

**Assemblée générale**

Distr. générale  
20 avril 2017  
Français  
Original: anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Cinquantième session  
Vienne, 3-21 juillet 2017

**Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des  
différends: réformes du règlement des différends entre  
investisseurs et États**

**Note du Secrétariat**

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction. . . . .	2
II. Réformes possibles du règlement des différends entre investisseurs et États . . . . .	3
A. Raisons justifiant ces réformes . . . . .	3
B. Options possibles pour la réforme . . . . .	5
1. Ajustements du régime actuel de règlement des différends entre investisseurs et États . . . . .	5
2. Création d'une cour internationale des investissements . . . . .	9
C. Applicabilité des réformes. . . . .	15
III. Observations finales. . . . .	16



## 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<sup>1</sup>. 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, en envisageant de nouveaux domaines de coopération et de coordination<sup>2</sup>.

2. En ce qui concerne l'arbitrage entre investisseurs et États, la Commission a noté 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 question<sup>3</sup>.

3. En réponse à cette requête, à sa quarante-neuvième session, en 2016, la Commission était saisie d'une note présentant l'état d'avancement de l'étude menée dans le cadre d'un projet de recherche du CIDS et un bref aperçu de ses conclusions (A/CN.9/890). Elle a remercié le Secrétariat et le CIDS pour les travaux réalisés.

4. À cette session, la Commission a entendu un exposé sur l'étude du CIDS (ci-après "le rapport du CIDS")<sup>4</sup>, qui cherchait à présenter une analyse préliminaire des questions qu'il faudrait examiner s'il était décidé de mener une réforme du régime de règlement des différends entre investisseurs et États (aussi désigné par l'acronyme "RDIE")<sup>5</sup> à un niveau multilatéral. Il a été souligné que le rapport du CIDS examinait en détail deux options différentes: i) un organisme international permanent de règlement des différends offrant un accès direct tant aux parties privées qu'aux parties étatiques pour les questions liées aux investissements; et ii) un mécanisme d'appel des sentences arbitrales rendues entre un investisseur et un État. On a souligné que la

<sup>1</sup> S'agissant des présentations faites à la quarante-huitième session de la Commission par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), la Cour permanente d'arbitrage (CPA) et le Secrétariat de la Charte de l'énergie, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 17 (A/70/17)*, par. 269 à 274.

<sup>2</sup> Ibid., par. 268.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Le rapport du CIDS peut être consulté à l'adresse: [http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionessions/unc/unc-49/CIDS\\_Research\\_Paper\\_-\\_Can\\_the\\_Mauritius\\_Convention\\_serve\\_as\\_a\\_model.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf).

<sup>5</sup> Le terme "de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)" est utilisé dans la présente note pour désigner de manière générale le recours à des tribunaux arbitraux établis conformément aux règlements de la CNUDI, du CIRDI ou d'autres institutions arbitrales afin de régler un litige opposant un investisseur et un État. Si les dispositions relatives au règlement des différends entre investisseurs et États varient d'un traité d'investissement à l'autre, elles prévoient généralement ce qui suit: i) l'investisseur-demandeur peut former une demande directement contre l'État défendeur; ii) le différend est porté devant un tribunal arbitral créé spécialement à cet effet; et iii) les parties au différend, y compris l'investisseur-demandeur et l'État défendeur, jouent un rôle important dans le choix du tribunal arbitral.

dernière partie du rapport du CIDS évoquait les moyens dont disposeraient les États pour intégrer ces options dans leurs traités d'investissement existants et futurs. La conclusion tirée concernant les traités d'investissement existants était que, si ce n'était pas le seul modèle qui pourrait être envisagé à cette fin, une convention s'inspirant de la Convention de Maurice sur la transparence, avec les adaptations voulues, permettrait effectivement d'étendre les nouvelles solutions de règlement des différends aux traités d'investissement existants.

5. À l'issue de la discussion, la Commission a prié le Secrétariat d'examiner la meilleure manière de faire progresser le projet décrit dans le document A/CN.9/890, s'il était approuvé en tant que sujet de travaux futurs à sa prochaine session, en tenant compte des vues de tous les États et autres parties prenantes, notamment la façon dont ce projet s'articulerait avec d'autres initiatives dans ce domaine, ainsi que la forme et les méthodes à utiliser. Pour ce faire, il a été demandé au Secrétariat de tenir des consultations à large échelle<sup>6</sup>.

6. Par conséquent, le Secrétariat a envoyé un questionnaire aux États et aux organisations d'intégration économique régionale. Les réponses à ce questionnaire sont reproduites dans le document A/CN.9/918 et ses additifs.

7. Le Secrétariat a organisé conjointement avec le CIDS une réunion de consultation avec les experts de gouvernements et d'organisations intergouvernementales<sup>7</sup>. Des réunions sont également prévues en vue de recueillir les avis des investisseurs<sup>8</sup>. De plus, le Secrétariat a participé ou assisté à des conférences où la question était abordée<sup>9</sup>.

8. Pour aider la Commission à examiner la question plus avant, la présente note rend compte du processus de consultation entrepris par le Secrétariat en ce qui concerne d'éventuelles réformes du régime de règlement des différends entre investisseurs et États. La Commission souhaitera peut-être noter qu'elle sera également saisie d'un autre rapport du CIDS traitant de la sélection et de la nomination des membres des tribunaux internationaux et de la répartition des affaires entre eux.

## II. Réformes possibles du règlement des différends entre investisseurs et États

### A. Raisons justifiant ces réformes

#### *Régime de RDIE actuel et critiques*

9. Pendant le processus de consultation, on a mis en exergue les principaux éléments du régime de règlement actuel et son origine. On a notamment rappelé que ce régime avait été mis en place pour permettre à une personne étrangère (physique ou

<sup>6</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 17 (A/71/17)*, par. 187 à 194.

<sup>7</sup> Cette réunion a été accueillie par le Gouvernement suisse. On trouvera l'ordre du jour et les présentations faites lors de cette réunion à l'adresse: <http://www.cids.ch/events-2/past-events/634-2/>.

<sup>8</sup> Ces réunions prévues notamment avec l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et la Chambre de commerce internationale devraient se tenir après la date de soumission de la présente note.

<sup>9</sup> Par exemple, cinquième Conférence Asie-Pacifique sur les modes alternatifs de règlement des différends, Séoul (République de Corée), 12 et 13 octobre 2016; King's College London, atelier consacré à un tribunal multilatéral des investissements, Londres (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord), 21 octobre 2016; Semaine du droit international des Nations Unies, table ronde sur la réforme du système de règlement des différends entre investisseurs et États, New York (États-Unis d'Amérique), 24 octobre 2016; cinquantième anniversaire de la CNUDCI, normes mondiales pour la réglementation des échanges commerciaux, New Delhi (Inde), 28 et 29 novembre 2016; Réunion d'experts de haut niveau UE/Canada, Genève (Suisse), 13 décembre 2016; Journées de l'arbitrage de Vienne consacrées au repositionnement de l'arbitrage, Vienne (Autriche), 24 et 25 février 2017; et Conférence conjointe CNUDCI-Centre d'arbitrage de Ljubljana, Ljubljana (Slovénie), 4 avril 2017.

morale) de former une demande directement contre un État souverain, ce qui marquait une rupture essentielle par rapport aux mécanismes traditionnels, qui étaient principalement fondés sur l'institution de la protection diplomatique. Fait important, le régime de RDIE a permis de "dépolitiser" les différends relatifs aux investissements et d'éliminer le risque que ceux-ci ne dégénèrent en conflits interétatiques<sup>10</sup>.

