



Assemblée générale

Distr. limitée
24 janvier 2019
Français

Original : anglais, espagnol et français

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement
des différends entre investisseurs et États)
Trente-septième session
New York, 1^{er}-5 avril 2019**

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

Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres

La présente note contient une communication reçue de l'Union européenne et ses États membres le 18 janvier 2019 en vue de la trente-septième session du Groupe de travail III. On trouvera en annexe le texte de cette communication tel qu'il a été reçu par le Secrétariat. Celle-ci contenait en annexe le document [A/CN.9/WG.III/WP.145](#), à savoir une communication de l'Union européenne en date du 20 novembre 2017, présentée dans le cadre de la préparation de la trente-cinquième session du Groupe de travail III. Ce document est également mis à la disposition du Groupe de travail pour examen à la présente session.



Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres au Groupe de travail III de la CNUDCI

18 janvier 2019

Mettre en place un mécanisme permanent de règlement des différends internationaux en matière d'investissements

1. Introduction

1. La présente communication expose le point de vue de l'Union européenne (UE) et de ses États membres quant à la mise en place éventuelle d'un mécanisme permanent de règlement des différends internationaux en matière d'investissements. Cette communication présente un intérêt pour les travaux préliminaires du Groupe de travail dans le cadre de la troisième phase de son travail. Elle esquisse les contours d'une option de réforme, dont la mise en œuvre est proposée au Groupe de travail.

2. Il convient de préciser que la présente communication vise à contribuer à une réflexion multilatérale portant sur les meilleures méthodes pour réformer le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Elle présente des idées préliminaires, destinées à être discutées au sein du Groupe de travail et susceptibles de répondre aux préoccupations dont le Groupe de travail a identifié qu'elles nécessitent une réforme. Il s'agit de l'aboutissement d'une vaste réflexion menée ces dernières années par l'UE et par ses États membres concernant une éventuelle réforme multilatérale, dont ces derniers se réjouissent de discuter davantage, à l'échelle multilatérale, au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

3. La présente communication rappelle tout d'abord les préoccupations déjà recensées par le Groupe de travail, à la lumière desquelles une réforme est considérée comme souhaitable (partie 2), puis décrit la forme que pourrait prendre un mécanisme permanent de règlement des différends (partie 3) et, enfin, explique de quelle façon un mécanisme de ce type, porteur d'un changement structurel systémique, est le seul type de réforme capable de répondre efficacement à toutes les préoccupations recensées (partie 4).

2. Préoccupations à la lumière desquelles une réforme est souhaitable

2.1 Introduction

4. L'UE et ses États membres rappellent le point de vue exprimé par le G77 et la Chine, selon lequel

« les flux de capitaux internationaux privés, en particulier l'investissement direct étranger, ainsi qu'un système financier international fiable, complètent de façon essentielle les efforts nationaux de développement, et l'investissement direct étranger peut contribuer à la création d'emplois très qualifiés et mieux payés, à la promotion du transfert de connaissances, ainsi qu'à l'augmentation de la productivité et de la valeur ajoutée des exportations. »¹

5. L'UE et ses États membres soutiennent cette position, considérant que l'investissement direct étranger est un élément essentiel pour encourager le développement durable et atteindre les Objectifs de développement durable, et qu'il est donc important que le règlement des différends en matière d'investissements

¹ Déclaration du Groupe des 77 et de la Chine présentée par l'Équateur pendant la 36^e session du Groupe de travail III de la CNUDCI (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), du 29 octobre au 2 novembre 2018.

repose sur des fondements stables à moyen ou à long terme compte tenu des préoccupations exprimées au sein du Groupe de travail.

2.2. Préoccupations à la lumière desquelles une décision sur le caractère souhaitable d'une réforme a été prise

6. La présente communication est fondée sur les préoccupations recensées par le Groupe de travail à la lumière desquelles une réforme est considérée comme souhaitable, qui peuvent être résumées de la façon suivante.

i) Préoccupations liées au manque d'uniformité, de cohérence, de prévisibilité et de rectitude des décisions arbitrales rendues par les tribunaux tranchant des affaires de RDIE :

- préoccupations relatives à des disparités injustifiables dans la manière dont des tribunaux de RDIE interprétaient des dispositions des traités d'investissement et d'autres principes pertinents du droit international² ;
- préoccupations exprimées au sujet de l'absence de cadre pour traiter les procédures multiples engagées au titre de traités d'investissement, de lois, d'instruments et d'accords qui prévoyaient un accès aux mécanismes de RDIE³ ; et
- préoccupations liées au fait que de nombreux traités existants ne prévoyaient que des mécanismes limités, voire aucun mécanisme, pour remédier au manque d'uniformité et de rectitude des décisions⁴.

ii) Préoccupations relatives aux arbitres et aux décideurs juridiques :

- préoccupations liées au manque réel ou apparent d'indépendance et d'impartialité des décideurs juridiques dans le RDIE⁵ ;
- préoccupations relatives à l'adéquation, à l'efficacité et à la transparence des mécanismes de divulgation et de récusation prévus par de nombreux traités et règlements d'arbitrage existants⁶ ;
- préoccupations exprimées au sujet du manque de la diversité voulue parmi les décideurs juridiques dans le RDIE⁷ ; et
- préoccupations exprimées au sujet des mécanismes de constitution des tribunaux de RDIE qui étaient prévus dans les traités et règlements d'arbitrage existants⁸.

iii) Préoccupations relatives au coût et à la durée des procédures de RDIE :

- préoccupations relatives au coût et à la durée des procédures de RDIE⁹ ;
- préoccupations relatives à la répartition des coûts par les tribunaux arbitraux dans les instances de RDIE¹⁰ ; et
- préoccupations relatives aux garanties pour le paiement des frais¹¹.

