



Assemblée générale

Distr. générale
24 mai 2016
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-neuvième session
New York, 27 juin-15 juillet 2016

Règlement des litiges commerciaux: présentation d'une étude sur la Convention de Maurice sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités comme modèle possible pour de nouvelles réformes du règlement des litiges entre investisseurs et États

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction.	1-5	2
II. Bref aperçu de l'étude: la Convention de Maurice sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités comme modèle possible pour de nouvelles réformes du règlement des litiges entre investisseurs et États.	6-49	3
A. Généralités: caractéristiques de la Convention de Maurice et propositions actuelles de réforme procédurale	6-22	3
1. Le "modèle de la Convention de Maurice"	6-10	3
2. Difficultés rencontrées par les mécanismes de règlement des litiges entre investisseurs et États	11-20	5
3. Propositions de réforme procédurale existantes	21-22	7
B. Application du "modèle de la Convention de Maurice" à d'éventuelles réformes procédurales.	23-49	8
1. Évaluation de la faisabilité.	23-35	8
2. Questions à examiner.	36-49	10
III. Observations finales.	50-52	13



I. Introduction

1. À sa quarante-huitième session, en 2015, la Commission a noté avec satisfaction les activités de coopération et de coordination que le Secrétariat menait auprès d'organisations actives dans le domaine de l'arbitrage international et de la conciliation internationale. Elle a également observé que dans ce domaine, les normes de la CNUDCI se caractérisaient par leur souplesse et leur application à différents types d'arbitrage, y compris aux arbitrages purement commerciaux et aux arbitrages entre investisseurs et États. Dans ce contexte, elle est convenue que le Secrétariat devrait continuer de coordonner ses activités avec les organisations concernées pour ce qui est des différents types d'arbitrage auxquels les normes de la CNUDCI s'appliquaient, et de suivre de près l'évolution de la situation, envisageant de nouveaux domaines de coopération et de coordination¹.
2. En ce qui concerne l'arbitrage entre investisseurs et États, la Commission a constaté que les circonstances actuelles posaient un certain nombre de problèmes et que des réformes avaient été proposées par plusieurs organisations. À cet égard, elle a également été informée que le Secrétariat réalisait une étude afin de déterminer si la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (la "Convention de Maurice sur la transparence" ou "Convention de Maurice") pouvait constituer un modèle approprié pour d'éventuelles réformes dans le domaine de l'arbitrage entre investisseurs et États, en concertation avec des organisations intéressées, notamment le Center for International Dispute Settlement (CIDS), centre de recherche conjoint de l'Institut de hautes études internationales et du développement et de la faculté de droit de l'Université de Genève. Dans ce contexte, le Secrétariat a été prié de présenter à la Commission, à une future session, des informations actualisées sur la question².
3. Comme suite à cette demande, la présente note a pour objet d'informer la Commission de l'état d'avancement de l'étude menée dans le cadre d'un projet du CIDS (l'"étude") et d'offrir un bref aperçu de ses conclusions³.
4. L'objet de l'étude est d'analyser la question de savoir si la Convention de Maurice sur la transparence pourrait servir de modèle pour mettre en œuvre des réformes d'envergure du cadre qui régit le règlement des litiges entre investisseurs et États, dans l'hypothèse où il serait décidé, ultérieurement, de mener des réformes à un niveau multilatéral. À titre d'exemple de réforme procédurale à laquelle le modèle de la Convention de Maurice pourrait être utile, et dans le but de servir de fondement à l'analyse, l'étude examine la portée, les possibilités et les difficultés relatives à un instrument semblable à la Convention de Maurice, indépendant ou s'articulant avec d'autres instruments, l'objectif étant de créer i) un organe permanent de règlement des litiges qui remplacerait ou compléterait les dispositions des traités d'investissement existants ou futurs relatives au règlement des litiges entre investisseurs et États; ou ii) un mécanisme d'appel des sentences rendues dans

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 17 (A/70/17)*, par. 268.

² Ibid.

³ L'étude est disponible sur le site Web de la CNUDCI, en anglais seulement, à l'adresse suivante: www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/49th.html.

les procédures de règlement des litiges entre investisseurs et États conformément aux traités d'investissement existants ou futurs.

