

**Assemblée générale**

Distr. limitée
28 août 2018
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-sixième session
Vienne, 29 octobre-2 novembre 2018

**Éventuelle réforme du règlement des différends
entre investisseurs et États (RDIE) : constance
et questions connexes**

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Constance, cohérence, prévisibilité et régularité des décisions arbitrales rendues par les tribunaux de RDIE	2
A. Analyse des préoccupations recensées	2
1. Préoccupations recensées	2
2. Prévalence et incidences du manque de constance injustifié	3
B. Mécanismes actuels	12
C. Opportunité d'une réforme	14
1. Observations générales	14
2. Réformes possibles sur une base multilatérale	16



I. Introduction

1. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail a proposé que le Secrétariat : i) dresse une liste des préoccupations soulevées à ses trente-quatrième et trente-cinquième sessions au sujet du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) ; ii) présente un cadre dans lequel pourraient s'inscrire ses futurs travaux ; et iii) envisage de fournir des informations supplémentaires pour aider les États en ce qui concernait l'ampleur de certains problèmes (A/CN.9/935, par. 99 et 100).
2. Le document A/CN.9/WG.III/WP.149 traite dans les grandes lignes des points i) et ii). La présente note porte sur le thème de la constance, de la cohérence, de la prévisibilité et de la régularité des décisions arbitrales rendues par les tribunaux de RDIE, et donne de plus amples informations en la matière.
3. De même que pour d'autres documents soumis au Groupe de travail, la présente note a été établie sur la base de diverses informations publiées sur le sujet¹ et ne cherche pas à exprimer un avis en ce qui concerne le bien-fondé de réformes, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner.

II. Constance, cohérence, prévisibilité et régularité des décisions arbitrales rendues par les tribunaux de RDIE

A. Analyse des préoccupations recensées

1. Préoccupations recensées

4. La présente note traite des préoccupations soulevées aux trente-quatrième et trente-cinquième sessions du Groupe de travail concernant la constance, la cohérence, la prévisibilité et la régularité des décisions rendues par les tribunaux arbitraux dans les affaires de RDIE (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 9 à 35 ; et A/CN.9/935, par. 20 à 44).
5. À la trente-quatrième session du Groupe de travail, il a été dit que les critiques portant sur le manque de constance et de cohérence étaient l'une des raisons pour lesquelles la Commission avait décidé d'entamer des travaux sur une éventuelle réforme du RDIE, reconnaissant ainsi qu'il importait de veiller à la cohérence et à la constance du régime de RDIE. Il a également été dit que la constance et la cohérence favoriseraient l'état de droit, renforceraient la confiance dans la stabilité du climat d'investissement et assoieraient la légitimité dudit régime. Il a par ailleurs été dit que le manque de constance et de cohérence pouvait, en revanche, avoir un effet négatif sur la fiabilité, l'efficacité, la prévisibilité et la crédibilité de ce régime (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 11).
6. On notera que des différences entre décisions ou sentences arbitrales peuvent se justifier par différents facteurs. Des différences peuvent survenir, par exemple, du fait que selon les règles fondamentales d'interprétation des traités (codifiées aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), une personne rendant une décision ne doit pas seulement tenir compte des termes d'une disposition d'un traité pour l'interpréter. En outre, des différences d'approche et de portée dans

¹ La présente note a été établie sur la base de diverses informations publiées sur le sujet (voir les références bibliographiques publiées par le Forum académique, accessibles sous « Additional resources », à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ISDS.html). Pour élaborer la présente note, en particulier la section A.2, le Secrétariat a bénéficié de contributions du Groupe des praticiens (pour en savoir plus sur ce Groupe, voir http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Practitioner_Group_Statement_of_Purpose.pdf), du Geneva Center of International Dispute Settlement (CIDS) ainsi que des experts suivants : José J. Caicedo, Damien Charlotin, Melida Hodgson, Lise Johnson (CIDS), Josef Ostransky (CIDS), Michele Potestà (CIDS), Jeremy Sharpe et Derek Smith.

la production d'éléments pertinents et la défense des positions peuvent conduire de manière inévitable à des différences dans le raisonnement et sa conclusion.

7. Afin de refléter ces préoccupations, une distinction a été faite entre, d'une part, les décisions divergentes qui l'étaient de manière justifiée (compte tenu, par exemple, des règles d'interprétation des traités ou de différences dans les faits et éléments présentés au tribunal) et, d'autre part, les divergences d'interprétation qui ne pouvaient se justifier (par exemple, des interprétations contradictoires de la même norme de fond d'un même traité ou concernant la même question procédurale). Le Groupe de travail est convenu de consacrer ses débats à la seconde catégorie (manque de constance injustifiable) et d'en examiner la prévalence et les incidences (A/CN.9/935, par. 25).

8. Au cours des délibérations du Groupe de travail, il a également été convenu que la recherche de la constance ne devait pas se faire au détriment de la régularité des décisions, et que l'objectif devait être la prévisibilité et la régularité plutôt que l'uniformité (A/CN.9/935, par. 26)². De fait, le Groupe a estimé que la cohérence et la constance n'étaient pas des objectifs en soi et qu'il fallait faire preuve de prudence lorsque l'on s'attachait à obtenir une interprétation uniforme des dispositions figurant dans toute la gamme des traités d'investissement, étant donné que le régime des traités d'investissement sous-jacents n'était pas lui-même uniforme (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 11, 17 et 18).

2. Prévalence et incidences du manque de constance injustifié

9. À la trente-quatrième session du Groupe de travail, certains États ont fait part de leur expérience d'affaires dans lesquelles des traités d'investissement comportant des dispositions similaires avaient été interprétés différemment par les tribunaux, notamment dans le cas de procédures concurrentes où les faits, les parties, les dispositions conventionnelles et les règles d'arbitrage applicables étaient les mêmes (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 14)³. Il a en outre été dit que les règles internationales d'interprétation des traités et de droit international coutumier n'étaient pas toujours appliquées avec constance par les tribunaux ad hoc (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 13). À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail a considéré que le manque de constance et le manque de prévisibilité qui en résultait étaient plus préoccupants lorsqu'une même norme conventionnelle en matière d'investissement ou une même règle de droit international coutumier était interprétée différemment sans motif qui puisse justifier la distinction (A/CN.9/935, par. 21).

10. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner i) les principaux cas de figure dans lesquels un manque de constance dans la prise de décisions est survenu dans la pratique, et ii) des exemples illustrant les domaines du droit touchés par ce manque de constance.

a) Les différents cas de figure

11. *Tout d'abord*, différents tribunaux sont parvenus à des conclusions différentes concernant la même norme d'un même traité d'investissement ou la même question procédurale, y compris dans des affaires où les faits étaient similaires, ou présentaient des différences qui n'ont pas été considérées comme suffisantes pour justifier une

² Voir également l'étude de l'OCDE, à l'adresse <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>, p. 61.

³ Voir également la note thématique de la CNUCED sur les accords internationaux d'investissements (IIA Issues Note) n° 2, *Reform of investor-state dispute settlement* (Les décisions arbitrales rendues accessibles au public ont « révélé un manque de constance récurrent dans les constatations [...] [notamment] des interprétations juridiques divergentes de dispositions conventionnelles identiques ou similaires, ainsi que des différences dans l'examen sur le fond d'affaires portant sur les mêmes faits. Parfois, des conclusions divergentes peuvent s'expliquer par des différences dans le libellé d'un accord international d'investissement particulier s'appliquant dans un cas précis ; toutefois, elles reflètent souvent des différences de vues entre les différents arbitres. »)

conclusion différente. Les exemples souvent cités comprennent des décisions rendues par des tribunaux arbitraux dans le contexte de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)⁴, ainsi que des décisions relatives à l'interprétation de clauses d'arbitrage, comme la clause de sauvegarde essentielle⁵. De même, des tribunaux arbitraux ont interprété de différentes manières certaines notions figurant dans la Convention CIRDI (voir par. 17 et 25 ci-dessous).

12. *Ensuite*, des tribunaux arbitraux constitués au titre de traités d'investissement distincts sont parvenus à des conclusions différentes concernant des différends faisant intervenir la même mesure, des parties ayant un lien entre elles, et des normes conventionnelles ou des règles juridiques applicables similaires. L'illustration la plus connue dans l'arbitrage en matière d'investissement est peut-être offerte par les affaires *Lauder c. République tchèque* et *CME Czech Republic BV c. République tchèque*, souvent citées, qui s'inscrivaient respectivement dans le contexte du traité bilatéral d'investissement conclu entre les États-Unis et la République tchèque et du traité bilatéral d'investissement conclu entre les Pays-Bas et la République tchèque. Les deux procédures faisaient intervenir : la même mesure et le même dommage ; en partie le même demandeur du point de vue économique (M. Lauder, qui avait introduit une demande en son propre nom dans l'une des procédures, et en tant qu'actionnaire de CME dans l'autre) ; mais des personnes morales différentes (CME et M. Lauder), de nationalités différentes (néerlandaise et américaine) ; et deux traités d'investissement distincts. En définitive, les deux arbitrages ont abouti à des conclusions opposées (un quasi-rejet des demandes dans l'une des affaires, l'octroi de dommages-intérêts dans l'autre)⁶.