² A/CN.9/964 – Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-sixième session (exemplaire préliminaire), 6 novembre 2018, par. 40, <https://undocs.org/fr/A/CN.9/964>.

³ Ibid., par. 53.

⁴ Ibid., par. 63.

⁵ Ibid., par. 83.

⁶ Ibid., par. 90.

⁷ Ibid., par. 98.

⁸ Ibid., par. 108.

⁹ Ibid., par. 123.

¹⁰ Ibid., par. 127.

¹¹ Ibid., par. 133.

2.3. Autres préoccupations

7. Il est précisé que le Groupe de travail n'a pas totalement fini d'étudier les préoccupations à la lumière desquelles une réforme est souhaitable. L'UE et ses États membres n'écartent pas la possibilité d'intégrer à l'option exposée ci-dessous des solutions aux problèmes liés au financement par des tiers si le Groupe de travail décide qu'une réforme est souhaitable¹².

8. Il est également indiqué que plusieurs délégations ont mentionné la nécessité d'étudier des moyens de régler les différends à l'amiable. Des éléments en lien avec ce sujet ont été inclus dans la présente communication et l'UE et ses États membres demeurent prêts à étudier davantage d'idées dans ce domaine.

9. Dans la mesure où d'autres préoccupations sont recensées et où une réforme est considérée comme souhaitable, l'UE et ses États membres sont prêts à réfléchir à la façon dont ces préoccupations pourraient être intégrées dans les options présentées dans la présente communication.

2.4. Caractère systémique des préoccupations

10. L'UE et ses États membres ont toujours estimé que ces différentes préoccupations étaient interconnectées et systémiques. S'intéresser en particulier à l'une d'entre elles reviendrait à en négliger d'autres : par exemple, les préoccupations liées au coût et à la durée sont voisines de celles causées par le manque de prévisibilité. Une interprétation du droit instable entraîne une augmentation des coûts, car différents tribunaux *ad hoc* sont toujours susceptibles d'aboutir à des interprétations divergentes et, par conséquent, des parties au différend diligentes avanceront tous les arguments plausibles, dont certains ne seraient pas reçus si l'interprétation de la norme pertinente était stable. Ainsi, la préoccupation ayant trait aux coûts du système est liée à celle ayant trait au manque de prévisibilité, qui, de son côté, est liée aux préoccupations causées par les méthodes de nomination des arbitres, elles-mêmes liées aux préoccupations concernant l'indépendance et l'impartialité des arbitres. Ces préoccupations ont été exposées dans la communication déjà présentée par l'UE au Groupe de travail III, dans laquelle il est affirmé qu'elles sont systémiques par nature¹³. Cette communication est annexée à la présente communication pour faciliter la compréhension.

3. Réponse systémique aux préoccupations recensées – mécanisme permanent de règlement des différends

11. Cette partie expose les idées concernant la mise en place éventuelle d'un mécanisme permanent de règlement des différends en matière d'investissements.

3.1. Mécanismes de prévention des conflits

12. Il est souhaitable que les différends soient réglés à l'amiable, et des mécanismes doivent être fournis pour encourager ce type de règlement. Ils peuvent comprendre, par exemple, la conciliation et la médiation. La fourniture d'un soutien institutionnel, par exemple en établissant une liste de conciliateurs et de médiateurs et, surtout, en soutenant les efforts destinés à parvenir à des règlements à l'amiable, pourrait apporter une valeur ajoutée particulière.

3.2. Première instance

13. Un mécanisme permanent doit posséder un double degré de juridiction. Un tribunal de première instance est chargé de connaître des différends. Comme le font

¹² Ibid. par. 134.

¹³ Voir [A/CN.9/WG.III/WP.145](https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.145) – Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Communication présentée par l'Union européenne (<https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.145>) reproduite en annexe pour faciliter la compréhension.

actuellement les tribunaux d'arbitrage, il établit les faits, puis applique à ces derniers le droit en vigueur. Il traite également les cas qui lui sont renvoyés par le tribunal d'appel lorsque celui-ci ne peut résoudre l'affaire. Il possède son propre règlement intérieur.

3.3. Tribunal d'appel

14. Un tribunal d'appel traite les appels concernant les cas traités par le tribunal de première instance. L'appel doit se fonder sur une erreur de droit (y compris sur des vices de procédure graves) ou sur des erreurs manifestes d'appréciation des faits. Il ne doit pas entreprendre un examen *de novo* des faits.

15. Il convient de mettre en place des mécanismes pour empêcher l'interjection d'appels abusifs, comme par exemple la garantie pour le paiement des frais.

3.4. Juges à plein temps

16. Les juges doivent être employés à plein temps. Ils ne doivent pas avoir d'autres activités professionnelles¹⁴. Leur nombre doit être basé sur la charge de travail estimée de l'organe permanent.

17. Les salaires doivent être comparables aux salaires des juges travaillant dans d'autres tribunaux internationaux.

3.5. Exigences éthiques

18. Les juges doivent être soumis à des exigences éthiques strictes. Garantir des normes rigoureuses en matière d'éthique passe en partie par le fait que les juges sont employés à plein temps et n'ont pas le droit de mener d'autres activités, rémunérées ou politiques en particulier. Il est demandé aux juges de veiller à ce qu'il n'existe aucun risque de conflit d'intérêts pour des cas spécifiques. À cet effet, ces derniers doivent communiquer les intérêts, les relations ou les éléments de leur passé qui pourraient nuire à leur indépendance ou à leur impartialité et, à la fin de leur mandat, ils doivent rester soumis à une obligation de garantir que leur indépendance et leur impartialité dans l'exercice de leurs fonctions ne seront pas remises en question.

