commun des meilleures pratiques) constituaient une bonne base pour le débat.

32. Des avis divergents ont été exprimés sur les services qui devraient constituer la fonction principale du centre consultatif, compte tenu en particulier des ressources probablement limitées qui seraient disponibles. Il a été souligné que les ressources mises à la disposition du centre consultatif définiraient ou limiteraient inévitablement le champ des services susceptibles d'être fournis, lequel pourrait également varier en fonction des bénéficiaires visés. On a estimé, par exemple, qu'un pays parmi les moins avancés pourrait avoir accès à tous les services alors que d'autres pays pourraient avoir à régler des droits pour bénéficier de certains de ces services.

33. L'accent a été mis dans une certaine mesure sur la fourniture d'une assistance technique avant la naissance du litige, assistance qui serait axée sur les premières étapes du RDIE. Il a été dit qu'une fonction essentielle consisterait à dispenser une formation aux fonctionnaires, éventuellement dans le cadre de détachements ou d'échanges, afin d'approfondir leur connaissance des éventuelles demandes liées aux investissements (y compris les obligations contractées par leur État au titre d'accords d'investissement) et de mieux les préparer à y répondre. Il a été dit que s'ils étaient en mesure de comprendre le fonctionnement du système actuel de RDIE, les États

seraient mieux à même de prévenir les différends et de les régler à l'amiable. Si un soutien a été exprimé en faveur de l'assistance que le centre consultatif pourrait apporter au cours de la procédure, en particulier aux États disposant de ressources limitées, des doutes ont été formulés au sujet du rôle qu'il pourrait jouer pour représenter les États, notamment au vu des ressources que cela pourrait nécessiter, et des responsabilités et des conflits qui pourraient en découler.

34. Il a été noté qu'un certain nombre d'États, d'organisations internationales et régionales, d'établissements universitaires ainsi que de praticiens assuraient actuellement des activités de renforcement des capacités concernant différents aspects de la procédure de RDIE. Dans ce contexte, la nécessité de repérer d'éventuelles lacunes et de coordonner ces activités, afin d'éviter les doubles emplois et de faire un usage efficace des ressources existantes, a été soulignée. Plusieurs organismes ont fait savoir qu'ils seraient disposés à contribuer aux activités de ce type menées par un centre consultatif. Il a en outre été noté que ces activités pourraient viser à former d'éventuels arbitres et conseils, ce qui permettrait également de répondre aux préoccupations exprimées au sujet du manque de diversité.

35. Un autre aspect qui a été souligné était la nécessité pour le centre consultatif de fonctionner comme une plateforme d'échange et de mise en commun de données d'expérience et de meilleures pratiques entre les États. Il a également été dit que la gamme de services offerts par le centre pourrait évoluer au cours du temps.

36. En ce qui concerne la portée régionale de ses services, on s'est demandé si un centre consultatif unique serait en mesure de fournir des services à l'échelle mondiale. Il a également été suggéré d'envisager la création de centres consultatifs régionaux, ce qui permettrait probablement d'élargir la portée géographique.

#### *Structure et financement possibles*

37. En ce qui concerne la structure possible, il a été proposé ce qui suit :

- Bien que le Centre consultatif sur le droit de l'OMC puisse fournir un modèle utile dans ce contexte, la structure du centre consultatif devrait être envisagée compte tenu de la manière dont celui-ci influencerait sur le régime de RDIE et ses efforts de réforme et vice-versa ;
- Le centre consultatif pourrait être créé sous la forme d'un organe intergouvernemental ou dans le cadre d'institutions appropriées existantes ;
- L'indépendance du centre consultatif devrait être maintenue pour préserver sa légitimité ; et
- La dotation en personnel du centre devrait être soigneusement examinée.

38. En ce qui concerne le financement, il a été proposé ce qui suit :

- Le centre consultatif pourrait être financé par des contributions de ses États membres, lesquelles pourraient être fixées en fonction du niveau de développement économique desdits États, et par des contributions volontaires ;
- Les utilisateurs du service pourraient payer des droits qui financeraient le fonctionnement du centre consultatif, et les droits imputés aux États pourraient être ajustés en fonction de leur niveau de développement économique et d'autres facteurs ; et
- Le centre consultatif pourrait être financé par des droits, qui pourraient être imputés aux utilisateurs de structures comme le tribunal multilatéral des investissements.

39. En outre, il a été dit que les questions suivantes devraient être prises en compte lors de la création d'un centre consultatif :

- Qualité et fiabilité des services fournis et aspects liés à la responsabilité professionnelle ;

- Chances égales données à tous les États de défendre leurs intérêts dans le cadre de la procédure de RDIE ;
- Budget global du centre consultatif et questions administratives, y compris la dotation en personnel et la rémunération ;
- Tensions éventuelles entre les différentes parties prenantes, y compris entre les bailleurs de fonds et les bénéficiaires du centre et entre ses différents bénéficiaires potentiels ;
- Prévention du risque que la création du centre consultatif ne conduise à une augmentation injustifiée du nombre d'affaires de RDIE ; et
- Viabilité à long terme du centre consultatif.

*Travaux préparatoires en vue de la création d'un centre consultatif*

40. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a donné au Secrétariat les directives ci-après pour mener des travaux préparatoires en vue de la création d'un centre consultatif (voir par. 41 à 49 ci-dessous). Il a été dit que ces travaux devraient viser à élaborer des projets de dispositions régissant le centre consultatif et son fonctionnement, ainsi qu'à fournir des informations sur les questions recensées.