5. La présente note, cependant, se limite à faire état des conclusions de l'étude juridique menée sur la question de savoir si la Convention de Maurice sur la transparence pourrait servir de modèle pour des réformes procédurales d'envergure dans le domaine du règlement des litiges entre investisseurs et États s'il était décidé d'engager des réformes au niveau multilatéral. Elle comprend, à titre d'information uniquement, un bref aperçu des questions juridiques que soulèveraient d'éventuelles réformes procédurales du règlement des litiges entre investisseurs et États, sans analyser ces réformes en détail, car cela outrepasserait le mandat confié par la Commission. Elle ne contient pas de recommandations concernant d'éventuels travaux futurs sur de telles réformes, qui devraient faire l'objet d'une décision distincte de la Commission.

II. Bref aperçu de l'étude: la Convention de Maurice sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités comme modèle possible pour de nouvelles réformes du règlement des litiges entre investisseurs et États

A. Généralités: caractéristiques de la Convention de Maurice et propositions actuelles de réforme procédurale

1. Le "modèle de la Convention de Maurice"

6. En 2013, la CNUDCI a adopté le Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (le "Règlement sur la transparence") ainsi qu'un nouvel article 1-4 de son Règlement d'arbitrage (version révisée en 2010)⁴. Le Règlement sur la transparence, entré en vigueur le 1^{er} avril 2014, comprend un ensemble de règles procédurales qui prévoient la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, et l'accès du public à ce type d'arbitrage. Il s'applique aux litiges qui naissent dans le cadre de traités d'investissement conclus à compter du 1^{er} avril 2014, lorsque l'arbitrage entre investisseurs et États est engagé conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, à moins que les parties au traité n'en décident autrement⁵. Il s'applique également aux litiges qui naissent dans le cadre de traités d'investissement conclus avant le 1^{er} avril 2014, lorsque les parties au traité concerné (à savoir des États ou des organisations d'intégration économique régionale)⁶ ou les parties au litige (à savoir un investisseur et un État ou une organisation d'intégration économique régionale)⁷ conviennent de son application. Il peut en outre être utilisé pour les

⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17)*, chap. III et annexes I et II.

⁵ Règlement sur la transparence, article 1-1.

⁶ Règlement sur la transparence, article 1-2 b). Dans le cas des traités d'investissement multilatéraux, il suffit que l'État du demandeur et l'État défendeur en conviennent.

⁷ Règlement sur la transparence, article 1-2 a).

arbitrages entre investisseurs et États engagés en vertu de tout règlement autre que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou pour des procédures ad hoc⁸.

7. Après avoir adopté le Règlement sur la transparence, la CNUDCI a élaboré une convention devant faciliter l'application du Règlement aux quelque 3 000 traités d'investissement conclus avant son entrée en vigueur, l'objectif étant de doter d'un mécanisme efficace les États qui souhaitaient appliquer le Règlement aux traités d'investissement auxquels ils étaient parties⁹. En effet, la Convention de Maurice sur la transparence est un instrument par lequel les parties aux traités d'investissement conclus avant le 1^{er} avril 2014 expriment leur consentement à appliquer le Règlement sur la transparence aux arbitrages engagés dans le cadre de ces traités.

8. La Convention de Maurice permet d'appliquer le Règlement sur la transparence à tous les traités d'investissement bilatéraux, régionaux et multilatéraux existants, et dans tous les tribunaux d'arbitrage disponibles, si à la fois l'État défendeur et l'État de résidence de l'investisseur sont parties à la Convention de Maurice ou, à défaut, si l'investisseur (en qualité de demandeur) accepte la proposition unilatérale faite par l'État défendeur d'appliquer le Règlement sur la transparence. En substance, le "modèle de la Convention de Maurice" peut être décrit comme l'intégration des normes de fond relatives à la transparence énoncées dans le Règlement sur la transparence au régime morcelé traité par traité, au moyen d'un instrument multilatéral unique. Il met en place un régime souple, car il prévoit que les parties contractantes peuvent formuler un petit nombre de réserves.

9. La Convention de Maurice est un instrument qui incorpore dans la multitude des traités d'investissement existants la notion de transparence, volet procédural généralement ignoré dans la grande majorité des traités de ce type. Elle complète les traités existants avec le régime uniforme de transparence prévu dans le Règlement sur la transparence. À sa quarante-sixième session, la Commission a réaffirmé l'opinion, exprimée par un grand nombre de délégations à la cinquante-neuvième session du Groupe de travail II, selon laquelle la convention sur la transparence, à son entrée en vigueur, constituerait un traité successif créant de nouvelles obligations conformément à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) (la "Convention de Vienne")¹⁰.