19. L'indépendance vis-à-vis des gouvernements doit être assurée par la mise en place d'un mandat à long terme non renouvelable (de nombreux tribunaux internationaux prévoient des mandats de neuf ans, par exemple), associée à un processus de nomination robuste et transparent.

3.6. Qualifications

20. Il est suggéré de prendre en compte des exigences de qualification comparables à celles des autres tribunaux internationaux. Cela implique que les juges possèdent les aptitudes requises dans leur pays respectifs pour la nomination aux plus hauts postes dans le domaine judiciaire ou sont des juristes dont la connaissance du droit international est reconnue (voir par exemple l'article 2 du Statut de la Cour internationale de Justice). Il convient de donner des critères spécifiques en ce qui concerne l'expertise exigée dans certains domaines du droit, et il est souhaitable que les personnes choisies aient une expérience du domaine judiciaire et des compétences de gestion des affaires juridiques.

¹⁴ Il est noté que la plupart des tribunaux nationaux et internationaux autorisent les juges employés à plein temps à enseigner : cela pourrait être permis.

3.7. Diversité

21. Il convient d'utiliser des mécanismes pour garantir la diversité, tant en matière d'origine géographique que de sexe. L'alinéa 8 de l'article 36 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale donne des exemples de règles qu'il est possible de fixer pour les juges d'un organe permanent¹⁵.

3.8. Processus de nomination

22. Il est essentiel de garantir la neutralité des juges. Un processus de nomination robuste et transparent est nécessaire pour garantir l'indépendance et l'impartialité des juges. Toutes les idées visant à assurer la neutralité doivent être étudiées, mais il est aussi possible de s'inspirer, entre autres, de tribunaux internationaux ou régionaux récemment créés, qui possèdent des mécanismes de sélection visant à garantir que les juges nommés respectent pleinement les normes nécessaires en matière d'indépendance judiciaire¹⁶. Les personnes nommées dans ces mécanismes doivent être indépendantes. Cela peut passer, par exemple, par des nominations d'office (comme le président de la Cour internationale de Justice ou d'autres juges expérimentés ou retraités depuis peu de cours suprêmes internationales ou nationales). Les candidats souhaitant intégrer le mécanisme permanent peuvent être proposés par les parties contractantes ou postuler directement. Il convient de réfléchir à la possibilité d'autoriser la nomination de personnes n'étant pas ressortissantes des parties contractantes. La nomination de ces personnes ferait l'objet d'un vote qui nécessiterait la grande majorité des votes des parties contractantes.

23. Au moment de nommer les juges du mécanisme permanent, les parties contractantes sont censées choisir des juges objectifs plutôt que des juges perçus comme trop favorables aux investisseurs ou aux États, car elles ne doivent pas uniquement assimiler leurs intérêts défensifs, en tant qu'éventuels défendeurs dans des différends en matière d'investissement, mais également leurs intérêts offensifs, à savoir la nécessité de garantir à leurs investisseurs un niveau de protection adéquat. Ils adopteront donc une perspective à plus long terme¹⁷.

24. Pour chaque cas, les juges doivent être nommés dans les divisions du mécanisme permanent de façon aléatoire afin de garantir que les parties au différend ne peuvent pas savoir à l'avance qui va juger leur affaire¹⁸.

¹⁵ L'Assemblée des États Parties, qui élit les juges de la Cour pénale internationale (CPI), « tient compte de la nécessité d'assurer, dans la composition de la Cour : i) la représentation des principaux systèmes juridiques du monde ; ii) une représentation géographique équitable ; et iii) une représentation équitable des hommes et des femmes » (Art. 36(8)(a)). Pour l'élection des juges de la CPI, des critères liés à l'origine et au sexe ont été mis en place. Selon ces exigences, au moins six juges doivent être des femmes et six des hommes. À l'heure actuelle, six des dix-huit juges de la CPI sont des femmes. Par ailleurs, chaque groupe régional des Nations Unies dispose d'au moins deux juges. Si un groupe régional se compose de plus de seize États Parties, il doit disposer d'au moins trois juges, conformément à la Résolution ICC-ASP/3/Res.6 de l'Assemblée des États Parties intitulée *Modalités de présentation des candidatures et d'élection des juges de la Cour pénale internationale*, alinéas (b) et (c) du paragraphe 20, disponible à l'adresse : https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ICC-ASP-3-Res.6-CONSOLIDATED-FRA.pdf.

¹⁶ On peut citer comme exemples la Cour pénale internationale, la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour caribéenne de justice et la Cour de justice de l'Union européenne.

¹⁷ Voir Anthea Roberts, *Would a Multilateral Investment Court be Biased? Shifting To a Treaty Party Framework of Analysis*, EJIL: Talk!, 27 avril 2017, <https://www.ejiltalk.org/would-a-multilateral-investment-court-be-biased-shifting-to-a-treaty-party-framework-of-analysis/> et Anthea Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States*, *American Journal of International Law*, 2010, 104 (4), pp. 179, 180, 182-195.

¹⁸ Cette idée s'inspire de la Règle 6(2) des Procédures de travail pour l'examen en appel de l'Organe d'appel de l'OMC, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_e.htm.

3.9. Règlement des différends entre États

25. La plupart des traités d'investissement prévoient le règlement des différends entre investisseurs et États ainsi qu'entre États. Certains traités d'investissement, comme d'autres traités, prévoient uniquement le règlement des différends entre États. Il doit également être possible d'avoir recours au mécanisme permanent pour le règlement des différends entre États.

