



# Assemblée générale

Distr. limitée  
31 juillet 2019  
Français  
Original : anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international  
Groupe de travail III (Réforme du règlement des  
différends entre investisseurs et États)  
Trente-huitième session  
Vienne, 14-18 octobre 2019**

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

### Sélection et nomination des membres des tribunaux de RDIE

#### Note du Secrétariat

#### Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction .....	2
II. Sélection et nomination des membres des tribunaux de RDIE .....	3
A. Remarques générales .....	3
B. Aperçu des options de réforme et de leurs variantes .....	5
1. Facteurs à examiner .....	5
2. Réglementation du mécanisme de nomination des membres des tribunaux de RDIE par les parties .....	6
3. Liste préétablie .....	7
4. Mécanisme permanent .....	10
C. Remarques sur la mise en œuvre des options de réforme .....	16



## I. Introduction

1. De sa trente-quatrième à sa trente-septième session, le Groupe de travail a entrepris des travaux sur une éventuelle réforme du RDIE, eu égard au mandat que la Commission lui avait confié à sa cinquantième session, en 2017<sup>1</sup>. Il est rendu compte des délibérations et décisions de ses trente-quatrième, trente-cinquième, trente-sixième et trente-septième sessions dans les documents [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.
2. À sa trente-septième session, il est convenu d'examiner et de mettre au point plusieurs solutions de réforme possibles simultanément ([A/CN.9/970](#), par. 81)<sup>2</sup>. Dans cette optique, le Secrétariat a été prié d'entreprendre des travaux préparatoires sur un certain nombre de sujets, notamment sur la sélection et la nomination des membres des tribunaux de RDIE. Il a été dit que ces travaux pourraient consister notamment à compiler, résumer et analyser les informations pertinentes sur l'un des grands thèmes d'une réforme structurelle, en coopération avec le Forum universitaire ([A/CN.9/970](#), par. 84).
3. En conséquence, la présente note vise à fournir au Groupe de travail un complément d'information sur la question de la sélection et de la nomination des membres des tribunaux de RDIE, sur la base des communications reçues des gouvernements<sup>3</sup>. De même que pour d'autres documents soumis au Groupe de travail, elle a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet<sup>4</sup> et ne cherche pas à exprimer un avis sur les options de réforme possible, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner.

<sup>1</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 17 (A/72/17)*, par. 263 et 264.

<sup>2</sup> Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le document [A/CN.9/WG.III/WP.166](#) donne un aperçu des options de réforme.

<sup>3</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), Communication de l'Union européenne et de ses États membres ; [A/CN.9/WG.III/WP.162](#), Communication du Gouvernement thaïlandais ; [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais ; [A/CN.9/WG.III/WP.164](#) et [A/CN.9/WG.III/WP.178](#), Communications du Gouvernement costaricien ; [A/CN.9/WG.III/WP.174](#), Communication du Gouvernement turc ; [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), Communication du Gouvernement équatorien ; [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), Communication du Gouvernement chinois.

<sup>4</sup> La présente Note a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet, notamment le Rapport supplémentaire du Geneva Center for International Dispute Settlement intitulé « The composition of a multilateral investment court and of an appeal mechanism for investment awards », 15 novembre 2017, Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, consultable à l'adresse [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids\\_supplemental\\_report.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_supplemental_report.pdf), ainsi que les publications de membres du Forum universitaire, consultable à l'adresse <https://www.cids.ch/academic-forum-concept-papers>. Parmi les publications de membres du Forum universitaire, on mentionnera *Selection and Appointment in International Adjudication: Insights from Political Science*, Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen et Taylor St John ; *The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn et Mariachiara Malaguti ; et *Selection and Appointment of International Adjudicators: Structural Options for ISDS Reform*, Andrea K. Bjorklund, Marc Bungenberg, Manjiao Chi, et Catharine Titi.

## II. Sélection et nomination des membres des tribunaux de RDIE

### A. Remarques générales

#### *Caractéristiques du régime actuel*

4. Pour rappel, la sélection et la nomination des membres des tribunaux de RDIE dans le cadre du régime actuel de RDIE sont régies par les dispositions conventionnelles applicables ou des dispositions contractuelles spécifiques et, à défaut, par les règles supplétives de toute institution arbitrale compétente [(telles que celles du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)] ou les règles ad hoc applicables (telles que celles de la CNUDCI)<sup>5</sup>.

5. Bien que les dispositions relatives au RDIE dans les traités d'investissement puissent varier, elles prévoient généralement le règlement des différends par arbitrage, ce qui suppose que : i) le différend doit être réglé par un tribunal de RDIE constitué expressément pour le différend en cause ; et ii) les parties au différend (l'investisseur-demandeur et l'État défendeur), jouent un rôle important dans le choix des membres du tribunal.

6. En général, les membres des tribunaux de RDIE sont sélectionnés et nommés par une partie à la procédure, par les parties conjointement, par une institution arbitrale ou par une autorité de nomination à titre de mécanisme par défaut. Les mécanismes existants chargés de constituer les tribunaux de RDIE sont fondés sur l'autonomie des parties. Ainsi, la sélection et la nomination sont le plus souvent effectuées par les parties au différend et, dans une moindre mesure, par des autorités de nomination, y compris des institutions arbitrales, chargées d'appuyer le processus. Le Groupe de travail voudra peut-être prendre note des informations qui ont été communiquées par le CIRDI et la Cour permanente d'arbitrage de La Haye (CPA) sur les mécanismes de sélection et de nomination, et qui figurent dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.146](#)<sup>6</sup>.

#### *Décisions du Groupe de travail*

7. À sa trente-sixième session, après avoir examiné la question de la sélection et de la nomination des membres des tribunaux de RDIE et le fonctionnement de ces tribunaux<sup>7</sup>, le Groupe de travail a conclu qu'il était souhaitable que la CNUDCI entreprenne des réformes pour répondre aux préoccupations exprimées concernant : le manque réel ou apparent d'indépendance et d'impartialité des décideurs juridiques dans le RDIE<sup>8</sup> ([A/CN.9/964](#), par. 83) ; la question de l'adéquation, de l'efficacité et de la transparence des mécanismes de divulgation et de récusation prévus par de nombreux traités et règlements d'arbitrage existants ([A/CN.9/964](#), par. 90) ; le manque de diversité parmi les décideurs juridiques dans le RDIE ([A/CN.9/964](#), par. 98) ; et les mécanismes de constitution des tribunaux de RDIE dans les traités et règlements d'arbitrage existants ([A/CN.9/964](#), par. 108).

<sup>5</sup> Voir *The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn et Mariachiara Malaguti.

<sup>6</sup> Voir également les informations sur les statistiques du CIRDI, consultables à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx> et sur la Cour permanente d'arbitrage, consultables à l'adresse <https://pca-cpa.org/fr/documents/publications/annual-reports/>.

<sup>7</sup> Le Groupe de travail a entrepris l'examen de la question sur la base des documents [A/CN.9/WG.III/WP.149](#) (par. 11 à 13), [A/CN.9/WG.III/WP.151](#) et [A/CN.9/WG.III/WP.152](#) ([A/CN.9/964](#), par. 64 à 106).

<sup>8</sup> Ce sujet est également traité dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.167](#) (Code de conduite).

8. À l'issue de cet examen, le Groupe de travail est parvenu à un consensus sur la nécessité d'une réforme, tout en prenant bonne note des divergences de vues concernant sa portée (A/CN.9/964, par. 106).

