

Réforme du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États
(RDIE)

Communication du Corporate Counsel International Arbitration Group
(CCIAG) au Groupe de travail III de la CNUDCI

Le 18 décembre 2019

Sommaire

	Page
Introduction et synthèse	1
I. Importance des investissements étrangers	1
II. Tour d’horizon de l’univers RDIE et des caractéristiques essentielles du système actuel	3
III. Critique du tribunal multilatéral des investissements et du mécanisme d’appel proposés	5
A. Tribunal multilatéral des investissements	5
1. Le TMI fait pencher l’équilibre du mécanisme de règlement des différends au détriment des investisseurs	6
2. Le TMI élimine l’autonomie des parties dans le cadre de la sélection des arbitres.....	8
3. Le TMI réduit le nombre d’arbitres qualifiés disponibles	9
4. Le TMI introduit une incertitude en matière de caractère exécutoire des décisions arbitrales.....	10
5. Le TMI introduit une incertitude en matière de financement et de pérennité des procédures de règlement des différends.....	12
B. Mécanisme d’appel	12
1. Le mécanisme d’appel, à l’instar du TMI, fait pencher l’équilibre du mécanisme de règlement des différends au détriment des investisseurs	13
2. Le mécanisme d’appel rend permanente les décisions erronées.....	13
3. Le mécanisme d’appel augmente le coût et la durée des procédures	15
IV. Réformes alternatives susceptibles d’améliorer le mécanisme pour tous les utilisateurs.....	17
A. Centre consultatif multilatéral, code de conduite et financement par des tiers	17
1. Centre consultatif multilatéral.....	17
2. Code de conduite.....	18
3. Financement par des tiers.....	19
B. Réformes supplémentaires proposées par les gouvernements	20
1. Examen préalable des sentences	20
2. Amélioration du choix des arbitres	20
3. Modes alternatifs de règlement des différends	21
4. Procédures accélérées	22
5. Outils supplémentaires de gestion des procédures.....	22
Conclusion	22

Introduction et synthèse

1. Le Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG) est une association de juristes d'affaires spécialisés dans le règlement des différends et l'arbitrage international et travaillant pour des sociétés internationales très diverses. La présente communication est présentée par le CCIAG en sa qualité d'observateur au sein du Groupe de travail III de la CNUDCI. Dans la présente communication, nous exposons le point de vue d'un large éventail d'investisseurs qui ont régulièrement recours au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), auquel ils attachent une grande importance dans le cadre de leurs décisions d'investissement à l'étranger.

2. La présente communication se divise en quatre parties. Dans la **section I**, nous soulignons l'importance des investissements étrangers pour la croissance économique internationale et le bien-être public. Pour garantir la disponibilité des prestations sociales, les gouvernements doivent prendre des mesures proactives pour cultiver un environnement propice aux investissements de étrangers, notamment en garantissant l'accès à des procédures neutres et indépendantes pour le règlement des différends. Dans la **section II**, nous nous penchons sur l'univers RDIE existant et présentons nos vues sur les trois principales caractéristiques du système actuel : (1) maintenir l'équilibre entre l'investisseur et l'État ; (2) concilier uniformité, rectitude et finalité ; et (3) garantir l'exécution des décisions arbitrales. Dans la **section III**, nous commentons les deux propositions de réforme du mécanisme RDIE avancées lors de la deuxième phase de la 38^e session du Groupe de travail en janvier 2020, à savoir le tribunal multilatéral des investissements et le mécanisme d'appel. À notre sens, ces propositions sont fondamentalement contraires aux intérêts des États et des investisseurs. Elles sont susceptibles de saper la confiance des investisseurs et de réduire les flux de capitaux internationaux. Enfin, dans la **section IV**, nous exprimons notre soutien à un grand nombre des réformes du mécanisme RDIE proposées par divers gouvernements au sein du Groupe de travail, dont le centre consultatif multilatéral, le code de conduite des arbitres et la réglementation du financement par des tiers.

3. Le CCIAG et la communauté des investisseurs soutiennent pleinement les réformes qui amélioreront l'équité et l'efficacité du mécanisme de règlement des différends pour toutes les parties prenantes. Nous sommes ravis de pouvoir présenter la présente communication et d'observer ces importantes discussions du Groupe de travail concernant la réforme du mécanisme RDIE.

I. Importance des investissements étrangers

4. Dans le cadre de l'étude de la réforme du mécanisme RDIE, il est important de rappeler les nombreux avantages offerts aux États par les investissements étrangers. Dans l'ensemble, les investissements étrangers directs (IED) représentent 38 % du produit intérieur brut (PIB) mondial.¹ L'entrée de capitaux étrangers est essentielle pour la croissance de l'économie, la mise en place d'infrastructures et la pérennité du développement économique dans le pays hôte. Elle permet aux États hôtes, entre autres, d'élever le niveau de vie, d'acquérir un savoir-faire existant à l'étranger, de développer leur capital humain, de transférer des technologies, de percevoir davantage d'impôts sur le revenu et de créer des postes de qualité sur le marché du travail.

¹ Rapport sur l'investissement dans le monde 2019 de la CNUCED, fiche de données régionale : Developed Economies (juin 2019) https://unctad.org/Sections/dite_dir/docs/WIR2019/wir19_fs_dvd_en.pdf, p. 1.

5. Les données révèlent le lien fort existant entre l'IED et la croissance de l'emploi. Par exemple, aux États-Unis, l'IED a contribué directement à la création de 6,1 millions d'emplois en 2016 et, indirectement, à la création de 2,4 millions d'emplois supplémentaires.² En Amérique latine, l'IED lié aux nouveaux projets a permis de créer près de 1,4 million de nouveaux emplois entre 2013 et 2018 ; 45 % des nouveaux emplois au Mexique et 14 % des nouveaux emplois au Brésil ont été attribués à des projets liés à l'IED.³ En 2018, sur le continent africain, plus de 170 000 emplois ont été créés dans le cadre de 710 projets d'IED, pour un capital de 75,5 milliards de dollars.⁴

6. Pour de nombreuses entreprises, l'investissement étranger demeure une stratégie fondamentale pour accéder à de nouveaux marchés et clients, pour innover et pour exploiter de nouvelles ressources. Cependant, compte tenu de la grande volatilité géopolitique et de la perception générale du risque accru des investissements à l'international, les flux d'IED globaux ont peu augmenté au cours des dix dernières années. Selon la CNUCED, « Exclusion faite de facteurs ponctuels tels que les réformes fiscales, les mégatransactions et les flux financiers volatiles, l'IED a augmenté de seulement 1 % par an en moyenne au cours des dix dernières années, contre 8 % entre 2000 et 2007. »⁵ En 2018, les flux d'IED ont chuté de 13 pour cent dans le monde.⁶ Les États se livrent une concurrence de plus en plus acharnée pour attirer les capitaux étrangers.

7. Dans un tel environnement, il est plus important que jamais que les États prennent des mesures pour promouvoir et faciliter les investissements étrangers. L'une des plus importantes est la mise en place de régimes de réinvestissement stables et transparents protégés par un accès à des mécanismes RDIE efficaces. De nombreux établissements multilatéraux reconnaissent que l'accès à un mécanisme de règlement des différends tiers et impartial est un ingrédient clé de tout climat d'investissement positif, parmi d'autres facteurs tels que la libre concurrence, la prévisibilité, l'état de droit, l'absence de corruption et la stabilité. Il est l'un des principaux éléments examinés par les mécanismes de notation et d'évaluation, notamment par l'indice de la facilité de faire des affaires du Groupe de la Banque mondiale.

8. Un environnement d'investissement n'offrant pas un régime permettant l'accès à des outils efficaces de règlement des différends suscite une certaine incertitude chez les investisseurs, ce qui entraîne des résultats inférieurs pour les États comme pour les investisseurs. Certaines entreprises, notamment celles de petite taille, conservatrices qui ne sont pas en mesure de négocier une protection contractuelle de leur investissement, risquent de ne pas investir du tout. Quant aux entreprises plus grandes, si elles décident d'investir, elles exigeront un rendement plus élevé, un horizon plus court pour leur investissement ou d'autres facteurs d'incitation pour atténuer le risque lié à l'incertitude, ce qui donne lieu à des

² International Trade Administration, Industry and Analysis Economics Brief: Jobs Attributable to Foreign Direct Investment in the United States (février 2016), https://www.trade.gov/mas/ian/build/groups/public/@tg_ian/documents/webcontent/tg_ian_005496.pdf, p. 9.

³ Invest in Bogota, étude (avril 2018) <https://www.efc.com/efe/english/business/mexico-city-bogota-lead-latin-america-job-growth-linked-to-fdi/50000265-3600092>.

⁴ EY, Attractiveness Program Africa (septembre 2019), [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-africa-attractiveness-2019/\\$FILE/ey-africa-attractiveness-2019.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-africa-attractiveness-2019/$FILE/ey-africa-attractiveness-2019.pdf).

⁵ Rapport sur l'investissement dans le monde 2019 de la CNUCED, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf, p. xi.

⁶Rapport sur l'investissement dans le monde 2019 de la CNUCED, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf, p. x.

répercussions négatives sur la société civile. L'accès à des systèmes robustes de protection des investissements allié à un mécanisme RDIE efficace permet d'éviter ces résultats inférieurs.

