



Assemblée générale

Distr. limitée
12 novembre 2020
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)**
Quarantième session
Vienne (en ligne), 8-12 février 2021

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

Questions relatives au fonctionnement d'un mécanisme d'appel et à l'exécution de ses décisions

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Fonctionnement d'un mécanisme d'appel	3
A. Principaux éléments	3
1. Portée et critères du réexamen	3
2. Décisions susceptibles d'appel	7
3. Effets de l'appel	8
4. Maintien du volume d'affaires à un niveau raisonnable	11
5. Délais	11
B. Exécution	12
1. En application de la Convention de New York	12
2. En application de la Convention CIRDI	13
C. Projet consolidé de dispositions relatives au fonctionnement d'un mécanisme d'appel et à l'exécution de ses décisions	15
1. Commentaires généraux	15
2. Projet de dispositions	15
III. Options envisageables pour la mise en place d'un mécanisme d'appel	18
1. Commentaires généraux	18



I. Introduction

1. À sa trente-huitième session, en octobre 2019, le Groupe de travail est convenu d'un calendrier de projet pour l'examen des options de réforme possibles, conformément à la troisième étape de son mandat (A/CN.9/1004, par. 16 à 27 et 104)¹. À la reprise de sa trente-huitième session, en janvier 2020, il a poursuivi ses délibérations sur les options de réforme et entrepris un examen préliminaire des principaux éléments d'un éventuel mécanisme d'appel, en vue de clarifier, de définir et d'approfondir cette option, sans préjuger de la position finale des délégations (A/CN.9/1004/Add.1, par. 16 à 51). Il a également mené un examen préliminaire des questions liées à l'exécution des décisions rendues par un mécanisme d'appel permanent ou un organe permanent de première instance (A/CN.9/1004/Add.1, par. 62 à 81). Il a prié le Secrétariat de mener des travaux préparatoires supplémentaires sur ces questions (A/CN.9/1004/Add.1, par. 52 à 61 et 81).

2. En conséquence, la présente note traite des principaux éléments relatifs au fonctionnement et à la création d'un éventuel mécanisme d'appel et étudie plus avant la question de l'exécution des décisions qui en découleraient. Elle a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet² et ne cherche pas à exprimer un avis sur les options de réforme possibles, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner.

¹ Pour les délibérations tenues et les décisions prises à la trente-huitième session, voir A/CN.9/1004 ; s'agissant de l'historique des débats, de sa trente-quatrième à sa trente-septième session, le Groupe de travail a entrepris des travaux concernant une éventuelle réforme du RDIE, conformément au mandat que lui avait confié la Commission à sa cinquantième session, en 2017 (voir *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 session, voir A/CN.9/930/Rev.1 et additif, A/CN.9/935, A/CN.9/964 et A/CN.9/970, respectivement) ; 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 ; la troisième étape de son mandat consiste à élaborer des options de réforme du RDIE pertinentes en vue de les recommander à la Commission ; le document A/CN.9/WG.III/WP.166 donne une vue d'ensemble des options de réforme.

² 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 ; 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*, David 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 ?*, Karl Sauvant ; *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System, Journeys for the 21st Century*, publié sous la direction de Jean E. Kalicki et d'Anna Joubin-Bret, Nijhoff International Investment Law Series, vol. 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 ; Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options* (Springer, 2020) ; voir aussi les références bibliographiques publiées par le Forum académique, disponibles (en anglais seulement) à l'adresse https://uncitral.un.org/en/library/online_resources/investor-state_dispute (site Web de la CNUDCI, page du Groupe de travail III, section « Informations supplémentaires ») ou www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/.

II. Fonctionnement d'un mécanisme d'appel

A. Principaux éléments

3. La création d'un mécanisme d'appel est proposée dans plusieurs communications soumises par les gouvernements en vue de préparer les délibérations relatives aux options de réforme (les « communications »)³. Sur cette base, et en se fondant sur le document [A/CN.9/WG.III/WP.185](#), le Groupe de travail a entrepris un examen préliminaire des principaux éléments liés à la nature, à la portée et aux effets de l'appel. Il a noté que les différents éléments étaient interdépendants et devraient tous être pris en compte, quelle que soit la forme qu'un tel mécanisme pourrait prendre – mécanisme d'appel ad hoc, organe d'appel autonome permanent, ou mécanisme d'appel constituant le second degré d'un tribunal permanent (toutes ces options possibles quant à la forme sont désignées par le terme « mécanisme d'appel » ; la formation constituée par les membres d'un tribunal d'appel dans une affaire de RDIE est désignée par le terme « tribunal d'appel ») ([A/CN.9/1004/Add.1](#), par. 16 et 25). Il a également indiqué que les travaux devraient être guidés par deux objectifs, à savoir éviter la duplication des procédures de réexamen et l'aggravation de la fragmentation, et trouver un juste milieu entre les éventuels avantages d'un mécanisme d'appel et les coûts en puissance ([A/CN.9/1004/Add.1](#), par. 24).

1. Portée et critères du réexamen

a) Portée du réexamen

i) Erreurs de droit et de fait

4. Concernant la portée du réexamen, selon le projet de dispositions présenté ci-dessous (voir par. 59), qui vise à tenir compte des délibérations préliminaires du Groupe de travail, les motifs d'appel pourraient être les suivants : i) erreurs d'interprétation et d'application du droit, avec possibilité de limiter l'appel à certains types d'erreurs ou à certaines questions de droit (par exemple, aux critères communément prévus par les traités d'investissement, comme l'expropriation, et aux manquements à l'obligation de traitement juste et équitable ou à celle de non-discrimination) ([A/CN.9/1004/Add.1](#), par. 26 et 27) ; et ii) erreurs commises dans la constatation de tous faits pertinents, notamment dans l'évaluation des dommages-intérêts ([A/CN.9/1004/Add.1](#), par. 28).

5. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le choix du critère de réexamen approprié est lié au contexte. Dans le cas d'une question de droit, il s'agit d'interpréter un critère qui est le plus souvent d'application générale, sans se demander si la décision rendue par le tribunal de première instance était étayée par des preuves ou si ce dernier a tiré les conclusions qui s'imposaient à la lumière des faits. Dans le cas d'une question de fait, il s'agit de chercher à déterminer si un événement a eu lieu, indépendamment de toute assertion quant à ses effets juridiques. Il y a erreur de fait lorsque la décision prise au premier degré s'est fondée sur une évaluation erronée des faits. Il arrive qu'une question associe des considérations de droit et de fait, comme

³ [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), communication présentée par l'Union européenne et ses États membres (organe d'appel) ; [A/CN.9/WG.III/WP.161](#) et [A/CN.9/WG.III/WP.198](#), communications présentées par le Gouvernement marocain (examen préalable des sentences et mécanisme d'appel permanent) ; [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), communication présentée par les Gouvernements chilien, israélien et japonais (mécanisme d'examen en appel propre aux traités) ; [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), communication présentée par le Gouvernement équatorien (mécanisme d'examen et d'appel permanent) ; [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), communication présentée par le Gouvernement chinois (mécanisme d'appel autonome) ; cette option de réforme est également examinée dans les documents [A/CN.9/WG.III/WP.176](#) (communication présentée par le Gouvernement sud-africain) et [A/CN.9/WG.III/WP.180](#) (communication présentée par le Gouvernement bahreïnien) ; [A/CN.9/WG.III/WP.188](#), communication présentée par le Gouvernement de la Fédération de Russie ; [A/CN.9/WG.III/WP.195](#), communication présentée par le Gouvernement marocain.

le montre la jurisprudence de l'Organe d'appel de l'OMC, qui a traité ce type de question⁴.

