



PROJETS DE DISPOSITIONS RELATIVES AUX QUESTIONS DE PROCEDURES ET AUX QUESTIONS TRANSVERSALES : DEMANDES RECONVENTIONNELLES ET DROIT DE REGLEMENTER

**Réunion francophone informelle en ligne préparatoire aux prochaines
sessions du Groupe de travail III de la CNUDCI**

26 mai 2025, 14h30 - 16h30 (UTC+2)

Synthèse des discussions¹

Dans le cadre des travaux de la CNUDCI sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), l'évolution des règles de procédure est considérée comme un élément central pour répondre aux préoccupations recensées par le Groupe de travail III. Ses membres ont identifié une série de questions de procédures et de questions transversales pour lesquelles des projets de dispositions sont en cours de discussion. Ces dispositions pourraient compléter le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), voire s'appliquer à tout autre règlement (notamment les règles CIRDI), ou être intégrées sous forme de dispositions conventionnelles dans des accords existants ou futurs.

Poursuivant l'accompagnement de ses pays membres dans la préparation de leurs contributions aux discussions sur la réforme du RDIE, l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF) a organisé le 26 mai 2025, en collaboration avec la CNUDCI, une réunion francophone informelle en ligne pour se pencher sur deux projets de disposition portant sur des questions apparaissant particulièrement importantes pour les Etats, notamment en développement : les demandes reconventionnelles et le droit de régler.

Les deux questions abordées soulèvent des enjeux différents mais ont en commun la perspective d'un rééquilibrage du règlement des différends investisseurs-États (RDIE) pour une meilleure prise en compte de l'intérêt public. Toutefois la légitime protection des investissements demeure une préoccupation et explique que les sujets fassent l'objet de discussions approfondies. Les interventions ont permis de mettre en avant les enjeux liés aux deux questions abordées et de

¹ Cette note a été rédigée avec la collaboration du Professeur Arnaud de Nanteuil. Elle a pour objectif de refléter les propos tenus lors la réunion, et ne représente pas nécessairement le point de vue de l'auteur.

souligner les apports comme les marges de progression du texte adopté par le groupe III en l'état des négociations.

I. Contexte général des négociations

Les éléments principaux du texte en l'état des négociations peuvent ici être mis en avant.

S'agissant des demandes reconventionnelles, qui permettent à un État poursuivi de formuler à son tour des réclamations contre l'investisseur, le texte impose deux conditions cumulatives : qu'elles présentent un lien avec la demande principale et qu'elles invoquent un manquement de l'investisseur à un texte qui lui est opposable (lequel peut être, suivant les circonstances, un contrat, le droit interne ou un traité). Le texte prévoit également un consentement présumé de l'investisseur à la possibilité d'une demande reconventionnelle, laquelle doit être présentée au moment du mémoire en défense. Enfin, un paragraphe ajouté plus récemment prévoit une clause d'option irrévocable consistant à ce que l'investisseur ne puisse plus, une fois la demande reconventionnelle introduite, abandonner sa réclamation et aller présenter une nouvelle demande devant un autre tribunal.

S'agissant du droit de réglementer, la question s'est d'abord posée de savoir s'il relevait du mandat du groupe de travail, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une question procédurale *stricto sensu*. La réponse positive a été apportée toutefois dans la mesure où la question est très étroitement liée au règlement des différends puisqu'elle peut avoir un impact sur l'étendue de la compétence du juge ou de l'arbitre et sur la détermination des montants d'indemnisation. Sur le fond, le texte propose plusieurs options qui correspondent aux tendances constatées en pratique, l'approche n'étant pas univoque dans les traités. La première consiste à préserver le droit des États d'adopter des mesures visant à s'assurer que l'investissement respecte certaines normes liées à l'intérêt public, la seconde invite les juges/arbitres à tenir compte de la nécessité pour les États d'adopter de telles mesures, éventuellement en application de leurs engagements internationaux et la troisième exclut purement et simplement de tout examen par un tribunal les mesures qui poursuivent un objectif d'intérêt général, qui reste à identifier. Ces trois options ont chacune leurs intérêts et leurs limites, qui rend nécessaire l'approfondissement des discussions dans le cadre du groupe de travail.

II. Les demandes reconventionnelles

La question des demandes reconventionnelles est une question centrale puisqu'elle est la technique principale par laquelle l'État peut se trouver en position de demandeur contre l'investisseur et donc la seule susceptible de mettre fin à l'asymétrie (à la fois procédurale et substantielle) des règles de protection des investissements internationaux. Il est logique qu'elles n'aient pas été envisagées au départ, car les traités de protection des investissements avaient bien une visée unilatérale : celle de protéger les investissements des pays du Nord dans les pays du Sud. Cette tendance ne s'est réellement inversée qu'au tournant des années 2010, sous l'influence de trois facteurs principalement : d'abord une meilleure prise en compte des préoccupations sociales et environnementales y compris dans les règles économiques, ensuite un plus grand écho donné aux positions des pays en développement qui n'avaient de cesse de remettre en cause le système tel qu'il fonctionnait et enfin une inversion du schéma classique dans lequel les pays développés sont passés d'une position exclusive d'exportateurs de capitaux à une position de pays d'accueil, commençant parfois à être poursuivis à leur tour par des investisseurs étrangers.

