Nations Unies A/CN.9/1131

Assemblée générale

Distr. générale
14 avril 2023
Français
Original : anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Cinquante-sixième session
Vienne, 3-21 juillet 2023

Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa quarante-cinquième session (New York, 27-31 mars 2023)

Table des matières

Chapitre *Page*

I. Introduction . . . 3
II. Organisation de la session . . . 3
III. Projet de dispositions relatives à la médiation (A/CN.9/WG.III/WP.226) . . . 5
A. Remarques générales . . . 5
B. Projet de dispositions relatives à la médiation . . . 5
1. Projet de disposition 1 . . . 5
2. Projet de disposition 2 . . . 7
3. Projet de disposition 3 . . . 8
4. Projet de disposition 4 . . . 9
5. Projet de disposition 5 . . . 10
6. Projet de disposition 6 . . . 10
7. Conclusions . . . 11
IV. Projet de lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement (A/CN.9/WG.III/WP.227) . . . 11
A. Remarques générales . . . 11
B. Projet de lignes directrices - synthèse des modifications . . . 11
1. Sections A à E (A/CN.9/WG.III/WP.227, par. 1 à 10) . . . 11
2. Sections F à H (A/CN.9/WG.III/WP.227, par. 11 à 23) . . . 12
3. Sections I et J (A/CN.9/WG.III/WP.227, par. 24 à 33) . . . 13
4. Section K (A/CN.9/WG.III/WP.227, par. 34 à 39) . . . 13

V.23-06232 (F) 040523 050523

Merci de recycler

5. Sections L et M (A/CN.9/WG.III/WP.227, par. 40 à 50) 14

6. Conclusions 15

V. Projet de guide législatif sur la prévention et l'atténuation des différends relatifs aux investissements (A/CN.9/WG.III/WP.228) 15

VI. Rejet rapide et décision préalable (A/CN.9/1129, annexe) 16

VII. Codes de conduite et commentaires (A/CN.9/1130) 17

A. Introduction 17

B. Code pour les arbitres 17

1. Articles 1 et 2 17

2. Articles 3, 5 et 6 18

3. Articles 8, 9 et 10 18

4. Article 11 18

5. Limitation du cumul des rôles (articles 3, 4 et 11) (A/CN.9/1130, par. 91 et 92) . . . 19

C. Code pour les juges 21

1. Article 2 21

2. Article 3 22

3. Article 5 22

4. Article 8 22

5. Article 9 23

D. Conclusions 24

VIII. Questions diverses 24

I. Introduction

1. À sa cinquantième session, en 2017, la Commission a confié au Groupe de travail III un large mandat concernant une éventuelle réforme du système de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). De ses trente-quatrième à trente-septième sessions, le Groupe de travail a recensé et examiné les préoccupations exprimées au sujet du RDIE, et en a conclu qu'une réforme était souhaitable[1]. De sa trente-huitième à sa quarante-quatrième session, il a examiné des solutions concrètes pour la réforme du RDIE[2].

2. À sa cinquante-cinquième session, en 2022, la Commission s'est déclarée satisfaite des progrès accomplis par le Groupe de travail[3]. Elle a également entendu une présentation des travaux que celui-ci devait mener pendant les quatre semaines de session prévues jusqu'à sa cinquante-sixième session, en 2023. Le Groupe de travail a été encouragé à soumettre à l'examen de la Commission un code de conduite accompagné d'un commentaire et des textes sur les modes alternatifs de règlement des litiges[4].

II. Organisation de la session

3. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante-cinquième session à New York du 27 au 31 mars 2023.

4. Ont assisté à la session des représentants des États membres ci-après du Groupe de travail : Algérie, Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Colombie, Côte d'Ivoire, Croatie, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Ghana, Grèce, Hongrie, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Iraq, Israël, Italie, Japon, Kenya, Koweït, Malaisie, Malawi, Maroc, Maurice, Mexique, Nigéria, Ouganda, Panama, Pérou, Pologne, République de Corée, République démocratique du Congo, République dominicaine, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suisse, Tchéquie, Thaïlande, Türkiye, Venezuela (République bolivarienne du), Viet Nam et Zimbabwe.

5. Des observateurs des États suivants ont assisté à la session : Azerbaïdjan, Bahreïn, Bénin, Burkina Faso, Cambodge, Costa Rica, Égypte, El Salvador, Estonie, Gabon, Géorgie, Grenade, Guatemala, Guinée, Guinée équatoriale, Haïti, Jamaïque, Lettonie, Liban, Lesotho, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Maldives, Myanmar, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Paraguay, Pays-Bas (Royaume des), Philippines, Portugal, Roumanie, Sierra Leone, Slovaquie, Sri Lanka, Suède et Uruguay.

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

7. Ont aussi 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), Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPALC) et Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) ;

---

[1] Il est rendu compte des délibérations et décisions du Groupe de travail de sa trente-quatrième à sa trente-septième session dans les documents A/CN.9/930/Rev.1 ; A/CN.9/930/Rev.1/Add.1 ; A/CN.9/935 ; A/CN.9/964 et A/CN.9/970, respectivement.

[2] Il est rendu compte des délibérations et décisions du Groupe de travail de sa trente-huitième à sa quarante-quatrième session dans les documents A/CN.9/1004* ; A/CN.9/1004/Add.1 ; A/CN.9/1044 ; A/CN.9/1050 ; A/CN.9/1054 ; A/CN.9/1086 ; A/CN.9/1092 ; A/CN.9/1124 et A/CN.9/1130.

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément nº 17* (A/77/17), par. 186.

[4] Ibid., par. 194.

b) *Organisations intergouvernementales* : Banque africaine de développement (BAD), Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Centre Sud, Conseil de coopération des États arabes du Golfe (CCG), Cour permanente d'arbitrage (CPA), Organisation internationale de la Francophonie (OIF), Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), Secrétariat du Commonwealth et Union économique eurasienne/Commission économique eurasienne ;

c) *Organisations non gouvernementales invitées* : All India Bar Association (AIBA), American Arbitration Association/International Centre for Dispute Resolution (AAA/ICDR), Association africaine de droit international (AAIL), Association du barreau de la ville de New York (NYCBAR), Association du barreau de l'État de New York (NYSBA), Association internationale du barreau (IBA), Association juridique de l'Asie et du Pacifique (LAWASIA), Center for International Investment and Commercial Arbitration (CIICA), Centre d'arbitrage international de Hong Kong (HKIAC), Centre de droit international de l'Université nationale de Singapour (CIL), Centre for International Legal Studies (CILS), Centre for the Study of the Legitimate Roles of the Judiciary in the Global Order (PluriCourts), Centre international d'arbitrage de Vienne (VIAC), Centre of Excellence for International Courts (iCourts), Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI), Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA), Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Columbia Centre on Sustainable Investment (CCSI), Commission chinoise d'arbitrage économique et commercial international (CIETAC), Confédération européenne des syndicats (CES), Conseil chinois pour la promotion du commerce international, Conseil international pour l'arbitrage commercial, Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA), Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, 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 (ICLRC), International Institute for Sustainable Development (IISD), International Law Institute (ILI), Korean Commercial Arbitration Board (KCAB), Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (MPIL), New York International Arbitration Center (NYIAC), Singapore International Arbitration Centre (SIAC), Singapore International Mediation Centre (SIMC), Third World Network (TWN) et United States Council for International Business (USCIB).

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

Président :M. Shane Spelliscy (Canada)

Rapporteuse : Mme Natalie Yu-Lin Morris-Sharma (Singapour)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.III/WP.225), b) Projet de dispositions relatives à la médiation (A/CN.9/WG.III/WP.226), c) Projet de lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement (A/CN.9/WG.III/WP.227), d) Projet de guide législatif sur la prévention et l'atténuation des différends relatifs aux investissements (A/CN.9/WG.III/WP.228), e) Rapport du Groupe de travail III sur les travaux de sa quarante-quatrième session (A/CN.9/1130, contenant les projets d'articles 3, 4 et 11 du code de conduite à l'intention des arbitres), et f) Rapport du Groupe de travail II sur les travaux de sa soixante-dix-septième session (A/CN.9/1129, avec en annexe un projet d'annotation supplémentaire sur le rejet rapide et la décision préalable à inclure dans l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales).

10. En outre, une compilation des meilleures pratiques en matière de prévention et d'atténuation des différends relatifs aux investissements ainsi que la dernière version des projets de codes de conduite pour les arbitres et pour les juges et leurs commentaires respectifs ont été mis à la disposition du Groupe de travail, à des fins de référence.

