



Assemblée générale

Distr. limitée
16 novembre 2020
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement
des différends entre investisseurs et États)
Quarantième session
Vienne, en ligne, 8-12 février 2021**

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

Sélection et nomination des membres des tribunaux de RDIE

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Sélection et nomination des membres des tribunaux de RDIE	2
A. Qualifications et autres exigences	3
1. Projet de code de conduite	3
2. Indépendance, impartialité et principe de responsabilité	3
3. Diversité et équilibre de la représentation (caractère inclusif)	4
4. Mise en œuvre	5
B. Méthodes de sélection et de nomination	5
1. Mécanisme ad hoc	5
2. Mécanisme permanent	10



I. Introduction

1. À la reprise de sa trente-huitième session, en janvier 2020, le Groupe de travail a procédé à un examen préliminaire de la sélection et de la nomination des membres des tribunaux de RDIE (A/CN.9/1004/Add.1, par. 95 à 133) et a prié le Secrétariat d'effectuer des travaux préparatoires supplémentaires (A/CN.9/1004/Add.1, par. 131 à 133).
2. En conséquence, la présente note traite de la sélection et de la nomination des membres des tribunaux de RDIE. Elle a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet¹ et ne cherche pas à exprimer un avis sur les options de réforme possibles, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner.

II. Sélection et nomination des membres des tribunaux de RDIE

3. S'agissant de l'historique des travaux, à sa trente-sixième session, le Groupe de travail a conclu qu'il était souhaitable que la CNUDCI entreprenne des réformes pour répondre aux préoccupations exprimées concernant : le manque réel ou apparent d'indépendance et d'impartialité des décideurs juridiques dans le RDIE (A/CN.9/964, par. 83) ; la question de l'adéquation, de l'efficacité et de la transparence des mécanismes de déclaration d'informations et de récusation prévus par de nombreux traités et règlements d'arbitrage existants (A/CN.9/964, par. 90) ; le manque de diversité parmi les décideurs juridiques dans le RDIE (A/CN.9/964, par. 98) ; et les mécanismes de constitution des tribunaux de RDIE (A/CN.9/964, par. 108).
4. Des options pour la réforme des processus de sélection et de nomination des membres des tribunaux de RDIE figurent dans les propositions soumises par les gouvernements (les « communications »)². Sur cette base, et sur celle du document A/CN.9/WG.III/WP.169, le Groupe de travail a entrepris un examen préliminaire des qualifications des membres des tribunaux de RDIE et des exigences auxquelles ils devraient satisfaire, et des différents modèles de sélection et de nomination utilisés dans le cadre des mécanismes ad hoc et permanents (A/CN.9/1004/Add.1, par. 95 à 133).
5. Concernant les principes qui guideraient ses travaux, le Groupe de travail a estimé que les méthodes de sélection et de nomination des membres des tribunaux de RDIE devraient être telles qu'elles contribuent à la qualité et à l'équité de la justice rendue, ainsi qu'à leur visibilité, qu'elles garantissent la transparence, l'ouverture, la neutralité et le respect du principe de responsabilité, et qu'elles répondent à des normes élevées en matière de déontologie, tout en permettant d'assurer la diversité voulue (A/CN.9/964, par. 69 et 91 à 96).

¹ Les publications consultées incluent le Rapport supplémentaire du Center for International Dispute Settlement (CIDS), du 15 novembre 2017, rédigé par Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, concernant la composition d'un tribunal multilatéral des investissements et d'un mécanisme d'appel des sentences rendues (ci-après le « Rapport supplémentaire du CIDS »), disponible (en anglais) à l'adresse https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_supplemental_report.pdf, ainsi que les publications des membres du Forum académique sur le RDIE, disponibles à l'adresse <https://www.cids.ch/academic-forum-concept-papers>.

² A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, communication présentée par l'Union européenne et ses États membres ; A/CN.9/WG.III/WP.162, communication présentée par le Gouvernement thaïlandais ; A/CN.9/WG.III/WP.163, communication présentée par les Gouvernements chilien, israélien et japonais ; A/CN.9/WG.III/WP.164 et A/CN.9/WG.III/WP.178, communications présentées par le Gouvernement costaricien ; A/CN.9/WG.III/WP.174, communication présentée par le Gouvernement turc ; A/CN.9/WG.III/WP.175, communication présentée par le Gouvernement équatorien ; A/CN.9/WG.III/WP.177, communication présentée par le Gouvernement chinois ; A/CN.9/WG.III/WP.195, communication présentée par le Gouvernement marocain.

A. Qualifications et autres exigences

1. Projet de code de conduite

6. Certaines des qualifications des membres des tribunaux de RDIE et des exigences auxquelles ils devraient satisfaire sont abordées dans le projet de code de conduite élaboré conjointement avec le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), conformément aux délibérations tenues par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1004, par. 51 à 78) et à la reprise de celle-ci (A/CN.9/1004/Add.1, par. 96 et 99) (voir également A/CN.9/WG.III/WP.201)³.

7. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les exigences qui ne sont pas traitées dans le code pourraient faire partie des critères de sélection dans le contexte de mécanismes ad hoc (autorités de nomination et listes de réserve) et permanents (par exemple, les membres des tribunaux pourraient être tenus de connaître le droit international public et de comprendre les différentes politiques qui sous-tendent l'investissement). Une autre approche pourrait consister à introduire un mécanisme d'apprentissage dans le fonctionnement même des tribunaux, afin d'assurer le développement des compétences et du caractère inclusif au fil du temps, en faisant systématiquement participer une personne plus « novice », soit en tant que membre du tribunal, soit en tant qu'observateur muet (toutefois, ce dernier rôle n'étant pas envisagé dans les mécanismes actuels, il devrait être spécialement créé).

2. Indépendance, impartialité et principe de responsabilité

8. Le projet de code traite des questions relatives à l'indépendance, à l'impartialité et au principe de responsabilité⁴. Le Groupe de travail voudra peut-être noter la nécessité de trouver un équilibre entre indépendance et responsabilité, et réfléchir au rôle des procédures de nomination à cet égard.

9. On notera que d'autres options de réforme pourraient contribuer à assurer l'équilibre voulu, notamment l'utilisation par les États de déclarations interprétatives (voir A/CN.9/WG.III/WP.191). Ces derniers pourraient ainsi faire en sorte que l'interprétation des tribunaux de RDIE reste conforme aux intentions qui étaient les leurs au moment où ils ont conclu le traité, ce qui entraînerait une réduction de l'autonomie interprétative des tribunaux. Cela aiderait également les membres des tribunaux de RDIE à clarifier le droit indépendamment des intérêts des parties au différend⁵.

³ Le projet de code de conduite est disponible (en anglais) à l'adresse <https://uncitral.un.org/en/codeofconduct>.