II. Tour d'horizon de l'univers RDIE et des caractéristiques essentielles du système actuel

9. La plupart des plus de 2 600 accords d'investissement actuellement en vigueur permettent aux investisseurs de lancer une procédure RDIE pour régler les litiges en matière d'investissement.⁷ De nouveaux accords d'investissement intégrant des dispositions RDIE sont régulièrement signés. En 2018, les États ont conclu environ 40 nouveaux accords d'investissement, ce qui correspond à peu près au taux annuel observé depuis 2010.⁸

10. Le mécanisme RDIE est une forme d'arbitrage qui permet, depuis plus de 30 ans, de régler toutes sortes de différends en matière d'investissement sur les six continents. Dans l'ensemble, les États ont remporté davantage de victoires qu'ils n'ont essuyé de défaites. Selon la CNUCED, sur les 602 procédures conclues au 1^{er} janvier 2019, l'État a obtenu gain de cause dans 36 % des cas, tandis que l'investisseur a obtenu gain de cause et s'est vu octroyer des dommages et intérêts dans 29 % des cas, tandis que les affaires restantes ont généralement été réglées à l'amiable ou abandonnées.⁹ Comme l'ont fait remarquer le Chili, Israël et le Japon, plus de 80 % des affaires RDIE ont eu lieu sous les auspices d'accords d'ancienne génération, qui n'intégraient pas les innovations favorables aux États figurant dans les accords d'investissement plus récents, dont les principales dispositions sont plus ciblées.¹⁰ Bien que l'impact des nouveaux accords d'investissement sur les investissements et les différends ne soit pas encore certain, il est probable que le pourcentage de procédures gagnées par les États continue à augmenter avec ces nouveaux accords.

11. Nous souhaitons souligner trois caractéristiques essentielles du mécanisme RDIE actuel.

12. La **première** caractéristique essentielle du mécanisme RDIE actuel est l'équilibre entre les parties opposées. Dans les accords d'investissement, les États sont les donneurs d'ordre. Ils choisissent les États avec lesquels ils souhaitent négocier et conclure des accords d'investissement, rédigent les principales dispositions de ces accords et les règles applicables au règlement des différends. Les États se trouvent toutefois en concurrence les uns avec les autres pour attirer des capitaux étrangers et ils prennent des mesures, à juste raison, pour que ces accords soient bien perçus par les investisseurs étrangers, sans quoi ces accords ne leur

⁷ Voir le Rapport sur l'investissement dans le monde 2019 de la CNUCED, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf, p. 99 (notant que 3 317 accords internationaux d'investissement ont été signés et que 2 658 sont actuellement en vigueur) ; voir également la recherche menée à l'aide de l'Investment Dispute Settlement Navigator de la CNUCED le 7 novembre 2019, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (indiquant que 2 443 des 2 577 accords d'investissement en question prévoient un mécanisme RDIE).

⁸ Rapport 2019 sur l'investissement dans le monde de la CNUCED, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf, p. 19.

⁹ Fiche de données de la CNUCED sur les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États en 2018 (mai 2019), https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d4_en.pdf, p. 4.

¹⁰ Communication des gouvernements chilien, israélien et japonais au Groupe de travail III de la CNUDCI (15 mars 2019), A/CN.9/WG.III/WP.163, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.163>, note de pied de page 4 (indiquant que sur 931 procédures de RDIE en cours à l'époque, 783, soit 84 % avaient été engagées en vertu d'accords signés avant 2000).

permettraient pas d'attirer les investissements étrangers qui les intéressent ni d'atteindre les objectifs économiques et diplomatiques y afférents. De ce fait, les États œuvrent pour que leurs accords créent un cadre permettant le traitement équilibré de leurs propres intérêts et de ceux des investisseurs.

13. Dans les affaires de RDIE, l'outil le plus important pour atteindre l'équilibre entre l'État et l'investisseur est la participation égale des deux parties à la constitution du tribunal, qui est un élément clé de l'autonomie des parties.¹¹ La plupart des accords d'investissement prévoient que l'investisseur nomme un arbitre, que l'État en nomme un autre et que les co-arbitres (ou l'investisseur et l'État) désignent ensemble le président du tribunal. De plus, des institutions d'arbitrage peuvent proposer des procédures et d'autres outils facilitant la nomination du président en cas de désaccord. Grâce à cet équilibre, né de la participation égale à la constitution du tribunal, les deux parties peuvent avoir confiance dans l'équité et l'impartialité de la procédure arbitrale. De plus, il est plus probable que les deux parties respectent la décision ou la sentence définitive.

14. La **deuxième** caractéristique essentielle du mécanisme actuel est la conciliation de l'uniformité, de la rectitude et de la finalité. Dans le système actuel, chaque tribunal est créé pour trancher un différend particulier et il n'existe aucun précédent strict exigeant qu'il suive les décisions prises par des tribunaux antérieurs. Dans la pratique, les tribunaux s'appuient souvent sur les décisions rendues dans des affaires antérieures et, de ce fait, la jurisprudence est généralement uniforme au fil du temps. Cependant, le mécanisme n'a pas été conçu pour garantir une uniformité *absolue*, car il doit notamment concilier uniformité et rectitude. Les États et les investisseurs pensent qu'une décision correcte est plus probable si les parties opposées sont en mesure de nommer les arbitres qui, de par leurs connaissances et leur expérience, sont particulièrement adaptés à l'affaire traitée¹², au lieu d'être limitées par des précédents, même si cette démarche pourrait donner lieu à des résultats plus uniformes. Le besoin d'uniformité est donc concilié au besoin de rectitude.

15. Le besoin de rectitude est lui aussi concilié au besoin de finalité. Les tribunaux peuvent se tromper. Bien qu'il soit possible d'annuler une décision pour certains motifs limités, notamment en cas de violation des procédures à suivre, les mécanismes de contrôle actuel n'ont pas été conçus pour corriger les erreurs de fond. Un mécanisme de contrôle alternatif, tel qu'un mécanisme d'appel avec pouvoir d'examen et de cassation des sentences rendues par le tribunal de première instance, pourrait donner lieu à un plus grand nombre de décisions correctes dans certains cas (mais pas tous), mais à un prix inacceptable : une procédure plus longue et plus chère. C'est pour cette raison que les États et les investisseurs ont soutenu l'approche existante. Les États et les investisseurs attachent une grande importance à une prise de décision finale aussi rapide que possible.

16. La **troisième** caractéristique essentielle du mécanisme actuel est l'exécution des décisions arbitrales. Les décisions de RDIE sont exécutoires dans presque tous les États. Les

¹¹ Il existe de nombreuses autres dispositions possibles assurant l'équilibre entre l'État et l'investisseur, dont notamment les suivantes : (1) l'État négocie les règles procédurales, mais propose généralement à l'investisseur 2 ou 3 options, telles que le règlement d'arbitrage du CIRDI et le règlement d'arbitrage de la CNUDCI ; (2) lors de la conduite de l'arbitrage, les deux parties peuvent exercer leurs droits et ont la possibilité d'introduire leurs demandes ou de présenter leur défense ; (3) les deux parties sont redevables de leur conduite pendant l'arbitrage et peuvent être tenues de payer les honoraires et frais des avocats ; et (4) les deux parties ont l'obligation de traiter la décision finale comme contraignante et exécutoire.

¹² Les connaissances et l'expérience de l'arbitre dans le cadre des lois, du secteur ou de la région en jeu, par exemple, sont jugées tout aussi importantes par les États et les investisseurs.

154 États ayant ratifié la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (« Convention du CIRDI ») sont tenus de faire appliquer les décisions du CIRDI, sans possibilité d'examen, et les 161 États ayant ratifié la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (« Convention de New York ») sont tenus de faire appliquer les décisions, avec possibilité limitée d'examen. Le caractère universellement exécutoire des décisions de RDIE joue un rôle crucial dans la confiance des États et des investisseurs dans le mécanisme. Si l'exécution des décisions était incertaine, les investisseurs n'auraient guère confiance dans le processus de règlement des différends, dans l'accord d'investissement et, en fin de compte, dans la sécurité de leurs investissements existants ou prospectifs.

17. Aucun investisseur ne soutiendra une réforme du mécanisme RDIE menaçant l'égalité des droits des parties opposées, la conciliation de l'uniformité, la rectitude et la finalité, ou l'exécution des décisions arbitrales. Cependant, les investisseurs soutiennent la réforme du mécanisme RDIE. Les investisseurs sont notamment d'accord avec la conclusion du Groupe de travail selon laquelle les procédures de RDIE sont trop lentes et onéreuses, ce qui présente des difficultés particulières pour les petites et moyennes entreprises (du côté investisseur) et pour les pays moins avancés (du côté État). Les investisseurs conviennent également que des mesures doivent être prises pour garantir l'absence de conflits d'intérêts chez les arbitres. Nous commentons les propositions de réforme dans la section IV.

III. Critique du tribunal multilatéral des investissements et du mécanisme d'appel proposés

18. L'Union européenne (UE) propose la création d'un tribunal multilatéral des investissements et d'un mécanisme d'appel en remplacement du système RDIE existant. Comme expliqué ci-dessous, si elle aboutissait, la proposition de l'UE nuirait aux intérêts des États et des investisseurs dans le cadre des procédures de règlement des différends. Par ailleurs, les investisseurs mettraient en doute la fiabilité de tout accord d'investissement intégrant un tel mécanisme. Par exemple, certains investisseurs s'abstiendraient de faire de nouveaux investissements et d'étendre leurs investissements existants dans les pays où il est impératif d'avoir des procédures impartiales et efficaces pour le règlement des différends internationaux.

19. L'examen suivant se divise en deux parties. La section A se penche sur les failles du tribunal multilatéral des investissements proposé tandis que la section B examine les failles du mécanisme d'appel proposé.

A. Tribunal multilatéral des investissements

20. Bien que le fonctionnement d'un tribunal multilatéral des investissements (TMI) dans la pratique suscite de nombreuses questions techniques, nous estimons que ce n'est pas le moment d'y répondre. Nous jugeons plus important d'explorer les caractéristiques essentielles propres à la proposition pour apprécier le bien-fondé de cette option. La présente analyse révèle que la proposition en question comporte au moins cinq failles impossibles à pallier par des solutions techniques. Le TMI est défectueux du fait qu'il : (1) fait pencher l'équilibre du mécanisme de règlement des différends au détriment des investisseurs, qui modifieront leurs décisions d'investisseur en conséquence ; (2) élimine l'autonomie des parties dans le cadre de la sélection des arbitres ; (3) réduit le nombre d'arbitres qualifiés disponibles ; (4) introduit une incertitude quant au caractère exécutoire des décisions arbitrales ; et (5) introduit une incertitude en matière de financement et de pérennité des procédures de règlement des différends.

