Nations Unies A/CN.9/WG.III/WP.241

Assemblée générale

Distr. limitée
4 mars 2024
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)
Quarante-huitième session
New York, 1er-5 avril 2024

Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États

Communication présentée par le Gouvernement suisse

Note du Secrétariat

En vue de la quarante-huitième session du Groupe de travail III, le Gouvernement suisse a soumis au Secrétariat, le 1er mars 2024, une note relative au projet de statut d'un mécanisme permanent de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux (A/CN.9/WG.III/WP.239). On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

V.24-04062 (F)

Merci de recycler

Annexe

Proposition de la Confédération suisse sur certains aspects concernant le Tribunal d'appel

1. La Confédération suisse (« la Suisse ») a le plaisir de soumettre la présente proposition, qui porte sur certains aspects relatifs au Tribunal d'appel, au Groupe de travail III, afin qu'il l'examine.

2. La Suisse a pris connaissance des derniers documents de travail établis par le Secrétariat en ce qui concerne le mécanisme permanent de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux (projet de statut du mécanisme permanent contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.239 et notes explicatives y relatives contenues dans le document A/CN.9/WG.III/WP.240). Le présent document contient des propositions de reformulation des projets de disposition qui traitent de quatre aspects qui, selon elle, sont indispensables au bon fonctionnement du Tribunal d'appel, à savoir : i) les décisions et sentences susceptibles d'appel ; ii) les motifs d'appel ; iii) les pouvoirs du Tribunal d'appel ; et iv) la relation entre les voies de recours en appel futures et les recours en annulation existants[1]. Les modifications que la Suisse propose d'apporter aux projets d'articles contenus dans le document A/CN.9/WG.III/WP.239 sont accompagnées de brefs commentaires explicatifs.

I. Décisions et sentences susceptibles d'appel

3. La Suisse propose de reformuler l'article 27 comme suit :

Article 27 – Décisions ou sentences susceptibles d'appel

1. Chaque partie peut faire appel d'une décision ou d'une sentence finale rendue par le tribunal de premier degré dans les [*nombre à préciser*] jours à compter de la date de la décision ou de la sentence.

2. La décision ou la sentence finale rendue par le tribunal de premier degré qui n'a pas fait l'objet d'un appel dans le délai indiqué au paragraphe précédent est définitive et obligatoire pour les parties au différend.

Commentaires explicatifs

4. Le projet de disposition proposé par la Suisse, rédigé dans un souci de clarté et de simplicité, prévoit que seules les décisions finales (dans le cas d'un mécanisme permanent à deux degrés) et les sentences finales (en cas d'appel de sentences arbitrales) peuvent faire l'objet d'un appel. Cette solution implique en particulier que les décisions positives sur la compétence[2] ne pourront faire l'objet d'un appel qu'en même temps que la décision ou la sentence finale sur le fond. Comme la Suisse l'a indiqué dans les observations écrites précédemment adressées au Groupe de travail[3],

---

[1] La Suisse se réserve le droit de fournir des commentaires et propositions sur les autres aspects couverts par les documents A/CN.9/WG.III/WP.239 et A/CN.9/WG.III/WP.240 dans des communications futures, tant orales qu'écrites.

[2] Une décision déclinant la compétence (décision négative sur la compétence) est une décision ou une sentence définitive, qui est donc également susceptible d'appel.

[3] Voir Observations soumises par la Suisse sur deux documents de travail de la CNUDCI (19 novembre 2020), par. 11, disponibles à l'adresse https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/switzerland_comments_on_two_uncitral_draft_working_papers.pdf (en anglais seulement) ; Observations soumises par la Suisse sur le document de travail de la CNUDCI consacré au mécanisme d'appel (13 mai 2022), par. 4 à 9, disponibles à l'adresse https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/compilation_0.pdf (en anglais seulement).

il y a à la fois des avantages et des inconvénients à prévoir qu'il ne peut être fait appel d'une décision sur la compétence tant qu'une décision finale sur le fond n'a pas été rendue. Cela étant, compte tenu des complexités que la procédure du Tribunal d'appel pourrait entraîner, et afin de limiter le risque que plusieurs appels soient introduits pour la même affaire, ce qui entraînerait des retards indus, la Suisse est d'avis qu'en définitive, les avantages qu'il y a à prévoir que seules les décisions/sentences finales peuvent faire l'objet d'un appel l'emportent sur les inconvénients potentiels. Par ailleurs, la proposition est compatible avec le cadre d'annulation de la Convention CIRDI[4], qui n'a pas suscité de difficultés ou de préoccupations particulières à cet égard. L'approche proposée élimine également les complexités et incertitudes potentielles liées à la combinaison d'une liste positive (non exhaustive) et d'une liste négative (comme envisagée aux paragraphes 1 et 2 de l'article 27 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.239).