⁴ Les membres des juridictions internationales sont généralement soumis à ces exigences, y compris dans le domaine de l'arbitrage (voir, par exemple, Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 11). Concernant l'indépendance, l'impartialité et la neutralité, voir Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ), art. 2 ; concernant les compétences linguistiques, voir, par exemple, Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), 1^{er} juillet 2002, art. 36-3 c). Pour ce qui est du principe de responsabilité, de la haute considération morale, et de l'intégrité et de la réputation personnelles, voir Convention CIRDI, art. 14-1 ; voir Statut de la CIJ, art. 2 ; Convention européenne des droits de l'homme, art. 21-1 ; Statut du Tribunal international du droit de la mer (TIDM), art. 2-1 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 31-1. Les exigences pourraient également englober le fait de posséder la nationalité d'un État contractant ; voir Cour de justice de l'Accord de Carthage, instituée par le Traité portant création de la Cour de justice de l'Accord de Carthage, et composée de cinq juges ressortissants des pays membres (Traité portant création de la Cour de justice de l'Accord de Carthage, 28 mai 1979, art. 7) ; voir également Convention américaine relative aux droits de l'homme, 21 novembre 1969, art. 52-1 ; Accord économique et commercial global conclu entre l'Union européenne et le Canada (CETA), art. 8.27.2

⁵ Voir les notes de cadrage publiées par le Forum académique, notamment *The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn et Mariachiara Malaguti.

3. Diversité et équilibre de la représentation (caractère inclusif)

10. Outre les qualifications et autres exigences, le Groupe de travail a indiqué qu'une diversité appropriée, notamment la diversité géographique et linguistique, la diversité de genre, ainsi qu'une représentation équitable des différents systèmes juridiques et des différentes cultures, revêtirait un caractère essentiel dans le système de RDIE. Il a été souligné que le fait d'assurer la diversité permettrait d'améliorer la qualité du processus de RDIE, car la prise en compte de points de vue divers, reflétant en particulier différentes cultures et différents niveaux de développement économique, pourrait garantir une prise de décisions plus équilibrée (A/CN.9/1004/Add.1, par. 101). Il a été dit que le manque de diversité sapait la légitimité du régime de RDIE.

11. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le fait de chercher à assurer le caractère inclusif, plutôt que la diversité, pourrait aider à faire en sorte qu'aucun type de diversité ne soit perçu comme ayant un effet d'exclusion ; cela pourrait aussi permettre de résoudre le conflit existant entre la définition de critères de sélection stricts et la volonté de faire participer des personnes issues d'horizons variés⁶. Cet objectif pourrait être atteint par divers moyens dans les différents modèles présentés ci-dessous.

12. S'agissant, par exemple, des mécanismes permanents, plusieurs statuts de tribunaux internationaux font état d'une « représentation » ou d'une « répartition géographique équitable » en ce qui concerne la sélection des personnes appelées à trancher des différends⁷, et d'une représentation équilibrée entre les pays développés, les pays en développement et les pays les moins avancés⁸, ainsi qu'entre les pays exportateurs et importateurs de capitaux⁹. Les actes constitutifs des cours et tribunaux prévoient aussi généralement que la composition des tribunaux dans son ensemble doit refléter un juste équilibre entre différents profils et une représentation appropriée des principaux systèmes ou traditions juridiques du monde¹⁰. Il convient de noter que le Protocole sur la Cour africaine dispose que « [l]ors de la présentation des candidatures, il sera dûment tenu compte de la représentation adéquate des deux sexes¹¹ ».

⁶ Voir *Selection and Appointment in International Adjudication: Insights from Political Science*, Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen et Taylor St John.

⁷ Voir, par exemple, Statut de Rome de la CPI, 1^{er} juillet 2002, art. 36-8 a) ; voir également Règles régissant le règlement des différends : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, art. 17-3, troisième phrase.

⁸ À l'Organisation mondiale du commerce (OMC), les pays en développement peuvent demander que les groupes spéciaux qui tranchent les différends entre pays développés et pays en développement incluent des membres de pays en développement (voir Règles régissant le règlement des différends : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, art. 8-10).

⁹ Bien que la Convention CIRDI ne mentionne pas ce critère parmi ceux que le Président doit prendre en compte quand il sélectionne les personnes figurant sur les listes de conciliateurs et d'arbitres, lors des travaux préparatoires de la Convention, le pouvoir du Président de désigner les personnes figurant sur les listes a été généralement considéré comme souhaitable pour assurer une représentation équitable sur ces listes de personnes qualifiées de pays investisseurs et de pays bénéficiaires. Voir le commentaire du représentant des Pays-Bas aux réunions consultatives d'experts juridiques tenues à Genève du 17 au 22 février 1964, dans CIRDI (1968), *History of the ICSID Convention: Documents concerning the Origin and Formulation of the Convention*, Vol. II-1 (« History of the ICSID Convention, Vol. II-1 »), p. 382.

¹⁰ Voir, par exemple, Statut de la CIJ, art. 9 ; Statut du TIDM, art. 2-2 ; Statut de Rome de la CPI, 1^{er} juillet 2002, art. 36-8 a) ; Protocole sur la Cour africaine, art. 14-2 ; Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, 17 octobre 2008, Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, art. 31 ; et Convention CIRDI, art. 14-2.

¹¹ Protocole sur la Cour africaine, art. 12-2.

13. L'Engagement (de l'anglais « the Pledge »), initiative en faveur de la diversité de genre, peut également être mentionné parmi les efforts visant à assurer une représentation équilibrée des genres dans l'arbitrage international¹².

14. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le fait d'imposer aux personnes qui souhaitent siéger dans un tribunal de RDIE à la fois une formation continue et un apprentissage permanent serait un moyen efficace d'assurer à la fois la compétence des membres des tribunaux de RDIE et le caractère inclusif de leur sélection et de leur nomination. Il voudra peut-être noter que cette question pourrait être traitée dans le contexte de l'option de réforme portant sur la création d'un centre consultatif (voir [A/CN.9/1004](#), par. 28 à 50).

4. Mise en œuvre

15. Certains éléments des méthodes de sélection et de nomination des membres des tribunaux de RDIE (voir ci-dessous) pourraient contribuer à la mise en place concrète de certaines exigences. Dans les organes permanents, par exemple, on estime souvent que certaines conditions d'emploi contribuent à l'indépendance et à l'intégrité du processus, telles que des mandats de longue durée et non renouvelables, la sécurité financière, les limites imposées à d'autres activités professionnelles et les immunités¹³. Les règles de procédure relatives à la gestion des listes de réserve seraient également essentielles à cet égard, car l'inscription sur ces listes pourrait aussi être soumise à des exigences visant à faire en sorte que le processus soit inclusif et que les personnes candidates disposent des qualifications voulues.

16. Les qualifications et exigences clefs pourraient également être mises en place par l'adoption d'un code de conduite ([A/CN.9/1004/Add.1](#), par. 132). Comme indiqué dans les annotations du projet de code de conduite, plusieurs options pourraient être envisagées pour son application.

B. Méthodes de sélection et de nomination

17. À la reprise de sa trente-huitième session, le Groupe de travail a mené un examen préliminaire des options de réforme relatives à la sélection et à la nomination des membres des tribunaux de RDIE, qui comprenaient la mise en place d'une liste de candidates et candidats présélectionnés qualifiés et la création d'un mécanisme permanent (ou « organe permanent ») composé de juges employés à temps plein.

18. S'agissant de la sélection et de la nomination des membres des tribunaux de RDIE, le Secrétariat a été prié d'analyser plus avant les différents mécanismes et de les développer. Il a été dit que les caractéristiques précises du processus de sélection et de nomination dépendraient en grande partie des modalités retenues globalement pour la conduite du RDIE, notamment de la question de savoir si le caractère ad hoc du processus serait maintenu ou s'il serait décidé de mettre en place une structure permanente ([A/CN.9/1004/Add.1](#), par. 133).