3.10. Mécanismes de dialogue pour les parties à un traité

26. Nombre de traités modernes permettent à leurs parties d'adopter des interprétations contraignantes des obligations sous-jacentes. Cela est notamment prévu au paragraphe 2 de l'article IX de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce. Il est également courant que des traités ou des chapitres spécifiques relatifs à la protection de l'investissement prévoient la possibilité de ce genre d'interprétations contraignantes. Cette possibilité existe pour fournir des orientations aux tribunaux de règlement des différends. Il est nécessaire de garantir qu'elle est maintenue, et même étendue pour couvrir des traités qui ne la prévoient pas expressément. Dans le cadre d'un mécanisme multilatéral permanent couvrant plusieurs accords bilatéraux, il est nécessaire de garantir que les parties à un accord bilatéral gardent le contrôle sur l'interprétation de leur accord en étant en mesure d'adopter des interprétations contraignantes.

27. La partie au traité en question qui n'est pas impliquée dans le différend doit également pouvoir y participer. En outre, il convient de se demander si, et dans quelles conditions, les autres États parties à l'instrument portant création du mécanisme permanent peuvent intervenir dans des différends portant sur des questions d'interprétation ayant une importance systémique en vertu de traités auxquels ces États ne sont pas parties, tout en veillant à ce que cela ne porte pas atteinte à la capacité des parties à un accord de garder le contrôle de son interprétation.

3.11. Transparence et tierces parties

28. Il convient d'assurer un haut niveau de transparence des procédures. Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités est un bon exemple de norme minimale qui pourrait être appliquée.

29. Il convient également de prévoir que des tiers, par exemple des représentants des communautés touchées par le différend, soient autorisés à prendre part aux différends en matière d'investissements.

3.12. Exécution des décisions

30. Une exécution efficace des décisions du mécanisme permanent est fondamentale. Puisque le mécanisme est censé comporter un dispositif d'appel, il n'est pas nécessaire d'examiner ces décisions au niveau national ou au moyen de mécanismes internationaux *ad hoc* (ainsi, la fonction d'annulation exercée actuellement par les tribunaux nationaux et les comités d'annulation du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) serait assurée par l'examen plus général effectué par le dispositif d'appel). Ces décisions ne seront donc pas examinées au niveau national.

31. Il est proposé que l'instrument portant création du mécanisme permanent crée également son propre régime d'exécution, qui ne prévoirait pas d'examen au niveau national.

32. Les décisions du futur mécanisme permanent pourront également être exécutées en vertu de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Les sentences rendues par des « organes d'arbitrage permanents » (voir l'Article premier, paragraphe 2, de la Convention) peuvent être exécutées. Il n'y a pas lieu de penser que les décisions du mécanisme permanent ne pourront pas être considérées comme étant des sentences d'un « organe d'arbitrage

permanent », par là même exécutoires, à condition bien sûr que les parties au différend aient donné leur accord, ce qui sera le cas par définition¹⁹. Il pourra être nécessaire ultérieurement d'introduire des mécanismes visant à empêcher les parties au différend d'avoir recours à des procédures d'annulation²⁰.

3.13. Financement

33. Les contributions au financement du mécanisme permanent émaneront, en principe, des parties contractantes. Leur montant dépendra du niveau de développement respectif des parties, afin que les pays en développement et les pays les moins avancés assument une charge moins lourde que les pays développés. Le mécanisme de pondération adopté pourra être inspiré des pondérations appliquées par les autres organisations internationales ou être basé sur ces pondérations. Il faudra également envisager de demander aux utilisateurs du mécanisme permanent de s'acquitter de certains droits, tout en veillant à ce que ces droits ne soient pas directement liés à la rémunération des juges et à ce que leur montant ne dissuade pas les petites et moyennes entreprises d'engager une procédure.

34. Les contributions pourront être gérées dans le cadre d'un fonds d'affectation spéciale, comme c'est le cas pour la Cour de justice des Caraïbes, ce qui permettra d'assurer le fonctionnement effectif du mécanisme permanent à moyen ou à long terme.

¹⁹ Voir également Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, *La Convention de Maurice peut-elle servir de modèle pour la réforme de l'arbitrage investisseur-État, s'agissant de la mise en place d'un tribunal permanent de l'investissement ou d'un mécanisme d'appel ? Analyse et feuille de route*, Geneva Center for International Dispute Settlement (CIDS), 2016 : « 154. Selon les auteurs, il serait justifié de qualifier le Tribunal international pour les investissements [comportant un dispositif d'appel] d'"organe d'arbitrage permanent" en vertu de la Convention, tant dans le sens ordinaire défini au paragraphe 2 de l'Article I que selon une interprétation évolutive de cette expression, qui prendrait en compte les évolutions du droit international et de l'arbitrage depuis 1958. Cette question ne semble toutefois pas être d'une importance vitale. Ce qui est important, comme le montrent clairement les travaux, c'est le consensus sur lequel repose la compétence des juges, qui serait clairement atteint dans le cas du Tribunal international pour les investissements (voir V. B ci-dessus). 155. Cela étant, et même si ce n'est pas strictement nécessaire, la CNUDCI pourra, après l'adoption du Statut du Tribunal international pour les investissements, envisager de publier une "recommandation" analogue à celle formulée au sujet de l'interprétation de l'Article II (2) et de l'Article VII (1) de la Convention de New York. Cette recommandation aurait pour objectif de préciser que le Tribunal international pour les investissements s'inscrit dans le cadre de la Convention de New York, en tant qu'"organe d'arbitrage permanent" visé à l'Article I (2) ou sous une autre forme. Elle simplifierait certainement la tâche des tribunaux nationaux confrontés à l'exécution des sentences du Tribunal international pour les investissements et améliorerait probablement la cohérence de l'interprétation par les tribunaux » (traduction en français), pp. 56-57, http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf. Les décisions du Tribunal des différends irano-américain sont considérées comme exécutoires en vertu de la Convention de New York. Voir aussi Kaufmann-Kohler et Potestà (CIDS 2016), p. 56, fn. 294.