10. Par ailleurs, le régime de RDIE a été créé dans le contexte plus large de l'élaboration de traités d'investissement visant à renforcer la confiance dans la stabilité de l'environnement d'investissement. Ces dernières décennies, un nombre croissant de traités d'investissement ont été conclus par des États et plus de 3 000 d'entre eux sont actuellement en vigueur. Parallèlement, le nombre de cas de règlement de différends entre investisseurs et États a également augmenté. Selon les informations réunies par la CNUCED, il existe actuellement 767 cas connus d'arbitrage entre investisseurs et États, 62 nouveaux arbitrages fondés sur des traités ayant été engagés en 2016<sup>11</sup>. Avec le temps, les États se sont familiarisés avec le régime actuel et organisés pour mieux répondre aux demandes des investisseurs. Par conséquent, le régime actuel a été et continue d'être largement utilisé pour résoudre les différends opposant investisseurs et États de manière neutre et souple.

11. Toutefois, le régime de RDIE actuel attire depuis quelque temps des critiques de plus en plus sévères dans différentes parties du monde. Les préoccupations sont diverses mais concernent, de manière générale, la méthode de nomination des arbitres et son impact sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres; le manque de cohérence d'un système fondé sur des décisions prises par des tribunaux constitués pour entendre une affaire particulière (tribunaux "ad hoc") et l'absence de mécanismes de correction (c'est-à-dire l'absence de mécanisme d'examen ou de contrôle); la longueur et le coût de la procédure; et le manque de transparence<sup>12</sup>.

12. Pendant le processus de consultation, on a rappelé que les critiques visant le régime actuel faisaient en fait écho aux inquiétudes exprimées quant à son manque de responsabilité et de légitimité démocratiques. Si ce sont les États eux-mêmes qui ont établi le régime, ce qui garantit donc sa légitimité au regard du droit international, il se peut que les États et le public ne le perçoivent pas toujours ainsi<sup>13</sup>.

13. Dans ce contexte, on a souligné que la façon dont le public percevrait tout processus de réforme était un élément clef de sa réussite et que la communication devrait se faire de manière adéquate si un projet de réforme était entrepris au niveau multilatéral.

*Réforme du régime de règlement des différends ou réforme des normes fondamentales de protection des investissements*

14. Pendant le processus de consultation, il a été fait remarquer qu'une approche globale pourrait être nécessaire et qu'il faudrait réformer non seulement le régime de RDIE, mais aussi les règles fondamentales de protection des investissements. À ce sujet, il a été dit qu'une démarche progressive serait préférable pour avancer. On a estimé qu'une réforme mettant l'accent dans un premier temps sur le règlement des différends entre investisseurs et États aurait plus de chances d'aboutir. La question des normes fondamentales nécessiterait probablement un processus différent et plus compliqué et risquerait de susciter des controverses quant à la nature des normes qu'il conviendrait de réformer et à la manière de procéder.

<sup>10</sup> Voir aussi le rapport du CIDS, par. 8 à 14, disponible à l'adresse [http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionessions/unc/unc-49/CIDS\\_Research\\_Paper\\_-\\_Can\\_the\\_Mauritius\\_Convention\\_serve\\_as\\_a\\_model.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf).

<sup>11</sup> La Commission souhaitera peut-être noter que la CNUCED a développé une plate-forme en ligne qui donne des informations détaillées sur les traités d'investissement, ainsi que sur le RDIE. Ces informations peuvent être consultées aux adresses <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> et <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

<sup>12</sup> Voir aussi le rapport du CIDS, par. 22, disponible à l'adresse [http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionessions/unc/unc-49/CIDS\\_Research\\_Paper\\_-\\_Can\\_the\\_Mauritius\\_Convention\\_serve\\_as\\_a\\_model.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf).

<sup>13</sup> Ibid., par. 15 à 23.

15. Comme l'ont souligné les commentateurs, tout porte à croire qu'une réforme du régime existant, en particulier si elle consiste à instaurer un organe permanent de règlement des différends et/ou un mécanisme d'appel, permettrait de renforcer la cohérence par rapport au système existant de tribunaux ad hoc. Sur ce point, le rapport du CIDS souligne que, même dans ce cas, une uniformité absolue ne pourrait pas être obtenue, car les normes fondamentales relatives aux investissements seraient toujours issues 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 source de cohérence. Par ailleurs, même si des dispositions formulées différemment étaient appliquées, on pourrait s'attendre à ce que l'œuvre d'homogénéisation d'un organe permanent de règlement des différends et/ou d'un mécanisme d'appel soit plus importante, car elle résulterait naturellement des éléments de tradition, de continuité et de collégialité inhérents aux organismes permanents, par opposition aux organes ad hoc<sup>14</sup>.

*Questions à prendre en compte*

16. La Commission voudra peut-être noter les questions suivantes qu'il faudrait peut-être examiner plus avant en ce qui concerne les raisons justifiant une réforme du régime de RDIE actuel:

- i) Quel serait l'objectif d'une réforme (par exemple, répondre aux préoccupations concernant la légitimité, l'absence de cohérence dans la prise de décisions, l'absence de mécanisme d'examen, les méthodes de nomination d'arbitres, l'indépendance et l'impartialité des arbitres et/ou la longueur et le coût de la procédure); les éléments à conserver du régime actuel (par exemple, neutralité/distance des juges-arbitres par rapport à la politique et aux intérêts commerciaux; caractère exécutoire des décisions; et caractère gérable et fonctionnel du processus);
- ii) Question de savoir s'il faut entreprendre la réforme du régime actuel de règlement des différends entre investisseurs et États en parallèle avec la réforme des normes fondamentales relatives aux investissements, ou séparément;
- iii) Question de savoir si la réforme devrait viser à apporter des ajustements au régime actuel (voir par. 17 à 28 ci-après) et si ces ajustements seraient faisables et suffisants pour répondre aux préoccupations exprimées au sujet de la légitimité (voir par. 11 ci-avant);
- iv) Si l'instauration d'un organisme international permanent de règlement des différends était l'option retenue pour la réforme (voir par. 29 à 57 ci-après), question de l'articulation de ce nouvel organisme avec le régime actuel.

## **B. Options possibles pour la réforme**

### **1. Ajustements du régime actuel de règlement des différends entre investisseurs et États**

#### **a) Caractéristiques du régime actuel**

17. Pendant le processus de consultation, de nombreux intervenants ont fait remarquer qu'il existait actuellement un cadre juridique pour traiter les différends relatifs aux investissements, contrairement à la situation qui prévalait dans les années 1960, lors de la création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), et que ce cadre était encore en cours de développement. Il a par conséquent été dit que toute réforme du régime actuel de règlement des différends entre investisseurs et États devrait tenir compte dudit cadre. Le cadre de RDIE actuel est caractérisé par le recours à des tribunaux arbitraux établis pour régler un différend donné entre un investisseur et un État conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI, du CIRDI ou d'une autre institution arbitrale.

<sup>14</sup> Ibid., par. 73.