5. En tout état de cause, en ce qui concerne l'article 27-1 contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.239, la Suisse est d'avis que les mesures provisoires accordées par le tribunal de premier degré ne devraient pas être susceptibles d'appel devant le Tribunal d'appel, car elles ne sont, par définition, pas définitives et peuvent être revues à tout moment par le tribunal qui les a ordonnées, en fonction des circonstances.

II. Motifs d'appel

6. La Suisse propose de reformuler l'article 29 comme suit :

Article 29 – Motifs d'appel

Une partie peut faire appel d'une sentence ou d'une décision visée à l'article 27 au motif que :

a) Le tribunal de premier degré a commis une erreur dans l'application ou l'interprétation du droit[, en ce qui concerne la compétence, la recevabilité, la responsabilité ou la quantification des dommages-intérêts] ;

b) Le tribunal de premier degré a commis une erreur manifeste dans l'appréciation des faits, y compris du droit interne[, en ce qui concerne la compétence, la recevabilité, la responsabilité ou la quantification des dommages-intérêts] ;

c) Un ou plusieurs membres du tribunal de premier degré ont manqué d'impartialité ou d'indépendance ou ledit tribunal a été irrégulièrement nommé ou constitué ;

d) Le tribunal de premier degré a statué *ultra petita* ;

e) Il y a eu inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure.

Commentaires explicatifs

7. L'articulation des motifs d'appel est au cœur du fonctionnement du Tribunal d'appel. Les motifs d'appel proposés par la Suisse permettront audit tribunal d'examiner à la fois l'intégrité de la procédure et de la sentence (par exemple, l'absence de vices de procédure graves) et l'exactitude matérielle de la décision faisant l'objet de l'appel. La proposition de la Suisse est ainsi compatible avec les conclusions auxquelles le Groupe de travail était parvenu précédemment, selon lesquelles les nouveaux motifs d'appel devaient inclure à la fois des motifs de recours (par exemple, erreurs de droit et erreurs de fait manifestes) et des motifs d'annulation (par exemple, manque d'impartialité des membres du tribunal et violation des garanties d'une procédure régulière). En outre, les motifs proposés par la Suisse ont

[4] Voir Convention CIRDI, article 52 [qui autorise uniquement l'annulation des sentences (finales)].

été élaborés à partir d'une perspective transnationale et cherchent à refléter les spécificités du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE).

8. De plus, en ce qui concerne les erreurs de droit et les erreurs de fait manifestes (alinéas a) et b) de l'article 29, tel que révisé), la Suisse est d'avis qu'une référence aux « erreurs » est suffisamment large pour couvrir toutes celles que le tribunal de premier degré pourrait commettre en rendant sa décision, qu'elles aient trait à la compétence, à la recevabilité, à la responsabilité ou au quantum des dommages-intérêts. Si elle ne voit donc pas la nécessité d'ajouter le membre de phrase « en ce qui concerne la compétence, la recevabilité, la responsabilité ou la quantification des dommages-intérêts » aux alinéas a) et b) de l'article 29, tel que révisé, car il va de soi que toute erreur concernant l'un de ces domaines est susceptible de révision, elle le propose néanmoins, entre crochets, pour le cas où certaines délégations estimeraient qu'il y a un risque d'ambiguïté.