1. Mécanisme ad hoc

19. Dans le régime actuel de RDIE, les différends sont réglés par un tribunal de RDIE constitué expressément pour le différend en cause. Les parties au différend jouent un rôle important dans le choix des membres du tribunal. En effet, les règles applicables à l'arbitrage entre investisseurs et États leur permettent de convenir de la méthode de sélection des arbitres et de s'entendre directement sur leur identité ([A/CN.9/1004/Add.1](#), par. 103). Cette méthode, dont il a été dit qu'elle garantissait la

¹² Voir le site Web de l'initiative, à l'adresse www.arbitrationpledge.com/. Voir également les références à l'initiative faites dans les documents [A/CN.9/WG.III/WP.164](#) et [A/CN.9/WG.III/WP.178](#), communications présentées par le Gouvernement costaricien.

¹³ Voir Rapport supplémentaire du CIDS, par. 68 à 104.

souplesse et l'attractivité de l'arbitrage¹⁴, a néanmoins soulevé des préoccupations dans le contexte du RDIE, comme indiqué au paragraphe 3 ci-dessus.

20. Le Groupe de travail voudra peut-être réfléchir aux options qui permettraient de réglementer davantage cette méthode de sélection et de nomination dans le contexte d'un mécanisme ad hoc (qui s'apparenterait au régime actuel de RDIE, selon lequel un tribunal de RDIE est constitué pour chaque affaire, après qu'un différend a surgi, par opposition à un mécanisme permanent). À cette fin, les options de réforme possibles incluent, entre autres : i) une méthode de sélection et de nomination selon laquelle les membres du tribunal seraient choisis par une tierce partie agissant en tant qu'autorité de nomination, sans aucune participation ou avec une participation limitée des parties au différend¹⁵ ; et ii) le recours à une liste de réserve d'arbitres¹⁶.

a) Autorités de nomination

21. Concernant le rôle que les autorités de nomination pourraient jouer dans la réglementation de la nomination par les parties, on notera qu'elles interviennent déjà dans le processus de nomination du régime actuel de RDIE, le plus souvent pour désigner le président ou la présidente lorsque le tribunal se compose de trois arbitres¹⁷. La question est de savoir s'il convient de renforcer leur rôle (A/CN.9/1004/Add.1, par. 105)¹⁸. On notera, dès le départ, que toute réforme de ce type exigerait la participation active des autorités de nomination et ne pourrait être mise en œuvre sans leur accord. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander :

– *Si l'autorité de nomination procéderait entièrement ou en partie à la sélection et à la nomination et qui en serait chargé en son sein*

22. Une autorité de nomination pourrait sélectionner les arbitres de différentes façons. Une possibilité serait d'appliquer un processus de sélection hybride dans lequel chacune des parties à un différend investisseur-État sélectionne et nomme un arbitre de son choix (à partir d'une liste de réserve ou pas), avant que l'autorité de nomination compétente sélectionne et nomme le président ou la présidente (à partir d'une liste de réserve ou pas). Une autre possibilité serait que les deux coarbitres et le président ou la présidente soient tous engagés par une autorité de nomination.

23. Parmi les autres options, on peut citer la sélection et la nomination des membres des tribunaux de RDIE par l'autorité de nomination, éventuellement en consultation avec les parties aux différends, étant entendu que la décision finale reviendrait à l'autorité de nomination. Par exemple, celle-ci pourrait communiquer une liste de coarbitres potentiels à chacune des parties au différend, qui pourraient alors classer selon leur ordre de préférence les personnes figurant sur la liste. Une seconde liste, comprenant les noms des personnes qui pourraient présider le tribunal, serait ensuite

¹⁴ A/CN.9/WG.III/WP.177, communication présentée par le Gouvernement chinois.

¹⁵ Voir également les propositions figurant dans les communications des gouvernements : A/CN.9/WG.III/WP.162, communication présentée par le Gouvernement thaïlandais ; A/CN.9/WG.III/WP.163, communication présentée par les Gouvernements chilien, israélien et japonais ; A/CN.9/WG.III/WP.164 et A/CN.9/WG.III/WP.178, communications présentées par le Gouvernement costaricien ; A/CN.9/WG.III/WP.174, communication présentée par le Gouvernement turc.

¹⁶ Voir par exemple, le modèle de traité d'investissement bilatéral des Pays-Bas, qui exige que les nominations soient faites par des institutions, et non par les parties.

¹⁷ Voir également *OECD Consultation Paper on Appointing Authorities and the Selection of Arbitrators in ISDS*, disponible à l'adresse www.oecd.org/investment/Consultation-ISDS-appointingauthorities-arbitration.htm.

¹⁸ Sur cette question, voir Jan Paulsson, « Moral Hazard in International Dispute Resolution », conférence inaugurale en tant que titulaire de la Chaire de professeur émérite Michael R. Klein à la Faculté de droit de l'Université de Miami, 29 avril 2010, disponible à l'adresse www.arbitration-icca.org/media/0/12773749999020/paulsson_moral_hazard.pdf.

diffusée aux parties au différend, et chacune d'elles pourrait classer les personnes en question selon son ordre de préférence¹⁹.

24. Une question connexe est de savoir si la sélection et la nomination seraient faites par une personne (par exemple, celle qui assume les fonctions de secrétaire général ou de président de la ou des institutions concernées) ou par un comité spécial constitué à cette fin au sein de l'autorité de nomination. Si cette seconde option était retenue, il faudrait déterminer le mode de fonctionnement d'un tel comité, s'agissant notamment de sa composition et de la sélection de ses membres (par un vote à la majorité qualifiée, par exemple) et prévoir des délais pour cette détermination.

– *Si la sélection et la nomination par l'autorité de nomination s'effectueraient à partir d'une liste de réserve*

25. Une question à se poser est de savoir si les autorités de nomination utiliseraient ou non une liste (de réserve ou autre). Le cas échéant, la composition de cette liste serait soumise aux mêmes considérations que celles mentionnées plus bas (voir par. 32 à 43). Il convient également de se demander : i) si l'autorité de nomination serait tenue d'opérer la sélection à partir de la liste ou si cette dernière serait uniquement indicative ; et ii) si l'autorité devrait sélectionner les coarbitres et la personne exerçant la présidence selon des règles distinctes ; par exemple, l'utilisation de la liste pourrait être volontaire pour la sélection des coarbitres, et obligatoire pour celle du président ou de la présidente.

– *Si plus d'une institution agirait en tant qu'autorité de nomination*

26. Une question supplémentaire est de savoir si une ou plusieurs institutions agirait en tant qu'autorité de nomination. Si plus d'une institution exerçait ce rôle, on devrait se demander s'il faudrait établir une liste des autorités de nomination, dans un souci de diversité géographique, et, le cas échéant, si cette liste devrait être fermée ou ouverte ; et comment l'autorité de nomination serait désignée par les parties au différend.