Dans ce cadre, les deux parties au différend, à savoir l'investisseur-demandeur et l'État défendeur, jouent un rôle important dans le choix du tribunal arbitral. Les sentences rendues par ce tribunal sont définitives et obligatoires, et peuvent être annulées conformément à la procédure prévue par la Convention du CIRDI pour les sentences rendues par le Centre, et conformément aux procédures d'annulation prévues au lieu de l'arbitrage pour les sentences non rendues par le Centre. Les premières peuvent être exécutées à travers un système autonome prévu dans la Convention du CIRDI, et les secondes au titre des instruments disponibles, principalement la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958, New York) ("Convention de New York"). La Convention du CIRDI et la Convention de New York ont toutes deux été largement ratifiées<sup>15</sup>.

18. Au vu des critiques visant le régime de règlement des différends actuel (voir par. 11 ci-avant), certains ajustements ont été apportés récemment. De nouvelles normes de transparence ont été adoptées respectivement par le CIRDI en 2006 et la CNUDCI en 2013<sup>16</sup>. La Convention de Maurice sur la transparence, qui est ouverte à la signature depuis mars 2015 et devrait entrer en vigueur en octobre 2017, vise à appliquer le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités ("Règlement sur la transparence") aux traités d'investissement conclus avant l'entrée en vigueur du Règlement, en avril 2014. Celui-ci a été incorporé dans la quasi-totalité des traités d'investissement conclus depuis son entrée en vigueur<sup>17</sup>. Les normes de transparence devraient faciliter la compréhension de l'interprétation des normes en matière d'investissement donnée par les tribunaux arbitraux et renforcer, à terme, la cohérence des décisions rendues par les tribunaux arbitraux.

19. Pour répondre aux critiques visant le régime de règlement des différends actuel, on pourrait également prévoir de créer un organisme d'appel autonome, et modifier les procédures de nomination et les exigences éthiques relatives aux arbitres.

## b) Ajustements possibles

### i) Questions relatives à la création d'un organisme d'appel autonome

20. Avec la possibilité de réforme qui consisterait à créer un organisme d'appel, le régime de RDIE actuel conserverait la plupart de ses caractéristiques fondamentales, tout en étant complété par ce mécanisme d'appel. Un tel mécanisme permanent, ou du moins semi-permanent, par opposition aux tribunaux d'arbitrage ad hoc, chercherait à assurer la cohérence entre les différents traités d'investissement. C'est la raison pour laquelle on mentionne souvent un tel organisme comme solution possible pour répondre à l'appel à une plus grande cohérence dans les décisions rendues par les tribunaux arbitraux et à la régularité juridique<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> 161 États sont parties à la Convention du CIRDI et 157 à la Convention de New York.

<sup>16</sup> 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). Le Règlement sur la transparence, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> 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.

<sup>17</sup> On trouvera aux adresses suivantes des informations sur l'état de la Convention de Maurice et du Règlement sur la transparence: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency\\_Convention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html) et [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency\\_Rules\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html).

<sup>18</sup> Voir le rapport du CIDS, par. 189 et 283. Par ailleurs, ce rapport note ce qui suit au paragraphe 188: "On peut s'attendre, même en l'absence d'un régime multilatéral de protection substantielle des investissements, à ce qu'un mécanisme d'appel multilatéral unique développe un ensemble de principes généraux faisant juridiquement autorité, qui transcenderait l'accord international d'investissement concerné. Il y a des chances que la 'vision' plus vaste du mécanisme d'appel sur certaines questions (la clause de la nation la plus favorisée s'applique-t-elle au règlement des différends? quelles sont les limites de la clause du traitement juste et équitable? une expropriation devient-elle illicite du seul fait de l'absence de paiement d'une compensation?, entre autres questions) influence en profondeur le régime [des traités d'investissement], au-delà des particularités

21. Même si la plupart des régimes d'arbitrage mettent en exergue le caractère définitif des sentences et interdisent par conséquent toute procédure d'appel, il existe des exemples de régimes d'arbitrage institutionnel qui prévoient que les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un appel<sup>19</sup>. Comme il ressort des réponses au questionnaire communiqué aux États et aux organisations d'intégration économique régionale par le Secrétariat, selon certaines lois nationales sur l'arbitrage, les parties peuvent convenir d'une procédure d'arbitrage à deux niveaux, et rien ne donne à penser que l'existence d'un appel rende la procédure différente d'un simple arbitrage<sup>20</sup>. Cette possibilité de réforme ne serait par conséquent pas entièrement étrangère au système d'arbitrage actuel.

22. Pendant le processus de consultation, il a été dit que certaines difficultés étaient associées à la création d'un organisme d'appel pour revoir les décisions rendues par des tribunaux ad hoc. Deux risques liés à l'existence d'un tel organisme ont en particulier été identifiés. Premièrement, si les appels sont possibles, ils risquent de devenir la norme, et les États et les investisseurs qui ont été déboutés feront probablement appel, ne serait-ce que pour des raisons de responsabilité interne. Deuxièmement, les appels risquent d'entraîner une duplication du processus arbitral en termes de durée, de coût et de complexité. Ceci pourrait porter préjudice aux États et aux investisseurs qui disposent de ressources limitées.

23. Une autre question à examiner est celle de la relation entre un organisme d'appel et la Convention du CIRDI, qui exclut tout appel ou autre recours, à l'exception de ceux qu'elle prévoit elle-même (art. 53).

24. La Commission voudra peut-être examiner les questions suivantes relatives à la création d'un organisme d'appel:

- i) Question de savoir s'il faudrait créer un organisme d'appel unique pour connaître de tous les appels formés contre une sentence, indépendamment du règlement appliqué, et mesure dans laquelle cela serait faisable; moyen de conférer compétence à cet organisme;
- ii) Composition de l'organisme d'appel: par exemple, modalités de nomination des juges-arbitres de cet organisme; procédures à utiliser pour éviter les conflits d'intérêt; quel devrait être le rôle des parties au litige, le cas échéant, dans le choix des juges-arbitres ou de la procédure;
- iii) Motifs d'appel: en particulier, question de savoir si ceux-ci devraient englober tant les erreurs (claires/graves/manifestes) de droit que les erreurs commises dans l'établissement/l'appréciation des faits, ou se limiter aux erreurs de droit; question de la portée de l'examen (faut-il faire preuve d'un certain degré de retenue ou procéder à un nouvel examen?); question de savoir si l'organisme d'appel devrait avoir le pouvoir de renvoyer l'affaire au tribunal arbitral et, dans l'affirmative, manière dont celui-ci devrait être délimité;
- iv) Question de savoir si les décisions rendues par l'organisme d'appel s'imposeraient aux parties au litige ou si un principe de droit énoncé dans les décisions de l'organisme d'appel constituerait un précédent;

---

de tel ou tel traité." Ce rapport peut être consulté à l'adresse [http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/unc/unc-49/CIDS\\_Research\\_Paper\\_-\\_Can\\_the\\_Mauritius\\_Convention\\_serve\\_as\\_a\\_model.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf).

<sup>19</sup> 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, art. 28; dans le secteur de la production, voir Grain and Feed Trade Association (GAFTA) (2014), Arbitration Rules No. 125, art. 10 à 15; s'agissant de questions liées au sport, "Il peut être fait appel au Tribunal arbitral du sport d'une sentence rendue par le TAS agissant en qualité de tribunal de première instance, si un tel double degré de juridiction est expressément prévu par les règles de la fédération ou organisme sportif concerné"; voir Code du Tribunal arbitral du sport, R47-2.