10. Il convient d'examiner la question de savoir si une convention qui mettrait en œuvre de nouvelles réformes touchant les traités d'investissement existants, établie sur le modèle de la Convention de Maurice, constituerait un traité successif créant de nouvelles obligations conformément à l'article 30 de la Convention de Vienne, ou si elle constituerait une modification des traités d'investissement (conformément

⁸ Règlement sur la transparence, article 1-9.

⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17)*, par. 127.

¹⁰ *Ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/69/17)*, par. 25. Lorsque le Groupe de travail a examiné cette question à sa cinquante-neuvième session, il a été dit qu'en toute logique, il n'était pas possible de se référer à une modification de traités d'investissement dans le cadre d'un traité successif créant de nouvelles obligations entre les parties contractantes, mais que la convention sur la transparence équivaldrait plutôt à un accord successif entre les parties contractantes (voir A/CN.9/794, par. 17 à 22).

aux dispositions des traités d'investissement existants et du Chapitre VI de la Convention de Vienne). Si une telle convention devait être considérée comme une modification des traités d'investissement concernés, certains éléments supplémentaires devraient être pris en compte dans son élaboration (en ce qui concerne, par exemple, les procédures de modification des traités) et les États parties à la Convention devraient examiner les procédures qu'il pourrait leur falloir suivre pour mettre en œuvre ces réformes.

2. Difficultés rencontrées par les mécanismes de règlement des litiges entre investisseurs et États

11. Le régime juridique de l'investissement international compte plus de 3 000 traités d'investissement, y compris des accords de libre-échange bilatéraux et multilatéraux d'ordre général qui comprennent une partie consacrée à la protection de l'investissement. Bien que tous différents, les traités d'investissement ont généralement le même type de structure et sont axés sur un certain nombre de principes de base. Les grandes similitudes qui existent entre les traités d'investissement permettent de parler d'un "régime" de la protection de l'investissement international, qui repose essentiellement sur deux éléments.

12. Premièrement, les traités d'investissement offrent aux investisseurs des garanties de fond sous la forme d'obligations internationales faites aux États contractants, qui s'engagent à respecter certaines normes de protection de l'investissement à l'égard des investisseurs étrangers et de leurs investissements (traitement juste et équitable, protection contre l'expropriation et non-discrimination, par exemple).

13. Deuxièmement, la plupart des traités d'investissement permettent aux investisseurs étrangers de faire respecter ces mesures fondamentales de protection au moyen de mécanismes procéduraux de règlement des litiges. Les dispositions relatives au règlement des litiges entre investisseurs et États varient d'un traité d'investissement à l'autre, mais prévoient généralement ce qui suit: i) l'investisseur peut introduire une requête directement contre l'État hôte; ii) le litige est traité par un tribunal arbitral créé ad hoc¹¹ pour ce litige particulier; iii) les deux parties au litige, à savoir l'investisseur (en qualité de demandeur) et l'État défendeur, jouent un rôle important dans le choix du tribunal arbitral.

14. L'étude donne un bref aperçu des différentes opinions émises quant aux avantages et aux inconvénients du régime de protection de l'investissement étranger, en particulier du règlement des litiges entre investisseurs et États, comme il en est fait état dans les paragraphes qui suivent.

15. Les partisans du système soulignent habituellement que le régime de protection de l'investissement étranger se révèle généralement bénéfique et contribue effectivement à promouvoir l'état de droit au niveau international, à assurer le bon fonctionnement du marché mondial, à accroître le flux d'investissements étrangers, et à soutenir la croissance économique et le

¹¹ Le terme "ad hoc" signifie ici que l'action n'est pas intentée auprès d'un organe permanent, mais d'un tribunal (que ce soit ou non sous l'égide d'une institution arbitrale) créé pour traiter ce litige particulier (sans mandat au-delà de ce litige). Il n'est pas employé pour désigner une institution autre qu'arbitrale.

développement humain des États qui exportent et importent des capitaux. L'élaboration du règlement des litiges entre investisseurs et États faisait partie d'une initiative destinée à créer une procédure institutionnelle et formelle sur le plan international, dans le cadre plus large d'une conception des traités d'investissement (y compris leurs dispositions relatives au règlement des litiges) comme des instruments devant permettre de renforcer la confiance dans la stabilité de l'environnement relatif à l'investissement des pays en développement.