6. Parmi les points à préciser expressément, soit dans une disposition pertinente relative au mécanisme d'appel, soit dans le cadre de la mise en pratique de ce dernier, il serait bon de savoir si une erreur manifeste d'appréciation des faits peut constituer une erreur de droit ; et si une question d'interprétation ou d'application du droit interne relève de l'erreur de droit ou de l'erreur de fait (A/CN.9/1004/Add.1, par. 27 et 53).

ii) *Motifs prévus dans les procédures d'annulation existantes*

7. Comme indiqué ci-dessus (voir par. 3), un point important, du point de vue de l'efficacité procédurale, est de savoir si les procédures d'annulation existantes devraient être maintenues parallèlement à un mécanisme d'appel et, le cas échéant, comment éviter les chevauchements (A/CN.9/1004/Add.1, par. 30). Les questions juridiques à examiner dans ce contexte sont importantes et, pour ce faire, il faudrait tenir compte de la distinction entre les procédures régies par les Règlements du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (le « CIRDI ») et les procédures non-CIRDI, qui sont soumises à des régimes juridiques distincts⁵.

8. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les motifs d'annulation envisagés dans la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la « Convention CIRDI ») et ceux prévus par le droit national de l'arbitrage pour les arbitrages d'investissement non-CIRDI [tels que ceux présentés à l'article 34 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (la « Loi type »), qui reflètent étroitement les motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution formulés à l'article V de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (la « Convention de New York »)] devraient être des motifs d'appel⁶. Il

⁴ Par exemple, l'Organe d'appel de l'OMC a estimé qu'il était possible de faire appel concernant la caractérisation des faits, c'est-à-dire les conséquences ou implications juridiques découlant d'une caractérisation particulière des faits.

⁵ Voir Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options* (Springer, 2020), chap. 4.3 (examen de la relation entre un éventuel mécanisme d'appel et l'annulation, ainsi que des modèles de coordination juridictionnelle entre les instances nationales et internationales et du rôle que pourraient jouer les tribunaux nationaux pour appuyer et contrôler les instances internationales).

⁶ L'article 52-1 de la Convention CIRDI dispose ce qui suit : « Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants : a) vice dans la constitution du Tribunal ; b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; c) corruption d'un membre du Tribunal ; d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; ou e) défaut de motifs. » L'article 34-2 de la Loi type sur l'arbitrage commercial international dispose ce qui suit : « 2) La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si : a) la partie en faisant la demande apporte la preuve i) qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité ; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du présent État ; ou ii) qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits ; ou iii) que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée ; ou iv) que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente Loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente Loi ; ou b) le tribunal constate : i) que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État ; ou ii) que la sentence est contraire à l'ordre public du présent État. »

voudra peut-être noter que, dans la mesure où les motifs d'appel englobent généralement les motifs plus restreints d'annulation⁷, on pourrait estimer que l'existence d'un appel rendrait tout examen ultérieur, notamment en annulation, redondant. De fait, le maintien du recours en annulation créerait un système de règlement des litiges à trois degrés, 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 du temps et des coûts)⁸.

9. Si les motifs d'annulation prévus dans la Convention CIRDI et la Loi type étaient retenus comme motifs d'appel, il faudrait veiller à ce que les parties au différend ne puissent pas engager de procédure d'annulation et à ce que les États soient tenus de renoncer au droit de faire réexaminer les décisions rendues par le mécanisme d'appel. Les modalités de cette renonciation dépendraient de la manière dont le mécanisme d'appel serait constitué (voir sect. III ci-dessous). Étant donné que tous les droits internes ne la reconnaîtraient pas nécessairement comme un consentement valable à l'exclusion du droit de demander l'annulation devant les tribunaux nationaux, il faudrait peut-être que les États parties au mécanisme d'appel envisagent d'adopter une législation à cet effet. S'agissant des sentences du CIRDI, le mécanisme d'appel pourrait, de manière analogue, exclure toute annulation d'une sentence du CIRDI en application de l'article 52 de la Convention CIRDI.

10. De manière plus générale, les modalités de la renonciation sont également liées à la mise en œuvre des options de réforme et à l'éventuelle élaboration d'un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE (voir [A/CN.9/WG.III/WP.194](#)). En effet, le traité portant création du mécanisme d'appel pourrait alors régir ces questions, afin d'éviter toute incertitude quant à l'intervention des tribunaux⁹.

b) Critères de réexamen

11. Pour ce qui est des critères de réexamen, le Groupe de travail est invité à se pencher sur le projet de dispositions ci-dessous (voir par. 59), qui prévoit :

- La limitation des motifs d'appel aux erreurs de droit, aux erreurs « manifestes » de fait, ce qui suppose un certain degré d'adhésion aux constatations des tribunaux de première instance, et aux erreurs associant des considérations de droit et de fait ([A/CN.9/1004/Add.1](#), par. 29) ; et
- La possibilité pour un mécanisme d'appel conduisant un examen *de novo* des questions de droit et de fait de prendre en considération d'autres types d'erreurs dans des circonstances exceptionnelles ([A/CN.9/1004/Add.1](#), par. 29).

12. Lors d'un examen *de novo*, les tribunaux examinent généralement la question dont ils sont saisis comme si elle l'était pour la première fois, indépendamment des décisions des tribunaux de première instance. Il est courant que les questions de droit fassent l'objet d'un tel examen, car les mécanismes d'appel s'attachent avant tout à énoncer le droit et ne tiennent donc pas compte des considérations des tribunaux de première instance pour ce qui est des questions purement juridiques.

13. Par contraste, lors du réexamen de questions de fait, les tribunaux d'appel s'en remettent davantage aux tribunaux de première instance et accordent plus de poids à leurs décisions. Dans ce cas, les critères de réexamen pourraient se limiter aux erreurs « manifestes ». Les mécanismes d'appel utilisent la notion d'erreur manifeste pour déterminer si une erreur de fait, par exemple un témoignage malhonnête de la part d'un témoin essentiel ou l'omission d'une pièce importante, a influencé la décision

⁷ 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 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).

⁸ Rapport du CIDS, par. 196.

⁹ Voir Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options* (Springer, 2020), chap. 4.3.

rendue en première instance. Le principe qui sous-tend ce type de critères est que le tribunal de première instance, puisqu'il a présidé au procès et entendu les témoignages, est le mieux à même d'interpréter les preuves. Par conséquent, ses constatations font l'objet d'une adhésion importante. La limitation du réexamen des questions de faits pourrait permettre de réduire les coûts et les retards.

c) Exemples tirés de mécanismes d'appel existants

14. En raison des particularités de la prise de décisions par les tribunaux internationaux, qui repose sur le consentement et pour laquelle il n'existe pas de système juridictionnel hiérarchisé, le recours à un mécanisme d'appel – qui se distingue de l'interprétation et de la révision par le même organe juridictionnel – demeure l'exception.

15. L'appel dans le système pénal international est une procédure atypique, qui reflète dans une large mesure le système pénal national et qui intervient en marge du système des cours et tribunaux internationaux, comme l'indiquent expressément les statuts des tribunaux pénaux internationaux¹⁰.