9. La Suisse souhaite souligner qu'il importe de rédiger les motifs d'appel de manière à limiter au maximum les incertitudes quant à leur portée et les éventuels recoupements entre les différents motifs. Elle considère respectueusement que le projet d'article 29 tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.239 risque de donner lieu à d'importantes incertitudes et à des conflits d'interprétation devant le Tribunal d'appel, situation qui n'est pas souhaitable. Premièrement, un certain nombre de motifs qui y sont énumérés sont empruntés à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ; ils concernent généralement des arbitrages fondés sur des contrats et ne sont donc pas pertinents, ou du moins sont manifestement mal adaptés aux procédures de RDIE fondées sur un traité d'investissement. C'est le cas par exemple de l'invalidité de la convention d'arbitrage « en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonné[e] » (projet d'article 29-2 b) dans le document A/CN.9/WG.III/WP.239). De l'avis de la Suisse, il est préférable de ne pas reprendre ces formulations qui n'auront qu'une application limitée, voire aucune application, dans le cadre dans lequel le Tribunal d'appel est appelé à fonctionner et qui, de surcroît, sont quelque peu dépassées. Comme indiqué ci-dessus, en ce qui concerne la validité de la convention d'arbitrage, le terme « erreur », plus large, employé aux alinéas a) et b) de l'article 29, tel qu'il est proposé par la Suisse, couvrirait toute erreur juridictionnelle. Deuxièmement, les motifs d'excès de pouvoir manifeste (article 29-2 c) dans le document A/CN.9/WG.III/WP.239) et d'absence de motivation (article 29-2 f) dans le document A/CN.9/WG.III/WP.239), qui s'inspirent des motifs d'annulation équivalents prévus dans la Convention CIRDI, donnent lieu à des difficultés d'interprétation. Il ne semble donc pas justifié de les importer dans le contexte actuel, au risque de voir ces conflits d'interprétation refaire surface devant le Tribunal d'appel. Troisièmement, les motifs énumérés à l'article 29 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.239 se recoupent de manière significative. Par exemple, si le tribunal de premier degré commet une erreur de droit dans sa décision sur la compétence, chacun des motifs suivants énumérés dans le document A/CN.9/WG.III/WP.239 peut potentiellement être invoqué pour la réviser : paragraphe 1 a) (« erreur de droit [manifeste] ») ; paragraphe 2 a) (invalidité de la convention d'arbitrage, pour autant que cela s'applique au règlement de différends relatifs aux traités d'investissement) ; et paragraphe 2 c) (excès de pouvoir manifeste). Ces recoupements, inutiles, ne sont pas souhaitables, surtout si le critère devait différer selon les motifs (comparer une « simple » erreur à un excès de pouvoir « manifeste »), ce qui inciterait les parties au différend à se disputer au sujet du motif à appliquer dans une affaire donnée. Enfin, le motif inclus entre crochets à l'article 29-2 h) du document A/CN.9/WG.III/WP.239 (« faits nouveaux ou nouvellement découverts ») est un motif typique de révision (voir, par exemple, l'article 51 de la Convention CIRDI). De l'avis de la Suisse, les motifs de révision ne devraient pas être mélangés avec les motifs de recours et d'annulation, ne serait-ce que parce que les premiers peuvent survenir bien après l'expiration du délai d'appel.

III. Pouvoirs du Tribunal d'appel et effet de ses décisions

10. La Suisse propose de reformuler les paragraphes 3 à 5 de l'article 33[5] et l'article 34 comme suit :

Article 33 – Décisions de la chambre

1. (...)

2. (...)

3. La chambre peut confirmer, modifier ou infirmer la sentence ou la décision du tribunal de premier degré, en tout ou en partie.

Modification sans renvoi

4. Lorsque la chambre ne confirme pas la sentence ou la décision, elle doit en principe la modifier sur la base des faits établis par le tribunal de premier degré ou, si elle le juge utile et approprié, en établissant elle-même les faits.

Infirmation avec renvoi au tribunal de premier degré

5. Lorsque la chambre ne confirme pas la sentence ou la décision et qu'elle n'est pas en mesure de la modifier conformément au paragraphe 4, elle l'infirme et renvoie le différend au tribunal de premier degré, en lui donnant des instructions.

6. Dans ce cas, le différend est renvoyé, si possible, au tribunal de premier degré qui a rendu la décision ou la sentence. Si un ou plusieurs membres du tribunal initial ne sont plus disposés à siéger, ne sont plus disponibles ou autrement plus en mesure de le faire, ils sont remplacés par un nouveau membre nommé conformément aux règles applicables à la constitution du tribunal de premier degré.

Infirmation avec soumission à un nouveau tribunal

7. Lorsque la chambre juge qu'un renvoi en vertu du paragraphe 5 du présent article serait inapproprié, le différend est soumis, à la demande de l'une ou l'autre des parties, à un nouveau tribunal de premier degré constitué conformément aux règles applicables à la constitution d'un tel tribunal.