13. *Enfin*, des tribunaux arbitraux constitués au titre de traités d'investissement distincts ou du même traité d'investissement qui étaient saisis de différends faisant intervenir des parties sans lien entre elles, mais des faits similaires, ont abouti à des interprétations opposées des règles juridiques applicables. Cette situation se produit le plus souvent lorsqu'une mesure prise par un État a des incidences sur un certain nombre d'investisseurs sans lien entre eux⁷. L'un des moyens qu'ont employés les États pour attirer les investissements dans des secteurs donnés a souvent consisté à adopter des politiques relatives aux investissements étrangers en général, ce qui a augmenté la fréquence des relations avec un large éventail d'investisseurs. Lorsqu'un État adopte une mesure susceptible de toucher plusieurs investisseurs, il risque de faire face à des demandes multiples introduites par des investisseurs sans lien entre

⁴ *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement canadien*, CNUDCI, sentence partielle, 13 novembre 2000 ; *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement canadien*, CNUDCI, sentence sur le fond, phase 2, 10 avril 2001.

⁵ *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005 ; *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/3, sentence, 22 mai 2007 ; *LG&E Energy Corp., L&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006 ; et *Continental Casualty Company c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence, 5 septembre 2008.

⁶ *CME et Lauder (CME la République tchèque BV c. République tchèque*, Règlement d'arbitrage ad hoc de la CNUDCI, sentence partielle, 13 septembre 2001, sentence finale, 14 mars 2003 ; et *Lauder c. République tchèque*, Règlement d'arbitrage ad hoc de la CNUDCI, sentence finale, 3 septembre 2001) ; ainsi que les affaires concernant SGS, dans lesquelles entrain en jeu l'interprétation des clauses parapluie (*SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/01/13, décision du tribunal sur le déclinatoire de compétence, 6 août 2003 ; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, affaire CIRDI n° ARB/02/6, décision du tribunal sur le déclinatoire de compétence, 29 janvier 2004 ; et *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République du Paraguay*, affaire CIRDI n° ARB/07/29, sentence, 10 février 2012).

⁷ Voir A/CN.9/881, par. 8 et 20 ii). Voir, par exemple, *Charanne et Construction Investments c. Royaume d'Espagne*, affaire CCS n° V 062/2012 ; *Eiser Infrastructure Limited et Energia Solar Luxembourg S.à r.l. c. Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/36 ; *Isolux Netherlands, BV c. Royaume d'Espagne*, affaire CCS n° V2013/153 ; *Portigon AG c. Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/17/15 ; et *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/30.

eux concernant cette mesure. Par exemple, un changement de politique d'un État (ou d'une entité appartenant à un État) peut avoir des incidences sur un large éventail d'investissements réalisés par divers investisseurs. Si les questions de droit et de fait soulevées dans le cadre de ces procédures seront généralement communes à tous les demandeurs, il est probable que les décisions rendues par les différents tribunaux se fondent sur des interprétations différentes.

b) Les domaines du droit concernés

14. À la trente-quatrième session du Groupe de travail, des délégations ont présenté des exemples de décisions d'où il ressortait un manque de constance. Ces exemples concernaient la définition du terme « investissement » et la question de savoir si des investissements devaient être faits « dans » le pays d'accueil ou « dans son intérêt » ; l'application de la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends ; la notion d'expropriation indirecte ; l'interprétation de la portée et des effets de la clause parapluie ; la détermination et l'application des principes du droit international coutumier ; les décisions de procédure relatives à la fourniture de garanties dans le cadre des procédures d'annulation ; le traitement des sentences du point de vue de leur exécution ; la capacité des États et des investisseurs à déroger aux dispositions du RDIE (voir [A/CN.9/935](#), par. 31 et 32) ; les cas de procédures concurrentes ou multiples (voir également [A/CN.9/915](#), par. 5 et 6) ; les règles générales du droit international coutumier relatives à l'état de nécessité ou d'urgence ; la loi applicable à l'attribution ; et les principes juridiques en matière de dommages-intérêts ([A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#), par. 30).

15. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la liste illustrative ci-après, qui donne des exemples d'interprétations divergentes de normes de fond, d'interprétations divergentes en matière de compétence et de recevabilité, et de manque de constance dans la procédure. Il voudra peut-être également noter que les affaires mentionnées dans cette liste illustrative sont récentes ou relativement récentes (elles ont été jugées ces 15 dernières années), le but étant de tenir compte de l'évolution des tendances.

16. Exemples de normes de fond relatives à la protection qui ont fait l'objet d'interprétations distinctes :

- i) Traitement juste et équitable : bien que les commentateurs aient observé certaines tendances au cours du temps⁸, il subsiste un manque de constance dans la détermination de la teneur et de la portée des obligations au titre de la clause de traitement juste et équitable⁹. On a pu constater des interprétations divergentes concernant la question de savoir :

⁸ Les commentateurs ont noté, par exemple, que les tribunaux semblaient faire preuve d'une tendance croissante à : mettre l'accent sur la nécessité d'un cadre juridique et commercial stable dans l'État hôte ; abandonner l'exigence de mauvaise foi de la part de l'État hôte ; et tenir compte des attentes légitimes de l'investisseur étranger. Voir, par exemple, Martins Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment* (Oxford University Press, 2013) ; et Jonathan Bonnitcha, *Substantive Protection under Investment Treaties* (Cambridge University Press, 2014), chapitre 4.

⁹ Voir, par exemple, des décisions dans lesquelles il a été fait une interprétation assez large du traitement juste et équitable : *Metalclad Corporation c. États-Unis du Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1, sentence, 30 août 2000 ; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États-Unis du Mexique*, affaire CIRDI n° ARB (AF)/00/2, sentence, 29 mai 2003 ; et *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware Inc. c. Gouvernement canadien*, CNUDCI, affaire CPA n° 2009-04, sentence sur la compétence et la responsabilité, 17 mars 2015 ; et, par contraste, des décisions dans lesquelles cette notion a fait l'objet d'une interprétation plus restrictive, par exemple : *Waste Management Inc. c. États-Unis du Mexique* (« numéro 2 »), affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence, 30 avril 2004 ; *Saluka Investments BV c. République tchèque*, CNUDCI, sentence partielle, 17 mars 2006 ; et *Invesmart c. République tchèque*, CNUDCI, sentence, 26 juin 2009.

- Si la notion de déni de justice couvrait les dénis de justice quant au fond sans se limiter à ceux d'ordre procédural¹⁰, et quelle est la norme applicable pour constater un déni de justice dans le contexte de la protection au titre du traitement juste et équitable¹¹ ;
- Si le fait de ne pas satisfaire aux attentes légitimes d'un investisseur pouvait en soi porter atteinte à la norme de traitement juste et équitable et, le cas échéant, si ces attentes devaient correspondre à un engagement particulier de la part de l'État hôte ou si elles pouvaient découler de la législation générale¹² ;
- Si les traités d'investissement prévoyant le traitement juste et équitable « conformément au droit international » (ou dans des termes similaires) faisaient référence à la norme minimale de traitement prévue par le droit international, ou à tout autre norme « autonome » (par opposition aux traités d'investissement qui font seulement référence au « traitement juste et équitable »)¹³.

¹⁰ Voir, par exemple, *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. République arabe d'Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/04/13, sentence, 6 novembre 2008 (par. 207 à 261, dans lesquels il est indiqué que le tribunal s'est penché sur des allégations de déni de justice tant de fond que d'ordre procédural, sans toutefois conclure à leur bien-fondé) ; voir également *Jan Oostergetel et Theodora Laurentius c. République slovaque*, CNUDCI, sentence finale, 23 avril 2012 (par. 276 à 299) ; et *Corona Materials LLC c. République dominicaine*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/14/3, sentence, 31 mai 2016 (par. 239 à 270, affaire portant uniquement sur des dénis de justice d'ordre procédural) ; voir également *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. et Fouad Mohammed Thunyan Alghanim c. Royaume hachémite de Jordanie*, affaire CIRDI n° ARB/13/38 (par. 427 et suiv., concernant l'examen du déni de justice d'ordre procédural).

