



# Assemblée générale

Distr. générale  
19 décembre 2017  
Français  
Original : anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Cinquante et unième session  
New York, 25 juin-13 juillet 2018

**Rapport du Groupe de travail III (Réforme  
du règlement des différends entre investisseurs et États)  
sur les travaux de sa trente-quatrième session  
(Vienne, 27 novembre-1<sup>er</sup> décembre 2017)**

**Première partie\***

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. Aspects procéduraux et résultats de l'arbitrage . . . . .	7
1. Aspects procéduraux . . . . .	7
2. Résumé des débats . . . . .	11
3. Transparence . . . . .	13

\* La seconde partie du présent rapport sera publiée sous la cote [A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#).



## I. Introduction

1. À sa quarante-huitième session, en 2015, la Commission a noté que les circonstances actuelles en ce qui concerne l'arbitrage entre investisseurs et États posaient un certain nombre de problèmes et que des réformes avaient été proposées par plusieurs organisations. À cet égard, elle a été informée que le Secrétariat réalisait une étude afin de déterminer si la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (la « Convention de Maurice sur la transparence » ou « Convention de Maurice ») pouvait constituer un modèle approprié pour d'éventuelles réformes dans le domaine de l'arbitrage entre investisseurs et États, en concertation avec des organisations intéressées, notamment le Centre for International Dispute Settlement (CIDS), centre de recherche conjoint de l'Institut de hautes études internationales et du développement et de la faculté de droit de l'Université de Genève. Dans ce contexte, le Secrétariat a été prié de présenter à la Commission, à une future session, des informations actualisées sur la question<sup>1</sup>.

2. En réponse à cette requête, à sa quarante-neuvième session, en 2016, la Commission était saisie d'une note présentant l'état d'avancement d'une étude menée dans le cadre d'un projet de recherche du CIDS (ci-après le « rapport du CIDS »)<sup>2</sup> et donnant un bref aperçu de ses conclusions (A/CN.9/890).

3. À l'issue de la discussion, la Commission a prié le Secrétariat d'examiner la meilleure manière de faire progresser le projet décrit dans le document A/CN.9/890, s'il était approuvé en tant que sujet de travaux futurs à sa cinquantième session. Pour ce faire, il a été demandé au Secrétariat de tenir des consultations à large échelle<sup>3</sup>, et de tenir compte des vues de tous les États et autres parties prenantes, notamment concernant la façon dont ce projet s'articulerait avec d'autres initiatives dans ce domaine, ainsi que la forme et les méthodes à utiliser.

4. La Commission a également décidé de maintenir à son ordre du jour, en vue de les examiner plus avant, deux sujets supplémentaires concernant l'arbitrage en matière d'investissement, à savoir les procédures concurrentes et un code d'éthique destiné aux arbitres<sup>4</sup>. Elle a en outre demandé au Secrétariat, dans la limite des ressources disponibles, de continuer à actualiser les connaissances et à mener des travaux préparatoires concernant ces trois sujets, afin de lui permettre de décider, en connaissance de cause, s'il convenait de charger un groupe de travail d'entreprendre des travaux dans l'un de ces domaines, voire dans tous<sup>5</sup>.

5. 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).

---

<sup>1</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 17 (A/70/17)*, par. 268.

<sup>2</sup> Kaufmann-Kohler, Gabrielle, et Michele Potestà, « Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and road map » (2016), disponible en anglais sur le site Web de la CNUDCI à l'adresse : [http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionessions/unc/unc-49/CIDS\\_Research\\_Paper\\_-\\_Can\\_the\\_Mauritius\\_Convention\\_serve\\_as\\_a\\_model.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf).

<sup>3</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 17 (A/71/17)*, par. 187 à 194.

<sup>4</sup> *Ibid.*, par. 175 à 186.

<sup>5</sup> *Ibid.*, par. 195.

6. 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 III 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 III veillerait, dans l'exercice de son mandat, à ce que les délibérations, tout en tirant parti de l'éventail le plus large possible d'expériences 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 régime de 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 que toute solution envisagée tiendrait compte des travaux actuellement menés par d'autres organisations internationales dans ce domaine et laisserait à chaque État le choix de déterminer si et dans quelle mesure il souhaitait adopter la solution en question<sup>6</sup>.

## II. Organisation de la session

7. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-quatrième session à Vienne, du 27 novembre au 1<sup>er</sup> décembre 2017. Ont participé à la session des représentants des États membres ci-après du Groupe de travail : Allemagne (2019), Argentine (2022), Arménie (2019), Australie (2022), Autriche (2022), Bélarus (2022), Brésil (2022), Bulgarie (2019), Cameroun (2019), Canada (2019), Chili (2022), Chine (2019), Colombie (2022), Côte d'Ivoire (2019), Danemark (2019), El Salvador (2019), Équateur (2019), Espagne (2022), États-Unis d'Amérique (2022), Fédération de Russie (2019), France (2019), Grèce (2019), Honduras (2019), Hongrie (2019), Inde (2022), Indonésie (2019), Iran (République islamique d') (2022), Israël (2022), Italie (2022), Japon (2019), Koweït (2019), Malaisie (2019), Maurice (2022), Mexique (2019), Nigéria (2022), Ouganda (2022), Pakistan (2022), Panama (2019), Philippines (2022), Pologne (2022), République de Corée (2019), Roumanie (2022), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2019), Singapour (2019), Suisse (2019), Tchéquie (2022), Thaïlande (2022), Turquie (2022) et Venezuela (République bolivarienne du) (2022).

8. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants : Afrique du Sud, Albanie, Arabie saoudite, Belgique, Bolivie (État plurinational de), Bosnie-Herzégovine, Chypre, Costa Rica, Croatie, Égypte, Estonie, Finlande, Géorgie, Islande, Malte, Maroc, Monténégro, Niger, Norvège, Nouvelle-Zélande, Paraguay, Pays-Bas, Pérou, Portugal, République dominicaine, Serbie, Slovaquie, Soudan, Suède, Uruguay et Viet Nam.

9. Ont également assisté à la session des observateurs de l'Union européenne.

10. Ont en outre assisté à la session 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* : Conseil de coopération du Golfe (CCG), Cour permanente d'arbitrage (CPA), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et Secrétariat de la Communauté de l'énergie ;

c) *Organisations non gouvernementales invitées* : Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand (AMINZ), Association arabe pour l'arbitrage international, Association de droit international (ADI), Association juridique de l'Asie et du

<sup>6</sup> Ibid., *soixante-douzième session, Supplément n° 17 (A/72/17)*, par. 264.

Pacifique, Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (AFRICARBI), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Center for International Dispute Settlement (CIDS), Center for International Environmental Law (CIEL), Center for International Legal Studies (CILS), Centre international d'arbitrage de Vienne (VIAC), Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA), Chambre de commerce internationale (CCI), Comité consultatif de la CVIM, Commission d'arbitrage de Beijing/Centre d'arbitrage international de Beijing (BAC/BIAC), Conseil de l'Assemblée interparlementaire des États membres de la Communauté d'États indépendants (CEI), Conseil international pour l'arbitrage commercial, Cour d'arbitrage de Madrid, Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA), Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, Institut international du développement durable (IIDD), International Law Institute (ILI), Korean Commercial Arbitration Board (KCAB), Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration (RCICAL), Miami International Arbitration Society (MIAS), Moot Alumni Association (MAA), Russian Arbitration Association (RAA) et School of International Arbitration de l'Université Queen Mary de Londres (QMUL).

#### *Élection du Bureau*

11. Le Groupe de travail a procédé à l'élection du président de la session. On a souligné qu'il importait que l'élection et les délibérations du Groupe de travail soient transparentes, neutres et inclusives. Les propositions tendant à élire un président et un rapporteur qui exerceraient leurs fonctions à tour de rôle au cours des sessions suivantes, et à élire des coprésidents, n'ont pas été appuyées.

12. En l'absence de consensus et étant donné que plusieurs candidats ont été proposés, le Groupe de travail a procédé à l'élection du président au scrutin secret, conformément aux dispositions du Règlement intérieur de l'Assemblée générale applicables à la CNUDCI.

13. Quarante-cinq bulletins de vote ont été déposés, dont 1 nul ; 44 bulletins étaient donc valides ; il y a eu 3 abstentions ; le nombre d'États membres du Groupe de travail présents et votants était donc de 41 et la majorité requise pour l'élection était de 21.

14. M. Shane Spelliscy (Canada), ayant obtenu 24 voix et, partant, la majorité requise au premier tour, a été élu Président de la session.

15. Le Groupe de travail a élu M<sup>me</sup> Natalie Yu-Lin Morris-Sharma (Singapour) en tant que Rapporteuse.

#### *Documents et adoption de l'ordre du jour*

16. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : a) ordre du jour provisoire annoté ([A/CN.9/WG.III/WP.141](#)) ; et b) notes du Secrétariat sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) ([A/CN.9/WG.III/WP.142](#)) et les communications présentées par des organisations intergouvernementales internationales ([A/CN.9/WG.III/WP.143](#)).

17. 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.
5. Adoption du rapport.

### III. Délibérations et décisions

18. Le Groupe de travail a examiné le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.142 et A/CN.9/WG.III/WP.143). 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

19. Pour commencer, il a été rappelé que le mandat confié au Groupe de travail comprenait trois étapes : i) recenser et examiner les préoccupations exprimées au sujet du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) ; ii) déterminer si une réforme était souhaitable compte tenu de ces préoccupations ; et iii) si le Groupe de travail décidait que cette réforme était souhaitable, mettre au point des solutions qu'il recommanderait à la Commission<sup>7</sup>.

20. Il a également été rappelé que le RDIE constituait une méthode pour faire respecter les obligations de fond des États. On a noté que d'importantes questions relatives à une éventuelle réforme dans ce domaine concernaient les règles de fond sous-jacentes. On a cependant précisé que le mandat donné au Groupe de travail s'attachait aux aspects procéduraux du règlement des litiges plutôt qu'aux dispositions de fond.

21. Il a été généralement admis que les travaux que devait entreprendre le Groupe de travail se distinguaient à la fois par leur importance et leur caractère délicat. Il a été dit qu'ils devraient se fonder sur une analyse approfondie de toutes les questions pertinentes. Il a été ajouté qu'un échange de vues complet et franc appuierait l'approche consensuelle.

22. Le mandat comportant trois étapes, il a été décidé de les aborder l'une après l'autre. Il a également été convenu que le Groupe de travail devrait adopter une démarche prudente et progressive, sans faire preuve d'une hâte excessive, tout en avançant dans le souci de l'efficacité. En conséquence, il a été généralement estimé que les deuxième et troisième étapes seraient envisagées en temps voulu, une fois que le Groupe de travail aurait eu tout loisir d'examiner les préoccupations recensées.