– *Comment assurer la transparence et le respect du principe de responsabilité*

27. Il faudrait renforcer les mesures destinées à améliorer la transparence et la disponibilité des informations relatives au processus de sélection et de nomination par les autorités de nomination. Il s'agit notamment de la publication des règles et critères applicables (informations sur la nationalité, le genre, le groupe d'âge et le système juridique, par exemple), du niveau d'implication des parties dans le processus, ainsi que des coûts afférents. Il pourrait également être demandé aux autorités de nomination de publier les listes de personnes candidates à la nomination qu'elles communiquent aux parties. Cela attesterait les efforts visant à assurer le caractère inclusif du processus²⁰.

b) Listes préétablies ou de réserve

28. Il a été proposé, au sein du Groupe de travail, que les institutions arbitrales actives dans le domaine du RDIE, qui tenaient déjà des listes d'arbitres présélectionnés, contribuent à l'établissement d'une liste de réserve et s'impliquent davantage en aidant les parties en litige à sélectionner et à nommer les membres du

¹⁹ Dans sa communication (disponible à l'adresse https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/pca_mechanisms_for_selection_and_appointment.pdf), la Cour permanente d'arbitrage (CPA), a indiqué que son Secrétaire général appliquait généralement le système de liste prévu par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (art. 8-2) et le Règlement d'arbitrage de la CPA (art. 8-2). Elle a également présenté d'autres mécanismes envisageables.

²⁰ Voir, par exemple, le projet Arbitrator Intelligence, dont les rapports contiennent des données et des retours d'informations au sujet des arbitres et des arbitrages internationaux. Ces informations et les analyses qui s'y rapportent ont pour objet d'aider les utilisateurs à prendre des décisions en meilleure connaissance de cause concernant la sélection des arbitres et la stratégie juridique. Disponible à l'adresse <https://arbitratorintelligence.com/>.

tribunal (A/CN.9/1004/Add.1, par. 112)²¹. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'actuellement, ces listes sont indicatives, et qu'il n'est pas obligatoire de sélectionner les membres des tribunaux de RDIE parmi les personnes qui y figurent (hormis dans le contexte du CIRDI, qui est tenu d'utiliser sa liste pour la nomination a) des personnes appelées à présider des tribunaux, à défaut d'accord entre les parties, et b) des membres des comités d'annulation). On notera également que certains traités d'investissement prévoient des listes de réserve à partir desquelles les membres des tribunaux de RDIE peuvent être désignés. Généralement, ils ne comportent pas de dispositions détaillées quant à la sélection des personnes figurant sur la liste²². Une analyse des listes constituées dans le cadre des accords d'investissement indique que les parties en litige n'ont pas restreint les nominations aux personnes inscrites sur les listes existantes. Celles-ci ont tendance à être utilisées uniquement par défaut²³.

29. Si l'option de réforme consistant à établir une liste de réserve pour la sélection et la nomination des membres des tribunaux de RDIE était retenue, il serait nécessaire d'examiner les questions ci-après.

i) *Listes de réserve multiples ou liste de réserve unique*

30. Une option de réforme pourrait consister à se demander i) s'il convient d'établir un fichier de listes de réserve admissibles sur la base de celles qui existent déjà²⁴ ; et ii) si l'on pourrait utiliser les listes existantes de manière différente, sur une base volontaire ou obligatoire, afin d'inviter ou d'obliger les parties en litige et les autorités de nomination à y sélectionner les membres des tribunaux de RDIE (A/CN.9/1004/Add.1, par. 106). Une question à examiner est de savoir si les listes de réserve en vigueur dans les diverses institutions qui administrent des affaires de RDIE rempliraient les critères requis, compte tenu des objectifs de la réforme.

31. Une autre possibilité serait de constituer une nouvelle liste de réserve unique qui pourrait être utilisée sur une base obligatoire ou volontaire par les parties au différend, l'autorité de nomination ou un mécanisme permanent créé dans le cadre du processus de réforme (A/CN.9/1004/Add.1, par. 106). Cette dernière option, tout en

²¹ Le CIRDI, par exemple, tient à la fois une liste de 10 personnes désignées comme arbitres potentiels et une liste de personnes désignées par les États contractants. Les désignations se font pour une période de cinq ans renouvelable, et chaque État contractant peut désigner jusqu'à huit personnes qui ne sont pas nécessairement ses ressortissants. La CPA tient une liste intitulée « Membres de la Cour permanente d'arbitrage », qui se compose de personnes désignées par ses États membres, chacun pouvant en désigner jusqu'à quatre. Les personnes inscrites sur la liste n'ont pas forcément la nationalité de l'État qui les désigne.

²² Voir, par exemple, Accord Canada-États-Unis-Mexique, dans le contexte interétatique (établissement, avant la date d'entrée en vigueur de l'accord, d'une liste de réserve d'au plus 30 individus devant être sélectionnés par consensus pour une durée d'au moins trois ans ou jusqu'à ce que les Parties établissent une nouvelle liste) ; Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) (établissement par les Parties d'une liste de réserve d'au moins 15 individus, qui demeure en vigueur au moins trois ans ou jusqu'à ce que les Parties établissent une nouvelle liste, et qui doit être utilisée pour la sélection de présidents d'un groupe spécial ; chacune des Parties peut nommer jusqu'à deux individus dans la liste et peut inclure un seul ressortissant de toute Partie dans ses nominations ; les nominations sur la liste se font par consensus) ; voir également Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) (établissement « par consensus » d'une liste de réserve d'arbitres à partir de laquelle l'autorité de nomination (le Secrétaire général du CIRDI) nommerait les personnes appelées à présider des groupes spéciaux, à défaut d'accord entre les parties ; la liste de réserve envisagée au chapitre 11 de l'ALÉNA n'a jamais été constituée) ; dans le système de l'OMC, les groupes spéciaux, organes de première instance, sont établis sur une base ad hoc, et il existe une liste indicative de personnes, nommées par les États membres, qui peuvent être appelées à y siéger, mais les membres des groupes spéciaux ne sont pas nécessairement sélectionnés à partir de cette liste.

²³ *Selection and Appointment of International Adjudicators: Structural Options for ISDS Reform*, Andrea K. Bjorklund, Marc Bungenberg, Manjiao Chi, et Catharine Titi.

²⁴ Outre le CIRDI et la CPA, un certain nombre d'institutions tiennent des listes d'arbitres, comme la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, la London Court of International Arbitration (LCIA), le Singapore International Arbitration Centre (SIAC) et le Centre d'arbitrage international de Beijing (BIAC).

s'écartant du caractère ad hoc du régime actuel de RDIE, permettrait toujours aux parties au différend de participer à la sélection et à la nomination des juges (mécanisme semi-permanent)²⁵.

ii) *Composition de la liste de réserve*

32. Concernant la composition de la liste de réserve, diverses possibilités ont été mentionnées lors des délibérations du Groupe de travail et dans les communications. Selon une proposition, cette liste pourrait être courte mais devrait comporter, d'une part, des arbitres expérimentés et spécialistes du RDIE et, d'autre part, de nouveaux candidats. À cet égard, il ressort d'une étude que, compte tenu des listes tenues actuellement par les institutions arbitrales administrant des affaires de RDIE, et dans l'hypothèse où les arbitres continueraient d'être nommés par les parties, une liste de réserve unique devrait probablement comporter entre 150 et 200 personnes²⁶.

33. Si une nouvelle liste de réserve devait être établie, la désignation des personnes appelées à y figurer pourrait être faite par les institutions, par les États, ou partagée entre les deux²⁷. Il a été dit, au sein du Groupe de travail, que, pour préserver l'équilibre du système actuel, il faudrait faire participer à la constitution de la liste tant les États que les investisseurs, tandis que selon un autre avis, seuls les États devraient y participer (A/CN.9/1004/Add.1, par. 108). D'autres parties intéressées pourraient également participer au processus. L'exigence d'un consensus pour l'inscription sur les listes de réserve pourrait poser problème, en raison du risque d'impasses que cela comporte²⁸.