1. Le TMI fait pencher l'équilibre du mécanisme de règlement des différends au détriment des investisseurs

21. Le TMI proposé se fonde sur un mécanisme permanent composé de juges nommés uniquement par les États contractants et non par les investisseurs. On cite souvent les paroles du Chief Justice britannique Hewart pour soutenir le TMI : « [II] est d'une importance fondamentale que justice soit non seulement faite, mais également qu'il paraisse manifeste et incontestable qu'elle est faite », mais les investisseurs ne considéreront jamais qu'un système dans lequel un seul des camps nomme les juges puisse être juste. Le rôle des investisseurs dans la nomination des juges est nécessaire à leur confiance dans le système et cette confiance est essentielle pour assurer le flux de capitaux étrangers. De plus, le problème ne se borne pas à une question de perception.

22. En règle générale, les États sont davantage enclins à nommer des juges susceptibles de statuer en leur faveur. Ce phénomène étant courant dans le mécanisme RDIE actuel, certains juges réputés « favorables aux États » sont exclusivement nommés par les États. L'hypothèse selon laquelle les États « sont censés choisir des juges objectifs plutôt que des juges perçus comme trop favorables aux investisseurs ou aux États, car ils ne doivent pas uniquement assimiler leurs intérêts défensifs, en tant qu'éventuels défendeurs dans des différends en matière d'investissement, mais également leurs intérêts offensifs »¹³ n'est étayée par aucun élément de preuve et est probablement incorrecte. Les faits indiquent plutôt le contraire.

23. En réalité, peu sont les États ayant des intérêts offensifs en matière de RDIE. Selon les données de la CNUCED, environ 83 % de toutes les procédures de RDIE ont été introduites par des investisseurs issus des 36 États membres de l'OCDE (811 sur 983).¹⁴ Dans l'ensemble, environ 60 % des États membres de l'ONU n'ont jamais vu de procédure de RDIE introduite par l'un de leurs investisseurs à l'encontre d'un autre État (116 sur 193).¹⁵ Naturellement, les États qui sont toujours ou presque toujours défendeurs, c'est-à-dire presque tous les États, adoptent une démarche défensive lorsqu'ils doivent nommer un juge dans un tribunal. En signant des accords d'investissement intégrant le mécanisme RDIE, les États peuvent bénéficier d'avantages considérables, par exemple du fait que ces accords leur permettent d'attirer et de promouvoir les investissements étrangers, mais ils demeurent susceptibles de choisir des juges dont la perspective générale est celle du gouvernement et non celle de l'investisseur.

24. Même les États dont les investisseurs introduisent des demandes ont tendance à accorder la priorité à leurs intérêts défensifs en matière de règlement des différends. Les communications émanant d'États non impliqués dans un différend en sont un exemple. Ces communications prennent de manière écrasante le parti du défendeur dans son interprétation de l'accord d'investissement, même si la demande a été introduite par un investisseur originaire de l'État non impliqué, ce dernier souhaitant se protéger s'il devait affronter une

¹³ Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres au Groupe de travail III de la CNUDCI (24 janvier 2019), A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>, para. 23.

¹⁴ Recherche menée à l'aide de l'Investment Dispute Settlement Navigator de la CNUCED le 7 novembre 2019, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

¹⁵ Cette conclusion se fonde sur les données de l'annexe 2 de la fiche de données de la CNUCED sur les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États en 2018 (mai 2019), https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d4_en.pdf.

demande semblable par la suite.¹⁶ Un autre exemple lié au RDIE est celui des traités au cours des 20 dernières années. Les États exportateurs de capitaux qui, on pourrait le penser, sont censés promouvoir la protection des investisseurs, sont les premiers à essayer d'intégrer de nouveaux outils aux accords d'investissement pour que les investisseurs (y compris les leurs) aient du mal à introduire des procédures de RDIE, notamment des outils exigeant la renonciation à tout recours national. Il est difficile d'identifier, dans des accords récents ou dans les discussions menées par le Groupe de travail, des exemples d'outils¹⁷ allant dans le sens contraire. Dans le cadre du choix de juges pour un tribunal permanent, un processus indubitablement politique,¹⁸ la tendance à favoriser les intérêts défensifs est susceptible d'être particulièrement intense.

25. Les juges nommés risquent également de se sentir redevables envers les États les ayant nommés. À cet égard, il convient de remarquer que la proposition a évolué : au départ, le mandat de ces juges pouvait être reconduit, mais la proposition actuelle interdit tout renouvellement.¹⁹ On soutient que cette nouvelle approche est nécessaire à « l'indépendance vis-à-vis des gouvernements » des juges, sachant que la nomination peut faire dévier les motivations des juges.²⁰ Cela n'est toutefois pas suffisant. À titre d'exemple, les juges resteraient dépendants vis-à-vis des États qui paient leurs salaires, financent les locaux du tribunal permanent et maintiennent le mécanisme en place.²¹ Cela pourrait également faire dévier les motivations des juges. Et même s'il s'avérait qu'un juge était biaisé, il continuerait à être sélectionné jusqu'au terme de son mandat.

26. Les États doivent résister à la tentation de penser que, si l'équilibre du système penche au détriment des investisseurs, cela favorise les intérêts de l'État. Au fond, la mise à

¹⁶ Voir l'opinion concurrente et dissidente du juge Charles N. Brower, *Mesa Power Group contre gouvernement du Canada* (CNUDCI), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7241.pdf>, para. 30 (« Je n'ai jamais connu d'affaire dans laquelle l'autre ou les autres parties à un traité faisant l'objet d'un différend d'interprétation, non impliquées dans le différend, aient proposé une interprétation différente de celle avancée par l'État défendeur. »).

¹⁷ Par exemple, dans la première phase de la 38^e session du Groupe de travail, peu d'États ont accepté que de petites et moyennes entreprises bénéficient du centre consultatif multilatéral proposé.

¹⁸ Voir la communication présentée par le gouvernement bahreïnien au Groupe de travail III de la CNUDCI (29 août 2019), A/CN.9/WG.III/WP.180, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp_180_bcdr_clean.pdf, para. 29 (« [L]e remplacement du mécanisme de nomination d'arbitres par les parties à un différend par un mécanisme de nomination des juges par les États parties au traité pour créer le tribunal permanent des investissements crée le risque que les nominations deviennent politisées. Plusieurs commentateurs ont d'ailleurs exprimé leur inquiétude à cet égard et un tel changement annulerait l'une des principales caractéristiques du mécanisme RDIE existant qui, à ce jour, est parvenu plutôt efficacement à dépolitiser le processus de nomination. »).

¹⁹ Comparer l'accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (CETA), para. 8.27(5) (« Les membres du Tribunal nommés conformément à la présente section sont nommés pour un mandat de cinq ans, renouvelable une fois ») à la communication de l'Union européenne et de ses États membres au Groupe de travail III de la CNUDCI (24 janvier 2019), A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>, para. 19 (« L'indépendance vis-à-vis des gouvernements doit être assurée par la mise en place d'un mandat à long terme non renouvelable (de nombreux tribunaux internationaux prévoient des mandats de neuf ans, par exemple), associée à un processus de nomination robuste et transparent. »).

²⁰ Voir la communication présentée par l'Union européenne et ses États membres au Groupe de travail III de la CNUDCI (24 janvier 2019), A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>, para. 19.

²¹ *Id.* au para. 33 (« Les contributions au financement du mécanisme permanent émaneront, en principe, des parties contractantes. »).

dispositions d'outils efficaces de règlement des différends a pour objectif de rassurer les investisseurs en leur garantissant un processus juste et impartial. Ainsi, les investisseurs sont disposés à prendre les risques et à réaliser les investissements dont ont impérativement besoin les États hôtes pour atteindre leurs objectifs socioéconomiques. La mise en place d'un mécanisme déséquilibré de règlement des différends est directement néfaste aux investisseurs, mais porte également un préjudice indirect durable et substantiel aux États et à la société civile qu'ils représentent.

2. Le TMI élimine l'autonomie des parties dans le cadre de la sélection des arbitres

27. La dernière proposition prévoit que, lorsqu'un investisseur introduit une procédure, un certain nombre de juges faisant partie du tribunal permanent soient nommés « de façon aléatoire » dans une « division » du tribunal pour connaître de ladite procédure.²² Contrairement aux pratiques établies, ni l'investisseur, ni le défendeur ne participent à la nomination des juges dans une affaire donnée. Bien que les mécanismes d'arbitrage imposent des limitations justifiables à l'autonomie des parties dans le cadre du choix des arbitres (p. ex. certains excluent les arbitres ne disposant pas de qualifications professionnelles minimales), la proposition visant à l'élimination totale de l'autonomie des parties est contraire aux intérêts des États et des investisseurs, car elle les empêche de choisir les meilleurs juges disponibles pour régler les différends en matière d'investissement.

