Nations Unies A/CN.9/WG.III/WP.254

Assemblée générale

Distr. limitée
30 juin 2025
Français
Original : anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États)
Cinquante-deuxième session
Vienne, 22-26 septembre 2025

Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)

Projets de dispositions relatives aux questions de procédure et aux questions transversales

Note du Secrétariat

Table des matières

Page

I. Introduction . . . 3

II. Annotations concernant les projets de dispositions relatives aux questions de procédure et aux questions transversales . . . 3

Projet de disposition 1 : Preuve . . . 3

Projet de disposition 2 : Bifurcation . . . 4

Projet de disposition 3 : Mesures provisoires . . . 4

Projet de disposition 4 : Défaut manifeste de fondement juridique . . . 5

Projet de disposition 5 : Garantie du paiement des frais . . . 5

Projet de disposition 6 : Suspension de la procédure . . . 6

Projet de disposition 7 : Clôture de la procédure . . . 7

Projet de disposition 8 : Délai pour rendre la sentence . . . 7

Projet de disposition 9 : Répartition des frais . . . 8

Projet de disposition 10 : Demande reconventionnelle . . . 9

Projet de disposition 11 : Consolidation et coordination de procédures d'arbitrage . . . 9

Projet de disposition 11 *bis* : Jonction . . . 10

Projet de disposition 12 : Financement par des tiers . . . 11

Projet de disposition 12 *bis* : Réglementation du financement par des tiers . . . 12

V.25-08556 (F)

Merci de recycler

Projet de disposition 13 : Règlement amiable 12
Projet de disposition 14 : Recours internes 13
Projet de disposition 15 : Renonciation au droit d'engager une procédure de règlement des différends 14
Projet de disposition 16 : Délai de prescription 14
Projet de disposition 17 : Refus d'accorder des avantages 15
Projet de disposition 18 : Demandes présentées par des actionnaires 16
Projet de disposition 19 : Droit de réglementer 17
Projet de disposition 20 : Évaluation des réparations et de l'indemnisation 17
Projet de disposition 21 : Interprétation conjointe 18
Projet de disposition 22 : Observations présentées par une partie au traité non partie au litige 19

I. Introduction

1. La présente note contient des annotations concernant les projets de dispositions relatives aux questions de procédure et aux questions transversales (les « projets de dispositions ») tels qu'ils figurent dans le document A/CN.9/WG.III/WP.253, et vise à aider le Groupe de travail à comprendre comment ces projets pourraient fonctionner et comment ils s'articulent entre eux.

II. Annotations concernant les projets de dispositions relatives aux questions de procédure et aux questions transversales

Projet de disposition 1 : Preuve

2. Le projet de disposition 1 traite de l'administration de la preuve. Le paragraphe 1 reproduit l'article 27-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[1], tandis que le paragraphe 2 permet au tribunal d'exiger des parties au litige qu'elles produisent des pièces[2], de préciser celles qui doivent être produites et de fixer les délais requis.

3. Le paragraphe 3 prévoit une phase de production de documents, permettant au tribunal d'établir une procédure à cette fin à la demande d'une partie et après avoir consulté les parties au litige. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les mots « consulte », « consulté » ou « consultation » sont employés tout au long du texte (projets de dispositions 1, 5, 6, 8, 11 *bis*, 22) au lieu de l'expression « après avoir invité les parties à exprimer leurs vues », qui est utilisée dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[3], pour souligner les interactions qui ont lieu entre le tribunal et les parties. Il souhaitera peut-être également se demander s'il est approprié de faire simplement référence à des « documents » aux paragraphes 3 et 4, compte tenu de l'utilisation de la formule « des documents, des pièces factuelles ou d'autres éléments de preuve » dans d'autres paragraphes.

4. Le paragraphe 3 exige que le tribunal tienne compte des avantages et inconvénients de la production de documents. Le paragraphe 4 porte sur un point distinct puisqu'il traite des différends nés de l'objection d'une partie à la demande de production de documents de l'autre partie après l'établissement de la procédure de production de documents, en indiquant les facteurs que le tribunal devrait prendre en considération pour résoudre ces questions[4].

5. Le paragraphe 5 traite des conséquences d'une présentation tardive[5]. Le paragraphe 6, relatif aux témoins, précise qui peut déposer[6] et indique que les déclarations des témoins doivent, par défaut, prendre la forme d'un écrit signé[7]. Le paragraphe 7 précise le pouvoir discrétionnaire du tribunal de déterminer la recevabilité, la pertinence, l'importance et le poids des éléments de preuve[8].

6. Le paragraphe 8 énumère les cas où le tribunal serait tenu d'exclure certains éléments de preuve[9]. Alors que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI utilise l'expression « de sa propre initiative ou à la demande d'une partie », le paragraphe 8

---

[1] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 27-1.
[2] Ibid., art. 27-3.
[3] A/CN.9/1195, par. 55, et Règlement d'arbitrage du CIRDI (le « Règlement du CIRDI »), art. 27-3.
[4] Règlement du CIRDI, art. 37.
[5] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 30-3.
[6] Ibid., art. 27-2, première phrase.
[7] A/CN.9/1195, par. 28. Cette disposition s'écarte de la deuxième phrase de l'article 27-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et s'aligne sur l'article 38-1 du Règlement du CIRDI et l'article 15-2 du Règlement de la CNUDCI sur l'arbitrage accéléré (le « Règlement sur l'arbitrage accéléré »).
[8] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 27-4.
[9] A/CN.9/1195, par. 35 et 40. Voir également les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, art. 9-2 et 9-3.

et d'autres projets de dispositions (6, 9 et 20) emploient les termes « d'office ou à la demande d'une partie au litige ». En ce qui concerne l'alinéa c), le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si la référence devrait être limitée à la loi « interne » applicable[10].

7. Le paragraphe 9 précise que le tribunal a le pouvoir d'ordonner des transports sur des lieux ayant un lien avec le différend et de mener des enquêtes sur place[11].

Projet de disposition 2 : Bifurcation

8. Le projet de disposition 2 a été aligné sur l'article 42 du Règlement du CIRDI. Le terme « question » est employé par souci de cohérence avec le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

9. Le paragraphe 1 donne des exemples de questions qui peuvent faire l'objet d'une bifurcation (exception d'incompétence et évaluation des réparations)[12]. Une partie au litige peut demander la bifurcation, mais le paragraphe 7 permet aussi au tribunal de procéder à la bifurcation de sa propre initiative[13].

10. Le paragraphe 1 précise également qu'une demande de bifurcation ne limite pas la capacité de la partie requérante de soulever des exceptions d'incompétence. Alors qu'il est fait référence à l'article 23 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'ajouter le texte figurant entre crochets ou de remplacer la phrase en question par la suivante, plus générique : « Une demande de bifurcation ne porte en aucune manière atteinte au droit de la partie requérante de soulever une exception d'incompétence du tribunal. »[14]

11. Le paragraphe 2 exige qu'une partie au litige demande la bifurcation aussitôt que possible[15] et que le tribunal fixe le délai imparti pour la présentation des observations des parties[16].

12. Le paragraphe 3 prévoit qu'une demande de bifurcation assortie d'une exception d'incompétence entraîne automatiquement la suspension de la procédure sur le fond jusqu'à ce que le tribunal décide s'il convient ou non de procéder à la bifurcation[17]. En revanche, et conformément au paragraphe 6, une demande de bifurcation ne soulevant pas d'exception d'incompétence ne suspend pas la procédure avant que le tribunal n'ordonne la bifurcation[18].

13. Le paragraphe 4 fournit une liste non exhaustive de circonstances dont le tribunal doit tenir compte pour décider de l'opportunité d'une bifurcation[19]. Le paragraphe 5 exige que le tribunal rende sa décision dans un délai de 30 jours[20], qu'il fasse droit à la demande en tout ou en partie, ou la rejette, en motivant sa décision[21] et qu'il fixe tout délai nécessaire à la poursuite de la procédure[22].