¹¹ Pour un point de vue selon lequel la notion de déni de justice dans le droit international coutumier et celle de traitement juste et équitable sont inséparables et ont évolué pour constituer une version moderne du déni de justice, voir, par exemple, *OAO Tatneft c. Ukraine*, CNUDCI, 29 juillet 2014, sentence sur le fond ; pour un point de vue selon lequel le traitement juste et équitable renvoie à la notion de déni de justice dans le droit international coutumier, voir, par exemple, *Iberdrola Energía S.A. c. République du Guatemala*, affaire CIRDI n° ARB/09/5, sentence, 17 août 2012.

¹² Pour des exemples d'affaires dans lesquelles il a été considéré qu'une protection des attentes ne pouvait découler de la législation, voir *Charanne et Construction Investments c. Royaume d'Espagne*, affaire CCS n° V 062/2012, sentence, 21 janvier 2016 ; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA et Abal Hermanos SA c. République orientale de l'Uruguay*, affaire CIRDI n° ARB/10/7, sentence, 8 juillet 2016 ; *Ulysseas, Inc. c. République de l'Équateur*, CNUDCI, sentence finale, 12 juin 2012 ; et *Convial Callao S.A. et CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. République du Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/10/2, sentence finale, 21 mai 2013 ; par contraste, pour des exemples de décisions qui impliquent ou admettent expressément cette possibilité, voir *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005 ; *Electrabel S.A. c. République de Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité, 30 novembre 2012 ; et *Total S.A. c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/01, décision sur la responsabilité, 27 décembre 2010.

¹³ Voir, par exemple, *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI, sentence partielle, 13 novembre 2000 (voir par. 262 et 263 : « Les expressions [...] traitement juste et équitable [...] et [...] protection et sécurité intégrales [...] ne peuvent être considérées de manière isolée. Elles doivent se lire conjointement avec la phrase introductive [...] un traitement conforme au droit international. [...] Le tribunal considère qu'il n'y a infraction à l'article 1105 que lorsqu'il est démontré qu'un investisseur a été traité d'une manière si injuste ou arbitraire que le traitement qu'il a subi atteint le niveau qui est inacceptable du point de vue international » ; et *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI, sentence sur le fond, phase 2, 10 avril 2001 (voir par. 111 : « Le tribunal interprète cette formule comme une adoption expresse du caractère additionnel des éléments d'équité. Les investisseurs ont droit à ces éléments, indépendamment de ce dont ils peuvent bénéficier par ailleurs en vertu du droit international. Ce libellé a pour corollaire logique que la conformité avec les éléments d'équité doit être évaluée indépendamment de tout seuil susceptible de s'appliquer à l'évaluation des mesures conformément à la norme minimale du droit international. »

ii) Clauses parapluie : certaines décisions se fondent sur une interprétation restrictive ou conditionnelle des clauses parapluie¹⁴, tandis que d'autres reposent sur une interprétation large et absolue de ces clauses, indépendamment même de leur libellé¹⁵.

iii) Dispositions de sauvegarde essentielle/état de nécessité : il est généralement admis que l'état de nécessité, tel qu'on l'entend en droit international coutumier, est consacré à l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (les « projets d'articles ») de la Commission du droit international¹⁶. L'état de nécessité a été largement invoqué dans des affaires soit comme moyen de défense principal soit, en présence d'une disposition de « sauvegarde essentielle » fondée sur des traités, comme moyen de défense auxiliaire¹⁷. Dans une série de décisions arbitrales rendues dans le cadre du CIRDI, on a relevé un manque de constance dans l'examen de la notion de nécessité entre tribunaux arbitraux et comités ad hoc chargés de traiter des demandes d'annulation de sentences¹⁸.

iv) Conditions favorables à l'investissement : les tribunaux arbitraux ont fait preuve d'un manque de constance dans l'interprétation de l'engagement à créer des « conditions favorables à l'investissement » que les États avaient pris dans de nombreux traités d'investissement¹⁹.

17. Exemples d'interprétations divergentes en matière de compétence et de recevabilité :

i) Dans des affaires dont était saisi le CIRDI, les tribunaux arbitraux ont interprété de différentes façons les contours de la compétence d'attribution au titre de l'article 25-1 de la Convention CIRDI. À titre d'illustration, des interprétations divergentes ont été faites concernant la question de savoir :

¹⁴ Voir *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/01/13, décision du tribunal sur le déclinatoire de compétence, 6 août 2003 ; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, affaire CIRDI n° ARB/02/6 (2004) ; et *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment et Control, BIVAC BV c. République du Paraguay*, affaire CIRDI n° ARB/07/9, décision du tribunal sur le déclinatoire de compétence, 29 mai 2009.

¹⁵ Voir *Société Générale de Surveillance S.A. c. République du Paraguay*, affaire CIRDI n° ARB/07/29, sentence, 10 février 2012 ; et *EDF International S.A., SAUR International S.A. et León Participaciones Argentinas S.A. c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/23, sentence, 11 juin 2012.

¹⁶ Projet annoté d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Annuaire de la Commission du droit international 2001, vol. II, partie 2, disponible à l'adresse http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

¹⁷ Voir, par exemple, *BG Group Plc. c. République argentine*, CNUDCI, sentence, 24 décembre 2007, par. 387 et 388 ; *CMS*, par. 318 et suiv. ; et *Total S.A. c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité, 27 décembre 2010, par. 219.

¹⁸ Voir *Sempra Energy International c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, décision sur la demande d'annulation de sentence de la République argentine, 29 juin 2010, par. 186 à 207 ; *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/3 (connue également sous l'intitulé : *Enron Creditors Recovery Corp. et Ponderosa Assets, L.P. c. République argentine*), décision sur la demande d'annulation de la République argentine, 30 juillet 2010, par. 406 et suiv. ; et *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/8, décision du comité ad hoc sur la demande d'annulation de la République argentine, 25 septembre 2007, par. 150. Dans l'affaire concernant CMS, la demande d'annulation a été rejetée malgré le fait que le comité ad hoc était en désaccord avec l'approche analytique adoptée par le tribunal, tandis que par la suite, dans les affaires concernant Enron et Sempra, les comités ad hoc ont annulé les conclusions des tribunaux arbitraux en se basant en partie sur la logique de nécessité qui avait été avancée en défense de l'Argentine dans la première affaire.

¹⁹ Alors que certains tribunaux ont considéré le fait de « favoriser et promouvoir des conditions favorables aux investisseurs » comme une obligation, mais non comme un « engagement positif et autonome donnant lieu à des droits matériels », par exemple dans l'affaire *White Industries Australia Limited c. Inde* (CNUDCI, sentence finale, 30 novembre 2011, par. 9.2.12), d'autres ont estimé qu'il s'agissait d'une obligation de fond, comme dans l'affaire *National Grid c. République argentine* (CNUDCI, sentence, 3 novembre 2008, par. 170).

- Si la contribution au développement économique de l'État hôte constituait un critère pour la définition d'un investissement²⁰ ;
 - Si un accord d'écoulement constituait un investissement au titre d'un traité d'investissement et de la Convention CIRDI²¹ ;
 - Si les placements de portefeuille étaient protégés²² ; et
 - Si la notion de siège social d'une entreprise devait s'interpréter dans le cadre du droit interne, ou comme un terme autonome au titre du traité d'investissement applicable, ou encore par référence au droit international coutumier, et si une définition autonome correspondrait à un siège effectif ou à lieu d'enregistrement²³.
- ii) Des interprétations divergentes ont également été faites pour ce qui était des effets de la dénonciation de la Convention CIRDI sur la compétence du tribunal arbitral²⁴.

²⁰ Pour des exemples de décisions dans lesquelles la condition de contribution au développement économique a été reconnue, voir *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, affaire CIRDI n° ARB/00/4, décision sur la compétence, 31 juillet 2001 ; et *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Gouvernement de Malaisie*, affaire CIRDI n° ARB/05/10, sentence sur la compétence, 17 mai 2007 ; pour des exemples de décisions dans lesquelles la contribution au développement économique n'a pas été reconnue comme une condition à l'exercice de la compétence, voir *Deutsche Bank AG c. République socialiste démocratique de Sri Lanka*, affaire CIRDI n° ARB/09/2, sentence, 31 octobre 2012 ; *Saba Fakes c. République turque*, affaire CIRDI n° ARB/07/20, sentence, 14 juillet 2010 ; et *Société Générale de Surveillance S.A. c. République du Paraguay*, affaire CIRDI n° ARB/07/29, décision sur la compétence, 12 février 2010.

²¹ Pour un exemple d'affaire dans laquelle un accord d'écoulement n'a pas été reconnu comme un investissement, voir *Tenaris S.A. et Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/11/26, sentence, 29 janvier 2016 ; pour un exemple d'affaire dans laquelle un accord d'écoulement a été reconnu comme un investissement s'inscrivant dans une opération économique plus vaste, voir *Koch Minerals Sàrl et Koch Nitrogen International Sàrl c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/11/19, sentence, 30 octobre 2017.