28. La Chine indique que les États comme les investisseurs accordent un grand prix à l'autonomie des parties : « Les participants à l'arbitrage d'investissement (investisseurs, fonctionnaires du pays hôte, avocats et arbitres) la considèrent généralement comme la caractéristique fondamentale et la plus attrayante de l'arbitrage international. »²³ L'importance de l'autonomie des parties tient à ce que les parties au différend connaissent les particularités de l'affaire dans le moindre détail et sont donc les mieux placées pour choisir des arbitres dont les connaissances et l'expérience leur permettront de rendre une décision correcte. Comme le fait remarquer la Chine, « les différends relatifs aux investissements font souvent intervenir des questions de fait et de droit complexes au stade de la première instance de procédures juridiques ». ²⁴ De ce fait, « les parties doivent tenir compte, pour déterminer la composition du tribunal arbitral et les critères de sélection des arbitres, de nombreux facteurs, comme le bagage juridique, l'expérience et la nationalité, ainsi que le niveau d'énergie et de compétence spécialisée que peut nécessiter une affaire donnée ». ²⁵ Le TMI prive les deux parties de la possibilité de tenir compte de ces facteurs et de constituer le tribunal le plus efficace. Nous sommes donc d'accord avec la conclusion du gouvernement chinois, selon laquelle l'autonomie des parties « devrait être conservé[e] dans le cadre de tout processus de réforme ». ²⁶

29. De plus, différents États ont des priorités variables en matière de qualification des arbitres et il n'est pas certain qu'une approche unique soit nécessaire, voire même souhaitable. Par exemple, de nombreux différends en matière d'investissement surgissent

²² *Id.* au para. 24.

²³ Voir la communication du gouvernement chinois au Groupe de travail III de la CNUDCI (19 juillet 2019), A/CN.9/WG.III/WP.177, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.177>, para. 2.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

entre des États et des investisseurs de la même région. Dans un tel cas, les États et les investisseurs privilégient souvent des arbitres parlant couramment leur langue, connaissant leur culture et rompus aux appareils judiciaires de la région. Le TMI ne peut concilier ces priorités divergentes.

30. Nous suggérons aux gouvernements de se poser les questions suivantes : si le tribunal était créé et que je me retrouvais face à une demande, quelle serait la probabilité que j'eusse choisi l'un des trois juges nommés ?²⁷ Si non, en quoi ce mécanisme est-il le meilleur système de règlement ? Il est important de souligner que rien ne permet de penser qu'un arbitre nommé par un État donné dans le tribunal permanent sera approuvé par les autres États. De surcroît, même si l'arbitre est approuvé, rien ne permet de croire que l'arbitre sera sélectionné de façon aléatoire pour siéger dans la division du tribunal saisi.

3. Le TMI réduit le nombre d'arbitres qualifiés disponibles

31. La proposition liée au TMI stipule que les juges s'abstiennent de toute activité professionnelle extérieure, à l'exception de l'enseignement, dans le cadre « d'un mandat à long terme non renouvelable » (précisant que « de nombreux tribunaux internationaux prévoient des mandats de neuf ans »).²⁸ De plus, il est impliqué que les juges « possèdent les aptitudes requises dans leurs pays respectifs pour la nomination aux plus hauts postes dans le domaine judiciaire ou sont des juristes dont la connaissance du droit international est reconnue ». ²⁹ Dans leur ensemble, ces limitations réduisent incontestablement le nombre d'arbitres qualifiés pour le RDIE, ce qui est un élément indispensable du mécanisme actuel, car les investisseurs n'auront pas recours à un mécanisme si les décideurs ne sont pas compétents.

32. Il n'existe à notre connaissance aucune étude analysant l'impact du TMI sur le nombre d'arbitres disponibles, ce qui en soi constitue un signal avertisseur, mais même les quelques informations disponibles sont préoccupantes. Par exemple, Susan Franck constate que l'imposition d'une seule des mesures stipulées, à savoir le choix obligatoire de spécialistes du droit international public, donnerait lieu à un ensemble d'arbitres « étroit et non diversifié ». ³⁰

33. Nous suggérons que ces exigences, si elles étaient adoptées, réduiraient le nombre d'arbitres disponibles à trois grands groupes : (1) professeurs universitaires âgés ; (2) avocats expérimentés en passe de devenir des arbitres à plein temps, généralement très âgés et sur le point de partir à la retraite ; et (3) juges à la retraite. Ces trois groupes ont certains points en commun : leurs membres sont âgés, ils ne sont pas diversifiés et il ne s'agit pas de professionnels en exercice.

34. L'élimination des professionnels en exercice est tout particulièrement inquiétante, car un grand nombre d'entre eux sont d'excellents arbitres ayant déjà fait leurs preuves, ils ont souvent représenté des États comme des investisseurs et ils sont donc en mesure de soupeser

²⁷ Les investisseurs se poseront la même question.

²⁸ Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres au Groupe de travail III de la CNUDCI (24 janvier 2019), A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>, para. 16, 19.

²⁹ *Id.* au para. 20.

³⁰ Voir Susan D. Franck, *International Arbitration – Between Myth and Reality*, McGill Journal of Dispute Resolution, vol. 5, n° 1 (2018), sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3222792, pp. 9-10.

les deux perspectives et de rendre des jugements équitables. De manière plus générale, la création d'obstacles à la sélection de nouveaux arbitres et l'impact de ce processus sur le nombre d'arbitres disponibles soulèvent certaines inquiétudes. Nous devrions chercher à mettre en place un mécanisme de règlement des différends favorisant la diversité des âges, des sexes et des régions, ce qui assurerait sa crédibilité à long terme. Le TMI s'oppose directement aux efforts actuels de la communauté internationale de l'arbitrage, qui visent à élargir le nombre d'arbitres disponibles, à promouvoir l'inclusion et à assurer la représentation des parties aux différends. Il est important que les juges aient des bagages professionnels et des perspectives diversifiées pour rehausser la qualité et assurer la légitimité de leurs décisions.

35. Même si les États sont enclins à prendre certaines mesures susceptibles de réduire le nombre d'arbitres disponibles, telles que l'imposition de conditions supplémentaires pour les arbitres, il est inutile que les États créent un tribunal à cette fin. De nombreux traités stipulent des conditions précises quant aux compétences des arbitres. Certains traités font également appel à des listes d'arbitres. Il n'est donc nullement nécessaire de mettre en œuvre un mécanisme permanent défaillant, tel que le TMI, pour imposer davantage d'exigences pour les arbitres.

4. Le TMI introduit une incertitude en matière de caractère exécutoire des décisions arbitrales

36. La proposition reconnaît le caractère fondamental de l'exécution des décisions arbitrales.³¹ En effet, les États et les investisseurs sont susceptibles de perdre rapidement confiance dans tout mécanisme de règlement des différends dont les décisions ne sont pas exécutoires. Tout doute en la matière peut pousser les investisseurs à se méfier des risques et à prendre des décisions défavorables au commerce international, aux investissements et au développement des économies nationales. Cependant, et bien que la proposition reconnaisse le problème, elle n'y apporte pas de solution : une faille béante du TMI est l'introduction d'une incertitude en matière d'exécution des décisions arbitrales.

37. Dans le mécanisme actuel, comme expliqué dans la section II, les décisions de RDIE sont exécutoires dans presque tous les États. Dans le cas des décisions du CIRDI, les 154 États ayant ratifié la Convention du CIRDI sont tenus de rendre exécutoire ses décisions sans examen ultérieur, car la Convention du CIRDI stipule une exécution automatique. Tout comme pour les décisions de RDIE rendues dans les affaires n'impliquant pas le CIRDI, la Convention de New York est applicable dans 161 États et exige une exécution rapide avec possibilité limitée d'examen. La Convention de New York joue un rôle unique de promotion du commerce et des investissements internationaux en facilitant l'exécution des décisions arbitrales depuis 60 ans et dans le cadre de plus de 2 500 procédures. Elle a donc été à juste

³¹ Voir la communication présentée par l'Union européenne et ses États membres au Groupe de travail III de la CNUDCI (24 janvier 2019), A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>, para. 30.

titre qualifiée « de règlementation internationale la plus efficace de l’histoire du droit commercial ». ³²

38. Le TMI éliminerait la stabilité et la prévisibilité émanant du régime actuel. Les États convenant de régler les différends en matière d’investissement par le moyen du TMI pourraient s’engager à exécuter les décisions sur leur territoire. Cependant, ces décisions pourraient ne pas être exécutoires dans les pays n’ayant pas accepté le TMI, dont le nombre pourrait être élevé, même dans les cas de figure les plus optimistes avancés par les défenseurs de ce tribunal. L’UE soutient par exemple qu’il « n’y a pas lieu de penser » que les décisions du TMI pourraient ne pas être exécutoires en vertu de la Convention de New York, ³³ mais il n’appartiendra pas à l’UE de statuer en la matière et il est par ailleurs impossible de le savoir à l’heure actuelle. Dans chacun des 161 États ayant ratifié la Convention de New York, les tribunaux nationaux devront prendre leurs propres décisions et arriveront probablement à des conclusions différentes, ce qui aboutira à un régime décousu au lieu du mécanisme bien établi et quasi-universellement accepté dont nous disposons aujourd’hui. Cela aura pour effet de saper la confiance des investisseurs et de freiner les investissements.

39. L’argument juridique avancé en faveur de l’applicabilité de la Convention de New York est que l’article 1(2) de la Convention s’applique aux sentences rendues par « des organes d’arbitrage permanents ». ³⁴ Bien que nous ne prenions pas une position précise en la matière dans la présente communication, il est important de remarquer que de nombreux spécialistes ont remis en question la conclusion selon laquelle le TMI pourrait être considéré comme un organe d’arbitrage permanent (au lieu d’un mécanisme judiciaire ou quasi-judiciaire) à partir de l’analyse des travaux préparatoires de la Convention. ³⁵ Une fois encore, il est probable que les tribunaux tirent leurs propres conclusions, ce qui accroîtrait l’incertitude chez les investisseurs et les États à la recherche d’investissements étrangers.