16. Dans le contexte économique et dans le domaine de l'investissement, des procédures d'appel ont été mises en place, mais elles ne sont pas aussi courantes que les procédures d'interprétation et de révision. Elles constituent souvent un moyen de garantir l'uniformité d'application et d'interprétation du droit sous-jacent. Elles s'apparentent donc à d'autres types de réexamen par une juridiction supérieure, les mécanismes d'appel assurant une fonction comparable à celle d'une cour suprême. Elles se fondent sur des motifs relativement restreints, qui se limitent généralement aux questions de droit¹¹. Certains traités d'investissement bilatéraux ou régionaux

¹⁰ Voir, par exemple : 1) Statut de Rome de la Cour pénale internationale : « *Il peut être fait appel, conformément au Règlement de procédure et de preuve, d'une décision rendue en vertu de l'article 74 selon les modalités suivantes : a) le Procureur peut interjeter appel pour l'un des motifs suivants : i) vice de procédure, ii) erreur de fait ou iii) erreur de droit ; b) La personne déclarée coupable, ou le Procureur au nom de cette personne, peut interjeter appel pour l'un des motifs suivants : i) vice de procédure, ii) erreur de fait, iii) erreur de droit ou iv) tout autre motif de nature à compromettre l'équité ou la régularité de la procédure ou de la décision.* » 2) Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : « *La Chambre d'appel connaît des recours introduits soit par les personnes condamnées par les Chambres de première instance, soit par le Procureur, pour les motifs suivants : a) erreur sur un point de droit qui invalide la décision ; ou b) erreur de fait qui a entraîné un déni de justice.* » 3) Statut du Tribunal spécial pour le Liban : « *La Chambre d'appel connaît des appels formés, soit par des personnes que la Chambre de première instance a reconnues coupables, soit par le Procureur, pour les motifs ci-après : a) erreur sur un point de droit qui invalide la décision ; b) erreur de fait qui a entraîné un déni de justice.* » 4) Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone : « *La Chambre d'appel connaît des appels formés soit par des personnes que la Chambre de première instance a reconnues coupables, soit par le Procureur, pour les motifs ci-après : a) vice de procédure ; b) erreur sur un point de droit qui invalide la décision ; ou c) erreur de fait qui a entraîné un déni de justice.* » 5) Exemple tiré du domaine de l'arbitrage sportif : Statut des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport : « *La Formation revoit les faits et le droit avec plein pouvoir d'examen. Elle 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.* » Voir également base de données de jurisprudence, Organisation des Nations Unies, Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux, disponible (en anglais seulement) à l'adresse <https://cld.irmct.org/notions/show/310/errors-of-fact#>.

¹¹ Voir, par exemple : 1) Accord sur l'OMC : « *L'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci.* » L'Organe d'appel n'est pas habilité à examiner de nouveaux éléments de preuve factuels ou à réexaminer des éléments de preuve factuels existants sur lesquels s'est basé le groupe spécial ; même une erreur manifeste de fait ne pourrait pas être réexaminée par l'Organe d'appel. 2) MERCOSUR : « *Le recours doit être limité aux questions juridiques relatives au différend et à l'argumentation juridique sur laquelle la décision du tribunal ad hoc d'arbitrage est basée.* » 3) Cour de justice de l'Union européenne : « *Le pourvoi devant la Cour de justice est limité aux questions de droit. Il peut être fondé sur des moyens tirés de l'incompétence du Tribunal, d'irrégularités de procédure devant le Tribunal portant atteinte aux intérêts de la partie requérante ainsi que de la violation du*

d'adoption récente qui prévoient un mécanisme d'appel incluent également les erreurs manifestes de fait parmi les motifs d'appel¹².

17. Le document de discussion du CIRDI intitulé *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* (Améliorations possibles du cadre d'arbitrage du CIRDI), publié le 22 octobre 2004, incluait en annexe une présentation des caractéristiques possibles d'un dispositif d'appel du CIRDI. Il proposait que l'appel, envisagé comme un moyen d'assurer l'uniformité et la cohérence, puisse être formé « pour une erreur de droit évidente ou pour l'un quelconque des cinq motifs d'annulation d'une sentence énoncés à l'article 52 de la Convention CIRDI. » En outre, « [l]es graves erreurs de fait pourraient également motiver la contestation d'une sentence ; ce motif serait défini de manière restreinte, par souci de conserver un niveau d'adhésion approprié aux constatations de fait du tribunal arbitral. »¹³

2. Décisions susceptibles d'appel

18. Le projet de dispositions présenté au Groupe de travail (voir par. 59 ci-dessous), prévoit la possibilité de faire appel aussi bien des décisions sur le fond que de celles portant sur des questions de procédure (A/CN.9/1004/Add.1, par. 55), tandis que certaines autres décisions sont exclues du champ de l'appel (même dans le cas où l'un des motifs d'appel est satisfait), l'objectif étant de garantir d'une part le droit d'appel et, d'autre part, l'efficacité et la commodité du mécanisme d'appel (A/CN.9/1004/Add.1, par. 31).

a) Décisions relatives à la récusation et aux mesures provisoires

19. Comme il en a débattu à la reprise de sa trente-huitième session, le Groupe de travail voudra peut-être à nouveau envisager la possibilité d'exclure du champ de l'appel certaines décisions de procédure, eu égard, en particulier, aux incidences que leur réexamen pourrait avoir sur les coûts et la durée de la procédure, y compris :

- Les décisions relatives à la récusation des membres des tribunaux de RDIE, car l'appel de ces décisions pourrait entraîner une surcharge de travail pour le mécanisme d'appel (A/CN.9/1004/Add.1, par. 32) ; et
- Les décisions relatives aux mesures provisoires, étant donné qu'elles sont souvent propres à l'affaire, qu'elles sont de nature temporaire, et qu'elles pourraient être renversées par le tribunal qui les a ordonnées (A/CN.9/1004/Add.1, par. 34).

b) Décisions relatives à la compétence

20. À la reprise de la trente-huitième session de Groupe de travail, des doutes ont été exprimés quant à savoir si les décisions relatives à la compétence devraient relever du mécanisme d'appel, notamment parce qu'elles faisaient déjà l'objet de procédures de recours, en application, par exemple, des dispositions du droit interne s'inspirant de l'article 16 de la Loi type (A/CN.9/1004/Add.1, par. 33). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il conviendrait d'éviter les procédures parallèles visant à contester les décisions relatives à la compétence, que ce soit au titre d'une disposition du droit interne correspondant à l'article 16 de la Loi type ou dans le cadre du mécanisme d'appel.

droit de l'Union par le Tribunal. Un pourvoi ne peut porter uniquement sur la charge et le montant des dépens. »

¹² Voir, par exemple, Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour : « Les motifs d'appel sont les suivants : a) erreur du tribunal en ce qui concerne l'interprétation ou l'application du droit applicable ; b) erreur manifeste du tribunal en ce qui concerne l'appréciation des faits, y compris les dispositions juridiques internes pertinentes ; ou c) motifs prévus à l'article 52 de la convention du CIRDI, dans la mesure où ils ne relèvent pas des points a) ou b). »

¹³ Voir <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>.