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. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

12. En ce qui concerne le déroulement de la session, il a été convenu que les discussions des trois premiers jours s'attacheraient tout d'abord au projet de dispositions relatives à la médiation, puis au projet de lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement et au projet de guide législatif sur la prévention et l'atténuation des différends relatifs aux investissements. Il a également été convenu qu'après ces délibérations, on examinerait l'annotation sur le rejet rapide et la décision préalable puis les projets de codes de conduite à l'intention des arbitres et des juges.

13. Le Groupe de travail s'est félicité des contributions de la Direction suisse du développement et de la coopération (DDC), du Gouvernement français, du Ministère fédéral allemand de la coopération économique et du développement (BMZ) et de l'Union européenne au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI, dont l'objectif est de permettre à des représentantes et représentants de pays en développement de participer aux délibérations du Groupe de travail et de faire en sorte que les sessions informelles se déroulent avec des services d'interprétation, afin de veiller à ce que le processus demeure inclusif et pleinement transparent.

III. Projet de dispositions relatives à la médiation (A/CN.9/WG.III/WP.226)

A. Remarques générales

14. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante-troisième session, en septembre 2022, il avait procédé à une première lecture du projet de dispositions relatives à la médiation, en se fondant sur le document A/CN.9/WG.III/WP.217. Considérant que cette méthode demeurait sous-utilisée pour résoudre les différends en matière d'investissement, le Groupe de travail a réaffirmé qu'il fallait encourager les parties à avoir recours à la médiation lorsqu'il convenait, sans toutefois créer d'obligation. On a rappelé les avantages de la médiation, qui pouvait se substituer à l'arbitrage ou d'autres modes de règlement des litiges ou les compléter, plus particulièrement le fait qu'elle pouvait permettre de gagner du temps et d'économiser de l'argent lors du règlement d'un litige, de préserver la relation entre les parties et, par conséquent, de maintenir l'investissement ou d'encourager d'autres investissements.

15. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du projet de dispositions tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.227.

B. Projet de dispositions relatives à la médiation

1. Projet de disposition 1

16. Il a été généralement estimé que, des deux options du projet de disposition 1, l'option A était préférable car elle reflétait la nature volontaire, consensuelle et souple de la médiation. Il a été mentionné que l'option B, qui exigeait l'ouverture d'une procédure de médiation, pourrait retarder le règlement du litige, ce qui augmenterait les coûts. Il a cependant aussi été dit qu'elle inciterait les parties à tenter la médiation

et que les délais à respecter pourraient limiter les retards. Il a été proposé de retenir les deux options, l'option B pouvant être retenue par les États qui souhaiteraient exiger que les parties s'engagent dans une médiation.

17. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses débats en se fondant sur le libellé de l'option A, enrichi de certains éléments de l'option B. Diverses propositions rédactionnelles ont été faites, notamment :

- Inverser les paragraphes 1 et 2 de manière à ce que la disposition commence par une définition de la « médiation » ;
- Au paragraphe 1, remplacer « envisagent » par « peuvent envisager » ou « devraient envisager », pour souligner le caractère volontaire de la médiation et, en même temps, en encourager l'utilisation ;
- Scinder le paragraphe 1 en deux paragraphes, dont l'un indiquerait la disponibilité de la médiation et l'autre préciserait que les parties peuvent convenir d'y recourir à tout moment ;
- Faire référence aux « parties au différend » ou aux « parties en litige » pour clarifier qu'il ne s'agit pas des États parties au traité ;
- Prolonger le délai de 30 jours prévu au paragraphe 3 (par exemple à 45, 60 ou 90 jours), afin de donner aux parties suffisamment de temps pour étudier l'invitation, notamment pour se concerter avec d'autres entités concernées, et remédier à l'éventuelle incompatibilité avec le règlement de médiation applicable en indiquant que le délai le plus long prévaudrait ;
- Tenir compte du fait qu'une partie pourrait proposer un délai différent dans son invitation et que les parties pourraient convenir de prolonger également le délai prévu au paragraphe 3 ;
- Différencier les délais prévus aux paragraphes 3 et 4, le paragraphe 4 prévoyant un délai plus long à l'issue duquel une partie pourrait choisir de considérer l'absence de réponse comme un rejet de l'invitation ;
- Préciser que, au paragraphe 4, « une partie » désigne la partie invitante ;
- Traiter la question de la date à laquelle la médiation serait réputée avoir commencé ;
- Traiter la question de la nomination d'un médiateur, dans l'esprit du paragraphe 4 de l'option B, mais avec un délai plus long ;
- Envisager le cas où les parties ne peuvent pas se mettre d'accord sur une institution ou une personne pour les aider à nommer un médiateur ;
- Exiger du médiateur qu'il convoque une réunion dans un bref délai après sa nomination, à l'instar du paragraphe 5 de l'option B ;
- Intégrer le paragraphe 6 de l'option B au projet de disposition 3 (voir par. 23 et 24 ci-dessous) ;
- Mentionner la possibilité d'une comédiation, compte tenu de la complexité du traitement des litiges en matière d'investissement ;
- Inclure une règle abordant d'éventuels conflits entre les projets de dispositions, le règlement de médiation applicable et la loi applicable à la médiation à laquelle les parties ne peuvent déroger (y compris le fait que les parties seraient autorisées à modifier les dispositions du règlement de médiation applicable, à moins que ce dernier ne l'interdise) ;
- Faire référence au règlement de médiation applicable dans la mesure où les parties pourraient y déroger et en ce qui concerne tout conflit avec la loi applicable à la médiation ;
- Renvoyer aux « Dispositions » lorsqu'il s'agit des projets de dispositions, afin de les distinguer des dispositions du règlement de médiation applicable ; et

- Faire référence également à « l'ouverture » de la médiation dans le titre du projet de disposition 1.

18. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de modifier le projet de disposition 1 pour qu'il se lise comme suit :

« Projet de disposition 1 (Disponibilité et ouverture de la médiation)

1. Le terme "médiation" désigne un processus, quels qu'en soient la dénomination ou le fondement, par lequel les parties tentent de parvenir à un règlement amiable de leur différend avec l'aide d'un ou plusieurs tiers ("le médiateur"), qui n'ont pas le pouvoir de leur imposer une solution.

2. Pour régler à l'amiable un différend relatif à des investissements internationaux, les parties devraient envisager la médiation.

3. Les parties peuvent convenir d'engager une médiation à tout moment, y compris après l'ouverture de toute autre procédure de règlement des différends.

4. Une partie peut inviter par écrit l'autre partie à engager une médiation conformément au projet de disposition 2 ("l'invitation").

5. L'autre partie devrait faire tous les efforts raisonnables pour accepter ou rejeter l'invitation, par écrit, dans les 30 jours suivant sa réception. Si la partie invitante ne reçoit pas d'acceptation dans les 60 jours suivant sa réception, elle peut choisir de considérer l'absence de réponse comme un rejet de l'invitation.

6. La médiation est réputée s'ouvrir le jour où l'autre partie accepte l'invitation.

7. Les parties conviennent de mener la médiation conformément aux présentes Dispositions et :

a) Au Règlement de médiation de la CNUDCI ;

b) Au Règlement de médiation du CIRDI ;

c) Au Règlement de médiation entre investisseurs et États de l'IBA ; ou

d) À tout autre règlement.

8. Sauf disposition contraire du règlement convenu par les parties conformément au paragraphe 7 :

a) Les parties nomment un médiateur dans les 30 jours suivant l'ouverture de la médiation. Si un médiateur n'est pas nommé dans ce délai, elles conviennent d'une institution ou d'une personne qui les aide à en nommer un ; et

b) Dans les 15 jours suivant sa nomination, le médiateur convoque une réunion avec les parties, à laquelle celles-ci sont tenues d'assister.

9. Les parties peuvent à tout moment convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque des présentes Dispositions.

10. En cas de conflit entre l'une des présentes Dispositions et une disposition de la loi applicable à la médiation à laquelle les parties ne peuvent déroger, y compris tout instrument ou toute décision de justice applicable, cette dernière disposition législative prévaut. »

2. Projet de disposition 2

19. Il a été indiqué que le projet de disposition 2, qui traitait du contenu de l'invitation à participer à la médiation, ne devrait être ni normatif ni indûment contraignant. Il a également été précisé que les informations fournies devraient être suffisantes pour que la partie destinataire puisse étudier l'invitation, et notamment déterminer si la médiation permettrait de résoudre le litige à l'amiable.

