



# Assemblée générale

Distr. limitée  
29 novembre 2019  
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)**  
**Trente-huitième session (reprise)**  
Vienne, 20-24 janvier 2020

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

### Mécanisme d'appel et mécanisme juridictionnel multilatéral

Note du Secrétariat

#### Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	2
II. Mécanisme d'appel et mécanisme juridictionnel multilatéral . . . . .	3
A. Mécanisme d'appel . . . . .	3
1. Propositions formulées dans les Communications . . . . .	3
2. Questions à examiner . . . . .	4
3. Options envisageables pour la création d'un mécanisme d'appel . . . . .	9
B. Tribunal multilatéral permanent des investissements . . . . .	13
1. Proposition et questions formulées dans les Communications . . . . .	13
2. Questions à examiner . . . . .	15
3. Lien avec d'autres options de réforme . . . . .	17



## I. Introduction

1. De sa trente-quatrième à sa trente-septième sessions, le Groupe de travail a entrepris des travaux sur une éventuelle réforme du RDIE, eu égard au mandat que la Commission lui avait confié à sa cinquantième session, en 2017<sup>1</sup>. À ces sessions, le Groupe de travail a recensé et examiné les préoccupations exprimées au sujet du RDIE, et en a conclu qu'une réforme était souhaitable.
2. À sa trente-huitième session, le Groupe de travail est convenu d'un calendrier du projet (A/CN.9/1004, par. 16 à 27 et 104)<sup>2</sup>.
3. En ce qui concerne la session en cours, le Groupe de travail a décidé d'examiner les sujets suivants : i) mécanisme autonome de réexamen ou d'appel ; ii) tribunal multilatéral permanent des investissements ; et iii) sélection et nomination des arbitres et des juges (A/CN.9/1004, par. 25 and 27).
4. En conséquence, la présente note vise à exposer les questions essentielles qui se rapportent à un mécanisme d'appel et à un tribunal multilatéral permanent des investissements. Les options de réforme concernant la sélection et la nomination des membres des tribunaux tranchant des affaires de RDIE, qu'il convient d'examiner conjointement avec la présente note, sont énoncées dans le document A/CN.9/WG.III/WP.169.
5. La présente note a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet<sup>3</sup> et ne cherche pas à exprimer un avis sur les options de réforme possibles, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner.

<sup>1</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 17 (A/72/17), par. 263 et 264. Pour les délibérations tenues et les décisions prises de la trente-quatrième à la trente-septième sessions, voir A/CN.9/930/Rev.1 et additif, A/CN.9/935, A/CN.9/964 et A/CN.9/970, respectivement.

<sup>2</sup> Pour les délibérations tenues et les décisions prises à la trente-huitième session, voir A/CN.9/1004 ; le document A/CN.9/WG.III/WP.166 donne une vue d'ensemble des options de réforme.

<sup>3</sup> On peut notamment citer : l'étude du Geneva Center for International Dispute Settlement (ci-après le « rapport du CIDS »), *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap*, Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, disponible à l'adresse [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids\\_research\\_paper\\_mauritius.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_research_paper_mauritius.pdf) ; les documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, n° 2012/3, Division de l'investissement de l'OCDE, 2012, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, D. Gaukrodger et al. ; le document d'options stratégiques, Initiative E15, Centre international de commerce et de développement durable (CICDD) et Forum économique mondial de 2016, *Le régime juridique et politique international en matière d'investissement : quelles options pour l'avenir ?*, K. Sauvant ; *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System, Journeys for the 21<sup>st</sup> Century*, publié sous la direction de Jean E. Kalicki et Anna Joubin-Bret, Nijhoff International Investment Law Series, Volume 4 ; *Appeals Mechanisms in International Investment Disputes*, publié sous la direction de Karl Sauvant, Oxford University Press ; *Appeal mechanism for ISDS Awards, Interaction with New York and ICSID Conventions, Conference on Mapping the Way Forward for the Reform of ISDS*, Albert Jan van den Berg ; *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, Options regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement, and Standalone Appeal Mechanism: Multilateral Investment Appeals Mechanisms*, Marc Bungenberg et August Reinisch, European Yearbook of International Economic Law ; voir aussi les références bibliographiques publiées par le Forum académique, disponibles (en anglais seulement) sous « Additional resources » à l'adresse [https://uncitral.un.org/en/library/online\\_resources/investor-state\\_dispute](https://uncitral.un.org/en/library/online_resources/investor-state_dispute), et à l'adresse [www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/](http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/).

## II. Mécanisme d'appel et mécanisme juridictionnel multilatéral

### A. Mécanisme d'appel

6. La création d'un mécanisme d'appel est proposée dans plusieurs communications soumises par les gouvernements en vue de préparer les délibérations relatives à l'exécution de la troisième phase du mandat du Groupe de travail (« Communications »)<sup>4</sup>. Les principales questions à examiner en ce qui concerne la création d'un tel mécanisme sont exposées ci-après, de même que les formes qu'une telle option pourrait prendre.

#### 1. Propositions formulées dans les Communications

7. Les Communications dans lesquelles est proposée la création d'un mécanisme d'appel soulignent que sa principale fonction serait de répondre aux préoccupations recensées lors des deux premières phases du mandat du Groupe de travail. Il est notamment précisé que cette option vise à garantir la régularité des décisions sur le plan de la procédure et sur le fond et à rectifier les erreurs commises par des tribunaux tranchant des affaires de RDIE dans leurs décisions<sup>5</sup>. À cet égard, il est signalé dans une communication qu'un mécanisme d'appel permettrait d'examiner et de rectifier les décisions de ces tribunaux, garantissant ainsi aux parties une décision cohérente et équitable<sup>6</sup>. Il est en outre indiqué que, compte tenu de l'augmentation du nombre d'affaires de RDIE, un mécanisme d'appel contribuerait à améliorer l'uniformité, la cohérence et la prévisibilité des décisions rendues dans ce cadre. L'objectif serait qu'à terme, le processus de règlement des différends soit plus transparent et qu'un ensemble de principes généraux et d'interprétations faisant juridiquement autorité puisse être constitué de façon à rendre le régime d'investissement plus cohérent et prévisible<sup>7</sup>.

8. La création d'un mécanisme d'appel est également décrite dans une communication comme un moyen de renforcer la légitimité du RDIE, qui contribuerait grandement à promouvoir l'application de l'état de droit à ce système<sup>8</sup>. Cela permettrait de rapprocher le régime de RDIE des mécanismes juridictionnels qui assurent habituellement le réexamen judiciaire des décisions de première instance afin de limiter les erreurs judiciaires et de garantir l'uniformité et la cohérence des décisions.

9. L'incidence qu'aurait un mécanisme d'appel sur le coût et la durée des procédures est également soulignée<sup>9</sup>. Cet aspect, ainsi que la mesure dans laquelle une procédure d'appel ferait double emploi avec celle de première instance, devrait être pris en compte lors de la conception de ce mécanisme.

<sup>4</sup> A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Communication de l'Union européenne et de ses États membres (organe d'appel) ; A/CN.9/WG.III/WP.161, Communication du Gouvernement marocain (examen préalable des sentences et mécanisme d'appel permanent) ; A/CN.9/WG.III/WP.163, Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais (mécanisme d'examen en appel propre aux traités) ; A/CN.9/WG.III/WP.175, Communication du Gouvernement équatorien (mécanisme d'examen et d'appel permanent) ; A/CN.9/WG.III/WP.177, Communication du Gouvernement chinois (mécanisme d'appel autonome) ; cette option de réforme est également examinée dans les documents A/CN.9/WG.III/WP.176 (Communication du Gouvernement sud-africain) et A/CN.9/WG.III/WP.180 (Communication du Gouvernement bahreïni).