²⁰ Pour un exemple de mécanisme de ce type, voir l'*Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Singapour, d'autre part*, qui dispose dans son Article 3.22 que « les décisions définitives rendues par le tribunal au titre de la présente section lient les parties au différend et ne peuvent faire l'objet d'un appel, d'un réexamen, d'une annulation ou de toute autre voie de recours » et exige dans son Article 3.7.(1)(f)(iii) une déclaration du requérant selon laquelle il « s'abstiendra de saisir une juridiction nationale ou internationale en vue de contester une décision rendue au titre de la présente section, d'en solliciter le réexamen, l'annulation ou la révision ou en vue d'engager toute autre procédure similaire » (voir http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156731.pdf). Voir également l'*Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part* (Article 8.28(9)(b)) et l'*Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République socialiste du Viêt Nam, d'autre part* (Articles 3.36(3)(b) and 3.57(1)(b)).

3.14. Application aux traités en vigueur, mécanisme d'acceptation préalable et compétence

35. Il est indispensable que le mécanisme permanent puisse statuer sur des différends en vertu d'un nombre important d'accords en vigueur et futurs, ce qui sera possible en associant 1) l'adhésion à l'instrument portant création du mécanisme permanent et 2) une notification particulière (« acceptation préalable »), en vertu de laquelle un accord en vigueur ou futur relève de la compétence du mécanisme permanent. Dès lors que les parties contractantes à un accord, également parties à l'instrument portant création du mécanisme permanent, adressent une notification concernant un accord donné, le mécanisme permanent statue sur les différends survenant dans le cadre dudit accord. En ce qui concerne les accords conclus après la création du mécanisme permanent, il sera possible d'insérer une mention conférant compétence au mécanisme permanent ; cette mention pourra également être ajoutée par la suite, conformément à la procédure décrite ci-avant. Il convient d'étudier également la possibilité d'utiliser l'instrument portant création du mécanisme permanent dans les cas où seul l'État défendeur est partie à cet instrument.

36. Cette procédure, déjà utilisée dans la Convention de Maurice sur la transparence en matière de règlement des différends entre investisseurs et États et dans la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (« Convention sur la BEPS »)²¹, offrira une certaine souplesse. La notion de transfert de compétences d'un organe (en l'espèce, les tribunaux *ad hoc*) à un autre est également bien implantée en droit international public²².

37. Cette procédure suppose que le champ de compétence précis du mécanisme permanent et les règles de fond qu'il appliquera sont établis par les traités soumis à la juridiction du mécanisme. Cela signifie que les règles de fond appliquées par le mécanisme permanent pourront évoluer avec l'évolution des règles contenues dans les traités qui seront soumis à la juridiction du mécanisme.

3.15. Mécanisme d'assistance

38. Il convient de prévoir un mécanisme pour veiller à ce que toutes les parties au différend puissent agir efficacement dans le système de règlement des différends relatifs aux investissements. Ce mécanisme pourra aider les pays les moins avancés et les pays en développement dans les contentieux relatifs aux investissements internationaux ainsi qu'éventuellement sur d'autres questions relatives à l'application du droit international des investissements. Ce projet pourra participer du processus de mise en place du mécanisme permanent. Une étude de cadrage et de faisabilité est en cours de préparation ; elle comporte des contributions des pays en développement et d'experts sur les moyens de garantir un niveau de défense adapté dans les procédures engagées en vertu d'accords relatifs aux investissements internationaux.

3.16. Structure flexible

39. L'UE et ses États membres considèrent, comme énoncé dans la section suivante, que seule une structure permanente à deux niveaux peut résoudre l'ensemble des questions structurelles relatives au système actuel. Il convient toutefois d'introduire un certain degré de souplesse dans le mécanisme permanent. Cette souplesse sera

²¹ Pour plus d'informations, voir <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>. Pour une éventuelle utilisation de l'approche de la Convention de Maurice sur la mise en place d'un mécanisme permanent, voir Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, *La Convention de Maurice peut-elle servir de modèle pour la réforme de l'arbitrage investisseur-État, s'agissant de la mise en place d'un tribunal permanent de l'investissement ou d'un mécanisme d'appel ? Analyse et feuille de route*, CIDS, 2016, http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf.

²² Voir l'Article 36 (5) du Statut de la Cour internationale de Justice, qui fait référence aux déclarations comportant acceptation de la juridiction de la Cour permanente de justice internationale.

nécessaire notamment pour les États souhaitant avoir recours au mécanisme permanent pour régler un différend entre États mais qui ne recourent pas au règlement des différends entre investisseurs et États dans leurs accords. Certains États pourraient également souhaiter conserver une certaine souplesse pour avoir recours uniquement à un mécanisme d'appel, bien que l'UE et ses États membres considèrent qu'une telle approche ne permettra pas de résoudre efficacement un certain nombre de questions ayant été mises en évidence. Dans cette hypothèse, la structure flexible du mécanisme permanent pourra offrir la souplesse nécessaire à ces États²³.

4. La création de ce mécanisme permanent répond aux préoccupations identifiées

40. La présente communication part du principe que la mise en place d'un mécanisme à deux niveaux est la seule possibilité qui réponde effectivement à l'ensemble des préoccupations mises en évidence par le Groupe de travail. Il s'agit en outre de la seule possibilité qui permette de rendre compte du caractère interdépendant de ces préoccupations.

