

Le « quadrilemme » : nomination des personnes appelées à trancher des différends dans le futur règlement des différends entre investisseurs et Etats

Maria Chiara Malaguti

PRÉSENTATION BASÉE SUR L'ARTICLE DE MALCOLM LANGFORD,
DANIEL BEHN, MARIA CHIARA MALAGUTI DU 13 OCTOBRE 2019
(ACADEMIC FORUM ON ISDS)

Le but de l'analyse

L'article examine les modèles de sélection et nomination des adjudicateurs en essayant de déterminer lesquels répondraient le mieux aux préoccupations des États du GT III de la CNUDCI

- ▶ Paramètres:
 - ▶ a) modèles de réforme
 - ▶ b) valeurs à protéger/buts à achever
 - ▶ c) trade-offs (compromis) entre valeurs
- ▶ On identifie les *trade-offs* dans le cadre de ce qu'on a appelé un « quadrilemme », c'est-à-dire on considère les possibles tensions entre les valeurs d'indépendance, de responsabilité, de diversité et d'équité procédurale.
- ▶ Certaines solutions pourraient être plus susceptibles que d'autres de répondre aux préoccupations exprimés. Pourtant, ces résultats doivent être traités avec une certaine prudence et être évalués dans le plus large contexte des modèles de réforme.
- ▶ Il ne s'agit pas d'une analyse comparative entre modèles de réforme!

Forme institutionnelle	Nominateur	Nomination	Type de mandat	Adjudicateurs
1. ISDS sans réforme	Parties, Institution	Parties, Institution	Ad hoc	Plusieurs
2. Liste (s) pour la nomination des parties	Parties, Institution	Parties, Institution	Ad hoc; mais la liste aurait des termes	Peu, plusieurs
3. Nomination institutionnelle des arbitres	Institution	Institution	Ad hoc; mais la liste aurait des termes	Peu, plusieurs
4. Tribunal permanent, pas d'organe d'appel	États	Institution	Conditions fixes pouvant être renouvelables	Peu, plusieurs
5. Organe d'appel avec ISDS de première instance	États	Institution	Conditions fixes pouvant être renouvelables	Peu, plusieurs
6. Tribunal permanent et organe d'appel	États	Institution	Conditions fixes pouvant être renouvelables	Peu, plusieurs
7. Aucun ISDS	N/A	N/A	N/A	N/A

Modèles de réforme stéréotypés

Couts et durée

Plusieurs des options de sélection et de réforme des nominations peuvent réduire considérablement les coûts et la durée de procédures, bien que leur portée varie

Exactitude

L'exactitude est largement liée à la responsabilité, pour s'assurer que les arbitres sont suffisamment limités dans le processus et la substance de la prise de décision, de sorte qu'ils arrivent à une décision juridiquement correcte.

Cohérence

Une plus grande institutionnalisation garantis une majeure cohérence jurisprudentielle. C'est l'une des principales fonctions d'un organe d'appel

Indépendance

libre d'interférences inappropriées

Diversité

“pale, male, and stale.”
(«pâle, mâle et toujours le même»)

“The Judicial Trilemma” (Dunoff & Pollack)

- ▶ Les États qui nomment et les juges qui siègent **aux tribunaux internationaux** sont confrontés à une série de compromis entre trois valeurs fondamentales
- ▶ (1) **l'indépendance judiciaire**, la liberté des juges de statuer sur les faits et la loi;
- ▶ (2) **la responsabilité judiciaire**, les contrôles structurels de l'autorité judiciaire qui sont les plus présents dans les tribunaux internationaux dans les processus de renouvellement et de réélection; et
- ▶ (3) **la transparence judiciaire**, des mécanismes qui permettent l'identification des positions judiciaires individuelles (par exemple par des opinions individuelles et des dissensions).