41. Au vu des préoccupations exprimées concernant le fait d'accorder l'accès aux investisseurs demandeurs (voir par. 30 ci-dessus), les travaux préparatoires devraient examiner les conflits d'intérêts potentiels et la charge de travail du centre consultatif, étant entendu que certains services (par exemple, l'accès aux référentiels de données) n'étaient pas de nature à créer de tels conflits ou à alourdir la charge de travail. Les États pourraient ainsi examiner plus avant la question de savoir s'il serait souhaitable que les investisseurs demandeurs aient accès à certains services du centre.

42. Le Secrétariat devrait recueillir des informations sur les services fournis actuellement par les États et les organisations régionales et internationales, afin de recenser des services que le centre consultatif pourrait fournir. Il faudrait s'efforcer d'éviter les chevauchements et de remédier aux éventuelles lacunes.

43. Les travaux préparatoires devraient examiner les services qui seraient accessibles aux États bénéficiaires clefs, en fonction des besoins recensés de ces États et de critères objectifs à élaborer. Dans le même ordre d'idées, ils pourraient donner des orientations sur les services qui seraient rendus plus largement accessibles. À cet égard, ils pourraient étudier l'opportunité de mettre en œuvre une gamme variable de services selon le niveau de développement des États et, le cas échéant, les modalités de cette mise en œuvre.

44. Au sujet du renforcement des capacités, on a souligné qu'il existait actuellement un déséquilibre entre les investisseurs et les pays les moins avancés ou en développement concernant la capacité d'organiser et d'engager un arbitrage, en particulier sur le plan des ressources financières et humaines. On a insisté sur le fait que le renforcement des capacités devrait viser à accroître les capacités des bénéficiaires au cours du temps, et non à les rendre dépendants des services du centre. En conséquence, les travaux préparatoires devraient examiner la possibilité de former les fonctionnaires dans les domaines suivants : i) négociation des traités et interprétation des obligations en matière d'investissement ; ii) prévention des litiges et évaluation des risques ; et iii) outils et compétences en rapport avec la procédure (contre-interrogatoire, par exemple). Ils devraient également examiner les mécanismes de partage des connaissances, les modalités de collecte des données et les fonctions du centre consultatif en tant que dépositaire centralisé des informations.

45. Tout en admettant que la fourniture d'une assistance aux premiers stades de l'organisation de la défense (sélection des arbitres, meilleures pratiques concernant les questions de procédure, stratégie, évaluation des risques, recueil de preuves et organisation interne des gouvernements) pourrait imposer une charge de travail considérable au centre consultatif, on a souligné que cette assistance serait peut-être

nécessaire, en particulier pour les pays les moins avancés et, par exemple, dans le contexte des procédures accélérées ou des procédures d'urgence.

46. On a signalé qu'il faudrait faire preuve de souplesse concernant les services à fournir et que le centre consultatif devrait être à même d'adapter ses services aux demandes qu'il recevrait.

47. S'agissant du financement, les travaux préparatoires devraient envisager les options suivantes : i) financement du centre consultatif par ses membres, à l'aide d'un fonds mis en place par les pays développés ou par des contributions volontaires provenant d'autres sources ; et ii) paiement de droits au centre consultatif pour la fourniture de ses services ou prélèvement d'un droit auprès des utilisateurs du système de RDIE. Les frais perçus pour la fourniture de services pourraient être déterminés au moyen d'un barème variable qui prévoirait des frais limités ou nuls pour les pays les moins avancés et des frais croissants selon le niveau de développement des pays bénéficiaires.

48. Les travaux préparatoires pourraient également consister à se demander comment le centre consultatif serait doté en personnel et comment il pourrait être structuré de façon à maintenir ses coûts de fonctionnement à un niveau peu élevé tout en menant des activités de renforcement des capacités dans différentes régions. On a en outre proposé de réfléchir aux moyens de faire en sorte qu'il demeure indépendant, impartial et politiquement neutre, et d'aborder également les questions liées aux responsabilités et aux obligations professionnelles. Il a également été proposé que les travaux préparatoires examinent la question de la confidentialité et du traitement des informations recueillies par le centre.

49. Les travaux préparatoires pourraient envisager la possibilité pour le centre consultatif d'accueillir des échanges qui permettraient aux fonctionnaires de bénéficier sur place de formations de courte durée. Des informations pourraient être données sur des échanges de personnel similaires qui avaient été organisés par d'autres organisations internationales dans une optique de renforcement des capacités.

#### *Travaux intersessions*

50. Il a été proposé de mener des travaux intersessions, en coopération avec les États et autres parties prenantes qui le souhaiteraient, sous la forme de réunions organisées au moyen d'outils technologiques (webinaires, par exemple), en vue de fournir des informations sur les initiatives existantes dans le domaine.

## **2. Code de conduite**

51. Un appui général a été exprimé en faveur de l'élaboration d'un code de conduite à l'intention des membres des tribunaux tranchant des affaires de RDIE, qui pourrait compléter utilement les autres options de réforme que le Groupe de travail serait amené à élaborer. Il a été reconnu qu'un tel code pourrait répondre à certaines des préoccupations recensées par le Groupe de travail, et surtout au manque réel ou apparent d'indépendance et d'impartialité des membres desdits tribunaux, qui suscitait souvent des critiques quant à la légitimité du système de RDIE. Il a été indiqué que ce code pourrait être élaboré assez rapidement. Il a été noté que le document [A/CN.9/WG.III/WP.167](#), établi en coopération avec le CIRDI, constituait une bonne base de discussion.