Dans ce contexte, les demandes reconventionnelles ont commencé à être formulées mais aussi et surtout à prospérer. Si certaines demandes avaient été formulées à une date ancienne – la toute première demande reconventionnelle formulée dans un arbitrage CIRDI le fut par la Côte d’Ivoire en 1977 dans le cadre de l’affaire *Gardella* (sur le fondement d’un contrat) –, la possibilité de telles demandes n’a été introduite dans les traités plus récemment. Des dispositions à ce sujet ont ainsi vu le jour dans de nombreux textes applicables sur le continent africain, notamment dans les modèles de traités publiés par le Marché commun d’Afrique centrale et orientale (COMESA) ou la Communauté de développement de l’Afrique australe (SADC) ou encore dans un certain nombre de TBI marocains. Mais au-delà de l’Afrique, la décennie 2010 a surtout été marquée non seulement par la formulation de demandes reconventionnelles mais aussi par le succès de certaines d’entre elles sur le fond. Elles furent d’abord envisagées sur le fondement de contrats mais un pas essentiel fut franchi avec la sentence *Urbaser c. Argentine* qui, en 2016, envisageait la possibilité d’une demande reconventionnelle entièrement fondée sur un traité et dans laquelle l’État pourrait reprocher à l’investisseur une violation du droit international. Si elle n’a pas prospéré sur le fond faute pour le tribunal de parvenir à identifier une obligation internationale opposable à l’investisseur telle que celle invoquée par l’État (le droit à l’eau), plusieurs demandes reconventionnelles furent couronnées de succès par la suite, dans des litiges contractuels (notamment dans les affaires *Burlington* et *Perenco c. Equateur*). Si l’affaire *Urbaser* a donc révélé les limites du droit international contemporain, ces différentes évolutions montrent que les parties semblent désormais admettre plus facilement le principe même des demandes reconventionnelles et que le recours à celles-ci se normalise dans le contentieux international de l’investissement.

Dans ce contexte, il est assez naturel que la question ait été abordée par le groupe de travail III, même si certains points méritent sans doute une part d’éclaircissement :

- La question de la pertinence d’imposer un lien avec la demande principale soit être posée. En réalité, le lien devrait plutôt être exigé avec l’objet du litige car l’objectif des demandes reconventionnelles est d’offrir aux États la possibilité de poursuivre les investisseurs qui commettraient des illégalités. Or, il se pourrait que dans un cas donné ces illégalités soient sans lien avec les actes dont se plaint l’investisseur devant le tribunal arbitral. En pareil cas, la demande reconventionnelle pourrait être jugée irrecevable, alors qu’elle pourrait être légitime. Exiger qu’elle ait un lien avec l’objet du litige permet ainsi d’ouvrir les possibilités d’y avoir recours.
- La question de la présomption du consentement des parties exprimée par la disposition en l’état ne règle pas tout : reconnaître une possibilité d’une manière générale ne signifie pas qu’elle pourra effectivement être mise en œuvre. La présomption ne règle pas la question de la compétence du tribunal pour connaître d’une demande reconventionnelle, qui dépend du consentement des parties à sa compétence et en particulier, il se peut que le traité ne comporte que des obligations à la charge de l’État et n’en inclue aucune à la charge de l’investisseur. En pareil cas, un tel traité ne pourrait pas servir de fondement à une demande reconventionnelle, de sorte que la seule acceptation de principe n’est pas une garantie absolue qu’elles puissent être formulées.
- La renonciation à tout autre recours est sans doute une excellente chose mais elle est en réalité sans incidence sur la compétence du tribunal arbitral pour connaître d’une demande reconventionnelle. Elle permet toutefois de préserver celle-ci si elle est établie mais ne permet pas de l’établir par elle-même. Il convient, en toute hypothèse, d’accompagner la possibilité des demandes reconventionnelles de dispositions de fond

impliquant des obligations pour les investisseurs sans quoi les demandes se trouveraient sans objet. Le protocole de protection des investissements de la ZLECAF offre à cet égard une illustration d'un texte particulièrement avancé en matière de proclamation d'obligations à la charge des investisseurs même si pour l'heure le protocole sur le règlement des différends ne semble pas envisager l'introduction des demandes reconventionnelles.