34. S'agissant des critères à appliquer pour établir la liste de réserve unique ou les listes de réserve multiples (A/CN.9/1004/Add.1, par. 107), on notera que les arbitres potentiels devraient posséder les compétences et l'expérience voulues, comme indiqué aux paragraphes 7 à 15 ci-dessus. On pourrait se demander quels critères retenir au sujet de l'équilibre des genres et de l'équilibre géographique et comment les mettre en œuvre, en particulier dans le cas de listes multiples. Une question supplémentaire est de savoir si et dans quelle mesure la nationalité devrait être prise en compte. On notera, par exemple, dans le cas des traités d'investissement prévoyant l'utilisation de listes, que certaines de ces listes limitent les nominations de ressortissants des États ou exigent la nomination de non-ressortissants²⁹.

iii) *Administration de la liste de réserve*

35. L'administration de la liste de réserve consisterait à organiser la sélection et la nomination des personnes à y inscrire et à gérer le renouvellement des inscriptions, afin d'assurer une certaine souplesse et de répondre à la préoccupation liée au manque de diversité (A/CN.9/1004/Add.1, par. 109). Il a été proposé de limiter la durée d'inscription des personnes figurant sur la liste et, éventuellement, de prévoir une période au terme de laquelle ils en seraient radiés (A/CN.9/1004/Add.1, par. 109). Les

²⁵ Des mécanismes ad hoc et permanents peuvent également coexister dans le même cadre de règlement des différends (voir Rapport supplémentaire du CIDS, par. 12). Par exemple, à l'OMC, les différends sont d'abord tranchés par des groupes spéciaux ad hoc, puis, en cas d'appel, par l'Organe d'appel permanent. Dans le cadre du MERCOSUR, un État demandeur doit d'abord porter ses griefs devant un « tribunal arbitral ad hoc » composé par les parties au différend à partir de listes fermées (Traité portant création d'un marché commun entre la République argentine, la République fédérative du Brésil, la République du Paraguay et la République orientale de l'Uruguay (« MERCOSUR »), 26 mars 1991).

²⁶ *The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn et Mariachiara Malaguti.

²⁷ À titre d'exemple, au CIRDI, le Secrétaire général nomme et sélectionne 10 personnes pour figurer sur sa liste d'arbitres (soit 5 femmes et 5 hommes ayant siégé en tant qu'arbitre dans une affaire de RDIE) ; et les États contractants du CIRDI nomment jusqu'à huit personnes sur une liste de réserve (tous n'ont pas effectué de nomination et, parmi ceux qui en ont fait, tous n'ont pas nommé le nombre maximal de personnes).

²⁸ Voir les problèmes rencontrés aux fins de l'application du chapitre 11 de l'ALÉNA.

²⁹ Voir *Selection and Appointment in International Adjudication: Insights from Political Science*, Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen et Taylor St John.

personnes figurant sur la liste pourraient y être inscrites pour une durée déterminée, non renouvelable ou renouvelable une fois ou deux. On pourrait également échelonner les inscriptions à intervalles réguliers, de manière à assurer un roulement et l'inclusion de nouvelles personnes sur les listes. Les procédures à suivre dépendraient entièrement de la question de savoir si une ou plusieurs listes de réserve seraient mises en place. Dans le cas de listes multiples, chacune pourrait être soumise à des règles de procédure distinctes.

36. Il a été suggéré que l'administration de la liste de réserve inclue une procédure de révocation des arbitres (A/CN.9/1004/Add.1, par. 110). À cet égard, on pourrait se demander quels seraient les mécanismes institutionnels nécessaires pour évaluer et apprécier le comportement de la personne concernée.

iv) *Utilisation de la liste de réserve pour la sélection et la nomination des membres des tribunaux de RDIE*

37. La sélection des membres des tribunaux de RDIE à partir de la liste de réserve pourrait être soit volontaire, soit obligatoire. Si elle était uniquement volontaire, il serait moins important que les personnes inscrites sur la liste disposent des compétences et de l'expérience requises par les parties.

38. Une méthode de sélection hybride pourrait également être envisagée, dans laquelle la sélection et la nomination à partir de la liste de réserve des deux arbitres nommés par les parties serait volontaire (c'est-à-dire que les parties pourraient sélectionner toute personne de leur choix, que celle-ci figure ou non sur la liste pertinente), tandis que la sélection et la nomination à partir de la liste de la personne appelée à présider le tribunal serait obligatoire (c'est-à-dire que cette personne devrait obligatoirement être sélectionnée à partir de la liste, que la nomination soit effectuée par les parties au différend, les coarbitres ou une autorité de nomination).

v) *Mise en œuvre*

39. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la mise en œuvre des options de réforme peut exiger l'application de différents instruments. Par exemple, la mise en place d'un système de listes de réserve pourrait nécessiter une modification des règlements d'arbitrage ainsi qu'une coopération étroite avec les institutions administrant des affaires de RDIE, si elles venaient à participer à l'administration de ces listes.

c) **Associations possibles**

40. On notera que l'option consistant à créer une liste de réserve pourrait être associée soit aux méthodes en vigueur pour la sélection et la nomination des membres des tribunaux de RDIE, qui reposent sur la nomination par les parties, soit à d'autres méthodes, fondées par exemple sur la nomination par une autorité de nomination (A/CN.9/1004/Add.1, par. 103 et 104).

2. Mécanisme permanent

41. À la reprise de sa trente-huitième session, le Groupe de travail a tenu un débat préliminaire sur la sélection et la nomination des juges qui siègeraient au sein d'un organe permanent (A/CN.9/1004/Add.1, par. 115 à 129)³⁰. La prise en compte d'un organe permanent se fonde sur l'idée selon laquelle il convient de revoir le mécanisme de nomination par les parties dans le cadre du RDIE et de limiter la participation de ces dernières, puisqu'il n'est pas impératif que l'autonomie des parties constitue un élément essentiel du système (A/CN.9/1004/Add.1, par. 104).

42. S'il existait un organe permanent, les parties au différend n'auraient pas ou peu d'influence sur la sélection et la nomination des juges. En effet, un tel organe existe

³⁰ Voir également la proposition figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1 (Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres).

avant la survenue d'un différend (par opposition au régime actuel de RDIE fondé sur l'arbitrage où un tribunal de RDIE est constitué spécialement pour chaque différend).

43. À titre d'exemple, cette option de réforme serait comparable aux mécanismes de sélection et de nomination de tribunaux internationaux existants, où les États, en tant que parties au différend, n'ont pas leur mot à dire dans la sélection des personnes qui composent l'organe permanent, même s'ils ont participé à un tel processus de sélection en tant que parties à un traité³¹.

a) Composition d'un organe permanent

« Représentation pleine » ou « représentation sélective »

44. Une première question à examiner lors de la conception de la composition d'un mécanisme permanent de règlement des différends concerne le nombre de juges et, à cet égard, il convient de se demander si les États souhaitent créer des organes à « représentation pleine » ou à « représentation sélective »³². Dans les organes à représentation pleine, chaque État dispose d'un juge permanent, généralement un de ses ressortissants ; dans les tribunaux à représentation sélective, le nombre de sièges est inférieur au nombre d'États parties au statut du tribunal³³.