³² Michael Mustill, *Arbitration: History and Background*, 6 J. Intl. Arb. 43, 49 (1989) ; voir aussi Kofi Annan, « Opening address commemorating the successful conclusion of the 1958 United Nations Conference on International Commercial Arbitration », dans *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention - Experience and Prospects*, p. 1 (1999) (« Ce traité historique a de nombreuses vertus. Il a nourri le respect à l’égard des engagements contraignants, conclus par des parties privées ou par des gouvernements. Il a inspiré confiance dans l’état de droit. Et il a garanti un traitement équitable lors de différends sur des droits et obligations contractuels. (...) Le commerce international prospère quand il se fonde sur l’état de droit : sans lui, les parties hésitent à conclure des transactions commerciales transfrontalières ou à réaliser des investissements internationaux. »)

³³ Communication présentée par l’Union européenne et ses États membres au Groupe de travail III de la CNUDCI (24 janvier 2019), A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>, para. 32.

³⁴ *Id.*

³⁵ Voir, p. ex., Marike Paulsson, *Revisiting the Idea of ISDS Within the EU and an Arbitration Court: The Effect on Party Autonomy as the Main Pillar of Arbitration and the Enforceability of Arbitral Awards* (21 mai 2018), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/21/revisiting-idea-isds-within-eu-arbitration-court-effect-party-autonomy-main-pillar-arbitration-enforceability-arbitral-awards/> ; Alvaro Galindo et al., *The New York Convention’s Concept of Arbitration and the Enforcement of Multilateral Investment Court Decisions*, dans *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* (2019), pp. 459-472 ; Richard Happ & Sebastian Wuschka, *From the Jay Treaty Commissions to a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma*, *Indian Journal of Arbitration Law*, volume VI, numéro 1 (2017), pp. 113-132.

5. Le TMI introduit une incertitude en matière de financement et de pérennité des procédures de règlement des différends

40. Il est proposé que les parties contractantes financent le tribunal et « il faudra également envisager de demander aux utilisateurs du mécanisme permanent de s'acquitter de certains droits », tout en veillant à ce que « leur montant ne dissuade pas les petites et moyennes entreprises d'engager une procédure ». ³⁶ Il existe un risque important que cette approche ne soit pas durable et mette en danger le mécanisme de règlement des différends, surtout si l'on sait que certains États remettent déjà en question, et envisagent même de réduire leurs contributions financières aux organisations internationales. De ce fait, la proposition de pondérer les contributions financières selon le niveau de développement des États ³⁷ fait écho aux débats actuels au sein d'autres organisations internationales concernant l'identification des « pays en développement », et l'effondrement des droits et responsabilités à cet égard.

41. Il est important que les États ne sous-estiment pas les frais engendrés par le tribunal. Son fonctionnement coûtera très cher, compte tenu des salaires des juges, des salaires du personnel et des frais de financement et d'entretien des installations permanentes. Dans le système actuel, l'investisseur et l'État se partagent les honoraires des arbitres et les frais administratifs pendant la durée de la procédure. Avec le TMI, les États contractants devront supporter le coût des salaires des juges et de l'entretien permanent du tribunal, et ce en comptant sur des contributions nominales de la part des investisseurs, comme indiqué ci-dessus, que le mécanisme soit utilisé ou non. Demander aux États de financer le règlement des différends dans lesquels ils ne sont pas impliqués est une caractéristique propre à ce tribunal.

42. Cette nouvelle approche sera sans aucun doute difficile à accepter par les pays qui remettent déjà en question la valeur de leurs contributions financières aux organisations internationales. Par ailleurs, la plupart des États dont les investisseurs n'engagent presque jamais, voire jamais de procédures de RDIE, se demanderont certainement s'ils retirent des bénéfices de ce mécanisme. Compte tenu de ces facteurs, les investisseurs peuvent se demander si le mécanisme sera disponible lorsqu'ils voudront y avoir recours pour régler leurs différends et questionneront également la viabilité des accords d'investissement intégrant le TMI parmi leurs dispositions.

B. Mécanisme d'appel

43. La deuxième proposition principale est la création d'un mécanisme d'appel habilité à examiner *de novo* les conclusions sur des questions de droit et à constater des erreurs manifestes d'appréciation des faits. ³⁸ Lors de récentes réunions du Groupe de travail, nous avons observé que certains États semblent considérer le mécanisme d'appel comme un « compromis » permettant d'atteindre nombre des objectifs du TMI, mais sans soulever les mêmes inquiétudes qu'un mécanisme permanent aux yeux de ses critiques. Nous ne sommes pas d'accord. À notre sens, un mécanisme d'appel soulève des problèmes qui, au même titre que le TMI, ne peuvent être palliés par des solutions techniques. Le mécanisme d'appel est

³⁶ Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres au Groupe de travail III de la CNUDCI (24 janvier 2019), A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>, para.

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.* au para. 14.

défectueux du fait qu'il : (1) fait pencher l'équilibre du mécanisme de règlement des différends au détriment des investisseurs, à l'instar du TMI ; (2) rend permanente les décisions erronées ; (3) augmente le coût et la durée des procédures.

1. Le mécanisme d'appel, à l'instar du TMI, fait pencher l'équilibre du mécanisme de règlement des différends au détriment des investisseurs

44. Bien que la proposition actuelle ne définisse pas le processus de mise en place du mécanisme d'appel, nous présumons que tous ses membres seraient nommés par les États, ce qui créerait le même déséquilibre que celui affectant le tribunal. Pour les raisons exposées ci-dessus, il y a lieu de penser que les États nommeront des membres enclins à statuer en leur faveur. L'équilibre est donc inéluctable. De ce fait, le mécanisme d'appel créerait un déséquilibre *encore plus prononcé* que le tribunal, car il aurait le pouvoir de rendre des décisions contraignantes pour toutes les procédures ultérieures. Les investisseurs n'auraient pas confiance dans un tel système et cela se reflèterait dans leurs décisions d'investissement.

45. L'approche de « structure flexible » proposée n'inspire pas non plus confiance. Dans le cadre de cette approche, les États pourraient faire appel à un mécanisme RDIE *ad hoc*, tout en permettant aux parties à un différend d'avoir recours à un mécanisme d'appel permanent.³⁹ Dans la pratique, le mécanisme d'appel déséquilibré régnerait en maître. Il est peu probable que les investisseurs engagent une procédure et qu'ils accordent une grande valeur aux accords d'investissement sous-jacents s'ils savent qu'un mécanisme d'appel unilatéral habilité à examiner *de novo* les conclusions sur des questions de droit est susceptible de casser les décisions ou sentences rendues en leur faveur. Et si les investisseurs ne peuvent engager de procédure, ils risquent de ne pas investir du tout.

2. Le mécanisme d'appel rend permanente les décisions erronées

46. La proposition actuelle montre clairement que les décisions du mécanisme d'appel sur des questions de droit seraient contraignantes *de facto* ou *de jure* pour les procédures ultérieures.⁴⁰ À cet égard, le principal argument avancé en faveur du mécanisme d'appel est la création d'une jurisprudence uniforme. Bien que, au regard des 2 600 accords d'investissement actuellement en vigueur, nous ne soyons pas certains qu'un mécanisme d'appel puisse produire une jurisprudence toujours plus uniforme, nous reconnaissons que ce pourrait être effectivement le cas dans certains scénarios. Cependant, le mécanisme d'appel n'est pas la solution idéale pour y parvenir. Il existe le risque qu'il rende des décisions erronées permanentes.

47. Dans le système actuel, les sentences peuvent être corrigées pour des motifs limités (p. ex. en cas de violation des procédures officielles) par un comité d'annulation du CIRDI (pour les sentences rendues par le CIRDI) ou par des tribunaux nationaux sur le territoire où siège le tribunal arbitral ou dans le pays concerné par l'exécution de la sentence (pour les

³⁹ *Id.* au para. 39. Entre parenthèses, nous ne considérons pas que cette approche puisse être qualifiée de « structure flexible », car elle offre aux États seulement deux options : un tribunal et un mécanisme d'appel, ou un mécanisme d'appel seul. Il n'y a pratiquement aucune souplesse possible. C'est une cafétéria avec deux plats au menu. En revanche, le mécanisme actuel propose une structure véritablement flexible offrant aux États un grand choix de procédures de règlement des différends sur mesure en fonction de leurs besoins et de leurs intérêts, et de ceux des investisseurs.

⁴⁰ *Id.* au para. 44 (« Dans une même institution, un mécanisme d'appel bénéficiera d'un degré plus élevé de respect que celui susceptible d'être accordé à un tribunal *ad hoc* »).

sentences non rendues par le CIRDI). Bien qu'il n'existe pas d'autre recours permettant de corriger les erreurs, les dommages possibles se bornent à une seule affaire. En revanche, un mécanisme d'appel rendrait permanente et contraignante toute décision erronée. Comme expliqué dans la section II, les États ont créé le mécanisme actuel pour concilier uniformité, rectitude et finalité. Le mécanisme d'appel perturberait cet équilibre en élevant l'uniformité au-dessus de toute autre considération.

48. Les États devraient réfléchir aux conséquences d'une décision erronée et contraignante sur toute procédure ultérieure dans le cadre des affaires les plus sensibles, p. ex. sur la portée de l'obligation de traitement juste et équitable ou sur les exceptions concernant la sécurité. Le seul moyen de corriger une telle erreur par la suite serait de persuader l'autre ou les autres parties contractantes de modifier le traité ou d'émettre une interprétation (qui ne serait contraignante pour un tribunal que si l'accord le permettait). Ce serait naviguer en eaux troubles. Une seule décision erronée rendue par une seule division du mécanisme d'appel dans une seule procédure pourrait ébranler tout le système.