²² Pour des exemples de décisions dans lesquelles il a été admis que les placements de portefeuille étaient protégés, voir *Fedax N.V. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/96/3, décision du tribunal sur le déclinatoire de compétence, 11 juillet 1997 ; *Abacat et autres c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/5 (anciennement *Giovanna Beccara et autres c. République argentine*), décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011 ; *Ambiente Ufficio S.p.A. et autres c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/08/9 (anciennement *Giordano Alpi et autres c. République argentine*), décision sur la compétence et la recevabilité, 8 février 2013 ; et *Giovanni Alemanni et autres c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/8, décision sur la compétence et la recevabilité, 17 novembre 2014 ; pour un exemple de décision dans laquelle a été adopté le point de vue contraire, voir *Poštová banka, a.s. et ISTROKAPITAL SE c. République hellénique*, affaire CIRDI n° ARB/13/8, sentence, 9 avril 2015.

²³ Pour des exemples de décisions dans lesquelles le terme « siège social », tel qu'employé dans les traités bilatéraux d'investissement applicables, a été interprété comme désignant le « lieu de gestion effective », voir *Tenaris S.A. et Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/11/26, sentence, 29 janvier 2016 et *Tenaris S.A. et Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/12/23, sentence, 12 décembre 2016 ; pour un exemple de décision dans laquelle le terme « siège social », tel qu'employé dans le traité bilatéral d'investissement applicable, a été interprété comme désignant le « siège statutaire », voir *Oracom TMT Investments S.à r.l. c. République algérienne démocratique et populaire*, affaire CIRDI n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2017. Voir également *Central European Aluminium Company (CEAC) c. Montenegro*, affaire CIRDI n° ARB/14/8, sentence, 26 juillet 2016.

²⁴ Pour des exemples de décisions dans lesquelles le tribunal a accepté d'exercer sa compétence pour des demandes d'arbitrage introduites après la dénonciation dans le délai de six mois mentionné à l'article 71, voir *Venoklim Holding BV c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/12/22, sentence, 3 avril 2015 ; *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/12/13, décision sur la responsabilité et les principes du quantum, 30 décembre 2016 ; *Tenaris S.A. et Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/12/23, sentence,

iii) Différentes approches ont été observées concernant la question de savoir si le contrôle effectif d'un demandeur sur une entité pertinente devait être seulement juridique ou également factuel²⁵.

iv) La question de savoir si une sentence pouvait être considérée comme un investissement a elle aussi donné lieu à des interprétations divergentes²⁶.

v) Dépôt par des parties ayant un lien entre elles de demandes multiples de dommages-intérêts : il ressort de la pratique trois approches divergentes. Selon une première approche, les demandes sont recevables, mais le tribunal doit empêcher toute double indemnisation (solution recherchée au niveau des dommages-intérêts)²⁷. Suivant une deuxième approche, un tribunal a considéré

12 décembre 2016 ; *Blue Bank International & Trust (la Barbade) Ltd. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/12/20, sentence, 26 avril 2017 ; et *Transban Investments Corp. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/12/24, sentence, 22 novembre 2017 ; pour un exemple de décision dans laquelle le tribunal n'a pas accepté d'exercer sa compétence pour une demande d'arbitrage introduite dans le délai de six mois en question, voir *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. et Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/12/21, sentence, 13 novembre 2017.

²⁵ Voir *Banro American Resources, Inc. & Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. c. République démocratique du Congo*, affaire CIRDI n° ARB/98/7, sentence, 1 septembre 2000, affaire dans laquelle le tribunal a jugé que le transfert d'un investissement d'une entité à une autre ne serait pas suffisant pour permettre à la seconde de provoquer un arbitrage dans le cadre du CIRDI, compte tenu de la nécessité du consentement des parties (par. 3 à 5) ; *Caratube International Oil Company LLP et Hourani c. République du Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017 (« Il est indiscutable que l'article 25-2 b) de la Convention CIRDI n'énonce aucune exigence concernant la forme et la portée du contrôle étranger et, plus précisément, qu'il n'exige pas expressément l'exercice d'un contrôle réel ou effectif plutôt que d'un contrôle juridique » par. 611 à 615) ; *BG Group PLC c. République argentine*, UNICTRAL, sentence finale, 24 décembre 2007 (voir, notamment, par. 113, où il est indiqué que le tribunal a vérifié à la fois les aspects juridique (participation dans les filiales) et factuel (fourniture d'un témoignage pour apporter un complément à la participation)) ; *Daimler Financial Services AG c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/05/1, sentence, 22 août 2012 (voir par. 83 : « D'après l'alinéa b) de cette définition, il est clair que la prise par le client de 99 % des parts de DCS Argentina constitue de fait un investissement protégé en vertu du Traité. ») ; *TSA Spectrum de Argentina, SA c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/05/5, sentence, 19 décembre 2008 (voir par. 134 à 162, où il est indiqué que le tribunal a déclaré : « il est nécessaire de lever le voile de la personnalité morale et d'établir si oui ou non l'entreprise nationale était objectivement sous contrôle étranger ») ; *Biwater Gauff (Tanzanie) Limited c. République-Unie de Tanzanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/22, sentence, 24 juillet 2008 (voir par. 316 : « le tribunal considère qu'une approche plus souple et plus pragmatique concernant le sens à donner au terme « investissement » est appropriée ») ; *Consortium Groupement LESI-DIPENTA c. République algérienne démocratique et populaire*, affaire CIRDI n° ARB/03/8, sentence, 10 janvier 2005 (voir par. 37 à 41, où il est indiqué que le tribunal a adopté un point de vue juridique strict s'agissant de l'incapacité du demandeur (un consortium) à demander un arbitrage en lieu et place de la filiale qui avait signé le contrat d'investissement) ; et *SGS Société Générale de Surveillance SA c. République islamique du Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/01/13, décision sur le déclinatoire de compétence, 6 août 2003 (voir par. 136 et 137, où il est indiqué que le tribunal a examiné des détails factuels, notamment le transfert de fonds destinés à établir et exploiter des bureaux de liaison au Pakistan, pour définir la notion d'investissement par l'intermédiaire d'une filiale locale).

²⁶ Pour des exemples d'affaires dans lesquelles il n'a pas été accepté de considérer des sentences arbitrales comme des investissements, voir *Romak S.A. (Suisse) c. République d'Ouzbékistan*, CNUDCI, affaire CPA n° AA280, sentence, 26 novembre 2009 ; et *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ukraine*, affaire CIRDI n° ARB/08/16, sentence, 31 mars 2011 ; pour des exemples d'affaires dans lesquelles il a été accepté de considérer des sentences arbitrales comme des investissements, pour des motifs toutefois différents, voir *Saipem SpA c. République populaire du Bangladesh*, affaire CIRDI n° ARB/05/07, sentence, 30 juin 2009 ; *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Le Royaume hachémite de Jordanie*, affaire CIRDI n° ARB/08/2, sentence, 18 mai 2010 ; et *White Industries Australia Limited c. Inde*, CNUDCI, sentence finale, 30 novembre 2011.

²⁷ Voir *CME Czech Republic BV c. République tchèque*, Règlement d'arbitrage ad hoc de la CNUDCI, sentence partielle, 13 septembre 2001, sentence finale, 14 mars 2003 ; et *Lauder c. République tchèque*, Règlement d'arbitrage ad hoc de la CNUDCI, sentence finale, 3 septembre 2001 ; ainsi que *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*,

qu'une fois la compétence établie, le demandeur devait choisir la procédure dans laquelle il souhaitait faire examiner les parties de ses demandes qui se chevauchaient. Tout manquement à cette obligation pouvait donner lieu à une constatation d'abus de procédure par le tribunal à des étapes procédurales ultérieures (solution établie au niveau du fond)²⁸. Adoptant une troisième approche, un tribunal a déclaré : « lorsque plusieurs traités confèrent à des entités formant entre elles une chaîne verticale des droits procéduraux similaires pour ce qui est de l'accès à une instance arbitrale et des garanties de fond comparables, le fait d'engager plusieurs procédures pour l'indemnisation de ce qui constitue essentiellement le même préjudice économique entraînerait l'exercice de droits à des fins étrangères à celles pour lesquelles ces droits ont été établis » (solution établie au niveau de la recevabilité)²⁹.

18. Exemples de manque de constance dans les procédures :

- i) Avant l'ouverture de la procédure arbitrale :
 - Clause de la nation la plus favorisée (NPF) : des divergences majeures sont apparues en ce qui concerne l'application de la clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends. Certaines décisions ont admis que la clause NPF permettrait de modifier celles de traités autrement applicables³⁰, tandis que d'autres ont refusé cette possibilité³¹ ;
 - Il a été observé différents traitements ou approches en ce qui concerne :
 - o Le délai d'attente ou de réflexion³² ;

affaire CIRDI n° ARB/01/13 et *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, affaire CIRDI n° ARB/02/6.