45. Ces choix conceptuels ont d'importantes répercussions sur la capacité de chaque État à contrôler la nomination d'un ou plusieurs juges et à influencer ainsi la prise de décisions au sein de l'organe juridictionnel.

46. Lorsqu'il a examiné cette question, le Groupe de travail a indiqué qu'une représentation pleine pourrait être difficile à mettre en place, en particulier compte tenu des incidences financières et du lien entre le nombre de juges et le nombre d'affaires (A/CN.9/1004/Add.1, par. 115). En effet, la gestion d'un organisme permanent comptant un grand nombre de membres peut s'avérer coûteuse et complexe. Selon une autre approche proposée, on rechercherait une large représentation géographique ainsi qu'une représentation équilibrée des sexes, des niveaux de développement et des systèmes juridiques, et on veillerait à ce que les statuts permettent l'augmentation du nombre de juges au fil du temps, au fur et à mesure de la croissance du nombre d'États participants.

47. Les tribunaux ayant une portée mondiale sont généralement des organes à représentation sélective, qui exigent que les juges soient tous de nationalité différente. Au sein de l'Organisation des Nations Unies (qui regroupe 193 États Membres), la Cour internationale de Justice (CIJ) compte 15 juges³⁴. En vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (qui regroupe 168 États parties), le Tribunal

³¹ Voir notamment les Règles régissant le règlement des différends : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 2, 15 avril 1994, art. 17-1 et 17-2 ; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), 4 novembre 1950, telle que modifiée par les Protocoles n^{os} 11 et 14, à compter de son entrée en vigueur le 1^{er} juin 2010, art. 20 à 23. On notera qu'à la CIJ, la composition de la Cour ne peut être influencée par les parties au différend que dans certaines circonstances, à savoir à travers la nomination d'un juge ad hoc et la constitution d'une chambre pour statuer sur des affaires particulières : Statut de la CIJ, art. 26-2 et 31-2.

³² Voir Rapport supplémentaire du CIDS, par. 21 à 27 ; voir aussi *Selection and Appointment in International Adjudication: Insights from Political Science*, Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen et Taylor St John.

³³ Des tribunaux régionaux tels que la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) (art. 20) exemplifient le principe de la pleine représentation. Des tribunaux à représentation sélective ont été constitués, notamment, dans les contextes suivants : Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (« Protocole sur la Cour africaine »), art. 11 ; Accord portant création de la Cour de justice des Caraïbes, 14 février 2001, art. IV ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, 21 novembre 1969, art. 52 ; Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, octobre 1979, résolution n^o 448 de l'OEA, art. 4.

³⁴ Voir les informations sur les activités et du tribunal et les affaires qu'il traite à l'adresse <https://www.icj-cij.org/public/files/annual-reports/2019-2020-fr.pdf>.

international du droit de la mer (TIDM) compte 21 juges³⁵. À l'Organisation mondiale du commerce (qui regroupe 164 États membres), l'Organe d'appel compte 7 membres.

48. En général, un tribunal à représentation sélective est susceptible d'accorder plus d'importance à la prise de décisions collective par les États au stade de l'élection. La conception de certains tribunaux à représentation sélective permet aux États qui n'ont pas de ressortissant y siégeant de nommer un juge ad hoc lorsqu'ils sont parties à une affaire, ce qui répond aux préoccupations selon lesquelles il faut disposer de membres qui connaissent les systèmes juridiques de toutes les parties au litige³⁶. La rotation entre États membres peut être une façon de faire en sorte que tous les États puissent voir un de leurs ressortissants nommé au tribunal³⁷.

49. Il est à noter que le nombre de juges devrait vraisemblablement reposer principalement sur le nombre estimé d'affaires qui seraient soumises à l'organe permanent. Dans le cas d'un mécanisme à deux degrés, on peut supposer que la seconde instance ne connaîtrait que d'un nombre limité d'affaires. Par conséquent, elle pourrait compter moins de juges que la première.

50. Enfin, le nombre de juges composant un organe permanent pourrait devoir évoluer au fil du temps, en raison de l'augmentation du nombre d'affaires ou du nombre de parties contractantes du fait de l'élargissement de l'adhésion. Les cours et tribunaux internationaux existants donnent une bonne illustration des ajustements qui pourraient être apportés³⁸. Plus précisément, dans un organe à représentation pleine, le nombre de juges sera modifié chaque fois qu'une nouvelle partie contractante adhérera au mécanisme. Dans un modèle de représentation sélective, les clauses de révision peuvent prévoir une procédure assurant l'augmentation progressive du nombre de juges³⁹.

51. Une autre option consisterait à créer une liste de réserve ou une liste de membres pouvant être utilisée par l'organe permanent pour sélectionner des collèges de trois juges qui siègeraient dans le cadre d'affaires spécifiques. Cela permettrait d'établir un vivier de juges beaucoup plus important dans lequel puiser. Les critères et procédures de nomination utilisés pour un tribunal permanent traditionnel pourraient servir à sélectionner les juges sur la liste ou la liste de réserve.

b) Nomination des candidats

52. Dans le cas où il y aurait une étape de simple nomination, avant la sélection et la nomination définitive, les candidats ([A/CN.9/1004/Add.1](#), par. 116) pourraient : i) être désignés par les États participants ; ii) être désignés par une entité indépendante établie au sein de l'organe permanent ; ou iii) envoyer eux-mêmes une déclaration d'intérêt.

³⁵ Pour une moyenne de 1,2 cas par an.

³⁶ Quatre tribunaux à représentation pleine disposent de systèmes ad hoc pour garantir qu'un ressortissant de chaque État défendeur peut présider lors du règlement des litiges auquel l'État est partie : la Cour centraméricaine de justice, la Cour économique de la Communauté des États indépendants, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et le Tribunal andin de justice ; pour une approche différente, voir le statut du TIDM, qui prévoit que chaque partie peut nommer un membre à la chambre ad hoc des chambres pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, tandis que le troisième arbitre est choisi d'un commun accord par les deux parties ; « Les membres d'une chambre ad hoc ne doivent être au service d'aucune des parties au différend, ni être ressortissants d'aucune d'entre elles » (Statut du TIDM, art. 36-3).

³⁷ Voir la Cour de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), où les postes des sept juges tournent entre les 15 États de la CEDEAO.

³⁸ Voir, par exemple, Déclaration du Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relative au règlement des différends entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran, datée du 19 janvier 1981, art. III-1 ; Statut de Rome de la CPI, 1^{er} juillet 2002, art. 36-2.