4.1. Cohérence et rectitude

4.1.1. Prévisibilité et cohérence

41. La prévisibilité et la cohérence ne peuvent être mises en place de manière efficace que par l'établissement d'un mécanisme permanent disposant de juges titulaires, à temps plein. Il s'agit du problème principal du système actuel, dans lequel les parties prenantes ne peuvent raisonnablement s'attendre à ce que la décision concernant un différend soit suivie pour un autre différend, en raison du caractère *ad hoc* des tribunaux. Dans un mécanisme permanent, une notion de « collégialité continue » se mettra en place²⁴.

42. La plus grande prévisibilité des interprétations juridiques permettra ainsi de rendre plus efficace, et donc moins coûteuse, la prise de décisions et probablement de réduire le nombre total d'affaires. Une jurisprudence cohérente tant en première instance qu'en appel permettra de développer une connaissance solide des dispositions juridiques et ainsi de réduire les demandes « hasardeuses ». Un investisseur prudent n'introduira pas de demande fondée sur un argument juridique ayant été rejeté par le mécanisme permanent, alors qu'il serait plus susceptible d'estimer que cela en vaut la peine s'il s'agit d'un tribunal *ad hoc*, mis en place pour chaque différend.

4.1.2. Rectitude : un mécanisme d'appel peut rectifier les erreurs de droit et les erreurs de fait manifestes

43. Un mécanisme d'appel garantira la cohérence des décisions, en examinant la rectitude juridique des décisions prises en première instance et en corrigeant toute

²³ Voir Anthea Roberts, UNCITRAL and ISDS Reforms: *Moving to Reform Options... The Politics* (La CNUDCI et les réformes du RDIE : avancer vers les possibilités de réforme... la politique), EJIL Talk, 8 novembre 2018 <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-moving-to-reform-options-the-politics/#more-16628>, et Anthea Roberts, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration* (Les réformes progressives, systémiques et du paradigme de l'arbitrage entre États et investisseurs), *American Journal of International Law*, 2018, 112, pp. 410, 431-432.

²⁴ « Le système du CIRDI est basé sur des tribunaux arbitraux et des comités d'annulation soutenus par les institutions. Il fonctionne avec un grand nombre d'arbitres de même niveau hiérarchique, qui travaillent en formations dont la composition diffère pour chaque affaire. Par conséquent, dans la durée, différents arbitres statuent sur des questions juridiques d'interprétation identiques ou très proches. Cette absence de tribunal permanent et le manque de continuité au niveau du personnel qui en découle se traduisent par un niveau relativement faible de pression interne en faveur d'une "collégialité continue" et contrastent avec les institutions judiciaires permanentes comme la CIJ ou la CJUE » (traduction en français), voir Katharina Diel-Gligor, *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence: A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration* (Pour une cohérence dans la jurisprudence internationale des investissements : un système de décision préliminaire pour l'arbitrage du CIRDI), Brill Nijhoff, Leiden and Boston, 2017, p. 164.

erreur juridique. Cette rectitude de la procédure constitue un trait important des systèmes juridiques nationaux, puisqu'elle garantit un contrôle sur des décideurs juridiques qui seraient sans cela indépendants. De plus, le mécanisme d'appel apportera progressivement une meilleure cohérence, étant donné son statut hiérarchique.

44. Un mécanisme à deux niveaux est la structure la plus efficace pour garantir prévisibilité et cohérence. Dans une même institution, un mécanisme d'appel bénéficiera d'un degré plus élevé de respect que celui susceptible d'être accordé à un tribunal *ad hoc*, ce qu'il faut bien conserver à l'esprit dans la mesure où toutes les affaires ne feront pas l'objet d'un appel.

45. Le renvoi est une caractéristique commune des systèmes juridiques nationaux. Il permet aux cours d'appel de renvoyer des affaires devant des juridictions inférieures en vue du règlement final d'un différend. Il est particulièrement utilisé lorsque les faits au dossier sont incomplets et ne permettent pas à la cour d'appel de statuer elle-même sur ladite affaire. Pour être efficace, il est souhaitable qu'un mécanisme d'appel dispose d'un dispositif de renvoi, afin d'éviter que les plaignants ne doivent lancer une nouvelle procédure. Toutefois, il est difficile de concilier renvoi et tribunaux *ad hoc* de première instance, dans la mesure où ces derniers sont toujours dissous après avoir rendu leur décision et où l'appel n'est rendu qu'après un certain délai.

4.1.3. *Processus de délibération et interactions avec les autres domaines du droit*

46. Le mécanisme permanent sera également mieux placé pour élaborer progressivement une approche plus cohérente des rapports entre le droit des investissements et les autres domaines du droit, en particulier la législation nationale et les autres champs du droit international. L'Organe d'appel de l'OMC a par exemple rendu un certain nombre de décisions sur les relations entre le droit de l'OMC et les autres champs du droit international, ce qui a permis de préciser les interactions entre différents champs du droit²⁵.

4.2. **Décideurs juridiques**

4.2.1. *Traiter les préoccupations éthiques, éviter les cumuls de fonctions, supprimer les incitations découlant du système actuel*

47. Un système de juges à plein temps sera plus à même de garantir l'indépendance et l'impartialité. En effet, les inquiétudes concernant l'indépendance et l'impartialité ne pourront être dissipées définitivement qu'en abandonnant la nomination des juges par les parties au différend, au profit d'un système de juges siégeant pour des mandats de longue durée non renouvelables. Cela permettra de mettre un terme aux pratiques de cumul de fonctions dans une même affaire (personnes intervenant à la fois comme conseil et arbitre)²⁶. Ce système supprimera également les motivations découlant de nominations à répétition. Il fera disparaître le lien existant entre arbitres (ou candidats au poste d'arbitre) et conseils lorsque les investisseurs et les États sont responsables des nominations. L'existence même et la perception de ces motivations expliquent en grande partie les préoccupations croissantes concernant la légitimité du système

²⁵ Voir, par exemple le rapport de l'Organe d'appel de l'OMC *États-Unis — Essence*, p. 17 : « L'Organe d'appel a pour instruction, en vertu de l'article 3 (2) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, d'appliquer les "règles coutumières d'interprétation du droit international public" lorsqu'il s'emploie à clarifier les dispositions de l'Accord général et des autres "accords visés" de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (l'Accord sur l'OMC)". Cette instruction est dans une certaine mesure la reconnaissance du fait qu'il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public » (traduction en français, italique ajouté).