Projet de disposition 3 : Mesures provisoires

14. Les mesures provisoires visent à préserver les droits des parties en attendant que le tribunal statue sur le bien-fondé de la demande. Le projet de disposition 3 s'inspire de l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[23].

---

[10] A/CN.9/1195, par. 38.
[11] Règlement du CIRDI, art. 40.
[12] Ibid., art. 42-1.
[13] Ibid., art. 42-6.
[14] A/CN.9/1195, par. 46.
[15] Règlement du CIRDI, art. 42-3 a).
[16] Ibid., art. 42-3 c).
[17] Ibid., art. 44-1 c), et A/CN.9/1195, par. 51 et 52.
[18] Règlement du CIRDI, art. 42-5.
[19] Ibid., art. 42-4.
[20] Ibid., art. 42-3 d).
[21] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 34-3, et A/CN.9/1195, par. 49.
[22] Règlement du CIRDI, art. 42-3 e).
[23] A/CN.9/1195, par. 56.

15. Le paragraphe 1 dispose que le tribunal peut prononcer des mesures provisoires à la demande d'une partie au litige, mais pas de sa propre initiative[24].

16. Le paragraphe 2 tient compte de la décision du Groupe de travail d'omettre l'alinéa c) de l'article 26-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui fait référence aux mesures visant à sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure[25]. Les paragraphes 3 et 4 ont été modifiés en conséquence[26]. Les paragraphes 5 à 9 sont identiques aux paragraphes 5 à 9 de l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

17. Le paragraphe 10 limite le pouvoir du tribunal de prononcer certains types de mesures provisoires[27]. L'alinéa b) a été placé entre crochets afin que le Groupe de travail l'examine plus avant, notamment pour déterminer si un tribunal serait en mesure de procéder à l'évaluation nécessaire compte tenu du caractère provisoire de ces mesures. Parallèlement, le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'expression « non exclusivement » dans le chapeau du paragraphe 2 ainsi que dans le contexte du projet de disposition 19 (Droit de réglementer).

Projet de disposition 4 : Défaut manifeste de fondement juridique

18. Le projet de disposition 4 a été aligné sur l'article 41 du Règlement du CIRDI et reflète également les ajustements apportés par le Groupe de travail[28]. La référence au « rejet rapide » précédemment contenue dans le titre a été supprimée.

19. Le paragraphe 1 permet à une partie au litige de soulever une objection selon laquelle une demande est manifestement dénuée de fondement juridique[29] et le paragraphe 4 exige que le tribunal statue sur l'objection[30]. Toutefois, ce dernier ne peut statuer d'office[31].

20. Les paragraphes 2 à 5 esquissent la procédure à suivre par les parties au litige et le tribunal, en indiquant les délais et en notant que l'objection peut porter tant sur la compétence que sur le fond.

21. Le paragraphe 6 précise qu'une partie au litige peut toujours faire valoir ultérieurement dans la procédure que le tribunal est incompétent ou que la demande est infondée, même si elle n'a pas obtenu gain de cause dans le cadre de la procédure prévue dans le projet de disposition 4.

22. La répartition des frais découlant de la procédure prévue dans le projet de disposition 4 est traitée au paragraphe 3 du projet de disposition 9.

Projet de disposition 5 : Garantie du paiement des frais

23. Le projet de disposition 5 a été aligné sur l'article 53 du Règlement du CIRDI. Les garanties du paiement des frais pourraient protéger contre l'incapacité d'une partie ou son refus de payer les frais, et décourager les demandes abusives.

24. Le paragraphe 1 prévoit qu'une ordonnance relative à la constitution d'une garantie du paiement des frais ne peut être accordée qu'à la demande d'une partie au litige et non de la propre initiative du tribunal. Le terme « demande » figurant dans les projets de dispositions englobe les demandes reconventionnelles, de sorte qu'une

[24] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 26-1, et A/CN.9/1195, par. 62.
[25] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 26-2, et A/CN.9/1195, par. 58.
[26] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 26-3 et 26-4.
[27] A/CN.9/1195, par. 60 et 61.
[28] Ibid., par. 63 à 69.
[29] Règlement du CIRDI, art. 41-1.
[30] Règlement du CIRDI, art. 41-2 e).
[31] A/CN.9/1195, par. 64 et 65. Il avait également été souligné que l'exclusion d'éléments de preuve étayant une demande, conformément au paragraphe 8 du projet de disposition 1, devrait entraîner le rejet de la demande par le tribunal, mais pas nécessairement en application du projet de disposition 4 (A/CN.9/1195, par. 64).

partie qui forme une telle demande peut également se voir ordonner de fournir une garantie du paiement des frais.

25. Les paragraphes 2 et 3 traitent de la procédure permettant aux parties de demander une garantie du paiement des frais et au tribunal de statuer sur cette demande dans un délai de 30 jours[32].

26. Le paragraphe 4 fournit une liste non exhaustive de circonstances dont le tribunal arbitral doit tenir compte pour décider d'ordonner ou non la constitution d'une garantie du paiement des frais[33]. Il s'agit notamment de la capacité et de la disposition des parties à payer, ainsi que des conséquences que l'ordonnance pourrait avoir pour la partie concernée. L'alinéa e) précise que l'existence d'un financement par des tiers n'est pas un facteur autonome, mais qu'elle devrait être considérée conjointement avec les circonstances énumérées aux alinéas a) à d)[34].

27. Le paragraphe 5 impose au tribunal de préciser les modalités de la garantie du paiement des frais et le délai pour s'y conformer[35]. Le paragraphe 6 prévoit des sanctions en cas de non-respect par une partie de l'ordonnance lui imposant de fournir une garantie du paiement des frais, à savoir la suspension de la procédure concernant la demande de cette partie et son éventuelle clôture. Contrairement à l'article 53-6 du Règlement du CIRDI, qui confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire de suspendre (« peut »), cette disposition impose la suspension (« suspend »). D'autre part, si la clôture de la procédure reste à la discrétion du tribunal, celui-ci doit prendre en considération les vues des parties (par exemple, l'autre partie peut souhaiter poursuivre la procédure). De manière générale, ce paragraphe vise à prévenir les retards stratégiques liés à ces garanties.

28. Le paragraphe 7 exige que les parties signalent tout changement important dans les circonstances ayant amené le tribunal à ordonner la constitution d'une garantie du paiement des frais. Le paragraphe 8 permet au tribunal de modifier ou de révoquer l'ordonnance, mais uniquement à la demande d'une partie au litige (voir par. 24 ci-dessus).

Projet de disposition 6 : Suspension de la procédure

29. L'un des moyens d'assurer l'efficacité d'une procédure consiste à suspendre celle-ci dans certaines circonstances. Le projet de disposition 6 a été aligné sur l'article 54 du Règlement du CIRDI[36].

30. Le paragraphe 1 impose au tribunal de suspendre la procédure lorsque les parties lui en font conjointement la demande (par exemple, si elles souhaitent engager une médiation[37])[38]. Le paragraphe 2 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de suspendre la procédure à la demande d'une partie au litige ou de sa propre initiative, mais seulement après avoir consulté les parties (voir également le paragraphe 10 du projet de disposition 11 *bis*)[39].

31. Le paragraphe 3 exige que le tribunal, lorsqu'il ordonne la suspension, en précise la durée et toutes autres modalités pertinentes[40]. Pendant la période de suspension, les délais procéduraux applicables sont bloqués, et ils sont prolongés en

---

[32] Règlement du CIRDI, art. 53-2.
[33] Ibid., art. 53-3 et 53-4.
[34] Ibid., art. 53-4.
[35] Ibid., art. 53-5.
[36] Bien que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne contienne pas de disposition expresse sur la suspension, son article 17-1 confère aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de suspendre la procédure. L'article 43-4 dudit règlement autorise la suspension, mais son application est limitée aux cas où tout ou partie des sommes dont la consignation est demandée pour couvrir les frais n'est pas versée.
[37] Dispositions types de la CNUDCI sur la médiation pour les différends relatifs à des investissements internationaux, disposition 3-2.
[38] Règlement du CIRDI, art. 54-1.
[39] Ibid., art. 54-2 et 54-3.
[40] Ibid., art. 54-4.

conséquence. Le paragraphe 4 traite de la possibilité de prolonger la durée de la suspension.