20. S'agissant du projet de disposition 2, diverses propositions rédactionnelles ont été faites, notamment :

- Utiliser un langage plus neutre soulignant qu'aussi bien les États que les investisseurs pourraient inviter l'autre partie à entamer une médiation et ne pas laisser entendre que ce serait toujours l'investisseur demandeur qui inviterait l'État défendeur à y participer ;
- Exiger que soient précisés non seulement les faits à l'origine du différend mais aussi la base juridique de celui-ci (par exemple, le traité, le contrat ou tout autre instrument juridique auquel le litige se rapporte), tandis qu'une autre proposition était d'évoquer simplement le « fondement » du litige ;
- Exiger que le fondement du différend soit décrit de manière suffisante pour que l'on puisse identifier les questions ayant donné lieu à l'invitation ;
- Exiger que soient indiqués les mesures ou le résultat escomptés. Toutefois, l'avis a aussi été exprimé que cette indication devait être laissée à la discrétion des parties ;
- Combiner les alinéas a) et c) ;
- Préciser que le projet de disposition 2 indiquerait les exigences de contenu minimales (éventuellement en ajoutant le terme « au moins ») et noter en outre que la partie invitante serait libre d'y inclure toute information supplémentaire non citée dans le projet de disposition et que la partie invitée serait également en mesure de demander des informations supplémentaires pour étudier l'invitation ;
- Ajouter au début du chapeau « à moins que le règlement de médiation applicable déjà convenu n'en dispose autrement » ou « en l'absence de désignation préalable d'un règlement de médiation » ;
- Exiger que l'invitation soit rédigée dans la langue officielle de l'État partie ou dans une autre langue convenue et propose la langue de la médiation ;
- Ne pas faire référence au règlement de médiation applicable, puisque le projet de disposition indiquerait les exigences minimales en matière de contenu de l'invitation et que les parties ne seraient peut-être pas encore convenues du règlement à appliquer à ce moment-là ; et
- À l'alinéa a), faire référence à la partie invitante et remplacer le membre de phrase « s'il s'agit d'une personne morale » par « si l'invitation émane d'une personne morale ».

21. À l'issue de la discussion, il a été convenu de modifier le projet de disposition 2 pour qu'il se lise comme suit :

« Projet de disposition 2 (Informations requises dans une invitation)

L'invitation à engager une médiation visée à la disposition 1-4 contient au minimum les renseignements suivants :

a) Le nom et les coordonnées de la partie invitante et de son ou ses représentants légaux et, si l'invitation émane d'une personne morale, son lieu de constitution ;

b) Les noms des entités et organismes publics qui sont intervenus dans les questions ayant donné lieu à l'invitation ;

c) Une description du fondement du différend qui soit suffisante pour identifier les questions ayant donné lieu à l'invitation ; et

d) Une description des mesures déjà prises, le cas échéant, pour régler le différend, y compris des informations sur toute éventuelle action pendante. »

3. Projet de disposition 3

22. Il a été convenu que le projet de disposition 3 devrait traiter de la manière dont l'accord des parties de recourir à la médiation aurait des incidences sur d'autres procédures de règlement des différends et éviterait les procédures parallèles. On s'est

demandé comment la suspension automatique des autres procédures prévue au paragraphe 1 serait mise en œuvre.

23. S'agissant du projet de disposition 3, diverses propositions rédactionnelles ont été faites, notamment :

- Plutôt que de prévoir la suspension automatique des autres procédures, exiger des parties qu'elles n'engagent pas ni ne poursuivent d'autres procédures ;
- Clarifier la portée de l'expression « toute autre procédure de règlement des différends », notamment en précisant si celle-ci inclut les procédures judiciaires nationales ;
- Au paragraphe 1, faire référence aux éventuelles procédures de règlement des différends qui sont « en cours » et traiter également le cas où l'autre procédure n'aurait pas encore été engagée ;
- Indiquer que, plutôt que « d'informer » les autres instances de règlement, les parties devraient « exiger » la suspension de l'autre procédure, conformément au règlement applicable à celle-ci, et sans préciser si la demande doit ou non être faite par écrit ;
- Inclure des garanties pour les parties agissant de mauvaise foi ne puissent pas utiliser le projet de disposition à mauvais escient pour retarder davantage le règlement du litige ;
- Indiquer que les autres procédures devraient être suspendues pendant un certain temps (voir projet de disposition 1, option B, par. 6) ou jusqu'à ce que la médiation soit terminée ;
- Énumérer les circonstances dans lesquelles il serait mis fin à la médiation ;
- Dans la version anglaise, utiliser l'article défini « the » pour indiquer que le projet de disposition porte sur une procédure de médiation particulière et sa relation avec une autre procédure visant à résoudre « le » différend particulier qui a donné lieu à « la » médiation ;
- Préciser que le règlement applicable à l'autre procédure ouverte pour résoudre le litige pourrait ne pas prévoir de possibilité de suspension ;
- Faire référence dans le projet de disposition à l'ouverture de la médiation plutôt qu'à l'accord des parties sur le recours à la médiation, puisque le projet de disposition 1 prévoit une règle sur l'ouverture de la médiation ; et
- Préciser que les parties pourraient convenir de ne pas demander la suspension de l'autre procédure de règlement des différends, ou autrement dit, modifier le paragraphe 2.

24. À l'issue de la discussion, il a été convenu de modifier le projet de disposition 3 pour qu'il se lise comme suit :

> « Projet de disposition 3 (Rapport avec toute procédure arbitrale ou autre visant à résoudre le différend)
>
> 1. Entre le début et la fin de la médiation, les parties n'entament ni ne poursuivent aucune autre procédure visant à résoudre le différend.
>
> 2. Si une autre procédure visant à résoudre le différend est en cours au moment où la médiation est ouverte, les parties demandent la suspension de cette autre procédure conformément au règlement qui lui est applicable ».

4. Projet de disposition 4

25. De l'avis général, il fallait assurer dans le projet de disposition 4 un juste milieu entre la confidentialité et la transparence, tout en gardant à l'esprit l'objectif d'encourager le recours à la médiation.

26. Il a été proposé de prévoir au paragraphe 1 la possibilité pour les parties de trouver un autre accord et de faire référence à des informations indépendantes et « accessibles au public » ou « disponibles dans le domaine public ». Il a également été suggéré de prévoir que même lorsque la divulgation était exigée par la loi, elle devrait être limitée à ce qui était nécessaire.

27. Les avis ont divergé sur la question de savoir si les paragraphes 2 et 3 reflétaient un juste milieu entre la confidentialité et la transparence. Un appui a été exprimé en faveur de ces paragraphes tels qu'ils étaient rédigés. Il a été suggéré que ces paragraphes précisent en outre que toute information confidentielle, sensible ou protégée ne devrait pas être soumise à l'obligation de révélation. Par ailleurs, la crainte a été exprimée que les paragraphes 2 et 3, qui permettaient à une partie de révéler certains aspects de la médiation sans aucune restriction, ne dissuadent les parties de recourir à la médiation. Il a été proposé de les modifier de manière à ce que la divulgation qui y était envisagée ne soit possible qu'avec l'accord préalable de toutes les parties ou si le droit national l'exigeait. Selon une autre proposition, il fallait les supprimer, le paragraphe 1 constituant la règle générale en matière de confidentialité, tout en laissant aux parties la possibilité d'en convenir autrement.

28. Il a été rappelé que, eu égard aux règlements existants, le Groupe de travail avait précédemment décidé de ne pas élaborer un nouvel ensemble de règles relatives à la conduite de la médiation. Il a par ailleurs été noté que les règlements existants mentionnés dans le projet de disposition 1 contenaient des règles sur la transparence et la confidentialité, et que les parties étaient également libres de modifier ces dispositions afin de parvenir à un juste milieu. Compte tenu des divergences de vues exprimées et du fait que, selon les litiges, l'équilibre à atteindre entre la transparence et la confidentialité pouvait varier, le Groupe de travail est convenu de supprimer le projet de disposition 4 et de s'efforcer de traduire dans le projet de dispositions l'importance de trouver un juste milieu par le choix du règlement applicable à la conduite de la médiation.

5. Projet de disposition 5

29. Un soutien a été exprimé en faveur de l'inclusion d'une disposition consacrant le principe de « non-préjudice », même s'il a été dit que les règlements de médiation existants contenaient des dispositions à cet effet. Il a été convenu que le maintien du projet de disposition 5 mettrait l'accent sur ce principe, ce qui pourrait favoriser plus avant le recours à la médiation.

30. Toutefois, certains se sont aussi inquiétés de ce que ce principe pouvait être interprété différemment selon la tradition juridique. Il a été proposé de rédiger la disposition sous forme de règle (par exemple, en remplaçant, dans la version anglaise, le mot « is » par « shall be ») que les parties devraient observer. Il a été mentionné qu'il faudrait expliquer plus précisément le sens que revêtait l'expression « engager une médiation » dans le projet de disposition, en faisant également référence aux informations partagées et aux points de vue exprimés. Dans ce contexte, il a été estimé que l'article 11 du Règlement de médiation du CIRDI constituait une base solide pour le libellé du projet de disposition 5.

