

Les mécanismes permanents de règlement des différends, alternative à l'arbitrage d'investissement?

Arnaud de Nanteuil

Branche française de l'Association de droit international / International Law Association

29 septembre 2016

Dechert LLP Paris

Structure de la présentation

- I. La nécessité d'une alternative à l'arbitrage?
- II. Les mécanismes permanents
- III. Difficultés juridiques liées à la mise en place de ces mécanismes

I. La nécessité d'une alternative à l'arbitrage ?

Les trois critiques récurrentes

1. Un mécanisme porteur d'une triple « discrimination » :
 - Entre investisseurs nationaux et investisseurs étrangers
 - Entre investisseurs étrangers en fonction de leur puissance économique
 - Entre investisseurs étrangers et étrangers non investisseurs (≠ discrimination)
2. Un mécanisme peu respectueux des prérogatives régaliennes des États

I. La nécessité d'une alternative à l'arbitrage ?

Les trois critiques récurrentes

3. Un mécanisme porteur de faiblesses intrinsèques :

- La question des conflits d'intérêts
- La question de la concentration du contentieux
- La partialité supposée des tribunaux arbitraux
- Le manque de transparence
- La longueur des procédures
- Le risque de contradiction entre les sentences du fait de l'absence de mécanisme centralisé (ex. *CME c. Rép. Tchèque* / *Lauder c. Rép. Tchèque*)

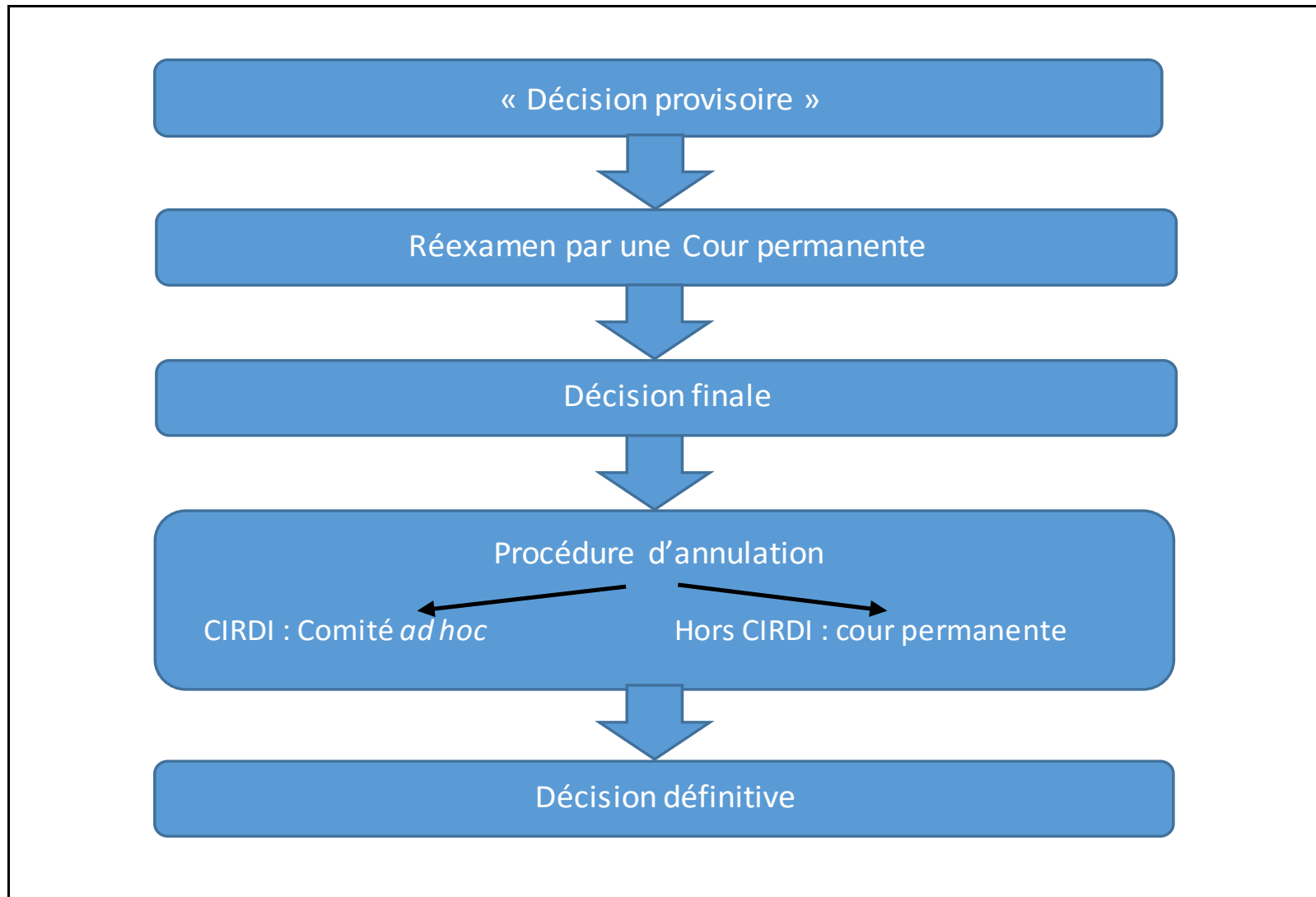
II. Les propositions de mécanismes permanents