<sup>5</sup> A/CN.9/WG.III/WP.161, Communication du Gouvernement marocain ; A/CN.9/WG.III/WP.175, Communication du Gouvernement équatorien ; A/CN.9/WG.III/WP.177, Communication du Gouvernement chinois.

<sup>6</sup> Voir A/CN.9/WG.III/WP.175, Communication du Gouvernement équatorien.

<sup>7</sup> A/CN.9/WG.III/WP.161, Communication du Gouvernement marocain ; A/CN.9/WG.III/WP.175, Communication du Gouvernement équatorien ; A/CN.9/WG.III/WP.177, Communication du Gouvernement chinois.

<sup>8</sup> A/CN.9/WG.III/WP.177, Communication du Gouvernement chinois.

<sup>9</sup> Voir A/CN.9/WG.III/WP.175, Communication du Gouvernement équatorien ; voir également A/CN.9/WG.III/WP.180, Communication du Gouvernement bahreïni, commentant cette option de réforme.

## 2. Questions à examiner

### a) Nature et portée de l'appel

10. Les questions relatives aux moyens d'appel et au critère d'examen sont essentielles pour la mise en place d'un mécanisme d'appel.

#### i) Portée de l'examen

11. Il convient d'examiner la question de savoir i) si une erreur d'interprétation ou d'application du droit devrait constituer un motif d'appel et, dans l'affirmative, si le recours pour erreur de droit devrait être limité à certaines questions de droit, et ii) si une erreur concernant la constatation des faits pourrait également constituer un motif d'appel.

12. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que si l'appel était limité aux questions de droit, la procédure se trouverait relativement allégée et accélérée, et la gestion des dossiers serait plus simple<sup>10</sup>. Un examen des questions de droit et de fait prendrait en effet plus de temps car il faudrait alors que les parties fassent à nouveau valoir leurs moyens. Toutefois, il peut être parfois difficile de distinguer les questions de droit et les questions de fait, qui peuvent être étroitement imbriquées.

13. À titre d'exemple, un appel examiné par l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) est limité « aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci »<sup>11</sup>. De même, dans le cadre du régime du Marché commun du Sud (MERCOSUR), seules les questions de droit peuvent faire l'objet d'un appel<sup>12</sup>, et le pourvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne est limité aux « questions de droit »<sup>13</sup>.

14. À l'inverse, certains traités d'investissement conclus récemment qui prévoient un mécanisme d'appel disposent que les moyens d'appel englobent les questions factuelles (y compris l'appréciation du droit interne pertinent) et les motifs énoncés aux alinéas a) à e) de l'article 52-1 de la Convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)<sup>14</sup>.

15. Une sentence rendue sous l'égide du CIRDI ne peut être l'objet d'aucun appel mais peut être annulée pour certains motifs<sup>15</sup>. Sur ce point, en 2004, une proposition a été faite en vue de doter le CIRDI d'un mécanisme d'appel (appelée « proposition de 2004 relative à un mécanisme d'appel du CIRDI »), ce qui aurait permis de contester une sentence en invoquant une erreur de droit, une erreur de fait ou l'un quelconque des cinq motifs d'annulation énoncés à l'article 52 de la Convention du CIRDI<sup>16</sup>.

16. Plusieurs cours et tribunaux internationaux pénaux permettent de faire appel d'une décision pour erreur de droit ou de fait<sup>17</sup>. Le vice de procédure est également

<sup>10</sup> Voir [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), Communication du Gouvernement équatorien, qui suggère que les appels devraient se limiter aux erreurs commises dans l'application du droit.

<sup>11</sup> Article 17-6 de l'annexe 2 de l'Accord sur l'OMC, intitulée « Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ».

<sup>12</sup> Article 17-2 du *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*.

<sup>13</sup> Article 58 du Statut de la Cour de justice de l'Union européenne.

<sup>14</sup> Voir, par exemple, l'article 3.19 de l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour (signé le 19 octobre 2018) ; l'article 3.45 de l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et le Viet Nam (signé le 30 juin 2019) ; l'article 8.28 de l'Accord économique et commercial global (CETA) entre le Canada et l'Union européenne (provisoirement en vigueur depuis le 21 septembre 2017).

<sup>15</sup> Article 52-1 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États.

<sup>16</sup> Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration (document de travail établi le 22 octobre 2004 par le Secrétariat du CIRDI), annexe : « Possible Features of an ICSID Appeals Facility », par. 7.

<sup>17</sup> Article 81-1 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale ; article 25-1 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ; article 26-1 du Statut du Tribunal spécial pour le Liban ; article 20 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

un motif d'appel recevable devant la Cour pénale internationale et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone<sup>18</sup>. Au Tribunal arbitral du sport, la formation arbitrale chargée de juger l'appel « revoit les faits et le droit avec plein pouvoir d'examen »<sup>19</sup>.

17. Dans d'autres organes internationaux tels que la Cour internationale de Justice, le Tribunal international du droit de la mer et plusieurs juridictions régionales, les jugements ne sont pas susceptibles d'appel mais peuvent faire l'objet d'une révision en cas de découverte d'un fait nouveau<sup>20</sup>. La révision diffère de l'appel non seulement en raison du nombre plus restreint de motifs qui permettent de former ce type de recours, mais aussi parce qu'elle est effectuée par l'organe qui a rendu la décision initiale. Dans le cas d'un appel, au contraire, la procédure est en principe examinée par une entité distincte qui n'est constituée d'aucun des juges de première instance.

18. Au niveau national, on distingue deux principaux systèmes. Dans les pays de droit romain, l'appel implique souvent un examen *de novo* des questions de fait et de droit. Dans les pays de *common law*, généralement, seules les questions de droit sont réexaminées en appel, la juridiction saisie s'en remettant dans une très large mesure à l'établissement des faits effectué en première instance. Dans les deux systèmes juridiques, un pourvoi ne peut habituellement être formé devant une cour suprême que pour examiner des questions de droit ou lorsqu'une erreur manifeste entache l'exposé des motifs.

#### ii) Critère d'examen

19. Une question à examiner est celle de savoir si un mécanisme d'appel devrait prévoir l'examen *de novo* des questions pertinentes ou s'il devrait s'en remettre, dans une certaine mesure, aux constatations faites en première instance. Des formulations cantonnant l'appel aux erreurs de droit ou d'appréciation des faits « évidentes », « graves » ou « manifestes », selon les moyens invoqués, limiteraient ce faisant la portée de l'examen et définiraient l'« équilibre des forces » entre le premier et le second degré de juridiction. Dans une communication, il est suggéré qu'un mécanisme d'appel soit chargé d'examiner, outre les erreurs de droit, les erreurs manifestes d'appréciation des faits, mais qu'il n'entreprenne pas à un examen *de novo* des faits (voir ci-dessous, par. 53)<sup>21</sup>.

20. À titre d'illustration, le critère d'examen des questions juridiques appliqué dans les mécanismes d'appel internationaux est rarement restrictif<sup>22</sup>. Il convient toutefois de noter que dans la proposition de 2004 relative à un mécanisme d'appel du CIRDI, il est indiqué que l'examen juridique pourrait se limiter aux « erreurs de droit évidentes »<sup>23</sup>, et que les mécanismes d'appel en matière pénale limitent fréquemment l'examen des points de droit aux erreurs qui « invalident la décision »<sup>24</sup>.

21. Le critère d'examen des questions de fait est généralement restrictif, limitant par exemple l'examen aux « erreurs manifestes », dans les traités d'investissement

<sup>18</sup> Article 81-1 du Statut de Rome et article 20 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

<sup>19</sup> Article R57 du Règlement de procédure du Tribunal arbitral du sport.

<sup>20</sup> Articles 59 à 61 du Statut de la Cour internationale de Justice ; article 127 du Règlement du Tribunal international du droit de la mer ; article 80 du Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme ; article 48-1 du Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme ; article 26 du Traité portant création de la Cour de justice de l'Accord de Carthagène.