Projet de disposition 7 : Clôture de la procédure

32. Un autre moyen d'assurer l'efficacité de la procédure consiste à en prévoir la clôture. Le projet de disposition 7 a été rédigé compte tenu des articles 30-1 et 36 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et des articles 55 à 57 du Règlement du CIRDI, le terme « clôture » étant utilisé tel qu'il est employé dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

33. Le paragraphe 1 exige du tribunal qu'il ordonne la clôture de la procédure lorsque les parties en ont fait conjointement la demande[41]. Les paragraphes 2 et 3 traitent des cas où l'une des parties demande la clôture de la procédure, ce à quoi les autres parties peuvent s'opposer[42]. Si aucune objection n'est soulevée dans le délai fixé, les autres parties sont réputées avoir consenti à la clôture.

34. Le paragraphe 4 prévoit une procédure permettant de clore la procédure pour cause d'inactivité des parties. Il s'inspire en grande partie de l'article 57 du Règlement du CIRDI et complète l'article 30-1 a) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui traite des cas où le demandeur n'a pas communiqué son mémoire en demande. Au paragraphe 4, on a utilisé l'expression générique « introduction d'une demande », sachant que la terminologie peut varier en fonction des règles applicables. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de conserver le texte entre crochets dans la première phrase. Il pourrait également souhaiter déterminer si les projets de dispositions devraient, de façon générale, envisager le cas où le tribunal n'aurait pas encore été constitué, comme le fait la dernière phrase du paragraphe 4 (par exemple, projets de dispositions 10, 12, 15, 17 et 18).

35. Les paragraphes 5 et 6 reproduisent respectivement les paragraphes 1 et 2 de l'article 36 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le premier traitant de la clôture de la procédure à la suite d'une transaction qui règle le litige et le second des cas où il devient inutile ou impossible de poursuivre la procédure pour d'autres raisons. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de reprendre également l'article 36-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans le projet de disposition.

Projet de disposition 8 : Délai pour rendre la sentence

36. Le projet de disposition 8 a été aligné sur l'article 58 du Règlement du CIRDI et impose des délais détaillés dans lesquels le tribunal doit rendre la sentence.

37. Le paragraphe 1 établit trois délais distincts, en fonction des circonstances, pour le prononcé de la sentence par le tribunal[43]. Ces délais commencent à courir à compter de la présentation des dernières observations des parties, ce qui suppose que le tribunal aura normalement été constitué avant cette date. Le Groupe de travail souhaitera peut-être choisir la formulation à utiliser à l'alinéa b) (voir par. 10 ci-dessus)[44]. Les délais prévus au paragraphe 1 peuvent être modifiés par les parties, comme l'indique le membre de phrase « à moins que les parties au litige n'en conviennent autrement ». Le paragraphe 2 précise la portée de l'expression « dernières observations »[45].

38. Le paragraphe 3 traite de la possibilité d'une prolongation du délai par le tribunal et combine des éléments figurant à l'article 12-2 du Règlement du CIRDI et à l'article 16-2 du Règlement sur l'arbitrage accéléré. Le Groupe de travail voudra peut-être réfléchir à la formulation appropriée, en notant que le paragraphe 3

[41] Ibid., art. 55-1.
[42] Ibid., art. 56.
[43] Ibid., art. 58-1.
[44] Ibid., art. 58-1 b). Voir également l'article 44-3 c) du Règlement du CIRDI, relatif aux objections préliminaires avec demande de bifurcation.
[45] Règlement du CIRDI, art. 58-2.

permettrait au tribunal de prolonger le délai pour préserver le caractère exécutoire de sa sentence.

Projet de disposition 9 : Répartition des frais

39. Le projet de disposition 9 s'inspire de l'article 42 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, complété par l'article 52 du Règlement du CIRDI. Le Groupe de travail voudra peut-être confirmer que les « frais » seront définis conformément aux règles applicables, comme c'est le cas dans l'article 40-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le paragraphe 5 étant la seule exception (voir par. 45 ci-dessous).

40. Le paragraphe 1 prévoit la règle par défaut selon laquelle la partie au litige qui succombe doit supporter les frais de procédure, en tout ou en partie[46].

41. Le paragraphe 2 fournit une liste non exhaustive de facteurs à prendre en compte lors de la répartition des frais entre les parties[47]. Le mot « toutefois » indique que la répartition entre les parties doit se faire à titre exceptionnel. L'expression « de toute partie de celle-ci » permet au tribunal de prendre en considération des décisions prises au cours de différentes phases de la procédure. Par exemple, le tribunal peut établir quelles demandes ont été accueillies ou rejetées aux stades de la procédure relatifs à la compétence, au fond et au montant des réparations.

42. En ce qui concerne la liste du paragraphe 2, l'alinéa d) précise que la différence entre les frais réclamés par les parties peut être prise en compte lors de l'évaluation du caractère « raisonnable » de ces frais. L'alinéa e) vise à faire face aux demandes exagérées. Le non-respect par les parties des obligations de divulgation sur le financement par des tiers n'est pas mentionné au paragraphe 2, car toutes les questions relatives à ce type de financement sont actuellement traitées dans le projet de disposition 12 (voir par. 66 ci-dessous)[48].

43. Le paragraphe 3 énonce la règle de répartition des frais qui s'applique lorsque le tribunal rend une sentence conformément au paragraphe 5 du projet de disposition 4[49]. Dans ce cas, les frais sont à la charge de la partie qui succombe, sauf « circonstances exceptionnelles », ce qui constitue un seuil plus élevé qu'au paragraphe 2.

44. Le paragraphe 4 exige que le tribunal demande à chaque partie de déposer un état de ses frais et des écritures sur la répartition des frais avant de répartir ceux-ci[50].

45. Le paragraphe 5 prévoit que les dépenses liées au financement par des tiers ou en découlant ne doivent être ni prises en compte dans la répartition ni recouvrables (voir également les projets de dispositions 12 et 12 *bis*)[51].

46. Le paragraphe 6 permet au tribunal de rendre une décision intérimaire sur les frais avant la sentence finale, soit à la demande d'une partie au litige, soit de sa propre initiative[52]. Le paragraphe 7 exige que les décisions relatives aux frais soient motivées et fassent partie intégrante de la sentence finale[53].

---

[46] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 42-1, première phrase. L'article 61-2 de la Convention CIRDI ne prévoit pas de présomption en ce sens.

[47] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 42-1, deuxième phrase, et Règlement du CIRDI, art. 52-1.

[48] Projet de disposition 12-9 b).

[49] Règlement du CIRDI, art. 52-2, et A/CN.9/1195, par. 69.

[50] Règlement du CIRDI, art. 51.

[51] A/CN.9/1004, par. 93.

[52] Règlement du CIRDI, art. 52-3.

[53] Ibid., art. 52-4.

Projet de disposition 10 : Demande reconventionnelle

47. Le projet de disposition 10 reflète les différentes vues exprimées à la quarante-neuvième session et le texte présenté à l'issue des délibérations à des fins d'examen[54].

48. Le paragraphe 1 définit les conditions à remplir pour qu'un défendeur puisse former une demande reconventionnelle. Le Groupe de travail voudra peut-être confirmer que les conditions prévues aux alinéas a) et b) devraient être cumulatives (« et »)[55]. L'alinéa b) n'énumère pas ni ne précise les obligations des investisseurs, mais il indique les instruments dans lesquels elles pourraient être trouvées. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient i) d'inclure le mot « étroit » à l'alinéa a)[56], ii) d'inclure le « droit interne » comme fondement des demandes reconventionnelles à l'alinéa b)[57] et iii) d'inclure, également à l'alinéa b), l'expression fourre-tout « tout autre instrument qui s'impose à lui »[58].