8. Lorsque la chambre infirme la sentence ou la décision en se fondant sur l'alinéa c) de l'article 29, le différend est en tout état de cause soumis, à la demande de l'une ou l'autre des parties, à un nouveau tribunal de premier degré constitué conformément aux règles applicables à la constitution d'un tel tribunal.

9. (...)

Article 34 – Effet de la décision

1. La sentence ou la décision du tribunal de premier degré qui a été confirmée par la chambre est définitive et obligatoire pour les parties au différend.

2. La sentence ou la décision du tribunal de premier degré qui a été modifiée par la chambre est définitive et obligatoire pour les parties au différend, telle que modifiée.

---

[5] L'article 33 tel que reformulé par la Suisse ne couvre que les principaux aspects des pouvoirs du Tribunal d'appel et n'aborde pas d'autres aspects actuellement traités dans le projet d'article 33 du document A/CN.9/WG.III/WP.239, tels que la majorité requise pour une décision, les aspects formels d'une décision et d'autres recours postérieurs au prononcé de la sentence tels que l'interprétation, la rectification et les décisions additionnelles. Ces aspects devraient faire l'objet de dispositions distinctes.

3. La sentence ou la décision du tribunal de premier degré qui a été entièrement infirmée par la chambre avec renvoi est sans effet.

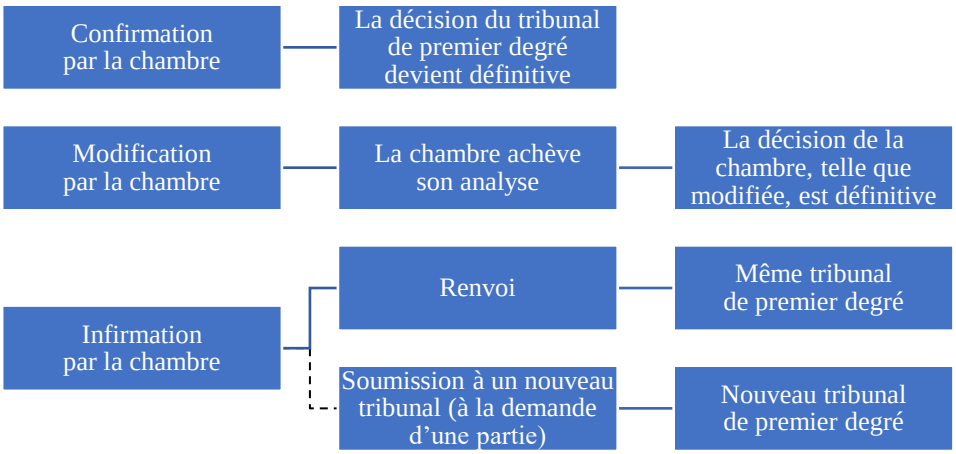
4. La sentence ou la décision du tribunal de premier degré qui a été partiellement infirmée par la chambre avec renvoi est sans effet en ce qui concerne la partie qui a été infirmée.

5. La sentence ou la décision rendue par le tribunal de premier degré auquel elle a été renvoyée est susceptible d'appel au motif que ledit tribunal ne s'est pas conformé aux instructions de la chambre et, s'agissant de toute nouvelle conclusion qui n'a pas fait l'objet du premier appel, pour tous les motifs prévus à l'article 29.

6. La sentence ou la décision qui a été infirmée en vertu des paragraphes 7 et 8 de l'article 33 est sans effet. La décision ou la sentence finale rendue à l'issue du nouvel examen est susceptible d'appel conformément à l'article 29.

Commentaires explicatifs

11. Les propositions suisses visent à rationaliser et à simplifier les pouvoirs du Tribunal d'appel, les résultats possibles de la procédure d'appel et la coordination entre tribunaux d'appel et tribunaux de premier degré. Le graphique suivant vise à illustrer le processus décrit aux articles 33 et 34, tels que révisés.