³⁹ Pour les clauses de révision des tribunaux internationaux, voir par exemple, Tribunal des différends irano-américains, Déclaration concernant le règlement des différends, art. III-1 ; Statut de Rome, art. 36-2 ; CETA, art. 8.27.3 ; Accord de libre-échange UE-Viet Nam, art. 12-3.

c) Processus de sélection et d'engagement

53. Les options pour le processus de sélection et d'engagement sont comme suit (A/CN.9/1004/Add.1, par. 118) : i) nominations directes par chaque État dans le cas de tribunaux pleinement représentatifs ; ii) désignation par les États membres de personnes dont la candidature est ensuite soumise au vote d'un organe international, généralement composé d'États ou de leurs représentants⁴⁰ ; ou iii) nomination des juges par une commission indépendante. La troisième option n'est utilisée que pour les engagements à la Cour de justice des Caraïbes (CCJ) et le recours aux engagements directs est également relativement peu fréquent⁴¹. Dans la plupart des tribunaux internationaux, les juges sont élus par un organe intergouvernemental qui vote à partir d'une liste de candidats préétablie.

i) Élection faisant intervenir les États participants (par scrutin ou par consensus)

54. Pour éviter de bloquer le processus de sélection, les élections par scrutin sont préférables aux élections par consensus. Il convient de noter que les États ont généralement la possibilité de voter pour plusieurs candidats, afin d'assurer de l'équilibre et une certaine diversité. Les règles de la majorité qualifiée garantissent généralement que les juges qui sont nommés sont admissibles pour la plupart des États.

ii) Sélection par un comité, éventuellement sous les auspices d'un organe du système des Nations Unies

55. On pourrait également envisager la sélection et l'engagement par un comité, qui pourrait établir une liste de juges, laquelle pourrait ensuite être approuvée par les États.

56. Une autre approche possible consisterait à désigner un ensemble d'États comme organe chargé de sélectionner et d'engager les juges. Il existe plusieurs tribunaux dont les juges sont choisis par les parties aux traités ou par un groupe d'États, même si ce dernier représente de plus nombreux États que ceux qui reconnaissent la compétence du tribunal⁴².

iii) Processus de présélection à plusieurs niveaux

57. Des comités de présélection et des comités de nomination consultatifs ainsi que des comités de nomination ont été mis en place dans certains tribunaux internationaux (A/CN.9/1004/Add.1, par. 118).

58. Les comités de présélection évaluent les candidatures avant l'élection afin de s'assurer que les juges potentiels remplissent les conditions requises et qu'ils ont les qualifications et l'expérience voulues. Ils sont composés d'experts et leur fonction est de filtrer les candidats. Même si les États conservent le contrôle des nominations, cette caractéristique vise à ce que soient désignés des juges hautement qualifiés et

⁴⁰ Les types d'organismes internationaux les plus pertinents sont les organes intergouvernementaux (tels que l'Assemblée des États parties pour la CPI) ou une assemblée parlementaire internationale (telle que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe pour la CEDH). Les juges de la CIJ ont besoin d'une majorité tant à l'Assemblée générale qu'au Conseil de sécurité des Nations Unies.

⁴¹ Par exemple, engagement direct par les États de quatre des cinq juges du Tribunal permanent de révision du MERCOSUR ; ainsi que des juges du Tribunal économique de la Communauté d'États indépendants (CEI).

⁴² Voir, par exemple, la sélection des juges de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples par les États membres de l'Union africaine ; l'élection des juges de la CIJ par l'Assemblée générale des Nations Unies ; les juges du TIDM sont sélectionnés par les États parties à la Convention du droit de la mer, même si ceux-ci n'acceptent généralement pas le Tribunal comme instance de règlement des différends.

indépendants. Il ne relève pas du rôle des comités de présélection de consulter des entités non étatiques⁴³.

59. Par contraste, les comités consultatifs de nomination représentent un moyen de permettre à des entités non étatiques de participer au processus de sélection, tout en réservant la décision finale aux États. La phrase de consultation peut renforcer la transparence du processus de sélection et favoriser une plus large acceptation du mécanisme de règlement des différends – certaines parties prenantes pourraient être associées à la sélection (par exemple, des représentants des investisseurs et d'autres parties ayant un intérêt dans l'interprétation et l'application des traités d'investissement et l'issue du litige, telles des associations professionnelles actives dans le domaine du droit international et la société civile (A/CN.9/1004/Add.1, par. 121))⁴⁴.

d) Différenciation du processus de nomination et de sélection entre le premier et le deuxième degré

60. Les méthodes de sélection et de nomination des juges au niveau de l'appel pourraient suivre un modèle semblable à celui du tribunal de première instance de RDIE, ou bien différentes exigences et procédures pourraient être prévues pour la sélection et à la nomination des juges selon le degré juridictionnel (A/CN.9/1004/Add.1, par. 122)⁴⁵. Plusieurs possibilités semblent exister quant à la sélection des membres de l'organe d'appel en particulier. Une première approche consisterait à pouvoir nommer les juges de première instance et d'appel à partir d'une unique liste de candidates et candidats. Une seconde approche serait de disposer d'un organe d'appel permanent composé d'un nombre fixe de membres⁴⁶ qui pourraient être tenus de satisfaire à certaines exigences spécifiques, telles qu'une large expérience du règlement des différends.

61. Une autre question serait de savoir s'il convient de prévoir un système de juges ad hoc similaire à celui de la CIJ, afin de répondre aux préoccupations concernant la bonne compréhension et la prise en compte des intérêts nationaux, locaux ou régionaux⁴⁷. Il pourrait s'agir, par exemple, de disposer d'un juge ad hoc de la nationalité de l'État et de l'investisseur, comme membre du tribunal ou du collège des juges ou d'une assemblée plénière de réexamen du tribunal, afin que celui-ci, sans examiner les faits de l'affaire ni formuler de décision, garantisse que la rectitude conformément au droit international est vérifiée et assurée de manière adéquate. Une autre possibilité serait de prévoir qu'un juge de la CIJ fasse partie de chaque collège de juges, afin de garantir que les éléments de droit international public de l'affaire soient bien compris et pris en considération.

⁴³ Par exemple, un comité prévu par l'article 255 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne a été créé pour évaluer les candidats nommés à la CJUE en 2010. Le comité se contente de formuler des recommandations et il « est composé de sept personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal, des membres des juridictions nationales suprêmes et des juristes possédant des compétences notoires, dont l'un est proposé par le Parlement européen » (art. 255 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

⁴⁴ Pour la plupart des processus de sélection, on se fonde sur l'hypothèse selon laquelle les gouvernements, lorsqu'ils prennent des décisions de nomination, représentent les points de vue d'un large éventail de parties prenantes ; il convient de noter que même s'ils ne sont pas formellement impliqués dans le processus de sélection, les acteurs non étatiques peuvent jouer des rôles informels (notamment en examinant dans le détail les candidatures proposées pour s'assurer que les personnes concernées ont les antécédents et les qualifications souhaités).

⁴⁵ *The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn et Mariachiara Malaguti, qui traite de l'effet de l'instance d'appel sur la sélection et la nomination des juges.

⁴⁶ Par exemple, le comité d'arbitrage de l'OMC et l'Accord économique et commercial global (CETA).

⁴⁷ Selon l'article 31 du Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ), toute partie à une affaire (si elle n'a pas sur le siège de juge de sa nationalité) peut désigner une personne supplémentaire de son choix pour siéger en qualité de juge dans cette affaire uniquement.

e) Durée du mandat et renouvellement

62. S'agissant de la durée du mandat et de son renouvellement, il a été avancé plusieurs options au sein du Groupe de travail, notamment la possibilité d'un mandat plus long non renouvelable, ce qui pourrait éviter que les membres ne soient soumis à des influences indues. Ont été notées la nécessité d'assurer la sécurité financière, la capacité d'attirer des candidats de qualité et la concentration d'expérience et de compétences au sein du tribunal (A/CN.9/1004/Add.1, par. 123).

63. La durée des mandats établis par les tribunaux internationaux varie de quatre⁴⁸ à six⁴⁹ ou neuf⁵⁰ ans. Un tribunal ne prévoit aucune limite temporelle⁵¹. Les nominations pourraient également être échelonnées à des intervalles de trois ans afin que l'arrivée de nouveaux juges soit progressive⁵².