<sup>21</sup> A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Communication de l'Union européenne et de ses États membres.

<sup>22</sup> Voir, par exemple, l'article 17-6 de l'annexe 2 de l'Accord sur l'OMC, intitulée « Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends » ; l'article 17-2 du *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR* ; l'article 58 du Statut de la Cour de Justice de l'Union européenne.

<sup>23</sup> Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration (document de travail établi le 22 octobre 2004 par le Secrétariat du CIRDI), annexe : « Possible Features of an ICSID Appeals Facility », par. 7.

<sup>24</sup> Article 20 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ; article 26-1 a) du Statut du Tribunal spécial pour le Liban.

récents<sup>25</sup>, ou aux « graves erreurs factuelles », motif qu'il convient de « bien définir afin de garantir que les constatations de fait du tribunal arbitral sont correctement respectées », comme suggéré dans la proposition de 2004 relative à un mécanisme d'appel du CIRDI<sup>26</sup>. L'examen des questions factuelles par les mécanismes d'appel de plusieurs juridictions pénales internationales ne porte que sur les erreurs de fait ayant « entraîné un déni de justice »<sup>27</sup>.

iii) *Décisions susceptibles d'appel*

22. Le Groupe de travail souhaitera peut-être s'interroger sur la portée de l'appel, en examinant par exemple si celui-ci devrait se limiter aux décisions rendues sur le fond dans des affaires de RDIE par les tribunaux de première instance compétents ou s'appliquer aussi à d'autres décisions, telles que celles relatives à des contestations ou à des mesures provisoires.

23. Pour éviter de créer un régime contraignant et redondant et faire en sorte que l'appel soit le plus utile possible, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si un mécanisme d'appel pourrait être chargé de réexaminer les sentences et décisions rendues par différents organes, à savoir des tribunaux arbitraux, tout tribunal multilatéral permanent des investissements, des tribunaux régionaux des investissements et des tribunaux de commerce internationaux. Il pourra en outre examiner la possibilité que les décisions des juridictions nationales soient contestées devant le mécanisme d'appel en cas de violation des droits du demandeur (par exemple, dans un cas de déni de justice, qui est reconnu par le droit international coutumier) (voir ci-dessous, par. 48).

b) **Effet de l'appel**

i) *Relation entre le premier et le second degré de juridiction*

24. Il conviendrait d'examiner soigneusement les questions concernant la relation entre la juridiction du premier degré et le mécanisme d'appel. Il s'agit notamment de déterminer si, ou dans quelle mesure, la juridiction du second degré aurait la possibilité de renvoyer la décision de première instance avec des instructions devant le tribunal qui l'a rendue, ou si elle pourrait confirmer, annuler ou modifier la décision et prononcer un jugement définitif sur une affaire sans la renvoyer devant le tribunal de première instance. La possibilité de renvoyer une affaire devant le tribunal saisi initialement peut être examinée compte tenu de divers éléments, comme l'incidence sur la durée totale de la procédure et la nature (ad hoc ou permanente) des tribunaux de RDIE dont les décisions pourraient faire l'objet d'un appel.

25. Se pose aussi la question de savoir si un mécanisme d'appel permettrait non seulement de réviser une décision de première instance, mais également de l'annuler afin d'éviter que les procédures pertinentes ne deviennent trop complexes.

26. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si un appel devrait suspendre provisoirement les effets de la décision de première instance et s'il devrait en outre éliminer la possibilité d'interjeter appel de cette décision devant les juridictions nationales, par exemple dans le cadre d'une procédure de reconnaissance et d'exécution.

<sup>25</sup> Article 3.19 de l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour (signé le 19 octobre 2018) ; article 3.54 de l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et le Viet Nam (signé le 30 juin 2019) ; article 8.28 de l'Accord économique et commercial global (CETA) entre le Canada et l'Union européenne (provisoirement en vigueur depuis le 21 septembre 2017).

<sup>26</sup> Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration (document de travail établi le 22 octobre 2004 par le Secrétariat du CIRDI), annexe : « Possible Features of an ICSID Appeals Facility », par. 7.

<sup>27</sup> Article 20 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ; article 26-1 b) du Statut du Tribunal spécial pour le Liban.

27. L'Organe d'appel de l'OMC peut par exemple « confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial » mais n'a pas de pouvoir de renvoi. Une fois adoptés par l'Organe de règlement des différends, ses rapports sont contraignants pour les parties<sup>28</sup>. Le mécanisme d'appel permanent du MERCOSUR peut confirmer, modifier ou annuler la décision du tribunal ad hoc. Son jugement a force de chose jugée et prévaut sur celui du tribunal ad hoc<sup>29</sup>.

28. En revanche, la Cour de justice de l'Union européenne peut annuler la décision dont il est fait appel et statuer définitivement sur le litige ou – « lorsque celui-ci est en état d'être jugé » – renvoyer l'affaire devant le tribunal<sup>30</sup>.

29. Plusieurs mécanismes d'appel permettant d'invoquer des points de fait comme moyens d'appel prévoient la possibilité de renvoyer l'affaire devant le tribunal d'origine. Un traité d'investissement conclu récemment dispose qu'un tribunal d'appel peut modifier ou infirmer les constatations juridiques et doit renvoyer le litige devant le tribunal de première instance pour qu'il rende une sentence révisée en se fondant sur les constatations et conclusions ayant force obligatoire du tribunal d'appel<sup>31</sup>. En vertu d'un autre traité d'investissement, le tribunal d'appel ne renvoie l'affaire devant le tribunal de première instance que si les faits établis par celui-ci ne lui permettent pas de rendre un jugement définitif<sup>32</sup>.

30. Dans la proposition de 2004 relative à un mécanisme d'appel du CIRDI, il est proposé que le tribunal d'appel puisse ordonner le renvoi de l'affaire devant le tribunal arbitral initialement saisi s'il annule la sentence ou si, du fait de la modification ou de l'infirmité prononcée, la sentence ne « tranche pas le litige »<sup>33</sup>.

31. La chambre d'appel de la Cour pénale internationale et celle du Tribunal spécial pour la Sierra Leone peuvent demander des éléments de preuve concernant les erreurs de fait afin de trancher la question ou renvoyer cette question devant la chambre de première instance initialement saisie afin que celle-ci tranche et leur fasse rapport<sup>34</sup>. Le Tribunal arbitral du sport peut « soit rendre une nouvelle décision se substituant à la décision attaquée, soit annuler cette dernière et renvoyer la cause à l'autorité qui a statué en dernier »<sup>35</sup>.

ii) *Effet sur les parties au différend et sur les parties au traité d'investissement*

32. Il convient de se demander si la décision rendue en appel lierait uniquement les parties au différend (et le tribunal de première instance en cas de renvoi) ou si elle devrait avoir un effet plus large, en particulier si le mécanisme d'appel prend la forme d'un organe permanent chargé d'examiner des questions identiques ou similaires découlant de traités d'investissement.

33. S'agissant des parties au traité d'investissement dont découle le litige, une question à examiner est celle de savoir si elles auraient la possibilité d'être entendues sur l'interprétation du traité, ou la capacité de rejeter les décisions d'une formation

<sup>28</sup> Voir l'article 17-13 de l'annexe 2 de l'Accord sur l'OMC, intitulée « Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends » ; l'Organe de règlement des différends peut décider par consensus de ne pas adopter le rapport de l'Organe d'appel (Article 17-14 de l'annexe 2 de l'Accord sur l'OMC, intitulée « Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends »).

<sup>29</sup> Article 22 du *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*.

<sup>30</sup> Article 61 du Statut de la Cour de justice de l'Union européenne.

<sup>31</sup> Article 3.19 de l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour (signé le 19 octobre 2018).