<sup>20</sup> Voir A/CN.9/918 et additifs.

- v) Relation entre l'organisme d'appel et les mécanismes d'annulation existants;
- vi) Questions spécifiques relatives à l'exécution en relation avec la création d'un organisme d'appel venant compléter le régime de RDIE existant; et
- vii) Question de savoir si le siège de l'organisme d'appel serait différent de celui de la procédure d'arbitrage de première instance; dans l'affirmative, les critères qui seraient utilisés pour déterminer le choix du siège.

ii) *Questions relatives aux autres méthodes de nomination des arbitres et au code de déontologie*

*Nomination des arbitres*

25. Il est ressorti des consultations que l'une des principales critiques visant le régime de RDIE existant concernait la nomination d'arbitres par les parties, l'absence de diversité dans cette nomination et l'absence de transparence dans le processus de nomination. Une autre modification qui pourrait être apportée au régime actuel consisterait à instaurer un nouveau mécanisme de nomination des arbitres, qui s'apparenterait davantage à un système judiciaire dans lequel les parties au litige ne choisissent pas les juges-arbitres<sup>21</sup>.

26. On pourrait envisager différentes possibilités pour mettre en place un nouveau système de procédure de nomination dans le cadre du régime de RDIE existant. On pourrait notamment examiner les points suivants: question de savoir si les parties pourraient convenir d'avoir recours à un groupe préétabli d'arbitres conformément à l'article 37 de la Convention du CIRDI et au Règlement de son Mécanisme supplémentaire, et si le processus de nomination pourrait être ajusté dans le cadre de l'article 6 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et de son système de désignation et de nomination.

27. Pendant les consultations, on a aussi posé la question de savoir si une procédure dans laquelle les parties n'auraient pas le droit de nommer des arbitres pourrait néanmoins être qualifiée d'arbitrage à des fins d'exécution aux termes des instruments existants. Sur ce point, le rapport du CIDS souligne que l'élément le plus important pour qualifier une procédure d'arbitrage est le fait que le recours à cette procédure se fonde sur un accord entre l'État et l'investisseur. Ce consentement vaut généralement aussi acceptation de la méthode de sélection des arbitres prévue dans l'instrument applicable<sup>22</sup>.

*Code de déontologie*

28. Certains traités d'investissement conclus récemment comportent un code de déontologie à l'intention des arbitres, qui vise à assurer le respect de normes éthiques et professionnelles élevées. On notera que ces codes définissent les procédures à suivre pour garantir que soit signalée toute situation susceptible de donner naissance à un conflit d'intérêts, qu'il soit réel ou supposé. Ils énoncent aussi des mesures concrètes pour déterminer si un conflit d'intérêts est susceptible de survenir ou est déjà survenu. La Commission souhaitera peut-être noter que l'élaboration d'un code

<sup>21</sup> Le processus de nomination d'arbitres dans le système actuel repose sur l'autonomie des parties. Pour ce qui est de la nomination d'arbitres dans certains cas d'arbitrage particuliers, la nomination par les parties est habituellement associée à un mécanisme de nomination par défaut. Selon certaines études, les parties nomment des arbitres dans 75 % des affaires tranchées conformément au Règlement du CIRDI, et le mécanisme par défaut prévoyant la nomination de l'arbitre par une institution est principalement utilisé pour la nomination de l'arbitre-président. Selon la Cour permanente d'arbitrage de La Haye ("CPA"), le système des listes est parfois utilisé pour la nomination d'arbitres lorsque le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI s'applique. Voir les présentations faites lors de la réunion conjointe CNUDCI-CIDS tenue les 2 et 3 mars 2017, disponibles à l'adresse <http://www.cids.ch/events-2/past-events/634-2/>.

<sup>22</sup> Voir le rapport du CIDS, par. 81 à 99, disponible à l'adresse [http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/unc/unc-49/CIDS\\_Research\\_Paper\\_-\\_Can\\_the\\_Mauritius\\_Convention\\_serve\\_as\\_a\\_model.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf).

de déontologie fait partie des sujets qui pourraient faire l'objet de travaux futurs (voir document A/CN.9/916).

## 2. Création d'une cour internationale des investissements

29. Une option de réforme plus radicale consisterait à créer une cour internationale des investissements, qui serait un organe permanent composé de membres titularisés (ou semi-titularisés) chargé de régler les différends liés aux investissements. Compte tenu de l'évolution passée et des développements récents<sup>23</sup>, cette option a également été examinée lors du processus de consultation. Il s'agirait d'instaurer un mécanisme véritablement multilatéral de règlement des différends, ce qui entraînerait la création d'une cour internationale des investissements (ou "tribunal international des investissements", ou "organe international de règlement des différends"). Une telle cour serait habituellement établie à travers un instrument juridique fondateur (ci-après le "statut"), auquel les États deviendraient parties.

30. Une telle cour internationale des investissements pourrait se fonder sur un système juridictionnel à deux niveaux doté d'un mécanisme d'appel, ou non. L'existence d'un mécanisme d'appel interne, dans ce cas, ne doit pas être confondue avec la création d'un organisme d'appel évoquée ci-dessus aux paragraphes 20 à 24, qui concerne la création d'un mécanisme d'appel des sentences rendues dans le régime de RDIE actuel. Avec la création d'une cour internationale des investissements, on s'écarterait du régime de RDIE actuel. En résumé, une telle cour introduirait des éléments clefs des juridictions nationales et internationales dans le règlement des différends liés aux investissements. Un processus multilatéral visant à créer une telle cour chercherait à assurer la cohérence des efforts de réforme et à remédier à la fragmentation du régime actuel.

31. Pendant le processus de consultation, les avis suivants ont été exprimés par certains en ce qui concerne la création d'une cour internationale des investissements:

- i) Une cour internationale des investissements devrait: a) connaître des différends relevant de traités d'investissement existants et futurs; b) être source de transparence; c) trouver le bon équilibre entre la protection des investisseurs et la préservation du droit des gouvernements d'émettre des réglementations; et d) prévoir un mécanisme efficace de règlement des différends. Dans ce contexte, on a jugé qu'un mécanisme d'appel interne était plus efficace compte tenu des considérations d'ordre public qui se posaient généralement dans ce genre de cas, même si cela risquait de prolonger la procédure;
- ii) Une cour internationale des investissements devrait peut-être prévoir:
  - a) des mécanismes permettant de rejeter rapidement les demandes infondées;

<sup>23</sup> 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'appel et, option plus extrême, du remplacement du système de règlement des différends entre investisseurs et États par un organe permanent de règlement des différends. 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). Voir aussi 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. Parmi les propositions les plus importantes figurent celles présentées par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) [voir Secrétariat du CIRDI (2004), *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, Document de travail, p. 5] et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), ainsi que les dispositions programmatiques d'un certain nombre de traités d'investissement [voir par exemple l'Accord de libre-échange Canada-Corée, 1<sup>er</sup> janvier 2015 (annexe 8-E)] et les mesures novatrices prises en faveur de la création d'organes d'investissement permanents dans des traités d'investissement récents [voir par exemple 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)]. Ces deux accords prévoient la création d'un mécanisme multilatéral permanent et y font référence.

b) la possibilité d'encourager les parties à résoudre leur différend par le biais de la médiation; et c) un mécanisme pour répondre aux éventuelles demandes reconventionnelles des défendeurs. Dans ce contexte, on a dit qu'une telle cour devrait permettre la jonction des procédures et une meilleure gestion de la relation entre les procédures à l'échelle nationale et les recours qui peuvent être obtenus à travers des procédures internationales, de manière à limiter les cas de procédures concurrentes<sup>24</sup>.