49. Afin d'éviter que les tribunaux ne rejettent des demandes reconventionnelles en raison de l'absence de consentement du demandeur, le paragraphe 2 garantit que l'introduction d'une demande par le demandeur vaut consentement à l'introduction, par le défendeur, d'une demande reconventionnelle. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faudrait indiquer que le consentement est « réputé » avoir été donné, en remplaçant le terme « vaut » par « est réputé valoir »[59].

50. Le paragraphe 3 traite du délai d'introduction des demandes reconventionnelles et vise à éviter que celles-ci ne provoquent de retards dans la procédure. Toutefois, ce délai peut être prolongé au-delà de la date de communication du mémoire en défense, si le tribunal estime que le retard est justifié[60].

51. Le paragraphe 4 exige du défendeur qu'il renonce à son droit d'engager une procédure de règlement des différends visant la même demande[61]. Cela garantit qu'une fois la demande reconventionnelle introduite, le défendeur ne peut pas faire valoir la même demande dans un autre for, ce qui permet d'éviter les procédures parallèles et d'éventuelles décisions contradictoires (en particulier si la demande reconventionnelle est fondée sur le non-respect du droit interne). L'expression « procédure de règlement des différends » utilisée dans le projet de disposition se veut large et désigne toute procédure engagée devant une juridiction étatique, un tribunal administratif ou autre autorité compétente, ou encore un tribunal arbitral (voir projets de dispositions 14 et 15)[62]. Elle englobe par ailleurs les procédures tant internationales que locales (voir par. 78 ci-dessous), mais ne couvre pas les modes de règlement amiable ni les procédures d'annulation ou d'appel. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si le paragraphe doit être conservé à la lumière du projet de disposition 15 (voir par. 81 ci-dessous).

Projet de disposition 11 : Consolidation et coordination de procédures d'arbitrage

52. En ce qui concerne la consolidation, deux options (projets de dispositions 11 et 11 *bis*) ont été élaborées aux fins d'examen. Le projet de disposition 11 fait dépendre la consolidation et la coordination de l'accord des parties exclusivement, alors que le projet de disposition 11 *bis* permet également à une partie de demander la consolidation. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il convient de développer ces deux options (éventuellement en relation avec d'autres projets de dispositions qui traitent des préoccupations relatives aux procédures multiples, par

[54] A/CN.9/1194, par. 71 à 81.
[55] Ibid., par. 72.
[56] Ibid., par. 73.
[57] Ibid., par. 74 à 76.
[58] Ibid., par. 77.
[59] Ibid., par. 78.
[60] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 21-3.
[61] A/CN.9/1194, par. 76 et 81.
[62] A/CN.9/1196/Add.1, par. 76 et 79.

exemple les projets de dispositions 6, 10, 15 et 18), ainsi que les principes de l'autorité de la chose jugée et de la litispendance[63].

53. Le projet de disposition 11 adapte l'article 46 du Règlement du CIRDI aux arbitrages non administrés par une institution[64]. Contrairement à d'autres projets de dispositions, il fait expressément référence aux « arbitrages » et au « tribunal arbitral », car il est difficile d'appliquer la disposition à d'autres procédures de règlement des différends prévues dans l'accord.

54. Le paragraphe 1 indique que la consolidation et la coordination reposent sur le consentement des parties. Les paragraphes 2 et 3 font la distinction entre consolidation et coordination, et précisent que seuls les arbitrages concernant le même défendeur peuvent être consolidés[65]. S'agissant du paragraphe 2, il pourrait être nécessaire de préciser si « tous » les aspects des arbitrages doivent être consolidés ou seulement ceux dont la consolidation est expressément demandée par les parties. Dans ce dernier cas, les aspects non consolidés continueraient d'être examinés par les tribunaux arbitraux concernés.

55. Le paragraphe 4 part du principe qu'il n'existe pas d'institution pour faciliter la consolidation ou la coordination. Il exige des parties qu'elles proposent conjointement aux tribunaux arbitraux préétablis les modalités de consolidation ou de coordination des procédures d'arbitrage et qu'elles les consultent. Par exemple, ces modalités pourraient impliquer de déterminer quel tribunal serait chargé de la procédure consolidée (ou comment il devrait être composé), ainsi que de définir les règles applicables et un calendrier de procédure. Elles devraient également prévoir la clôture de toute procédure faisant l'objet d'une consolidation. Les tribunaux préétablis sont alors tenus de rendre des ordonnances pour mettre en œuvre les modalités convenues.

Projet de disposition 11 *bis* : Jonction

56. Le projet de disposition 11 *bis* prévoit un mécanisme permettant de joindre plusieurs demandes soumises à l'arbitrage en vertu de l'accord. Il a été rédigé sous forme de disposition conventionnelle sur la base de l'article 9-28 de l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste et de l'article 14.D.12 de l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis du Mexique.

57. Le paragraphe 1 énonce les conditions de la jonction, qui peut reposer sur l'accord de toutes les parties au litige ou être mise en place conformément aux paragraphes suivants. Le Groupe de travail souhaitera peut-être confirmer qu'il n'est pas nécessaire de mentionner ici la condition énoncée au paragraphe 2 du projet de disposition 11, à savoir que les arbitrages concernent le ou les mêmes défendeurs (voir par. 54 ci-dessus), étant donné que les demandes découlent du même accord.

58. Les paragraphes 2 à 5 établissent la procédure de demande de jonction. L'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste et l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis du Mexique prévoient tous deux l'intervention du Secrétaire général du CIRDI. Le Groupe de travail pourrait envisager d'adopter une approche similaire ou de faire référence à l'autorité de nomination désignée dans l'accord ou convenue par les parties au litige. Toutefois, si les autorités de nomination diffèrent d'un arbitrage à l'autre, l'application de ces paragraphes pourrait s'avérer compliquée.

---

[63] L'autorité de la chose jugée garantit que les questions qui ont été définitivement tranchées ne peuvent pas être remises en litige entre les mêmes parties, préservant ainsi le caractère définitif des décisions. La litispendance vise le cas où un même litige est pendant devant plusieurs juridictions et peut être invoquée pour mettre en place des garanties procédurales afin d'éviter les procédures parallèles et le risque d'aboutir à des issues divergentes.

[64] A/CN.9/WG.III/WP.245, par. 41 à 45.

[65] Règlement du CIRDI, art. 46-2.

59. Le paragraphe 6 définit les pouvoirs des tribunaux constitués en application du projet de disposition. Le paragraphe 7 permet à d'autres demandeurs de demander à être inclus dans la procédure consolidée. Les paragraphes 8 à 10 traitent du cadre procédural du tribunal (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) et de ses relations avec les tribunaux arbitraux établis avant la jonction.

Projet de disposition 12 : Financement par des tiers

60. En ce qui concerne le financement par des tiers, deux options (projets de dispositions 12 et 12 *bis*) ont été élaborées à partir des délibérations[66]. Le projet de disposition 12 adopte une approche permissive à l'égard du financement par des tiers, exigeant des parties qu'elles en divulguent l'existence, ainsi que les informations pertinentes, tandis que le projet de disposition 12 *bis* vise à réglementer certains types de financement par des tiers. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faut développer les deux options et comment il convient de procéder.

61. Le projet de disposition 12 énonce les obligations des parties en matière de divulgation d'informations sur le financement par des tiers, ainsi que les conséquences de leur non-respect. Il a été aligné sur l'article 14 du Règlement du CIRDI.

62. Le paragraphe 1 offre une définition large du financement par des tiers, afin d'assurer une obligation de divulgation complète. L'expression « tous fonds » vise à traduire le caractère « financier » du soutien, ce qui exclut les contributions en nature telles que les services juridiques fournis à titre gracieux. Le mot « tous » vise à englober les accords relatifs à un soutien financier total comme partiel. Les mots « tierce partie » sont utilisés pour couvrir un large éventail d'entités susceptibles de fournir un financement, telles que le cabinet d'avocats représentant une partie.