²⁶ Voir Malcolm Langford, Daniel Behn et Runar Hilleren Lie, *The Revolving Door In International Investment Arbitration* (Le phénomène de porte pivotante dans l'arbitrage relatif aux investissements internationaux), *Journal of International Economic Law*, 2017, 20 (2), p. 328, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgx018>.

actuel²⁷. Un mécanisme d'appel seul n'est pas suffisant pour pallier le manque d'indépendance et d'impartialité, le système de nomination *ad hoc* par les parties étant la principale source de préoccupation.

48. Cette réflexion est conforme à la pratique des tribunaux internationaux, qui n'autorisent pas leurs juges à exercer d'autres activités à l'extérieur. Par exemple, la Cour internationale de Justice a récemment décidé que ses membres ne pourraient intervenir comme arbitres dans le règlement de différends entre investisseurs et États ou dans des arbitrages commerciaux²⁸.

4.2.2. *Expertise – nécessité d'une plus grande expérience en droit international public*

49. Une exigence de compétences en droit international public permettra de remédier au problème de manque d'expertise dans ce domaine d'un nombre important de juges dans le système actuel. Une telle expertise est indispensable, dans la mesure où le régime est fondé sur le droit international public. Des compétences en matière de jugement et d'établissement détaillé des faits seraient également souhaitables, étant donné qu'il s'agit d'un régime de droit public.

4.2.3. *Diversité – origine et sexe. Il est impossible d'aborder cette question dans le système actuel*

50. Un système permanent à deux niveaux offre davantage de possibilités de nommer des juges issus de régions sous-représentées et de parvenir à la parité des genres, parce qu'un critère de sélection garantissant la diversité géographique et un équilibre des genres pourrait être introduit. Cette évolution ne sera pas possible sans abandonner le système de nomination par les parties, dans lequel les parties au

²⁷ « Dans les économies avancées, les juges des tribunaux semblent rarement soumis à des contestations dans le débat public ou à des récusations liées à l'existence structurelle de motivations financières susceptibles d'influencer leurs conclusions. En ce qui concerne la structure institutionnelle, des nominations permanentes et des salaires sont généralement considérés comme des éléments importants pour obtenir la confiance des citoyens sur ces questions. Au-delà des questions institutionnelles, les systèmes juridiques nationaux appliquent également des règles aux intérêts financiers individuels des juges. On considère généralement que ces règles, tout comme l'octroi d'un salaire, contribuent à l'indépendance de la justice et à la confiance des citoyens dans le système judiciaire » (traduction en français), voir David Gaukrodger, *Adjudicator Compensation Systems and Investor-State Dispute Settlement* (Les systèmes de rémunération des juges dans le règlement des différends entre investisseurs et États), Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2017/05, OECD Publishing, Paris, p. 20, <https://doi.org/10.1787/c2890bd5-en>.

²⁸ Comme l'a déclaré le Président Yusuf le 25 octobre dernier lors de son discours annuel devant l'Assemblée générale, voir <https://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/000-20181025-PRE-02-00-FR.pdf>. « Cumuler les rôles de juge et d'arbitre de la CIJ (ou « travailler au noir », comme le rapport appelle ce phénomène) pourrait avoir une influence, ou donner l'impression d'avoir une influence, sur l'indépendance et l'impartialité du juge » (traduction en français), voir Marie Davoise, *Can't Fight the Moonlight? Actually, You Can: ICJ Judges to Stop Acting as Arbitrators in Investor-State Disputes*, (Impossible de lutter contre le travail au noir? En réalité, vous pouvez lutter contre : les juges de la CIJ ne pourront plus être arbitres dans les différends entre investisseurs et États), EJIL: Talk!, 5 novembre 2018, <https://www.ejiltalk.org/cant-fight-the-moonlight-actually-you-can-icj-judges-to-stop-acting-as-arbitrators-in-investor-state-disputes/>.

différend se tournent naturellement vers des arbitres connus²⁹. Un mécanisme d'appel seul offrira moins de possibilités de promouvoir la diversité.

4.3. Durée et coûts

51. Le mécanisme permanent favorisera une réduction des coûts et de la durée des procédures de plusieurs façons, ce qui permettra de garantir l'accès effectif des petites et moyennes entreprises à ce mécanisme.

52. Tout d'abord, le choix des arbitres prendra moins de temps. Le CIRDI estime que 6 à 8 mois en moyenne sont nécessaires pour désigner les arbitres³⁰. La nomination de ceux-ci a également un coût, car les conseils passent du temps à examiner quels arbitres répondraient le mieux aux intérêts de leur client. Le temps passé à désigner les membres du tribunal est considéré comme l'un des trois processus les plus chronophages des procédures de RDIE, ce qui entraîne des dépenses de conseil significatives³¹.