²⁸ Voir *Ampal-American Israel Corporation et autres c. République arabe d'Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/12/11, décision sur la compétence, 1 février 2016, par. 330 à 339 ; et *Mr. Yosef maiman et autres c. Égypte*, CNUDCI (non accessible au public).

²⁹ Voir *Orascom TMT Investments S.à r.l. c. République algérienne démocratique et populaire*, affaire CIRDI n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2017, par. 543.

³⁰ Voir, par exemple, *Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/97/7, décision du tribunal sur le déclinatoire de compétence, 25 janvier 2000 ; *Gas Natural SDG, S.A. c. République argentine*, décision du tribunal sur les questions préalables de compétence, 17 juin 2005 ; *National Grid plc c. République argentine*, décision sur la compétence, 20 juin 2006 ; *AWG Group Ltd. c. République argentine*, CNUDCI, décision sur la compétence, 3 août 2006 ; *Impregilo S.p.A. c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/17, sentence, 21 juin 2011 ; *Hochtief AG c. République argentine*, décision sur la compétence, 24 octobre 2011 ; *RosInvestCo UK Ltd. c. Fédération de Russie*, affaire SCC n° V079/2005, sentence sur la compétence, octobre 2007.

³¹ *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, affaire CIRDI n° ARB/03/24, décision sur la compétence, 8 février 2005 ; *ICS Inspection and Control Services Limited (Royaume-Uni) c. République argentine*, CNUDCI, affaire CPA n° 2010-9, sentence sur la compétence, 10 février 2012 ; *Vladimir Berschader et Moïse Berschader c. Fédération de Russie*, affaire SCC n° 080/2004, sentence, 21 avril 2006.

³² Pour des exemples d'affaires dans lesquelles on a considéré le délai de réflexion comme une question de recevabilité, voir, par exemple, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/30, décision sur la compétence, 6 juin 2016 ; pour celles qui le considèrent comme une question de compétence, voir, par exemple, *Guaracachi America, Inc. et Rurelec PLC c. Etat plurinational de Bolivie*, affaire CPA n° 2011-17, sentence, 31 janvier 2014. Dans l'affaire *SGS c. Pakistan*, le concept de période de consultation est considéré comme très souple (voir par. 184 : « Les tribunaux ont généralement eu tendance à considérer les périodes de consultation comme des périodes d'orientation et de procédure plutôt que comme des périodes obligatoires et juridictionnelles par nature. Le respect d'une telle exigence n'est donc pas considéré comme un préalable à l'attribution de compétence »), tandis que dans l'affaire *Murphy Exploration and Production Company International c. République d'Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/08/4, sentence sur la compétence, 15 décembre 2010, le tribunal arbitral a adopté une définition très stricte de cette procédure obligatoire (précisant, aux par. 140 à 157 : « Conformément à [la Convention de Vienne sur le droit des traités], il n'est pas possible d'ignorer l'existence des normes énoncées dans l'article VI du TBI [États-Unis-Équateur] en ce qui concerne l'obligation qu'ont les parties de tenter de négocier pour résoudre leurs différends et l'impossibilité de recourir

- L'interprétation de la notion d'offre unilatérale d'arbitrage³³ ;
 - La possibilité de recourir à l'arbitrage sur la base d'une loi abrogée sur les investissements étrangers³⁴ ;
 - Le moment et la nature du refus par un État d'accorder des avantages³⁵.
- ii) Pendant la procédure arbitrale, il a été observé différents traitements ou approches en ce qui concerne :
- L'existence de l'obligation d'épuiser les recours internes³⁶ ;
 - L'incidence du recours aux tribunaux nationaux avant le lancement d'un arbitrage relatif à des investissements³⁷ ;
 - La notion de « manquement continu » comme exception au délai de prescription applicable aux créances³⁸ ;

au CIRDI avant l'expiration du délai de six mois,... le Tribunal rejette l'argument du demandeur selon lequel le délai d'attente de six mois requis par l'article VI-3 a) ne constitue pas une obligation juridictionnelle »).

³³ Pour des exemples d'affaires dans lesquelles on a considéré que le principe d'effet utile s'appliquait, voir, par exemple, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. État indépendant de Papouasie-Nouvelle-Guinée*, affaire CIRDI n° ARB/13/33 ; pour des exemples d'affaires dans lesquelles on a rejeté le principe d'effet utile, voir, par exemple, *CEMEX Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investments BV c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/08/15.

³⁴ Voir *ABCI Investments N.V. c. République tunisienne*, affaire CIRDI n° ARB/04/12 ; *AES Corporation et Tau Power BV c. République du Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/10/16. Dans *ABCI Investments*, le tribunal arbitral a rendu sa décision en se fondant sur les faits de l'espèce (voir par. 99 et 100), tandis que dans *AES Corporation*, il a clairement répondu à la question en consultant les instruments juridiques pertinents (voir par. 216).

³⁵ La question fait l'objet d'interprétations très différentes dans les tribunaux arbitraux : dans *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, affaire CIRDI n° ARB/03/24, décision sur la compétence, 8 février 2005, par. 148 à 151, il est jugé que l'État ne peut refuser à un investisseur les avantages d'un traité après que ce dernier a déposé une demande d'arbitrage, rejetant ainsi la clause d'effet rétroactif des avantages ; dans *Guaracachi America, Inc. et Rurelec PLC c. État plurinational de Bolivie*, affaire CPA n° 2011-17, sentence, 31 janvier 2014, par. 376, cependant, le tribunal a conclu qu'il « ne peut être d'accord avec les demandeurs lorsqu'ils soutiennent que l'intimé est empêché d'appliquer rétroactivement la clause de refus d'avantages ».

³⁶ Il est généralement admis qu'il n'est pas nécessaire d'épuiser les recours internes lorsqu'un consentement a été donné à l'arbitrage investisseur-État (voir Dolzer et Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2^e éd., p. 264). Certains tribunaux ont néanmoins jugé qu'il fallait qu'un investisseur tente d'introduire un recours interne pour établir qu'il y avait eu violation de la norme de fond applicable à la protection des investissements. Voir *Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine*, affaire CIRDI n° ARB/00/9, sentence, 16 septembre 2003. Voir également *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/05/19, sentence, 3 juillet 2008, ensuite annulée pour ce motif par une décision du comité ad hoc en date du 14 juin 2010.

³⁷ Dans *Fouad Mohammed Thunyan Alghanim c. Royaume hachémite de Jordanie*, affaire CIRDI n° ARB/13/38, sentence, 14 décembre 2017, le Tribunal a jugé que lorsqu'une mesure prise par un État avait été contestée devant les juridictions internes, la compatibilité de cette mesure avec un traité d'investissement (c'est-à-dire son caractère arbitraire) ne pouvait plus être examinée par le Tribunal, l'investisseur ne pouvant que faire valoir un déni de justice. Cependant, un autre tribunal du CIRDI, dans *Generation Ukraine c. Ukraine*, a énoncé le principe selon lequel « il ne suffit pas qu'un investisseur s'empare d'un acte de mauvaise administration... sans s'efforcer de remédier à la faute commise et revendique ainsi un délit international... Dans de tels cas, un tribunal international pourra considérer que le fait de ne pas demander réparation aux autorités nationales disqualifie la demande internationale, non pas parce qu'il est exigé d'épuiser les recours internes, mais parce que la réalité même du comportement équivalant à une expropriation est douteuse en l'absence d'un effort raisonnable – pas nécessairement exhaustif – fait par l'investisseur pour obtenir réparation ». (*Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine*, affaire CIRDI n° ARB/00/9, sentence, 16 septembre 2004, par. 20.30).

³⁸ *United Parcel Service c. Canada*, CNUDCI, sentence sur le fond, 24 mai 2007 (voir par. 28 : « la poursuite de la conduite constitue une violation continue des obligations légales et renouvelle le délai de prescription en conséquence ») ; *Eli Lilly c. Canada*, affaire CIRDI n° UNCT/14/2, sentence finale, 16 mars 2017 (voir par. 170) ; *Corona Materials LLC c. République dominicaine*,

- La répartition des coûts³⁹ ;
 - Le raisonnement juridique et la méthodologie d'évaluation des dommages-intérêts.
- iii) Après le prononcé de la sentence :
- Certains aspects de la procédure d'annulation du CIRDI, par exemple en ce qui concerne la demande de suspension de l'exécution d'une sentence⁴⁰.

B. Mécanismes actuels

19. À la trente-cinquième session du Groupe de travail, d'importantes craintes ont été exprimées quant au fait que les mécanismes actuels n'étaient pas suffisants pour garantir une interprétation constante et régulière des traités d'investissement (A/CN.9/935, par. 38).