31. À l'issue de la discussion et compte tenu du fait que le projet de disposition 1 permettait aux parties de modifier les projets de dispositions, il a été convenu de formuler le projet de disposition 5 comme suit :

> « Projet de disposition 5 (Utilisation d'informations dans d'autres procédures)
>
> Une partie ne peut, à l'occasion d'autres procédures, se fonder sur des positions prises, des admissions formulées, des offres de règlement ou des opinions exprimées par l'autre partie ou le médiateur au cours de la médiation. »

6. Projet de disposition 6

32. Bien qu'un appui ait été exprimé en faveur de l'inclusion d'une référence à la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la

médiation (Convention de Singapour sur la médiation), des doutes ont été émis quant au fait d'obliger les parties à satisfaire aux exigences qui y étaient énoncées, car la Convention pourrait ne pas être pertinente ou applicable en fonction des circonstances.

33. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de remplacer, dans le projet de disposition 6, les mots « veillent à ce que […] soit conforme » par « devraient déterminer si […] est conforme ».

7. Conclusions

34. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de modifier le projet de dispositions sur la médiation en se fondant sur ses décisions et ses délibérations et de présenter le texte ainsi modifié à la Commission afin que cette dernière l'examine à sa cinquante-sixième session, en 2023.

35. Il a également été convenu de recommander aux États d'utiliser le projet de dispositions dans leurs traités et d'examiner ultérieurement l'opportunité de l'inclure dans un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, que le Groupe de travail était en passe d'élaborer.

IV. Projet de lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement (A/CN.9/WG.III/WP.227)

A. Remarques générales

36. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante-troisième session, en septembre 2022, il avait entrepris une première lecture du projet de lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement (« le projet de lignes directrices ») contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.218, qui visait à promouvoir le recours à la médiation pour résoudre les différends relatifs aux investissements.

37. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du projet de lignes directrices tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.227. La section ci-après présente un résumé des modifications du projet de lignes directrices dont le Groupe de travail est convenu, sans reproduire l'intégralité du texte ainsi approuvé.

B. Projet de lignes directrices – synthèse des modifications

1. Sections A à E (A/CN.9/WG.III/WP.227, par. 1 à 10)

38. S'agissant des paragraphes 1 à 10, le Groupe de travail est convenu de ce qui suit :

- Faire référence aux différends relatifs à des investissements « internationaux » dans l'ensemble du projet de lignes directrices ;
- Préciser que le projet de lignes directrices vise à aider les « parties » à la médiation et pas uniquement les « États » ou les « responsables gouvernementaux » (par. 1 et 2) ;
- Remplacer la dernière phrase du paragraphe 1 par les deux dernières phrases du paragraphe 3 de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur la médiation (2021) avec les ajustements nécessaires ;
- Supprimer le mot « informel » (par. 2) ;
- Utiliser le terme « différend » au lieu de « conflit » (par. 3 et 8) ;
- Modifier le chapeau du paragraphe 3 comme suit : « ..., les parties prennent notamment en compte les aspects suivants, le cas échéant ».

- Supprimer « et » avant l'alinéa k), qui se lirait comme suit : « Toute incidence résultant du respect d'un quelconque accord de règlement, y compris toute incidence politique, économique, sociale ou financière » ;
- Remplacer « il n'est pas nécessaire de tenir compte de tous les critères » par « certains critères pourraient ne pas être pertinents » (par. 4) ;
- Ajouter les mots « ou de toute autre manière » dans la seconde phrase (par. 5) ;
- Incorporer les éléments à faire figurer dans l'invitation à engager une médiation en se fondant sur le projet de disposition 2 (par. 6, voir par. 21 ci-dessus) ;
- Terminer la première phrase après les mots « à tout moment » et ajouter à la fin de l'avant-dernière phrase « y compris éventuellement par la médiation » (par. 8) ;
- Supprimer la première phrase et le mot « créatives » (par. 9) ; et
- Remplacer « fixer » par « définir » et supprimer l'exemple de six mois (par. 10).

2. Sections F à H (A/CN.9/WG.III/WP.227, par. 11 à 23)

39. S'agissant des paragraphes 11 à 23, le Groupe de travail est convenu de ce qui suit :

- Remplacer « peuvent » par « devraient » et supprimer les mots « conforme aux normes internationales » de la troisième phrase (par. 11) ;
- Faire référence à des institutions « qui peuvent aider les parties à résoudre les différends relatifs à des investissements internationaux par la médiation » (par. 12) ;
- Ajouter « notamment sur les meilleures pratiques » après les mots « informations générales » dans la dernière phrase (par. 13) ;
- Combiner les deux premières phrases comme suit : « Le médiateur devrait s'abstenir de prendre des décisions et ne devrait pas porter de jugement sur ... » et raccourcir la troisième phrase pour la terminer par les mots « de leurs points de vue » (par. 15) ;
- Réviser le chapeau comme suit : « Lorsqu'elles choisissent un médiateur, les parties devraient voir s'il possède, entre autres [...] » (par. 17).
- Séparer les deux éléments de l'alinéa a) et supprimer le mot « et » après l'alinéa f) (par. 17) ;
- Raccourcir la première phrase comme suit : « Le médiateur doit être impartial et indépendant. » (par. 18) ;
- Réviser les deuxième et troisième phrases comme suit : « Par exemple, les parties peuvent se demander si la nomination d'un médiateur d'une nationalité différente de la leur permettrait d'éviter toute impression de partialité. Toutefois, elles peuvent également se demander s'il y aurait des avantages à choisir un médiateur de la même nationalité qu'elles, comme une meilleure acceptabilité de l'accord de règlement résultant de la médiation ou une meilleure connaissance de leur langue, leurs coutumes et leur culture ». (par. 19) ;
- Placer le paragraphe 20 après le paragraphe 17 ;
- Indiquer que les « institutions » devraient aussi s'efforcer de tenir compte de la diversité géographique et de la parité femmes-hommes, et remplacer les mots « prévenir ou éliminer l'impression de partialité » par « renforcer la confiance dans la médiation » (par. 23) ; et
- Insérer une nouvelle sous-section H.4 libellée comme suit :

  « 4. Démission et remplacement d'un médiateur

**. Il peut arriver qu'un médiateur souhaite ou doive démissionner, auquel cas il en informe les parties dès que possible. En outre, si les parties le demandent conjointement ou si le médiateur n'est pas en mesure d'exercer ses fonctions, il doit démissionner. À la suite de la démission d'un médiateur, les parties le remplacent généralement en utilisant la méthode mise en œuvre pour procéder à la nomination initiale. »

3. Sections I et J (A/CN.9/WG.III/WP.227, par. 24 à 33)

40. S'agissant des paragraphes 24 à 33, le Groupe de travail est convenu de ce qui suit :

- Supprimer la deuxième phrase et combiner les première et troisième phrases pour que le texte se lise comme suit : « Lorsqu'elle détermine la taille et la composition de son équipe, chaque partie devrait envisager d'y inclure un membre investi d'un pouvoir de règlement du différend... » (par. 25) ;
- Modifier la dernière phrase comme suit : « Des informations concernant l'étendue du pouvoir de règlement des participants à la médiation devraient être communiquées au médiateur et aux autres parties... » (par. 25) ;
- Ajouter les mots « , le cas échéant » après les mots « le rôle des représentants légaux » dans la première phrase (par. 26) ;
- Modifier la troisième phrase comme suit : « Dans la médiation, ils adoptent une approche collaborative en vue de trouver et d'évaluer des solutions orientées vers l'avenir qui servent les intérêts et les objectifs de leurs clients respectifs. » (par. 26) ;
- Combiner les première et seconde phrases comme suit : « Les parties peuvent souhaiter se demander si des experts et d'autres personnes pourraient prendre part au processus de médiation et si leur participation pourrait être bénéfique et les aider à trouver une solution à l'amiable. » (par. 27) ;
- Remplacer les mots « seront généralement » par « sont » dans la dernière phrase (par. 28) ;
- Faire référence à d'« autres parties » plutôt qu'aux « parties non contestantes » dans l'ensemble du projet de lignes directrices ;
- Réviser la première phrase comme suit : « La souplesse de la médiation permet de faire participer au processus d'autres parties, et les parties à la médiation devraient se demander si la participation de ces autres parties pourrait être un moyen de représenter l'intérêt public... » (par. 29) ;
- Insérer la phrase supplémentaire suivante : « Le tableau suivant illustre ces différentes phases. » (par. 30) ;
- Ajouter le membre de phrase suivant à la fin de la troisième phrase : « pour autant que les parties puissent effectivement accéder aux réunions en ligne » (par. 31) ; et
- Dans la troisième phrase, remplacer le membre de phrase « sont conformes à leurs intérêts » par « assurent une protection suffisante » (par. 32).