Changements dans le modèle pour répondre aux critiques qu'il a reçu et le rendre plus conforme aux préoccupations exprimées au sein du GT III

Les faiblesses perçues peuvent être corrigées en reconstituant le trilemme en quadrilemme et cela peut être adapté à la réforme de l'ISDS:

- ▶ une valeur clé dans les débats sur la réforme ISDS est **la représentativité**, souvent exprimée sous forme de préoccupations concernant la diversité géographique et fondée sur le sexe;
- ▶ la transparence est l'une des nombreuses valeurs concernant **l'équité procédurale**, qui comprend également des aspects tels que: la durée de la procédure (**efficacité**), les frais judiciaires et judiciaires (**coûts**) et la cohérence (**assurer la prévisibilité**) ainsi que d'autres questions de transparence telles que le financement par des tiers.

Le « quadrilemme » judiciaire



Ce quadrilemme permet d'identifier certains des compromis clés pour le processus de la CNUDCI et des mécanismes compensatoires potentiels (1)

Indépendance contre équité procédurale

- ▶ La sélection et la nomination dans des modèles de règlement des différends plus institutionnalisés et centralisés augmenteraient **l'indépendance vis-à-vis les parties impliquées**.
- ▶ Cela réduirait très probablement les coûts et la durée des procédures.
- ▶ Cependant, le désir **d'une plus grande indépendance sous forme de cohérence jurisprudentielle** conduira naturellement à un examen en appel.
- ▶ Cela peut signifier que la durée des procédures et certains coûts pourraient refléter les niveaux actuels.
- ▶ Ainsi, les réformes de la gestion des cas seraient essentielles à tout processus, mais dans la mesure où elles ne compromettent pas les autres aspects de l'équité procédurale.

Indépendance contre responsabilité

- ▶ Une évolution vers moins de contrôle par les parties sur les nominations renforcera l'indépendance et l'impartialité des arbitres de l'ISDS.
- ▶ Il se peut toutefois que les arbitres soient moins responsables devant les parties et les États au litige.
- ▶ Les mécanismes visant à rendre les arbitres plus responsables, par exemple grâce à des mandats renouvelables, pourraient toutefois réduire la probabilité de décisions juridiquement correctes, bien qu'ils puissent les rendre plus politiquement correctes.

Ce quadrilemme permet d'identifier certains des compromis clés pour le processus de la CNUDCI et des mécanismes compensatoires potentiels (2)

Représentativité contre équité procédurale et indépendance

- ▶ La nécessité d'assurer une plus grande diversité géographique, entre les sexes et les compétences professionnels parlerait pour un grand nombre d'arbitres, que ce soit dans une liste pour arbitres ou un tribunal.
- ▶ Cependant, cela peut réduire l'efficacité du système et la cohérence jurisprudentielle, grâce à la possibilité de résultats divers.

Représentativité contre responsabilité (?)

- ▶ Il peut y avoir aussi une tension entre la représentativité et la responsabilité, mais cela est moins clair: moins responsables devant les États individuels mais plus responsable envers tous les États?
- ▶ Ainsi, la solution peut être d'assurer des modèles de sélection et de nomination suffisamment représentatifs, par ex. à travers des quotas minimums de genre, une représentation régionale et des définitions larges de la diversité, dans un contexte plus large qui garanti responsabilité et équité procédurale.

En conclusion

- ▶ Le cadre fournit un point de départ pour examiner les *trade-offs* inhérents à la conception des procédures de sélection et de nomination des adjudicateurs.
- ▶ Les *trade-offs* doivent cependant être problématisés.
- ▶ Cela dépendra aussi de la définition de chaque élément (qu'est-ce que signifie 'indépendance'? Les adjudicateurs doivent être responsables envers qui?)
- ▶ Chaque constatation doit être interprétée dans le contexte de la solution institutionnelle plus large à laquelle chaque mode de nomination est attaché et des réformes qui l'accompagnent.
- ▶



▶Merci!

▶Concept Paper 2019/12

<https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/papers/langford-behn-malaguti-models-trade-offs-isds-af-isds-paper-12-draft-14-october-2019.pdf>