52. En ce qui concerne la nature du texte envisagé, le sentiment général était que le code devrait être contraignant et obligatoire ; c'est pourquoi une préférence a été exprimée en faveur de règles concrètes plutôt que de principes directeurs. Cependant, il a été estimé que des principes directeurs seraient mieux adaptés pour traiter plus en détail de l'application de ces règles dans certaines situations.

*Champ d'application*

53. En ce qui concerne le champ d'application possible, il a été proposé que le code de conduite prévoie une approche uniforme du RDIE et vise donc une application universelle. Il a toutefois été reconnu que les arbitres et les juges seraient liés par des normes diverses et multiples, en fonction de leur nationalité, de leur affiliation à diverses entités et du droit applicable. Il a été mentionné que la multiplicité des codes de conduite avait entraîné un certain degré de fragmentation et des chevauchements et qu'une approche harmonisée serait souhaitable. On a également souligné qu'il ne faudrait pas que l'élaboration d'un nouveau code de conduite se traduise par un émiettement accru.

54. Si certains intervenants ont proposé que le code de conduite ne s'applique qu'aux traités d'investissement et aux litiges futurs, il a aussi été estimé qu'un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE pourrait permettre d'intégrer le code aux traités existants. On a évoqué la possibilité que le code de conduite s'applique non seulement aux membres des tribunaux tranchant des affaires de RDIE, mais aussi à d'autres parties prenantes (par exemple, les conseils et autres représentants, les greffiers ou autres auxiliaires des tribunaux participant à la rédaction de la sentence, les institutions administrant les procédures et les autorités de nomination).

55. Il a été indiqué qu'il faudrait peut-être établir des distinctions pertinentes entre les règles énoncées dans un code de conduite selon qu'elles seraient destinées aux arbitres ad hoc ou aux juges siégeant dans un organe permanent. Il a été dit qu'il serait sans doute plus facile de garantir le respect des obligations dans un organe permanent, en ce qui concerne, par exemple, le cumul des fonctions (pratique dite en anglais de « double-hatting » ou « double casquette »), les recours postérieurs à la sentence, les contacts avant la nomination et la parité des honoraires. Il a été proposé que le Groupe de travail s'efforce, en tous les cas, d'élaborer en parallèle des normes s'appliquant aux arbitres et aux juges.

*Teneur possible d'un code de conduite*

56. Il a été noté que les exigences énoncées dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.167](#) (à savoir, l'indépendance et l'impartialité, l'intégrité, la diligence et l'efficacité, la confidentialité, les compétences ou les qualifications, et l'obligation d'information) pourraient constituer les principaux éléments de la teneur éventuelle d'un code de conduite. De l'avis général, le code de conduite devrait être global tout en fournissant des normes claires, objectives et strictes, ce qui en garantirait également l'application uniforme. Toutefois, compte tenu du mécanisme de nomination par les parties sous-jacent à l'arbitrage, il a été mentionné qu'il faudrait tout de même conserver de la souplesse.

57. S'agissant de l'indépendance et de l'impartialité, la nécessité de lutter contre le cumul de fonctions a été généralement soulignée et des statistiques ont été fournies. L'expérience d'États ayant récemment conclu des traités d'investissement sur la manière dont ils avaient abordé cette question a été partagée. Il a été dit qu'une fois nommés, les arbitres devraient généralement s'abstenir d'agir en qualité de conseil ou bien d'expert ou de témoin désigné par les parties dans toute affaire de RDIE (qu'elle soit nouvelle ou en instance) ; ils devraient même en être empêchés. Des avis divergents ont été exprimés sur la mesure dans laquelle le cumul des fonctions devrait être réglementé, et un certain nombre de solutions ont été présentées (interdiction totale, application d'une période transitionnelle après laquelle l'arbitre ne pourrait plus agir en qualité de conseil ou d'expert, limitation du nombre ou du type d'affaires dans lesquelles un arbitre pourrait servir et exigences en matière d'obligation d'information). Il a été dit qu'il fallait élaborer une définition et préciser la portée des pratiques de cumul des fonctions.

58. Si l'on s'est accordé sur la nécessité de réglementer le cumul des fonctions, il a également été noté qu'il faudrait trouver un équilibre entre la limitation de cette pratique et la garantie de la disponibilité d'un nombre suffisant d'arbitres qualifiés, qui contribuerait également à remédier au manque de diversité pour ce qui est du sexe,

de l'origine géographique, de l'âge et de l'appartenance ethnique. Il a également été déclaré qu'une éventuelle réglementation du cumul des fonctions ne devrait pas aller à l'encontre du principe de l'autonomie des parties en limitant excessivement leur capacité de procéder à des nominations.

59. En ce qui concerne la diligence, l'intégrité et l'efficacité, il a été dit qu'une fois nommés, les arbitres devraient être liés par leurs obligations et s'acquitter de leurs devoirs avec diligence. Dans ce contexte, il a été proposé d'appliquer des limites et des sanctions en cas de démission des arbitres (celle-ci n'étant possible, par exemple, que sur autorisation), car le départ d'un arbitre pouvait retarder considérablement la procédure. Il a également été dit que les arbitres devraient avoir l'obligation de mener un examen approfondi de l'ensemble des circonstances de l'espèce et de toutes les preuves présentées au tribunal. L'obligation d'accélérer la procédure et de la mener de manière efficace a également été notée, de même que l'impératif de ne pas être lié par des instructions ou d'autres influences externes. Il a également été dit que les arbitres devraient tenir un registre du temps consacré à l'affaire traitée et des frais afférents, sur lequel se fonderait le calcul de leurs honoraires.