4. Section K (A/CN.9/WG.III/WP.227, par. 34 à 39)

41. En ce qui concerne le paragraphe 34 et son intitulé, le Groupe de travail est convenu de ne pas utiliser, dans la version anglaise, l'expression « without prejudice » et d'élaborer la règle en s'inspirant du projet de disposition 5 (voir par. 31 ci-dessus). Il a également décidé de supprimer la deuxième phrase, tout en conservant la note de bas de page y relative. Il a également été convenu que, dans la version anglaise, le mot « merely » serait inséré après « inadmissible » dans la dernière phrase.

42. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les paragraphes 35 à 39 par le texte suivant, tout en conservant les notes de bas de page correspondantes :

« 35. Les parties devraient se demander s'il convient de préserver la confidentialité de la procédure de médiation et des documents qui y sont échangés pour permettre une discussion franche et ouverte. L'obligation de confidentialité commence généralement au début de la médiation et s'applique à toutes les parties impliquées dans la médiation. Les parties devraient avoir la certitude de pouvoir échanger des informations confidentielles et mener des débats de fond sans craindre de conséquences négatives. Ainsi, la confidentialité peut constituer une force et un attrait de la médiation.

36. Toutefois, les parties devraient aussi se demander si la transparence pourrait être pertinente au vu des intérêts publics en jeu et des dépenses publiques pouvant être occasionnées. De manière générale, pour favoriser l'acceptation publique et renforcer la légitimité du recours à la médiation en matière d'investissement, il convient d'assurer un équilibre entre confidentialité et transparence.

37. Les parties qui souhaitent aborder spécifiquement la question de la confidentialité et de la transparence dans le cadre de la médiation en matière d'investissement peuvent se mettre d'accord sur ces aspects. Lorsqu'elles choisissent un règlement de médiation, les parties devraient se demander si les dispositions qu'il contient sont adaptées aux différends en matière d'investissement et si un équilibre y a été ménagé entre la confidentialité et la transparence. Les aspects que les parties pourront souhaiter prendre en compte sont notamment : i) la question de savoir si le fait que la médiation a eu lieu devrait être confidentiel ; ii) la question de savoir si les informations relatives à la médiation ou obtenues pendant celle-ci devraient être confidentielles ; iii) la question de savoir si et dans quelle mesure les règlements convenus devraient être confidentiels ; iv) la mesure dans laquelle les experts et les autres parties devraient avoir accès aux informations confidentielles ; v) les protocoles d'information publics ou médiatiques visant à fournir au public ou aux personnes concernées des points de situation pendant la médiation ; et vi) l'étendue de la divulgation d'informations en cas d'échec de la médiation.

38. Les dispositions ou les règlements applicables à la médiation en matière d'investissement peuvent imposer des restrictions au niveau de confidentialité convenu par les parties, notamment par le biais d'une obligation positive de divulgation d'informations (cette dernière pouvant être exigée, par exemple, dans la législation nationale, dans les accords internationaux ou par les tribunaux nationaux). On trouve d'autres exemples dans le cadre juridique interne applicable à l'opération ou au différend sous-jacent (par exemple, dans la législation nationale régissant les partenariats public-privé, la réglementation de la gestion des finances publiques, et la législation relative à la transparence budgétaire ou à la liberté d'information) ou applicable aux participants à la médiation. Il arrive aussi qu'une législation nationale sur la divulgation d'informations visant à préserver l'intérêt public exige la publication de tout engagement convenu ou la divulgation continue de résultats, ainsi que de toute renégociation de termes. »

5. Sections L et M (A/CN.9/WG.III/WP.227, par. 40 à 50)

43. S'agissant des paragraphes 40 à 50, le Groupe de travail est convenu de ce qui suit :

- Dans la première phrase, remplacer « les parties se conforment généralement » par « il est attendu des parties qu'elles se conforment » et, dans la dernière phrase, remplacer « s'efforcent de respecter » par « prennent en considération ces » (par. 40) ;
- Modifier la fin de la phrase comme suit : « ... tout ou partie du différend soumis à la médiation dans la mesure où ce dernier a été résolu » (par. 41) ;

- Ajouter les mots « et de bonne foi » à la fin de la première phrase, supprimer la dernière phrase et déplacer les deux premières phrases pour en faire le premier paragraphe de la section L (par. 42) ;
- Réviser la deuxième phrase comme suit : « En outre, les États souhaitant utiliser la médiation pour régler les différends voudront peut-être envisager des mesures pour lever les obstacles au recours à cette méthode… » (par. 43) ;
- Ajouter les mots « dans la mesure du possible » à la fin de la dernière phrase (par. 43) ;
- Supprimer le mot « claire » qui figure dans la première phrase et modifier la deuxième phrase comme suit : « Une base juridique de ce type peut créer un environnement favorable à la médiation pour les États et les entités publiques... (par. 44) ;
- Modifier la première phrase comme suit : « ..., il pourrait être rare de devoir faire exécuter des accords de règlement, car il est attendu des parties qu'elles se conforment à leurs termes. » (par. 46) ;
- Dans l'avant-dernière phrase, remplacer les mots « offre aux parties la possibilité de » par « est un outil dont disposent les parties pour » et remplacer la dernière phrase par la seconde phrase de la note de bas de page 22 (par. 46) ;
- Dans la première phrase, ajouter « y compris toute procédure d'exécution » après « procédure contentieuse » (par. 47) ;
- Ne pas inclure de liste des futures activités de formation et de renforcement des capacités en annexe au projet de lignes directrices ; et
- Supprimer les paragraphes 49 et 50 et insérer en lieu de ces paragraphes une phrase supplémentaire à la fin du paragraphe 43, libellée comme suit : « Les États peuvent également envisager la médiation comme une composante de leur approche en matière de prévention et d'atténuation des différends ».

6. Conclusions

44. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de modifier le projet de lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement en se fondant sur ses décisions et ses délibérations, et de présenter le texte ainsi modifié à la Commission afin que celle-ci l'examine à sa cinquante-sixième session, en 2023. Il est par ailleurs convenu que le texte à présenter s'intitulerait « Lignes directrices de la CNUDCI sur la médiation en matière d'investissement ».

45. Il a également été convenu de recommander l'utilisation du projet de lignes directrices aux parties à des différends en matière d'investissement, aux médiateurs, aux institutions ainsi qu'à d'autres fins, afin de promouvoir le recours à la médiation pour résoudre ce type de différends.

V. Projet de guide législatif sur la prévention et l'atténuation des différends relatifs aux investissements (A/CN.9/WG.III/WP.228)

46. Le Groupe de travail a examiné à titre préliminaire un projet de guide législatif sur la prévention et l'atténuation des différends relatifs aux investissements (le « projet de guide législatif ») dans le but de fournir au Secrétariat des indications sur la manière de développer plus avant cet élément de réforme. Dans ce contexte, on a rappelé l'importance de la prévention des différends et de la médiation. Il a également été souligné que le renforcement de la capacité des États et des investisseurs à prévenir l'escalade des différends était un élément clef de la réforme du RDIE.

47. Notant que le projet de guide législatif avait été élaboré sur la base d'une compilation des meilleures pratiques des États ainsi que des approches suggérées par

des organisations intergouvernementales et non gouvernementales, on s'est généralement dit en faveur d'une poursuite de la compilation des meilleures pratiques, qui pourrait aider les États et éventuellement constituer une base pour des travaux futurs.

48. Cependant, il a été largement estimé qu'un guide législatif n'était peut-être pas le format le plus approprié pour aborder les questions relatives à la prévention et à l'atténuation des différends. Il a été dit que les aspects traités dans le projet de guide législatif n'étaient pas tous abordés dans les législations nationales et qu'il s'agissait généralement de questions de politique générale. Il a également été dit que, compte tenu des différences qui existent entre les structures gouvernementales, les styles législatifs et les approches de la prévention des différends, des recommandations normatives ne seraient pas appropriées, car elles donneraient à penser qu'il pouvait exister une approche uniforme et pourraient être interprétées comme imposant aux États l'obligation de mettre en place un cadre juridique. Il a été rappelé qu'il fallait éviter toute approche unique. En conséquence, il a été proposé de réviser le texte pour en faire un document d'orientation donnant aux États des conseils utiles sur les approches possibles et leur laissant la souplesse requise pour choisir celle qui leur conviendrait.

49. Au cours des délibérations, des voix se sont élevées pour souligner le rôle de l'investisseur dans la prévention et l'atténuation des différends. Selon un autre point de vue, il faudrait que le texte à établir se limite aux différends naissant avec des investisseurs étrangers et n'ait pas d'incidence sur le droit des États à réglementer et à poursuivre des objectifs légitimes d'ordre public.