23. Il a néanmoins été dit que l'on ne pourrait peut-être pas dissocier le débat relatif aux préoccupations de celui visant à établir si celles-ci étaient valables et susceptibles de justifier des réformes. De ce point de vue, les deux premières étapes du mandat pourraient être abordées ensemble, si l'élément du RDIE concerné le justifiait. On pourrait par ailleurs indiquer, d'une part, si les aspects en question pourraient justifier des réformes et, d'autre part, si celles-ci pourraient être progressives ou systémiques. Ces éventuelles indications seraient consignées pour permettre au Groupe de travail de se préparer à toute discussion future concernant les deuxième et troisième phases de son mandat. Il a été souligné qu'il respecterait l'ordre des étapes et consacrerait suffisamment de temps à l'examen de toutes les questions.

24. Il a également été dit que l'objectif du Groupe de travail était d'identifier et de répondre aux principales préoccupations exprimées en relation avec le RDIE, et qu'il ne serait pas souhaitable d'examiner toutes les questions de manière exhaustive.

25. Dans l'exercice du mandat confié au Groupe de travail, on s'est félicité de la coopération entre la CNUDCI et les autres organismes internationaux concernés.

26. En outre, il a été dit que la réforme du RDIE soulevait des questions complexes de droit international public et on a souligné que ce processus devrait être mené par les gouvernements eux-mêmes, comme le précisait le mandat du Groupe de travail. Il a néanmoins été noté que les contributions d'organisations ayant le statut d'observateur

<sup>7</sup> Ibid.

et le caractère transparent des procédures de la CNUDCI aideraient le Groupe de travail dans ses délibérations sur la réforme du RDIE.

*RDIE dans le cadre de traités d'investissement, du droit des investissements et de contrats d'investissement*

27. Le Groupe de travail s'est ensuite penché sur la question de savoir si les travaux devraient se limiter au RDIE dans le seul cadre des traités d'investissement ou englober toutes ses formes, quel que soit l'instrument dont découleraient les affaires. Il a été signalé que 75 % des demandes liées à des investissements déposées au CIRDI (soit plus de 70 % de toutes les demandes présentées dans le cadre du RDIE) se fondaient sur des traités et que les 25 % restants découlaient de contrats d'investissement et des droits nationaux des investissements. Il a en outre été signalé que 46 % des demandes administrées par le CIRDI dans lesquelles les défendeurs étaient des États africains découlaient de contrats d'investissement ou étaient liées à de tels contrats.

28. En réponse à une proposition tendant à ce que le Groupe de travail s'attache uniquement aux actions de RDIE fondé sur les traités, il a été dit que le nombre d'affaires fondées sur des dispositions contractuelles (qui semblait augmenter) était tel qu'il conviendrait de laisser la porte ouverte aussi aux demandes qui relevaient du droit des investissements et de contrats d'investissement. Il a par ailleurs été mentionné que, sur le plan de la procédure, les préoccupations soulevées par les différents instruments sous-jacents ne différaient guère, même s'il existait des écarts de politique entre les instruments eux-mêmes. Il a toutefois été estimé que cette approche pourrait élargir la portée des tâches du Groupe de travail pour y inclure des questions liées aux contrats d'investissement qui pourraient être épineuses.

29. Ceci étant, il a été dit qu'une approche plus large permettrait aussi aux parties à divers instruments d'appliquer les résultats susceptibles de découler d'une éventuelle réforme. Elle permettrait aussi au Groupe de travail de prendre en compte tous les sujets de préoccupation visés par son mandat, lui éviterait d'avoir à se plonger dans des difficultés terminologiques inutiles et n'exigerait pas qu'il mène une analyse exhaustive sans objet. En outre, il a été souligné qu'en excluant complètement les contrats d'investissement, on pourrait compromettre les résultats d'une éventuelle réforme, si les investisseurs choisissaient de s'entendre sur des mécanismes contractuels plutôt que de s'appuyer sur les dispositions des traités.

30. Compte tenu de ce qui précède, il a été convenu que le Groupe de travail s'attacherait au RDIE fondé sur des traités et qu'il examinerait ultérieurement la possibilité d'étendre les résultats de ses travaux au RDIE fondé sur des contrats d'investissement et sur le droit des investissements. Cela dit, il était entendu que les délégations pourraient continuer d'exprimer leurs inquiétudes et leurs avis sur le droit des contrats et le droit de l'investissement dans le cadre du RDIE.

*L'arbitrage d'investissement et autres types de mécanismes de RDIE*

31. Le Groupe de travail s'est ensuite demandé s'il devrait limiter ses travaux à l'arbitrage ou s'il devrait prendre en compte divers autres types de mécanismes de RDIE existants. Rappelant la discussion qui avait eu lieu précédemment, il s'est accordé à penser que les modes alternatifs de règlement des litiges (notamment la médiation, l'ombudsman, la consultation, la conciliation et tout autre mécanisme de règlement amiable) pourraient prévenir l'escalade des litiges jusqu'à l'arbitrage et pourraient également atténuer les préoccupations relatives aux coûts et à la durée des procédures d'arbitrage. Dans ce contexte, il a rappelé les travaux effectués par la Commission dans le domaine de la conciliation, ainsi que les travaux en cours du Groupe de travail II sur l'exécution des accords de règlement issus de la médiation.

32. Selon un point de vue, ces modes alternatifs de règlement des litiges faisaient partie intégrante du RDIE, pourraient être obligatoires en vertu de certains traités d'investissement et pourraient aider à identifier à la fois les préoccupations relatives à l'arbitrage pour le RDIE et d'éventuelles solutions procédurales pour y répondre. Il conviendrait donc que le Groupe de travail les examine.