<sup>32</sup> Article 3.45 de l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et le Viet Nam (signé le 30 juin 2019).

<sup>33</sup> Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration (document de travail établi le 22 octobre 2004 par le Secrétariat du CIRDI), annexe : « Possible Features of an ICSID Appeals Facility ».

<sup>34</sup> Article 83-2 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et article 21 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

<sup>35</sup> Voir l'article R57 du Règlement de procédure du Tribunal arbitral du sport.

d'appel par la voie de déclarations ou d'interprétations communes. Une autre question a trait à la mesure dans laquelle la formation d'appel serait tenue de s'en remettre aux interprétations communes des parties concernant le traité d'investissement applicable.

**c) Composition de l'organe ou des formations d'appel en matière de RDIE**

34. Il faudrait réfléchir au mode de sélection ou de nomination des membres de l'organe ou des formations d'appel. Cette question est étroitement liée à la forme du mécanisme d'appel. Les considérations seraient en effet différentes selon que ce mécanisme serait calqué sur le modèle d'arbitrage actuel, dans lequel les parties choisissent et nomment les arbitres, qu'un système de listes serait mis en place ou que les chambres dudit mécanisme se composeraient de juges permanents. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les questions soulevées à cet égard dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.169](#).

35. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que dans les règlements institutionnels en matière d'arbitrage commercial qui prévoient des procédures d'appel internes, le droit de nommer un arbitre au niveau de l'appel est généralement soit entièrement refusé aux parties et attribué à l'institution<sup>36</sup>, soit restreint par l'utilisation d'un système de listes<sup>37</sup>.

**d) Droit procédural applicable**

36. La détermination de la loi applicable à la procédure d'appel dépendrait de la structure donnée au mécanisme d'appel. Parmi les options envisageables figurent l'application de la loi appliquée devant le tribunal de première instance, l'application d'une loi différente si l'appel ne se déroule pas au même endroit qu'en première instance ou un mécanisme d'appel entièrement dénationalisé, soumis au droit international uniquement<sup>38</sup>.

**e) Exécution**

*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958) (« Convention de New York »)*

37. La question de savoir si les décisions rendues par une formation d'appel pourraient être exécutées en vertu de la Convention de New York dépend en grande partie de la façon dont le mécanisme d'appel serait structuré (voir ci-dessous, par. 39 à 48). S'il prend la forme d'un mécanisme de deuxième niveau chargé du réexamen des sentences arbitrales, cela ne modifierait probablement pas la nature du processus dans son ensemble car il existe déjà des exemples de régimes d'arbitrage, qu'ils soient prévus par des règlements d'arbitrage institutionnels<sup>39</sup> ou par des législations nationales, qui disposent que les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un appel interne<sup>40</sup>. Si la formation d'appel fait partie d'un mécanisme qui ne remplit pas les

<sup>36</sup> Voir, par exemple, Cour européenne d'arbitrage (CEA), article 28-5 du Règlement d'arbitrage (« La Cour nomme l'ensemble des membres du Tribunal arbitral d'appel, composé de trois arbitres, les parties ne jouant aucun rôle dans cette nomination [...] »).

<sup>37</sup> Voir American Arbitration Association (AAA) (2013), *Optional Appellate Arbitration Rules* ; JAMS (2003), *Optional Arbitration Appeal Procedure* ; et International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) (2015), *Arbitration Appeal Procedure*.

<sup>38</sup> Voir rapport du CIDS, par. 193 à 195.

<sup>39</sup> Voir Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand (AMINZ) (2009), *Arbitration Appeal Rules* (2009) ; American Arbitration Association (AAA) (2013), *Optional Appellate Arbitration Rules* ; JAMS (2003), *Optional Arbitration Appeal Procedure* ; International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) (2015), *Arbitration Appeal Procedure* ; Cour européenne d'arbitrage (CEA) (2015), *Règlement d'arbitrage*, article 28 ; dans le secteur de la production, voir Grain and Feed Trade Association (GAFTA) (2014), *Arbitration Rules No. 125*, articles 10 à 15 (invitant les parties à faire appel devant un « Comité d'appel » dans un délai de 30 jours suivant la sentence de l'Association).

<sup>40</sup> Voir, par exemple, la note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type sur l'arbitrage commercial international de 1985 telle qu'amendée en 2006, p. 37 et 38, par. 45 (notant, à propos de l'article 34 de la Loi type, que « rien n'empêche [...] un recours devant un

conditions requises pour être qualifié d'arbitral, la Convention ne sera pas applicable. Il est généralement admis que la question de savoir si un acte constitue une sentence doit être tranchée en vertu de la loi sur l'arbitrage applicable à la sentence, qui est presque toujours la législation du lieu d'arbitrage. Si le mécanisme d'appel est régi par les dispositions d'un traité, il faudrait pour cela examiner la manière dont l'expression « sentence arbitrale » est interprétée dans la Convention de New York et dans le traité en question.

#### *Convention du CIRDI*

38. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le fonctionnement d'un mécanisme d'appel dans le cadre de la Convention du CIRDI. L'article 53 de celle-ci dispose que les sentences rendues sous l'égide du Centre « ne [peuvent] être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la [...] Convention ». Étant donné qu'il serait difficile d'apporter un amendement à la Convention, l'article 66 exigeant l'acceptation de toutes les Parties existantes, une voie à explorer serait une modification *inter se* de la Convention entre les États mettant en place un mécanisme d'appel. Cette modification se ferait conformément à la procédure prévue par l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en vertu duquel des parties contractantes peuvent modifier un traité « dans leurs relations mutuelles seulement »<sup>41</sup>. Dans tous les cas, la mise en place d'un mécanisme d'appel impliquerait une étroite coordination avec le CIRDI.

### **3. Options envisageables pour la création d'un mécanisme d'appel**

39. Comme exposé ci-après, plusieurs options sont envisageables pour la mise en place d'un mécanisme d'appel.

#### **a) Mécanisme d'appel type destiné à être appliqué par les parties aux traités, les parties aux litiges ou les institutions**

40. Un mécanisme d'appel pourrait être élaboré sous la forme d'un dispositif type destiné : i) à être inclus dans les traités d'investissement à l'initiative des parties ; ii) à être utilisé sur une base ponctuelle par les parties aux litiges ; ou iii) à figurer en tant qu'option dans les règlements des institutions qui traitent des affaires de RDIE. L'élaboration d'un mécanisme d'appel type permettrait d'assurer l'uniformité du processus d'appel disponible dans le cadre du RDIE, à condition que les utilisateurs le maintiennent inchangé. Toutefois, le mécanisme d'appel fonctionnerait de manière décentralisée. Un tel mécanisme, qui aurait pour objet de garantir la régularité des décisions, n'aurait que très peu d'incidence sur leur uniformité et leur prévisibilité.

#### *i) Mécanisme d'appel propre aux traités*

41. Une communication fait référence à un mécanisme d'appel propres aux traités<sup>42</sup>.

42. La proposition de création d'un mécanisme d'appel dans le cadre du RDIE s'est traduite par l'insertion dans les traités d'investissement de dispositions programmatiques, certains traités prévoyant la possibilité de mettre en place un tel

---

tribunal arbitral de deuxième degré si les parties sont convenues d'une telle possibilité (comme cela est courant dans le commerce de certains produits) ». Voir également la loi néerlandaise de 1986 sur l'arbitrage (telle que modifiée en 2015), articles 1061 a) à 1061 l) (prévoyant un ensemble de règles régissant la procédure arbitrale d'appel lorsque les parties sont convenues d'y recourir).

<sup>41</sup> Voir également rapport du CIDS, par. 237 à 245.

