



MISE EN PLACE D'UN MECANISME PERMANENT DE REGLEMENT DES DIFFERENDS : ECHANGES SUR QUELQUES QUESTIONS CLES

**Réunion francophone informelle en ligne préparatoire à la
49^{ème} session du Groupe de travail III de la CNUDCI**

19 septembre 2024, 14h30 - 16h15 (UTC+1)

Synthèse des discussions

Les négociations sur le projet de statut d'un mécanisme permanent, impliquant potentiellement deux degrés de juridiction (première instance et appel) et qui remplacerait l'arbitrage entre investisseurs et États ont été récemment lancées au sein du groupe III. Dans ce contexte, et étant entendu que le mécanisme permanent serait a priori optionnel pour les États et pas nécessairement exclusif de l'arbitrage, une approche comparée des mérites et des défauts des deux systèmes est nécessaire, afin de donner aux délégués les moyens de participer utilement à ces discussions sur l'élaboration de ce dispositif et aux États de faire un choix éclairé lorsqu'il sera disponible.

Pour alimenter la réflexion, trois grandes thématiques ont été sélectionnées qui, sans naturellement épuiser le sujet, permettent de se faire une idée plus claire de la raison d'être du projet. Les débats contradictoires organisés lors de la rencontre sur ces trois thématiques ont identifié des arguments dans les deux sens (en faveur du mécanisme permanent et en faveur du maintien de l'arbitrage). Ils sont ici détaillés, sans aucun esprit partisan et sans qu'une position ne soit privilégiée par rapport à une autre.

1. La question de l'indépendance et l'impartialité des adjudicateurs

La mise en place d'un mécanisme permanent répond à la préoccupation d'un manque d'indépendance (qui se définit comme l'absence d'intérêt vis-à-vis d'une partie) et d'impartialité (qui se définit comme l'absence de préjugement sur une question donnée) des membres des tribunaux arbitraux, liée en grande partie au mode de désignation des arbitres par

les parties. Le mécanisme permanent cherche à rompre le lien entre les parties et les juges en proposant de confier les affaires à des panels choisis parmi des juges désignés par les États pour des mandats d'une durée fixe. Mais une perspective également envisagée serait celle d'un maintien de l'arbitrage avec un éventuel organe d'appel compétent pour les recours contre les sentences. Il est possible d'avancer des arguments en faveur du maintien de l'arbitrage et en faveur du passage à un mécanisme permanent.

En faveur de l'arbitrage, on peut d'abord relever que la liberté des parties permet de désigner des personnalités adaptées aux spécificités de chaque cas, par exemple techniquement (litiges miniers, de construction, etc.) ou culturellement (un arbitrage impliquant des droits de populations autochtones doit être confié à un tribunal sensible à ces questions, par exemple).

Ensuite, le cumul des fonctions est le plus souvent un gage de compétence : celui qui a été avocat saura lire les stratégies des parties.

Par ailleurs, la collégialité permet de garantir une impartialité suffisante dans la mesure où les décisions doivent être prises à la majorité : un individu est forcément biaisé d'une manière ou d'une autre mais ce biais se fonde dans la décision collective si cette décision est prise par des individus dont les biais sont différents.

En outre, le mécanisme permanent ne permettra pas de régler ce qui est le problème fondamental, à savoir la faiblesse institutionnelle inhérente à certains pays en développement : remplacer un système par un autre est inutile si les objectifs fondamentaux, à savoir la promotion du respect de l'État de droit, ne sont pas mieux assurés par ce nouveau système.

Au surplus, le mécanisme permanent prévoit une nomination des juges par les États, et leur rémunération viendra des États également. Il est donc difficile d'envisager une réelle indépendance de leur part et l'on peut craindre, au contraire, un biais en faveur des États – notamment si le mandat est renouvelable, les décisions pourraient être orientées en vue de sécuriser un renouvellement.

Enfin, l'expérience de l'Organe de règlement des différends de l'OMC montre que le processus de désignation par les États est extrêmement politisé de sorte qu'il est difficile de penser que les personnalités nommées soient réellement indépendantes du pouvoir qui les a nommées.

A l'inverse, en faveur d'un mécanisme permanent, il peut être soutenu que la désignation par les parties génère un lien de dépendance évident entre l'arbitre et la partie qui l'a désigné, il existe donc un biais structurel lié à ce mode de désignation. Il est donc essentiel de couper le lien entre les parties et les juges et de sortir d'un système dans lequel les juges sont nommés par les parties qui vont être jugées.

En outre, le cumul des fonctions (avocat, arbitre) entraîne un risque de conflit d'intérêt : le fait d'être un juge à part entière, sans possibilité d'activité parallèle, assure une indépendance totale vis-à-vis des dossiers traités.

Par ailleurs, un mécanisme permanent ne constituera pas un facteur dissuasif pour les investisseurs étrangers car, d'une part, la présence ou non d'un TBI n'est pas un déterminant essentiel de l'investissement et, d'autre part, un certain nombre d'opérations d'investissement

ont lieu en toute hypothèse notamment lorsqu'il s'agit d'exploitation de ressources naturelles : l'investisseur qui souhaite les exploiter doit venir s'implanter, quelle que soit la forme de règlement des différends qui lui est offerte.