*Remarques sur une réforme des méthodes de sélection et de nomination des membres des tribunaux*

9. Lorsqu'il examinera les options de réforme, le Groupe de travail voudra peut-être noter que la sélection et la nomination des membres des tribunaux s'inscrivent dans un cadre plus large de règlement des différends. S'agissant du règlement des différends internationaux, il existe à ce jour deux modèles principaux, avec des variantes : i) soit l'organe juridictionnel est établi par les parties au différend pour un différend précis, après la naissance de celui-ci (ce modèle correspond au régime actuel de RDIE fondé sur l'arbitrage international) ; ii) soit l'organe juridictionnel est préexistant au différend (ce qui correspondrait à un mécanisme permanent).

10. La sélection et la nomination des membres des tribunaux sont organisées différemment dans chaque système. Dans le régime actuel de RDIE fondé sur l'arbitrage international, la méthode de sélection et de nomination des arbitres est souple, elle n'est pas strictement réglementée, et elle varie en fonction de l'affaire et des parties au différend. Dans un mécanisme permanent, les règles de sélection et de nomination des arbitres sont officielles et bien déterminées.

11. Cependant, d'autres méthodes sont possibles. Il pourrait s'agir, par exemple, d'une méthode de sélection et de nomination selon laquelle les membres du tribunal seraient choisis à partir d'une liste préétablie par une tierce partie agissant en tant qu'autorité de nomination, sans aucune participation ou avec une participation limitée des parties au différend<sup>9</sup>. Cette option, tout en s'écartant de la nomination par les parties, préserverait le caractère ad hoc du régime actuel de RDIE, selon lequel des tribunaux de RDIE sont constitués pour chaque affaire, après qu'un différend a surgi (par opposition à un mécanisme permanent). Autre exemple, il serait également concevable, dans le cadre d'un mécanisme permanent, de permettre aux parties au différend de choisir leurs juges à partir d'une liste (il s'agirait alors d'un organe semi-permanent). Cette option, tout en s'écartant du caractère ad hoc du régime actuel de RDIE, permettrait toujours aux parties au différend de participer à la sélection et à la nomination des juges<sup>10</sup>.

12. Le Groupe de travail voudra donc peut-être noter que chaque modèle peut comporter un certain nombre de variantes. La création d'un mécanisme d'appel constituerait un élément supplémentaire qui aurait également une incidence sur le cadre général de la réforme de la procédure de RDIE ainsi que sur la conception du processus de sélection et de nomination des membres des tribunaux de RDIE<sup>11</sup>. Les

<sup>9</sup> Voir Rapport supplémentaire du Geneva Center for International Dispute Settlement, par. 6 à 19.

<sup>10</sup> Des mécanismes ad hoc et permanents peuvent également coexister dans le même cadre de règlement des différends (voir Rapport supplémentaire du Geneva Center for International Dispute Settlement, par. 12). Par exemple, à l'Organisation mondiale du commerce (OMC), les différends sont d'abord tranchés par des groupes spéciaux, puis, en cas d'appel, par l'Organe d'appel permanent de l'OMC. Dans le cadre du Mercosur, un État demandeur doit d'abord porter ses griefs devant un « tribunal arbitral ad hoc », composé des parties au différend à partir de listes fermées (Traité portant création d'un marché commun entre la République argentine, la République fédérative du Brésil, la République du Paraguay et la République orientale de l'Uruguay (« MERCOSUR »), 26 mars 1991, 30 ILM 1041 (1991) ; Protocole d'Olivos pour le règlement des différends dans le cadre du MERCOSUR, 18 février 2002, 42 ILM 2 (2003), art. 10 et 11. Les différends peuvent ensuite être portés en appel devant la « Cour d'appel permanente ».

<sup>11</sup> A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Communications de l'Union européenne et de ses États membres (mécanisme permanent comportant un mécanisme de première instance et un mécanisme d'appel) ; A/CN.9/WG.III/WP.161, Communication du Gouvernement marocain (mécanisme d'appel) ; A/CN.9/WG.III/WP.163, Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais (mécanisme d'examen en appel propre aux traités) ; A/CN.9/WG.III/WP.175, Communication du Gouvernement équatorien (mécanisme d'appel) ; A/CN.9/WG.III/WP.177, Communication du Gouvernement chinois (mécanisme d'appel).

méthodes de sélection et de nomination des juges au niveau de l'appel pourraient suivre un modèle semblable à celui du tribunal de première instance de RDIE, ou encore, différentes exigences et procédures pourraient être prévues pour la sélection et à la nomination des juges selon le niveau de décision<sup>12</sup>.

*Mécanismes envisageables pour une réforme du processus de sélection et de nomination des membres des tribunaux de RDIE*

13. Dans cette optique, les sections ci-dessous sont axées sur les mécanismes qui pourraient être mis en place pour réformer le processus de sélection et de nomination des membres des tribunaux de RDIE, notamment i) des mesures de réglementation des mécanismes de nomination des arbitres par les parties<sup>13</sup> ; ii) une liste préétablie, soit dans le cadre actuel de l'arbitrage, avec la participation éventuelle d'institutions (autorités de nomination)<sup>14</sup>, soit dans le cadre d'un organe juridictionnel semi-permanent ; et iii) la création de mécanismes permanents<sup>15</sup>.

14. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que dans les options de réforme envisageables mentionnées ci-dessous une distinction est établie, le cas échéant, entre deux phases différentes : premièrement, la sélection des membres des tribunaux de RDIE, deuxièmement leur sélection et leur nomination pour une affaire donnée, en d'autres termes, les modalités selon lesquelles une affaire serait attribuée, et le rôle des parties au différend au cours de cette phase.

## B. Aperçu des options de réforme et de leurs variantes

### 1. Facteurs à examiner

15. Les méthodes de sélection et de nomination dans le cadre de toute option de réforme devraient garantir le respect du principe de transparence et d'ouverture. Les critères correspondant à toutes les options devraient être tels qu'ils garantissent la sélection de membres de tribunaux de RDIE indépendants, impartiaux, compétents, et ayant les connaissances spécialisées et l'expérience voulues pour s'acquitter de leurs fonctions. La méthode de sélection et de nomination des membres des tribunaux de RDIE (y compris l'établissement d'une liste), ou d'un organe juridictionnel permanent, dans son ensemble, devrait respecter des normes élevées de diversité (en termes tant de représentation géographique que d'égalité des sexes)<sup>16</sup> et garantir le respect des principes de neutralité et de responsabilité (A/CN.9/964, par. 69 et 91 à 96).

16. Ces éléments qualitatifs sont nécessaires pour que les options de réforme répondent utilement aux préoccupations recensées et pour assurer la crédibilité,

<sup>12</sup> *The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn et Mariachiara Malaguti, qui traite de l'effet de l'instance d'appel sur la sélection et la nomination des juges.

<sup>13</sup> Voir également les propositions figurant dans les communications des gouvernements : A/CN.9/WG.III/WP.162, Communication du Gouvernement thaïlandais ; A/CN.9/WG.III/WP.163, Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais ; A/CN.9/WG.III/WP.164 et A/CN.9/WG.III/WP.178, Communications du Gouvernement costaricien ; A/CN.9/WG.III/WP.174, Communication du Gouvernement turc ; A/CN.9/WG.III/WP.175, Communication du Gouvernement équatorien ; A/CN.9/WG.III/WP.177, Communication du Gouvernement chinois.