60. En ce qui concerne l'obligation d'information, il a été noté que les arbitres devraient être tenus de faire connaître rapidement toutes circonstances qui pourraient susciter des doutes quant à leur impartialité et leur indépendance et que cette obligation devrait s'appliquer pendant toute la procédure et peut-être même après sa clôture. Il a été dit que l'obligation d'information devrait être strictement respectée. Il a été estimé que les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international pourraient fournir des orientations, et que l'on pourrait s'intéresser plus avant à la possibilité de les appliquer dans le contexte du RDIE, en examinant les éventuelles modifications à y apporter, le cas échéant.

61. Il a en outre été estimé que les aspects suivants pourraient aussi être abordés dans un code de conduite : i) l'emploi d'un langage clair sur les principes ou les valeurs fondamentales, pour bien servir les objectifs ; ii) les conflits de positions, dont l'examen pourrait tenir compte des études existantes sur le sujet ; iii) les relations entre les membres des tribunaux tranchant des affaires de RDIE et les parties au litige ; iv) les nominations à répétition ; v) la limitation du nombre d'affaires auxquelles un arbitre peut participer et du nombre d'affaires pour lesquelles un arbitre peut être nommé par une partie ou un cabinet juridique donné ; vi) la confidentialité et la survie des obligations après la procédure ; vii) les compétences et la nécessité de veiller à ce que des exigences trop strictes en matière de qualifications n'entraînent pas une réduction de la liste des arbitres potentiels ; viii) des règles qui décourageraient les accusations fausses et indues à l'encontre des arbitres au sujet de leur indépendance et de leur impartialité ; et ix) des honoraires normalisés pour les arbitres.

#### *Mécanisme d'application*

62. Il a été souligné tout au long des délibérations qu'un mécanisme d'application constituerait un élément clef du code de conduite et le principe d'un mécanisme qui garantirait le respect des obligations énoncées dans le code a été appuyé. De l'avis général, on ne saurait se fier au respect volontaire des obligations et il conviendrait d'énoncer clairement les conséquences (sanctions) qu'entraînerait le non-respect de ces dernières. On s'est interrogé sur la façon dont le mécanisme d'application serait déclenché et sur les personnes qui en décideraient.

63. Dans ce contexte, il a été proposé d'élaborer des règles concrètes sur la récusation et la révocation des arbitres. Toutefois, il a été estimé qu'il faudrait mener une étude plus approfondie, allant au-delà des notions de récusation et de révocation, pour établir un mécanisme de sanctions efficace, qui pourrait inclure des sanctions liées au système de rémunération, des mesures disciplinaires, des sanctions morales (visant la réputation) et des notifications aux associations professionnelles. Il a cependant été mentionné que la mise en place et l'application rigoureuse de normes



plus strictes pourraient avoir des conséquences involontaires (par exemple, hésitation à assumer des fonctions d'arbitre et exécution limitée des obligations).

64. Il a été suggéré que la mise en place d'un système ou d'un organe centralisé de contrôle du respect des obligations ainsi que d'une base de données sur les récusations et les sanctions dont les arbitres feraient l'objet pourrait accroître la transparence, ce qui contribuerait efficacement à l'application du code de conduite. Il a été mentionné que ces fonctions pourraient être confiées à un centre consultatif.

#### *Autres questions*

65. Il a été souligné que les travaux devaient impérativement tenir compte des traités conclus par des États qui comportaient déjà un code de conduite (par exemple, les traités mentionnés dans la note de bas de page 7 du document [A/CN.9/WG.III/WP.167](#) ainsi que l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste et d'autres traités bilatéraux d'investissement conclus récemment). Il a été dit que les efforts déployés par les institutions arbitrales pour établir et faire appliquer des codes de conduite devaient également être pris en considération. Il a également été fait référence aux discussions pertinentes de l'Assemblée générale des Nations Unies concernant le Tribunal du contentieux administratif des Nations Unies et le Tribunal d'appel des Nations Unies. En outre, il a été généralement estimé qu'une étude exhaustive et comparative des éléments fondamentaux de ces codes de conduite ainsi que du mécanisme de contrôle du respect de leurs dispositions pourrait aider le Groupe de travail à prendre une décision plus éclairée.

66. Il a également été mentionné qu'il serait nécessaire de traiter des situations où le non-respect des obligations n'était constaté qu'après le prononcé de la sentence, car même lorsque les parties contestaient une sentence, le refus de l'exécution de la sentence en vertu de l'article V de la Convention de New York ne prévoirait aucune sanction de l'arbitre. Dans ce contexte, il a été dit que l'élaboration d'un code de conduite assorti d'un mécanisme efficace de contrôle du respect des obligations qui y seraient énoncées, parallèlement au mécanisme déjà prévu dans la Convention de New York, pourrait apporter une solution permettant de régler de tels problèmes.

#### *Travaux préparatoires en vue de l'élaboration d'un code de conduite*

67. Compte tenu de l'appui général en faveur de la mise au point d'un code de conduite et du large éventail des vues exprimées sur le sujet (voir par. 51 à 66 ci-dessus), le Groupe de travail a donné au Secrétariat les directives ci-après pour mener des travaux préparatoires sur l'élaboration de dispositions à inclure dans un code de conduite (voir par. 68 à 77 ci-dessous). Il a été convenu que le document [A/CN.9/WG.III/WP.167](#) constituerait une base solide pour l'élaboration d'un code de conduite, mais qu'il faudrait laisser au Secrétariat le soin de proposer des options supplémentaires et de poser des questions de fond.