50. L'avis a été exprimé que le centre consultatif envisagé par le Groupe de travail pourrait jouer un rôle dans la prévention et l'atténuation des différends, aidant éventuellement les États sur certains points ou servant de plateforme d'échange de bonnes pratiques. Dans ce contexte, on a dit appuyer l'idée d'un examen conjoint des deux sujets, même si ceux-ci restaient des éléments de réforme distincts.

51. Il a également été dit qu'il faudrait que les travaux sur la prévention et l'atténuation des différends tiennent compte de ceux entrepris par d'autres organisations et fassent l'objet d'une coordination plus poussée afin d'éviter les chevauchements. Il a été souligné qu'il faudrait que la portée des travaux se limite à la prévention et à l'atténuation des différends et ne s'étende pas à la promotion ou à la facilitation des investissements.

Voie à suivre

52. À l'issue de la discussion, le Secrétariat a été prié de réviser le projet de guide législatif en se fondant sur les délibérations du Groupe pour en faire un document d'orientation non normatif sur les moyens de prévenir et d'atténuer les différends assorti d'exemples de meilleures pratiques, qui viserait à aider principalement les États. Le Secrétariat a en outre été invité à continuer de rassembler des informations sur les meilleures pratiques.

VI. Rejet rapide et décision préalable (A/CN.9/1129, annexe)

53. Il a été noté que le Groupe de travail II (Règlement des différends) avait, à sa soixante-dix-septième session, en février 2023, établi la version finale d'une annotation relative au rejet rapide et à la décision préalable (l'« annotation ») à insérer dans l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales. Étant donné que le Groupe de travail III préparait une règle de procédure sur le rejet rapide dans le contexte de la réforme du RDIE (voir le chapitre II.A du document A/CN.9/WG.III/WP.219), il a procédé à un bref examen de l'annotation dans le but de fournir des indications à la Commission, l'Aide-mémoire devant être adopté à la prochaine session, en 2023.

54. De l'avis général, l'annotation, en tant que texte descriptif, fournissait des indications utiles sur le pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral, qu'il soit prévu ou non dans le règlement d'arbitrage. Si l'avis a été exprimé que l'annotation devait

renvoyer à la règle sur le rejet rapide contenue dans le Règlement d'arbitrage du CIRDI, il a été largement estimé que cela n'était pas nécessaire étant donné que l'annotation ne visait pas à modifier les dispositions pertinentes du règlement d'arbitrage applicable. Dans ce contexte, on a souligné la nature non contraignante et générique de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales. Bien qu'il ait été mentionné qu'il faudrait que les travaux du Groupe de travail III sur le rejet rapide et la décision préalable soient adaptés aux différends relatifs aux investissements, il a été confirmé que l'annotation n'aurait aucune incidence sur ces travaux et ne les exclurait pas. En conséquence, le Groupe de travail III s'est déclaré satisfait de l'annotation établie par le Groupe de travail II et lui a transmis ses remerciements.

VII. Codes de conduite et commentaires (A/CN.9/1130)

A. Introduction

55. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante-quatrième session, en janvier 2023, il avait entrepris une troisième lecture des codes de conduite destinés respectivement aux arbitres (le « code pour les arbitres ») et aux juges (le « code pour les juges »), ci-après désignés conjointement comme les « codes », en se fondant sur le document A/CN.9/WG.III/WP.223. À la fin de cette session, il avait demandé au Secrétariat d'établir des versions révisées de ces codes sur la base des délibérations tenues, l'objectif étant de présenter les codes et les commentaires y relatifs à la Commission.

56. À la session en cours, des doutes ont été exprimés quant à la faisabilité des travaux sur le code destiné aux juges, car aucune décision n'avait encore été prise sur l'établissement et la conception d'un mécanisme permanent qui serait chargé de résoudre les différends relatifs aux investissements. Le Groupe de travail a néanmoins décidé d'examiner les modifications que le Secrétariat proposait d'apporter aux codes, compte tenu des décisions qu'il avait prises à sa session précédente. Il a également poursuivi son examen des articles du code pour les arbitres qui portaient sur la limitation du cumul des rôles (art. 3, 4 et 11).

B. Code pour les arbitres

1. Articles 1 et 2

57. Il a été convenu que les « contrats d'investissement » couverts par la définition de l'« instrument de consentement » devaient être limités à ceux qui étaient conclus avec un investisseur étranger. Il a également été convenu de ne pas faire référence, dans la définition de l'« instrument de consentement », à un « différend relatif à des investissements internationaux », afin d'éviter les définitions circulaires. Il a donc été convenu de définir l'« instrument de consentement » comme suit :

> « i) Dispositions d'un traité relatives à la protection des investissements ou des investisseurs ;
>
> ii) Législation régissant les investissements étrangers ; ou
>
> iii) Contrat d'investissement entre un investisseur étranger et un État ou une organisation d'intégration économique régionale ou toute collectivité publique d'un État ou tout organisme dépendant d'un État ou d'une organisation d'intégration économique régionale ;
>
> fondant le consentement à l'arbitrage ».

58. Il a été convenu de faire référence, dans la première phrase de l'article 2-1, à un « ancien arbitre ».

2. Articles 3, 5 et 6

59. Il a été convenu de remplacer les mots « pourrait avoir » à l'article 3-2 d) par le mot « a ».

60. En ce qui concerne l'article 5 a), il a été convenu de supprimer le membre de phrase « tout au long de la procédure de règlement du différend relatif à des investissements internationaux », cette notion étant déjà incluse dans la définition du terme « arbitre ».

61. En ce qui concerne l'article 6 b), il a été convenu de remplacer les mots « tout son possible » par « tous les efforts raisonnables » afin de s'aligner sur les articles 10-2 et 11-4 et d'apporter la même modification à l'article 6 b) du code pour les juges.

3. Articles 8, 9 et 10

62. Il a été convenu de : i) préciser que la restriction prévue à l'article 8-4 concernait une décision rendue dans le cadre de la procédure de règlement du différend ; ii) à l'article 8-5, remplacer les mots « le litige » par « la procédure » et accorder l'adjectif « pendant » ; et iii) étendre la portée de l'article 8-6 afin qu'il s'applique également à un ancien arbitre. En conséquence, il a été convenu que les paragraphes 4 à 6 de l'article 8 se liraient comme suit :

> « 4. L'arbitre ne peut commenter une décision rendue dans le cadre de la procédure que si celle-ci est accessible au public.
>
> 5. Nonobstant le paragraphe 4, l'arbitre ne doit pas commenter une décision tant que la procédure est pendante ou que la décision fait l'objet d'un recours ou d'un réexamen postérieur au prononcé de la sentence.
>
> 6. Les obligations prévues au présent article ne s'appliquent pas dès lors que le candidat ou l'arbitre, y compris un ancien arbitre, se trouve dans l'obligation légale de révéler l'information devant une juridiction étatique ou autre instance compétente … »

63. Le Groupe de travail est convenu de remplacer, dans la version anglaise, le verbe « should » par « shall » à l'article 9-1.

64. Le Groupe de travail est convenu de simplifier l'article 10-1 comme suit : « Avant d'engager un assistant, l'arbitre convient avec les parties au différend du rôle, de l'étendue des fonctions, ainsi que des honoraires et des frais de cette personne. »

4. Article 11

65. Des avis divergents ont été exprimés sur la question de savoir si un candidat ou un arbitre devait être tenu, conformément au point 2 b), de révéler tout intérêt financier ou personnel dans une autre procédure faisant intervenir une personne ou une entité identifiée par une partie au différend comme lui étant liée ou ayant un intérêt direct ou indirect dans l'issue de la procédure, y compris un tiers financeur.

66. Selon un avis, il serait fastidieux de devoir indiquer ce type d'informations, et les éventuelles relations avec « une personne ou une entité identifiée par une partie au différend comme lui étant liée ou ayant un intérêt direct ou indirect dans l'issue de la procédure, y compris un tiers financeur » devraient de toute façon être divulguées au titre du point 2 a). Selon un autre point de vue, il fallait prévoir une obligation de divulgation des intérêts financiers ou personnels aussi large que possible, et tant que les personnes concernées fournissaient tous les efforts raisonnables pour prendre connaissance de ces informations, il ne serait pas nécessairement fastidieux de s'acquitter de cette obligation. Afin de tenir compte de ces deux points de vue, il a été convenu de préciser dans le commentaire que tout intérêt financier ou personnel qu'un candidat ou un arbitre pourrait avoir dans une personne ou une entité ayant un intérêt direct ou indirect dans l'issue de la procédure, comme un tiers financeur, devrait être divulgué, et de reformuler le paragraphe 2 b) comme suit :

« b) Tout intérêt financier ou personnel dans :

i) L'issue de la procédure de règlement du différend ;

ii) Toute autre procédure faisant intervenir la ou les mêmes mesures ; et

iii) Toute autre procédure dans laquelle intervient une partie au différend ou une personne ou entité identifiée par une partie au différend comme lui étant liée ; »

5. Limitation du cumul des rôles (articles 3, 4 et 11) (A/CN.9/1130, par. 91 et 92)

67. Il a été rappelé qu'il y avait eu des divergences de vues en ce qui concerne la limitation du cumul des rôles et que le Groupe de travail était convenu, à sa session précédente, de rechercher un compromis en se fondant sur les articles 3, 4 et 11 révisés, tels qu'ils figuraient au paragraphe 91 du document A/CN.9/1130. Il a été reconnu que ces articles visaient à répondre à un certain nombre de préoccupations exprimées au sujet notamment de l'intégrité de la procédure et du système de RDIE, de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres, ainsi que de la nécessité d'éviter l'impression de partialité. Il a été dit qu'il fallait également tenir compte d'autres intérêts légitimes, tels que le choix par les parties d'arbitres, de représentants légaux et de témoins experts, ainsi que la nécessité de garantir la diversité parmi ces personnes. Il a également été dit qu'il fallait prendre en compte l'application, dans la pratique, de tout délai de latence.