16. Les partisans soulignent également le caractère novateur du système de règlement des litiges entre investisseurs et États, qui permet à une personne privée (physique ou morale) d'introduire une requête internationale directement contre un État souverain, à l'inverse notable des mécanismes traditionnels, qui étaient principalement fondés sur l'institution de la protection (ou de l'endossement) diplomatique. Il convient de souligner que le règlement des litiges entre investisseurs et États a également conduit à une "dépolitisation" des litiges relatifs à l'investissement et à une réduction drastique du risque qu'ils ne dégénèrent en conflits interétatiques.

17. Afin d'évaluer les incidences réelles des traités d'investissement sur les investissements directs étrangers¹², il a été réalisé de nombreuses études empiriques, qui ont abouti à différentes conclusions. Selon un rapport de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), la majorité de ces études ont conclu qu'il existait en effet une corrélation positive entre les traités d'investissement et l'investissement direct étranger¹³. D'autres étaient plus nuancées, montrant que cette incidence dépendait de la teneur des traités d'investissement¹⁴. Enfin, certains auteurs ont constaté que les investissements n'avaient pas ou guère augmenté du fait des traités d'investissement¹⁵.

18. Le régime des traités d'investissement fait également l'objet de critiques sévères et croissantes. Ces critiques peuvent être regroupées en deux grandes catégories. La première vise les décideurs du système de règlement des litiges entre investisseurs et États, à savoir les arbitres (et, dans une moindre mesure, les institutions arbitrales qui peuvent administrer les arbitrages entre investisseurs et États). La seconde a trait à la procédure arbitrale, à ses résultats et à ses caractéristiques structurelles. On s'est inquiété du manque d'homogénéité des sentences rendues par les tribunaux arbitraux, de la longueur et du coût des procédures, de l'absence de mécanismes de contrôle adaptés et du manque de transparence.

¹² CNUCED (2014), *The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998-2014*, IIA Issues Note, document de travail (en anglais seulement).

¹³ Ibid.

¹⁴ Voir, par exemple, Axel Berger, Matthias Busse, Peter Nunnenkamp et Martin Roy (2010), *Do Trade and Investment Agreements Lead to More FDI? Accounting for Key Provisions Inside the Black Box*, Organisation mondiale du commerce, Division de la recherche économique et des statistiques, document de travail, également publié sous le même titre comme document de travail n° 1647 du Kiel Institute for the World Economy.

¹⁵ Voir, par exemple, Mary Hallward-Driemeier (2003), *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit... and they could bite*, Banque mondiale, étude WPS 3121.

19. En substance, les critiques qui visent le système de règlement des litiges entre investisseurs et États font écho aux inquiétudes exprimées quant à son manque de responsabilité et de légitimité démocratiques. Ce sont les États eux-mêmes qui ont établi le mécanisme; leur accord garantit donc sa légitimité au regard du droit international, mais il se peut que les États et le public ne le perçoivent pas toujours ainsi.

20. L'étude souligne que le manque de responsabilité et de légitimité rend des ajustements nécessaires, mais que ces ajustements ne devraient pas porter atteinte aux avancées enregistrées dans le règlement des litiges entre investisseurs et États, à savoir: i) la neutralité ou, autrement dit, une certaine distance entre les décideurs et la politique – la dépolitisation pour laquelle l'arbitrage en matière d'investissement a été salué – et, simultanément, les intérêts économiques; ii) le caractère définitif et exécutoire de la sentence; et iii) le caractère gérable et fonctionnel du système.

3. Propositions de réforme procédurale existantes

21. La dernière décennie a vu naître un vif débat et des appels répétés concernant la création d'organes permanents au sein du régime des traités d'investissement, à la fois sous la forme d'un mécanisme d'appel¹⁶ et, option plus extrême, du remplacement du système de règlement des litiges entre investisseurs et États par un organe permanent de règlement des litiges¹⁷. En effet, la création d'un organe permanent ou d'un mécanisme d'appel adaptés au règlement des litiges entre investisseurs et États a été envisagée à plusieurs reprises ces dix dernières années. Parmi les plus importantes de ces propositions figurent celles présentées par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)¹⁸ et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)¹⁹, les dispositions programmatiques d'un certain nombre de traités d'investissement²⁰ et les mesures novatrices prises en faveur de la création d'organes d'investissement permanents dans des traités d'investissement récents²¹.