68. En ce qui concerne la portée du code de conduite, il faudrait, dans le cadre des travaux préparatoires : i) examiner comment le code de conduite pourrait être appliqué de manière contraignante à tous les litiges relevant du RDIE ; ii) recenser les aspects qui s'appliqueraient uniformément aux membres des tribunaux tranchant des affaires de RDIE et ceux qui diffèreraient selon que les destinataires seraient membres d'un tribunal *ad hoc* ou juges d'un organe permanent et, en conséquence, proposer des options différentes ; iii) prévoir des dispositions détaillées et claires qui puissent être appliquées de manière uniforme ; iv) assurer la souplesse nécessaire pour faire face à toute circonstance imprévue ; v) se demander si le code de conduite pourrait éventuellement s'appliquer aux auxiliaires des tribunaux, en particulier à ceux qui participaient aux délibérations et à la rédaction de la sentence et, le cas échéant, inclure des dispositions sur les mesures relatives à l'obligation d'information, à la délégation et aux manquements ; et vi) se pencher sur la question de savoir si le code de conduite pourrait éventuellement s'appliquer aux conseils et aux institutions arbitrales ou s'il faudrait élaborer des codes distincts.



69. En ce qui concerne l'indépendance et l'impartialité, il faudrait, dans le cadre des travaux préparatoires : i) prévoir des options pour que ces obligations s'appliquent tout au long de la procédure ; ii) inclure une définition et préciser la portée des pratiques de cumul des fonctions ; et iii) prévoir des options pour interdire ou réglementer le cumul des fonctions, notamment peut-être des obligations d'information, des limites quant aux types de rôles ou aux différents rôles qu'un arbitre pourrait avoir, et des règles relatives à une période pendant laquelle un arbitre pourrait ou non assumer d'autres fonctions.

70. En ce qui concerne les conflits de positions, il faudrait, dans le cadre des travaux préparatoires : i) s'inspirer des travaux déjà réalisés dans ce domaine, en particulier le rapport élaboré par l'équipe spéciale conjointe de l'American Society of International Law (ASIL) et de l'International Centre for Collective Action (ICCA) sur les conflits de positions dans l'arbitrage entre investisseurs et États ; et ii) inclure diverses options possibles, tout en s'assurant qu'elles n'empêcheraient pas par inadvertance des universitaires et autres personnes qualifiées de siéger dans un tribunal appelé à trancher une affaire de RDIE.

71. En ce qui concerne l'intégrité, il faudrait, dans le cadre des travaux préparatoires : i) viser à répondre aux préoccupations exprimées au sujet de la partialité des arbitres et des influences indues qui peuvent s'exercer sur eux en fonction de leurs intérêts personnels, financiers et professionnels ; ii) étant donné que les notions de partialité et d'intégrité pourraient être appréhendées différemment selon le contexte socioculturel, veiller à ce que les dispositions puissent être appliquées de manière universelle ; et iii) tenir compte du fait que des comportements partiaux et des intérêts inappropriés peuvent découler non seulement des relations entre les parties et les membres du tribunal, mais aussi de celles entre les membres du tribunal et les conseils ou d'autres participants aux procédures de règlement des différends.

72. En ce qui concerne la diligence et l'efficacité, il faudrait, dans le cadre des travaux préparatoires : i) souligner l'importance de ces exigences, en particulier au vu des conséquences qu'une disponibilité insuffisante, le manque d'efficacité ou la démission inappropriée des membres de tribunaux peuvent avoir sur les coûts et sur la légitimité des procédures ; et ii) prévoir que les membres du tribunal doivent agir et prendre leurs décisions dans les délais prescrits et ne pas prendre d'autres engagements qui nuiraient à leur capacité de procéder efficacement, et qu'ils ne doivent pas démissionner pendant la procédure, ou que leur démission soit soumise à un mécanisme de contrôle et d'approbation.

73. En ce qui concerne la confidentialité, il faudrait, dans le cadre des travaux préparatoires : i) introduire des règles claires, y compris s'agissant notamment de la confidentialité des délibérations ; et ii) déterminer comment ces obligations survivraient après la clôture de la procédure.

74. En ce qui concerne les compétences, il faudrait, dans le cadre des travaux préparatoires : i) recenser certaines compétences de base indispensables pour traiter des affaires de RDIE, y compris un minimum de connaissances du droit international public, des connaissances spécifiques concernant l'objet du litige qui dépendraient des circonstances des espèces, et des compétences linguistiques appropriées ; ii) veiller à ce que ces compétences soient requises tout au long de la procédure ; iii) veiller à ce que les exigences en question n'entravent pas la diversification et l'élargissement du réservoir d'arbitres ; et iv) examiner l'éventuelle interaction entre ces exigences et les travaux que le Groupe de travail pourrait entreprendre sur la sélection et la nomination des arbitres.

75. En ce qui concerne l'obligation d'information, il faudrait, dans le cadre des travaux préparatoires : i) inclure des dispositions claires qui guideraient les arbitres et les parties ; ii) trouver un équilibre entre l'étendue voulue de l'obligation d'information et la charge que celle-ci impose ; et iii) indiquer comment l'obligation d'information serait maintenue au cours de la procédure.