20. Les craintes exprimées par le Groupe de travail au sujet du manque de constance, de l'incohérence, du manque de prévisibilité et, potentiellement, du manque de régularité étaient souvent liées à des questions concernant la pertinence des mécanismes existants pour traiter ces questions (A/CN.9/935, par. 39 à 41). Le Groupe voudra peut-être examiner la mesure dans laquelle les mécanismes actuels pourraient contribuer à assurer la constance entre les affaires de RDIE, notamment entre des traités d'investissement ayant des normes de protection des investisseurs identiques ou sensiblement similaires, ou aider à corriger des sentences.

affaire CIRDI n° ARB(AF)/14/3, sentence sur les exceptions préliminaires invoquées en accéléré par le défendeur conformément à l'article 10-20-5 du CAFTA-DR, 31 mai 2016 (aucune acceptation de violations continues des obligations légales, par. 200 à 238) ; *Spence International Investments, LLC, Berkowitz, et al c. République du Costa Rica*, affaire CIRDI n° UNCT/13/2, sentence provisoire, 25 octobre 2016 (voir par. 208 : « S'il se peut que la poursuite d'une conduite constitue une violation continue, le Tribunal considère que cette conduite ne peut renouveler le délai de prescription, car elle dénaturerait effectivement la clause limitative de son objet essentiel, qui est de tirer un trait dans la poursuite des revendications historiques. Une telle approche encouragerait également les tentatives d'analyse sans fin d'une réclamation en sous-éléments toujours plus fins de la violation au fil du temps afin de tenter d'entrer dans le délai de prescription ») ; *Rusoro Mining Limited c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/5, sentence, 22 août 2016 (voir par. 206, dans lequel le Tribunal a reconnu le manque de constance dans l'interprétation de la disposition relative à la prescription entre les tribunaux arbitraux – « Le Tribunal est conscient, à cet égard, que la jurisprudence de l'ALÉNA n'est pas unanime pour répondre à la question de savoir comment calculer le délai pour les actes continus et composites » – et a finalement refusé, au paragraphe 208, l'exception pour violation continue).

³⁹ Voir *EDF (Services) Limited c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/13, sentence, 8 octobre 2009, par. 322 (« Le Tribunal note que la position traditionnelle, dans l'arbitrage relatif aux investissements, contrairement à l'arbitrage commercial, est de suivre la règle internationale publique qui n'applique pas le principe selon lequel le perdant paie les frais de l'arbitrage et les frais de la partie gagnante »), par opposition à *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. République de Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/03/16, sentence, 2 octobre 2006, par. 533 (« Le Tribunal ne trouve aucune raison de s'écarter du point de départ selon lequel la partie qui obtient gain de cause devrait être remboursée par la partie déboutée »). Voir également *Telenor Mobile Communications A.S. c. République de Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/04/15, sentence, 13 septembre 2006, par. 107 (« Bien que conscient d'une pratique courante, dans les arbitrages CIRDI, selon laquelle les parties supportent leurs propres frais et ceux du CIRDI et du tribunal de manière égale quelle que soit l'issue de l'affaire, ce tribunal fait partie de ceux qui sont favorables au principe général selon lequel les frais doivent suivre l'événement ») ; les deux approches différentes ont été rappelées dans *Orascom TMT Investments S.à r.l. c. République algérienne démocratique populaire*, affaire CIRDI n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2007, au par. 583, sans être arbitrées.

⁴⁰ *Tenaris S.A. et Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/11/26, qui considère la suspension comme exceptionnelle ; *Tenaris S.A. et Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/12/23, qui considère la suspension comme normale, sauf circonstances exceptionnelles.

21. Il a été noté que dans le cadre actuel, les options disponibles pour traiter les décisions manquant de constance ou de régularité étaient limitées, car elles avaient été conçues pour revoir les sentences afin de remédier à un ensemble limité d'importants vices de procédure. Les mécanismes de recours existants portent sur l'intégrité et l'équité du processus plutôt que sur la constance, la cohérence ou la régularité des résultats (voir [A/CN.9/WG.III/WP.142](#), par. 39 et [A/CN.9/935](#), par. 23).

22. Les options incluent la demande de modification d'une sentence en vertu des règles d'arbitrage applicables. Or, les règles applicables à l'arbitrage circonscrivent strictement le type de conduite qui pourrait justifier une rectification, et l'on a tendance à ne corriger que des erreurs d'écriture mineures⁴¹.

23. Une autre option consiste à contester une décision arbitrale pour un nombre limité de motifs. Or, les sentences arbitrales sont définitives et ne peuvent faire l'objet d'un réexamen que dans le cadre de demandes d'annulation ou de procédures d'exécution devant des tribunaux nationaux et, dans le cas de sentences CIRDI, de procédures d'annulation. En raison de ce caractère définitif, les recours contre des sentences sont par nature limités.

24. Dans le système CIRDI, la procédure d'annulation de sentences arbitrales se fonde sur l'évaluation de l'intégrité de la procédure elle-même et n'affecte pas le fond du différend en réexaminant le cas résolu. Les motifs pour lesquels l'annulation peut être demandée sont prescrits de manière limitative en indiquant la principale caractéristique de ce processus : il est conçu pour être une exception, et pour être utilisé de manière très étroite, sur la base de motifs strictement définis.

25. Il convient de noter qu'il y a eu un manque de constance dans l'application des motifs d'annulation dans le contexte du CIRDI. La première génération de décisions d'annulation⁴² a été critiquée pour avoir adopté une vision trop large du champ et des normes de recours⁴³. Les décisions ultérieures ont semblé avoir corrigé cette situation⁴⁴. Plus récemment, des décisions ont réintroduit un manque de constance dans la procédure d'annulation, en partie parce que les avis divergeaient quant à savoir si une interprétation erronée de la relation entre un traité d'investissement et le droit international coutumier constituait un motif d'annulation⁴⁵. Certains comités ont conclu qu'une application erronée grave de la loi pouvait entraîner l'annulation, alors que d'autres ont estimé qu'une telle approche équivaldrait à un appel⁴⁶. Le Groupe

⁴¹ Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 Fordham L. Rev. 1521 (2005).

⁴² *Klockner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République unie du Cameroun et Société camerounaise des engrais*, affaire CIRDI n° ARB/81/2, décision du comité ad hoc sur l'annulation, 3 mai 1985 ; *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie*, affaire CIRDI n° ARB/81/1, décision du comité ad hoc sur la demande d'annulation, 16 mai 1986.

⁴³ W. Michael Reisman, *Repairing ICSID's Control System: Some Comments on Aron Broches – Observations on the Finality of ICSID Awards* (1992) 7 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 196.

⁴⁴ *Maritime International Nominees Establishment c. République de Guinée*, affaire CIRDI n° ARB/84/4, décision du comité ad hoc annulant partiellement la sentence, 22 décembre 1989 ; *Klockner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République unie du Cameroun et Société camerounaise des engrais*, affaire CIRDI n° ARB/81/2, deuxième décision du comité ad hoc rejetant la demande d'annulation, 17 mai 1990 ; *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie*, affaire CIRDI n° ARB/81/1, décision sur la deuxième demande d'annulation (17 décembre 1992).

⁴⁵ *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/8, décision du comité ad hoc sur la demande d'annulation de la République argentine, 25 septembre 2007 ; *Sempra Energy International c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, décision sur la demande d'annulation de la sentence présentée par la République argentine, 29 juin 2010 ; *Enron Creditors Recovery Corporation et Ponderosa Assets L.P. c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/3, décision sur la demande d'annulation de la République argentine, 30 juillet 2010 ; *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/05/19, décision du comité ad hoc, 14 juin 2010.

⁴⁶ Voir Nicholas Fletcher, *Should ICSID have or not a new appellate process? Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Fordham Papers 2015.

de travail souhaitera peut-être prendre note des récentes propositions faites d'amender le Règlement intérieur du CIRDI pour les procédures d'arbitrage⁴⁷.

26. Dans les affaires qui ne relèvent pas du CIRDI, l'annulation de sentences ainsi que les procédures d'exécution auront lieu devant des tribunaux étatiques. Là aussi, le processus vise essentiellement le respect des règles fondamentales de procédure et n'inclut pas d'examen au fond, partant du principe que les sentences arbitrales sont définitives et contraignantes une fois rendues. Ce système s'applique à la fois à l'arbitrage commercial et à l'arbitrage relatif aux investissements.

C. Opportunité d'une réforme

27. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les questions ci-après sont également examinées dans le document A/CN.9/WG.III/WP.149, qui fournit un cadre général pour examiner l'opportunité de réformes.