53. Deuxièmement, beaucoup moins d'argent et de temps seront consacrés aux demandes de récusation. En vertu des règles actuelles du CIRDI, les procédures sont suspendues pendant le traitement des demandes de récusation. Le mécanisme permanent supprimera totalement, ou en très grande partie, la nécessité de recourir à des demandes de récusation et leur fréquence. Au contraire, les juges seront considérés comme indépendants et impartiaux en raison du caractère permanent de leur mandat, et de potentiels conflits d'intérêts ne pourraient intervenir et ne nécessiteraient un règlement que dans un nombre très limité de cas précis.

54. Troisièmement, dans le cadre d'un mécanisme permanent, les juges n'auront pas de motivations pouvant avoir des effets sur les coûts et la durée des procédures. Par exemple, leur rémunération ne sera pas liée au temps consacré à une affaire donnée, supprimant ainsi l'intérêt supposé des juges à prolonger la durée des débats dans les procédures, ce qui devrait permettre une meilleure gestion des affaires. Des juges permanents n'auront ainsi pas intérêt à des plaidoiries ou des audiences plus longues que nécessaires. Il a été avancé que les arbitres seraient réticents à s'opposer aux

²⁹ Voir Taylor St. John, Daniel Behn, Malcolm Langford et Runar Lie, *Glass Ceilings And Arbitral Dealings: Dealings: Explaining The Gender Gap In International Investment Arbitration* (Plafond de verre et affaires arbitrales : les raisons de l'inégalité entre les genres dans l'arbitrage en matière d'investissements internationaux), publication à paraître sur les lacunes structurelles en matière d'égalité entre les genres dans le système actuel de RDIE, 1^{er} janvier 2019 : « Nous établissons un lien entre une règle informelle de l'«expérience antérieure» dans le processus de nomination et la raison pour laquelle cette règle constitue une barrière à l'augmentation de la proportion de femmes nommées arbitres. Cette règle informelle est la suivante : les parties (défenseur et clients) s'efforcent de nommer une personne connue, qu'elles considèrent comme prévisible. [...] Cette règle informelle consistant à nommer uniquement des personnes connues conduit à un système dans lequel les nouveaux venus sont très rares. [...] Une fois entré dans le club, vous en faites partie, mais il est très rare d'obtenir la première nomination. [...] En théorie, la nomination par les parties n'est pas liée au genre. Toutefois, dans la pratique, elle peut renforcer les schémas existants d'inégalité entre les genres, notamment parce que cette règle stricte d'«expérience antérieure» joue contre l'entrée de nouveaux, qui comprennent généralement plus de femmes que le club existant » (traduction en français), pp. 10-11 ; « en supposant que cette tendance actuelle se maintienne, les femmes n'obtiendront 25 % des postes d'arbitres qu'en 2100. Ces conclusions engendrent donc un certain pessimisme quant à la probabilité d'une plus grande égalité entre les genres dans l'arbitrage en matière d'investissements, en l'absence de suppression du système de nomination par les parties » (traduction en français), p. 21.

³⁰ « La durée moyenne entre l'enregistrement et la constitution du Tribunal est de 6 à 8 mois » (traduction en français), voir Gonzalo Flores (Secrétaire général adjoint du CIRDI), *Duration of ICSID proceedings* (Durée des procédures du CIRDI), présentation lors de la réunion régionale intersession sur la réforme du RDIE, Incheon, Corée, 10 septembre 2018.

³¹ Voir A/CN.9/930/Rev.1 – Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-quatrième session – Partie I (Vienne, 27 novembre-1^{er} décembre 2017), 19 décembre 2017, paragraphe 65 <https://undocs.org/fr/A/CN.9/930/Rev.1>.

conseils qui les ont désignés, notamment sur la durée des audiences ou l'intérêt des présentations des mémoires postérieurs à l'audience³².

55. Quatrièmement, la prévisibilité influera sur les coûts et la durée des procédures. Après l'émergence d'une interprétation particulière d'une norme (par exemple, par des décisions constantes rendues par des tribunaux de première instance ou un mécanisme d'appel), cette question d'interprétation ne sera pas plaidée à nouveau. Le système actuel encourage au contraire l'introduction de nouvelles actions, car il n'existe aucune garantie qu'un tribunal *ad hoc* suivra l'interprétation faite par un autre tribunal *ad hoc*, même si elle est fondée. Pallier ce manque de prévisibilité réduira ainsi également les coûts et la durée des procédures.

56. Le mécanisme permanent offrira également un avantage significatif pour la gestion des demandes multiples. Le mécanisme permanent sera d'autant plus efficace dans la gestion d'affaires connexes engagées en vertu de différents traités que le nombre de traités soumis à la compétence de ce mécanisme sera important (par exemple pour éviter ou mieux gérer un cas comme celui des affaires *CME/Lauder*³³). Cela sera possible notamment grâce à des jonctions d'instances, des suspensions de procédures ou même le rejet d'affaires.

5. Conclusion

57. La présente communication montre pourquoi un mécanisme permanent à deux niveaux avec des juges à plein temps répond efficacement aux préoccupations identifiées au sein du Groupe de travail. Il s'agit de fait de la seule possibilité pour répondre à l'ensemble des préoccupations identifiées. Il est donc recommandé au Groupe de travail de développer cette option de manière prioritaire.

* * *

Annexe

Voir document [A/CN.9/WG.III/WP.145](#).

³² Voir Philippe Sands, *What I Have Learned – Ten Years as an Investor-State Arbitrator* (Enseignements de mes dix années d'arbitre dans les différends entre États et investisseurs), Présentation, *Columbia Law School*, New York, États-Unis, 15 octobre 2018, <http://ccsi.columbia.edu/2018/10/11/fall-2018-international-investment-law-and-policy-speaker-series-2/>.

³³ Au sujet de ce même motif, voir *Lauder vs. République tchèque* (en vertu du traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et la République tchèque) et *CME vs. République tchèque* (en vertu du traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et la République tchèque).