68. Des avis divergents ont à nouveau été exprimés et il a été reconnu que les préoccupations exprimées ne présentaient pas le même degré de gravité pour tous, ce qui rendait la recherche d'un consensus difficile. D'un côté, on a souligné l'importance des préoccupations relatives à la pratique de la double casquette et la nécessité de renforcer la crédibilité des travaux entrepris par le Groupe de travail en ce qui concerne la réforme du RDIE de manière plus générale. De l'autre, on a souligné que le cas échéant, les nouvelles réglementations adoptées dans ce domaine ne devraient pas limiter l'autonomie des parties pour ce qui était de sélectionner les représentants légaux ou témoins experts de leur choix.

69. Des délégations ont fait part de leur volonté de parvenir à un consensus sur certaines questions connexes. Il a été fait remarquer que la limitation du cumul des rôles ne devait pas viser simplement à confirmer le statu quo, mais plutôt à répondre aux appels de plus en plus nombreux en faveur d'une réforme. Dans ce contexte, il a été dit que l'élaboration du code, qui introduisait et codifiait un certain nombre de nouvelles obligations pour les arbitres, constituait en soi une tentative de répondre à ces appels. Il a également été souligné qu'il fallait achever les travaux consacrés au code le plus rapidement possible afin que le Groupe de travail puisse poursuivre ses travaux sur les autres éléments de la réforme du RDIE, y compris les réformes structurelles.

70. En ce qui concerne les articles 3 et 11, on s'est déclaré généralement favorable à l'inclusion du mot « futures » à l'article 3-2 c), et à l'obligation de révélation visée à l'article 11-2 e). Toutefois, en ce qui concerne la possibilité de faire récuser l'arbitre mentionnée dans la dernière phrase du commentaire relatif à l'article 11-2 e) (A/CN.9/1130, par. 92), il a été dit qu'il en allait de même pour les autres exigences en matière de révélation visées à l'article 11. Par conséquent, il a été proposé de modifier la phrase ou de la placer ailleurs afin de ne pas donner l'impression que son contenu ne s'appliquait que dans le contexte du paragraphe 2 e).

71. On s'est déclaré généralement favorable au paragraphe 1 de l'article 4, qui prévoyait l'interdiction du cumul des rôles dans les circonstances qui y étaient visées. On a souligné que cela pourrait sensiblement modifier la pratique actuelle, ce qui traduisait la volonté du Groupe de travail de s'éloigner du statu quo.

72. Les discussions ont principalement porté sur la durée des délais de latence prévus aux paragraphes 2 à 4 de l'article 4. On a rappelé que l'avis avait été exprimé qu'il n'était pas nécessaire de prévoir de tels délais. Il a été fait remarquer qu'il

faudrait envisager tout délai de latence conjointement avec : i) l'interdiction du cumul des rôles prévue au paragraphe 1 et la durée moyenne d'une procédure d'arbitrage en matière d'investissement, qui était de trois à quatre ans (voir A/CN.9/WG.III/WP.153, par. 54) ; et ii) l'obligation, prévue à l'article 3-2 c), de ne pas se laisser influencer par une relation financière, commerciale, professionnelle ou personnelle future quelle qu'elle soit.

73. Selon un avis, il faudrait prévoir un délai unique et uniforme pour les trois paragraphes, car ceux-ci répondaient à des préoccupations similaires. Un délai uniforme serait plus facile à gérer dans la pratique, tant pour les anciens arbitres que pour les parties souhaitant nommer d'anciens arbitres en tant que représentants légaux ou témoins experts. Selon un autre avis, il convenait de prévoir des délais différents ou en cascade, car chaque paragraphe répondait à des préoccupations différentes et la probabilité que les circonstances qui y étaient visées se produisent différait elle aussi. Il a été précisé que dans le cas où plusieurs de ces paragraphes s'appliqueraient, un ancien arbitre serait lié par le délai le plus long.

74. Un large éventail d'avis ont été exprimés au sujet des délais à prévoir aux paragraphes 2 à 4, les propositions allant de zéro à trois ans. Selon un avis, il fallait prévoir un long délai, tout en permettant aux parties : i) de ne pas imposer de délai de latence ; ou ii) de convenir d'un délai plus court. En effet, en prévoyant une période plus longue, on soulignerait l'importance des préoccupations recensées. Selon l'avis inverse, il convenait de prévoir un délai plus court et de laisser aux parties la possibilité de le prolonger si elles le souhaitaient. À cet égard, l'avis a été exprimé qu'il faudrait éviter d'adopter une approche trop stricte pour ne pas restreindre le vivier et la diversité des personnes qualifiées susceptibles d'être nommées en tant qu'arbitres, représentants légaux et témoins experts, ce qui aurait des incidences négatives en particulier sur les États défendeurs, en tant qu'« habitués » du système.

75. Il a été généralement estimé que les paragraphes 2 à 4 devraient prévoir un délai par défaut, qui pourrait être modifié par les parties au différend. Dans ce contexte, il a été largement estimé que les « parties au différend » susceptibles de modifier le délai de latence devaient être les parties à la procédure dont l'ancien arbitre avait été saisi et non les parties à la procédure dans laquelle ce dernier était pressenti pour agir ou agissait en tant que représentant légal ou témoin expert. Bien que l'on se soit interrogé au sujet de la justification de cette approche et du risque que les parties concernées n'existent plus, il a été expliqué que le code visait à réglementer la conduite non pas des représentants légaux et des témoins experts, mais des anciens arbitres, et qu'en exigeant l'accord des parties à la nouvelle procédure, on permettrait à une partie de restreindre le choix de la partie adverse en matière de représentants légaux ou de témoins experts.

76. En ce qui concerne les délais de latence spécifiques, il a été dit d'une part que les procédures faisant intervenir la ou les mêmes mesures constituaient la catégorie suscitant le plus de préoccupations (par. 2). D'autre part, il a été dit qu'en prévoyant un délai de latence plus long pour les procédures impliquant la ou les mêmes dispositions du même instrument de consentement, on risquait de réduire le vivier de représentants légaux et d'experts, en particulier en relation avec les traités multilatéraux d'investissement (par. 4). Toutefois, les avis ont divergé sur les points suivants : i) la question de savoir si les procédures impliquant les mêmes parties ou des parties qui leur étaient liées suscitaient le même degré de préoccupation que celles impliquant la ou les mêmes mesures ; et ii) l'impact de l'introduction d'un délai de latence sur le vivier de représentants légaux et d'experts.

77. Ayant mis un terme aux discussions et soucieux de trouver un compromis, le Groupe de travail est convenu que les articles 3-2 c), 4 et 11-2 e) se liraient comme suit :

« Article 3 – Indépendance et impartialité

2. Le paragraphe 1 prévoit notamment qu'un arbitre ne doit pas :

c) Se laisser influencer par des relations financières, commerciales, professionnelles ou personnelles passées, présentes ou futures ; ...

Article 4 – Limitation du cumul des rôles

1. Sauf convention contraire des parties au différend, l'arbitre n'agit pas simultanément en tant que représentant légal ou témoin expert dans une autre procédure impliquant :

a) La ou les mêmes mesures ;

b) Les mêmes parties ou des parties qui leur sont liées ; ou

c) La ou les mêmes dispositions du même instrument de consentement.

2. Pendant une période de trois ans, un ancien arbitre n'agit pas en tant que représentant légal ou témoin expert dans une autre procédure de règlement d'un différend relatif à des investissements internationaux ou une procédure connexe faisant intervenir la ou les mêmes mesures, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement.