<sup>14</sup> Voir également les propositions figurant dans les communications des gouvernements : A/CN.9/WG.III/WP.162, Communication du Gouvernement thaïlandais ; A/CN.9/WG.III/WP.163, Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais ; A/CN.9/WG.III/WP.164 et A/CN.9/WG.III/WP.178, Communications du Gouvernement costaricien ; A/CN.9/WG.III/WP.174, Communication du Gouvernement turc.

<sup>15</sup> Voir également la proposition figurant dans une communication : A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Communication de l'Union européenne et de ses États membres.

<sup>16</sup> Voir également A/CN.9/WG.III/WP.161, Communication du Gouvernement marocain, annexe 2, par. 9 ; A/CN.9/WG.III/WP.164 et A/CN.9/WG.III/WP.178, Communications du Gouvernement costaricien (où il est question d'un « engagement en faveur de la diversité »).

l'intégrité et la légitimité de tout régime de RDIE qui résulterait du processus de réforme. En règle générale, les méthodes de sélection et de nomination devraient être telles qu'elles contribuent à la qualité et à l'équité de la justice rendue, ainsi qu'à leur visibilité.

17. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner les problèmes qu'une réforme des mécanismes de sélection et de nomination viserait à régler, notamment : les nominations répétées ; les cas de conflits d'intérêts ou de conflits de positions (« issue conflicts ») ; et la pratique consistant à alterner les rôles en étant tantôt arbitre, tantôt conseil, tantôt expert dans différentes procédures de RDIE (A/CN.9/964, par. 70). Ce faisant, le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte du fait que la question de la sélection et de la nomination des membres des tribunaux de RDIE peut également avoir une incidence sur d'autres questions recensées, telles que l'adéquation, l'efficacité et la transparence des mécanismes de divulgation et de récusation prévus par de nombreux traités et règlements d'arbitrage existants, qu'il avait examinées à sa trente-sixième session (A/CN.9/964, par. 84 à 88). Parmi d'autres préoccupations recensées, on mentionnera la rectitude, l'uniformité et la prévisibilité des décisions des tribunaux de RDIE (voir A/CN.9/964, par. 33) ainsi que le coût et la longueur des procédures de RDIE (voir A/CN.9/964, par. 114).

## 2. Réglementation du mécanisme de nomination des membres des tribunaux de RDIE par les parties

18. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager la possibilité de prévoir des garanties pour les méthodes actuelles de sélection et de nomination des membres des tribunaux de RDIE, qui se fondent sur la nomination par les parties. Dans le régime actuel de RDIE, les parties au différend ont normalement des pouvoirs étendus pour ce qui est de sélectionner des arbitres. En effet, les règles applicables à l'arbitrage entre investisseurs et États permettent aux parties au différend de convenir de la méthode de sélection des arbitres et de s'entendre directement sur leur identité.

19. Comme indiqué ci-dessus (voir par. 6), les arbitres peuvent également être nommés par des autorités de nomination. Ces dernières, qui interviennent généralement dans le processus de nomination pour désigner le président lorsque le tribunal se compose de trois arbitres, jouent un rôle plus important dans le RDIE, comme l'a souligné le Groupe de travail à sa trente-sixième session<sup>17</sup>. Les commentaires le plus souvent formulés au sujet du rôle des autorités de nomination ont trait au manque d'informations sur le processus de sélection et de nomination, et aux limites du contrôle public de ces autorités.

20. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, dans certaines communications reçues des gouvernements, il est suggéré que le mécanisme de nomination des membres des tribunaux de RDIE comprenne, entre autres, une autorité de nomination indépendante (à savoir pour nommer le président du tribunal)<sup>18</sup>, et prévoit des améliorations du système actuel de nomination des arbitres, notamment un engagement en faveur de la diversité<sup>19</sup>. Il est en outre souligné que le mécanisme de constitution des tribunaux arbitraux permet aux parties de choisir les arbitres qu'elles considèrent comme les plus qualifiés pour régler leur différend et que cette caractéristique garantit la souplesse et l'attrait de l'arbitrage<sup>20</sup>.

21. Pour réglementer la méthode de sélection et de nomination des arbitres, on pourrait notamment préétablir une liste d'arbitres (voir ci-dessous, par. 22 à 34) et examiner le rôle des autorités de nomination (voir ci-dessous, par. 35 et 36).

<sup>17</sup> Voir également OECD Consultation Paper on Appointing Authorities and the Selection of Arbitrators in ISDS, consultable à l'adresse : <http://www.oecd.org/investment/Consultation-ISDS-appointing-authorities-arbitration.htm>.

<sup>18</sup> A/CN.9/WG.III/WP.163, Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais.

<sup>19</sup> A/CN.9/WG.III/WP.164 et A/CN.9/WG.III/WP.178, Communications du Gouvernement costaricien.

<sup>20</sup> A/CN.9/WG.III/WP.177, Communication du Gouvernement chinois.

### 3. Liste préétablie

#### a) Option de réforme

22. Dans une communication d'un gouvernement, il est proposé que la sélection des membres des tribunaux de RDIE soit liée à une liste préétablie<sup>21</sup>.

23. Une telle liste pourrait être utilisée dans le cadre soit du régime actuel de RDIE, soit de l'établissement d'un mécanisme semi-permanent (par opposition à un mécanisme permanent, où les affaires seraient confiées à des juges sans la participation des parties au différend)<sup>22</sup>.

24. Il convient de noter que des listes existent déjà et sont établies de diverses manières, par exemple par les parties au différend dans leur contrat, par les parties à un traité dans le traité d'investissement sous-jacent ou par les institutions arbitrales. La présente section est axée sur l'établissement d'une liste dans le contexte d'une réforme multilatérale. Elle ne porte pas sur les listes existantes.

#### b) Caractéristiques de l'établissement et de l'utilisation d'une liste

25. Les sections ci-après font une distinction entre la phase de sélection des personnes à inscrire sur une liste et la phase de leur sélection et de leur nomination pour connaître d'une affaire donnée.

##### *Phase 1 – Sélection*

##### *i) Critères de sélection*

26. Les critères pertinents concernant la sélection des personnes à inscrire sur une liste peuvent comprendre divers aspects. Dans une communication d'un gouvernement, il est indiqué qu'une liste n'aurait pas à être longue, mais devrait inclure avant tout les noms d'arbitres reconnus spécialisés dans le RDIE, tout en favorisant l'entrée de nouveaux juristes dans le cercle d'arbitres déjà établi. D'une manière générale, la liste pourrait tenir compte de l'équilibre femmes-hommes, de la répartition géographique et de l'équilibre entre arbitres issus de pays en développement et de pays développés<sup>23</sup>. Dans une autre communication, il est proposé d'exiger des arbitres qu'ils aient des compétences particulières lorsqu'ils doivent connaître de certaines affaires (services financiers, par exemple)<sup>24</sup>.

##### *ii) Mécanismes de sélection envisageables*

27. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les mécanismes qui pourraient être utilisés pour la sélection des personnes à inscrire sur une liste. Ce faisant, il voudra peut-être se demander si les États et les investisseurs participeraient au processus de sélection. Dans le régime actuel de RDIE, pour les institutions arbitrales qui ont une liste d'arbitres, les membres sont normalement directement désignés ou nommés par les États ou d'autres entités pour figurer sur cette liste<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> A/CN.9/WG.III/WP.162, Communication du Gouvernement thaïlandais ; A/CN.9/WG.III/WP.163, Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais ; A/CN.9/WG.III/WP.174, Communication du Gouvernement turc.

<sup>22</sup> Voir *The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn et Mariachiara Malaguti, qui donne un aperçu de différents types de listes.