<sup>42</sup> A/CN.9/WG.III/WP.163, communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais.

mécanisme dans l'avenir, sur une base soit multilatérale<sup>43</sup>, soit bilatérale<sup>44</sup>. Dans certains traités, il est question à la fois d'un accord multilatéral portant création d'un futur mécanisme d'appel et de négociations relatives à un système d'appel bilatéral<sup>45</sup>, tandis que d'autres font référence soit à un accord multilatéral portant création d'un futur mécanisme d'appel<sup>46</sup>, soit à des négociations relatives à un système d'appel bilatéral<sup>47</sup>. Des traités récents prévoient la possibilité de contester les décisions rendues par les tribunaux à l'aide de mécanismes d'appel bilatéraux intégrés à un mécanisme permanent<sup>48</sup>.

ii) *Mécanisme d'appel ad hoc*

43. Un mécanisme d'appel pourrait également être instauré sur une base purement ponctuelle, les formations d'appel étant constituées au cas par cas par les parties, à l'instar des tribunaux arbitraux de première instance du système actuel de RDIE, qui repose sur l'arbitrage international. Ces organes d'appel pourraient être établis dans le contexte de litiges particuliers selon des modalités analogues à celles suivies pour la constitution des tribunaux arbitraux ad hoc de premier niveau.

iii) *Mécanisme d'appel institutionnel*

44. Un mécanisme d'appel pourrait être élaboré à l'intention des institutions qui traitent des affaires de RDIE, à condition que l'instrument portant création de ces institutions les autorise à utiliser un tel mécanisme (voir par. 38 ci-dessus). En 2004, le CIRDI a présenté les caractéristiques que pourrait revêtir un mécanisme d'appel

<sup>43</sup> Voir, par exemple, l'article 28-10 du Traité d'investissement bilatéral type des États-Unis de 2004 (qui découle d'une disposition de la législation américaine de 2002 sur l'autorité de promotion du commerce, également énoncée au titre 19, § 3802 b) 3) G) iv) du Code des États-Unis (U.S.C.) et dans laquelle il est fait référence à « un organe d'appel [...] destiné à garantir une interprétation cohérente des dispositions des accords commerciaux relatives aux investissements ») ainsi que les articles 28 et 34 et l'annexe D du Traité d'investissement bilatéral type des États-Unis de 2012 ; voir également l'article 9.23-11 de l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP), qui prévoit que si un mécanisme d'appel est constitué dans l'avenir, les sentences rendues dans le cadre du PTPGP pourront y être soumises.

<sup>44</sup> Voir, par exemple, l'annexe D du Traité d'investissement bilatéral type des États-Unis de 2004.

<sup>45</sup> Accord de libre-échange Singapour-États-Unis d'Amérique du 6 juin 2003 (1<sup>er</sup> janvier 2004), article 15.19-10. Accord de libre-échange Chili-États-Unis d'Amérique (1<sup>er</sup> janvier 2004), article 10.19-10, annexe 10-H ; Accord de libre-échange Maroc-États-Unis d'Amérique (1<sup>er</sup> janvier 2006), article 10.19-10, annexe 10-D ; Traités d'investissement bilatéral Uruguay-États-Unis d'Amérique (31 octobre 2006), article 28-10, annexe E ; Accord de libre-échange Pérou-États-Unis d'Amérique (1<sup>er</sup> février 2009), article 10.20-10, annexe 10-D ; Accord de libre-échange Oman-États-Unis d'Amérique (1<sup>er</sup> janvier 2009), article 10.19-9 b), annexe 10-D ; Accord de libre-échange Panama-États-Unis d'Amérique (31 octobre 2012), article 10.20-10, annexe 10-D ; Accord de libre-échange Colombie-États-Unis d'Amérique (2012), article 10.20-10, annexe 10-D ; Accord de libre-échange Australie-République de Corée (12 décembre 2014), article 11.20-13, annexe 11-E ; Accord de libre-échange d'Amérique centrale conclu entre le Costa Rica, El Salvador, les États-Unis d'Amérique, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua et la République dominicaine (1<sup>er</sup> janvier 2009), article 10.20-10, annexe 10-F.

<sup>46</sup> Accord de libre-échange Panama-Pérou (1<sup>er</sup> mai 2012), article 12.21-9 ; Accord de libre-échange Costa Rica-Pérou (1<sup>er</sup> juin 2013), article 12.21-9 ; Accord de libre-échange Nicaragua-Taiwan (1<sup>er</sup> janvier 2008), article 10.20-9 ; Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) conclu entre l'Australie, le Brunéi Darussalam, le Canada, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour et le Viet Nam (30 décembre 2018), article 9.23-11 ; voir également Accord d'investissement type néerlandais de 2018, article 15.

<sup>47</sup> Accord de libre-échange Chine-Australie (20 décembre 2015), dont l'article 9.23 prévoit que : « Dans un délai de trois ans après la date d'entrée en vigueur du présent Accord, les Parties entament des négociations en vue d'établir un mécanisme d'appel chargé d'examiner les sentences rendues en vertu de l'article 9-22 dans le cadre des arbitrages engagés après la mise en place dudit mécanisme. Un tel mécanisme connaîtrait des appels relatifs à des questions de droit. » ; Accord de libre-échange Canada-République de Corée (1<sup>er</sup> janvier 2015), annexe 8-E.

<sup>48</sup> Voir, par exemple, Accord économique et commercial global (CETA) entre le Canada et l'Union européenne (provisoirement en vigueur depuis le 21 septembre 2017), chapitre 8, section F ; Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et le Viet Nam (signé le 30 juin 2019), chapitre 3, section B ; Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour (signé le 19 octobre 2018).

dans sa proposition relative à un organe d'appel. Selon le Centre, l'existence d'un mécanisme d'appel unique placé sous ses auspices serait préférable à la coexistence de plusieurs mécanismes relevant de différents traités. Il a également suggéré que le nouvel organe soit conçu de façon à être compatible avec tout type d'arbitrage d'investissement (Convention et Règlements du CIRDI, Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou autres règlements)<sup>49</sup>.

#### **b) Organe d'appel multilatéral permanent**

45. La réforme pourrait consister à créer un organe d'appel multilatéral permanent, soit comme complément du régime d'arbitrage existant, soit comme second niveau d'un tribunal multilatéral des investissements. Comme indiqué ci-dessus, certains traités d'investissement font déjà référence à un organe d'appel à mettre en place sur une base multilatérale (voir par. 42 ci-dessus). La plupart des Communications qui proposent de créer un mécanisme d'appel font référence à un organe multilatéral permanent<sup>50</sup>. L'une des Communications indique que, pour régler un mécanisme d'appel, il serait peut-être plus efficace de formuler des règles multilatérales que de se placer dans le cadre d'accords d'investissement bilatéraux<sup>51</sup>. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions relatives à la structure et au financement d'un organe d'appel permanent. Elles sont analogues à celles qui ont trait à la création d'un tribunal multilatéral permanent des investissements, abordées aux paragraphes 58 et 62 à 66 ci-dessous.

##### *i) Comme organe d'appel autonome, en complément du régime d'arbitrage existant*

46. Un organe d'appel multilatéral pourrait être créé en complément du régime actuel de RDIE, qui conserverait la plupart de ses caractéristiques de base.

##### *ii) Comme second niveau d'un tribunal multilatéral des investissements*

47. Un organe d'appel multilatéral pourrait également être mis en place en tant que second niveau d'un tribunal multilatéral des investissements, qui emploierait des juges professionnels à plein temps et recevrait l'assistance d'un secrétariat permanent.

48. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il serait envisageable qu'un organe d'appel multilatéral soit chargé de réexaminer les décisions rendues en première instance par des tribunaux arbitraux, les décisions rendues en première instance par un tribunal multilatéral des investissements, ainsi que les décisions rendues par des tribunaux régionaux des investissements, des tribunaux de commerce internationaux, et des tribunaux nationaux en cas de déni de justice (voir par. 23 ci-dessus).

