



## MISE EN PLACE D'UN MECANISME PERMANENT DE REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX DANS LE CADRE DE LA REFORME DU RDIE

Réunion francophone informelle en ligne préparatoire à la 48<sup>ème</sup> session  
du Groupe de travail III de la CNUDCI

27 mars 2024, 15h00 - 17h00 (UTC+1)

Note de synthèse<sup>1</sup>

Dans le cadre de son accompagnement des pays francophones pour la préparation de leurs contributions aux discussions sur la réforme du RDIE, l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF) a organisé le 27 mars 2024 une réunion en ligne portant sur la mise en œuvre d'un mécanisme permanent pour le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux, dont le projet de statut fera l'objet des discussions de la 48<sup>e</sup> session du groupe de travail III de la CNUDCI, prévue à New York du 1<sup>er</sup> au 5 avril 2024.

Cette note propose une synthèse des principales considérations dégagées des échanges de cette réunion informelle francophone.

### LE CONSENSUS AUTOUR DES LIMITES DU RDIE TRADITIONNEL

De manière générale, les préoccupations exprimées au sujet de l'arbitrage d'investissement sont partagées par tous les États même s'il a été rappelé que des nuances dans les positions pouvaient être identifiées, y compris entre États francophones. Le constat est, dans l'ensemble, celui d'un RDIE dans lequel :

- les conflits d'intérêt ne sont pas suffisamment régulés (la possibilité de siéger à la fois comme arbitre et comme avocat cristallise notamment de nombreuses critiques) ;
- la jurisprudence manque de cohérence et de prévisibilité car chaque tribunal est isolé et applique des règles différentes ; ce manque de cohérence est renforcé par l'éclatement du contentieux de l'annulation devant les juges nationaux ;

---

<sup>1</sup> Note préparée pour le compte de l'OIF par M. Arnaud de Nanteuil, Professeur de droit public, Université de Paris-Est Créteil.

- la capacité des États à réglementer n'est pas suffisamment protégée ;
- la transparence des procédures est insuffisamment assurée ;
- les droits des tiers potentiellement affectés par les affaires sont insuffisamment pris en compte ;
- les pays en développement manquent des capacités techniques et financières pour faire face à ces litiges.

Le tout conduisant à un manque de légitimité du système dans la perception majoritaire. Les travaux du groupe III tentent de répondre à ces préoccupations en proposant la mise en place d'un mécanisme permanent en remplacement de l'arbitrage. Deux options sont toutefois sur la table : celle d'un mécanisme composé de deux niveaux (première instance et appel), qui remplacerait alors totalement l'arbitrage, et celle d'un mécanisme d'appel applicable à un arbitrage « amélioré ». Faute de consensus, les négociations se poursuivent sur ces deux projets parallèlement, qui entretiennent des liens étroits à travers le mécanisme d'appel.

Les États entendus lors la réunion informelle ont convenu de la nécessité d'une réforme tout en rappelant leur besoin de demeurer accueillants pour les investissements étrangers. Le projet de mécanisme permanent doit donc aussi rechercher l'équilibre entre ces deux préoccupations.

La note se concentre sur certains aspects spécifiques de la réforme qui appellent une attention particulière de la part des délégations (sans exhaustivité, ce sont là les points principaux qui ont été abordés lors de la réunion informelle). Six points sont ici abordés : l'indépendance des juges (I), la cohérence de la jurisprudence (II), les cas d'ouverture de l'appel (III), le champ d'application du mécanisme (IV), le renforcement des capacités des pays en développement (V) et enfin, très brièvement, la question des normes substantielles qui ne relève pas du mandat du groupe III mais constitue un enjeu majeur pour l'avenir (VI).