22. C'est dans le contexte de ces débats et de ces premières tentatives de réforme que l'on peut se demander si la Convention de Maurice sur la transparence pourrait servir de modèle pour une réforme juridique de l'investissement international en

¹⁶ Voir CNUCED (2014), *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel, Series on Issues in IIA II*, p. 192 (en anglais uniquement); CNUCED (2013), *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, Special issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, International Investment Agreement Issues Note, n° 2, p. 8 (en anglais seulement).

¹⁷ Voir CNUCED (2014), *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel, Series on Issues in IIAs II*, p. 194; CNUCED (2013), *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap Special issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, International Investment Agreement Issues Note, n° 2, p. 9.

¹⁸ Secrétariat du CIRDI (2004), *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, Document de travail, p. 5.

¹⁹ Le Comité de l'investissement de l'OCDE a examiné, en 2006, la faisabilité et la pertinence d'un mécanisme d'appel pour les litiges en matière d'investissement.

²⁰ Voir, par exemple, le Traité bilatéral type des États-Unis d'Amérique relatif aux investissements (2012) (art. 28-10) ou l'Accord de libre-échange Canada-Corée (1^{er} janvier 2015) (annexe 8-E).

²¹ Voir l'Accord économique et commercial global Union européenne-Canada (chap. 8, sect. F), ou l'Accord de libre-échange Union européenne-Viet Nam (chap. 8.II, sect. 3).

conjonction avec la création d'un organe permanent de règlement de litiges et d'un mécanisme d'appel.

B. Application du “modèle de la Convention de Maurice” à d'éventuelles réformes procédurales

1. Évaluation de la faisabilité

23. L'étude donne un aperçu des avantages qu'il y aurait à appliquer le modèle de la Convention de Maurice aux réformes apportées aux traités d'investissement existants en ce qui concerne la création d'un organe permanent de règlement des litiges ou d'un mécanisme d'appel, brièvement décrits ci-après.

24. Premièrement, l'application de ce modèle soulagerait les États du poids des procédures de modification prévues dans leurs nombreux traités d'investissement, qui peuvent être longues et complexes. En effet, une convention mettant en œuvre de nouvelles réformes procédurales, conçue sur le modèle de la Convention de Maurice (à laquelle il est fait référence ci-après sous l'appellation de convention d'option positive), rendrait les innovations directement applicables aux traités d'investissement existants pour ceux des États qui souhaiteraient faire leurs ces innovations.

25. Deuxièmement, l'application du modèle de la Convention de Maurice permettrait de créer un système de règlement des litiges qui soit permanent et multilatéral. Elle conduirait, en effet, à la création d'un organe unique qui pourrait être compétent pour régler les litiges en matière d'investissement concernant les États qui y auraient adhéré, ou à celle d'un mécanisme unique qui pourrait servir d'organe d'appel pour les sentences rendues en matière de règlement des litiges entre investisseurs et États dans le cadre de tous les traités d'investissement. Elle pourrait, également, contribuer à homogénéiser le droit de l'investissement international et à éviter ainsi le morcellement traité par traité.

26. Troisièmement, une réforme fondée sur le modèle de la Convention de Maurice se concentrerait, d'une manière générale, sur une seule des questions délicates qui se posent en matière d'investissement, à savoir le règlement des litiges, ce qui permettrait d'éviter d'ouvrir les controverses relatives aux normes de fond. Elle aurait ainsi plus de chances d'aboutir, car une tentative d'unifier les dispositions de fond pourrait bien donner lieu à des années de débats, sans aucune garantie qu'un consensus se dégage.

27. En pratique, dans le cas d'une réforme fondée sur le modèle de la Convention de Maurice, les nombreux traités d'investissement concernés continueraient de régir les obligations de fond, tandis que l'organe permanent de règlement des litiges nouvellement créé et/ou un mécanisme d'appel seraient chargés de l'application de ces différents traités. L'uniformité ne serait certes pas totale, car le droit applicable – les normes conventionnelles de fond – continuerait d'être issu de différents traités d'investissement. Toutefois, l'application d'un même traité d'investissement ou de différents traités d'investissement formulés en des termes presque semblables, sinon identiques, serait homogène. Enfin, même dans le cas de l'application de traités formulés différemment, l'œuvre d'homogénéisation attendue de l'organe permanent de règlement des litiges et/ou du mécanisme d'appel serait plus importante, car elle

résulterait naturellement des éléments de tradition, de continuité et de collégialité inhérents aux organes permanents, par opposition aux organes ad hoc.