76. Les travaux préparatoires devraient également prévoir des règles ou des lignes directrices claires sur les questions mentionnées au paragraphe 55 du document [A/CN.9/WG.III/WP.167](#), notamment sur : i) les communications avec les arbitres préalables à la nomination ; ii) la rémunération et les honoraires ; et iii) l'obligation de tenir des comptes et des registres détaillés pour assurer le respect du principe de responsabilité et la crédibilité.

77. En ce qui concerne l'application du code de conduite, il faudrait, dans le cadre des travaux préparatoires, faire en sorte que : i) le code de conduite soit contraignant et exécutoire ; ii) le code de conduite prévoit des sanctions suffisamment strictes pour avoir un effet dissuasif, sachant que si les sanctions étaient trop strictes, les organes chargés de l'application pourraient être réticents à les faire exécuter ; iii) selon le type de manquement, différentes catégories de sanctions soient prévues, notamment celles mentionnées au paragraphe 63 ci-dessus ; iv) différentes options concernant la manière dont le mécanisme d'application fonctionnerait soient proposées, s'agissant notamment de l'autorité chargée de l'application, des normes de détermination et du calendrier (y compris avant la constitution du tribunal et une fois son mandat achevé) ; et v) des moyens soient mis en place afin que le mécanisme d'application ne soit pas utilisé de manière inappropriée pour retarder la procédure.

#### *Travaux intersessions*

78. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de collaborer avec le CIRDI ainsi qu'avec les délégations et institutions intéressées à l'élaboration d'un projet de code de conduite qu'il pourrait examiner. Le Secrétariat a été prié, lors de l'élaboration du projet, d'entreprendre une analyse comparative des codes de conduite existants, si les ressources le permettaient.

### **3. Financement par des tiers**

79. Le Groupe de travail a rappelé la décision qu'il avait prise à sa trente-septième session sur l'opportunité d'entreprendre des réformes concernant le financement par des tiers, compte tenu en particulier du manque actuel de transparence et de réglementation ([A/CN.9/970](#), par. 25) et il a examiné plus avant la question sur la base du document [A/CN.9/WG.III/WP.172](#).

#### *Préoccupations relatives au financement par des tiers*

80. Les préoccupations précédemment exprimées au sujet du financement par des tiers ont été rappelées : i) celles concernant l'incidence du financement par des tiers sur la procédure (y compris les conflits d'intérêts découlant de cette pratique, l'incidence du financement par des tiers sur les coûts et sur la garantie pour frais, la communication d'informations à des tiers financeurs non soumis à l'obligation de confidentialité, le contrôle du processus d'arbitrage par des tiers financeurs ou leur influence sur ce processus, l'incidence négative sur le règlement amiable des litiges, et le fait que le financement par des tiers soit principalement accessible aux investisseurs) ; et ii) celles concernant l'incidence du financement par des tiers sur l'ensemble du système de RDIE (y compris l'augmentation du nombre d'affaires de RDIE, du nombre de demandes abusives et du montant des dommages-intérêts réclamés, la justification sous-jacente de la protection des investisseurs étrangers et le droit des États à réglementer).

#### *Réglementation du financement par des tiers*

81. Notant que le financement par des tiers dans le cadre du RDIE n'était toujours pas réglementé dans son ensemble, on s'est généralement prononcé en faveur de l'élaboration de moyens de le réglementer. Bien qu'un certain soutien ait été exprimé en faveur de l'interdiction du financement par des tiers, on a généralement estimé qu'il fallait faire preuve de souplesse car ce mode de financement pouvait permettre l'accès à la justice à ceux qui ne disposaient pas de ressources suffisantes, en particulier les PME, et dans un petit nombre de cas, aux États. Dans ce contexte, il a

été indiqué que d'autres travaux de recherche sur la mesure dans laquelle les PME avaient eu recours au financement par des tiers pourraient être nécessaires. Il a en outre été dit que l'interdiction du financement par des tiers pourrait conduire au développement d'autres formes de financement qui pourraient ne pas être soumises à réglementation.

82. Il a toutefois été suggéré que le financement par des tiers soit interdit pour certains types de demandes, telles que les demandes abusives, les demandes faites de mauvaise foi ou sans motif légitime, et les demandes faites à des fins politiques. Il a également été suggéré que l'on interdise les financements spéculatifs, les financements sans recours en contrepartie d'une rémunération au résultat, et d'autres types de rémunération monétaire ou de remboursement subordonnés en tout ou partie au résultat d'une procédure ou d'un portefeuille de procédures. Il a été noté qu'une interdiction du financement par des tiers assortie d'exceptions pourrait constituer une approche appropriée pour réglementer cette pratique.

83. Il a aussi été proposé que le financement par des tiers ne soit autorisé que dans certaines circonstances, par exemple lorsque la demande n'était pas abusive, que le financement n'était pas spéculatif ou subordonné à un résultat, que le financement ne faisait pas partie d'un portefeuille de financements orientés contre un État particulier, ou qu'il était avéré que le demandeur manquait de ressources. Concernant la proposition selon laquelle le financement par des tiers ne devrait être accessible qu'aux demandeurs démunis, il a été indiqué qu'il ne faudrait pas imposer cette restriction, dans la mesure où ce mode de financement pouvait servir à des fins commerciales légitimes, et où il serait difficile de prouver le manque de ressources des demandeurs.

84. Il a été dit que la réglementation du financement par des tiers devrait s'appliquer à la fois aux demandeurs et aux défendeurs, mais il a été souligné que les États défendeurs ne devraient pas être visés par cette réglementation, car ils étaient soumis à des obligations d'information en vertu du droit interne et n'avaient pas les mêmes motifs que les investisseurs d'introduire des demandes. Il a également été indiqué qu'il serait utile d'examiner si et comment les traités d'investissement récemment conclus, la législation interne et les pratiques en vigueur traitaient le financement par des tiers et abordaient les questions pertinentes.