32. Pendant le processus de consultation, les principaux éléments d'une cour internationale des investissements ont été examinés. Ceux-ci comprennent notamment les questions liées aux juges-arbitres, aux mécanismes d'examen, à l'exécution et aux coûts de création et de fonctionnement d'une telle cour.

**a) Questions concernant les juges-arbitres**

33. Les consultations ont porté sur les questions relatives à la composition et à la structure d'une cour internationale des investissements, en vue d'examiner plus en détail les aspects liés à la nomination des juges-arbitres et aux exigences en matière d'éthique et de nationalité. Dans les paragraphes qui suivent, on établit une distinction entre la manière dont les juges-arbitres seraient élus en tant que membres d'une cour internationale des investissements et la manière dont ils seraient nommés ou affectés à un groupe pour trancher un litige donné.

34. Au cours des consultations, il a été souligné que la procédure de sélection des juges-arbitres devrait être transparente, rigoureuse et susceptible d'être clairement suivie par toutes les parties prenantes, afin d'en garantir la légitimité et de gagner la confiance du public. La procédure d'élection et de nomination devrait prendre en considération l'indépendance, l'impartialité et la nationalité des juges-arbitres, ainsi que la possibilité que des investisseurs y contribuent ou y participent (voir par. 36 ci-après). Il conviendrait par ailleurs de tenir compte également des compétences et de l'expérience des futurs juges-arbitres, ainsi que de l'équilibre géographique et de la répartition équilibrée entre les sexes. Il a été souligné pendant les consultations que, pour garantir leur intégrité, les juges-arbitres élus et nommés ne devraient pas, de manière générale, être autorisés à mener d'autres activités en matière de RDIE car cela pourrait soulever des questions de conflit d'intérêts.

35. Parmi les critères utiles en vue de déterminer le nombre global de juges-arbitres qui siègeraient à la cour internationale des investissements, on peut citer le nombre d'affaires prévu<sup>25</sup> et la nécessité d'assurer une représentation adéquate des différents systèmes juridiques et des États parties. Les coûts et les infrastructures sont également des aspects fondamentaux qui auront des répercussions concrètes sur la faisabilité d'une cour internationale des investissements (voir par. 51 à 57 ci-dessous)<sup>26</sup>.

36. On s'est demandé si seuls des États participeraient au processus électoral et s'il ne faudrait pas envisager de consulter également des organisations commerciales (c'est-à-dire des organisations représentant les intérêts des investisseurs), afin d'éviter que le choix porte uniquement ou presque sur des juges-arbitres "pro-État", en particulier si le système était entièrement financé par des États. Il a été souligné que les États avaient deux facettes puisque, d'une part, ils accueilleraient des investissements et, d'autre part, ils "produisaient" des investisseurs; grâce à ce double

<sup>24</sup> La Commission voudra peut-être noter que la question des procédures concurrentes dans l'arbitrage relatif aux investissements fait partie des sujets qui pourraient faire l'objet de travaux futurs (voir document A/CN.9/915).

<sup>25</sup> Le CIRDI a fourni les informations suivantes: le Centre recense actuellement environ 70 nouvelles affaires par an, 34 % des affaires sont abandonnées avant qu'une sentence ne soit rendue, et chaque affaire s'étend en moyenne sur trois ans.

<sup>26</sup> S'agissant de la durée du mandat d'un juge-arbitre, les divers éléments à prendre en considération sont examinés dans le rapport du CIDS (voir par. 170), disponible (en anglais) à l'adresse [http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/unc/unc-49/CIDS\\_Research\\_Paper\\_-\\_Can\\_the\\_Mauritius\\_Convention\\_serve\\_as\\_a\\_model.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf).

point de vue, ils seraient donc amenés à tenir compte des intérêts de toutes les parties lors de l'élection de juges-arbitres.

37. S'agissant de l'attribution des litiges aux juges-arbitres, deux modèles différents ont été examinés. Selon le premier, on dresserait une liste sur laquelle les parties au litige pourraient choisir des juges-arbitres pour constituer la cour ou le comité. Cette démarche permettrait de maintenir certains aspects de l'autonomie des parties. Selon l'autre modèle possible, les parties au litige n'auraient pas leur mot à dire dans la constitution du comité chargé de leur affaire.

38. La Commission sera saisie d'un rapport du CIDS fournissant des informations sur la question, notamment des exemples provenant d'organes internationaux existants en ce qui concerne le nombre de juges y siégeant<sup>27</sup>, les différentes procédures de sélection et de nomination<sup>28</sup>, le mandat des juges-arbitres (et les possibilités de réélection)<sup>29</sup>, le nombre de juges-arbitres formant les comités<sup>30</sup> et les méthodes de répartition des affaires.

39. La Commission souhaitera peut-être examiner les questions suivantes en ce qui concerne les juges-arbitres d'une cour internationale:

- i) La procédure d'élection des juges-arbitres d'une cour internationale des investissements (seraient-ils élus par les États ou selon un mécanisme différent, faisant éventuellement appel à la consultation ou à la participation des investisseurs?); le nombre de juges-arbitres d'une cour internationale des investissements, y compris dans les cas où une liste serait maintenue;
- ii) Le nombre de juges-arbitres par groupe ou division; les méthodes de nomination des arbitres à une division ou un groupe particulier (devrait-il y avoir une liste au sein de laquelle les parties au litige pourraient choisir?);
- iii) Devrait-il y avoir des restrictions en matière de nationalité?;
- iv) Quels mécanismes pourrait-on envisager pour prendre en compte l'augmentation du nombre des membres d'une cour internationale des investissements?

## **b) Questions concernant les mécanismes d'examen**

40. Les consultations ont également porté sur la question des mécanismes de contrôle des décisions que rendrait une cour internationale des investissements, en particulier s'agissant d'annulation et d'appel, et les diverses solutions possibles, notamment les décisions à titre préjudiciel, les décisions en formation plénière et les mécanismes de consultation. Il a été généralement estimé qu'un mécanisme d'examen devrait viser à établir un équilibre entre l'impératif d'efficacité du règlement des différends et la protection de la régularité du processus décisionnel.

41. Selon certaines vues exprimées durant les consultations, l'annulation est un mécanisme de contrôle généralement associé à l'arbitrage, mais si une cour

<sup>27</sup> Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme (47 juges), la Cour de justice de l'Union européenne (28 juges), le Tribunal international du droit de la mer (21 juges), la Cour internationale de Justice (15 juges), le Tribunal des différends irano-américains (9 arbitres), l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (7 membres).

<sup>28</sup> Par exemple, la nomination par les États contractants (Tribunal international du droit de la mer) ou par d'autres parties prenantes (Cour internationale de Justice).

<sup>29</sup> Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme (9 ans, non renouvelable), la Cour de justice de l'Union européenne (6 ans, renouvelable une fois), le Tribunal international du droit de la mer (9 ans, renouvelable), la Cour internationale de Justice (9 ans, renouvelable une fois), l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (4 ans, renouvelable une fois).