28. Au final, dans le cas d'une convention d'option positive conçue sur le modèle de la Convention de Maurice, le projet de réforme pourrait être engagé au niveau multilatéral, de nouveaux États pouvant s'y joindre ultérieurement, quand ils le jugeraient bon. Ainsi, la réforme aurait également plus de chances de réussir.

29. Selon le modèle de la Convention de Maurice, si un projet de réforme de ce type devait être mis en œuvre, la première étape serait de déterminer les caractéristiques "de fond" de l'organe permanent de règlement des litiges et du mécanisme d'appel, notamment leur mandat, leur nature, leur structure et leur organisation. Cette étape tiendrait compte de ce qui a été fait en matière de transparence, lorsque la teneur des nouvelles dispositions du Règlement sur la transparence a été initialement arrêtée. La deuxième étape, qui ferait logiquement suite à la première, serait d'élaborer une convention d'option positive (comme dans le cas de la Convention de Maurice) qui permettrait d'étendre les nouvelles règles relatives à l'organe permanent et au mécanisme d'appel aux traités d'investissement existants.

30. Ce faisant, il faudrait déterminer si la convention d'option positive serait un traité successif créant de nouvelles obligations conformément à l'article 30 de la Convention de Vienne, ou une modification des traités d'investissement en application des dispositions de ceux-ci et du Chapitre IV de la Convention de Vienne.

31. La réponse à cette question dépendrait de la façon dont le projet de réforme serait concrètement mis en œuvre, et dont il s'articulerait avec les mécanismes existants de règlement des litiges entre investisseurs et États prévus dans les traités d'investissement. Si un projet de réforme devait être conçu comme une modification de ces mécanismes (par opposition à une modification des dispositions en la matière qui figurent dans les traités d'investissement), cela n'équivaudrait pas nécessairement à une modification des traités d'investissement. De même, si un projet de réforme visait à créer un nouveau mécanisme de règlement des litiges entre investisseurs et États, qui ne remplacerait pas les mécanismes existants, une convention d'option positive instituant ce mécanisme pourrait être considérée comme un traité successif créant de nouvelles obligations conformément à l'article 30 de la Convention de Vienne.

32. Une réforme procédurale du règlement des litiges entre investisseurs et États pourrait également entraîner la modification des dispositions correspondantes des traités d'investissement en vigueur, surtout si elle visait à remplacer les mécanismes de règlement des litiges existants par un nouveau mécanisme. Dans ce cas, il faudrait, dans la convention d'option positive, prêter attention aux dispositions qui modifieraient ces traités. Au besoin, il pourrait être demandé aux États de nouvelles informations au sujet des procédures qu'il leur faudrait mettre en place suite à des réformes de ce type.

33. En ce qui concerne les questions de droit conventionnel que soulèverait la mise en œuvre de la convention d'option positive, l'étude traite également d'éventuelles "clauses de compatibilité" qui régiraient l'articulation de la Convention avec les traités d'investissement existants. Dans le même ordre d'idées,

il conviendrait également d'examiner la question de l'articulation d'une convention renvoyant à un mécanisme d'appel des sentences arbitrales avec la Convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, qui exclut tout appel ou autres recours, à l'exception de ceux qu'elle prévoit elle-même (art. 53).

34. En outre, si une réforme de ce type était mise en œuvre, il pourrait être prévu des mécanismes permettant une certaine souplesse dans l'engagement des États. Dans les limites convenues, les États parties à la convention d'option positive pourraient ainsi adapter le niveau de leur participation aux réformes en formulant les réserves ou les déclarations d'option positive ou négative voulues. Ces possibilités tiendraient compte de préoccupations ou d'objectifs particuliers d'États qui souhaiteraient, par exemple, exclure certains traités d'investissement du champ de la réforme ou adhérer aux nouveaux organes de règlement des litiges qui s'ajouteraient (au lieu de les exclure) aux possibilités existantes de règlement des litiges entre investisseurs et États.

35. À cet égard, on notera que la Convention de Maurice permet également de formuler un nombre limité de réserves et qu'il pourrait en être de même dans la convention d'option positive.

2. Questions à examiner

36. Comme la question de savoir si la Convention de Maurice pourrait servir de modèle à de nouvelles réformes ne peut être examinée isolément, l'étude analyse en détail l'exemple de l'application de ce modèle à la création d'un organe permanent de règlement des litiges ou d'un mécanisme d'appel.