33. À la suite de cette remarque, on a rappelé que le Groupe de travail avait pour mandat d'identifier les préoccupations liées au RDIE et qu'elles étaient généralement liées à l'arbitrage. S'il a été fait état de certaines préoccupations potentielles relatives à la médiation, il a été estimé de manière générale que les travaux devraient être axés sur l'arbitrage et sur les problèmes qu'il soulevait. Il a été dit qu'en conséquence, on devrait tout d'abord s'attacher à recenser les préoccupations relatives à l'arbitrage et que, dans le cadre d'une démarche globale visant à y répondre, on pourrait ensuite examiner d'autres types de mécanismes de RDIE. De ce point de vue, les expériences des États en matière de mécanismes mis en œuvre dans les tribunaux nationaux et de questions d'ordonnancement, les rapports entre l'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des litiges et les procédures judiciaires, ainsi que les mécanismes d'État à État, pourraient éclairer les réflexions du Groupe de travail lorsqu'il examinerait d'éventuelles solutions, à la troisième étape de son mandat.

## **B. Aspects procéduraux et résultats de l'arbitrage**

### **1. Aspects procéduraux**

34. Le Groupe de travail a entrepris l'examen des préoccupations exprimées au sujet de la procédure et des résultats de l'arbitrage en se fondant sur les paragraphes 22 à 41 du document [A/CN.9/WG.III/WP.142](#). Dans ce contexte, il a noté que, comme indiqué au paragraphe 19 de ce document, ces préoccupations n'étaient pas recensées de manière exhaustive et que le Groupe de travail pourrait soulever et examiner d'autres questions à un stade ultérieur de ses délibérations.

#### **a) Durée et coûts**

##### *Durée et coûts globaux*

35. Au cours du débat, les États et les organisations intergouvernementales ont partagé leurs expériences en matière de RDIE. Le Groupe de travail a appris que le Secrétariat avait mené des consultations approfondies avec les principales organisations internationales œuvrant dans le domaine du RDIE et, plus largement, à la réforme des traités d'investissement, notamment la CNUCED, le CIRDI, l'OCDE et la CPA, comme en témoignaient les documents dont il avait été saisi. Le Secrétariat avait également tenu compte des données communiquées par les institutions d'arbitrage compétentes.

36. Le Groupe de travail a pris note d'analyses se fondant sur les informations limitées actuellement disponibles, selon lesquelles 80 à 90 % des coûts en matière de RDIE étaient liés aux frais de représentation juridique et aux honoraires d'experts, et le montant des coûts s'élevait en moyenne à 8 millions de dollars des États-Unis par procédure.

37. Il a été largement estimé que les procédures longues et coûteuses en matière de RDIE que l'on observait dans certains systèmes posaient des problèmes et des difficultés pratiques à la fois pour les États défendeurs et pour les investisseurs demandeurs. Étant donné qu'il s'agissait d'une procédure exigeant des ressources importantes, on a mentionné que la simple inclusion de dispositions relatives au RDIE dans les traités d'investissement pouvait avoir des incidences financières pour les États défendeurs.

38. Il était généralement entendu que la durée et les coûts de la procédure étaient liés, une procédure longue risquant d'entraîner des coûts plus élevés.

39. On a fait remarquer qu'il y avait peu de doutes quant aux incidences négatives de la durée et des coûts sur les États défendeurs, mais que le Groupe de travail pourrait mettre au point un modèle mettant en relation d'un côté la durée et les coûts et de l'autre les bénéfices des investissements pour les investisseurs, outil qui pourrait être utile pour prévenir ce genre de différends.

40. Une attention particulière a été appelée sur le fait que les coûts élevés des procédures de RDIE financées sur fonds publics étaient difficiles à justifier pour des États en développement aux ressources financières limitées. Dans ce contexte, il a été

dit que les coûts encourus par ces États et les sentences prononcées à leur encontre pouvaient faire concurrence aux besoins urgents en matière de développement. Il a été ajouté que la défense face à une demande formée dans le cadre du RDIE représentait une charge disproportionnée pour les responsables dans de petits États.

41. Il a en outre été indiqué que les coûts élevés des procédures, dans certains systèmes, limitaient l'accès des petites et moyennes entreprises au mécanisme de RDIE, ce qui les privait de la protection que leur assuraient les traités d'investissement.

42. On a dit au Groupe de travail de veiller à fonder ses débats relatifs à la durée et aux coûts sur des données factuelles. Dans le même temps, on a noté que les perceptions jouaient aussi un rôle pour ce qui est de préserver la légitimité du RDIE. En outre, il a été souligné que les notions de durée et de coût étaient par nature relatives, et qu'il convenait de déterminer au cas par cas, en tenant compte de la nécessité d'une administration efficace de la justice, si une procédure donnée était trop longue ou onéreuse.

43. Il a été souligné que la durée et le coût d'une procédure de RDIE devaient être examinés non pas de manière isolée mais par rapport à des éléments de comparaison appropriés, qui pourraient inclure les procédures d'autres organes internationaux de règlement des différends [comme la Cour internationale de Justice (CIJ) et l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)] ainsi que des procédures judiciaires internes. Il pourrait être nécessaire de procéder à une évaluation plus poussée des coûts du RDIE sous cette perspective, même s'il était admis que les coûts avaient augmenté au fil du temps.

44. Il a été souligné que les conséquences en termes de durée et de coût de la procédure découlaient également du fait que le régime du RDIE ne suivait pas la règle du précédent, ce qui entraînait un manque de prévisibilité. Par conséquent, un conseil serait tenu de faire valoir tous les arguments disponibles, que ceux-ci aient été acceptés ou rejetés par un tribunal antérieur.