## I. INDÉPENDANCE DES JUGES

La principale innovation en matière d'indépendance des juges est de passer d'un mode de désignation par les parties (qui entraîne une polarisation excessive dans l'arbitrage, certains arbitres étant clairement étiquetés « pro-investisseur » ou « pro-État ») à un mode plus neutre : désignation par un comité de sélection et élection formelle par la conférence des parties. Des critères de compétence et de respect d'une répartition géographique doivent être respectés dans la désignation des personnalités appelées à siéger. Ce mécanisme s'éloigne totalement d'une logique arbitrale dans laquelle la désignation se fait par les parties. Plusieurs points d'attention sont toutefois à relever :

- *La composition du comité de sélection.* Le passage par un comité est une bonne chose pour rompre le lien de dépendance entre le juge et la partie qui le nomme. Mais la question se pose de savoir qui siège au sein du comité, quels sont les critères de sélection et les garanties d'indépendance des membres du comité de sélection lui-même. S'ils ne sont désignés que par les États, on pourrait craindre le remplacement

d'un déséquilibre par un autre, aussi la présence de représentants des investisseurs ou du secteur économique au sein du comité de sélection pourrait être une suggestion utile.

- *La régulation des rôles.* La question de la double casquette (conseil/juge) est réglée en ce qu'il s'agit de missions à temps plein, qui interdisent des missions de conseil parallèlement à la fonction de juge. Mais *quid* de la fonction d'arbitre ? Il y a eu devant les juridictions internationales (notamment la CIJ) des difficultés liées aux mandats d'arbitres acceptés par certains juges de la Cour. Il est essentiel d'anticiper ce point et de déterminer si la fonction de juge au sein du mécanisme permanent est exclusive de toute autre fonction d'arbitre international.
- *Le fonctionnement de la juridiction.* La question de l'attribution d'une affaire donnée à une formation de jugement (« groupe spécial ») : il appartient au président de la juridiction de déterminer, pour chaque affaire, les trois juges qui, parmi l'ensemble des juges du mécanisme, seront chargés de juger une affaire. Mais le choix d'attribuer un dossier à un panel donné ne semble pas reposer encore sur des critères identifiables. En fonction de l'objet du litige, des connaissances juridiques nécessaires ou de tout paramètre propre à une affaire, la désignation d'un panel plus qu'un autre peut se justifier mais il importe que la juridiction puisse bénéficier ainsi de cette souplesse et qu'il soit possible d'identifier les critères présidant à l'attribution d'un dossier à un groupe spécial donné.
- *Le mode de décision.* L'expérience montre qu'une institution juridictionnelle n'est pas exempte de toute récupération politique (v. l'ORD à l'OMC, ou certaines juridictions pénales internationales). Le recours au vote à la majorité pourrait être souhaitable pour éviter les blocages, qui sont quasi inéluctables lorsque les décisions sont prises à l'unanimité ou au consensus.
- *L'implication des deux parties.* Il serait possible de prévoir une meilleure implication des parties au stade de la désignation, par exemple en les consultant au moment du choix du groupe spécial. A l'inverse, en cas du choix de l'option limitée à la mise en place d'un organe d'appel, il serait possible d'introduire une dose de juridictionnalisation au sein de l'existant, en demandant par exemple aux institutions d'arbitrage de désigner les arbitres en lieu et place des parties.

## II. COHÉRENCE DE LA JURISPRUDENCE

Le manque de cohérence (et donc de prévisibilité) est dû à un éclatement complet du RDIE actuel à la fois au stade de l'arbitrage (chaque tribunal arbitral composé différemment applique des règles différentes à des faits différents) et au stade postérieur à la sentence (l'exécution et l'annulation sont en règle générale recherchées devant un juge national qui applique son propre droit). L'absence de règle du précédent conduit les tribunaux à jouir de la plus grande liberté. S'il existe tout de même des convergences, la mise en place d'un organe d'appel serait la

réforme la plus à même de répondre à cette faiblesse. Les points d'attention sur cette question sont les suivants :