12. S'il est fait droit (en tout ou en partie) à l'appel, la Suisse estime que le Tribunal d'appel devrait être autorisé, dans la mesure du possible, à achever lui-même son analyse et à rendre la décision ou la sentence finale. Cela évitera une prolongation excessive de la procédure. Toutefois, il peut y avoir des cas où le Tribunal d'appel n'est pas à même de l'achever et où le différend doit être renvoyé au tribunal de premier degré. Il peut par exemple s'agir du cas où la chambre considère que le dossier factuel établi par le tribunal de premier degré est insuffisant et qu'elle n'est pas bien placée pour établir elle-même les faits, ou du cas où un certain point de fait ou de droit n'a pas été évalué par le tribunal de premier degré, pour des raisons d'économie judiciaire.

13. En cas de renvoi, on applique autant que possible le principe tendant à ce que les membres qui ont siégé au tribunal de premier degré initial soient également ceux qui statuent sur l'affaire lors du renvoi. C'est une solution économique, car ils sont déjà au fait des questions en litige. Dans d'autres cas, toutefois, le motif affectant la décision ou la sentence peut être si grave (par exemple, manque d'impartialité d'un membre du tribunal de premier degré) qu'il entache l'ensemble de la procédure de première instance. Dans ces circonstances, le différend doit être « soumis » dans son intégralité à un nouveau tribunal.

14. Les propositions suisses cherchent à refléter, en termes aussi clairs que possible, les différents scénarios qui peuvent se présenter dans la pratique en fonction des motifs d'appel susceptibles d'être invoqués, lesquels peuvent entraîner des

différences au niveau tant des décisions du Tribunal d'appel que de la procédure subséquente (renvoi/soumission à un nouveau tribunal).

IV. Relation avec les recours en annulation existants

15. La Suisse propose d'articuler plus clairement que ce n'est le cas actuellement dans le document A/CN.9/WG.III/WP.239 la relation entre les voies de recours en appel disponibles devant le Tribunal d'appel et les recours en annulation existants dans le cadre actuel. À cette fin, elle propose de supprimer entièrement l'article 28, dans la mesure où il concerne la « renonciation » (pour les raisons expliquées ci-dessous) et de traiter la relation avec les autres voies de recours dans une nouvelle disposition autonome, qui remplacerait l'article 31 et pourrait être libellée comme suit :

> **Article 31 – Exclusion des autres voies de recours**
>
> 1. Lorsqu'une décision ou une sentence est susceptible d'appel conformément à l'article 18, elle ne peut faire l'objet d'aucun autre recours, y compris en annulation ou toute autre révision, devant une instance autre que celles prévues par le présent statut.
>
> 2. Pour éviter toute ambiguïté, en engageant une procédure devant le tribunal de premier degré, l'investisseur est réputé avoir consenti à l'exclusion de toute autre voie de recours.
>
> 3. [*Dans un système à deux degrés dans lequel le tribunal de premier degré est un tribunal arbitral du CIRDI*] Dans les arbitrages régis par la Convention CIRDI et soumis à la compétence du Tribunal d'appel en vertu de l'article 18, l'article 52 de la Convention CIRDI ne s'applique pas.
>
> 4. [*Dans un système à deux degrés dans lequel le tribunal de premier degré est un tribunal arbitral hors CIRDI*] Dans les arbitrages qui ne sont pas régis par la Convention CIRDI et qui sont soumis à la compétence du Tribunal d'appel en vertu de l'article 18, le siège de l'arbitrage est fixé dans l'une des parties au présent statut et les décisions ou sentences ne peuvent faire l'objet d'aucun recours disponible en vertu du droit interne. Les parties contractantes s'engagent à adopter une législation pour garantir que les arbitrages entre investisseurs et États dont le siège se situe sur leur territoire et qui sont soumis à la compétence du Tribunal d'appel en vertu de l'article 18 ne puissent faire l'objet d'aucun recours postérieur au prononcé de la sentence en vertu du droit interne.

Commentaires explicatifs

16. Comme elle l'avait fait remarquer dans ses commentaires précédemment adressés au Groupe de travail[6], la Suisse est d'avis que si un tribunal d'appel était créé, il devrait remplacer les mécanismes d'annulation existants pour les États parties au statut régissant ledit tribunal (et les investisseurs ressortissants de leur pays). En d'autres termes, dans un futur système à deux degrés (arbitrage et appel), les recours en annulation existants doivent être « désactivés » tant dans le cadre du CIRDI qu'en dehors de ce cadre. Ceci est compatible avec les nouveaux motifs d'appel visés à l'article 29, qui incluent à la fois des motifs de recours et des motifs d'annulation (voir ci-dessus), ainsi qu'avec les conclusions auxquelles le Groupe de travail était

[6] Voir les observations soumises par la Suisse le 19 novembre 2020, par. 3, disponibles à l'adresse https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/switzerland_comments_on_two_uncitral_draft_working_papers.pdf (en anglais seulement) ; et le 13 mai 2022, par. 15, disponibles à l'adresse https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/compilation_0.pdf (en anglais seulement).

parvenu, selon lesquelles il convenait d'éviter les procédures parallèles et la duplication des voies de recours.