45. On a noté que les éléments suivants jouaient un rôle dans le niveau des coûts : la complexité de l'affaire, des traités sous-jacents et de la procédure ; le volume important de preuves ; la qualité des données factuelles ; la conduite de la procédure ; une gestion inefficace de l'affaire ; la nécessité pour les États d'avoir du temps pour préparer leur défense et s'assurer la meilleure représentation possible ; la nécessité pour les parties de consacrer des montants importants à la nomination d'un tribunal ; et la nécessité de traduire de nombreux documents et éléments de preuve dans la langue de l'arbitrage. De plus, le manque d'organisation, le fonctionnement de certains tribunaux qui pouvait entraîner de longues délibérations et des opinions dissidentes, et le nombre excessif d'audiences contribuaient également au niveau des coûts. À cet égard, des préoccupations ont été exprimées au sujet des effets négatifs que la crainte de voir contester ou annuler une sentence pouvait avoir sur la gestion des affaires.

46. Toutefois, il a également été dit que les surcoûts pouvaient résulter aussi, dans certains systèmes, de pratiques abusives, de l'existence de procédures parallèles, de l'absence de règles de procédure claires et de l'absence d'un mécanisme permettant de rejeter très rapidement les demandes abusives. En outre, il a été souligné que l'augmentation des coûts était liée à des problèmes systémiques et à la structure du régime de RDIE, ou alors à l'absence de système. Il a été ajouté que ces problèmes étaient responsables du manque de cohérence et de prévisibilité des résultats, ce qui touchait particulièrement les États défendeurs. On a par ailleurs soulevé un autre point, à savoir que les mêmes arbitres étaient fréquemment nommés dans plusieurs affaires, ce qui entraînait des délais supplémentaires, un allongement des procédures et une augmentation des coûts.

47. Il a été dit que la complexité croissante des traités concernés était aussi responsable de la hausse des coûts.

48. En ce qui concerne la durée, on a dit que la nomination du tribunal, la recherche ou la production d'éléments de preuve, et les délibérations lors de la rédaction de la sentence étaient les trois étapes qui prenaient le plus de temps. On s'est aussi inquiété

de la période de temps, parfois longue, qui pouvait s'écouler entre la dernière audience et le prononcé de la sentence. On a noté que l'exécution était une autre étape qui contribuait à la durée globale des procédures de RDIE ; dans certains cas, elle aurait pris plus de temps que la procédure arbitrale initiale.

49. Toutefois, il a aussi été dit que les parties au litige, ainsi que les États parties au traité dont découlait le litige pouvaient influencer la durée globale d'une procédure de RDIE.

50. On a ajouté que les États avaient généralement besoin de plus de temps pour répondre aux demandes, car ils devaient coordonner les démarches entre plusieurs instances et recruter des conseils juridiques et des experts pour les défendre. Dans ce contexte, on a souligné qu'il fallait leur donner suffisamment de temps pour répondre à ces demandes.

51. Il a été fait observer que les États pouvaient prendre des mesures pour contrôler tant la durée que le coût de la procédure, à la fois par le biais d'une gestion des affaires efficace et par les décisions qu'ils prenaient en tant que défendeurs, y compris pour ce qui était de choisir des conseils et des experts, de choisir les arbitres et l'institution d'arbitrage qui traiteraient l'affaire, de convenir d'un calendrier procédural, de décider ou non d'une bifurcation de la procédure et de demander un rejet rapide de la demande, lorsque cela était possible. On a noté que toutes ces mesures étaient susceptibles d'abrégier la procédure.

52. De plus, il a été dit que les États pouvaient prévoir des outils dans leurs traités d'investissement pour réduire la durée et le coût de la procédure, notamment en utilisant d'autres formes de règlement des litiges que l'arbitrage (négociation, consultations, efforts diplomatiques ou médiation). On a ajouté que certains traités prévoyaient le rejet rapide des demandes abusives et la jonction d'instances, traitaient de la répartition des coûts ou prévoyaient des moyens efficaces de constituer le tribunal en priant, par exemple, le demandeur de nommer son arbitre dans sa notification de demande initiale, de manière à accélérer la procédure.

#### *Répartition des coûts*

53. On a souligné que la question de la répartition des coûts par les tribunaux arbitraux dans les affaires de RDIE méritait d'être examinée plus avant. On a expliqué que ces tribunaux suivaient traditionnellement la règle par défaut de droit international public appliquée dans les affaires interétatiques voulant que chaque partie supporte ses propres frais. On a souligné que l'État défendeur ne serait peut-être pas en mesure de recouvrer les coûts, même en partie, engagés pour se défendre contre une demande infructueuse, abusive, ou introduite de mauvaise foi par des investisseurs. De plus, il a été dit qu'en l'absence d'une répartition des coûts, rien n'encourageait les parties à limiter leurs arguments et leurs communications.

54. Dans ce contexte, une institution a signalé qu'il avait été procédé à une répartition des coûts entre les parties dans la moitié environ des sentences arbitrales rendues récemment et que l'on percevait ainsi une tendance voulant que l'on s'écarte de la règle par défaut de droit international public mentionnée ci-avant. Dans les sentences en question, les tribunaux arbitraux avaient ordonné que les coûts de l'arbitrage soient à la charge de la partie qui succomberait, ou qu'ils soient répartis entre les parties. On a mentionné l'article 42 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010, tel que révisé en 2013) comme exemple de règle prévoyant la répartition des coûts entre les parties.