21. Si les décisions relatives à la compétence étaient incluses dans le champ de l'appel, il faudrait se demander si un appel pourrait être formé au cours de la procédure¹⁴. D'une part, il pourrait être préférable que le tribunal d'appel reçoive le dossier complet de l'affaire avant de rendre sa décision, de sorte que l'appel ne soit possible qu'une fois rendue la décision finale sur le fond ; d'autre part, l'appel d'une décision sur la compétence à un stade plus précoce de la procédure pourrait permettre d'économiser du temps et des coûts, à condition de pouvoir éviter les contestations dilatoires (A/CN.9/1004/Add.1, par. 33). À cet égard, on notera avec intérêt le point de vue exposé dans l'annexe du document de discussion du CIRDI de 2004 intitulé *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, selon lequel, « afin d'éviter des disparités de couverture entre les affaires CIRDI et les affaires non-CIRDI, le règlement du dispositif d'appel pourrait soit prévoir que le dépôt de contestations avant le prononcé de la sentence finale n'est possible en aucun cas, soit autoriser les contestations relatives aux sentences et décisions provisoires dans toutes les affaires. »¹⁵

22. S'agissant d'autres décisions provisoires ou partielles (notamment celles portant sur la responsabilité), le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il ne devrait être possible de faire appel qu'une fois rendue la décision finale sur le fond, afin que l'organe d'appel dispose du dossier complet de l'affaire.

3. Effets de l'appel

a) Suspension temporaire des décisions du tribunal de première instance

Décisions finales du tribunal de première instance

23. Selon le projet de dispositions ci-dessous (voir par. 59), soumis à l'examen du Groupe de travail, un appel suspendrait temporairement les effets de la décision du tribunal de première instance.

24. Le Groupe de travail voudra peut-être réfléchir aux éventuelles garanties qu'il faudrait prévoir dans le cadre général pour éviter l'exécution ou l'annulation de la décision du tribunal de première instance, de façon à prévenir la duplication des procédures et le risque de décisions contradictoires (A/CN.9/1004/Add.1, par. 43). Par exemple, un tribunal national saisi de la demande d'exécution d'une décision du tribunal de première instance ne devrait pas, tant que court le délai d'appel, connaître d'une action en annulation de cette décision introduite par l'une des parties au différend.

25. L'effet suspensif soulève également la question de l'accumulation d'intérêts et de l'éventuelle exigence du dépôt d'une caution afin d'empêcher les appels abusifs.

Décisions non finales (provisoires) du tribunal de première instance

26. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la procédure de première instance devrait être suspendue dans l'attente de l'issue d'un appel portant sur une décision non finale, dans le cas où il serait permis de faire immédiatement appel de ce type de décisions. La décision de suspendre la procédure pourrait être prise soit par l'organe d'appel, soit par le tribunal de première instance.

¹⁴ Dans certains systèmes, il n'est pas possible de contester les décisions positives relatives à la compétence avant le prononcé de la sentence finale, alors que dans d'autres, les décisions ayant trait à la compétence doivent être contestées immédiatement.

¹⁵ *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* (document de discussion établi le 22 octobre 2004 par le secrétariat du CIRDI), annexe, *Possible Features of an ICSID Appeals Facility*, par. 8. De manière plus générale, dans le contexte du CIRDI, aucune décision n'est susceptible d'annulation ; ce n'est qu'une fois rendue la sentence (finale) qu'un recours en annulation peut être formé, et ce uniquement sur la base de l'un des motifs prévus aux alinéas a) à e) de l'article 52-1 de la Convention CIRDI.

b) Confirmation, renversement, modification ou annulation des décisions

27. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si un tribunal d'appel, comme cela est envisagé dans le projet de dispositions ci-dessous (voir par. 59), devrait pouvoir confirmer, renverser ou modifier la décision du tribunal de première instance et rendre une décision définitive fondée sur les faits dont il serait saisi (A/CN.9/1004/Add.1, par. 40). En outre, il voudra peut-être se poser la question de savoir si le tribunal d'appel devrait être à même d'annuler la sentence (comme prévu dans les dispositions pertinentes de la Convention CIRDI et la législation interne applicable) (A/CN.9/1004/Add.1, par. 30 et 40).

c) Pouvoir de renvoi

28. À la trente-huitième session du Groupe de travail, des opinions divergentes ont été exprimées quant à la capacité du tribunal d'appel de renvoyer une affaire en première instance : selon certains avis, celui-ci devrait être investi d'un large pouvoir de renvoi ; toutefois, selon d'autres avis, il ne faudrait lui accorder de pouvoir de renvoi que dans des circonstances précises ou pour des motifs limités, lorsqu'il ne serait pas en mesure de mener à bien l'analyse juridique en se fondant sur les faits dont il aurait été saisi (A/CN.9/1004/Add.1, par. 41), et selon d'autres avis encore, pour des raisons de temps et de coûts, le renvoi ne devrait pas être possible.

29. Si le tribunal d'appel devait être investi d'un pouvoir de renvoi, il conviendrait, du point de vue pratique, de déterminer :

- Comment reconstituer le tribunal de première instance (s'il avait déjà été dissous), compte tenu notamment du caractère ad hoc actuel de ce type de tribunal ;
- Si la décision du tribunal de première instance telle que réexaminée serait définitive ou de nouveau appelable ;
- Si une demande expresse de renvoi devrait émaner d'une ou de toutes les parties au litige ; et
- Comment traiter les situations où le tribunal d'appel aurait constaté des irrégularités de procédure (par exemple, un manque d'indépendance), ce qui rendrait inapproprié le renvoi de l'affaire au tribunal de première instance.

30. Une question supplémentaire serait de savoir comment traiter les situations dans lesquelles le tribunal d'appel serait dépourvu de pouvoir de renvoi et ne serait pas suffisamment renseigné sur les faits ou n'aurait pas suffisamment entendu les parties à cet égard pour rendre une décision définitive.

d) Rectification d'erreurs

31. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager, comme cela est proposé dans le projet de dispositions ci-dessous (voir par. 59), la mise en place d'un mécanisme qui permettrait à un tribunal d'appel de rectifier sa décision dans des circonstances exceptionnelles (A/CN.9/1004/Add.1, par. 46).

e) Exemples tirés de mécanismes d'appel existants

32. Les organes juridictionnels internationaux échelonnés sur deux degrés ou plus, ou conçus pour l'être, sont généralement dotés de règles claires concernant les effets de l'appel. La plupart des juridictions pénales internationales, dont les deux degrés sont permanents, confèrent souvent de larges pouvoirs aux tribunaux d'appel, y compris ceux de renvoyer l'affaire à l'organe de première instance et de renverser la décision rendue par ce dernier¹⁶. On trouve des dispositions analogues dans le Statut

¹⁶ Voir, par exemple : 1) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 83-2 : « *Si la Chambre d'appel conclut que la procédure faisant l'objet de l'appel est viciée au point de porter atteinte à la régularité de la décision ou de la condamnation, ou que la décision ou la condamnation faisant*

de la Cour de justice de l'Union européenne et dans le Statut des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport¹⁷.

33. Les organes juridictionnels internationaux spécialisés dans le commerce et l'investissement, dont le premier degré est généralement de nature ad hoc, disposent souvent d'un mécanisme d'appel dépourvu de pouvoir de renvoi¹⁸. Toutefois, certains traités de commerce et d'investissement bilatéraux ou régionaux d'adoption récente octroient davantage de pouvoir aux organes d'appel, notamment un pouvoir de renvoi, ou prévoient la possibilité d'un renvoi dans certaines circonstances¹⁹.