37. À ce stade, le Secrétariat outrepasserait le mandat que lui a confié la Commission s'il exposait l'intégralité de l'analyse réalisée dans le cadre de l'étude. Les paragraphes ci-après se limitent à répertorier, à titre d'exemples uniquement, les principaux problèmes et questions juridiques que pose la création d'un organe permanent de règlement des litiges et d'un mécanisme d'appel. Ces questions sont analysées en détail dans l'étude.

Options

38. La création d'un organe permanent composé de membres titularisés (ou semi-titularisés), chargé de régler les litiges en matière d'investissement entre investisseurs étrangers et États hôtes est une possibilité (voir ci-après, par. 39 à 45). Un organe permanent de ce type pourrait ou non se fonder sur un système de décision à deux niveaux et, dans l'affirmative, prévoir un appel interne. La possibilité d'un appel interne dans ce cas de figure ne doit pas être confondue avec la création d'un mécanisme d'appel des sentences rendues dans le cadre du dispositif classique de règlement des litiges entre investisseurs et États dont il est question aux paragraphes 46 à 49 ci-après.

Problèmes et questions juridiques concernant la création d'un organe permanent de règlement des litiges

39. Il conviendrait d'examiner, en ce qui concerne la création d'un organe permanent de règlement des litiges, les questions ci-après.

40. La *première question* concerne la détermination de la nature juridique de l'organe permanent de règlement des litiges: serait-il de nature "arbitrale" ou un "tribunal international"? La réponse à cette question aura des incidences sur la détermination de la loi qui régira la procédure introduite auprès de l'organe permanent, et sera de la plus haute importance pour la reconnaissance et l'exécution des décisions ou des sentences rendues par cet organe. À ce sujet, l'étude analyse les principales caractéristiques qu'un organe permanent devrait avoir pour être de nature arbitrale ou un tribunal international. En résumé, l'élément déterminant pour qu'un organe de ce type soit de nature arbitrale et non un dispositif de règlement des litiges s'apparentant à un tribunal est que le recours à cet organe se fonde sur un accord entre l'État et l'investisseur. Cet accord englobe l'acceptation de la méthode de sélection des membres de l'organe prévue dans l'acte constitutif.

41. Un autre problème concernant cette première question est celui de la loi qui régira la procédure introduite auprès de l'organe permanent de règlement des litiges, problème qui aura d'importantes répercussions sur le pouvoir de contrôle que les tribunaux nationaux pourront exercer en ce qui concernera l'annulation, l'appel et l'exécution des décisions. Selon l'étude, une option qu'il conviendrait d'examiner consisterait à soumettre la procédure uniquement au droit international. Cette solution permettrait d'éviter les difficultés liées au fait d'avoir à choisir a priori la loi nationale sur l'arbitrage qui s'applique (que tous les États devraient accepter) ou de laisser le choix du siège (et, en conséquence, de la loi procédurale) aux parties au litige ou à l'organe permanent, ce qui pourrait donner lieu à des divergences si différents sièges et différentes lois sur l'arbitrage étaient choisis. À l'inverse, il n'y a aucune raison de penser qu'un régime véritablement indépendant (pour ce qui est de la procédure) échappant à la surveillance ou au contrôle de tout tribunal national poserait des problèmes. Selon l'étude, la solution retenue devra, quelle qu'elle soit, être clairement définie.

42. La *deuxième question* concerne l'existence de systèmes chargés de contrôler les décisions ou les sentences de l'organe permanent de règlement des litiges, en particulier l'annulation ou l'appel, et les options autres que l'appel, comme les décisions à titre préjudiciel, les décisions en formation plénière et les mécanismes de consultation. L'étude examine la difficulté qu'il y a à définir un cadre qui ménage un juste équilibre entre des exigences contradictoires: d'une part, la nécessité de disposer d'un mécanisme de règlement efficace et définitif des litiges et, d'autre part, le souci de protéger l'intégrité de la procédure et la justesse de la prise de décisions. Elle examine également les possibilités habituelles de contrôle, l'annulation et l'appel interne (ainsi que toutes les questions qui s'y rapportent, comme la composition du tribunal d'appel, les moyens de l'appel et les normes d'examen, les effets de la décision prise en appel et le caractère contraignant de la décision). Elle examine, enfin, les possibilités autres qu'un système d'appel interne, à savoir les décisions à titre préjudiciel, les décisions en formation plénière et les mécanismes de consultation.