55. S'agissant de la répartition des coûts, il a été dit que le Groupe de travail pourrait prendre note d'une nouvelle approche qui se fondait sur une répartition proportionnelle des coûts. Il a été expliqué que ces derniers pouvaient être répartis en fonction du succès relatif de la partie gagnante, c'est-à-dire de la proportion des chefs de demande pour lesquels elle avait obtenu gain de cause.

*Garantie pour frais*

56. Parmi les sujets de préoccupation, on a également évoqué les difficultés que des États défendeurs en faveur desquels un jugement avait été rendu rencontraient pour recouvrer les dépens auprès d'investisseurs demandeurs. Il a été dit que les investisseurs pouvaient avoir recours à des sociétés écrans ou manquer d'argent, ce qui empêchait tout recouvrement de la part des États. Il a été souligné qu'il s'agissait là d'un autre élément de déséquilibre, les États jouissant d'une capacité financière permanente, ce qui n'était pas le cas des investisseurs. Il a été dit que cette situation était aggravée par le fait que les traités d'investissement et certains règlements d'arbitrage ne prévoyaient pas la possibilité d'obtenir une garantie pour frais.

*Financement par des tiers*

57. Il a été fait remarquer que les investisseurs avaient parfois recours au financement par des tiers et à d'autres formes de financement extérieur qui n'étaient pas à la disposition des États. Il a été estimé que l'extension de cette pratique suscitait des inquiétudes, qu'il faudrait peut-être examiner de plus près.

**b) Autres questions procédurales**

58. Par ailleurs, il a été souligné que des institutions d'arbitrage avaient cherché à adopter un certain nombre de mesures pour régler certaines questions procédurales et, plus particulièrement, pour rationaliser le processus. De tels efforts avaient aussi été déployés dans le cadre de la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en 2010 et 2013. À titre d'exemple, il a été dit que le Règlement d'arbitrage du CIRDI prévoyait, depuis 2006, un mécanisme de rejet rapide. Plus de 20 demandes de rejet avaient été introduites à ce titre, et l'on était parvenu à la conclusion que lorsqu'une telle demande aboutissait, on économisait du temps et de l'argent. (Par contre, dans le cas contraire, des délais et des coûts supplémentaires étaient encourus.) La jonction d'instances, qu'elle soit formelle ou informelle, constituait elle aussi un exemple des efforts visant à rationaliser le processus.

**c) Approche globale en matière de réforme procédurale**

59. Il a été estimé qu'il fallait examiner la question de la durée et des coûts de manière globale. Les différents éléments s'articulaient de différentes manières, si bien qu'une fois que les divers points à aborder auraient été recensés, il serait nécessaire de les examiner de manière systémique. On a en particulier attiré l'attention sur la nécessité d'examiner la question de la durée et des coûts dans le contexte plus général : a) des innovations apportées dans les règlements d'arbitrage et les traités d'investissement (comme le rejet rapide des demandes abusives ou infondées, les moyens préliminaires, la garantie pour frais) ; b) de la nécessité d'assurer la régularité des décisions ; et c) du renforcement de la prévisibilité des décisions, par la réduction du nombre de communications inutiles. On a ajouté qu'une analyse exhaustive nécessiterait des solutions nuancées, plutôt que simples.

60. On a évoqué la mesure dans laquelle l'expérience des tribunaux d'arbitrage commercial international devrait guider l'analyse des préoccupations relatives au RDIE. À cet égard, il a été dit que les arbitres risquaient d'avoir une vision trop étroite de ces questions et de ne pas accorder suffisamment d'attention au contexte du droit international public, et qu'ils pourraient être réticents à gérer des procédures concurrentes en joignant les instances et à limiter la recherche et la présentation de documents. D'autre part, il a été dit que le Groupe de travail pourrait prendre en compte, à un stade ultérieur de ses délibérations, l'évolution de la pratique de l'arbitrage en ce qui concerne la gestion des affaires, y compris s'agissant de questions telles que les délais, le plafonnement des coûts et la transparence, ainsi que la promotion de la médiation et d'autres modes alternatifs de règlement des litiges.

## 2. Résumé des débats

61. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a résumé comme suit ses délibérations sur la durée et les coûts des procédures de RDIE.

### a) Durée et coûts globaux des procédures de RDIE

62. Le Groupe de travail a rappelé qu'il devait pouvoir être certain de disposer des faits pertinents et, à cet égard, qu'il devait examiner attentivement les éléments de comparaison appropriés pour déterminer si les coûts étaient effectivement excessifs (voir par. 36 ci-dessus) ou les procédures inutilement longues. En outre, le Secrétariat a été prié de demander aux États et à d'autres organisations des renseignements complémentaires sur les informations comparatives appropriées. Il a cependant aussi été noté que le document [A/CN.9/WG.III/WP.142](#) avait été établi en tenant compte des informations et données disponibles, dont une grande partie se trouvait déjà dans le domaine public. Par ailleurs, il a été mentionné que le Groupe de travail avait bénéficié :

a) de données fournies par les États, tirées de leur expérience directe en tant que défendeurs, sur la durée et les coûts des procédures de RDIE ; et b) de données fournies par des organisations internationales et d'autres organismes participant à la prise de décisions relatives aux traités d'investissement et aux réformes du RDIE.

63. Bien que l'importance d'une analyse factuelle ait été généralement admise, il a également été dit que le Groupe de travail ne devrait pas perdre de vue les opinions exprimées sur les questions à l'étude compte tenu des préoccupations générales concernant la légitimité du système. Dans ce contexte, on a fait observer que ces opinions étaient effectivement pertinentes pour les États lorsqu'ils prenaient des décisions de politique générale.