63. Le paragraphe 2 énonce les principales obligations de divulgation de la partie bénéficiant du financement, définie au sens large de façon à inclure non seulement une partie qui a reçu un financement, mais aussi une partie qui a conclu un accord à cette fin. Celle-ci doit communiquer les informations pertinentes au tribunal et à l'autre partie au litige, leur divulgation plus large, notamment au public, étant laissée à la discrétion du tribunal. En ce qui concerne les informations concernées, le paragraphe 2 énumère celles qui doivent être communiquées, tandis que le paragraphe 3 indique celles qui peuvent être exigées par le tribunal. Ainsi, les modalités de l'accord de financement ne doivent être communiquées que dans la mesure où elles sont pertinentes pour les informations requises au paragraphe 2 et lorsque le tribunal le demande. Le paragraphe 3 fournit une liste non exhaustive d'informations dont le tribunal peut exiger la divulgation. Ce faisant, ce dernier doit tenir compte de la nécessité de ces informations et de leur disponibilité (par exemple, la partie bénéficiant du financement peut ne pas avoir connaissance d'une relation existant entre le tiers financeur ou son bénéficiaire final et l'un des arbitres).

64. Le paragraphe 4 précise que l'obligation de divulgation incombe uniquement à la partie bénéficiant du financement (et non au tiers financeur ou au représentant juridique de ladite partie). Il indique également le moment de la divulgation – lors de la communication de la « notification d'arbitrage » ou de la « réponse à la notification », ou immédiatement après la conclusion de l'accord de financement si celle-ci a lieu plus tard. En fonction des règles applicables, le moment choisi et les modalités (qui sont inspirés du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) devront peut-être être adaptés.

65. Le paragraphe 5 prévoit que toute nouvelle information ou toute modification d'une information précédemment divulguée doit être rapidement communiquée au tribunal et à l'autre partie au litige.

---

[66] A/CN.9/1194, par. 92. Voir également A/CN.9/WG.III/WP.245, par. 46 à 49, et A/CN.9/WG.III/WP.219.

66. Le paragraphe 6 décrit les conséquences du non-respect des obligations de divulgation, aspect qui n'est pas abordé par l'article 14 du Règlement du CIRDI. Le tribunal peut ordonner la constitution d'une garantie du paiement des frais, prendre en compte ce non-respect (plutôt que la simple existence d'un financement par des tiers) lors de la répartition des frais (voir par. 42 et 45 ci-dessus) ou suspendre ou clore la procédure. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il convient de limiter la suspension ou la clôture à des circonstances exceptionnelles.

Projet de disposition 12 *bis* : Réglementation du financement par des tiers

67. Le projet de disposition 12 *bis* a été établi à l'intention des États qui souhaitent réglementer le financement par des tiers au-delà de la simple divulgation d'informations[67]. Il doit être lu conjointement avec le projet de disposition 12, car la réglementation de ce financement ne pourrait se faire sans sa divulgation.

68. Le paragraphe 1 donne au tribunal le pouvoir discrétionnaire de réglementer le financement par des tiers en limitant certains types de financement ou le financement dans certaines circonstances précises. Il contient des exemples de financement par des tiers dont le Groupe de travail a déterminé qu'ils étaient particulièrement problématiques et abusifs[68]. Il ne faudrait cependant pas qu'il ait pour effet de compromettre l'accès à la justice ou d'éliminer les demandes fondées[69]. Le cas de figure où la partie bénéficiant du financement aurait dissimulé des informations ou fourni de fausses informations n'est pas mentionné, car il est traité au paragraphe 6 du projet de disposition 12[70].

69. En ce qui concerne la liste contenue au paragraphe 1, le Groupe de travail voudra peut-être réfléchir aux formulations appropriées, en s'interrogeant notamment sur l'opportunité de prévoir une clause générale permettant au tribunal de limiter, par exemple, le financement par des tiers qu'il juge abusif. Cette liste pourrait sinon rester ouverte, de façon que les États puissent y inclure les circonstances qu'ils souhaitent réglementer. La décision incomberait au tribunal, qui pourrait avoir besoin d'obtenir des informations supplémentaires afin de procéder à l'évaluation, ce qui toutefois ne doit pas entraîner de retards ni de coûts indus. Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faudrait couvrir l'ensemble du processus (par exemple, en indiquant qui peut demander des restrictions et si la partie bénéficiant du financement ou le tiers financeur auraient la possibilité d'exprimer leurs vues).

70. Le paragraphe 3 prévoit les conséquences de la décision du tribunal de restreindre le financement par des tiers, en exigeant que la partie bénéficiant du financement mette fin à l'accord de financement et restitue les fonds qu'elle a pu recevoir au tiers financeur. Le paragraphe 4 énonce les mesures supplémentaires qui peuvent être prises par le tribunal (conformément au paragraphe 6 du projet de disposition 12), notamment lorsqu'une partie au litige ne résilie pas l'accord ou ne restitue pas le financement comme l'exige le paragraphe 3. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le caractère approprié de ces sanctions.

Projet de disposition 13 : Règlement amiable

71. Le projet de disposition 13 reproduit le texte suggéré à la quarante-neuvième session en vue d'un examen plus approfondi[71].

72. Le paragraphe 1 vise à promouvoir le recours au règlement amiable et fournit une liste non exhaustive de modes de règlement possibles. Le paragraphe 2 met l'accent sur la nature volontaire de ce recours, en soulignant que ces moyens sont encouragés mais non imposés aux parties.

---

[67] A/CN.9/1194, par. 86.
[68] Ibid., par. 88.
[69] Ibid., par. 92.
[70] Ibid., par. 89.
[71] A/CN.9/1194, par. 98.

73. Le paragraphe 3 prévoit un « délai de répit » de six mois, qui commence à courir à compter de la réception de l'invitation à un règlement amiable. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient d'introduire un tel délai, pendant lequel les parties se verraient empêchées de présenter des demandes. Il souhaitera peut-être aussi se demander si le paragraphe 3 pourrait empêcher une partie d'introduire une demande dans le cadre d'une procédure locale de règlement des différends (voir projet de disposition 14 et par. 78 ci-dessous).

74. L'expression « sauf disposition contraire de l'accord » vise à tenir compte des éventuels conflits avec les dispositions de l'accord sous-jacent. Toutefois, il pourrait être nécessaire d'en clarifier le sens, notamment pour préciser si elle fait référence à l'absence de délai de répit ou à un délai autre que six mois. Le Groupe de travail voudra peut-être également se demander si les parties au litige devraient être autorisées à écarter ce délai ou à le modifier conjointement.

75. Le Groupe de travail souhaitera peut-être confirmer que la conduite des parties dans le cadre d'un règlement amiable devrait être prise en compte par le tribunal lors de la répartition des frais conformément au paragraphe 2 b) du projet de disposition 9.

76. Le paragraphe 4 prévoit que, lorsque les parties conviennent de recourir à un règlement amiable, le délai de prescription prévu par le projet de disposition 16 est suspendu pendant la durée de cette procédure (c'est-à-dire que le délai de prescription est prolongé jusqu'à la clôture de la procédure de règlement amiable)[72]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner cette question conjointement avec le paragraphe 3 du projet de disposition 16 (voir par. 88 ci-dessous).

Projet de disposition 14 : Recours internes

77. Le projet de disposition 14 reflète l'interprétation du Groupe de travail selon laquelle il convient d'encourager les recours internes, sans toutefois les rendre obligatoires[73].

78. Le paragraphe 1 encourage l'investisseur à engager, lorsque cela est possible, une procédure devant un tribunal ou autre autorité compétente de l'État défendeur (appelée « procédure locale de règlement des différends »)[74].

79. Afin d'inciter davantage les parties à se servir des voies de recours internes, le paragraphe 2 établit un mécanisme permettant de suspendre le délai de prescription prévu dans le projet de disposition 16 pendant la période au cours de laquelle les recours internes sont exercés (voir par. 88 ci-dessous)[75]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'autres options, par exemple en fixant un délai de prescription plus long ou en prévoyant que ce dernier ne commence à courir qu'après l'obtention d'une décision définitive dans le cadre de recours internes[76]. Toutefois, ces deux solutions risquent d'aller à l'encontre de l'objectif de la mise en place du délai de prescription, car celui-ci pourrait être prolongé indûment.