Au surplus, la désignation des arbitres au cas par cas engendre un besoin de maintenir le flux de nominations et entraîne ainsi, un biais pro-investisseur. Les arbitres étant rémunérés à l'heure, il est dans leur intérêt d'allonger les affaires plutôt que de traiter les dossiers efficacement et de rationaliser le temps passé. Un mécanisme permanent avec une rémunération fixe garantit que les juges y passeront tout le temps nécessaire mais pas davantage.

Enfin, le mécanisme permanent, par sa dimension institutionnalisée et par la transparence qu'il permet, restaurera la confiance des parties dans la justice, confiance qui a été profondément altérée par les dérives de l'arbitrage d'investissement. La confiance restaurée participe à un apaisement des relations entre investisseurs et États, ce qui est bénéfique pour les deux parties : les États peuvent demeurer ouverts à l'investissement étranger (dont ils ont besoin) et les investisseurs peuvent engager des capitaux avec la garantie d'un recours possible à une justice équilibrée.

2. La question de la cohérence des décisions et ses effets connexes

Une autre question est celle de la cohérence des décisions et de ses implications pour le nombre, la longueur et le coût des procédures.

En faveur d'un mécanisme permanent, il peut être avancé ce qui suit.

Confier le règlement des différends entre investisseurs et États à une institution juridictionnelle unique, ou soumettre à tout le moins les décisions de première instance au contrôle d'un organe d'appel, devrait augmenter la cohérence des décisions, c'est-à-dire engendrer une véritable jurisprudence. Ceci augmenterait la sécurité juridique dans l'intérêt tant des investisseurs que des États hôtes. Une fois connue la position de la juridiction permanente sur l'une ou l'autre question de droit il ne serait plus utile d'engager une nouvelle procédure pour faire juger cette même question. Les procédures seraient donc moins nombreuses, moins longues et moins coûteuses.

A l'inverse, dans un système arbitral, même une jurisprudence établie n'empêche pas nécessairement une partie de tenter sa chance en faisant le choix d'un arbitre qu'elle croit à même de faire renverser la jurisprudence en question.

En faveur de l'arbitrage, il peut néanmoins être invoqué que les incohérences ne sont pas aussi nombreuses et importantes que ne le suggèrent certains cas emblématiques. De manière générale, les arbitres cherchent à s'inscrire dans des courants jurisprudentiels, de sorte qu'il existe des interprétations généralement acceptées des plus importantes règles procédurales et matérielles du droit international des investissements. Au demeurant, ce ne sont pas tant les règles applicables qui varient d'affaire en affaire, que les faits uniques à chaque espèce. La

consécration d'interprétations uniformes du droit applicable ne réduira donc guère le nombre des procédures, et n'aura qu'un effet limité sur leur longueur et leur coût.

En somme, il est vrai qu'un mécanisme permanent assure, par définition, une plus grande cohérence que l'arbitrage. Il s'agit cependant d'une différence de degré. Cet avantage relatif d'un mécanisme permanent peut dès lors être mis en balance avec d'autres avantages ou inconvénients respectifs d'un mécanisme permanent et de l'arbitrage. L'attrait d'un mécanisme permanent dépend aussi de l'importance qu'un État donné attache à la sécurité juridique par rapport à d'autres objectifs du RDIE.

3. Un mécanisme permanent face à une multitude de règles matérielles

Une question étroitement liée à la précédente est de savoir si le mécanisme permanent est en mesure de véritablement remplir ses promesses à défaut d'un droit matériel unifié. Les règles matérielles dont le mécanisme permanent devrait faire application seraient toujours contenues dans la multitude de traités de protection des investissements, et leur réforme ou unification ne fait pas partie du mandat de la CNUDCI. L'unicité du mécanisme juridictionnel serait donc contrecarrée par la diversité des règles applicables.

En réalité, la multitude des règles matérielles empêchera certes le mécanisme permanent de déployer son *plein* potentiel. Cependant, elle ne le prive pas pour autant de ses principales qualités. D'une part, la multitude des règles matérielles n'affecte pas les spécificités d'un mécanisme permanent sur le plan de l'indépendance et de l'impartialité des arbitrateurs. D'autre part, s'agissant de la cohérence des décisions, il s'agit à nouveau d'une question de degré. La multitude de règles matérielles n'a pas empêché les tribunaux arbitraux de développer une jurisprudence sur de nombreux points. De même, la multitude des règles matérielles n'empêchera pas un mécanisme permanent de développer des jurisprudences, et il produira par nature même une plus grande cohérence encore que les tribunaux arbitraux.

Les différents modes de règlement des différends entre investisseurs et États répondent ainsi à différentes sensibilités et priorités, sur le plan de l'indépendance et de l'impartialité, sur celui de la sécurité juridique, et aussi sur le plan de la légitimité.