1. La tentative préliminaire d'amélioration dans le cadre du CETA

- Élément de contexte : le Canada et l'ALENA. 35 affaires dont trois condamnations.
- Propositions initiales d'amélioration :
 - ❖ Imposition d'un code de conduite aux arbitres
 - ❖ Introduction de dispositions sur la transparence, inversant le principe et l'exception : les pièces sont communiquées sauf cas particulier
 - ❖ Introduction d'une clause anti-abus
 - ❖ Possibilité de jonction des procédures (reprise d'une solution de l'ALENA)

II. Les propositions de mécanismes permanents

2. La proposition française dans le cadre du TTIP (mai 2015)



II. Les propositions de mécanismes permanents

3. La proposition de la Commission européenne (sept. 2015) : l'*Investment Court System* (ICS)

a. *Aspects institutionnels*

- Tribunal de première instance
 - ✓ Quinze juges permanents nommés par les États
 - ✓ Statue par chambres de trois juges
 - ✓ Rémunération fixe faible mais reprise des forfaits du CIRDI
 - ✓ Application d'un règlement de procédure au choix des parties : CIRDI, CNUDCI, LCIA, CCI, etc.
- Tribunal d'appel
 - ✓ Six juges nommés par les États
 - ✓ Rémunération calquée sur celle des membres de l'Organe d'appel de l'OMC + forfait
- Procédure enserrée dans des délais stricts inspirés de l'OMC : 180 jours maximum, appel compris.

II. Les propositions de mécanismes permanents

3. La proposition de la Commission européenne (sept. 2015) : l'*Investment Court System* (ICS)

b. Garanties d'indépendance et d'impartialité des juges / arbitres

- Interdiction de tout lien avec un gouvernement
- Obligation de déclaration portant sur l'ensemble des activités passées ainsi que les intérêts qui ont été ou sont possédés
- Interdiction d'exercer toute activité de conseil ou d'avocat pendant la durée du mandat
- Application en tout état de cause du règlement CNUCDI sur la transparence

II. Les propositions de mécanismes permanents

3. La proposition de la Commission européenne (sept. 2015) : l'*Investment Court System* (ICS)

c. Singularités procédurales

- La possibilité d'un appel, limité dans les motifs :
 - ❖ Erreur dans l'interprétation de la loi
 - ❖ Erreur manifeste dans l'appréciation des faits
 - ❖ L'un des cinq motifs d'annulation de la convention de Washington (vice dans la constitution du TA / Excès manifeste de pouvoir / corruption / inobservation d'une règle fondamentale de procédure / défaut de motifs)
- L'interdiction des *class actions* / obligation de transparence absolue sur l'identité des requérants
- La possibilité de rejeter à un stade préliminaire les demandes présentées par un investisseur constitué « *for the main purpose of submitting the claim under this Section* »
- Obligation de divulguer l'identité du financeur en cas de third party funding (codification de : CIRDI, *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, PO n°3 du 12 juin 2015)

II. Les propositions de mécanismes permanents

4. L'ICS ailleurs que dans le traité transatlantique :

- Réouverture des négociations avec le Canada et introduction dans le CETA. Quelques différences cosmétiques (notamment sur le caractère opérationnel du tribunal d'appel).
- Introduction du mécanisme dans l'accord de libre échange avec le Viet Nam
- Noter qu'aucun des trois accords n'est encore en vigueur. Grande incertitude sur le TTIP.