---

[72] A/CN.9/1196/Add.1, par. 89.

[73] A/CN.9/1160, par. 124. Les États souhaitant imposer l'épuisement des voies de recours internes peuvent exiger d'un investisseur qu'il épuise toutes les voies de recours disponibles dans le système juridique national avant de saisir un tribunal arbitral (voir également l'article 26 de la Convention CIRDI). Ces États peuvent remplacer, au paragraphe 1, le mot « peut » par « doit » pour imposer cette exigence. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander comment le projet de disposition 14, dans sa forme actuelle, fonctionnerait dans ces États (A/CN.9/1196/Add.1, par. 71 et 72).

[74] A/CN.9/1196/Add.1, par. 70. Les projets de dispositions utilisent l'expression « procédure de règlement des différends » pour désigner les procédures engagées devant une juridiction étatique, un tribunal administratif ou autre autorité compétente (voir par. 51 ci-dessus). Cette expression devrait être interprétée au sens large pour inclure également les médiateurs et les centres d'arbitrage locaux, mais pas les mécanismes de règlement amiable (A/CN.9/1196/Add.1, par. 76).

[75] A/CN.9/1196/Add.1, par. 76 et 77 (troisième option).

[76] Ibid.

Projet de disposition 15 : Renonciation au droit d'engager une procédure de règlement des différends

80. Le projet de disposition 15 vise à éviter les procédures parallèles en empêchant une partie de saisir plusieurs instances pour la même question ou le même manquement. Le Groupe de travail souhaitera peut-être veiller à ce que soient conciliés la nécessité de limiter les procédures parallèles (efficacité judiciaire) et le droit des parties d'engager ou de poursuivre des procédures de règlement des différends[77]. Il voudra peut-être déterminer comment le projet de disposition 15 s'appliquerait dans le cas où l'accord contiendrait une disposition similaire[78].

81. Le paragraphe 1 énonce le principe général selon lequel une partie ne peut introduire une demande concernant le même objet que si elle renonce à son droit d'engager toute autre procédure de règlement des différends (voir par. 51 ci-dessus)[79]. Dans les projets de dispositions, le terme « demande » englobe les « demandes reconventionnelles » (voir par. 24 ci-dessus), ce qui explique l'emploi de l'expression « ayant le même objet »[80]. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le paragraphe devrait se limiter à exiger que « l'investisseur/le demandeur » renonce à son droit d'engager toute procédure ayant pour objet la mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation de l'accord[81]. Dans ce cas, il y aurait lieu de conserver le paragraphe 4 du projet de disposition 10, qui s'applique aux défendeurs formant une demande reconventionnelle (voir par. 51 ci-dessus).

82. Le paragraphe 2 indique la teneur de la déclaration à fournir au tribunal (« renonciation ») et le paragraphe 3 précise que lorsqu'une demande est introduite au nom d'une entreprise établie localement, la renonciation de cette entreprise doit également être fournie. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le paragraphe 3 devrait être limité aux cas de figure visés dans le projet de disposition 18 ou si sa portée devrait être plus large. Le fait de ne pas fournir la renonciation requise constituerait un motif autorisant le tribunal à rejeter la demande[82].

83. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il convient d'élargir le champ d'application du projet de disposition 15 aux sociétés mères, aux actionnaires et aux filiales de l'investisseur ou de l'entreprise établie localement qui estiment avoir subi la même perte ou le même dommage. Le paragraphe 4 propose une formulation possible à cet effet[83]. Toutefois, cela pourrait s'avérer trop contraignant et avoir pour conséquence de limiter le droit de l'investisseur d'introduire des demandes, car il se pourrait que ce dernier ne soit pas en mesure d'obtenir une renonciation de la part de toutes ces entités.

84. Le paragraphe 5 précise que la renonciation ne s'applique pas aux procédures concernant des mesures provisoires.

Projet de disposition 16 : Délai de prescription

85. Le projet de disposition 16 fixe le délai dans lequel un investisseur doit saisir le tribunal. Il vise à renforcer la sécurité juridique en évitant que les États soient exposés à des demandes pendant un temps indéfini. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette disposition conjointement avec les projets de dispositions 13 à 15.

---

[77] Ibid., par. 78.
[78] Ibid., par. 84. Voir également la note de bas de page 85.
[79] Ibid., par. 79. Une renonciation n'empêcherait pas une partie au litige de faire appel d'une sentence ou d'une décision ou d'en demander l'exécution à un stade ultérieur. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il faudrait préciser ce point au paragraphe 5.
[80] Ibid., par. 83.
[81] Ibid., par. 84.
[82] Ibid., par. 82.
[83] Ibid., par. 80 à 82 et 84. Voir également l'article 11.18-4 de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et la Corée.

86. Le paragraphe 1 limitant la possibilité qu'a le demandeur de saisir le tribunal, il ne s'applique pas aux modes de règlement amiable ni aux procédures judiciaires locales. Le délai de prescription commence à courir lorsque l'investisseur a ou aurait dû avoir connaissance non seulement de la violation alléguée, mais aussi de la perte ou du dommage allégué résultant de cette violation[84]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être réfléchir au délai de prescription approprié, en notant qu'un délai trop court risque d'inciter les investisseurs à déposer des demandes par simple précaution[85]. Il pourrait également se demander comment le projet de disposition 16 s'articulerait avec des dispositions de l'accord qui prévoiraient un délai de prescription différent ou le feraient courir à partir d'un autre moment.

87. Le paragraphe 2 permet aux parties au litige de convenir de prolonger ou de suspendre le délai de prescription[86]. Il vise par là à faciliter les efforts consacrés à un règlement amiable et l'exercice des voies de recours internes. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner dans quelle mesure les parties au litige devraient avoir la possibilité de modifier le délai de prescription.

88. Le paragraphe 3 énumère les circonstances dans lesquelles le délai de prescription pourrait être suspendu (pendant un règlement amiable ou une procédure locale de règlement des différends). Il n'inclut toutefois pas les cas où l'investisseur n'a pas été en mesure de déposer sa demande en raison d'actions engagées par l'État d'accueil ou d'un cas de force majeure[87]. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le paragraphe 4 du projet de disposition 13 et le paragraphe 2 du projet de disposition 14 gagneraient à être placés dans le projet de disposition 16.

Projet de disposition 17 : Refus d'accorder des avantages

89. Le projet de disposition 17 permet à une partie contractante de refuser d'accorder les avantages découlant de l'accord à des investisseurs ou à des investissements qu'elle n'avait pas l'intention de protéger. Eu égard au fait que les accords internationaux d'investissement de première génération ne contiennent pas de disposition en ce sens, on s'était déclaré favorable à l'élaboration de ce projet de disposition en tant qu'option offerte aux États[88]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander comment le projet de disposition 17 s'articulerait avec les dispositions existantes de l'accord.

90. On a modifié le paragraphe 1 afin de prendre en compte également les opérations circulaires ou « round-tripping », qui consistent, pour un investisseur national, à faire transiter un investissement par une entité étrangère afin de bénéficier des avantages de l'accord puis à rapatrier l'investissement dans son pays d'origine. Ce paragraphe traite également des investissements qui sont restructurés avec pour principal objectif d'introduire une demande au titre de l'accord et vise en particulier les « sociétés écrans » et la recherche du traité le plus favorable (« treaty-shopping »). Le membre de phrase contenu dans la deuxième paire de crochets correspond à une suggestion faite à la session précédente du Groupe de travail. Ce dernier voudra peut-être confirmer que le membre de phrase figurant dans la première paire est plus clair.

91. Le paragraphe 2 traite du cas où une partie contractante a adopté ou maintient contre une partie non contractante ou ses ressortissants des mesures qui interdisent les opérations avec un investisseur ou qui seraient enfreintes si l'investisseur se voyait accorder des avantages en vertu de l'accord. Le Groupe de travail souhaitera peut-être préciser que ces « mesures » sont limitées à celles qui sont conformes à l'accord et qui pourraient être justifiées au regard de celui-ci[89].