Pour les pays en développement, une clarification et une facilitation du recours aux demandes reconventionnelles pourrait s'avérer très utile, sous réserve de pouvoir disposer des équipes de juristes compétents pour les assister – préoccupation à laquelle la création du centre consultatif, qui n'était pas l'objet de la réunion, pourrait venir répondre en grande partie.

III. Le droit de réglementer

Le droit de réglementer pose des questions de grande envergure, même si elles sont moins techniques. Le problème essentiel tient à ce que, par définition, tout acte de l'État est réputé avoir été adopté dans l'intérêt général. En outre, certaines mesures d'intérêt général peuvent ouvrir droit à compensation si elles font peser sur un petit groupe de personnes le poids d'une réglementation adoptée dans le bien de tous (ainsi par exemple de certaines mesures environnementales qui affectent un secteur d'activité en particulier mais profitent à la santé de toute la population). Cela explique les difficultés importantes autour de cette question. Chacune des options envisagées par le groupe de travail se heurte à certaines limites mais jouit de certains mérites.

La première option consistant à préserver le droit de réglementer les opérations d'investissement est intéressante mais elle se heurte à une double limite : d'une part, telle qu'elle est actuellement rédigée, elle ne s'applique qu'aux mesures qui ont pour objet d'assurer le respect de certaines prescriptions par l'investisseur, de sorte que des réglementations générales dont l'objectif n'est pas spécifiquement le comportement de l'investisseur pourraient échapper à son champ d'application. Cela ne permet donc pas d'assurer qu'une mesure générale de protection de l'environnement, par exemple, ne serait pas menacée par le RDIE. Ensuite, la rédaction retenue renvoie à l'État, et à l'État seul, la faculté d'apprécier la nécessité de telles mesures (« qu'elle juge appropriée ») sans laisser la place à la moindre possibilité de contrôle, ce qui pourrait affecter la protection des investissements étrangers. Il s'agit de laisser à l'État une carte blanche, ce qui n'est pas souhaitable car l'objectif des règles de protection des investissements est aussi d'offrir une garantie de respect de l'État de droit.

La deuxième option est intéressante en ce qu'elle invite à tenir compte notamment, dans l'appréciation des mesures étatiques, du point de savoir si elles constituent la mise en œuvre d'engagements internationaux de l'État dans d'autres domaines (en particulier, environnement et droits humains). C'est sans doute là une solution excellente, mais qui mériterait d'être formulée en termes plus fermes : par principe, les mesures de mise en œuvre de certains traités dans le domaine du droit de l'environnement et des droits fondamentaux devraient échapper à tout risque de condamnation sur le fondement d'un traité de protection des investissements. Cette approche de sanctuarisation de certaines mesures par référence aux engagements internationaux suppose toutefois de pouvoir vérifier que, dans un cas donné, la mesure étatique vise effectivement à mettre en œuvre l'engagement en question, qu'elle soit proportionnée et adoptée dans des conditions de procédure acceptables.

La dernière option, enfin, propose d'exclure purement et simplement la possibilité même de formuler une demande au sujet de certaines mesures qui viseraient certains objectifs à définir. C'est là offrir une protection absolue à ces mesures, puisqu'elles échappent alors totalement à tout examen de la part d'un juge ou d'un arbitre. Cette situation montre que l'option va peut-être un peu loin car elle peut générer le risque d'un abus de la part de l'État. Ou alors, il faudrait limiter cette possibilité à certaines mesures particulières poursuivant un objectif d'une légitimité incontestable qu'il faudrait alors parvenir à identifier. Mais parvenir à un consensus international sur ce qui pourrait justifier une soustraction de certaines mesures étatiques à tout contrôle d'un juge ou arbitre international n'est certainement pas des plus aisés. `

On pourrait se demander si, au fond, le mieux ne serait pas une combinaison de ces différentes approches, en prévoyant la protection des mesures étatiques poursuivant certains objectifs d'intérêt général – et en particulier celles qui visent à mettre en œuvre un engagement international de l'État. Sans doute est-il nécessaire de permettre tout de même un contrôle *a minima* de ces mesures, afin de s'assurer qu'elles ont été adoptées correctement et qu'elles visent effectivement l'objectif légitime affiché, et ne pas oublier que certaines mesures parfaitement légitimes peuvent tout de même ouvrir un droit à compensation financière, au nom du pouvoir d'expropriation dans l'intérêt public que possède tout État.

Sur les deux sujets des demandes reconventionnelles et du droit de réglementer, il demeure donc des questions ouvertes, qui devront être abordées dans les négociations à venir. Le consensus qui se dégage sur la nécessité d'introduire des dispositions à leur sujet, témoigne d'un accord global sur l'objectif de parvenir à un RDIE plus équilibré. Il reste à en définir les modalités précises pour le garantir.