#### **c) Autres mécanismes**

49. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, dans la mesure où les motifs d'appel englobent généralement les motifs plus restreints d'annulation, l'existence d'un appel rendrait tout examen ultérieur, notamment en annulation, redondant<sup>52</sup>. De

<sup>49</sup> Voir Secrétariat du CIRDI (2004), Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, document de travail ; dans ce document de travail, il est en outre proposé que les formations d'appel soient constituées de 15 personnes élues pour des mandats de six ans échelonnés. Chaque membre devrait être de nationalité distincte et faire autorité par un haut niveau de compétence avéré dans les domaines du droit, de l'investissement international et des traités d'investissement. Les règlements pourraient prévoir que les parties s'engagent à ne pas solliciter l'exécution d'une sentence qui doit encore être examinée par le tribunal d'appel.

<sup>50</sup> A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, communication de l'Union européenne et de ses États membres ; A/CN.9/WG.III/WP.161, communication du Gouvernement marocain ; A/CN.9/WG.III/WP.175, communication du Gouvernement équatorien ; A/CN.9/WG.III/WP.177, communication du Gouvernement chinois.

<sup>51</sup> A/CN.9/WG.III/WP.177, communication du Gouvernement chinois.

<sup>52</sup> L'appel concerne de manière générale le respect des garanties d'une procédure régulière et la régularité de la décision sur le fond. En revanche, l'annulation est plus étroitement axée sur le respect des garanties d'une procédure régulière, indépendamment des erreurs commises dans

fait, le maintien du recours en annulation créerait un système de règlement des litiges à trois niveaux, ce qui pourrait aller à l'encontre des objectifs consistant à assurer, d'une part, le caractère définitif des décisions et, d'autre part, l'efficacité de la procédure (notamment sur le plan des coûts).

50. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner des solutions qui pourraient se substituer à un mécanisme d'appel ou le compléter, par exemple le réexamen des décisions des tribunaux tranchant des affaires de RDIE<sup>53</sup>, les décisions à titre préjudiciel<sup>54</sup> et les mécanismes de consultation préalable<sup>55</sup>.

l'application de la loi ou les constatations de fait. Les motifs d'appel sont normalement plus larges que les motifs ordinaires d'annulation (voir rapport du CIDS, par. 107 et 115).

<sup>53</sup> Dans l'une des Communications (A/CN.9/WG.III/WP.161, communication du Gouvernement marocain) il est proposé de prévoir une procédure d'examen préalable des sentences arbitrales similaire à celle suivie par la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) (voir *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage de la CCI*, 1<sup>er</sup> janvier 2019, par. 129, disponible à l'adresse <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-french.pdf>). La procédure mise en place par la Cour d'arbitrage de la CCI se déroule comme suit. Tous les projets de sentences sont soumis à un processus d'examen en trois étapes. L'article 34 du Règlement d'arbitrage de la CCI prévoit que la Cour d'arbitrage de la CCI peut prescrire des modifications de forme et, tout en respectant la liberté de décision du tribunal arbitral, attirer son attention sur les points intéressant le fond du litige. Les commentaires formulés par la Cour peuvent porter tant sur la forme que sur le fond du litige. Les modifications des projets de sentences quant au fond visent à remédier aux incohérences que la Cour repère dans le raisonnement du tribunal arbitral, lorsqu'elle estime qu'il n'a pas suffisamment motivé certaines décisions ou qu'il a manqué à traiter certaines demandes, mais résultent également de décisions de la Cour sur des questions ou des demandes n'émanant pas des parties. Le tribunal arbitral conserve le droit de statuer en dernier ressort sur toute question de fond. S'il ne tient pas compte d'un commentaire, il peut expliquer pourquoi à la Cour ou au Secrétariat de la CCI. Les parties n'interviennent pas dans les échanges menés entre la Cour et le tribunal pendant le processus d'examen ; c'est seulement une fois qu'elle a été approuvée par la Cour et signée par le tribunal que la version définitive de la sentence leur est notifiée par le Secrétariat de la CCI et qu'elles peuvent la consulter. La confidentialité du processus d'examen garantit l'intégrité de la prise de décisions du tribunal, préserve le secret de ses délibérations et empêche que les parties n'apprennent l'issue donnée à leur demande avant qu'une sentence ait été rendue. Pour les arbitrages qui concernent un État ou une entité publique, ou qui ont trait à des questions sur lesquelles un ou plusieurs arbitres ont exprimé des opinions dissidentes, les projets de sentences sont examinés lors d'une séance plénière mensuelle de la Cour d'arbitrage de la CCI (et non lors de la séance tenue chaque semaine par un comité de trois membres), dont l'un des membres établit un rapport qui comprend, outre l'examen du Secrétariat, des recommandations relatives au projet de sentence. Dans les affaires qui relèvent de l'arbitrage fondé sur des traités, le projet de sentence est examiné par le (la) Président(e) et/ou les Vice-Président(e)s de la Cour et par des membres de son effectif qui possèdent une expérience de l'arbitrage fondé sur des traités d'investissement.

<sup>54</sup> Une procédure de « décision à titre préjudiciel » peut être décrite comme une procédure par laquelle un tribunal renvoie devant un autre tribunal une décision sur une question particulière découlant d'une procédure en cours, l'objectif étant généralement l'interprétation d'une disposition de droit. La procédure pendante devant le tribunal de renvoi est normalement suspendue en attendant la décision de l'autre tribunal, décision qui lie habituellement le tribunal de renvoi, lequel en tiendra compte pour régler le différend dont il est saisi. La procédure de décision à titre préjudiciel a pour objet la résolution des problèmes d'incohérence *ex ante* plutôt que la rectification d'éventuelles erreurs *ex post*, comme c'est le cas pour les appels. Elle offre un moyen de répondre aux préoccupations relatives au manque d'uniformité, dans la mesure où l'incidence d'une décision à titre préjudiciel irait de fait au-delà du seul traité en cause. Dès lors qu'un tribunal aurait à traiter une question juridique importante, il serait tenu de suspendre la procédure et de solliciter une décision auprès d'un organe permanent créé à cette fin. Ce système présente l'avantage supplémentaire d'être compatible avec l'article 53 de la Convention CIRDI, puisqu'il préserve le caractère définitif des décisions.

<sup>55</sup> Voir, par exemple, le Traité d'investissement bilatéral type des États-Unis de 2004, qui prévoit la possibilité pour les parties au litige d'examiner ou de commenter la sentence avant qu'elle ne devienne définitive, dans les termes suivants : « Dans tout arbitrage mené conformément à la présente section, à la demande d'une partie au litige, un tribunal, avant de rendre une décision ou une sentence sur la responsabilité, communique son projet de décision ou de sentence aux parties au litige et à la Partie au traité non partie au litige. Dans les 60 jours suivant la communication par

## B. Tribunal multilatéral permanent des investissements

### 1. Proposition et questions formulées dans les Communications

51. Une proposition tendant à créer un tribunal de première instance et un tribunal d'appel en matière d'investissements qui siègeraient en permanence est présentée dans une communication<sup>56</sup>. Elle part du principe que les préoccupations mises en évidence par le Groupe de travail sont interconnectées et systémiques, et que le fait de s'intéresser en particulier à certaines d'entre elles en suivant une approche fragmentée conduirait à en négliger une partie<sup>57</sup>.

#### a) Proposition

##### i) Double degré de juridiction

52. Selon la communication susmentionnée, un mécanisme permanent doté de juges à temps plein doit posséder un double degré de juridiction. Un tribunal de première instance est chargé de connaître des différends. Comme le font actuellement les tribunaux d'arbitrage, il établit les faits, puis applique à ces derniers le droit en vigueur. Il traite également les cas qui lui sont renvoyés par le tribunal d'appel lorsque celui-ci ne peut résoudre l'affaire. Il possède son propre règlement intérieur.