<sup>30</sup> Par exemple, les chambres de 15 à 17 juges de la Cour internationale de Justice; les chambres de 7 ou 17 juges de la Cour européenne des droits de l'homme; les chambres de 3, 5 ou 15 juges de la Cour de justice de l'Union européenne; les chambres de 3 ou la formation de 9 arbitres au complet au Tribunal des différends irano-américains; l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce, qui a 7 membres, siège en formation de 3, mais tous les membres procèdent à des échanges de vues sur les affaires et l'Organe bénéficie d'un appui institutionnel solide pour la préparation des décisions (voir également le paragraphe 175 du rapport du CIDS).

internationale des investissements permanente devait être créée, il pourrait être plus approprié de disposer d'un mécanisme de contrôle de type appel, qui permettrait peut-être également de répondre en partie aux critiques que suscite le régime actuel de RDIE.

42. S'agissant d'un mécanisme d'appel intégré, diverses questions exigeraient d'être examinées attentivement, notamment celles de savoir si la révision devrait se limiter à l'examen des questions de droit, ou également englober l'appréciation des faits, et les normes sur lesquelles elle devrait se fonder. Un dispositif d'appel pourrait avoir plusieurs objectifs, notamment assurer la régularité et la cohérence des décisions, et la légitimité du système. Il permettrait également de traiter systématiquement un certain nombre de problèmes récurrents découlant des traités.

43. Pendant les consultations, on a présenté différents moyens pour garantir la régularité et la cohérence des décisions, à savoir essentiellement: i) les décisions à titre préjudiciel, ii) les décisions en formation plénière, et iii) les mécanismes de consultation<sup>31</sup>. La procédure relative aux décisions à titre préjudiciel porte sur des incohérences *ex ante* plutôt qu'*ex post*, comme c'est le cas pour les appels. On a tout de même estimé que ce système serait utile pour assurer la cohérence, mais qu'il ne serait pas suffisant en matière de régularité des décisions. Il a été proposé de combiner le dispositif des décisions préliminaires avec d'autres mécanismes de révision, notamment l'appel ou l'annulation. Parmi les autres mécanismes, on peut citer le transfert d'une affaire donnée d'une division au tribunal siégeant en formation plénière en vue que celui-ci prenne une décision définitive. Plusieurs systèmes juridiques nationaux prévoient des mécanismes de ce type lorsque des questions de cohérence et de compatibilité juridiques sont en jeu<sup>32</sup>.

44. La Commission voudra peut-être noter que le rapport du CIDS 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 motifs de l'appel et les normes de révision, les effets des décisions prises en appel et le caractère contraignant des décisions). Il aborde également les solutions autres qu'un système d'appel intégré<sup>33</sup>.

45. Entre autres questions précises sur l'annulation et l'appel ainsi que sur d'autres systèmes de contrôle, on peut citer les suivantes:

- i) Quels sont les principaux objectifs et l'utilité des mécanismes de contrôle?
- ii) En ce qui concerne l'annulation, serait-elle menée de manière plus efficace par l'intermédiaire d'un système autonome intégré? Le cas échéant, quels sont les aspects procéduraux à envisager, notamment les motifs d'annulation?
- iii) En ce qui concerne l'appel intégré, quelles seraient les interactions entre un mécanisme d'appel et l'annulation (si elle était prévue)? Quand et dans quelles conditions serait-il possible de déposer une demande d'appel? Quels seraient les motifs d'appel (en particulier, devraient-ils englober à la fois des erreurs de droit (claires/graves/manifestes) et des erreurs de fait ou d'évaluation des faits, ou bien de se limiter aux erreurs de droit? Sur quelle norme s'appuyer pour le réexamen (à savoir devrait-il y avoir une quelconque mesure de retenue ou procéderait-on à un examen *de novo*? quelles décisions seraient susceptibles de recours)? L'organe d'appel devrait-il avoir le pouvoir de renvoyer les décisions vers le tribunal arbitral et, le cas échéant, comment fixer ce pouvoir?
- iv) S'agissant d'autres solutions, quels mécanismes pourrait-on envisager? Lesquels d'entre eux serviraient le mieux l'objectif? Quels liens ces mécanismes de substitution entretiendraient-ils avec l'annulation des sentences arbitrales?

<sup>31</sup> Voir également le rapport du CIDS, par. 125 à 137, disponible (en anglais) à l'adresse [http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/unc/unc-49/CIDS\\_Research\\_Paper\\_-\\_Can\\_the\\_Mauritius\\_Convention\\_serve\\_as\\_a\\_model.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf).

<sup>32</sup> Ibid., par. 132.

<sup>33</sup> Ibid., par. 105 à 137.

Comment pourraient-ils être appliqués au mieux dans le cadre du nouveau régime?

**c) Questions concernant l'exécution**

46. Pour garantir l'efficacité du système, il sera essentiel que les décisions rendues par la cour internationale des investissements soient exécutées. Deux situations différentes ont été examinées: l'exécution d'une décision de la cour internationale des investissements sur le territoire d'un État ayant consenti à son statut, et l'exécution dans des États qui n'y sont pas parties.

47. En ce qui concerne l'exécution des décisions de la cour internationale des investissements sur le territoire d'un État qui aurait consenti à son statut, il existe deux possibilités. La première possibilité serait de prévoir dans le statut un régime d'exécution spécial qui, par exemple, obligerait les États contractants à reconnaître force obligatoire aux décisions de la cour internationale des investissements et à exécuter les obligations en découlant comme s'il s'agissait d'arrêts définitifs de leurs tribunaux. Une deuxième option serait de disposer que les décisions de la cour internationale des investissements sont exécutoires conformément à la Convention de New York, option en vertu de laquelle les États maintiendraient dès lors un certain contrôle sur ces décisions grâce aux motifs de non-reconnaissance et de non-exécution prévus à l'article V de la Convention<sup>34</sup>.

48. Les États non parties au statut ne seraient liés par aucun régime d'application qui y serait prévu. Actuellement, il n'existe aucun régime uniforme pour l'exécution des jugements des tribunaux internationaux et la plupart des États ne disposent d'aucun fondement juridique ni mécanisme judiciaire pour l'exécution de tels jugements<sup>35</sup>. Par conséquent, la force exécutoire des décisions rendues par une cour internationale des investissements dépendrait largement du fait de savoir si celles-ci relèveraient du champ d'application de la Convention de New York<sup>36</sup>.

49. Le rapport du CIDS aborde en détail la question de l'exécution des décisions d'une cour internationale des investissements<sup>37</sup>. Il examine la question de savoir si l'organe permanent de règlement des litiges aurait les caractéristiques d'un "organe arbitral permanent" selon la Convention de New York, soit dans le "sens ordinaire" de l'article I-2 de la Convention, soit en vertu d'une "interprétation évolutive" de l'expression qui tiendrait compte de l'évolution de l'arbitrage et du droit international depuis 1958. S'agissant de savoir si la procédure menée devant une cour internationale des investissements serait qualifiée d'"arbitrage", le fondement consensuel de la compétence du juge-arbitre est apparu comme un critère essentiel, qui serait rempli en ce qui concerne le nouveau régime de règlement des différends (voir par. 27 ci-dessus). En outre, il semble avoir été établi que les sentences "délocalisées", en particulier celles qui sont rendues dans le cadre de la Convention CIRDI, peuvent être exécutées en vertu du régime de la Convention de New York lorsque la reconnaissance ou l'exécution sont demandées dans un État non contractant du CIRDI.