---

[84] A/CN.9/1196/Add.1, par. 86 et 91.
[85] Ibid., par. 88.
[86] Ibid., par. 89 et 91.
[87] Ibid., par. 90.
[88] Ibid., par. 92.
[89] Ibid., par. 93.

92. Le paragraphe 3 traite d'autres cas où la partie contractante peut refuser d'accorder les avantages découlant de l'accord. Compte tenu des divergences de vues[90], le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il y a lieu de le conserver et, dans l'affirmative, quels alinéas il convient de garder. En ce qui concerne l'alinéa a), il pourrait souhaiter déterminer si les sanctions prévues par le projet de disposition 12 *bis* sont suffisantes pour réglementer le financement par des tiers. En ce qui concerne les alinéas b) et c), le Groupe de travail voudra peut-être se demander si, à première vue, les investissements illégaux ou les investissements résultant de la corruption et d'autres actes illégaux ou ayant fait intervenir de tels actes seraient protégés par l'accord ou non (auquel cas il n'y aurait aucun avantage à refuser). Il pourrait également souhaiter déterminer comment la violation des lois et la corruption pourraient être établies et si le tribunal serait habilité à le faire.

93. Le paragraphe 4 traite de la procédure à suivre pour refuser d'accorder des avantages, que les États peuvent appliquer à tout moment. Il confirme que ce refus peut être invoqué sans formalités particulières, qu'il n'est applicable qu'au différend en question et qu'il a un effet rétroactif remontant à la date de l'investissement. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si l'expression « agit aussi rapidement que possible » comprendrait l'obligation, pour la partie contractante qui refuse, d'en informer le tribunal.

Projet de disposition 18 : Demandes présentées par des actionnaires[91]

94. Des avis très divers ont été exprimés au sujet du projet de disposition 18, notamment sur la question de savoir s'il convenait de l'étoffer[92]. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette question en se fondant sur le texte révisé.

95. Le paragraphe 1 limite le type de demande qu'un actionnaire peut introduire, à savoir uniquement des demandes pour pertes ou dommages directs. Les deuxième et troisième phrases, rédigées sous forme de clauses visant à assurer une plus grande sécurité, précisent ce que recouvrent les notions de perte ou de dommage direct.

96. Le paragraphe 2 autorise les actions obliques de la part d'actionnaires pour le compte d'une entreprise (demandes pour pertes par ricochet) dans des circonstances limitées. La question se pose de savoir à quel moment il faudrait déterminer si l'actionnaire « détient ou contrôle » l'entreprise concernée, à savoir au moment de la violation présumée ou au moment où l'action est intentée, voire les deux. Le Groupe de travail souhaitera peut-être confirmer que le paragraphe 2 n'empêcherait pas les actionnaires minoritaires d'engager une telle action, puisqu'il n'exige pas que l'actionnaire détienne la majorité ou une part spécifiée des actions[93]. L'expression « dét[enir] ou contrôl[er] » est également utilisée dans les projets de dispositions 12, 15 et 17.

97. La formule « s'apparentant à un déni de justice » fait référence à des procédures judiciaires manifestement injustes ou arbitraires, à des retards injustifiés dans l'administration de la justice, au défaut d'accès à des procédures locales de règlement des différends et à d'autres graves vices de procédure ou de fond entachant ces procédures.

98. Les paragraphes 3 et 4 imposent certaines exigences à l'actionnaire lorsqu'il présente une demande. Le paragraphe 4 pourrait être inutile si le projet de disposition 15 est maintenu en l'état.

---

[90] Ibid., par. 94.

[91] A/CN.9/WG.III/WP.245, par. 66 à 68. Voir également A/CN.9/WG.III/WP.170 et les commentaires de l'OCDE, disponibles (en anglais) à l'adresse : https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/oecd_secretariat_dp.10.pdf.

[92] A/CN.9/1196/Add.1, par. 96 et 97.

[93] Ibid., par. 98.

99. Conformément au paragraphe 5, le produit de toute demande pour pertes par ricochet devrait être dévolu à l'entreprise et non à l'actionnaire. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de fournir des orientations supplémentaires au tribunal pour que, lorsqu'il rend une sentence, il tienne par exemple compte de la structure de gouvernance de l'entreprise, des intérêts des autres actionnaires et parties prenantes et de la législation nationale applicable régissant les droits et obligations de l'entreprise et de ses actionnaires.

Projet de disposition 19 : Droit de réglementer[94]

100. Le Groupe de travail est convenu que le droit des États à réglementer était un principe de souveraineté en droit international coutumier et a noté que ce principe avait été affirmé ou réaffirmé par les États dans de récents accords d'investissement bilatéraux et régionaux, quoique sous différentes formes[95]. Toutefois, des avis très divers ont été exprimés au sujet du projet de disposition 19, notamment sur la question de savoir s'il convenait de l'étoffer[96]. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette question en se fondant sur le texte révisé.

101. Le projet de disposition 19 présente deux variantes possibles en vue de leur examen par le Groupe de travail[97]. La variante A exige des tribunaux qu'ils accordent une grande considération au droit des États de réglementer. La variante B exclut certaines mesures adoptées par les États du champ d'application des demandes, à l'instar d'autres projets de dispositions qui imposent des restrictions aux demandes. Toutes deux posent comme condition que le projet de disposition ne s'applique que si les mesures adoptées par les États sont appliquées d'une manière compatible avec l'objectif et les dispositions de l'accord. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la liste des questions de politique générale mentionnées dans les deux variantes, qui reflètent les suggestions formulées jusqu'à présent.

Projet de disposition 20 : Évaluation des réparations et de l'indemnisation[98]

102. Des avis divergents ont été exprimés au sujet des formulations précédentes du projet de disposition 20, qui figurent dans les documents A/CN.9/WG.III/WP.231 (en tant que projet de disposition 23) et A/CN.9/WG.III/WP.244. Le projet de disposition 20 tient compte de ces divergences et intègre les points soulevés à la quarante-neuvième session[99].

103. Au titre des mesures envisageables, le paragraphe 1 prévoit que le tribunal peut octroyer des réparations pécuniaires ou ordonner la restitution de biens. Le mot « ou » devrait être interprété comme signifiant que les deux mesures ne peuvent pas être combinées car elles concernent des situations différentes. L'alinéa b) prévoit qu'en cas d'expropriation, lorsque la restitution de biens est ordonnée, le tribunal indique le montant de l'indemnisation à verser en lieu et place de la restitution, qui doit représenter la juste valeur marchande des biens au moment de l'expropriation. L'État défendeur aurait la possibilité de choisir entre la restitution et des réparations pécuniaires. La référence aux « intérêts éventuels » figurant dans les précédentes versions a été supprimée car le paragraphe 2 prévoit déjà que de tels intérêts peuvent être accordés.

104. Le paragraphe 2 permet au tribunal d'accorder des intérêts, qui peuvent être antérieurs ou postérieurs à la sentence, à des taux pouvant éventuellement différer. Le taux fixé doit être raisonnable. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander : i) si le tribunal devrait uniquement pouvoir accorder des intérêts « simples », en particulier s'agissant des intérêts antérieurs à la sentence ; et ii) si le

---

[94] A/CN.9/WG.III/WP.245, par. 66 à 68.
[95] A/CN.9/1196/Add.1, par. 100.
[96] Ibid., par. 101 et 102.
[97] Ibid., par. 107.
[98] A/CN.9/WG.III/WP.245, par. 72 à 78 ; A/CN.9/WG.III/WP.231 ; et A/CN.9/WG.III/WP.232, par. 72 à 76.
[99] A/CN.9/1194, par. 101 à 103.

tribunal devrait être tenu de consulter les parties au litige pour déterminer le taux d'intérêt ou si sa décision serait soumise à leur accord.

105. Le paragraphe 3 traite de la causalité et reflète l'interprétation selon laquelle les seuls dommages pris en compte devraient être ceux provoqués « directement » par la violation et non par l'ensemble de la mesure qui a conduit à la violation. En outre, l'action ou l'inaction d'un État qui peut être incompatible avec les attentes du demandeur ne constitue pas en soi un fondement pour l'octroi de réparations.