53. Un tribunal d'appel traite les appels concernant les cas traités par le tribunal de première instance (voir par. 47 ci-dessus). Dans cette même communication, il est proposé que l'appel soit fondé sur des erreurs de droit (y compris sur des vices de procédure graves) ou sur des erreurs manifestes d'appréciation des faits. Le tribunal d'appel ne doit pas entreprendre un examen *de novo* des faits. Il faut mettre en place des mécanismes pour empêcher l'interjection d'appels abusifs, comme l'exigence de la constitution d'une garantie<sup>58</sup>.

54. Il convient d'assurer un haut niveau de transparence des procédures. Il convient également de prévoir que des tiers, par exemple des représentants des communautés touchées par le différend, soient autorisés à prendre part aux différends en matière d'investissements.

##### ii) Juges

55. Selon la même communication, les juges doivent être employés à plein temps. Ils ne doivent pas avoir d'autres activités professionnelles. Leur nombre doit être basé sur la charge de travail estimée de l'organe permanent. Les salaires doivent être comparables aux salaires des juges travaillant dans d'autres tribunaux internationaux. L'indépendance vis-à-vis des gouvernements devrait être assurée par la mise en place d'un mandat à long terme non renouvelable, associée à un processus de nomination transparent.

56. Il est suggéré de prendre en compte des exigences de qualification comparables à celles des autres tribunaux internationaux. Il convient d'utiliser des mécanismes pour garantir la diversité, tant en matière d'origine géographique que de sexe. Le processus de nomination doit garantir l'indépendance et l'impartialité des juges, qui doivent être soumis à des exigences éthiques strictes.

---

le tribunal de son projet de décision ou de sentence, les parties au litige peuvent lui présenter, par écrit, des commentaires sur un aspect quelconque de son projet de décision ou de sentence. Le cas échéant, le tribunal examine les commentaires qui lui sont présentés et rend sa décision ou sa sentence dans les 45 jours suivant l'expiration du délai de 60 jours prévu pour la formulation de commentaires. »

<sup>56</sup> A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, communication de l'Union européenne et de ses États membres.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Ibid.

iii) *Exécution*

57. Dans la même communication encore, il est proposé que l'instrument international portant création du tribunal multilatéral des investissements établisse également son propre régime d'exécution, qui ne prévoirait pas d'examen au niveau national. Il est en outre proposé que les sentences du futur tribunal multilatéral des investissements puissent également être exécutées en vertu de la Convention de New York, eu égard au fait que les sentences rendues par des « organes d'arbitrage permanents » (voir l'article premier, paragraphe 2, de la Convention) peuvent être exécutées.

iv) *Financement*

58. Les contributions au financement du mécanisme permanent émaneront, en principe, des parties contractantes. Leur montant dépendra du niveau de développement respectif des parties, afin que les pays les moins avancés et les pays en développement assument une charge moins lourde que les pays développés. Le mécanisme de pondération adopté pourra être inspiré des pondérations appliquées par les autres organisations internationales ou être basé sur ces pondérations. Il faudra également envisager de demander aux utilisateurs du mécanisme permanent de s'acquitter de certains droits.

v) *Application aux traités existants*

59. Toujours selon la même communication, un mécanisme permanent s'appliquerait aux différends survenant dans le cadre des traités d'investissement en vigueur et futurs, ce qui sera possible en associant i) l'adhésion à l'instrument portant création du mécanisme permanent et ii) une notification particulière (« acceptation préalable »), en vertu de laquelle un traité en vigueur ou futur donné relève de la compétence du mécanisme permanent.

**b) Commentaires et questions formulées dans les Communications**

60. Certaines Communications comprennent des commentaires et des questions sur cette option de réforme. Les points qu'elles soulèvent concernent les incidences systémiques et les difficultés pratiques liées à la création d'un tribunal multilatéral des investissements<sup>59</sup>, notamment la compatibilité de cette option de réforme avec le régime actuel de RDIE (Convention CIRDI, Convention de New York et traités d'investissement), la période de transition durant laquelle les États auraient à mener des procédures de RDIE dans le cadre de leur régime existant tout en traitant des procédures relevant d'un mécanisme permanent nouvellement créé<sup>60</sup>, l'interaction avec les tribunaux nationaux<sup>61</sup> et les garanties à mettre en place quant à la composition du tribunal<sup>62</sup>.

61. Les Communications en question mettent également en avant le fait que le processus de création d'un tribunal multilatéral des investissements devrait être neutre et équitable, et que le tribunal devrait être doté d'un règlement intérieur détaillé et transparent. Elles indiquent en outre que le tribunal devrait être neutre, efficace, prévisible sur le plan juridique et cohérent dans la manière dont il protège et met en œuvre le système de règlement des différends. En outre, pour préserver sa crédibilité et son indépendance, il faudrait assurer un certain accès au public<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), communication du Gouvernement sud-africain ; [A/CN.9/WG.III/WP.179](#), communication du Gouvernement de la République de Corée ; et [A/CN.9/WG.III/WP.180](#), communication du Gouvernement bahreïnien.

<sup>60</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.179](#), communication du Gouvernement de la République de Corée.

<sup>61</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), communication du Gouvernement sud-africain.

<sup>62</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), communication du Gouvernement sud-africain ; et [A/CN.9/WG.III/WP.180](#), communication du Gouvernement bahreïnien.

<sup>63</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), communication du Gouvernement sud-africain.

## 2. Questions à examiner

### a) Structure et financement

62. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager la possibilité d'établir un mécanisme permanent sous la forme d'un système intégré à deux niveaux, qui reposerait sur un niveau « de première instance » suivi, le cas échéant, d'un appel ou d'un réexamen par un organe distinct, qui ne pourrait être saisi que pour des motifs limités. Comme le soulignent les Communications, il convient d'accorder une attention particulière à la recherche d'une formule permettant d'obtenir les ressources financières nécessaires à la mise en place d'un nouvel arrangement multilatéral et de répartir les coûts entre les États<sup>64</sup>.

63. À cet égard, deux options sont envisageables pour la mise en place d'un tel mécanisme : une possibilité serait de concevoir le système en tant que complément du régime actuel de RDIE.

64. Une autre possibilité serait d'établir un tribunal multilatéral des investissements indépendamment de tout mécanisme ou institution existant actuellement. En pareil cas, on pourrait concevoir que les États qui consentiraient au statut d'un tribunal multilatéral des investissements seraient généralement responsables de son financement<sup>65</sup> ; en outre, des droits pourraient être perçus auprès des utilisateurs, notamment des investisseurs demandeurs, ce qui contribuerait au financement du système et pourrait décourager les demandes abusives<sup>66</sup>.

65. S'agissant de la structure budgétaire du système, on peut mentionner trois éléments généraux. Le premier élément est la rémunération des juges, qui dépendrait d'un certain nombre de variables comme leur nombre, leur statut professionnel (employés à plein temps, à temps partiel, à la demande) et leurs salaires, privilèges et immunités, y compris les avantages fiscaux et les pensions. Le deuxième élément est le financement du greffe ou du secrétariat. Là encore, le budget varierait en fonction du nombre d'employés, de leur statut professionnel et de la structure salariale, ainsi que des services à fournir. Le troisième élément concerne les installations et les équipements, c'est-à-dire les locaux et les coûts notamment d'entretien, de sécurité, d'information et de communication.

66. Pour ce qui est de la structure et du financement, il convient également d'envisager la possibilité qu'un tribunal multilatéral des investissements dispose de bureaux régionaux, afin d'améliorer l'accès à ses services.