43. Une *troisième question* concernant l'exécution des décisions ou des sentences de l'organe permanent de règlement des litiges, qui est déterminante pour assurer l'effectivité finale du système, est envisagée dans l'hypothèse où l'organe permanent serait de nature arbitrale (par opposition à un tribunal). L'étude examine cette question dans le cas où les décisions ou sentences de l'organe permanent

devraient être exécutées sur le territoire d'un État partie à la convention d'option positive, ainsi que celui où elles devraient l'être dans un État qui n'est pas partie à cette convention. Elle examine également les questions relatives à l'exécution conformément à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (la "Convention de New York") et, en particulier, i) celle de savoir si l'organe permanent aurait les caractéristiques d'un "organe arbitral permanent" selon la Convention de New York, ii) celle de savoir si ses décisions ou ses sentences satisferaient aux conditions territoriales de la Convention de New York, et iii) celles concernant l'application de la Convention de New York si un mécanisme d'appel interne était prévu.

44. Une *quatrième question* concerne la composition de l'organe permanent de règlement des litiges, y compris la méthode selon laquelle les membres seront choisis, à savoir la procédure d'élection ou de sélection, et celle selon laquelle ces membres élus seront nommés ou désignés pour former un groupe qui tranchera le litige.

45. Une *cinquième question* concerne la compétence de l'organe permanent de règlement des litiges et son articulation avec d'autres mécanismes de règlement des litiges avec lesquels il pourra interagir (tels que les organes d'arbitrage et comités interétatiques des États contractants, qui sont habilités à interpréter les traités d'investissement en vertu de ces traités). L'étude fournit quelques informations sur les questions qui entourent la délimitation de la compétence de l'organe.

Problèmes et questions juridiques concernant la création d'un mécanisme d'appel

46. L'étude souligne que la création d'un mécanisme d'appel poserait plusieurs des problèmes liés à l'établissement d'un organe permanent de règlement des litiges.

47. L'étude examine les caractéristiques du mécanisme d'appel, soulignant qu'en dépit du fait que la plupart des régimes d'arbitrage excluent que les sentences puissent faire l'objet d'un appel (et permettent uniquement aux parties insatisfaites d'intenter un recours en annulation ou en révision), il existe toutefois des exemples de régimes d'arbitrage institutionnel qui prévoient que les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un appel interne²². En vertu de certaines lois nationales sur l'arbitrage, les parties peuvent convenir d'une procédure d'arbitrage à deux niveaux, et rien ne laisse à penser que l'existence d'un appel rende la procédure différente d'un simple arbitrage.

48. L'étude traite d'un certain nombre de questions que pourrait soulever la création d'un mécanisme d'appel des arbitrages relevant ou non du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, telles que le droit qui régira la procédure introduite auprès du mécanisme d'appel, l'interaction entre le mécanisme d'appel et les recours en annulation habituellement possibles à

²² Voir, par exemple, Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand (AMINZ) (2009), Arbitration Appeal Rules (2009); American Arbitration Association (AAA) (2013), Optional Appellate Arbitration Rules; JAMS (2003), Optional Arbitration Appeal Procedure; International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR) (2015), Arbitration Appeal Procedure; Cour européenne d'arbitrage (CEA) (2015), Règlement d'arbitrage, article 28; dans le secteur de la production, voir Grain and Feed Trade Association (GAFTA) (2014), Arbitration Rules No. 125, articles 10 à 15.

l'encontre des sentences arbitrales qui règlent un litige entre investisseurs et États, et l'exécution.

49. Enfin, l'étude examine des questions juridiques particulières à prendre en compte dans la conception d'un mécanisme d'appel, notamment i) la définition des types de sentences sujettes à appel; ii) les moyens de l'appel et les normes d'examen; iii) l'effet de la décision prise en appel; et iv) le caractère contraignant de la décision.

III. Observations finales

50. La Commission voudra peut-être exprimer sa gratitude à G. Kaufmann-Kohler et M. Potestà pour les travaux menés et l'étude réalisée, qui offre une analyse approfondie de la question.

51. La Commission voudra peut-être se demander s'il faudrait que le Secrétariat poursuive l'étude en concertation avec le Center for International Dispute Settlement, comme cela a été souligné plus haut et, dans l'affirmative, quels sujets il faudrait examiner plus avant.

52. La Commission voudra peut-être également trancher la question de savoir si l'étude devrait être mise à disposition pour qu'on puisse l'examiner de manière approfondie à une prochaine session. Enfin, elle voudra peut-être se demander s'il faudrait, à l'avenir, mener des travaux dans ce domaine et, si oui, sous quelle forme.