49. Le mécanisme actuel donne aux États de meilleures options. L'État peut constituer un tribunal composé des arbitres qui, à son sens, ont les connaissances et l'expérience adéquates pour rendre une décision juste dans une affaire extrêmement sensible. Il peut chercher à persuader le tribunal. Le tribunal statue ensuite sur le fond. Dans la plupart des cas, pour étayer ses conclusions, le tribunal se fonde sur des décisions arbitrales antérieures en raison de leur logique et non parce qu'il est dans l'obligation de respecter ces décisions en vertu de l'effet contraignant de la jurisprudence. Si le tribunal commet une erreur, l'État n'est pas sans recours. Il peut obtenir l'annulation de la sentence en se fondant sur certains motifs limités. De plus, il peut essayer de persuader l'autre ou les autres parties contractantes de modifier ou d'interpréter le traité de manière à éviter que la même erreur ne soit commise par la suite, ou il peut se tout simplement attendre une nouvelle occasion de faire examiner la question en jeu par un autre tribunal. Une seule mauvaise décision n'a pas le pouvoir de causer un dommage irréparable à tout le système.

50. En revanche, un mécanisme d'appel serait susceptible de commettre des erreurs fatales pour tout le système. Les décisions du mécanisme dépendraient de la compétence de ses membres et le nombre de juges qualifiés serait très restreint (en supposant que les conditions requises des juges du TMI seraient également appliquées aux membres du mécanisme d'appel). Certains des meilleurs arbitres du mécanisme RDIE existant seraient exclus. De plus, comme indiqué précédemment, le déséquilibre entre les États et les investisseurs dans le cadre de la constitution d'un mécanisme permanent est susceptible d'entraîner des erreurs.

51. De surcroît, de par sa nature même, la tâche prête aux erreurs. Les États négocient les dispositions des accords d'investissement dans le moindre détail et la différence la plus minime, qu'il s'agisse d'un mot, du contexte ou de la structure, peut avoir des conséquences substantielles. Le mécanisme d'appel peut interpréter correctement une disposition dans un accord donné. Cependant, il est censé créer une jurisprudence applicable aux plus de 2 600 accords d'investissement actuellement en vigueur. Il existe donc le risque considérable que le mécanisme d'appel, dans un souci d'uniformité, fournisse l'interprétation correcte d'une disposition d'un accord et l'utilise à mauvais escient pour interpréter une disposition, certes semblable, mais non pleinement équivalente, d'un autre accord. En d'autres termes, l'État se soumettra à des règles auxquelles il n'a pas consenti. Il en résultera des décisions erronées qui seront contraires aux intérêts des États et des investisseurs.

3. Le mécanisme d'appel augmente le coût et la durée des procédures

52. La proposition admet que le recours systématique au mécanisme d'appel pourrait avoir des répercussions négatives, car elle suggère de mettre en place « des mécanismes pour empêcher l'interjection d'appels abusifs ». ⁴¹ La principale répercussion négative tacite est que les différends traîneront en longueur et coûteront plus cher aux États comme aux investisseurs. Aucune solution technique ne saurait empêcher cette situation, car les faits montrent que, dans un différend international, la partie perdante est susceptible de demander un examen, particulièrement si le recours disponible est un mécanisme d'appel habilité à annuler les erreurs de droit. Et un mécanisme d'appel entraîne un coût et une durée supérieurs à ceux d'autres recours.

53. Dans le mécanisme existant, les parties demandent un examen de plus en plus souvent. Dans le cas du CIRDI, entre 1971 et 2010, il était rare que les parties demandent l'annulation de la sentence, mais de 2011 à 2018, l'annulation a été demandée pour environ 51 % des sentences rendues (80 sur 158). ⁴² Il est intéressant de constater que les parties à un différend ont régulièrement demandé un recours en annulation de 2011 à 2018, alors que le taux de réussite pendant la même période n'était que de 3 %. ⁴³ Ce faible taux de réussite témoigne, entre autres facteurs, des motifs très limités permettant une annulation en vertu de la Convention du CIRDI et de la qualité générale des sentences rendues.

54. Si un mécanisme d'appel était mis en place, à notre sens, le nombre de demandes de réexamen émanant des États et des investisseurs monterait en flèche en raison des grands pouvoirs octroyés à ce mécanisme. Cela est notamment le cas de l'Organe d'appel de l'OMC, dont les pouvoirs d'examen sont essentiellement les mêmes que ceux du mécanisme d'appel proposé. Dans l'ensemble, au 31 décembre 2018, des appels avaient été formés pour 67 % des rapports de groupes spéciaux (197 sur 292). ⁴⁴ De 2011 à 2018, le pourcentage de ces appels était encore plus élevé, soit de 71 % (68 sur 96). ⁴⁵ Une fois encore, cette valeur peut être comparée aux demandes d'annulation des sentences du CIRDI pendant la même période, c'est-à-dire 51 %.

55. Si les recours en deuxième instance augmentent, le coût et la durée des procédures seront beaucoup plus élevés. Cependant, la plus importante source de délais et de surcoûts sera liée au taux de réussite élevé prévu pour les appels par rapport aux annulations. Les meilleures données disponibles indiquent que l'Organe d'appel de l'OMC modifie ou annule au moins en partie environ 85 % des rapports des groupes spéciaux, ⁴⁶ ce qui est considérablement supérieur au taux de réussite des annulations du CIRDI au cours des dix dernières années, qui est de 3 %. Nous prévoyons une augmentation semblable des annulations avec un mécanisme d'appel pour les différends en matière d'investissement. Cependant, pour ces derniers, les conséquences des délais et des surcoûts seront bien plus

⁴¹ *Id.* au para. 15.

⁴² Rapport annuel 2018 du CIRDI, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2018ICSIDAnnualReport.ENG.pdf>, p. 36.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC pour 2018 (mars 2019), [file:///C:/Users/31290/Downloads/29%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/31290/Downloads/29%20(2).pdf), p. 142.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Michel Cartland, Gérard Depayre & Jan Woznowski, *Is Something Going Wrong in the WTO Dispute Settlement?*, *Journal of World Trade*, vol. 46, numéro 5 (2012), p. 989.

sévères. Lorsque l'Organe d'appel de l'OMC annule ou modifie un rapport de groupe spécial, en général, il « comble les lacunes » ou laisse certains éléments du différend sans résolution. En revanche, un mécanisme d'appel pour les différends en matière d'investissement devra souvent renvoyer la procédure en raison des nombreux faits intervenants dans de tels différends. Tout renvoi en première instance, dont les modalités ne sont pas bien définies par la proposition actuelle, engendrera des délais et des coûts incalculables.

56. On a suggéré que les délais et coûts naturellement liés au mécanisme d'appel seront compensés par d'autres aspects de la proposition. Nous nous voyons contraints de réfuter chacun de ces arguments.

57. En premier lieu, la proposition affirme que la mise en place du TMI et l'élimination du processus de choix des arbitres permettra de gagner du temps et de l'argent.⁴⁷ Le processus prendra peut-être moins de temps dans certains cas, mais entraînera des délais supplémentaires dans d'autres cas, par exemple si les États contractants ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les juges nommés pour le mécanisme permanent dans des délais raisonnables. Il est peu probable que les frais soient moindres, car le choix des arbitres nécessite relativement peu de dépenses en avocats et aucune preuve du contraire n'a été avancée. De plus, les frais liés au choix des arbitres constituent un investissement judicieux, car il est dans l'intérêt des parties au différend de sélectionner les arbitres les plus qualifiés pour trancher l'affaire en cours. Quoi qu'il en soit, ces frais ne sont rien comparés au coût d'entretien d'un mécanisme permanent.

58. Deuxièmement, la proposition prétend que moins de temps et d'argent seront consacrés aux demandes de récusation des arbitres, car « les juges seront considérés comme indépendants et impartiaux en raison du caractère permanent de leur mandat » et de potentiels conflits d'intérêts ne pourraient intervenir « que dans un nombre très limité de cas précis. »⁴⁸ Il n'existe aucun moyen de prouver cette déclaration. Par exemple, les arbitres seront tenus de divulguer tout conflit d'intérêts potentiel et il ne fait aucun doute que des demandes de récusation feront suite à ces divulgations ou à toute allégation de manquement en la matière. Les demandes de récusation pourraient même être plus fréquentes : dans le mécanisme actuel, celles-ci visent l'arbitre nommé par l'autre partie, tandis que dans le nouveau régime, les trois juges y seraient vulnérables. De plus, étant donné que les arbitres seront dans l'obligation d'avoir un immense bagage professionnel, les conflits seront probables.

59. Troisièmement, la proposition prétend que les juges n'auront pas de motivations pouvant prolonger la durée des procédures, car leur rémunération ne sera pas liée au temps consacré à une affaire donnée.⁴⁹ Il n'existe aucune preuve indiquant que les arbitres manquent d'intégrité à ce point. De surcroît, la menace d'un examen *de novo* par un mécanisme d'appel pourrait au contraire pousser les arbitres à « en faire trop » et à faire traîner la procédure en longueur, dans un souci de communiquer et régler tous les points, même accessoires, aux yeux des parties et du tribunal.

⁴⁷ Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres au Groupe de travail III de la CNUDCI (24 janvier 2019), A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>, para. 52.

⁴⁸ *Id.* au para. 53.

⁴⁹ *Id.* au para. 54.

60. Quatrièmement, la proposition prétend que l'uniformité et la prévisibilité réduiront les coûts et la durée.⁵⁰ En réalité, les avocats consacrent le plus clair de leur temps à débattre les faits et l'application du droit aux faits, et non les normes juridiques, si bien qu'une plus grande uniformité des normes juridiques n'aura pas pour effet de réduire considérablement les coûts ni la durée. S'agissant de ces normes juridiques, les avocats compétents ne se contenteront pas de lever les bras au ciel et chercheront certainement à contester les décisions antérieures défavorables à leur client, et il est donc difficile de s'attendre à une diminution considérable des coûts ou de la durée. De plus, avec des décisions fréquemment erronées, les procédures seront probablement plus nombreuses, plus longues et plus onéreuses.