- *La compétence exclusive.* La dimension exclusive de l'appel (qui exclut donc tout autre recours) constitue une garantie essentielle pour préserver la cohérence du système : tout recours parallèle doit être exclu, notamment les recours en annulation.
- *Les décisions susceptibles d'appel.* Il est entendu que seules certaines décisions devraient être soumises à l'appel, à l'exclusion notamment des ordonnances d'organisation de la procédure. Ce point est important mais se pose ici le problème de la compatibilité avec l'existant dans l'hypothèse d'une réforme faisant le choix de la seule mise en place d'un organe d'appel : la procédure serait incompatible avec les règlements d'arbitrage qui interdisent l'appel contre les sentences. C'est le cas notamment du CIRDI de sorte qu'échapperaient à l'appel la majeure partie des sentences rendues en matière d'investissement.
- *Le consentement de l'investisseur.* En cas de maintien d'une logique d'arbitrage, quel que soit le règlement applicable, le consentement des investisseurs à l'appel serait nécessaire pour qu'il puisse avoir lieu, ce qui signifie qu'il faudrait le recueillir au cas par cas. Une possibilité pourrait être d'intégrer ce consentement de manière systématique dans les instruments applicables ou les règlements d'arbitrage pour assurer que le recours à l'arbitrage par l'investisseur englobe le consentement à l'appel.
- *La règle du précédent.* Il n'est sans doute pas nécessaire de prévoir une obligation formelle de respecter les précédents : si l'appel se normalise, les tribunaux auront tout intérêt à suivre les décisions de l'organe d'appel pour éviter de voir leurs sentences annulées et/ou réformées. Il est dans l'intérêt d'un juge, en toute hypothèse, de respecter les décisions des juridictions supérieures.

### III. CAS D'OUVERTURE DE L'APPEL

Au-delà du principe même de l'appel, se pose la question des cas d'ouverture, c'est-à-dire des situations dans lesquelles une annulation et/ou une réformation de la décision de première instance est possible.

- *Relation entre appel et annulation.* Le rapport entre les cas d'ouverture de l'appel et les causes d'annulation qui existent aujourd'hui mériterait sans doute d'être clarifié car il existe un risque de recoupement. Par ailleurs, compte tenu de l'interprétation parfois très stricte qui a pu être retenue de certains motifs dans le cadre de l'annulation, la question se pose de savoir si la jurisprudence interne et internationale sur l'annulation pourrait offrir un éclairage aux futurs juges de l'appel.
- *Erreur « manifeste » de droit ou de fait.* L'un des motifs de réformation est l'erreur de droit ou de fait. S'agissant de cette dernière il semble qu'elle doive être « manifeste » (ce qui permet d'éviter un appel pour une simple erreur matérielle) mais la question n'est pas tranchée pour l'erreur de droit. Or, l'enjeu est considérable : dans ce cas,

l'erreur « manifeste » est plus difficile à prouver et la pratique montre que cet adjectif réduit souvent les possibilités de recours, en tout cas dans le cadre du recours en annulation. L'enjeu est d'autant plus important lorsque que les règles applicables au fond varient d'un cas à l'autre : puisqu'elles sont différentes, l'erreur de droit est de toute façon plus difficile à prouver. Si elle doit être « manifeste », le seuil est encore plus élevé.

- *Dommages et intérêts.* Il est important que les aspects de la décision relatifs aux dommages et intérêts soient couverts par la possibilité de l'appel car c'est un enjeu majeur (sinon l'enjeu principal) d'un RDIE plus équilibré. L'ouverture de l'appel sur ces questions favoriserait une plus grande cohérence et une meilleure prévisibilité de la pratique à ce sujet.