64. Il a été ajouté que les coûts de la procédure de RDIE avaient atteint un niveau tel qu'ils pouvaient être perçus comme un obstacle à l'accès au système pour certains investisseurs, en particulier les petites et moyennes entreprises (voir par. 34 ci-avant). Les investisseurs avaient recours au financement par des tiers, mécanisme qui suscitait de vives inquiétudes et créait un déséquilibre structurel entre les États et les investisseurs.

65. En outre, le Groupe de travail a pris note du fait que les étapes les plus longues dans la procédure de RDIE étaient notamment la nomination des membres du tribunal, la recherche ou la production de pièces et le prononcé des sentences arbitrales.

### b) Répartition des coûts

66. De l'avis général, la question de la répartition des coûts dans la procédure de RDIE méritait d'être examinée en détail. On s'inquiétait notamment du fait que les coûts supportés par l'État pour faire valoir ses droits étaient importants et que, même lorsque l'État obtenait gain de cause et malgré les tendances récentes, il ne lui était pas toujours possible de recouvrer ses dépens (voir par. 46 ci-dessus).

67. Il a été mentionné qu'un examen de la question devrait également porter sur la possibilité d'adopter des règles claires et précises sur la répartition des coûts, y compris sur la répartition proportionnelle en fonction des résultats, et tenir compte notamment de la conduite des parties (voir par. 48 ci-avant).

### c) Garantie pour frais

68. Il a été souligné que les États rencontraient souvent des difficultés pour recouvrer les dépens. Cette question illustre un déséquilibre entre les parties, car les États, compte tenu de leur caractère permanent, se trouvaient dans une situation différente des investisseurs, qui pouvaient ne pas être en mesure de payer. Le lien entre cette question et l'absence de règles prévoyant l'obtention d'une garantie pour frais a été souligné (voir par. 49 ci-dessus).

**d) Financement par des tiers**

69. Il a été fait remarquer que le financement par des tiers était devenu une source de préoccupation majeure, car il créait un déséquilibre systémique et ne garantissait pas des conditions équitables. Il a été ajouté que les questions de financement par des tiers ne portaient pas seulement sur les coûts, mais avaient aussi des répercussions sur d'autres questions, comme les conflits d'intérêts, le recouvrement et l'exécution des décisions relatives aux dépens.

**e) Solutions envisageables pour les questions procédurales**

70. Sans préjuger des travaux futurs du Groupe de travail, quelques indications préliminaires ont été formulées sur les questions qu'il pourrait vouloir inclure ultérieurement dans ses débats sur les solutions envisageables.

71. Il a été souligné qu'il serait important d'établir une distinction entre, d'une part, une durée et des coûts dits « excessifs » ou « injustifiés » et, d'autre part, une durée et des coûts « nécessaires » ou « justifiés ». À cet égard, il a été rappelé qu'il fallait mettre en balance la qualité des résultats et l'objectif visant à réduire la durée et les coûts. En ce qui concerne la durée et les coûts « injustifiés », un certain nombre de mécanismes procéduraux ont été mentionnés, notamment la bifurcation des demandes, le rejet rapide des demandes abusives, la jonction des demandes concurrentes et l'existence de règles claires et définitives sur la répartition des coûts tenant compte de la proportionnalité et du comportement des parties. S'agissant de la durée et des coûts « justifiés », il a été dit que l'on pourrait envisager d'avoir recours à des outils tels que les calendriers de procédure, aux institutions d'arbitrage et aux technologies modernes. En outre, on a mentionné la possibilité de tarifs et de délais fixes ainsi que la formation des arbitres à la gestion des dossiers.

72. Toutefois, il a été ajouté que chaque cas serait différent en ce qui concerne la durée et les coûts qui seraient nécessaires et donc justifiés et que, par conséquent, des règles uniformes ne seraient pas appropriées. En outre, il a été noté que pour les États en développement, même des frais justifiés avaient des incidences budgétaires importantes. Un éventuel mécanisme de soutien pourrait prendre la forme d'un fonds pour les dépenses afférentes à la défense ou d'autres types d'assistance comme des centres de conseil.

73. Il a également été dit que les États pourraient améliorer le rapport coût-efficacité en engageant des conseillers juridiques à de meilleures conditions contractuelles, ce qui ne nuirait pas à la qualité de la représentation.

74. Par ailleurs, on a estimé que l'utilisation de méthodes autres que l'arbitrage pour régler les différends, notamment la médiation, serait également susceptible de réduire les délais et les coûts dans la procédure de RDIE.

75. Il a également été noté que certaines des mesures susmentionnées étaient déjà mises en œuvre dans le cadre de règles de procédure et de traités récents et qu'un certain nombre d'approches claires pouvaient être appliquées par le biais de dispositions conventionnelles ou de la gestion des affaires dans des cas particuliers. Toutefois, il a été dit qu'une telle approche ne tiendrait pas compte des traités existants, qui se chiffraient à plus de 3 000.

76. Il a été dit que le caractère systématique des problèmes recensés indiquait qu'il fallait adopter des solutions systémiques, ce qui entraînerait une réduction des frais globaux grâce à une meilleure prévisibilité et une plus grande aptitude à contrôler les procédures proprement dites.