<sup>23</sup> A/CN.9/WG.III/WP.162, Communication du Gouvernement thaïlandais, par. 20.

<sup>24</sup> A/CN.9/WG.III/WP.163, Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais, annexe 1.

<sup>25</sup> Par exemple, en ce qui concerne la liste d'arbitres et de conciliateurs tenue par le CIRDI, chaque État contractant nomme unilatéralement quatre personnes pour figurer sur chaque liste, et le Président du CIRDI désigne 10 personnes pour figurer sur chaque liste (voir la Convention CIRDI, art. 13). De même, chaque État membre de la CPA a le droit d'élire quatre personnes, qui « figurent sur la Liste des Membres de la Cour », tenue par le Bureau international de la CPA. Les personnes figurant sur cette liste constituent à leur tour une liste d'arbitres potentiels (voir Convention de La Haye de 1907, art. 44). Dans un autre contexte, le Tribunal arbitral du sport

28. L'établissement d'une liste pourrait nécessiter l'adoption de procédures de sélection et de nomination plus transparentes, car le manque d'informations sur les méthodes de sélection et de nomination pourrait entraîner une limite du principe de responsabilité (A/CN.9/935, par. 66). On pourrait par exemple publier les critères de sélection assortis d'une explication du processus suivi.

iii) *Manière dont la liste serait renouvelée*

29. La question du renouvellement des arbitres ou des juges inscrits sur une liste est importante compte tenu de la nécessité de répondre aux préoccupations concernant le manque de diversité dans le régime de RDIE. Outre la prise en compte des qualités personnelles, la liste devrait être représentative de la diversité des personnes qui participent à la procédure de RDIE. Comme mentionné plus haut, il s'agit notamment d'une répartition géographique adéquate, de la représentativité des différents systèmes juridiques, des nationalités et des sexes<sup>26</sup>. Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la manière dont une liste serait tenue et se demander si une durée limitée devrait être prévue pour l'inscription d'une personne sur une liste.

iv) *Une ou plusieurs listes*

30. Une question connexe à examiner dans le cadre de cette option de réforme est de savoir s'il y aurait une liste tenue par une seule institution, existante ou à créer, ou s'il y aurait des listes décentralisées tenues, par exemple, par les institutions qui traitent actuellement des affaires de RDIE.

**Phase 2 – Sélection et nomination pour une affaire donnée**

31. La sélection et la nomination des arbitres ou des juges pour une affaire donnée soulèvent la question de la participation des parties au différend au processus de sélection et de nomination.

32. Une option pourrait consister à établir une liste dans le cadre d'un système où les parties au différend conserveraient le contrôle de la sélection et de la nomination des membres des tribunaux de RDIE mais dans certaines limites. Par exemple, elles seraient autorisées à choisir des arbitres uniquement à partir d'une liste préétablie, ou à choisir chacune un membre du tribunal, le président du tribunal étant systématiquement sélectionné et nommé par un mécanisme différent (par une institution, par exemple). Comme indiqué dans la communication d'un gouvernement, la principale différence par rapport à la situation actuelle résiderait dans le fait que les parties au différend seraient limitées dans leur choix puisqu'elles ne pourraient sélectionner les arbitres qu'à partir d'une liste<sup>27</sup>.

33. Il pourrait également être envisageable de prévoir un modèle de liste dans le cadre de l'établissement d'un mécanisme semi-permanent où les parties au différend participeraient à la constitution du tribunal de RDIE<sup>28</sup>. La question de savoir si un

---

(TAS), les arbitres sont nommés pour figurer sur la liste par le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport, sur la base des noms « portés à [son] attention » par plusieurs autres entités (voir Code de l'arbitrage en matière de sport, art. S14).

<sup>26</sup> Voir A/CN.9/WG.III/WP.162, Communication du Gouvernement thaïlandais, dans laquelle il est dit que des idées novatrices pourraient être présentées en vue de répondre aux préoccupations exprimées au sujet de la sélection des arbitres, comme la rotation obligatoire des personnes inscrites sur la liste.

<sup>27</sup> A/CN.9/WG.III/WP.162, Communication du Gouvernement thaïlandais.

<sup>28</sup> À titre de comparaison, s'agissant des différends commerciaux, la constitution de groupes spéciaux à l'Organisation mondiale du commerce est principalement régie par les parties au différend, quoique peut-être dans une mesure différente de celle de l'arbitrage entre investisseurs et États. Aux termes du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC, « [l]e Secrétariat proposera aux parties au différend des personnes désignées comme membres du groupe spécial. Les parties au différend ne s'opposeront pas à ces désignations, sauf pour des raisons contraignantes ». Les noms des membres des groupes spéciaux peuvent, mais cela n'est pas obligatoire, être tirés d'une « liste indicative de personnes ayant ou non des attaches avec des administrations nationales », tenue par le Secrétariat « [p]our aider au choix des personnes

modèle de liste pourrait être qualifié de système ad hoc ou de système permanent de règlement des différends dépendrait essentiellement du cadre institutionnel, et du point de savoir si ses membres exerceraient d'autres fonctions ou tâches institutionnelles en dehors du règlement de différends spécifiques<sup>29</sup>.

34. Une autre option serait d'envisager un système dans lequel les juges seraient sélectionnés et nommés à partir d'une liste par une tierce partie sans aucune participation ou avec la participation limitée (par exemple, consultation ou accord sur les critères) des parties au différend.

#### **c) Rôle des autorités de nomination**

35. La mise en place d'un système dans lequel les institutions chargées de l'administration des dossiers de RDIE joueraient un rôle plus important dans la sélection et la nomination des membres des tribunaux de RDIE est une option de réforme qui pourrait être envisagée conjointement avec la création d'une liste. Cette participation est suggérée dans la communication de certains gouvernements<sup>30</sup>. Les institutions concernées pourraient être notamment les institutions arbitrales existantes œuvrant dans le domaine du RDIE car elles tiennent déjà des listes d'arbitres qui aident les parties dans leur processus de sélection et de nomination.

36. Il convient de noter que cela supposerait de garantir l'indépendance et l'impartialité de l'autorité de nomination. Il convient également de noter qu'une option de réforme reposant principalement sur les autorités de nomination nécessiterait que soit examinée son incidence sur les règles et procédures actuellement applicables à ces autorités.

#### **d) Incidence sur les questions recensées**

37. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'établissement d'une liste pourrait aider à régler la question des qualifications et des compétences des membres des tribunaux de RDIE, s'agissant notamment de leur expérience et de leurs compétences professionnelles, ainsi que de leur compréhension des politiques des États. Il voudra peut-être examiner plus avant la question de savoir si cela contribuerait à répondre aux préoccupations touchant les principes de neutralité et de responsabilité. Un système doté d'une liste préétablie ne prend pas nécessairement en compte la question des nominations répétées, à moins que la liste n'aille de pair avec une plus grande participation institutionnelle et que les institutions soient chargées de veiller à ce que la diversité dans la sélection et la nomination soit respectée et à ce que les nominations à répétition soient évitées.

38. En ce qui concerne l'incidence des options de réforme sur d'autres préoccupations recensées, il convient de noter que des mesures supplémentaires devraient être conçues pour répondre aux préoccupations relatives à la question de l'adéquation, de l'efficacité et de la transparence des mécanismes de divulgation et de récusation prévus par les traités et règlements d'arbitrage existants. Il en va de même pour ce qui est de la pratique suivie par certaines personnes qui alternent les rôles en étant tantôt arbitre, tantôt conseil, tantôt expert dans différentes procédures de RDIE.

39. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si cette option de réforme aurait une incidence sur les questions d'uniformité et de prévisibilité des décisions

---

appelées à faire partie de groupes spéciaux » (voir Règles régissant le règlement des différends : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 2, 15 avril 1994, art. 8). Si la procédure aboutit, la composition du groupe spécial reflétera l'accord total ou partiel des parties. À l'OMC, le processus de nomination au groupe spécial vise à favoriser l'accord des parties au différend quant à la composition dudit groupe.

<sup>29</sup> Voir Rapport supplémentaire du Geneva Center for International Dispute Settlement, par. 7.

<sup>30</sup> A/CN.9/WG.III/WP.163, Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais, annexe I.

des tribunaux de RDIE. Les points à examiner concernent notamment l'incidence de la taille de la liste et la question de savoir si, pour répondre aux préoccupations exprimées, une liste devrait être associée à d'autres mécanismes, tels qu'un mécanisme de consultations entre les personnes inscrites sur la liste<sup>31</sup>.

#### 4. Mécanisme permanent

##### a) Option de réforme

40. Dans une communication reçue d'une organisation d'intégration économique régionale et de ses États membres, il est proposé de créer un mécanisme permanent de règlement des différends internationaux relatifs aux investissements, y compris un mécanisme de juges à plein temps<sup>32</sup>. En résumé, selon cette proposition, la sélection et la nomination des juges se feraient dans le cadre d'un mécanisme permanent. Les juges seraient employés à plein temps et n'auraient pas d'autres activités professionnelles. Ils percevraient un salaire comparable au salaire des juges travaillant dans d'autres tribunaux internationaux et ils devraient être soumis à des exigences éthiques. Il est suggéré de prendre en compte des exigences de qualification comparables à celles appliquées dans d'autres tribunaux internationaux afin de garantir la neutralité ainsi que la diversité, tant en matière d'origine géographique que de sexe. L'indépendance vis-à-vis des gouvernements devrait être assurée par la mise en place d'un mandat à long terme non renouvelable, associée à un processus de nomination solide et transparent<sup>33</sup>.

41. Dans une telle option de réforme, les parties au différend n'auraient pas ou peu d'influence sur la sélection et la nomination des juges. Cela tient au fait qu'un organe permanent existe avant le différend (par opposition au régime actuel de RDIE fondé sur l'arbitrage où le tribunal de RDIE est constitué spécialement pour un différend précis).

42. À titre d'exemple, cette option de réforme serait comparable aux mécanismes de sélection et de nomination de tribunaux internationaux existants :

- Les États, en tant que parties au différend, n'ont pas leur mot à dire dans la sélection des personnes qui composent l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce, même s'ils ont participé à un tel processus de sélection en tant que parties à un traité<sup>34</sup> ;
- Les parties à un différend porté devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ne jouent aucun rôle dans la composition de cette dernière<sup>35</sup> ;
- À la Cour internationale de Justice (CIJ), la composition de la Cour ne peut être influencée par les parties au différend que dans certaines circonstances, à savoir à travers la nomination d'un juge ad hoc et la constitution d'une chambre pour statuer sur des affaires particulières<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Voir *The Quadrilemma : Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn et Mariachiara Malaguti, qui évalue et prévoit en partie les effets des modèles de réforme institutionnelle.

<sup>32</sup> A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Communication de l'Union européenne et de ses États membres.

<sup>33</sup> A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Communication de l'Union européenne et de ses États membres, par. 16 à 19.

<sup>34</sup> Règles régissant le règlement des différends : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 2, 15 avril 1994, art. 17-1 et 17-2.

<sup>35</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221, telle que modifiée par les Protocoles n° 11 et 14, à compter de son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2010, art. 20 à 23.

<sup>36</sup> Statut de la Cour internationale de Justice (« Statut de la CIJ »), art. 31-2 (« Si la Cour compte sur le siège un juge de la nationalité d'une des parties, toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge ») ; art. 26-2 (« La Cour peut, à toute époque, constituer une chambre pour connaître d'une affaire déterminée. Le nombre des juges de cette chambre sera fixé par la Cour avec l'assentiment des parties »).

## b) Caractéristiques de la mise en place d'un mécanisme permanent

43. Il faudrait dans ce contexte distinguer deux phases : la sélection des juges qui feraient partie du mécanisme permanent et l'attribution d'une affaire déterminée à ces juges.

### *Phase 1 – Sélection des juges*

#### i) « Représentation pleine et entière “ou” représentation sélective ».

44. Une première question à examiner lors de la conception de la composition d'un mécanisme permanent de règlement des différends consiste à déterminer le nombre de juges et, à cet égard, à se demander si les États souhaitent créer des organes à « représentation pleine et entière “ou à” représentation sélective »<sup>37</sup>. Dans les organes à représentation pleine et entière, chaque État a un juge permanent, généralement un de ses ressortissants ; dans les tribunaux à représentation sélective, le nombre de sièges est inférieur au nombre d'États parties au statut du tribunal. Certaines cours et certains tribunaux internationaux d'envergure universelle, la CIJ, le Tribunal international du droit de la mer (TIDM), la Cour pénale internationale (CPI) et l'Organe d'appel de l'OMC, comptent tous un nombre de juges inférieur à celui des parties contractantes<sup>38</sup>.

45. En ce qui concerne la création d'un mécanisme permanent de RDIE, il convient de noter que plus la base multilatérale sera large, plus il sera difficile de permettre à chaque État de nommer un membre. En effet, la gestion d'un organisme permanent comptant un grand nombre de membres peut s'avérer coûteuse et compliquée.

46. Enfin, le nombre de juges composant l'organe permanent pourrait devoir évoluer au fil du temps, en raison de l'augmentation du nombre de membres de parties contractantes ou du nombre d'affaires. Les cours et tribunaux internationaux existants donnent une bonne illustration des ajustements qui pourraient être apportés<sup>39</sup>. Plus précisément, dans un organe à représentation pleine et entière, le nombre de juges sera modifié chaque fois qu'une nouvelle partie contractante adhèrera au mécanisme. Dans un modèle de représentation sélective, les clauses de révision peuvent prévoir une procédure assurant une augmentation progressive du nombre de juges.

#### ii) Diversité et équilibre de la représentation

47. Veiller à assurer une large représentation géographique des organes juridictionnels semble être une préoccupation importante pour de nombreux États qui mettent en place un mécanisme permanent. C'est ce qui ressort de plusieurs statuts de tribunaux internationaux qui font état d'une « représentation géographique équitable “ou d'une” répartition géographique équitable » en ce qui concerne la sélection des

<sup>37</sup> Voir Rapport supplémentaire du Geneva Center for International Dispute Settlement, par. 21 à 27. Voir également *Selection and Appointment in International Adjudication : Insights from Political Science*, Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen et Taylor St John.

<sup>38</sup> Des tribunaux régionaux tels que la Cour de justice de l'Union européenne et la CEDH (art. 20) constituent des exemples de représentation pleine et entière. Des tribunaux à représentation sélective ont été constitués, notamment, dans les contextes suivants : Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples (« Protocole sur la Cour africaine »), art. 11 ; Accord portant création de la Cour de justice des Caraïbes, 14 février 2001, art. IV ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, 21 novembre 1969, art. 52 ; Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, octobre 1979, résolution 448 de l'OEA, art. 4.