1. Observations générales

a) Questions à examiner

28. Le besoin de constance et de cohérence est lié au besoin de certitude, de prévisibilité et d'égalité de traitement. À la trente-quatrième session du Groupe de travail, il a été considéré que la prévisibilité et la régularité étaient des valeurs qui favorisaient l'état de droit, renforçaient la confiance dans la stabilité de l'environnement d'investissement, conféraient une légitimité accrue au régime et contribuaient à l'élaboration du droit de l'investissement (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 11). L'une des conséquences de la prévisibilité mentionnée par le Groupe de travail était qu'elle permettrait aux États de comprendre si leurs actions, comme d'éventuelles activités législatives ou réglementaires futures, pouvaient constituer une violation de leurs obligations. À cet égard, il a été dit que la prévisibilité aiderait les États à définir leur politique d'investissement. La prévisibilité permettrait également aux investisseurs d'évaluer la conformité de certains traitements aux obligations conventionnelles (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 15). Dans ce domaine, en effet, les arbitrages portent souvent sur l'étendue des pouvoirs réglementaires des États d'accueil. Les délégations ont confirmé avoir engagé des consultations avec leurs différents mandants et intervenants. Les résultats des consultations, tels qu'ils ont été présentés, ont montré que la prévisibilité importait également aux investisseurs, dans la mesure où son manque pouvait constituer pour eux un facteur de risque et entraver ainsi l'investissement. Il a été ajouté que les investisseurs appréciaient un système de règlement des différends qui garantisse la prévisibilité, compte tenu des coûts que cela impliquait (A/CN.9/935, par. 37).

29. Compte tenu des caractéristiques des traités d'investissement et du RDIE, le Groupe de travail s'est interrogé sur l'opportunité et la nécessité d'une plus grande prévisibilité des résultats ainsi que d'une plus grande uniformité et harmonie dans l'évolution de la jurisprudence (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 16 ; A/CN.9/935, par. 34 à 38).

30. À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la nature même du droit de l'investissement et le fait que ce droit et les normes de protection de l'investissement sont fragmentés en différentes sources de droit, notamment de nombreux traités d'investissement et régimes nationaux, font que la méthode de règlement des différends relatifs aux investissements doit jouer un rôle central dans l'élaboration de normes juridiques uniformes. Peut-être voudra-t-il également se demander si la nécessité, pour les décideurs, d'appliquer, dans le cadre du RDIE, un ensemble de règles moins élaborées et encore en gestation signifie que leur décision

⁴⁷ Voir Secrétariat du CIRDI, Propositions d'amendement des règlements du CIRDI – Document de travail, 2 août 2018, p. 270 à 289, disponible à l'adresse https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Three.pdf.

influera plus fortement sur l'établissement de règles prévisibles et sur l'élaboration de normes juridiques uniformes à l'avenir⁴⁸.

31. Le Groupe voudra peut-être, en outre, garder à l'esprit l'objectif ultime des traités d'investissement et des lois relatives à cette activité, qui est de favoriser les flux d'investissements étrangers entre pays d'un type qui réponde aux objectifs du développement durable, et examiner, au-delà des incidences qu'a le manque de constance et de prévisibilité sur les États signataires des traités, celles qu'il a sur les investisseurs étrangers et l'évaluation des risques politiques et économiques liés aux investissements étrangers.

b) Avis préliminaires exprimés par les États

32. À ses trente-quatrième et trente-cinquième sessions, le Groupe de travail s'est vu exposer des avis préliminaires sur la manière de traiter le manque de constance et de cohérence pour améliorer la prévisibilité du cadre du RDIE. Il a notamment été proposé d'amender les traités d'investissement dont le libellé était vague ; de prévoir, pour donner aux États parties un plus grand contrôle sur les traités d'investissement, des solutions telles que des déclarations interprétatives conjointes et des directives d'interprétation des normes, des observations de tiers permettant à d'autres États membres de donner leur avis sur l'interprétation d'une norme, un mécanisme par lequel les tribunaux pourraient interroger les partenaires de traités avant de rendre des sentences ; d'adopter une approche systémique passant par des solutions institutionnelles (mécanismes d'appel ou organes juridictionnels permanents) ; d'envisager de réformer le cadre interne relatif à l'investissement, y compris les normes de fond relatives à la protection qui figurent dans la législation interne ; d'introduire ou de mettre en œuvre un système de précédents ; d'encourager la consolidation, lorsque c'est possible, et la coordination des tribunaux ; d'améliorer les mécanismes de recours et les procédures d'annulation existants ; et de renforcer le rôle des tribunaux nationaux (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 34 ; et A/CN.9/935, par. 43).

33. Il appartiendrait aux États de mettre en œuvre certaines des solutions énumérées ci-dessus, soit en rédigeant leurs traités, soit en prenant des mesures conventionnelles. Dans son Rapport sur l'investissement dans le monde 2017, la CNUCED énumère 10 choix de réforme que les États pourraient entreprendre⁴⁹.

34. Par exemple, les traités dits de « deuxième génération » ont mieux circonscrit le champ d'application de diverses normes que leurs homologues de « première génération », qui contiennent des formulations vagues, susceptibles de différentes interprétations (A/CN.9/935, par. 28). Les traités de deuxième génération ont introduit plus de clarté dans les normes de fond relatives à la protection et dans les dispositions procédurales. Les États voudront donc peut-être envisager de négocier de nouveaux traités d'investissement ou des amendements à ceux qui existent. De manière générale, les États pourraient envisager d'utiliser l'étude des manques de constance susmentionnée comme « inventaire » des questions à prendre en compte s'ils veulent une politique façonnée par une définition plus claire des exigences de procédure ou de fond. Peut-être, cependant, le Groupe de travail souhaitera-t-il s'interroger sur le temps que requiert cette approche et déterminer si elle constitue une solution viable pour les nombreux traités de première génération.

35. Les États pourraient en outre envisager de publier des directives détaillées et, éventuellement, obligatoires, à l'intention des tribunaux arbitraux. Il peut s'agir, par exemple, d'interprétations contraignantes ou de l'utilisation d'autres instruments de procédure tels que des observations de tiers (A/CN.9/930/Add.1/Rev1, par. 22

⁴⁸ Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?* The 2006 Freshfields Lecture.

⁴⁹ CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2017, p. 131 ; disponible à l'adresse http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017ch3_en.pdf.

et 23)⁵⁰. Par le passé, de telles interprétations ont été publiées de façon ponctuelle, ou émises par un forum institutionnalisé ou un comité permanent de consultation (par exemple, l'organe permanent de l'ALENA composé de représentants des gouvernements des trois États membres, qui peut émettre des notes d'interprétation contraignantes pour les tribunaux du chapitre XI de l'Accord). Certains traités d'investissement prévoient également que certaines questions seront soulevées avec les États parties afin d'obtenir leur interprétation commune⁵¹.

36. Enfin, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'efficacité de ces directives et, en particulier, la relation entre ces déclarations d'États et les interprétations ultérieures des normes par les tribunaux arbitraux⁵².

2. Réformes possibles sur une base multilatérale

a) Introduction d'un système de précédents

37. La constance et la cohérence n'ont jamais été inhérentes au régime de RDIE. Les décisions sont prises par des tribunaux arbitraux mis en place au cas par cas, sans obligation formelle au regard du principe de précédent.

38. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que la « constance », la « cohérence » et la « prévisibilité » des décisions rendues dans le cadre du RDIE signifieraient, dans la plupart des cas, que les décideurs tiennent compte de la jurisprudence préexistante et se conforment, dans la mesure possible ou souhaitable, aux interprétations juridiques qui y sont énoncées. Cela impliquerait également qu'un tribunal, s'il estimait que les interprétations et le raisonnement juridique d'une décision rendue antérieurement ne s'appliquent pas en l'espèce, pourrait adopter une position différente assortie d'une explication motivée. Dans un système « cohérent » et « prévisible », les décisions contradictoires se fonderaient sur une interprétation cohérente des questions en jeu, allant au-delà de l'espèce, tenant compte de la jurisprudence préexistante et contribuant à l'évolution du droit et de la jurisprudence de l'investissement.

39. Malgré la diversité des traités d'investissement, on pourrait créer des modèles d'interprétation cohérente des dénominateurs communs des dispositions récurrentes, et clarifier ainsi les normes et principes fondamentaux par une interprétation constante et cohérente (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 16). On notera, à cet égard, que les normes de transparence du RDIE, telles qu'élaborées par le CIRDI en 2006 et par la CNUDCI en 2013 et 2014, prévoient l'accès des tribunaux arbitraux aux ordonnances et décisions. Grâce à ces normes et à la publication des décisions de RDIE, les tribunaux arbitraux auraient plus facilement accès aux décisions antérieures, ce qui aiderait à promouvoir un système de précédents.

40. Actuellement, bien que semblant convenir qu'il n'existe pas de doctrine de précédent obligatoire en soi, les tribunaux s'entendent également sur la nécessité de prendre en considération les affaires antérieures. Les sentences expriment fréquemment la conviction qu'a le tribunal qu'il doit tenir dûment compte des décisions antérieures des cours et tribunaux internationaux et que, sous réserve de motifs contraires impérieux, il a le devoir d'adopter des solutions établies dans une série de décisions cohérentes⁵³. Néanmoins, cela n'a pas toujours assuré la constance

⁵⁰ Voir également CNUCED, IIA Issues Notes, n° 3, décembre 2011, *Interpretation of IIAs: What States can do* ; UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Investor-State Dispute Settlement: A Sequel, 2014.