61. Le Groupe de travail a conclu que le coût et la durée des différends sont l'une des trois grandes failles du mécanisme RDIE existant et, de ce fait, le mécanisme d'appel est une réforme entièrement inadaptée. Les objectifs des investisseurs et des États sont les mêmes en matière de simplification du processus de règlement des différends. Si des années et des millions de dollars s'ajoutent à ce processus, les investisseurs se tourneront vers d'autres mécanismes ou chercheront des alternatives aux investissements à l'étranger.

IV. Réformes alternatives susceptibles d'améliorer le mécanisme pour tous les utilisateurs

62. Le mécanisme RDIE doit continuer à évoluer en fonction des leçons apprises par les États, les investisseurs et d'autres parties prenantes au cours des 30 dernières années et au regard des affaires tranchées par ce mécanisme. À cet égard, nous avons écouté avec attention les différents avis exprimés au sein du Groupe de travail et nous souhaitons à présent exprimer notre soutien à un grand nombre des propositions avancées par les délégations gouvernementales.

A. Centre consultatif multilatéral, code de conduite et financement par des tiers

63. Lors des discussions menées dans le cadre de la première phase de la 38^e session du Groupe de travail, nous avons relevé trois domaines visés par la réforme : un centre consultatif multilatéral, un code de conduite et un mécanisme de financement par des tiers, et nous avons grandement apprécié les interventions judicieuses des nombreuses délégations en la matière. Comme expliqué ci-dessous, nous soutenons les réformes proposées dans ces trois domaines qui, à notre sens, auront des conséquences systémiques positives sur le mécanisme RDIE.

1. Centre consultatif multilatéral

64. Nous soutenons la création d'un centre consultatif multilatéral au sein du mécanisme RDIE pour compléter les efforts existants des organisations internationales et des institutions universitaires visant à aider les pays en développement. Par-dessus tout, un centre consultatif jouerait un rôle clé dans la prévention des différends. De par notre expérience en tant qu'investisseurs, nous ne pouvons qu'être d'accord avec les observations des gouvernements marocain et thaïlandais selon lesquelles le manque de connaissance, d'expérience et de

⁵⁰ *Id.* au para. 55.

ressources institutionnelles empêchent à de nombreux pays de prévenir les différends.⁵¹ Lorsqu'un État comprend parfaitement bien les obligations qui lui incombent en vertu d'un accord avec un investisseur étranger, il est moins susceptible de commettre par mégarde des violations qui seront par la suite difficiles à corriger. Un centre consultatif pourrait faciliter l'échange d'informations sur les bonnes pratiques avec les États, voire travailler à l'élaboration de lignes directrices en matière de prévention des différends.⁵² De plus, un centre consultatif pourrait former les fonctionnaires à faire valoir leurs droits et à gérer les procédures de RDIE. Nous partageons toutefois les craintes soulevées par certains dans le Groupe de travail et il ne conviendrait pas que le centre soit l'avocat des États dans le cadre des différends en matière d'investissement.⁵³

2. Code de conduite

65. L'absence d'un code de conduite universel pour les arbitres dans les procédures de RDIE est une faille béante du mécanisme actuel. Dans les procédures de RDIE, les arbitres font généralement preuve d'une intégrité à toute épreuve, mais il est nécessaire d'élaborer un code de conduite pour qu'ils comprennent clairement leurs obligations en matière d'éthique et sachent comment identifier et résoudre les conflits d'intérêts. Cela créera un environnement égal, transparent et équitable pour toutes les parties prenantes. Les directives de l'Association internationale du barreau (AIB) sur les conflits d'intérêts dans les arbitrages internationaux sont utiles, mais ne suffisent pas. Bien qu'elles aient beaucoup apporté pour le règlement des questions d'éthique dans les affaires de RDIE, ces directives sont de caractère facultatif et ont été conçues pour l'arbitrage en général, et non pour les procédures de RDIE en particulier. De plus, elles ont été élaborées par des avocats, avec une participation minimale des États. Le Groupe de travail a maintenant la possibilité, en s'appuyant sur les directives de l'AIB et sur les derniers travaux menés par les spécialistes, de créer un code de conduite qui garantira le respect des plus hautes normes d'éthique par les arbitres dans les procédures de RDIE. Nous constatons avec satisfaction que la CNUDCI collabore avec le CIRDI dans le cadre de cette initiative qui, sans aucun doute, permettra de combler les écarts

⁵¹ Voir la communication présentée par le gouvernement du Maroc au Groupe de travail III de la CNUDCI (4 mars 2019), A/CN.9/WG.III/WP.161, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.161>, para. 18 (« En raison de leurs moyens financiers limités et de leur manque de ressources humaines dotées d'une bonne expérience dans le domaine du RDIE, les pays en développement ont besoin d'une assistance en la matière. ») et la communication présentée par le gouvernement thaïlandais au Groupe de travail III de la CNUDCI (8 mars 2019), A/CN.9/WG.III/WP.162, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.162>, para. 11 (« Dans de nombreux pays en développement, les organismes publics responsables des questions de RDIE ne disposent pas encore des compétences nécessaires pour repérer les différends latents et, surtout, pour les gérer. En outre, il existe un écart de connaissances entre les juristes publics et les fonctionnaires directement chargés des mesures susceptibles de violer des obligations conventionnelles. »).

⁵² Communication présentée par le gouvernement de la république de Corée au Groupe de travail III de la CNUDCI (31 juillet 2019), A/CN.9/WG.III/WP.179, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp179_new.pdf, section III(2) (observant qu'un centre consultatif « pourrait devenir un pôle de collecte et de diffusion de bonnes pratiques et d'informations institutionnelles », notamment pour « l'éducation sur la prévention des différends »).

⁵³ Rapport du Groupe de travail III de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-huitième session (copie préliminaire) (23 octobre 2019), A/CN.9/1004, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/draft_report_for_website.pdf, para. 33 (« Si un soutien a été exprimé en faveur de l'assistance que le centre consultatif pourrait apporter au cours de la procédure, en particulier aux États disposant de ressources limitées, des doutes ont été formulés au sujet du rôle qu'il pourrait jouer pour représenter les États, notamment au vu des ressources que cela pourrait nécessiter, et des responsabilités et des conflits qui pourraient en découler. »).

entre les approches de ces deux organismes identifiés par le gouvernement équatorien et par d'autres parties.⁵⁴

66. Quant à la teneur de ce code de conduite, nous sommes d'accord avec l'avis formulé par de nombreuses délégations lors de la première phase de la 38^e session : les principaux éléments doivent être l'indépendance et l'impartialité, l'intégrité, la diligence et l'efficacité, la confidentialité, les compétences ou les qualifications, et l'obligation d'information.⁵⁵ Nous attendons maintenant les discussions détaillées qui seront menées sur chacun de ces points. Pour le moment, il est important de remarquer que nous nous opposons à toute interdiction générale du cumul de fonctions, car cela aurait pour effet de réduire le nombre d'arbitres qualifiés et entraînerait d'autres conséquences inattendues l'emportant sur tout avantage potentiel d'une telle approche.

3. Financement par des tiers

67. Comme l'ont indiqué la plupart des délégations, le financement par des tiers ne doit pas être interdit, car il peut être un outil important pour les investisseurs, particulièrement ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes pour avoir recours au mécanisme RDIE, et il peut également être bénéfique aux États défendeurs.⁵⁶ Nous sommes toutefois d'accord avec l'opinion générale selon laquelle il convient de réglementer le financement par des tiers pour assurer une plus grande transparence. Certains craignent, à juste titre, que le financement par des tiers en vigueur avec le système actuel ne crée des conflits d'intérêts inacceptables dans certains cas.⁵⁷ Nous partageons donc la position des propositions d'amendement des règlements du CIRDI, qui exige qu'un investisseur divulgue l'identité de tout bailleur de fonds tiers, sans toutefois préciser les modalités du contrat de financement, dès les débuts de l'arbitrage.⁵⁸ Les modalités d'un contrat de financement peuvent être sensibles et n'ont aucune importance en rapport avec l'appréciation d'un conflit d'intérêts. Par ailleurs, comme indiqué par le Secrétariat du CIRDI, « Le Tribunal peut exiger d'une partie qu'elle produise des documents ou tous autres moyens de preuve ».⁵⁹

⁵⁴ Voir la communication du gouvernement équatorien au Groupe de travail III de la CNUDCI (17 juillet 2019), A/CN.9/WG.III/WP.175, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.175>, para. 20-21 (faisant état, par exemple, de différences entre les conditions à réunir fixées par le CIRDI et la CNUDCI pour récuser les arbitres).

⁵⁵ Rapport du Groupe de travail III de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-huitième session (copie préliminaire) (23 octobre 2019), A/CN.9/1004, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/draft_report_for_website.pdf, para. 56.

⁵⁶ *Id.* au para. 81 (« Bien qu'un certain soutien ait été exprimé en faveur de l'interdiction du financement par des tiers, on a généralement estimé qu'il fallait faire preuve de souplesse car ce mode de financement pouvait permettre l'accès à la justice à ceux qui ne disposaient pas de ressources suffisantes, en particulier les PME, et dans un petit nombre de cas, aux États. »).

⁵⁷ Voir la communication du gouvernement chinois au Groupe de travail III de la CNUDCI (19 juillet 2019), A/CN.9/WG.III/WP.177, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.177>, section II, para. 4 (observant que le financement par des tiers « peut mener à des convergences d'intérêts entre arbitres et bailleurs de fonds, voire à des conflits d'intérêts »).

⁵⁸ Voir les propositions d'amendement des règlements du CIRDI, document de travail n° 3 (août 2019), https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf, p. 294.

⁵⁹ *Id.* à la p. 295, para. 56.