50. Les questions qui mériteraient un examen préliminaire à ce sujet sont les suivantes:

- i) Le statut d'une cour internationale des investissements devrait-il inclure un régime d'exécution spécifique?
- ii) Comment les décisions d'une cour internationale des investissements pourraient-elles être exécutées dans les États qui ne seraient pas parties à son statut; en particulier, quel rôle joueraient les tribunaux nationaux dans l'exécution des décisions de la cour internationale des investissements?
- iii) Si la cour internationale des investissements ne disposait pas d'un régime d'exécution spécifique, que faudrait-il pour que ses décisions puissent être

<sup>34</sup> Rapport du CIDS, par. 140.

<sup>35</sup> Voir A/CN.9/915 et additif, réponses à la question 6.

<sup>36</sup> Rapport du CIDS, par. 143.

<sup>37</sup> Rapport du CIDS, par. 138 à 164.

exécutoires au titre de la Convention de New York; un mécanisme d'appel intégré affecterait-il le caractère exécutoire des décisions d'une cour internationale des investissements en vertu de la Convention de New York?

**d) Questions concernant les coûts**

51. Pendant les consultations, on a mis en exergue un certain nombre de considérations qui sous-tendent le financement d'une cour internationale des investissements ou d'un organe d'appel indépendant et qui avaient été examinées dans le rapport du CIDS. Les caractéristiques de la cour et de l'organe d'appel interviendraient certes dans la détermination des ressources financières nécessaires, mais de fait, ce sont surtout les ressources financières disponibles qui détermineraient la conception et la structure des deux entités.

52. Au stade actuel, il n'est pas possible de fournir d'estimation chiffrée, en raison de la diversité des possibilités et des incertitudes qui demeurent quant au fonctionnement d'un nouveau système<sup>38</sup>. Parmi les nombreuses variables qui pourraient avoir une incidence sur la structure budgétaire du système, on peut citer l'objectif sous-jacent de la réforme, la portée et les fondements juridiques des litiges, les fonctions essentielles du système, le fait de savoir si celui-ci chercherait à remplacer les mécanismes existants ou à coexister avec eux, le nombre de différends qu'on s'attendrait à traiter, la langue de travail et les dispositions d'autres services de règlement des différends.

53. Au cours des consultations, deux options ont été présentées concernant la création d'une cour internationale des investissements. Une possibilité serait de concevoir le système en tant que complément du régime actuel de RDIE ou sous les auspices d'une institution existante. On pourrait ainsi faire des économies, dans la mesure où des ressources existantes pourraient servir à la mise en place et au lancement de la cour. Il suffirait alors que les responsables et intervenants du régime ou de l'institution en place approuvent le mandat supplémentaire, ce qui, en tout état de cause, ferait appel à des ressources financières supplémentaires.

54. Une autre possibilité serait d'établir la cour internationale des investissements indépendamment de tout mécanisme ou institution existant actuellement. Dans un tel cas, on pourrait concevoir que les États qui consentiraient au statut de la cour seraient généralement responsables de son financement (ce principe s'appliquerait également à un organe d'appel permanent). Entre autres questions à examiner, il faudrait se demander comment répartir au mieux le budget entre les États constituants, en tenant compte du fait que tous ne rejoindraient pas nécessairement la cour dès sa création et que le nombre de traités d'investissement conclus par les États ainsi que les actions intentées contre eux varient considérablement.

55. Une autre solution serait de facturer des frais aux utilisateurs, notamment les investisseurs-demandeurs, générant ainsi des recettes qui contribueraient au financement du système. Ces frais pourraient s'échelonner d'un minimum couvrant simplement les coûts administratifs à un montant qui représenterait une partie importante du budget du système. Il a été estimé que cette dernière approche pourrait servir à dissuader les investisseurs d'engager des actions infondées. Dans ce contexte, on a également mentionné que l'une des critiques contre le système actuel venait de ce que les membres des juridictions étaient sélectionnés et rémunérés par les parties; par

<sup>38</sup> Quelques chiffres relatifs au Tribunal international du droit de la mer (ITLOS) et à l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont été fournis, qui ont permis de comparer: i) le nombre de juges ou membres; ii) les budgets prévus pour la rémunération du juge ou des membres; iii) les budgets et la structure (y compris le nombre d'employés) du greffe et du secrétariat; iv) l'organe directeur (Réunion des États parties (Convention des Nations Unies sur le droit de la mer) ou Organe de règlement des différends) et l'entité lui fournissant des services de secrétariat; v) le site et les arrangements pertinents avec le pays hôte; vi) le nombre d'États membres contribuant au budget et les principaux États contributeurs. La comparaison avec le Tribunal international du droit de la mer et l'Organe d'appel de l'OMC n'est pas nécessairement entièrement pertinente, dans la mesure où ces institutions ne connaissent que des différends entre États. Des exposés sur le sujet sont disponibles sur Internet à l'adresse <http://www.cids.ch/events-2/past-events/634-2/> (en anglais).

conséquent, il faudrait organiser le financement du nouveau système (quelle que soit sa nature) de manière à garantir l'indépendance et l'impartialité des juges-arbitres. Au cours des consultations, on s'est également demandé si une cour internationale des investissements aborderait la question des frais juridiques des parties aux litiges, car ils représentent une partie importante des frais d'ensemble du régime actuel de RDIE. Certains traités d'investissement récents comprennent des dispositions à ce sujet<sup>39</sup>.

56. S'agissant de la structure budgétaire du système, trois éléments généraux ont été recensés lors des consultations. Le premier élément était la rémunération des juges-arbitres, qui dépendrait d'un certain nombre de variables comme leur nombre, leur statut professionnel (employés à plein temps, à temps partiel, à la demande) et leurs salaires, privilèges et immunités, y compris les avantages fiscaux et les pensions. Le deuxième élément était le financement du greffe ou du secrétariat. Là encore, le budget varierait en fonction du nombre d'employés, de leur statut professionnel et de la structure salariale, ainsi que des services à fournir. Le troisième élément concernait les installations et les équipements, c'est-à-dire les locaux et les coûts notamment d'entretien, de sécurité, d'information et de communication.

57. Dans ce contexte, on a mentionné la possibilité que le nouvel organisme dispose de bureaux régionaux pour en élargir l'accès. En outre, on a également fait état de la création d'un centre consultatif pour fournir un appui aux pays en développement dans le cadre de différends en matière d'investissements. Le budget d'un tel centre consultatif (qui aiderait grandement les pays en développement) pourrait ou non faire partie du budget global du système.

### C. Applicabilité des réformes

58. On a également examiné pendant les consultations la question de l'applicabilité des réformes aux différends qui surviendraient dans le cadre de traités d'investissement existants. Les possibilités de réforme envisagées dans cette section étaient d'une part la création d'un organe d'appel autonome (voir par. 20 à 24 ci-dessus) et, d'autre part, la formation d'une cour internationale des investissements (voir par. 29 à 57 ci-dessus).

59. On s'est demandé si on pourrait envisager la mise en place d'un mécanisme multilatéral, éventuellement inspiré de celui de la Convention de Maurice sur la transparence, pour étendre les nouvelles options de règlement des différends aux litiges survenant dans le cadre de traités d'investissement existants et, le cas échéant, on s'est interrogé quant aux aspects juridiques qu'il faudrait prendre en considération.