II. Les propositions de mécanismes permanents

Schéma de l'*Investment Court System*

Première instance : décision rendue par une chambre de trois juges / arbitres



Sentence



Appel fondé sur :

- L'erreur dans l'interprétation du droit
- L'erreur manifeste dans l'appréciation des faits
- L'un des motifs d'annulation de l'art. 52 CW



Sentence finale soumise aux procédures d'exécution de la convention de NY ou de Washington

III. Difficultés juridiques liées à l'ICS

1. La question de la compatibilité du mécanisme d'appel avec la Convention de Washington.

- Rappel : l'ICS renvoie à l'application de mécanismes existants, dont le CIRDI.
- Art. 54 CW : « *Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat* »
- Caractère obligatoire / exécutoire de la sentence garanti par la CW → Comment l'articuler avec la possibilité d'un appel ?

III. Difficultés juridiques liées à l'ICS

1. La question de la compatibilité du mécanisme d'appel avec la Convention de Washington : trois solutions possibles.

➤ Solution 1 : L'art. 41 de la Convention de Vienne :

« Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement :

a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité; ou

b) Si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle:

i) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations; et

ii) Ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble ».

➤ But et objet de la CW ?

- Offrir un cadre protecteur à l'investissement → Compatible (position de la Commission)
- Garantir l'exécution immédiate des sentences → Incompatible

III. Difficultés juridiques liées à l'ICS

1. La question de la compatibilité du mécanisme d'appel avec la Convention de Washington : trois solutions possibles.
 - Solution 2 : Art. 52 CW : une interprétation large du défaut de motif pourrait intégrer les deux motifs d'appels. Rapprochement de la procédure d'appel et de la procédure d'annulation. Obstacles:
 - Appel et annulation n'ont pas le même objet. Le TTIP parle bien d'un « appel ».
 - L'art. 52 prévoit que le recours est présenté à un Comité *ad hoc* exclusivement
 - Sur le fond, l'interprétation aussi large du défaut de motifs est hautement improbable.
 - Solution 3 : Retour à la proposition française d'une sentence intermédiaire.

III. Difficultés juridiques liées à l'ICS

2. La question de la compatibilité de l'ICS avec le droit européen

- Problème général lié à la compétence exclusive de la CJUE pour interpréter le droit de l'Union (art. 344 TFUE) : renvoi préjudiciel possible ?
- Hypothèse de la responsabilité de l'UE pour violation du Traité : relève à la fois :
 - De la compétence de la CJUE en vertu de l'art. 340 TFUE (responsabilité extracontractuelle)
 - De la compétence de l'ICS en vertu du traité.
- Possibilité d'un avis de la Cour ?
 - Rappel de l'avis 2/13 du 18 décembre 2014 sur l'adhésion à la CEDH
 - Refus de la Commission de formuler la demande d'avis

III. Difficultés juridiques liées à l'ICS

3. La question du caractère exclusif de la compétence de l'ICS

- L'exclusivité de la compétence semble inhérente au projet (cf. le modèle de l'ORD)
- L'exclusivité devrait alors s'articuler avec :
 - La compétence de la Cour de justice (*supra*)
 - La compétence des juridictions nationales (question de l'effet direct).
 - La compétence éventuelle d'un tribunal arbitral saisi sur le fondement d'un contrat

Conclusion

- Un projet encore en manque de maturité – mais pensé pour être provisoire : perspective d'une véritable cour permanente à terme.
- Seules solutions possibles dans le dispositif actuel :
 - La solution de la sentence intermédiaire
 - La solution d'un mécanisme totalement extérieur au CIRDI et aux mécanismes existants.