<sup>39</sup> Voir par exemple la Déclaration du Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire concernant le règlement des différends entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran, 19 janvier 1981, art. III-1, première phrase (« Le Tribunal se composera de neuf membres ou d'un multiple supérieur de trois que l'Iran et les États-Unis pourront juger nécessaire pour lui permettre de mener ses travaux avec diligence ») ; Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 1<sup>er</sup> juillet 2002, art. 36-2 (« La présidence peut au nom de la Cour proposer d'augmenter le nombre des juges fixé au paragraphe 1 [à savoir 18 juges], en motivant dûment sa proposition »).

juges<sup>40</sup>. Les questions à examiner consisteraient notamment à déterminer si un organe juridictionnel permanent devrait parvenir à une représentation équilibrée entre les pays développés, les pays en développement et les pays les moins avancés<sup>41</sup>, ainsi qu'entre les pays exportateurs et importateurs de capitaux<sup>42</sup>.

48. Les actes constitutifs des cours et tribunaux prévoient aussi généralement que la composition des tribunaux dans son ensemble doit refléter un juste équilibre entre différents profils et une représentation appropriée des principaux systèmes ou traditions juridiques du monde<sup>43</sup>. Il convient de noter que le Protocole sur la Cour africaine dispose que « Lors de la présentation des candidatures, il sera dûment tenu compte de la représentation adéquate des deux sexes »<sup>44</sup>.

iii) *Modèles de sélection et de nomination*

49. Dans certaines cours et certains tribunaux, les membres sont nommés directement par les parties au traité, soit unilatéralement<sup>45</sup>, soit par l'entremise d'un comité mixte<sup>46</sup>, sans qu'un processus de nomination officiel préalable soit nécessaire.

<sup>40</sup> Voir, par exemple, Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 1<sup>er</sup> juillet 2002, art. 36-8 a) (« Dans le choix des juges, les États Parties tiennent compte de la nécessité d'assurer, dans la composition de la Cour : [...] ii) Une représentation géographique équitable [...] »). Voir également Règles régissant le règlement des différends : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, art. 17-3, troisième phrase (« La composition de l'Organe d'appel sera, dans l'ensemble, représentative de celle de l'OMC »). Voir également Statut du Tribunal international du droit de la mer, art. 2-2 et 3-2, qui est libellé comme suit : « une répartition géographique équitable [est] assurée dans la composition du Tribunal » et « [i] ne peut y avoir moins de trois membres pour chaque groupe géographique défini par l'Assemblée générale des Nations Unies ».

<sup>41</sup> À l'OMC, les pays en développement peuvent demander que les groupes spéciaux qui tranchent les différends entre pays développés et pays en développement incluent des membres de pays en développement (voir Règles régissant le règlement des différends : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, art. 8-10 qui dispose que : « En cas de différend entre un pays en développement Membre et un pays développé Membre, le groupe spécial comprendra, si le pays en développement Membre le demande, au moins un ressortissant d'un pays en développement Membre »).

<sup>42</sup> Bien que la Convention CIRDI ne mentionne pas ce critère parmi ceux que le Président doit prendre en compte quand il sélectionne les personnes figurant sur les listes de conciliateurs et d'arbitres, lors des travaux préparatoires de la Convention, le pouvoir du Président de désigner les personnes figurant sur les listes a été généralement considéré comme souhaitable pour assurer une représentation équitable sur ces listes de personnes qualifiées de pays investisseurs et de pays bénéficiaires. Voir le commentaire du représentant des Pays-Bas aux réunions consultatives d'experts juridiques tenues à Genève du 17 au 22 février 1964, dans CIRDI (1968), *History of the ICSID Convention : Documents concerning the Origin and Formulation of the Convention*, Vol. II-1 (« History of the ICSID Convention, Vol. II-1 »), p. 382.

<sup>43</sup> Voir, par exemple, Statut de la CIJ, art. 9 (« Dans toute élection, les électeurs auront en vue que les personnes appelées à faire partie de la Cour [...] assurent dans l'ensemble la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde ») ; Tribunal international du droit de la mer, art. 2-2 (« La représentation des principaux systèmes juridiques du monde et une répartition géographique équitable sont assurées dans la composition du Tribunal ») ; Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 1<sup>er</sup> juillet 2002, art. 36-8 a) (« Dans le choix des juges, les États Parties tiennent compte de la nécessité d'assurer, dans la composition de la Cour : [...] i) La représentation des principaux systèmes juridiques du monde [...] ») ; Protocole sur la Cour africaine, art. 14-2 (« une représentation des principales régions de l'Afrique et de leurs grandes traditions juridiques ») ; Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, 17 octobre 2008, Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, art. 31 ; et Convention CIRDI, art. 14-2 (« Le Président, dans ses désignations, tient compte en outre de l'intérêt qui s'attache à représenter sur ces listes les principaux systèmes juridiques du monde et les principaux secteurs de l'activité économique »).

<sup>44</sup> Protocole sur la Cour africaine, art. 12-2.

<sup>45</sup> Voir, par exemple, Déclaration concernant le règlement des différends, art. III-1 (en vertu duquel les parties contractantes désignent chacune directement un tiers des membres du tribunal).

<sup>46</sup> Voir par exemple AECG, art. 8.27.2 (« Dès l'entrée en vigueur du présent accord, le Comité mixte de l'AECG nomme quinze membres du Tribunal, dont cinq ressortissants d'un État membre de

En revanche, une phase de nomination est prévue dans d'autres cours et tribunaux, tels que la CEDH, la CIJ ou le TIDM<sup>47</sup>.

50. Il existe diverses options pour la sélection et la nomination des juges. Première option, chaque Partie au traité présenterait un ou plusieurs candidats<sup>48</sup>. Deuxième option, des candidatures pourraient être présentées par une entité de nomination<sup>49</sup>. Une troisième possibilité consisterait à permettre à toute personne intéressée possédant les qualifications requises de présenter sa propre candidature qui serait examinée par une entité de nomination ou un comité de sélection. Cette dernière possibilité éviterait toute participation des parties au traité ou d'autres entités.

51. Cette phase pourrait comprendre des consultations aux fins de la sélection des juges, ce qui est habituel dans les cours et tribunaux internationaux<sup>50</sup>. La mise en place d'un mécanisme de consultation pour la sélection des juges au sein d'un organe permanent permet aux investisseurs de participer au processus. À cet égard, des consultations d'associations professionnelles (chambres de commerce, par exemple) ou d'associations sectorielles pourraient être envisagées. Les consultations pourraient également s'étendre au-delà de ces groupes ce qui permettrait d'entendre les points de vue d'autres parties prenantes susceptibles d'être intéressées par l'interprétation et l'application des traités d'investissement et l'issue du règlement d'éventuels différends. On pourrait également envisager de consulter des institutions arbitrales car elles ont une bonne connaissance des résultats obtenus par les décideurs et les associations professionnelles dans le domaine du droit international et du règlement des différends internationaux. En général, les consultations avec les parties prenantes contribuent utilement à faire plus largement accepter le mécanisme de règlement des différends ce qui en, fin de compte, favorise sa crédibilité et sa légitimité<sup>51</sup>.

52. La procédure de sélection des juges peut également comporter une phase de « présélection », à l'instar des modèles prévus dans un certain nombre de cours et de tribunaux internationaux<sup>52</sup>. Pendant cette phase, un jury de présélection ou un groupe

---

l'Union européenne, cinq ressortissants du Canada et cinq ressortissants de pays tiers. ») ; Accord de libre-échange UE-Vietnam, art. 12-2 « Dès l'entrée en vigueur du présent accord, le Comité des échanges nomme neuf membres du Tribunal, [institué conformément à l'article 12.1], dont trois ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, trois ressortissants du Vietnam et trois ressortissants de pays tiers »).