64. Les mandats pourraient être renouvelables ou non. Si elles peuvent renforcer l'indépendance, les nominations pour des mandats uniques à durée déterminée peuvent aussi potentiellement affaiblir le principe de responsabilité au sein du système. Le fait de ne pas pouvoir renouveler le mandat des juges signifie que de précieuses réserves d'expérience se perdent et que la continuité de la qualité de la direction risque de s'atténuer⁵³. Des mandats judiciaires relativement longs et échelonnés pourraient être prévus, ce qui serait une façon de limiter le risque que des mandats non renouvelables réduisent à la fois l'expérience collective du tribunal et le vivier de candidats disponibles⁵⁴.

65. Les mandats renouvelables sont relativement courants dans les tribunaux internationaux⁵⁵. Certains tribunaux imposent des limitations, en n'autorisant par exemple qu'un seul renouvellement⁵⁶. Les mandats renouvelables peuvent contribuer au renforcement du principe de responsabilité car les États peuvent fonder les décisions de renouvellement des nominations sur les résultats obtenus par les juges. Toutefois, le respect du principe de responsabilité peut se faire au détriment de l'indépendance judiciaire, dans la mesure où les juges qui souhaitent être reconduits dans leurs fonctions peuvent être incités à satisfaire les personnes qui contrôlent les décisions de renouvellement. Ces préoccupations peuvent être particulièrement fortes dans les tribunaux qui font preuve de transparence sur la manière dont les juges ont voté, par exemple en autorisant les opinions dissidentes, car cette transparence augmente la capacité des États membres à contrôler la manière dont les juges ont statué sur des affaires passées.

f) Procédures de révocation

66. S'agissant des motifs de révocation, la plupart des statuts des tribunaux internationaux font état de manquements et de l'incapacité d'exercer ses fonctions

⁴⁸ Voir, par exemple, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et le comité d'arbitrage de l'OMC.

⁴⁹ Voir, par exemple, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ainsi que, dans le cadre de l'arbitrage international, les panels du CIRDI.

⁵⁰ Voir la CIJ, la CEDH et le TIDM.

⁵¹ La Cour de justice des Caraïbes, qui prévoit « jusqu'à ce que [un juge] atteigne l'âge de soixante-douze ans ».

⁵² On peut noter que certains tribunaux prévoient également des limites d'âge (voir le rapport supplémentaire du CIDS, par. 164).

⁵³ Sont prévus des mandats explicitement non renouvelables dans les organes suivants : Cour de justice de l'Afrique de l'Est, CEDH, Cour de justice de la CEDEAO, CPI et Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA).

⁵⁴ Par exemple, lorsqu'ils sont devenus non renouvelables en 2010, les mandats des juges de la CEDH ont également été étendus de six à neuf ans.

⁵⁵ Les mandats sont renouvelables à la CIJ, au TIDM, au TPIY, à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, et au comité d'arbitrage de l'OMC.

⁵⁶ Voir, par exemple, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, comité d'arbitrage de l'OMC.

pour cause de maladie. Le projet de code de conduite contient également des dispositions en la matière.

67. En ce qui concerne les demandes et les décisions de révocation, les différents systèmes vont de ceux qui laissent ce pouvoir aux juges à ceux où les États interviennent ou contrôlent le processus. Le plus souvent, les tribunaux internationaux conservent la capacité de révoquer les juges, ce qui nécessite soit une décision unanime des juges restants, soit une décision à la majorité ou à la majorité qualifiée⁵⁷. Dans certains cas, les États ont la capacité de passer outre à la décision des tribunaux d'un commun accord. Dans certains tribunaux internationaux, tant les États que l'organe lui-même interviennent dans la décision de révoquer un juge. En général, il faut pour cela que l'instance (ou un tribunal spécialement constitué) examine la plainte contre un juge, puis fasse une recommandation en vue de la décision finale qui sera prise par un organisme intergouvernemental⁵⁸.

g) Attribution des affaires aux membres d'un organe permanent

68. Des questions ont été soulevées au sein du Groupe de travail sur les critères à appliquer pour l'attribution des affaires. Il a été proposé que la méthode mise en œuvre tienne compte des spécificités de l'espèce, notamment de l'éventuelle implication d'un pays en développement et de la nécessité, pour le tribunal, de prendre en considération un certain nombre d'autres aspects (aspects environnementaux et sociaux ou promotion des investissements, par exemple). Il a été mentionné la nécessité d'attribuer l'affaire au membre qui serait le mieux à même de la traiter. Dans le cas où le membre désigné n'aurait pas les compétences spécifiques requises pour s'occuper de certaines questions (calcul des dommages-intérêts, par exemple), il a été dit que l'on pourrait faire appel à des experts. On s'est interrogé sur la manière dont le processus d'attribution pourrait garantir la diversité des juges ([A/CN.9/1004/Add.1](#), par. 126).

69. Dans les tribunaux internationaux, la répartition des affaires se fait en fonction de différents modèles⁵⁹. En ce qui concerne la sélection des juges pour des affaires spécifiques, le processus pourrait être aléatoire ou relever du secrétaire général de l'institution administrant une liste d'arbitres ou bien encore, l'organe permanent pourrait avoir un unique président à plein temps qui serait chargé de nommer les juges pour des affaires spécifiques ([A/CN.9/1004/Add.1](#), par. 125).

70. Dans une communication sur cette option de réforme, il est suggéré que, dans une certaine mesure, les juges soient nommés dans les divisions du mécanisme permanent de façon aléatoire pour faire en sorte que les parties aux différends ne puissent pas savoir à l'avance qui va statuer sur leur affaire.

h) Autres questions

71. La présente note a pour sujet la sélection et la nomination des membres des tribunaux de RDIE, et ne couvre pas l'ensemble plus large des questions de procédure relatives à chaque modèle. Le Groupe de travail voudra peut-être prendre note des questions suivantes concernant un organe permanent qui ont été posées lors de la reprise de sa trente-huitième session : i) où l'organe permanent serait-il implanté (le cas échéant) ; ii) l'organe permanent serait-il établi au sein d'une organisation existante (éventuellement d'un organe du système des Nations Unies) ou créé en tant

⁵⁷ Par exemple, à la CEDH, tout juge peut demander la révocation d'un autre juge et la décision de révocation doit être prise à la majorité des deux tiers des juges.

⁵⁸ Les juridictions qui disposent d'une procédure de révocation de ce type sont la Cour de justice de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC), la Cour de justice de la CEDEAO, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la CPI. Les tribunaux où les États contrôlent la révocation des juges comprennent la Cour de justice du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) et la Cour de justice de l'Afrique de l'Est.

⁵⁹ Voir Rapport supplémentaire du CIDS, par. 183 à 198.

qu'organe distinct ; et iii) faudrait-il mettre en place un mécanisme de résolution des problèmes qui pourraient survenir après la création de l'organe.

i) Réalisation

72. La création d'un mécanisme ou organe permanent nécessiterait que soient élaborés des statuts pour déterminer les modalités de sélection et de nomination des membres du tribunal et le mode de fonctionnement de ce dernier. Cela supposerait l'élaboration d'une convention assortie d'une procédure d'acceptation expresse pour leur application aux traités d'investissement existants, comme on le propose dans les communications susmentionnées.