3. Pendant une période de trois ans, un ancien arbitre n'agit pas en tant que représentant légal ou témoin expert dans une autre procédure de règlement d'un différend relatif à des investissements internationaux ou une procédure connexe impliquant les mêmes parties ou des parties qui leur sont liées, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement.

4. Pendant une période d'un an, un ancien arbitre n'agit pas en tant que représentant légal ou témoin expert dans une autre procédure de règlement d'un différend relatif à des investissements internationaux ou une procédure connexe impliquant la ou les mêmes dispositions du même instrument de consentement, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement.

Article 11 – Obligations en matière de révélation

2. Que ceux-ci soient ou non requis en vertu du paragraphe 1, les renseignements suivants doivent être déclarés :

e) Toute nomination concurrente en tant que représentant légal ou témoin expert dans une autre procédure de règlement d'un différend relatif à des investissements internationaux ou une procédure connexe. »

C. Code pour les juges

78. Il a été convenu que le titre complet du code pour les juges serait : « Code de conduite destiné aux juges dans des procédures de règlement de différends relatifs à des investissements internationaux ».

1. Article 2

79. Il a été convenu d'inclure une référence à un « ancien juge » à l'article 2. Il a en outre été convenu de préciser, dans le commentaire relatif à l'article 2, le sens de l'expression « conformément à », à savoir principalement qu'en cas d'incompatibilité entre les articles du code pour les juges et toute autre disposition relative à la conduite d'un juge, il faudrait se référer aux règles du mécanisme permanent. Dans ce contexte, il a été noté que certains articles du code ménageaient déjà la possibilité que ces règles s'écartent des obligations, puisqu'on y trouvait le membre de phrase « sauf si les règles du mécanisme permanent l'autorisent ».

2. Article 3

80. Le Groupe de travail a confirmé que les obligations incombant au juge en vertu de l'article 3 étaient plus larges que celles incombant à un arbitre, car elles concernaient les fonctions que le juge assumerait en tant que membre du mécanisme

permanent, et non dans le cadre d'une procédure spécifique. À l'issue de la discussion, il a été convenu de modifier les alinéas b) et d) du paragraphe 2 comme suit :

« 2. Le paragraphe 1 prévoit notamment qu'un juge ne doit pas :

a) ... ;

b) Recevoir d'instructions d'organisations, de gouvernements ou de personnes au sujet de toute question abordée dans une procédure introduite devant le mécanisme permanent ;

c) ... ;

d) Se servir de sa position pour promouvoir des intérêts financiers ou personnels qu'il pourrait avoir dans l'une quelconque des parties au différend, ou dans l'issue d'une procédure introduite devant le mécanisme permanent ; ... »

3. Article 5

81. Le Groupe de travail est convenu de remplacer, dans la version anglaise, le mot « consistent » par « in accordance » (« conformément à » dans la version française), dans un souci d'harmonisation avec d'autres articles du code.

4. Article 8

82. Il a été fait remarquer que les règles du mécanisme permanent pourraient prévoir des exceptions à l'interdiction, pour le juge ou un ancien juge, de révéler la teneur des délibérations ou de commenter une décision rendue dans le cadre d'une procédure introduite devant le mécanisme permanent. Par conséquent, il a été suggéré de fournir des exemples de ces cas dans le commentaire.

83. En ce qui concerne la mesure dans laquelle il serait interdit à un ancien juge de commenter une décision, l'avis a été exprimé qu'un ancien juge ne devrait être autorisé à commenter aucune décision rendue par le mécanisme permanent. Selon un autre point de vue, une telle restriction pourrait être excessive si l'on considérait que selon l'article 4-4, l'interdiction, pour un ancien juge, d'agir en tant que représentant légal ou témoin expert était limitée à trois ans après la fin de son mandat. En conséquence, il a été suggéré de prévoir qu'un ancien juge ne serait pas autorisé à commenter : i) les décisions qu'il avait lui-même rendues ; ii) toute décision rendue dans une procédure qui était pendante pendant son mandat ; ou iii) pendant une période de trois ans suivant la fin de son mandat.

84. À l'issue de la discussion, il a été convenu que l'article 8 se lirait comme suit :

« 1. Sauf si les règles du mécanisme permanent l'autorisent, le juge ou un ancien juge ne doit :

a) Ni révéler ni utiliser aucune information se rapportant à une procédure introduite devant le mécanisme permanent ou obtenue dans le cadre de celle-ci ;

b) Révéler aucun projet de décision établi dans le cadre d'une procédure introduite devant le mécanisme permanent ; ou

c) Pas révéler le contenu des délibérations tenues dans le cadre d'une procédure introduite devant le mécanisme permanent.

2. Sauf si les règles du mécanisme permanent l'autorisent, le juge ne commente pas une décision rendue dans le cadre d'une procédure introduite devant le mécanisme permanent, et un ancien juge ne commente pas une telle décision pendant une période de trois ans suivant la fin de son mandat.

3. Les obligations prévues au présent article ne s'appliquent pas dès lors que le juge ou un ancien juge se trouve dans l'obligation légale de révéler l'information devant une juridiction étatique ou autre instance compétente, ou

doit la révéler pour préserver ou faire valoir ses droits légaux ou dans le cadre d'une procédure judiciaire ouverte devant une juridiction étatique ou autre instance compétente. »

5. Article 9

85. En ce qui concerne les obligations en matière de révélation incombant à un candidat et à un juge, le Groupe de travail est convenu que l'article 9 se lirait comme suit :

« 1. ....

2. Que ces renseignements soient ou non requis en vertu du paragraphe 1, le candidat déclare toutes les procédures auxquelles il participe ou a participé au cours des cinq années précédentes, y compris en tant qu'arbitre, représentant légal ou témoin expert.

3. Que ces renseignements soient ou non requis en vertu du paragraphe 1, le juge déclare les informations suivantes en relation avec une procédure sur laquelle il est censé se prononcer ou se prononce :

a) Toute relation financière, commerciale, professionnelle ou toute relation personnelle étroite entretenue au cours des cinq années précédentes avec :

i) Toute partie à la procédure ;

ii) Le ou les représentants légaux d'une partie à la procédure ;

iii) Des témoins experts dans la procédure ; et

iv) Toute personne ou entité identifiée par une partie au différend comme lui étant liée ou ayant un intérêt direct ou indirect dans l'issue de la procédure, y compris un tiers financeur ;

b) Tout intérêt financier ou personnel dans :

i) L'issue de la procédure ;

ii) Toute autre procédure faisant intervenir la ou les mêmes mesures ; et

iii) Toute autre procédure dans laquelle intervient une partie au différend ou une personne ou entité identifiée par une partie au différend comme lui étant liée.

4. Aux fins des paragraphes 1 à 3, le candidat et le juge doivent faire tous les efforts raisonnables pour prendre connaissance des circonstances et renseignements de ce type.

5. Le candidat doit révéler ces informations au mécanisme permanent conformément aux règles dudit mécanisme.

6. Le juge doit révéler ces informations conformément aux règles du mécanisme permanent dès qu'il prend connaissance des circonstances et des renseignements mentionnés aux paragraphes 1 et 3. Le juge est continûment soumis à l'obligation de révélation dès lors qu'il existe des circonstances et renseignements nouveaux ou nouvellement découverts.

7. Le candidat ou le juge qui hésite quant à l'obligation de révéler une information particulière doit pencher en faveur de la révélation.

8. Le fait de ne pas révéler une information ne constitue pas nécessairement en soi un manque d'indépendance ou d'impartialité. »

D. Conclusions

86. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser les projets de codes en se fondant sur ses décisions et ses délibérations et de présenter les textes ainsi modifiés, avec les commentaires les accompagnant, à la Commission afin que cette dernière y mette la dernière main et les adopte à sa cinquante-sixième session, en 2023. Dans ce contexte, il a été recommandé que le code pour les arbitres soit mis à la disposition des parties au différend, des institutions et des États. Il a recommandé que le code pour les juges soit adopté en principe, sachant qu'il examinait la possibilité d'établir un mécanisme permanent chargé de résoudre les différends relatifs aux investissements et qu'il devait encore déterminer la manière exacte dont ledit code devrait, le cas échéant, être incorporé dans les instruments se rapportant au mécanisme en question. Il a également été convenu d'examiner ultérieurement la possibilité d'inclure les codes dans un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, que le Groupe de travail était en passe d'élaborer.

VIII. Questions diverses

87. Au cours de la session, le Gouvernement de l'Uruguay a déposé son instrument de ratification de la Convention de Singapour.

88. Le Groupe de travail a remercié le Gouvernement de Singapour de sa proposition d'organiser une réunion intersessions en septembre 2023 (éventuellement au cours de la première semaine, pour une période de deux à trois jours) sur les thèmes se rapportant à un mécanisme multilatéral permanent et à un mécanisme d'appel.