34. L'annexe du document de discussion de 2004 intitulé *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, dans laquelle étaient décrites les caractéristiques possibles d'un dispositif d'appel du CIRDI²⁰, visait à assurer la compatibilité entre le mécanisme d'appel proposé et la procédure d'annulation prévue dans la Convention CIRDI. Dans le cadre du mécanisme d'appel envisagé, un tribunal d'appel pourrait confirmer, modifier ou renverser la sentence considérée. Il pourrait également l'annuler, entièrement ou en partie, sur la base de l'un quelconque des motifs énoncés à l'article 52 de la Convention. La sentence telle que confirmée, modifiée ou renversée par le tribunal d'appel serait définitive et s'imposerait aux parties. Toutefois, si un tribunal d'appel annulait une sentence ou décidait de la modifier ou de la renverser et qu'il en résultait une sentence qui ne réglait pas le différend, l'une quelconque des parties pourrait soumettre l'affaire à un nouveau tribunal arbitral qui serait constitué à cette fin et connaîtrait du différend selon les mêmes règles que le premier tribunal. Dans certaines situations de ce type, le

l'objet de l'appel est sérieusement entachée d'une erreur de fait ou de droit, elle peut : a) annuler ou modifier la décision ou la condamnation ; ou b) ordonner un nouveau procès devant une chambre de première instance différente. À ces fins, la Chambre d'appel peut renvoyer une question de fait devant la Chambre de première instance initialement saisie afin que celle-ci tranche la question et lui fasse rapport, ou elle peut elle-même demander des éléments de preuve afin de trancher. Lorsque seule la personne condamnée, ou le Procureur en son nom, a interjeté appel de la décision ou de la condamnation, celle-ci ne peut être modifiée à son détriment. »

2) Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, art. 21 : « 1. En cas de découverte d'un fait nouveau qui n'était pas connu au moment du procès en première instance ou en appel et qui aurait pu être un élément déterminant de la décision, le condamné ou le Procureur peut saisir le Tribunal d'une requête en révision. 2. Les requêtes en révision sont présentées à la Chambre d'appel. Celle-ci rejette les requêtes qu'elle juge infondées. Si elle estime qu'une requête est fondée, elle peut, selon ce qui convient : a) réunir à nouveau la Chambre de première instance ; ou b) rester saisie de l'affaire. »

¹⁷ 1) Règlement de procédure du Tribunal arbitral du sport, art. R57 : « La Formation revoit les faits et le droit avec plein pouvoir d'examen. Elle 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. » 2) Statut de la Cour de justice de l'Union européenne, art. 61-1 : « Lorsque le pourvoi est fondé, la Cour de justice annule la décision du Tribunal. Elle peut alors soit statuer elle-même définitivement sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé, soit renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue. »

¹⁸ Voir, par exemple : 1) Accord sur l'OMC : « L'Organe d'appel pourra confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial. » 2) MERCOSUR : « La cour permanente de révision peut confirmer, modifier ou révoquer la base juridique et les décisions du tribunal international d'arbitrage. »

¹⁹ Voir, par exemple : 1) Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour : « Lorsque l'appel est fondé, le tribunal d'appel modifie ou infirme, totalement ou en partie, les constatations et conclusions juridiques de la sentence provisoire. Le tribunal d'appel renvoie l'affaire au tribunal en indiquant avec précision en quoi il a modifié ou infirmé les constatations ou conclusions pertinentes du tribunal. » 2) Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et le Viet Nam : « Lorsque le tribunal d'appel constate que l'appel est fondé, il rend une décision qui modifie ou infirme, totalement ou en partie, les constatations et les conclusions juridiques de la sentence provisoire. La décision indique avec précision en quoi les constatations et les conclusions concernées du tribunal ont été modifiées ou infirmées. Lorsque les faits établis par le tribunal le permettent, le tribunal d'appel applique ses propres constatations et conclusions juridiques auxdits faits et rend une décision définitive. Si cela n'est pas possible, il renvoie l'affaire devant le tribunal. »

²⁰ Disponible à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>.

règlement du dispositif d'appel pourrait néanmoins autoriser les tribunaux d'appel à ordonner le renvoi de l'affaire au premier tribunal arbitral.

4. Maintien du volume d'affaires à un niveau raisonnable

35. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait étudier plus avant les moyens de faire en sorte que le volume d'affaires se maintienne à un niveau raisonnable et d'éviter que les parties en litige ne fassent systématiquement appel. On peut opérer une distinction entre les conditions et filtres prévus dans le cadre du mécanisme d'appel et les dispositions qui, bien que sortant de ce cadre, pourraient avoir un effet indirect sur le volume d'affaires.

36. Des dispositifs intégrés à la structure du mécanisme d'appel pourraient être utiles en vue de gérer le volume d'affaires et d'éviter les appels non fondés. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les critères de réexamen appliqués par les organes internationaux sont généralement très élevés. Dans le cas de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), par exemple, les parties doivent présenter les arguments de l'appel, se référer clairement au dossier, et fournir les bases factuelles et juridiques de l'appel ; il doit non seulement être établi que la Chambre de première instance a commis une erreur, mais aussi que cette erreur a entraîné un déni de justice, ce qui représente un seuil relativement plus élevé qu'un simple réexamen des éléments de preuve²¹. Historiquement, les tribunaux pénaux d'appel ont toujours donné une interprétation restrictive des motifs de réexamen et de la mesure dans laquelle ils pouvaient ou devaient « toucher » à la sentence originale.

37. S'agissant des dispositions qui ne relèveraient pas du mécanisme d'appel, la garantie pour frais, la répartition des coûts et le rejet rapide pourraient indirectement permettre de maintenir le volume d'affaires du système d'appel à un niveau raisonnable (A/CN.9/1004/Add.1, par. 54). À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être examiner le document A/CN.9/WG.III/WP.192, qui porte sur la garantie pour frais et les demandes abusives.

5. Délais

38. Le Groupe de travail est invité à examiner les délais proposés dans le projet de dispositions ci-dessous (voir par. 59), l'objectif étant de veiller à ce que les procédures d'appel ne retardent pas inutilement le règlement des différends. Il voudra peut-être noter que le projet de dispositions ne prévoit pas de conséquence en cas de non-respect des délais.

39. Des traités d'investissement récents octroient au tribunal d'appel un délai de 180 jours à compter de l'ouverture de la procédure pour rendre sa décision. La procédure de règlement des différends de l'OMC prévoit une durée de 60 jours pour la procédure d'appel, qui ne doit en aucun cas dépasser 90 jours²². S'agissant des questions de compétence, des délais plus courts pourraient être octroyés aux parties pour faire appel d'une décision, et au tribunal d'appel pour rendre sa décision (A/CN.9/1004/Add.1, par. 33 et 55).

40. Le Groupe de travail voudra peut-être réfléchir à l'opportunité d'appliquer une procédure accélérée dans certains cas où l'objet de l'appel se limite à une question distincte (par exemple, pour certaines questions de procédure). Dans ce type de procédure, le raccourcissement des délais pourrait s'accompagner de modalités encore plus efficaces, comme l'examen de l'affaire par un tribunal unipersonnel, avec limitation de la durée des exposés. Différents délais pourraient être prévus selon les motifs d'appel. Le Groupe de travail voudra peut-être également envisager de prévoir une procédure de rejet rapide des appels manifestement non fondés, en s'inspirant de

²¹ Voir affaire Kuranac (*Procureur c. Kuranac* [jugement] ICTY-96-23&23/1 [12 juin 2002] ; procès équitable, droit à, protection internationale).

²² Pour des statistiques sur les affaires traitées par l'Organe d'appel de l'OMC, notamment sur leur durée, voir : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disputstats_f.htm#sus_obl.

l'article 41-5 du Règlement d'arbitrage du CIRDI (voir également ci-dessus, par. 37)²³.