#### IV. CHAMP D'APPLICATION DU MÉCANISME

Quelle que soit l'option choisie, le principe d'une justice ouverte aux investisseurs contre les États est acquis. Mais l'on peut se demander si, au regard de l'ambition de la réforme, se limiter à cette approche ne serait pas finalement une occasion manquée. Sur ce point les enjeux suivants sont à souligner :

- *Ouverture aux tiers.* Il n'est pas rare que des projets de grande envergure affectent des tiers à l'opération (notamment les populations autochtones dans les projets miniers) mais qui, n'étant ni États ni investisseurs, n'ont pas accès à cette justice. On pourrait envisager de leur ouvrir l'accès à ce nouveau tribunal, dans des conditions précises à définir. Il s'agirait ainsi d'éviter de les cantonner au rôle d'*amicus curiae* dont l'intervention dépend aujourd'hui de la volonté du tribunal et des parties et qui est limité à une fonction purement consultative.
- *Quantité de dossiers.* L'ouverture aux tiers ouvre aussi le risque d'un accroissement considérable du nombre d'affaires. Il est donc essentiel de définir les conditions dans lesquels un tiers peut être considéré comme « affecté » par une affaire et ainsi avoir la possibilité d'engager une procédure.
- *Relation avec les autres juridictions.* La question devrait être posée également de l'identification des litiges soumis au mécanisme. Certains litiges pourraient être soumis à des dispositifs nationaux ou régionaux existants, comme la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, ou qui se développent en ce moment même : dans le cadre de la ZLECAF par exemple ou de l'Organisation de la Conférence Islamique. La réforme doit être pensée en tenant compte des potentialités des autres juridictions.

#### V. RENFORCEMENT DES CAPACITES DES PAYS EN DEVELOPPEMENT

Un contentieux entre un État étranger est très long et très coûteux et suppose généralement des compétences techniques pointues. Un certain nombre d'États ne disposent pas des ressources humaines et financières nécessaires pour y faire face et la réforme du RDIE en soi

ne règlera pas cette problématique. Cela donne tout son sens au projet de centre consultatif qui est un aspect fondamental de la réforme et qui vise précisément à fournir une assistance technique aux États qui se trouveraient impliqués dans des litiges avec des investisseurs étrangers. Plusieurs points d'attention sont à relever ici également.

- *Besoin d'assistance.* Les États confirment un net besoin d'assistance car une affaire, même si elle n'aboutit pas à la condamnation de l'État, est une charge pour les finances publiques de celui-ci. Sauf cas particulier, il aura en effet à assumer les frais d'avocats qui sont très importants.
- *Localisation.* La localisation de ce centre n'est pas fixée mais il semble impératif que le siège ou l'un de ses démembrements régionaux se situe dans un État francophone. Derrière la langue se cache en effet une approche du droit et la place de la langue française comme celle de l'approche du droit qu'elle véhicule doivent être préservées dans les relations d'investissement. Il est donc important que les pays francophones se positionnent et s'assurent d'héberger une partie des institutions.

## VI. ENJEU DES NORMES SUBSTANTIELLES

Un consensus évident mais fondamental se dessine sur le fait que les réformes projetées dans le cadre du groupe III sont essentielles mais elles sont limitées à une partie de la question, qui est l'aspect procédural de la problématique. Une meilleure définition des règles de fond est également de première importance car changer le juge sans changer les règles qu'il applique ne résout pas les problèmes venus aussi de ces dernières. Le standard de « traitement juste et équitable », la protection des « attentes légitimes » ou la réglementation de l'« expropriation indirecte » ouvrent en effet la voie à de nombreuses interprétations possibles. Canaliser la marge d'appréciation des juges pourrait être une manière de mieux anticiper la façon dont ces normes seront imposées aux États.

Il en va de même des règles de calcul des indemnisations, qui reposent sur une approche économique et financière destinée à établir la valeur de l'investissement et des profits perdus. Une meilleure définition du standard applicable et des méthodes serait souhaitable.

Une approche plus précise sur ces points est nécessaire afin d'assurer une meilleure prévisibilité et un plus grand équilibre du système dans son ensemble. Ces problématiques vont très au-delà des limites du mandat du groupe de travail III mais il faut les conserver à l'esprit en discutant des questions procédurales.