<sup>47</sup> Voir également *Selection and Appointment in International Adjudication: Insights from Political Science*, Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen et Taylor St John.

<sup>48</sup> Voir, par exemple, Statut du TIDM, art. 4-1 « Chaque État Partie peut désigner deux personnes au plus réunissant les conditions prévues à l'article 2 de la présente annexe. Les membres du Tribunal sont élus sur la liste des personnes ainsi désignées » (Statut du TIDM). Les parties au traité présentent également des candidatures pour l'élection des juges à la Cour de justice de l'Union européenne (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 253 à 255), à la Cour européenne des droits de l'homme (art. 22 : « Les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire au titre de chaque Haute Partie contractante, à la majorité des voix exprimées, sur une liste de trois candidats présentés par la Haute Partie contractante »), à la Cour africaine [Protocole sur la Cour africaine, art. 12-1 (« Chaque État partie au Protocole peut présenter jusqu'à trois candidats dont au moins deux doivent être ressortissants de l'État qui les présente »)] et à la Cour arabe des investissements (Accord unifié pour l'investissement des capitaux arabes dans les États arabes, 26 novembre 1980, Documents économiques n° 3 de la Ligue des États arabes, art. 28-2).

<sup>49</sup> Voir Statut de la CIJ, art. 4-1.

<sup>50</sup> Voir, par exemple, l'article 6 du Statut de la CIJ. Voir également les directives adoptées par l'Union africaine pour l'élection des juges de la Cour africaine qui recommandent que les États Parties encouragent la participation de la société civile, y compris les organes judiciaires et autres organes étatiques, les barreaux, les organisations universitaires et de défense des droits de l'homme et les groupes de femmes, au processus de sélection des candidats (voir Commission de l'Union africaine, Note Verbale BC/OLC/66.5/8/Vol.V (5 avril 2004), par. 5).

<sup>51</sup> Rapport supplémentaire du Geneva Center for International Dispute Settlement, par. 126 à 134.

<sup>52</sup> A la Cour pénale internationale, par exemple, les États parties à la Cour ont fait usage de la possibilité prévue par le Statut de Rome [art. 36-4 c)] de créer une « commission consultative pour l'examen des candidatures ». Voir également Conseil de l'Europe (2010), *Création d'un Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, 10 novembre 2010, Comité des Ministres, CM/Res(2010)26, art. 5 (création d'un panel consultatif chargé de donner un avis sur les candidats désignés par les États contractants pour

consultatif examinerait les candidatures proposées par les entités de nomination (normalement les parties au traité) et s'assurerait que les candidats remplissent les conditions applicables, s'agissant notamment des qualifications professionnelles, des compétences ou des connaissances linguistiques. La présence de mécanismes de présélection par des organismes indépendants peut contribuer à une sélection rigoureuse, transparente et méritocratique<sup>53</sup>.

iv) *Nomination à un organisme juridictionnel permanent*

53. Les juges de l'organe permanent devraient alors être nommés. La nomination incombe en général à des organes électoraux normalement composés de représentants des gouvernements des États, agissant au sein d'organes tels que l'Assemblée générale des Nations Unies et le Conseil de sécurité [pour l'élection des juges à la CIJ et au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)]<sup>54</sup> ou d'autres organes constitués en vertu de régimes conventionnels spécifiques, comme l'Organe de règlement des différends de l'OMC (pour la nomination des membres de l'Organe d'appel)<sup>55</sup> ou une assemblée (CPI ; Commission interaméricaine des droits de l'homme ; Cour africaine)<sup>56</sup>, une réunion (TIDM)<sup>57</sup> ou un comité mixte (AECG, UE-Vietnam)<sup>58</sup> des États parties.

v) *Critères individuels et durée du mandat*

54. Les critères pertinents concernant les juges comprendraient l'« indépendance » et l'« impartialité »<sup>59</sup>, les compétences linguistiques<sup>60</sup>, l'intégrité et la réputation

---

siéger à la CEDH) ; Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 253 à 255 (qui disposent que les juges de la Cour de justice et du Tribunal « sont nommés d'un commun accord [...] par les gouvernements des États membres, après consultation du comité prévu par l'article 255 »).

<sup>53</sup> Voir Rapport supplémentaire du Geneva Center for International Dispute Settlement, par. 135 à 155.

<sup>54</sup> Statut de la CIJ, art. 8, qui dispose que « l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité procèdent indépendamment l'un de l'autre à l'élection des membres de la Cour » ; Statut du TPIY, art. 13 *bis*, chapeau, qui dispose que les « juges permanents du Tribunal international sont élus par l'Assemblée générale sur une liste présentée par le Conseil de sécurité ».

<sup>55</sup> Voir Règles régissant le règlement des différends : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 2, 15 avril 1994, art. 17-1 et 17-2.

<sup>56</sup> Voir Statut de Rome, art. 6 a) (Assemblée des États Parties) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, 21 novembre 1969 (en ce qui concerne la Cour), art. 53 (« Les juges à la Cour sont élus au scrutin secret et à la majorité absolue des votes des États parties à la présente Convention, à une séance de l'Assemblée générale de l'Organisation ») ; et Protocole sur la Cour africaine, art. 14 (« Les juges à la Cour sont élus par la Conférence [des Chefs d'État et de Gouvernement de l'OUA] »).

<sup>57</sup> Statut du TIDM, art. 4-4 (« [...] Les élections ont lieu lors d'une réunion des États Parties convoquée par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dans le cas de la première élection et selon la procédure fixée par les États Parties dans le cas des élections ultérieures. [...] »).

<sup>58</sup> Accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG), art. 8.27.2 (« Dès l'entrée en vigueur du présent accord, le Comité mixte de l'AECG nomme quinze membres du Tribunal ») ; Accord de libre-échange UE-Vietnam, art. 12-2 (« Conformément à l'article 34-2 a), dès l'entrée en vigueur du présent accord, le Comité des échanges nomme neuf membres du Tribunal [...] »).

<sup>59</sup> L'article 2 du Statut de la Cour internationale de Justice, par exemple, dispose que « La Cour est un corps de magistrats indépendants, élus, sans égard à leur nationalité, parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou qui sont des juristes possédant une compétence notoire en matière de droit international. »

<sup>60</sup> Par exemple, Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 1<sup>er</sup> juillet 2002, art. 36-3 c) ; ces exigences peuvent également être déduites des dispositions relatives aux langues de travail de la Cour : voir, par exemple, Statut de la CIJ, art. 39 ; Règlement du TIDM, 28 octobre 1997, art. 43.

personnelles<sup>61</sup>, ainsi que l'expérience et l'expertise. Ils pourraient également englober la nationalité d'un État contractant<sup>62</sup>.

55. On estime généralement que certaines conditions d'emploi contribuent à l'indépendance et à l'intégrité du processus, telles que des mandats de longue durée et non renouvelables, la sécurité financière, les limites imposées à d'autres activités professionnelles et les immunités. L'indépendance structurelle devrait être assurée compte tenu précisément de la permanence de l'institution<sup>63</sup>.

### *Phase 2 – Attribution d'une affaire aux juges*

56. La méthode consistant à attribuer des affaires à certains membres d'un tribunal est un autre facteur qui peut favoriser l'indépendance si elle est bien conçue. Dans une communication sur cette option de réforme, il est suggéré que les juges soient nommés dans les divisions du mécanisme permanent de façon aléatoire, dans une certaine mesure, pour faire en sorte que les parties au différend ne puissent pas savoir à l'avance qui va juger leur affaire<sup>64</sup>.