85. Il a été dit que tous travaux sur le financement par des tiers devraient viser à établir un équilibre entre différents aspects du RDIE, y compris, mais sans s'y limiter, les abus de procédure, les obligations en matière de transparence et de confidentialité, l'intégrité de la procédure ainsi que l'accès à la justice. Il a également été dit que la réglementation du financement par des tiers devrait être examinée compte tenu du point de vue selon lequel il faudrait éviter toute réglementation excessive de cette pratique.

#### *Définition et champ d'application du financement par des tiers*

86. De l'avis général, il était nécessaire de définir clairement le financement par des tiers afin d'assurer l'efficacité d'une éventuelle réglementation. S'il a été dit que la portée de la réglementation dépendrait de la manière dont serait défini le financement par des tiers, il a également été estimé que cette pratique pourrait être difficile à définir.

87. Des avis ont été exprimés quant à la manière de définir le financement par des tiers. Selon un avis, la définition devrait revêtir un caractère général, de façon à couvrir une large gamme de dispositifs, tandis que selon un autre avis, sa portée ne devrait pas être aussi large. Il a été estimé, par exemple, que la fourniture d'une assistance à titre gracieux, le financement sans but lucratif, les arrangements d'urgence et le financement interentreprises ne devraient pas relever de la définition du financement par des tiers.

88. Il a été estimé que la définition du financement par des tiers figurant dans les traités d'investissement et dans la législation interne, ainsi que celle proposée dans le

cadre du processus d'amendement des Règlements du CIRDI, pourraient offrir des orientations utiles.

#### *Déclaration du financement par des tiers*

89. De l'avis général, l'existence d'un financement par un tiers et, le cas échéant, l'identité du tiers financeur devraient être déclarées à un stade précoce de la procédure, ou dès la conclusion de l'accord de financement. Il a également été estimé que l'obligation d'information devrait être valable pendant toute la durée de la procédure. Il a en outre été considéré que cette obligation devrait porter non seulement sur l'identité du tiers financeur, mais aussi sur celle de tout bénéficiaire final du financement.

90. Il a été dit qu'il faudrait également communiquer les termes de l'accord de financement, afin de révéler la nature de la participation du tiers financeur. De l'avis général, le tribunal arbitral devrait avoir la latitude de déterminer, en fonction des circonstances de l'espèce, dans quelle mesure la portée de la déclaration devrait aller au-delà de l'existence d'un tiers financeur et de son identité.

91. Dans ce contexte, on s'est demandé si l'obligation d'information devrait s'appliquer à la médiation, dans la mesure où le financement par des tiers pouvait également avoir une incidence sur ce type de procédure. On s'est également demandé si la relation entre les avocats et le tiers financeur serait visée par cette obligation. Par ailleurs, il a été dit que l'obligation de déclaration du financement par des tiers devrait être liée à l'obligation d'information énoncée dans le code de conduite à l'intention des arbitres. Concernant la question de savoir à qui les informations devraient être communiquées, il a été estimé qu'elles devraient l'être tant à la partie adverse qu'au tribunal.

92. De l'avis général, il faudrait prévoir des sanctions en cas de manquement à l'obligation d'information, afin d'en assurer l'exécution effective. Il a été dit que les sanctions devraient être clairement stipulées et appliquées à la lumière des circonstances de l'espèce et de façon proportionnée au degré de manquement. La suspension ou la clôture de la procédure, l'annulation de la sentence et le remboursement des dépens ont été mentionnés comme exemples de sanctions possibles.

#### *Incidence du financement par des tiers sur la répartition des coûts*

93. On a estimé que les coûts liés au financement par des tiers ne devraient pas être considérés comme des coûts recouvrables. Il a en outre été dit que l'existence d'un financement par un tiers pourrait accroître la probabilité que l'État défendeur ne soit pas en mesure de recouvrer ses coûts, et qu'il pourrait être remédié à ce problème en tenant le tiers financeur redevable des coûts imputés au demandeur.

#### *Garantie pour frais*

94. Au cours de ses délibérations sur le financement par des tiers, le Groupe de travail s'est également demandé si cette pratique devrait avoir une incidence sur le fait d'ordonner ou non la constitution d'une garantie pour frais. De l'avis général, si l'existence d'un financement par un tiers était un élément dont le tribunal pourrait tenir compte, elle ne devrait pas être à elle seule un motif suffisant pour qu'il rende une ordonnance de garantie pour frais. Certains étaient d'avis que l'existence d'un financement par un tiers pourrait suffire à justifier une telle ordonnance de la part du tribunal. Il a été signalé que l'existence d'un financement par un tiers ne signifiait pas nécessairement que le demandeur était démuné, cette pratique pouvant être un moyen de gérer les coûts et les risques liés au RDIE. Il a été dit que cette approche serait globalement conforme à celle adoptée dans le cadre du processus d'amendement des Règlements du CIRDI. Des considérations de principe et d'ordre pratique sur l'opportunité pour les tribunaux tranchant des affaires de RDIE d'ordonner la constitution d'une garantie pour frais, et sur les circonstances dans lesquelles ils devraient, le cas échéant, rendre une telle ordonnance, ont fait l'objet de débats.

*Forme des travaux*

95. Il a été estimé que les travaux sur le financement par des tiers pourraient déboucher sur un règlement ou des clauses types, que l'on pourrait rendre contraignants en les intégrant dans les règlements d'arbitrage ou les traités d'investissement, ou dans un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE.