77. La possibilité d'élaborer des solutions pouvant être appliquées sur une base bilatérale et multilatérale a été évoquée. Dans ce contexte, il a été ajouté que ces approches bilatérales et multilatérales ne devaient pas nécessairement s'exclure mutuellement et que l'on pourrait élaborer simultanément une série de solutions à deux niveaux, compte tenu en particulier des différences d'expérience entre États. On a fait observer que des instruments de droit souple sur des questions telles que l'étendue des

pouvoirs discrétionnaires du tribunal en vertu d'un règlement d'arbitrage existant pourraient appuyer ces efforts.

78. Il a été noté que les délibérations tenues par le Groupe de travail avaient permis d'examiner des préoccupations majeures qui pourraient être prises en compte au fur et à mesure de l'avancement de ses travaux.

### 3. Transparence

79. Le Groupe de travail a entrepris d'examiner la question de la transparence dans le règlement des différends entre investisseurs et États en se fondant sur les paragraphes 26 et 27 du document [A/CN.9/WG.III/WP.142](#).

80. Tout au long des délibérations, l'importance de la transparence dans ce domaine a été soulignée. Il a aussi été dit que la transparence était un élément clef de l'état de droit, de l'accès à la justice, ainsi que de la légitimité du système de RDIE. Dans ce contexte, il a été dit que la transparence permettrait de mieux comprendre ce système, ce qui donnerait aux États les informations nécessaires pour répondre aux critiques de nature générale exprimées à son encontre.

81. Le Groupe de travail a rappelé que la CNUDCI avait entrepris des travaux pour remédier à l'absence de transparence dans le système de RDIE. Ces travaux avaient conduit à l'élaboration du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (le « Règlement sur la transparence »), que la Commission avait adopté en 2013, et de la Convention de Maurice sur la transparence, que l'Assemblée générale avait adoptée en 2014. Il a été noté que l'Assemblée générale avait recommandé aux États d'envisager d'utiliser ces deux textes (désignés par le terme conjoint « normes sur la transparence »)<sup>8</sup>.

82. Il a été noté que le Règlement sur la transparence constituait un ensemble de règles procédurales destinées à assurer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Le Groupe de travail a appris que ce règlement avait été incorporé dans de nombreux traités d'investissement conclus après le 1<sup>er</sup> avril 2014. De plus, un certain nombre de traités d'investissement comportaient désormais, dans leurs dispositions, des éléments de transparence pour la procédure arbitrale. Il a été informé que la Convention de Maurice sur la transparence avait été signée par 22 États et était entrée en vigueur le 18 octobre 2017, après avoir été ratifiée par 3 États.

83. Si certaines observations ont été formulées au sujet de la lenteur du processus d'adoption des normes sur la transparence, il a été dit que des progrès avaient été enregistrés avec l'inclusion du Règlement sur la transparence dans des accords d'investissement conclus après le 1<sup>er</sup> avril 2014, l'adoption volontaire par des parties et l'entrée en vigueur de la Convention de Maurice sur la transparence.

84. Le Groupe de travail a pris note des commentaires et des précisions donnés par certains États en ce qui concerne l'expérience acquise sur le plan de la transparence dans le règlement des différends entre investisseurs et États, y compris pour ce qui est de l'application du Règlement sur la transparence et de leur pratique en matière de traités. Il a été dit qu'il serait judicieux de recenser les efforts menés en vue de renforcer la transparence avant d'aborder les préoccupations exprimées dans ce domaine.

85. Il a été estimé que la transparence était une question que chaque État devait avoir à l'esprit lorsqu'il négociait un traité d'investissement ou assumait le rôle de défendeur dans une affaire donnée. Il a aussi été dit qu'elle était importante pour différents aspects du RDIE et ne se limitait pas nécessairement à la conduite de la procédure. Dans ce contexte, il a été dit qu'il serait avantageux, pour le Groupe de travail, de disposer d'informations supplémentaires sur la manière dont la transparence s'inscrivait dans la notion plus large de règlement des différends entre investisseurs et États.

86. Reconnaissant qu'il fallait établir une distinction entre la transparence dans la procédure arbitrale (sujet que la Commission avait déjà traité dans le cadre des normes

<sup>8</sup> Résolutions [68/109](#) et [69/116](#) respectivement de l'Assemblée générale.

sur la transparence) et la notion de transparence au sens large, le Groupe de travail a entendu des propositions relatives aux questions qui pourraient être examinées ultérieurement.

87. En ce qui concerne le renforcement de la transparence dans la procédure arbitrale, on a nommé deux domaines dans lesquels des travaux pourraient être entrepris. Le premier concernait la mise en œuvre et la promotion des normes sur la transparence, y compris l'élaboration d'instruments de droit souple qui pourraient encourager les parties et les tribunaux à appliquer ces normes, à moins qu'un traité, un autre texte juridique applicable ou un règlement d'arbitrage ne l'interdise expressément. Le second consistait à renforcer les connaissances du public concernant le système de RDIE à travers le mécanisme de transparence déjà mis en place. On a souligné que cette amélioration des connaissances était essentielle pour contrer l'absence perçue de légitimité dont souffrait ce système. Par ailleurs, on a souligné l'asymétrie des informations dont disposaient les États et les investisseurs.

88. En ce qui concerne la notion de transparence au sens large, le Groupe de travail a manifesté son intérêt pour l'examen de questions telles que le financement par des tiers, la transparence dans la nomination des arbitres et la transparence dans la compensation des arbitres. Il a été constaté que la notion de transparence au sens large intéressait de nombreux domaines et concernait de nombreux aspects d'une éventuelle réforme du système de RDIE. Par conséquent, on examinerait cette notion lorsque l'on se pencherait sur ces diverses questions.

---