B. Exécution

41. Les sentences rendues par les tribunaux de RDIE sont généralement exécutoires en vertu de la Convention de New York et de la Convention CIRDI, qui établissent chacune un solide régime d'exécution. À la reprise de la trente-huitième session du Groupe de travail, différentes vues ont été exprimées sur la question de savoir si les décisions rendues par un mécanisme d'appel pourraient être exécutées en application de ces conventions. On notera que tout instrument élaboré dans le cadre du processus de réforme pourrait inclure son propre régime d'exécution et exiger l'exécution des décisions des tribunaux de RDIE dans les États parties à ce régime (voir document [A/CN.9/WG.III/WP.194](#), sur l'adoption d'un instrument multilatéral aux fins de la mise en œuvre des options des réformes). Les sections ci-après abordent, à l'intention du Groupe de travail, la question de l'exécution des décisions rendues par les tribunaux d'appel, y compris dans le cas où ils sont créés en tant qu'organes permanents.

1. En application de la Convention de New York

42. L'éventuelle application du mécanisme d'exécution prévu par la Convention de New York aux décisions rendues par un mécanisme d'appel dépendrait de la manière dont ce dernier mécanisme serait constitué, en particulier de la mesure dans laquelle ses décisions pourraient être considérées comme des sentences arbitrales. S'il prenait la forme d'un mécanisme de deuxième degré chargé du réexamen des sentences arbitrales, cela ne modifierait très 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 institutionnels²⁴ ou par des législations nationales²⁵, qui disposent que les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un appel interne²⁶. Les États pourraient également être libres d'opter pour un régime d'exécution particulier pour les sentences faisant l'objet d'un appel²⁷.

43. Si le mécanisme d'appel s'inscrivait dans un régime qui ne remplissait pas nécessairement les critères de l'arbitrage, l'application de la Convention de New York serait plus discutable, et il pourrait être nécessaire d'élaborer un mécanisme d'exécution tel que celui présenté dans les exemples de dispositions ci-dessous (voir

²³ Voir *Elsamex, S.A. c. République du Honduras*, affaire CIRDI n° ARB/09/4, annulation, décision sur les déclinatoires et moyens préliminaires soulevés par Elsamex S.A., 7 janvier 2014 ; *Venoklim Holding B.V. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/12/22, annulation, décision sur les déclinatoires et moyens préliminaires soulevés par le défendeur, prise en application de l'article 41-5 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, 8 mars 2016.

²⁴ 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 and Resolution (CPR) (2015), Arbitration Appeal Procedure ; Cour européenne d'arbitrage (CEA) (2015), Règlement d'arbitrage, art. 28 ; dans le secteur de la production, voir Grain and Feed Trade Association (GAFTA) (2014), Arbitration Rules No. 125, art. 10 à 15 (autorisant les parties à faire appel devant un « Comité d'appel » interne dans un délai de 30 jours suivant la sentence de l'Association).

²⁵ 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 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), art. 1061 a) à 1061 l) (prévoyant un ensemble de règles régissant la procédure arbitrale d'appel lorsque les parties sont convenues d'y recourir).

²⁶ Voir rapport du CIDS, par. 191, 199 et 200.

²⁷ Voir Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options* (Springer, 2020), chap. 4.3.

par. 58 et 59). Celui-ci s'imposerait aux parties qui conviendraient de l'appliquer²⁸. Pour ce qui est de l'exécution dans les États qui ne participeraient pas au mécanisme d'exécution (les « États non participants »), il conviendrait de se demander si la procédure existante prévue par la Convention de New York pourrait malgré tout s'appliquer, et dans quelles conditions. Par exemple, afin de lever l'incertitude concernant la question de savoir si un mécanisme d'appel créé en tant qu'organe permanent pourrait relever de l'article I-2 de la Convention de New York, qui mentionne les sentences « rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises », les solutions suivantes pourraient être envisagées :

- Insérer dans l'instrument portant création du mécanisme d'appel une disposition selon laquelle il serait entendu que la Convention de New York est réputée s'appliquer aux décisions rendues par un organe permanent ; toutefois, une telle disposition n'aurait que des effets limités pour les États non participants ;
- Élaborer une recommandation sur l'interprétation de l'article I-2 de la Convention de New York (analogue à la recommandation relative à l'interprétation de ses articles II-2 et VII-1 adoptée par la CNUDCI en 2006), qui indiquerait que la Convention de New York s'applique aux décisions rendues par l'organe permanent (l'idée étant, par exemple, de considérer ce dernier comme un « organe arbitral permanent » et ses décisions comme des « sentences arbitrales étrangères »), pour guider les tribunaux nationaux dans le cadre de l'exécution ;
- Partir du principe que la Convention de New York s'applique, tout en imposant aux parties au différend des obligations en matière d'exécution, conformément à l'approche suivie dans des traités d'investissement récents prévoyant un mécanisme d'appel.

44. De manière plus générale, sans se limiter à l'exécution des décisions en vertu de la Convention de New York, il pourrait être envisagé :

- De prévoir des mécanismes visant à garantir le respect des décisions par les investisseurs, tels que la garantie pour frais, l'exécution devant également être efficace contre ces derniers, si des décisions relatives aux dépens sont prises contre eux ou s'il est fait droit à des demandes reconventionnelles, par exemple, voire dans le cas où il deviendrait un jour possible d'engager directement des actions contre eux ;
- De permettre aux États non participants d'accepter expressément le mécanisme d'exécution qui serait mis en place en application de l'instrument relatif au mécanisme d'appel ; et
- De prévoir la possibilité pour les États d'intervenir afin de faciliter l'exécution, par exemple dans le cadre de commissions ou de comités mixtes (qui pourraient être ouverts aux États acceptant expressément le mécanisme d'exécution).

2. En application de la Convention CIRDI²⁹

45. Toute sentence rendue dans le cadre de la Convention CIRDI est obligatoire et exécutoire en vertu des articles 53 à 55 de la Convention. Ce mécanisme d'exécution simplifié est propre au CIRDI. Il permet à une partie qui souhaite faire exécuter les obligations pécuniaires imposées par une sentence CIRDI d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de la sentence sur le territoire d'un État contractant en en présentant une copie certifiée conforme aux tribunaux nationaux compétents.

46. Le mécanisme d'exécution simplifié n'est disponible que pour les sentences CIRDI, qui sont les décisions finales rendues dans les affaires CIRDI. L'article 53 de la Convention CIRDI dispose que les sentences CIRDI « ne [peuvent] être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la [...] Convention ».

²⁸ Voir rapport du CIDS, sect. V.E.

²⁹ Cette section (par. 43 à 54) a été élaborée conjointement avec le secrétariat du CIRDI.

Les recours postérieurs à la sentence actuellement prévus dans la Convention sont la correction (art. 49), l'interprétation (art. 50), la révision (art. 51) et l'annulation (art. 52). En outre, l'article 49 du Règlement d'arbitrage permet aux parties de demander une décision supplémentaire.

47. L'appel pourrait être intégré dans le mécanisme du CIRDI d'au moins deux façons. La première serait de modifier l'article 53 ; le seconde, de procéder à une modification *inter se* de la Convention, conformément à l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (la « Convention de Vienne »).

a) Modification de la Convention CIRDI

48. Le processus à suivre afin de modifier la Convention CIRDI est prévu à son article 66. Pour cela, il faut qu'un État contractant propose un amendement, que cette proposition soit diffusée à tous les États contractants, et qu'elle soit ratifiée, acceptée ou approuvée par l'ensemble d'entre eux.

49. Un amendement à la Convention lie tous les États qui ont ratifié cette dernière. De plus, l'article 66-2 de la Convention dispose qu'aucun amendement ne peut porter atteinte aux droits et obligations d'une partie découlant d'un consentement à la compétence du Centre qui existait avant ledit amendement.