⁵¹ Voir le traité entre l'Uruguay et les États-Unis d'Amérique, article 31.

⁵² Voir, par exemple, l'Accord de libre-échange entre la République dominicaine et l'Amérique centrale (CAFTA-DR), dans lequel le traité prévoit qu'une interprétation conjointe lie les tribunaux arbitraux.

⁵³ Voir, par exemple, *Burlington Resources Inc. c. République d'Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/08/5, décision sur la responsabilité, 14 décembre 2012, par. 187 (qui consigne le point de vue d'un arbitre selon lequel il n'y a pas d'obligation de suivre les tendances jurisprudentielles, mais énonce : « Le Tribunal estime que sous réserve de motifs contraires impérieux, il a le devoir d'adopter des solutions qui l'ont été dans une série d'affaires concordantes. Il estime en outre que

des sentences arbitrales, car cette approche est difficile à appliquer dans un système de décision décentralisé, composé uniquement de tribunaux ad hoc⁵⁴. En outre, certains tribunaux, tout en reconnaissant qu'une constance était généralement souhaitable, ont souligné qu'« il n'y a[vait] pas de hiérarchie des tribunaux internationaux et [que] même s'il y en avait une, il n'y a[vait] aucune raison valable de laisser le premier tribunal résoudre les questions pour tous les suivants »⁵⁵. Si le Groupe de travail estime qu'il faudrait introduire un système de précédent contraignant, il pourra souhaiter examiner la possibilité de mettre en œuvre cette solution compte tenu des caractéristiques du régime de RDIE.

41. Bien qu'ils soient principalement chargés de rendre des décisions sur les questions qui leur sont soumises, les tribunaux arbitraux fonctionnent également dans le cadre d'un système juridictionnel plus large et d'intérêt public. En effet, les tribunaux qui jugent des affaires découlant de traités d'investissement contribuent à expliquer et à clarifier le sens des normes fondamentales de ces derniers⁵⁶. Une question qui se pose alors est de savoir s'il faut considérer que les arbitres ont, envers un système international de justice, une obligation générale d'agir dans l'intérêt public (A/CN.9/935, par. 85 et 86) et, si tel est le cas, comment s'acquitter de cette obligation (voir également, sur ce point, le document A/CN.9/WG.III/WP.153).

b) Fourniture d'indications aux tribunaux arbitraux

42. Il existe plusieurs mécanismes procéduraux que les tribunaux arbitraux peuvent utiliser ou être invités à utiliser pour mieux coordonner leurs décisions, y compris lors de procédures concurrentes. Décrits dans le document A/CN.9/915 (par. 10 à 33), ces outils incluent diverses approches telles que le recours actif à la jonction, l'échange

sous réserve des particularités d'un traité donné et des circonstances de l'espèce, il a le devoir de chercher à contribuer au développement harmonieux du droit de l'investissement et de répondre ainsi aux attentes légitimes de la communauté des États et des investisseurs quant à la sécurité juridique »).

⁵⁴ Par comparaison, il n'y a pas, à la Cour internationale de Justice, de *stare decisis* de droit (voir l'article 59 du Statut de la Cour) ; on s'appuie fortement, cependant, sur des décisions judiciaires antérieures, qualifiées, à l'article 38 du Statut, de « moyens subsidiaires de déterminer les règles de droit », et la pratique montre que les décisions antérieures convainquent souvent les juges.

⁵⁵ Voir *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, affaire CIRDI n° ARB/02/6, décision sur le déclinatoire de compétence, 29 janvier 2004, par. 97 (« La Convention CIRDI prévoit seulement que les sentences rendues en vertu de celle-ci sont « obligatoires pour les parties » (article 53-1), disposition qui pourrait être considérée comme visant l'effet de la chose jugée des sentences plutôt que leur incidence comme précédents dans des affaires ultérieures. De l'avis du Tribunal, bien qu'il faille que les différents tribunaux constitués dans le cadre du système CIRDI s'emploient en général à agir de manière concordante, il faut, en fin de compte, que chaque tribunal exerce sa compétence conformément à la loi applicable, qui sera par définition différente pour chaque TBI et chaque État intimé. En outre, il n'existe pas, en droit international, de doctrine du précédent si l'on entend par précédent une règle de l'effet contraignant d'une décision unique. Il n'y a pas de hiérarchie des tribunaux internationaux et même s'il y en avait une, il n'y a aucune raison valable de laisser le premier tribunal résoudre les questions pour tous les suivants »). Voir également *Electrabel S.A. c. République de Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/07/19, sentence, 25 novembre 2015, par. 224 (« Ce tribunal est appelé à se prononcer sur les arguments avancés par les parties à cet arbitrage sur la base des éléments qu'elles ont produits dans cette procédure. Il ne peut donc être influencé par le résultat d'un arbitrage différent, dans lequel la réclamation d'un investisseur semble avoir été formulée différemment et la décision rendue sur la base d'arguments et d'éléments différents »).

⁵⁶ Voir *Glamis Gold Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, arbitrage CNUDCI (ALENA), sentence, 8 juin 2009, par. 7, dans lequel le tribunal a énoncé ce qui suit : « Ce Tribunal, dans l'exercice de son mandat premier, qui est de régler ce différend particulier, le fait en tenant compte du contexte dans lequel il opère. Il souligne qu'il ne considère nullement que le fait d'être conscient du contexte dans lequel il opère justifie (ou même exige) qu'il s'écarte de son obligation de se concentrer sur le cas précis dont il est saisi. Il considère plutôt le fait d'être conscient d'agir dans ce contexte comme une discipline de raisonnement qui ne modifie pas sa décision, mais le guide et l'aide plutôt à appuyer simultanément le système dont il n'est qu'un élément temporaire ». Voir également *Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh*, affaire CIRDI n° ARB/05/07.

d'informations, la suspension de procédures, ainsi que l'application des doctrines de la litispendance et de l'autorité de la chose jugée.

c) Examen préalable des sentences arbitrales

43. On pourrait également envisager un système permettant l'examen préalable des projets de sentences arbitrales. L'examen des sentences est une caractéristique du Règlement de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, souvent décrite comme bénéfique dans la mesure où elle améliore la qualité et le caractère exécutoire des sentences. On pourrait concevoir un système similaire pour assurer la constance, éviter les erreurs juridiques et assurer la qualité des sentences rendues par les tribunaux de RDIE.

d) Mécanisme d'appel

44. On peut trouver des illustrations de l'intention des Parties d'inclure des mécanismes d'examen en appel dans certains traités d'investissement⁵⁷.

45. Une autre option souvent citée est la création d'un mécanisme d'appel autonome. La principale fonction d'un organe d'appel est d'assurer la régularité des décisions sur la forme et sur le fond. Il serait chargé d'examiner les décisions sur le fond et permettrait la mise en œuvre d'un système de précédents contraignants⁵⁸. Il faudrait en limiter la portée de façon à ne pas réexaminer les affaires *de novo*.

e) Système de décisions préliminaires

46. Selon cette option, les tribunaux arbitraux devraient être autorisés à renvoyer toute question concernant l'application et l'interprétation d'une question juridique à un organe spécifique.

f) Mise en place d'un système judiciaire international

47. Certains traités d'investissement récents ont prévu la création d'un tribunal, constitué en institution internationale permanente⁵⁹. La raison en est qu'en siégeant en permanence et en statuant sur des affaires au fil du temps, les juges rendraient des décisions constantes.

⁵⁷ Voir, par exemple, le Traité conclu entre les États-Unis d'Amérique et la République orientale de l'Uruguay en ce qui concerne l'encouragement et la protection réciproque des investissements le 4 novembre 2005 (entré en vigueur le 1^{er} novembre 2006), annexe E ; l'Accord de libre-échange conclu entre le Gouvernement de la République du Chili et le Gouvernement des États-Unis le 6 juin 2003 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004), art. 10.19 (10) et annexe 10-H ; l'Accord de libre-échange conclu entre la République dominicaine et l'Amérique centrale le 5 août 2004 ; et l'Accord économique et commercial global (AECG) conclu entre le Canada et l'Union européenne, à l'article 8.28.

⁵⁸ Voir également Secrétariat du CIRDI, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* (22 octobre 2004), document de travail disponible à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf#search=Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20for%20ICSID%20Arbitration>.

⁵⁹ Voir, par exemple, l'Accord économique et commercial global (AECG) conclu entre le Canada et l'Union européenne et l'Accord de libre-échange conclu entre l'Union européenne et le Viet Nam.