*Coopération avec le CIRDI*

96. On a par ailleurs estimé que, dans un souci d'harmonisation, il faudrait tenir compte des travaux que menait le CIRDI dans le domaine du financement par des tiers. S'il a été noté que les débats sur le sujet avaient avancé dans le cadre du processus d'amendement des Règlements du CIRDI, il a également été dit que celui-ci pourrait envisager de reporter l'adoption des dispositions relatives au financement par des tiers pour le même motif, si ses États membres en décidaient ainsi.

*Travaux préparatoires sur le financement par des tiers*

97. À l'issue de la discussion, le Secrétariat a été prié d'élaborer un projet de dispositions sur le financement par des tiers qui tienne compte des délibérations et présente des options à examiner. Il a été dit que le projet de dispositions, une fois achevé, pourrait être mis en œuvre par les États dans leurs traités, utilisé dans les règlements d'arbitrage, ou incorporé dans une convention multilatérale qui pourrait s'appliquer à tous les traités et assurer une approche harmonisée.

98. Le Secrétariat a été prié de collaborer étroitement avec le CIRDI et d'autres institutions de manière à éviter tout morcellement des travaux, en particulier dans le domaine du financement par des tiers. Par ailleurs, il a été dit qu'il serait peut-être utile de comparer les traités et règlements existants ainsi que les législations internes comportant des dispositions sur cette pratique, afin d'orienter les travaux du Groupe de travail et de lui permettre de prendre des décisions éclairées. Compte tenu du manque de données empiriques concrètes sur l'utilisation du financement par des tiers et son incidence sur le RDIE, et de la difficulté à se procurer ce type de données, le Secrétariat a été prié de collaborer étroitement avec le Forum académique, le Groupe de praticiens, les investisseurs et les tiers financeurs, afin de recueillir des données pertinentes, notamment sur la fréquence du recours à cette pratique, le taux de succès relatif des demandes correspondantes, le montant réclamé dans ce type de demandes comparativement aux autres demandes, et les motifs d'utilisation du financement par des tiers.

**D. Autres questions***Objectifs de développement durable et changements climatiques*

99. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur l'obligation qui incombait aux États de prendre des mesures en faveur des objectifs de développement durable et contre les changements climatiques au titre de l'Accord de Paris. On a souligné la nécessité de veiller à ce que le RDIE ne compromette pas ces mesures et ne dissuade pas les États de poursuivre ces objectifs. L'accent a également été mis sur le fait que la réforme en cours du RDIE devait aller dans le sens des objectifs de développement durable et de la lutte contre les changements climatiques.

*Travaux préparatoires futurs du Secrétariat*

100. Le Groupe de travail a examiné les sujets sur lesquels le Secrétariat pourrait entreprendre d'autres travaux, en plus de ceux concernant les options de réforme figurant à l'ordre du jour des deux sessions suivantes (voir par. 25 et 27 ci-dessus).

101. Il a été proposé que le Secrétariat explique comment un instrument multilatéral sur les aspects procéduraux du RDIE pourrait être structuré de manière à inclure un certain nombre d'options de réforme différentes qui seraient élaborées par le Groupe

de travail, notamment d'éventuelles options de réformes structurelles. Il a été dit que ces travaux pourraient être axés sur la façon d'intégrer les efforts de réforme en cours aux traités d'investissement existants. Par ailleurs, il a été suggéré de comparer les approches adoptées, respectivement, dans la Convention de Maurice sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et 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 bénéfices, élaborée sous les auspices de l'OCDE. Il a également été proposé de réfléchir à la possibilité d'une entrée en vigueur par étape de l'instrument multilatéral, le but étant de faciliter une entrée en vigueur accélérée de certaines des options de réforme. Bien qu'un appui ait été exprimé en faveur de l'accomplissement de ces travaux par le Secrétariat, il a été souligné qu'il serait prudent d'examiner les options de réforme déjà inscrites à son programme avant d'entamer des travaux préparatoires en vue de l'élaboration d'un instrument multilatéral.

102. Selon une autre proposition, le Secrétariat pourrait être chargé de mener des recherches sur les dommages-intérêts, leurs méthodes de calcul et les principes juridiques sous-jacents. À l'appui de cette proposition, il a été dit qu'il serait utile d'examiner attentivement la phase au cours de laquelle le tribunal calculait les dommages-intérêts, les exigences en matière de preuve, les normes comptables et financières applicables n'ayant pas encore été mises en pratique, et le lien avec la répartition des coûts. Toutefois, on s'est demandé si ces questions relevaient bien du mandat du Groupe de travail, qui consistait à examiner les aspects procéduraux du RDIE.

103. Le Groupe de travail a pris acte du fait que certaines des études que le Secrétariat était prié d'entreprendre en vue de présenter un tableau comparatif des différentes approches figurant dans différents textes ne seraient peut-être pas disponibles dans toutes les langues officielles de l'ONU et pourraient lui être soumises comme documents de référence informels.

104. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'établir un document au sujet d'un éventuel instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, qu'il projetait d'examiner à sa trente-neuvième session, en 2020. Gardant à l'esprit l'interrogation soulevée quant à son mandat (voir par. 102 ci-dessus), il a également chargé le Secrétariat d'examiner les modalités d'éventuels travaux sur les dommages-intérêts, en tenant compte des ressources limitées dont il disposait, et de lui faire savoir quand ces travaux pourraient être entrepris.

---