60. Il y a déjà eu, dans un certain nombre de domaines du droit international public, des modifications de traités bilatéraux au moyen d'un instrument multilatéral. Par exemple, l'étude de l'OCDE intitulée "L'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales" ("l'étude de l'OCDE")<sup>40</sup> note que "de fait, dans un certain nombre de cas, les États ont adopté des conventions multilatérales dans le but d'introduire des règles et des normes internationales communes et, ce faisant, d'harmoniser le réseau des conventions bilatérales, dans le domaine de l'extradition par exemple"<sup>41</sup>.

61. Le document A/CN.9/890 et le rapport du CIDS donnent un aperçu des questions à prendre en considération si une approche similaire à celle de la Convention de Maurice devait être adoptée pour la mise en œuvre des réformes. En bref, grâce à cette

<sup>39</sup> Ainsi, l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (CETA) et l'accord de libre-échange entre le Viet Nam et l'Union européenne prévoient qu'il appartient à la partie perdante de payer les frais; en revanche, dans le cas des juridictions internationales permanentes pour les différends interétatiques, le principe général est que chaque partie paie ses propres frais.

<sup>40</sup> OCDE (2015), *L'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales*, Action 15 – Rapport final 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE.

<sup>41</sup> Ibid., p. 31, par. 14.

approche, les États n'auraient pas à assumer le fardeau des procédures de modification potentiellement longues et complexes énoncées dans leurs nombreux traités d'investissement existants. En effet, pour les États qui souhaiteraient les adopter, un mécanisme de mise en œuvre des réformes inspiré de la Convention de Maurice rendrait les nouvelles modalités directement applicables aux traités d'investissement existants.

62. En outre, dans le cas d'un mécanisme multilatéral conçu sur le modèle de la Convention de Maurice, on pourrait engager un projet de réforme 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.

63. Une réforme procédurale pourrait conduire à la modification des dispositions afférentes des traités d'investissement existants, en particulier s'il s'agissait de remplacer les mécanismes actuels de RDIE par un nouveau système. Dans ce cas, il faudrait prêter une attention particulière aux dispositions des traités d'investissement relatives aux modifications<sup>42</sup>.

64. Selon le modèle de la Convention de Maurice, si un tel projet devait voir le jour, la première étape serait de déterminer les caractéristiques des réformes à mettre en œuvre. Cette étape prendrait en compte 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 de déterminer le mécanisme qui permettrait d'étendre les réformes aux traités d'investissement existants.

65. En outre, si des réformes étaient mises en œuvre, on pourrait prévoir des mécanismes permettant une certaine souplesse quant aux engagements des États. À cet égard, on notera que la Convention de Maurice autorise à formuler un nombre limité de réserves et qu'une démarche similaire pourrait être adoptée en ce qui concerne le projet de réforme.

66. Dans les limites convenues, les États pourraient adapter le niveau de leur participation aux réformes en formulant les réserves ou les déclarations d'option positive ou négative voulues. Ces possibilités répondraient aux préoccupations ou aux objectifs spécifiques des États.

### III. Observations finales

67. La Commission voudra peut-être se demander si des travaux devraient être entrepris sur la question des réformes des mécanismes de RDIE. Dans son examen de la question, elle souhaitera peut-être noter que diverses initiatives sont actuellement en cours dans ce domaine. Le CIRDI a lancé des consultations sur une éventuelle réforme de ses règles<sup>43</sup>. Ayant mis en place un nouveau système judiciaire dans le cadre d'un accord économique et commercial global récemment conclu, le Canada et l'Union européenne ont tenu des consultations sur une éventuelle réforme des mécanismes de RDIE<sup>44</sup>. Outre le CIRDI, les organisations actives dans ce domaine qui ont participé aux consultations menées par la CNUDCI incluent la CPA, la CNUCED et l'OCDE. Divers forums spécialisés en matière de politiques d'investissement (notamment la CNUCED, l'OCDE et la Banque mondiale) ont reconnu la nécessité de réformer les mécanismes actuels. Comme le soulignent certaines études, le règlement international des litiges liés aux investissements joue un rôle important pour ce qui est d'attirer les investisseurs et de renforcer la confiance dans l'environnement afférent. Il est donc essentiel de veiller à ce que les différends soient réglés de manière efficace et que les personnes impliquées ou affectées par ces litiges fassent confiance au système.

<sup>42</sup> Voir A/CN.9/918 et additif, question 5.

<sup>43</sup> Voir les informations disponibles sur le site Web du CIRDI, à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/en/>.

<sup>44</sup> Voir le questionnaire de l'Union européenne sur les options pour une réforme multilatérale des mécanismes de RDIE (en anglais), à l'adresse [http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul\\_id=233](http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=233).

68. On a souligné pendant les consultations que les efforts visant à réformer les mécanismes actuels de RDIE devraient être transparents, reposer sur un socle multilatéral pour éviter la fragmentation et donner aux acteurs non étatiques l'occasion de faire connaître leur point de vue. De manière générale, on a estimé que le processus de réforme devrait découler d'efforts inclusifs et collectifs, pour que des États ayant des traditions juridiques et des niveaux de développement économique différents puissent tous apporter leur contribution. On a également souligné que, quel que soit le processus de réforme, l'efficacité de la communication était un élément fondamental.

69. Ont été fournis pendant les consultations des exemples de juridictions internationales mises en place sous les auspices des Nations Unies, notamment la Cour pénale internationale (CPI)<sup>45</sup> et le Tribunal international du droit de la mer<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Dans ce contexte, il peut être intéressant de rappeler le processus qui a conduit à la création de la Cour pénale internationale. En 1994, la Commission du droit international (CDI) a adopté un projet de statut pour une cour criminelle internationale et a recommandé qu'une conférence internationale de plénipotentiaires soit convoquée pour examiner ce projet et conclure une convention portant création d'une telle cour. La même année, l'Assemblée générale a créé un Comité ad hoc ouvert à tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies ou membres d'institutions spécialisées, chargé d'examiner les principales questions de fond et d'ordre administratif que soulevait le projet de statut établi par la CDI et, à la lumière de cet examen, d'envisager les dispositions à prendre en vue de la convocation d'une conférence internationale de plénipotentiaires (résolution 49/53). En 1995, le Comité ad hoc a recommandé de poursuivre les travaux, notamment en révisant le texte du projet de statut établi par la CDI. L'Assemblée générale a créé la Commission préparatoire, ouverte à tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies ou membres d'institutions spécialisées ou de l'Agence internationale de l'énergie atomique, pour examiner plus avant des principales questions de fond et d'ordre administratif que soulevait le projet de statut préparé par la CDI (résolution 50/46). Le Comité préparatoire a travaillé jusqu'en 1998. La Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale s'est tenue en 1998. Le Secrétariat a établi le texte du projet de règlement intérieur de la Conférence et créé des fonds d'affectation spéciale pour la participation des pays les moins avancés et des pays en développement aux travaux du Comité préparatoire et à la Conférence.

<sup>46</sup> La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui comprend le Statut du Tribunal international du droit de la mer à l'annexe VI, a été négociée de 1973 à 1982, ouverte à la signature en 1982 et est entrée en vigueur en 1994 (après 60 ratifications). Les juges ont été élus en août 1996 et la première affaire a été soumise au Tribunal en novembre 1997.