57. Dans un tribunal permanent type, les parties au différend n'ont pas le pouvoir d'influer sur la composition des chambres (sous réserve uniquement de leur droit de récuser un membre pour manque d'impartialité ou d'indépendance, qui devrait toujours exister), et une méthode différente doit donc être conçue pour attribuer les litiges à une chambre donnée. Des méthodes claires et prédéfinies d'attribution des affaires visent à éviter de confier le règlement d'un différend à un membre donné en fonction de considérations politiques ou d'une influence extérieure. En ce sens, loin d'être une simple question d'organisation judiciaire interne, les méthodes d'attribution des affaires représentent un facteur clef garantissant l'indépendance structurelle. Différents modèles d'attribution des affaires sont appliqués dans les tribunaux internationaux<sup>65</sup>.

### **c) Incidence sur les questions recensées**

58. L'établissement d'un mécanisme juridictionnel permanent supposerait de passer d'un système de parties en litige à un système de parties à un traité ou parties contractantes, et les parties en litige perdraient ainsi le contrôle de la sélection des juges : l'État défendeur pourrait conserver un contrôle limité sur la nomination des

<sup>61</sup> Voir Statut de la CIJ, art. 2 (« personnes jouissant de la plus haute considération morale ») ; CEDH, art. 21-1 (« Les juges doivent jouir de la plus haute considération morale ») ; Statut du TIDM, art. 2-1 « les personnes jouissant de la plus haute réputation d'impartialité et d'intégrité ») ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 52-1 et Statut de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, art. 4-1 (« des juristes jouissant d'une très haute autorité morale ») ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 31-1 (« personnalités africaines jouissant de la plus haute considération, connues pour leur haute moralité, leur intégrité et leur impartialité ») ; Statut du TPIY, art. 13 (« des personnes de haute moralité, impartialité et intégrité ») ; Statut de Rome, art. 36-3 a) (« personnes jouissant d'une haute considération morale, connues pour leur impartialité et leur intégrité ») ; Convention CIRDI, art. 14-1 (« Les personnes désignées [...] doivent jouir d'une haute considération morale »).

<sup>62</sup> Les statuts de certaines cours et certains tribunaux exigent que leurs membres soient ressortissants d'une partie contractante. Voir, par exemple, la Cour de justice de l'Accord de Carthagène, instituée par le Traité portant création de la Cour de justice de l'Accord de Carthagène, qui est composée de cinq juges ressortissants des pays membres (Traité portant création de la Cour de justice de l'Accord de Carthagène, 28 mai 1979, art. 7). Voir également la Convention américaine relative aux droits de l'homme, 21 novembre 1969, art. 52-1 (« La Cour se compose de sept juges, ressortissants des États membres de l'Organisation [...] ») et l'Accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG), art. 8.27.2 (« le Comité mixte de l'AECG nomme quinze membres du Tribunal, dont cinq ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, cinq ressortissants du Canada [...] »).

<sup>63</sup> Voir Rapport supplémentaire du Geneva Center for International Dispute Settlement, par. 68 à 104.

<sup>64</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), Communication de l'Union européenne et de ses États membres, par. 24.

<sup>65</sup> Voir Rapport supplémentaire du Geneva Center for International Dispute Settlement, par. 183 à 198.

juges, mais les parties en litige n'auraient aucun contrôle sur la composition des listes de juges appelé à connaître d'une affaire donnée.

59. Un mécanisme juridictionnel permanent serait très proche d'un système judiciaire international, où les questions recensées par le Groupe de travail donnent généralement lieu à des règles strictes sur la sélection et la nomination des juges. Le passage à un système permanent impliquerait un processus de sélection plus structuré, dans lequel une plus grande diversité pourrait également être nécessaire<sup>66</sup>. Les méthodes de sélection des membres du tribunal atténueraient aussi grandement les préoccupations actuelles au sujet des « nominations répétées » d'une même personne par une partie au différend ou un conseil.

60. Dans la communication de l'organisation d'intégration économique régionale et de ses États membres, qui présente cette option de réforme, il est indiqué qu'une telle approche réglerait diverses questions interdépendantes comme, par exemple, « la préoccupation ayant trait aux coûts du système [qui] est liée à celle ayant trait au manque de prévisibilité, qui, de son côté, est liée aux préoccupations causées par les méthodes de nomination des arbitres, elles-mêmes liées aux préoccupations concernant l'indépendance et l'impartialité des arbitres »<sup>67</sup>. Il est également probable que cette option ait une incidence sur les questions d'uniformité et de prévisibilité des décisions des tribunaux de RDIE<sup>68</sup>.

### C. Remarques sur la mise en œuvre des options de réforme

61. Dans certaines communications de gouvernements, il est suggéré d'appliquer les options de réforme en suivant le modèle de la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices<sup>69</sup>. Selon cette communication, le modèle offre une grande souplesse pour la mise en œuvre en parallèle de diverses options de réforme. Un mécanisme similaire est également établi par la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (également connue sous le nom de « Convention de Maurice sur la transparence »).

62. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la mise en œuvre des options de réforme peut exiger l'application de différents instruments. Par exemple, l'établissement d'une liste peut nécessiter une modification des règlements d'arbitrage (comme le suggère une communication d'un gouvernement)<sup>70</sup> ainsi qu'une étroite coopération avec les institutions traitant des affaires de RDIE. La création d'un mécanisme ou organe permanent nécessiterait que soient élaborés des statuts pour déterminer les modalités de sélection et de nomination des membres du tribunal et le mode de fonctionnement de ce dernier<sup>71</sup>. Les deux options supposeraient l'élaboration d'une convention assortie d'une procédure d'acceptation expresse pour

<sup>66</sup> D'éventuelles pressions en faveur de la diversité peuvent être exercées à la fois au stade de la conception institutionnelle, c'est-à-dire lorsque les États doivent envisager d'insérer ou non des exigences en matière de diversité dans l'instrument constitutif de l'organe de règlement des différends, et au stade de la sélection des juges. Pour un exemple du premier cas, on notera les efforts déployés par des ONG de défense des droits des femmes qui ont fait campagne en faveur de dispositions sur la représentation des femmes lors des négociations relatives au Statut de Rome. Voir Rapport supplémentaire du Geneva Center for International Dispute Settlement, note 104.

<sup>67</sup> A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Communication de l'Union européenne et de ses États membres, par. 10.

<sup>68</sup> Voir *The Quadrilemma : Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn et Mariachiara Malaguti, qui évalue et prévoit en partie les effets des modèles de réforme institutionnelle.

<sup>69</sup> A/CN.9/WG.III/WP.173, Communication du Gouvernement colombien. A/CN.9/WG.III/WP.175, Communication du Gouvernement équatorien.

<sup>70</sup> A/CN.9/WG.III/WP.161, Communication du Gouvernement thaïlandais.

<sup>71</sup> A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Communication de l'Union européenne et de ses États membres.

---

leur application aux traités d'investissement existants, comme cela est suggéré dans les communications susmentionnées (voir par. 61)<sup>72</sup>.

---

---

<sup>72</sup> La proposition d'une convention assortie d'une procédure d'acceptation expresse a également été analysée dans l'étude du Geneva Center for International Dispute Settlement sur la question de savoir si la Convention de Maurice pouvait servir de modèle pour de nouvelles réformes. Voir Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, « 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 », 3 juin 2016, Sect. VII, p. 75 à 93, consultable à l'adresse [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids\\_research\\_paper\\_mauritius.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_research_paper_mauritius.pdf)