17. Pour atteindre ces objectifs, la Suisse estime que le statut devrait clairement exclure les recours en annulation existants. Cette exclusion devrait être automatique (pour les États qui sont parties au statut) et ne pas être subordonnée à une « renonciation » de la part de l'appelant (comme le prévoit actuellement l'article 28 du document A/CN.9/WG.III/WP.239). La renonciation requise à l'article 28 du document A/CN.9/WG.III/WP.239 devrait être supprimée car elle véhicule à tort l'idée qu'une partie a en quelque sorte le choix entre le « nouveau » système d'appel et l'« ancien » système d'annulation. La même idée ressort également de l'article 31 du document A/CN.9/WG.III/WP.239, qui dispose que la sentence ou la décision du tribunal de premier degré « ne peut plus faire l'objet d'une procédure d'annulation » « lorsque la requête d'appel est enregistrée ». Ainsi, il semblerait que dans le cadre envisagé par le document A/CN.9/WG.III/WP.239, tant qu'une requête d'appel n'a pas été enregistrée, les parties au différend conservent le choix entre différentes voies de recours, par exemple le nouveau Tribunal d'appel et les tribunaux d'annulation du siège. On ne sait pas très bien ce qui se passerait si une partie introduisait une demande en annulation devant les instances d'annulation existantes et que l'autre partie introduisait ensuite un appel devant le Tribunal d'appel.

18. La reformulation de l'article 31 proposée par la Suisse vise à éliminer ces incertitudes. Ainsi, le paragraphe 1 de la proposition pose le principe de l'exclusion automatique de toute autre voie de recours (pour les États qui décident d'opter pour le nouveau système d'appel). Le paragraphe 2 précise qu'un investisseur est réputé avoir accepté l'exclusion des autres voies de recours s'il engage une procédure de premier degré soumise au nouveau cadre d'appel. Les paragraphes 3 et 4 tiennent compte de la distinction entre les arbitrages CIRDI et les arbitrages hors CIRDI. Dans un système à deux degrés dans lequel le tribunal de premier degré a été constitué en vertu de la Convention CIRDI, le paragraphe 3 exclut l'application de l'article 52 de la Convention. Pour les États qui sont parties à la fois à la Convention CIRDI et au nouveau traité instituant le Tribunal d'appel, cela constituera une modification *inter se* de la Convention CIRDI en vertu de l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Dans un système à deux degrés dans lequel le tribunal de premier degré est un tribunal arbitral hors CIRDI, ce paragraphe sert à exclure tout rôle des tribunaux nationaux aux fins de l'annulation des sentences. Afin d'exclure l'introduction de recours en annulation parallèles au siège, et pour plus de certitude, la Suisse propose de préciser que les parties au statut devraient adopter une législation confirmant que les sentences qui relèvent de la compétence du Tribunal d'appel ne peuvent faire l'objet d'une révision en vertu de leur droit interne. En complément de ces règles, le paragraphe 4 prévoit également que la procédure d'arbitrage de premier degré doit avoir son siège dans un État partie au statut[7]. Si tel n'était pas le cas, lorsque le siège est situé dans un État tiers, ce dernier pourrait ne pas reconnaître la validité de l'exclusion de toute révision judiciaire.

[7] La question se pose également de savoir si, dans le scénario d'un arbitrage suivi d'un appel hors du cadre du CIRDI, la procédure introduite devant le Tribunal d'appel devrait être entièrement délocalisée ou soumise à une *lex arbitri* nationale, comme la procédure de premier degré. De l'avis de la Suisse, ce point devrait également être expressément réglementé dans le statut. Si l'on opte également pour un « siège légal » pour le Tribunal d'appel, la règle énoncée au paragraphe 4 de la proposition suisse, selon laquelle le siège doit être fixé dans une partie au statut, devrait également s'appliquer au Tribunal d'appel.