### b) Processus de constitution, de sélection et de nomination

67. On notera que, dans le cadre d'un mécanisme permanent, les parties au litige ne joueraient aucun rôle dans la nomination des personnes qui seraient chargées de connaître d'une affaire particulière, et que le tribunal serait composé de membres permanents, nommés par les parties au statut du tribunal multilatéral des investissements pour une durée déterminée, et auxquels les différends seraient attribués « de manière aléatoire et imprévisible<sup>67</sup>. » Le document [A/CN.9/WG.III/WP.169](#), qui porte sur la sélection et la nomination des juges dans un tel modèle, traite des modalités

<sup>64</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.179](#), communication du Gouvernement de la République de Corée ; et [A/CN.9/WG.III/WP.180](#), communication du Gouvernement bahreïnien.

<sup>65</sup> Entre autres questions à examiner, il faudrait se demander comment répartir au mieux le budget entre les États constitutants, en tenant compte du fait que tous les États ne rejoindraient pas nécessairement le tribunal dès les premiers stades de son existence et que le nombre de traités d'investissement conclus par les États ainsi que le nombre d'actions intentées contre eux sont variables ; un élément à prendre en considération serait l'incidence du niveau de développement économique des États sur leur contribution financière.

<sup>66</sup> Pour une analyse comparative des budgets et des incidences financières des tribunaux internationaux, voir [A/CN.9/WG.III/WP.153](#), par. 66 à 75.

<sup>67</sup> Un mécanisme analogue est prévu à l'article 8.27.7 de l'Accord économique et commercial global (CETA) conclu entre le Canada et l'Union européenne, ainsi qu'à l'article 13-9 de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Viet Nam.

de sélection des juges appelés à faire partie d'un tribunal multilatéral des investissements (notamment la question de savoir si les États souhaiteraient créer des organes à « représentation pleine et entière » ou à « représentation sélective », et comment assurer la diversité et une représentation équilibrée) et de l'attribution des affaires aux juges.

### c) Questions relatives à la compétence

68. Il convient d'étudier de quelle manière seraient déterminés les litiges dont le règlement relèverait d'un mécanisme permanent, en se demandant, en particulier, si la compétence du mécanisme pour connaître des litiges survenant dans le cadre d'un traité d'investissement donné serait définie par le traité en question, compte tenu de la diversité des approches suivies en la matière dans ce type de traités. Un large examen des traités d'investissement montre que les tribunaux tranchant des différends entre investisseurs et États peuvent avoir compétence : i) sur « tout » différend ou « tous les » différends relatifs aux investissements ; ii) uniquement sur les différends liés à des manquements présumés aux dispositions de fond du traité lui-même<sup>68</sup> ; iii) sur des différends nés de sources diverses, par exemple d'une autorisation d'investissement, d'un accord d'investissement ou d'une violation présumée du traité<sup>69</sup> ; ou iv) sur les différends liés au montant d'une indemnité d'expropriation<sup>70</sup>. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la compétence devrait être limitée au RDIE dans le cadre d'un traité d'investissement ou porter sur toutes les formes de RDIE, quel que soit l'instrument dont elles découlent (traité ou contrat d'investissement, ou autre).

### d) Exécution

69. Pour garantir l'efficacité du système, il sera essentiel que les décisions rendues par le tribunal multilatéral des investissements soient exécutées. Les questions qui mériteraient un examen préliminaire à ce sujet sont les suivantes :

i) Le statut d'un tribunal multilatéral des investissements devrait-il inclure un régime d'exécution spécifique ? En ce qui concerne l'exécution des décisions d'un tribunal multilatéral des investissements sur le territoire d'un État qui aurait consenti à son statut, il existe deux possibilités ; la première possibilité serait de prévoir dans le statut un régime d'exécution spécial qui, par exemple, obligerait les États contractants à reconnaître le caractère impératif des décisions d'un tribunal multilatéral des investissements et à exécuter les obligations en découlant comme s'il s'agissait d'arrêts définitifs de leurs tribunaux ; une deuxième possibilité serait de disposer que les décisions d'un tribunal multilatéral des investissements sont exécutoires conformément à la Convention de New York, option en vertu de laquelle les États maintiendraient dès lors un certain contrôle sur ces décisions grâce aux motifs de non-reconnaissance et de non-exécution prévus à l'article V de la Convention<sup>71</sup> ;

ii) Comment les décisions d'un tribunal multilatéral des investissements pourraient-elles être exécutées dans les États qui ne seraient pas parties à son statut ? En particulier, quel rôle joueraient les tribunaux nationaux dans l'exécution des décisions d'un tribunal multilatéral des investissements ? Les États non parties au statut ne seraient liés par aucun régime d'application qui y serait prévu ; actuellement, il n'existe aucun régime uniforme pour l'exécution des jugements des tribunaux internationaux, et la plupart des États ne disposent d'aucun fondement juridique ni mécanisme judiciaire pour l'exécution de tels jugements ; par conséquent, la force exécutoire des décisions rendues par un tribunal multilatéral des investissements dépendrait largement du fait de savoir

<sup>68</sup> Voir l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et le Traité sur la Charte de l'énergie.

<sup>69</sup> Traités d'investissement basés sur les Traités d'investissement bilatéraux types des États-Unis de 2004 et 2012.

<sup>70</sup> Certains traités d'investissement de première génération.

<sup>71</sup> Voir rapport du CIDS, par. 140.

si celles-ci relèveraient du champ d'application de la Convention de New York<sup>72</sup> ; et

iii) Si le tribunal multilatéral des investissements ne disposait pas d'un régime d'exécution spécifique, que faudrait-il faire pour que ses décisions puissent être exécutoires au titre de la Convention de New York<sup>73</sup> ?

### 3. Lien avec d'autres options de réforme

70. Un mécanisme permanent pourrait également prévoir : i) des mécanismes permettant de rejeter rapidement les demandes infondées ; ii) la possibilité d'encourager les parties à résoudre leur différend par le biais de la médiation ; iii) un mécanisme pour répondre aux éventuelles demandes reconventionnelles des défendeurs ; iv) un mécanisme permettant d'assurer la jonction des procédures et la gestion de la relation entre les procédures à l'échelle nationale et les recours qui peuvent être obtenus à travers des procédures internationales, de manière à limiter les cas de procédures concurrentes<sup>74</sup> ; v) des règles sur les frais juridiques des parties aux litiges, car ils représentent une partie importante des frais d'ensemble du régime actuel de RDIE ; vi) des règles sur l'admissibilité du financement par des tiers ; et vii) des sanctions en cas de manquement à un code de conduite. Un mécanisme permanent pourrait également être chargé du règlement des différends entre États liés à l'interprétation ou à l'application des dispositions d'un traité d'investissement, soit comme unique voie de recours, soit en complément de l'arbitrage entre États<sup>75</sup>. Il pourrait également être l'instance devant laquelle seraient introduites les demandes relatives au déni de justice par les tribunaux nationaux dans le cas des traités qui exigent l'épuisement des recours internes.

<sup>72</sup> Voir rapport du CIDS, par. 143.

<sup>73</sup> Le rapport du CIDS aborde en détail la question de l'exécution. Il examine la question de savoir si l'organe permanent de règlement des litiges aurait les caractéristiques d'un « organe arbitral permanent » selon la Convention de New York, soit dans le « sens ordinaire » de l'article I-2 de la Convention, soit en vertu d'une « interprétation évolutive » de l'expression qui tiendrait compte de l'évolution de l'arbitrage et du droit international depuis 1958 (voir rapport du CIDS, par. 138 à 164).

<sup>74</sup> Voir [A/CN.9/917](#), par. 31.

<sup>75</sup> Voir le Tribunal des différends irano-américains (Déclaration sur le règlement du contentieux, art. II 1), II 2) et II 3)) et le Tribunal arabe des investissements (Accord unifié, articles 25 à 36). Voir également la Convention européenne des droits de l'homme (articles 33 et 34), qui dispose que la Cour européenne des droits de l'homme est compétente pour connaître à la fois des requêtes introduites par des particuliers contre des États et des différends entre États.