106. Le paragraphe 3 fournit une liste non exhaustive (« le cas échéant ») de circonstances que le tribunal doit considérer lors de l'évaluation des dommages. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le non-respect, par le demandeur, des obligations lui incombant en vertu du droit interne serait considéré comme une « faute concurrente » au sens de l'alinéa a), étant donné qu'il s'agit de l'un des fondements des demandes reconventionnelles prévus au paragraphe 1 b) du projet de disposition 10. Il pourrait souhaiter se demander si les facteurs suivants devraient être ajoutés à la liste : la situation économique de l'État défendeur, l'évaluation des risques liés au projet et au pays au moment où l'investissement a été réalisé, la corruption accompagnant la réalisation de l'investissement (voir projet de disposition 17, par. 3 c)], la question de savoir si l'investissement a été pleinement réalisé et l'effet délétère potentiel de la sentence sur l'État défendeur et sa population.

107. Le paragraphe 4 prévoit que les réparations pécuniaires sont accordées sur la base de preuves satisfaisantes et ne sont pas spéculatives. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander : i) si le paragraphe 4 devrait interdire l'utilisation de certaines méthodes de calcul, telles que l'actualisation des flux de trésorerie, ou la limiter aux circonstances où la rentabilité pourrait être démontrée ; ii) s'il devrait être interdit au tribunal d'accorder des réparations pécuniaires supérieures au montant total des dépenses (corrigé de l'inflation) engagées par le demandeur pour réaliser son investissement (coûts irrécupérables). Ces questions sont également traitées dans le projet de lignes directrices publié sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.255.

108. Le paragraphe 5 interdit les dommages-intérêts punitifs. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il devrait également interdire au tribunal d'accorder des réparations supérieures au montant demandé.

109. Les paragraphes 6 et 7 traitent de l'intervention d'experts désignés dans l'évaluation des réparations. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le recours à des experts est généralement prévu dans les règles de procédure applicables[100].

110. Le paragraphe 2 e) du projet de disposition 9 permet au tribunal de considérer le rapport de proportion entre le montant des réparations réclamées par le demandeur et le montant accordé lors de la répartition des frais.

Projet de disposition 21 : Interprétation conjointe[101]

111. Le projet de disposition 21 précise la signification des interprétations conjointes, les procédures à suivre pour en émettre et les moyens de leur donner des effets contraignants. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la relation entre ce projet de disposition et les dispositions existantes de l'accord.

112. Le paragraphe 1 prévoit que les parties à l'accord, ou un organe établi à cette fin aux termes dudit accord, sont habilités à émettre une interprétation conjointe à tout moment et sous quelque forme que ce soit. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient d'inclure un mécanisme permettant aux non-parties à l'accord de participer également au processus et si l'interprétation conjointe peut porter non seulement sur une disposition de l'accord, mais aussi sur son préambule ou ses annexes.

---

[100] A/CN.9/1160, par. 110.

[101] A/CN.9/WG.III/WP.248, par. 5 à 13.

113. Le paragraphe 2 encourage les parties à l'accord à coopérer aux fins de l'émission d'une interprétation conjointe, en particulier lorsque l'une des parties en fait la demande. Afin de respecter le droit souverain des parties, le paragraphe 2 ne prévoit aucune conséquence lorsque l'autre partie ne participe pas à l'interprétation conjointe ou qu'aucun accord n'est trouvé. Il exclut également la possibilité pour un tribunal de demander une interprétation conjointe, que ce soit à la demande d'une partie au litige ou d'office, car cela pourrait être source de complexité.

114. Le paragraphe 3 traite de l'effet contraignant des interprétations conjointes sur les tribunaux. À ce titre, les tribunaux devraient veiller à ce que les jugements et les sentences qu'ils rendent soient conformes à l'interprétation conjointe. Le texte s'écarte ici de l'approche par défaut suivie dans la Convention de Vienne, selon laquelle les tribunaux conservent une certaine latitude dans la prise en compte des documents interprétatifs. Le paragraphe précise également que les tribunaux ne devraient pas tirer de conclusions négatives de l'absence d'interprétation conjointe.

115. Le Groupe de travail souhaitera peut-être confirmer qu'une interprétation conjointe devrait lier les tribunaux qui interprètent la disposition pertinente de l'accord (« saisis d'un différend découlant de l'accord »), quelle que soit la date de leur établissement. Cette question pourrait nécessiter une analyse plus approfondie dans le contexte d'un mécanisme d'appel, notamment pour déterminer si une interprétation conjointe émise après le prononcé de la sentence de premier degré devrait lier le tribunal d'appel.

116. Pour tenir compte des cas où les parties souhaitent définir la portée temporelle de l'interprétation conjointe, le paragraphe 4 leur permet de préciser la date à partir de laquelle une telle interprétation prendrait effet. Il concilie souplesse et sécurité juridique, en particulier lorsque l'interprétation conjointe est émise après la naissance d'un litige.

Projet de disposition 22 : Observations présentées par une partie au traité non partie au litige[102]

117. Le projet de disposition 22 a été étroitement aligné sur l'article 5 du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (le « Règlement sur la transparence »), mais s'inspire également de l'article 68-3 du Règlement du CIRDI. Il encadre la présentation d'observations par une partie à l'accord qui n'est pas partie au litige (appelée « partie au traité non partie au litige »).

118. Le paragraphe 1 prévoit que le tribunal autorise les parties au traité non parties au litige à présenter des observations et peut en outre les inviter à en présenter au sujet de l'interprétation de l'accord faisant l'objet du différend[103]. Lorsqu'il autorise la présentation de ces observations, le tribunal devrait s'assurer que celle-ci ne perturbe pas ou n'alourdit pas indûment la procédure ni ne cause un préjudice injustifié à l'une des parties au litige[104]. Cette exigence est exprimée dans le membre de phrase « sous réserve du paragraphe 5 ». Le paragraphe 1 impose en outre au tribunal de consulter les parties au litige avant d'inviter des parties au traité non parties au litige à présenter de telles observations. Le Groupe de travail souhaitera peut-être confirmer qu'il n'est pas nécessaire de préciser la nature et les effets de ces observations, de même que la forme qu'elles doivent prendre et le moment auquel elles doivent être présentées, dans le projet de disposition 22.

---

[102] Ibid., par. 14 à 20.

[103] Règlement sur la transparence, art. 5-1.

[104] Ibid., art. 5-4. Par exemple, le tribunal peut imposer des conditions à la présentation d'observations, notamment quant au format, à la longueur, à l'étendue ou à la publication des observations, ainsi qu'au délai de présentation (Règlement du CIRDI, art. 68-2, seconde phrase).

119. Les observations visées au paragraphe 2 sont d'une nature différente de celles visées au paragraphe 1 puisqu'il s'agit d'observations « sur d'autres questions s'inscrivant dans le cadre du litige »[105]. Le paragraphe 2 adapte les facteurs visés à l'article 4-3 du Règlement sur la transparence en proposant une liste non exhaustive que le tribunal doit prendre en considération lorsqu'il autorise la présentation de telles observations. Le Groupe de travail voudra peut-être confirmer que la partie au traité non partie au litige n'est pas tenue de divulguer les éventuels liens qu'elle entretient avec le demandeur dans la procédure en question.

120. Le paragraphe 3 garantit que la partie au traité non partie au litige dispose de suffisamment de contexte pour décider de l'opportunité de présenter des observations[106].

121. Le paragraphe 4 précise que le tribunal ne doit pas émettre d'hypothèse ni tirer de conclusions en cas d'absence d'observations ou de réponse à l'invitation de présenter des observations[107]. Conformément au paragraphe 6, les parties au litige doivent avoir la possibilité de formuler leurs observations sur les observations susmentionnées[108].

[105] Règlement sur la transparence, art. 5-2.
[106] Règlement du CIRDI, art. 68-3.
[107] Règlement sur la transparence, art. 5-3.
[108] Règlement sur la transparence, art. 5-5, et Règlement du CIRDI, art. 68-4.