50. À ce jour, aucun État contractant n'a proposé d'amendement à la Convention CIRDI. Toutefois, étant donné que l'article 53 de la Convention interdit tout appel ou autre recours postérieur à la sentence, « à l'exception de ceux prévus à la [...] Convention », il est évident que les recours postérieurs à la sentence prévus actuellement pourraient être complétés ou modifiés par des amendements. Par exemple, des amendements pourraient servir à compléter les motifs d'annulation qui figurent à l'article 52 en y ajoutant les motifs d'appel classiques (c'est-à-dire l'erreur de droit et l'erreur manifeste de fait). L'article 53 pourrait également être modifié de telle sorte que ces motifs soient rendus obligatoires conformément à la Convention.

51. Une autre option consisterait à formuler un amendement qui permettrait à chaque État de choisir s'il souhaite ou non appliquer les « motifs d'appel ». Ainsi, certains États pourraient choisir d'offrir uniquement la possibilité d'annulation, ce qui correspond à la situation actuelle, tandis que d'autres pourraient ne prévoir de motifs d'appel que pour les affaires découlant d'un traité d'investissement, et non, par exemple, pour celles qui relèvent d'un contrat d'investissement.

52. En résumé, une proposition d'amendement permettrait de suivre différentes approches selon la manière dont elle serait rédigée.

b) Modification *inter se* en application de l'article 41 de la Convention de Vienne

53. Une autre approche envisageable pour permettre aux parties de faire appel dans les affaires CIRDI consisterait à apporter une modification *inter se* à la Convention CIRDI, conformément à l'article 41 de la Convention de Vienne. Une modification *inter se* diffère d'un amendement en ceci qu'elle n'a d'effet que pour les États contractants qui l'approuvent, alors qu'un amendement modifie les dispositions concernées du traité pour tous les États contractants. L'article 41 de la Convention de Vienne autorise les parties à procéder à une modification *inter se* à condition que la modification en question ne soit pas interdite par le traité et qu'elle i) ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations ; et ii) ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble.

54. La modification n'étant pas interdite par la Convention CIRDI, la seule question à examiner est le respect des points i) et ii). Il n'existe pas de jurisprudence concernant ces dispositions. Certains universitaires, dans leurs écrits sur le sujet, se sont prononcés négativement sur la question de savoir si une modification apportée à la Convention CIRDI conformément à l'article 41 de la Convention de Vienne produirait

effet. Toutefois, leur point de vue est contredit par un vaste corpus de travaux universitaires, et beaucoup considèrent cette approche comme une solution viable.

55. Dans l'annexe de son document de discussion de 2004 intitulé *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*³⁰, qui présentait les caractéristiques possibles d'un dispositif d'appel du CIRDI, le Centre a proposé d'établir un tel dispositif en se basant sur l'article 41 de la Convention de Vienne. Encore une fois, le libellé de la modification *inter se* est déterminant. Néanmoins, pour ce type de modification, une approche analogue à celle décrite ci-dessus pour les amendements pourrait être suivie.

56. À la reprise de la trente-huitième session du Groupe de travail, le CIRDI a fait savoir qu'il fournirait un document plus détaillé sur les options envisageables pour modifier la Convention CIRDI. Ce document sera diffusé une fois reçu.

C. Projet consolidé de dispositions relatives au fonctionnement d'un mécanisme d'appel et à l'exécution de ses décisions

1. Commentaires généraux

57. On notera qu'en cas de création d'un mécanisme d'appel, il faudrait définir des règles sur la nomination et la récusation des membres des tribunaux d'appel (voir A/CN.9/WG.III/WP.203) et sur les questions de procédure (notamment le dépôt de l'appel, les mémoires en appel et en défense, l'appel incident, les audiences, les délais, la garantie pour frais, ainsi que les coûts et les honoraires). La nécessité ou non d'adopter ces règles ainsi que leurs caractéristiques dépendraient de la structure du mécanisme d'appel. Elles ne sont pas traitées dans la présente note.

58. D'autres questions qu'il conviendrait d'examiner ne sont pas abordées dans le projet de dispositions ci-après, à savoir : i) l'effet interprétatif que devrait avoir une décision rendue par un tribunal d'appel [y compris l'opportunité de mettre en place un système de règle du précédent (ou *stare decisis*, du latin « rester sur la décision »)], étant donné que la conception et les caractéristiques d'un organe d'appel ainsi que la nature des tribunaux de première instance auraient une incidence sur les effets de la décision (A/CN.9/1004/Add.1, par. 18, 20, 44 et 58) ; et ii) la détermination de la loi applicable à la procédure d'appel, car elle dépendrait de la structure donnée au mécanisme d'appel³¹.

2. Projet de dispositions

a) Procédure d'appel

59. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'avant-projet de dispositions ci-après concernant les caractéristiques d'un mécanisme d'appel, qui pourrait figurer dans un instrument multilatéral ou un traité d'investissement bilatéral, ou dans un règlement distinct sur la procédure d'appel. Il voudra peut-être noter que le terme « décision » employé ci-dessous devrait être défini au vu des types de décisions qui seraient susceptibles d'appel (voir ci-dessus, par. 18 à 22). Les « décisions » pourraient inclure les « sentences », selon l'option de réforme que retiendrait le Groupe de travail.

³⁰ Disponible à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>.

³¹ 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 (voir rapport du CIDS, par. 193 à 195).

Article X – [Mécanisme][Règlement][Tribunal] d'appel

[Portée et critères du réexamen]

« 1. Chaque partie au différend peut faire appel d'une décision du tribunal [arbitral][de RDIE] de premier degré au motif que cette décision est fondée sur :

- a) Option 1 : [Une erreur de droit substantielle et préjudiciable] – option 2 : [Des erreurs dans l'application ou l'interprétation [du droit applicable] [des critères suivants : (à énumérer – par exemple : expropriation, traitement juste et équitable et non-discrimination)]] ;
- [b) Option 1 : [Des constatations de fait clairement erronées] – option 2 : [Des erreurs manifestes en ce qui concerne l'appréciation des faits[, y compris l'appréciation des dispositions juridiques internes pertinentes et l'évaluation des dommages-intérêts]] ; et
- [c) Une erreur dans l'application du droit aux faits de l'affaire.]

2. Option 1 : [Toute partie au différend peut également faire appel pour l'un quelconque des cinq motifs d'annulation énoncés à l'article 52 de la Convention CIRDI ou pour l'un des motifs prévus à l'article V[-1] de la Convention de New York, dans la mesure où ils ne relèvent pas des alinéas a) et b) du paragraphe 1 ci-dessus.] Option 2 : [Énumération complète des motifs plutôt que renvoi aux dispositions des instruments pertinents, par souci de clarté]³².

3. [[L'organe][La cour][Le tribunal] d'appel] peut également, dans des circonstances exceptionnelles, examiner des erreurs de droit ou de fait qui ne relèvent pas des alinéas a) et b) du paragraphe 1 ci-dessus.

[Décisions susceptibles d'appel]

4. Les décisions du tribunal de premier degré réglant un différend entre un investisseur et un État ou une entité publique qui découle d'un traité d'investissement]³³ sont susceptibles d'appel conformément au [Règlement d'appel][de l'organe][de la cour][du tribunal] d'appel].