B. Réformes supplémentaires proposées par les gouvernements

68. Nous attendons les discussions qui seront menées sur les nombreuses autres réformes proposées par les délégations gouvernementales. Dans la présente section, nous abordons cinq réformes particulières proposées dans les communications présentées à ce jour, qui sont résumées dans l'additif au document de travail 167 du Secrétariat.⁶⁰ Nous nous trouvons toujours dans une phase précoce et nos remarques sont donc préliminaires. Nous ferons des observations supplémentaires suite aux discussions à venir sur les propositions de réforme. L'absence d'observation sur une proposition de réforme particulière ne doit pas être considérée comme un désaccord ou un manque d'intérêt.

1. Examen préalable des sentences

69. Comme l'indique le gouvernement marocain : « La plupart des règlements d'arbitrage en matière d'investissement ne prévoient pas de procédure de contrôle de la qualité avant que la sentence définitive ait été rendue et puisse de ce fait faire l'objet d'une révision. »⁶¹ À titre de solution, le Maroc propose de tirer leçon de l'exemple de la Chambre de commerce internationale (CCI) et d'accorder à un organe indépendant un délai court pour « s'assurer que la sentence respecte toutes les formalités, traite toutes les demandes et énonce les motifs sur lesquels elle se fonde. »⁶² Nous ne sommes pas certains de la faisabilité d'un examen par un organe indépendant et de nombreuses questions techniques se poseront probablement quant à la portée et à l'effet d'un tel examen. Nous soutenons toutefois la suggestion du gouvernement marocain de chercher des moyens supplémentaires d'améliorer l'examen des sentences sans affecter la durée ni le coût des procédures, et sans favoriser une partie par rapport à l'autre.

70. À cet égard, nous prenons note d'une autre proposition abordée lors des sessions du Groupe de travail, à savoir donner aux parties opposées la possibilité d'examiner et de commenter la sentence provisoire avant que ne soit prononcée la décision finale. L'accord de partenariat transpacifique permet par exemple aux parties de demander un examen de la sentence provisoire et leur accorde 60 jours pour présenter des commentaires écrits au tribunal.⁶³ Ce mécanisme novateur permet au tribunal de tenir pleinement compte de l'opinion de chaque partie et de rendre une décision correcte.

2. Amélioration du choix des arbitres

71. Le Groupe de travail a la possibilité d'aider les États et les investisseurs à choisir les arbitres les plus qualifiés pour régler les différends, des arbitres qui sauront promouvoir les objectifs globaux du mécanisme de règlement des différends. Plusieurs délégations ont avancé des propositions dignes d'intérêt à cet égard. La Turquie propose que le Secrétariat mette à la disposition des États et des investisseurs une liste indicative d'arbitres avec des informations sur leur disponibilité et leur charge de travail, ce qui permettrait aux parties opposées au cumul des fonctions de choisir les arbitres qui leur conviennent. La base de données pourrait également conserver d'autres renseignements sur les arbitres pour faciliter

⁶⁰ Voir l'additif à la note du Secrétariat de la CNUDCI, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) (13 juillet 2019), <http://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.166/Add.1>.

⁶¹ Voir la communication présentée par le gouvernement du Maroc au Groupe de travail III de la CNUDCI (4 mars 2019), A/CN.9/WG.III/WP.161, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.161>, para. 21.

⁶² *Id.* au para. 22-25.

⁶³ Accord complet et progressif de partenariat transpacifique, article 9.23(10).

le choix. D'après la communication conjointe des gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien, les États pourraient exiger que, dans les différends portant sur des affaires très techniques, notamment dans le secteur des services financiers, les arbitres aient des connaissances et une expérience spécialisées.⁶⁴ Enfin, le gouvernement de Bahreïn souligne l'importance de la diversité, proposant que « des considérations liées à la diversité soient formellement ajoutées aux critères à appliquer au choix des arbitres ».⁶⁵

72. Des propositions de cette nature constituent un pas en avant pour le mécanisme existant. Les États et les investisseurs bénéficieraient grandement d'un accès à des renseignements plus précis sur les arbitres, ce qui est désormais possible grâce à des initiatives comme Arbitrator Intelligence⁶⁶. Il leur serait également utile d'avoir à leur disposition des arbitres plus divers et spécialisés dans différents domaines. Nous attendons vos discussions sur la meilleure manière de concilier ces objectifs à d'autres facteurs importants, tels que la préservation de l'autonomie des parties.

3. Modes alternatifs de règlement des différends

73. Nous soutenons les propositions avancées par plusieurs délégations pour explorer des modes alternatifs de règlement des différends, notamment la médiation et la conciliation.⁶⁷ Comme le fait remarquer le gouvernement chinois, la conciliation peut aider les États et les investisseurs à « adopter des méthodes créatives et prospectives pour faciliter le règlement des différends ».⁶⁸ Les parties pourraient ainsi éviter les procédures conflictuelles de règlement des différends dans une optique de « maintien d'une coopération à long terme ».⁶⁹ De nombreux investisseurs ont obtenu de bons résultats avec la médiation et la conciliation pour régler des différends commerciaux difficiles et il n'y a pas de raison que des résultats similaires ne puissent être obtenus dans les différends en matière d'investissement. C'est maintenant le moment d'étudier les options de médiation et de conciliation, puisque la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation, mieux connue sous le nom de Convention de Singapour sur la médiation, a été conclue récemment. Ces alternatives joueront un rôle crucial dans l'évolution du contexte juridique international, car elles permettront aux parties de faire exécuter à l'étranger les accords de règlement après une procédure de médiation, comme c'est le cas pour les sentences arbitrales.

⁶⁴ Communication des gouvernements chilien, israélien et japonais au Groupe de travail III de la CNUDCI (15 mars 2019), A/CN.9/WG.III/WP.182, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.182>, p. 6.

⁶⁵ Communication présentée par le gouvernement bahreïni au Groupe de travail III de la CNUDCI (29 août 2019), A/CN.9/WG.III/WP.180, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp_180_bcdr_clean.pdf, para. 61.

⁶⁶ Voir <https://arbitratorintelligence.com/>.

⁶⁷ Voir la communication du gouvernement chinois au Groupe de travail III de la CNUDCI (19 juillet 2019), A/CN.9/WG.III/WP.177, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.177>, section III, para. 4 ; communication présentée par le gouvernement thaïlandais au Groupe de travail III de la CNUDCI (8 mars 2019), A/CN.9/WG.III/WP.162, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.162>, para. 24 ; communication du gouvernement turc au Groupe de travail III de la CNUDCI (11 juillet 2019), A/CN.9/WG.III/WP.174, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.174>, section III.

⁶⁸ Voir la communication du gouvernement chinois au Groupe de travail III de la CNUDCI (19 juillet 2019), A/CN.9/WG.III/WP.177, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.177>, section III, para. 4.

⁶⁹ *Id.*

74. Il est important de remarquer que ces modes alternatifs de règlement des différends doivent être facultatifs, sans forcément devoir précéder le recours au mécanisme RDIE. Dans certains cas, une ou les deux parties pourrait estimer que le différend ne peut être réglé par une médiation ou une conciliation, et elles ne doivent donc pas être dans l'obligation d'y avoir recours. Si ces options devaient être obligatoires, le processus échouerait probablement et entraînerait une perte inutile de temps et de ressources pour les deux parties.

4. Procédures accélérées

75. Les investisseurs et les États, et notamment les petites et moyennes entreprises, ainsi que les pays en développement, pourraient avoir intérêt à ce que des procédures accélérées soient disponibles pour régler les différends en matière d'investissement, comme l'ont recommandé plusieurs délégations.⁷⁰ Le modèle unique du mécanisme RDIE est onéreux et ne convient pas à certains différends impliquant de petites sommes ou des affaires moins complexes. Bien que les différends de cette nature puissent être facilement soumis à la médiation, à la conciliation ou à d'autres modes alternatifs de règlement des différends, il ne faut pas interdire aux États et aux investisseurs d'avoir recours à l'arbitrage. De nombreuses institutions d'arbitrage ont mis en place des procédures accélérées ces dernières années pour cette raison même. Comme le remarque la Thaïlande, ce Groupe de travail devrait coordonner ses efforts à ceux du Groupe de travail II pour bénéficier de ses discussions sur les procédures accélérées.⁷¹

5. Outils supplémentaires de gestion des procédures

76. Dans le domaine du RDIE, les arbitres doivent faire preuve de souplesse pour structurer les procédures de manière à avoir toutes les informations dont ils ont besoin pour prendre des décisions correctes et pour garantir aux parties le respect de leurs droits juridiques. En parallèle, il convient de prendre des mesures pour accélérer le déroulement des procédures. Pour ce faire, nous estimons nécessaire d'envisager des règles obligatoires et des orientations facultatives pour les tribunaux. Le gouvernement thaïlandais propose par exemple d'imposer au tribunal l'obligation de consulter les parties pour dresser le budget de la procédure.⁷² Nous attendons les discussions qui seront menées par le Groupe de travail sur ce genre de propositions.

Conclusion

77. Le CCIAG est conscient des inquiétudes soulevées par les délégués en rapport avec le mécanisme RDIE. Il est évident qu'il existe actuellement la possibilité de mettre en place une réforme constructive. Pour être efficace, cette réforme doit tenir compte des préoccupations, des intérêts et de la perception des investisseurs. Dans le cadre de leur appréciation des avantages et des impacts de chaque élément de la réforme, nous encourageons les États à

⁷⁰ Communication présentée par le gouvernement thaïlandais au Groupe de travail III de la CNUDCI (8 mars 2019), A/CN.9/WG.III/WP.162, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.162>, para. 17 ; communication du gouvernement turc au Groupe de travail III de la CNUDCI (11 juillet 2019), A/CN.9/WG.III/WP.174, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.174>, section III.

⁷¹ Communication présentée par le gouvernement thaïlandais au Groupe de travail III de la CNUDCI (8 mars 2019), A/CN.9/WG.III/WP.162, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.162>, para. 17.

⁷² *Id.* au para. 16.

réfléchir à leur effet potentiel sur les investissements existants et futurs, chez eux comme à l'étranger.