5. [Les décisions des tribunaux de premier degré concernant leur propre compétence sont également susceptibles d'appel. Si le tribunal de premier degré détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, toute partie peut demander [à l'organe][à la cour][au tribunal] d'appel de rendre une décision sur ce point ; en attendant qu'il soit statué sur cette demande, le tribunal de premier degré est libre de poursuivre la procédure et de rendre une [sentence][décision]].

[Effets de l'appel]

6. Toute partie à un différend peut [formellement notifier sa décision de][demander à] faire appel d'une décision dans un délai de ** jours à compter

³² Le paragraphe 2 du projet de dispositions vise à éviter un processus en trois étapes dans lequel une procédure de RDIE ou de contentieux pourrait avoir lieu devant les tribunaux nationaux à la suite de la procédure d'appel. Il faudrait le compléter par des dispositions qui garantissent l'impossibilité pour les parties d'engager une telle procédure. Plutôt que de renvoyer aux dispositions de la Convention CIRDI et de la Convention de New York, ce paragraphe pourrait énoncer expressément les motifs. À cet égard, on notera qu'il est fait uniquement référence à l'article V-1 de la Convention de New York, ce qui laisse aux tribunaux nationaux une certaine latitude pour intervenir aux motifs de l'arbitrabilité et de l'ordre public.

³³ Concernant le texte placé entre crochets, le Groupe de travail voudra peut-être se demander comment un mécanisme d'appel pourrait fonctionner hors du contexte du RDIE fondé sur des traités, par exemple lorsque la compétence se fonde sur une loi sur l'investissement étranger ou un contrat d'investissement (A/CN.9/1004/Add.1, par. 56).

de la date du prononcé de la sentence. Un appel formé pendant cette période suspend les effets de la décision du tribunal de premier degré.

7. [L'organe][La cour][Le tribunal] d'appel peut confirmer, modifier ou renverser les décisions du tribunal de premier degré. La décision [de l'organe][de la cour][du tribunal] d'appel indique avec précision en quoi les constatations et les conclusions concernées du tribunal ont été modifiées ou infirmées. Une confirmation rend la décision du tribunal de premier degré définitive et obligatoire pour les parties.

8. [L'organe][La cour][Le tribunal] d'appel peut également annuler, totalement ou en partie, les décisions du tribunal de premier degré pour [l'un quelconque des motifs d'annulation d'une sentence énoncés à l'article 52 de la Convention CIRDI et à l'article V-1 de la Convention de New York][l'un des motifs suivants : (énumération des motifs)].

9. Lorsque les faits établis par le tribunal de premier degré le permettent, [l'organe][la cour][le tribunal] d'appel applique ses propres constatations et conclusions juridiques auxdits faits et rend une décision définitive. Si cela n'est pas possible, il renvoie l'affaire devant le tribunal de premier degré.

10. [L'organe][La cour][Le tribunal] d'appel peut rectifier toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature, de sa propre initiative, dans les [30] jours suivant le prononcé de sa décision.

[Délais]

11. En règle générale, la durée de la procédure d'appel, entre la date à laquelle une partie au différend notifie formellement sa décision de faire appel et la date à laquelle [l'organe][la cour][le tribunal] d'appel rend sa décision, ne dépasse pas [–] jours. Si [l'organe][la cour][le tribunal] d'appel estime qu'[il][elle] ne peut pas rendre sa décision dans ce délai, [il][elle] informe par écrit les parties au différend des motifs du retard et leur indique dans quel délai [il][elle] estime pouvoir rendre sa décision. La procédure ne devrait en aucun cas dépasser [–] jours.

[Garantie pour frais]

12. [L'organe][La cour][Le tribunal] d'appel peut demander à la partie appelante de fournir une garantie pour les frais de l'appel et pour tout montant que le tribunal de premier degré lui aurait ordonné de payer dans sa décision provisoire. »

b) Exécution

60. Le Groupe de travail a indiqué que le mécanisme d'exécution prévu à l'article 54 de la Convention CIRDI, ainsi que le libellé des récents traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux, pourraient constituer des modèles utiles (A/CN.9/1004/Add.1, par. 64). Ces dispositions se lisent comme suit :

Article 54 de la Convention CIRDI :

« 1) Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État. Un État contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des États fédérés.

2) Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un État contractant, la partie intéressée doit en présenter copie

certifiée conforme par le Secrétaire général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit État contractant aura désigné à cet effet. Chaque État contractant fait savoir au Secrétaire général le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels.

3) L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'État sur le territoire duquel on cherche à y procéder. »

61. Dispositions de traités d'investissement récents :

« Article xx – Exécution des sentences :

1. Toute sentence rendue en application de la présente section ne peut être exécutée qu'à compter du moment où elle est devenue définitive conformément à l'article xx [article traitant du caractère définitif des sentences à l'issue de la procédure d'appel]. Les sentences définitives rendues par le tribunal au titre de la présente section lient les parties au différend et ne peuvent faire l'objet d'un appel, d'un réexamen, d'une annulation ou de toute autre voie de recours.

2. Chaque Partie reconnaît toute sentence rendue en application de la présente section comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire de ladite Partie.

3. L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur au lieu où l'on cherche à y procéder.

4. Aux fins de l'article [premier] de la convention de New York, les sentences définitives rendues conformément à la présente section sont des sentences arbitrales se rapportant à des différends qui sont réputés découler d'une relation ou d'une transaction commerciale.

5. Sous réserve des dispositions du paragraphe 1, il est entendu que lorsqu'un différend a été soumis à la procédure de règlement au titre du paragraphe 2, point a), de l'article 6 (Introduction d'un recours), la sentence définitive rendue conformément à la présente section est considérée comme une sentence au sens de la section 6 de la Convention du CIRDI. »

Article xx [consentement]: « *Le consentement donné en vertu des paragraphes 1 et 3 engage les parties au différend à s'abstenir : a) d'exécuter toute sentence rendue au titre de la présente section avant que celle-ci soit devenue définitive conformément à l'article 30 (Sentence finale) et b) de saisir une juridiction nationale ou internationale en vue de contester une sentence rendue au titre de la présente section, d'en solliciter le réexamen, l'annulation ou la révision ou en vue d'engager toute autre procédure similaire. »*

III. Options envisageables pour la mise en place d'un mécanisme d'appel

1. Commentaires généraux

62. Lorsqu'il examinera les différents modèles possibles, le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler que lors des débats préliminaires qu'il a tenus à la reprise de sa trente-huitième session, certaines délégations ont estimé qu'il faudrait donner aux États parties à un traité d'investissement la possibilité d'exprimer leurs vues sur l'interprétation dudit traité pendant la procédure d'appel, et que les tribunaux d'appel devraient être tenus de donner la préséance à toute interprétation conjointe des parties au traité, ou de considérer une telle interprétation comme contraignante lorsque le traité en disposait ainsi (tout en gardant à l'esprit la nécessité de garantir l'indépendance et l'impartialité du tribunal d'appel) (A/CN.9/1004/Add.1, par. 47). On notera que des vues divergentes ont été exprimées sur la question de savoir s'il faudrait que la décision d'un tribunal d'appel soit soumise à la confirmation ou à un

examen quelconque des États parties au traité d'investissement pertinent (voir, par exemple, le réexamen des rapports intérimaires des groupes spéciaux dans le contexte de l'OMC, et l'adoption, dans ce même contexte, des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, par consensus inverse) ([A/CN.9/1004/Add.1](#), par. 48).

63. En ce qui concerne les modèles envisageables pour un mécanisme d'appel, le Groupe de travail voudra peut-être se reporter au document [A/CN.9/WG.III/WP.185](#), par. 39 à 50.
