



Assemblée générale

Distr. limitée
11 juin 2019
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement
des différends entre investisseurs et États)
Trente-huitième session
Vienne, 14-18 octobre 2019**

Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)

Communication du Gouvernement brésilien

Note du secrétariat

La présente note contient une communication reçue du Gouvernement brésilien
le 28 mars 2019 en vue de la trente-huitième session du Groupe de travail III.



Annexe

Prévention des différends dans le cadre du modèle de l'Accord brésilien de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI)

I. Généralités

1. L'Accord brésilien de coopération et de facilitation de l'investissement a pris forme dans le contexte de l'insatisfaction grandissante à l'égard des traités d'investissement bilatéraux classiques contenant des dispositions relatives au RDIE. L'absence de preuve que ces traités encouragent l'investissement étranger direct (IED), la nature controversée des accords d'investissement (qui offrent une protection excessive aux investisseurs au détriment du droit des États hôtes à adopter des règles d'intérêt général) et la demande croissante d'un meilleur équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des États ont conforté le Brésil dans sa décision d'élaborer un modèle propre à surmonter les inconvénients des traités d'investissement bilatéraux classiques.
2. L'établissement de l'ACFI brésilien répond à une demande du secteur privé national en faveur de la mise en place d'un système alternatif, basé sur la prévention des différends. Lors de consultations poussées avec les multinationales brésiliennes, le Gouvernement a compris que les investisseurs étaient plus intéressés par l'amélioration du cadre institutionnel de l'investissement à destination de gouvernements étrangers que par les recours après coup qui entraînaient des procédures longues et coûteuses.
3. Les décideurs brésiliens étaient convaincus que le nombre excessif de procédures judiciaires résultant des traités d'investissements bilatéraux nuisait à l'environnement commercial et aux efforts visant à attirer les investissements vers les pays en développement, ainsi qu'à la capacité réglementaire de l'État à poursuivre des intérêts de politique générale légitimes dans des domaines comme la santé, l'environnement et la sécurité publique. Dans ce contexte, la prévention des différends devient une option réglementaire privilégiée, à la fois pour attirer et retenir les investissements. En cherchant avant tout à empêcher les différends et en améliorant le cadre des échanges, le gouvernement hôte aura la grande responsabilité de faciliter le règlement amiable des litiges et de minimiser les procédures de RDIE aussi bien pour les entreprises nationales qui investissent à l'étranger que pour les bailleurs de fonds étrangers qui investissent dans le pays.
4. Lors de l'élaboration de son ACFI, le Gouvernement brésilien a estimé qu'il serait préférable que les investisseurs étrangers disposent d'un accès direct à des mécanismes de prévention des différends, afin qu'ils puissent résoudre les éventuels désaccords avant d'envisager un recours à l'arbitrage d'investissement. En conséquence, l'Accord prévoit des dispositifs de coopération institutionnelle permettant aux parties d'éviter les litiges en parvenant à un règlement rapide des éventuels désaccords. À cette fin, les engagements prévus au titre de l'ACFI encouragent les parties à agir avant que des dommages n'aient été causés et que des litiges difficiles à résoudre ne soient survenus. En adoptant cette démarche, l'État hôte anticiperait les motifs pouvant donner lieu à un arbitrage d'investissement, prenant ainsi les mesures nécessaires beaucoup plus tôt. De cette manière, les difficultés et les coûts, y compris les coûts politiques, pourraient être entièrement évités.
5. L'ACFI brésilien s'inspire d'exemples recensés au niveau international, en particulier du Bureau coréen du Médiateur pour l'investissement étranger. La pratique coréenne consistant à assurer un suivi des investissements afin d'aider les investisseurs confrontés à des désaccords à poursuivre leurs opérations quotidiennes et à veiller au maintien d'un environnement favorable à l'investissement semblait être la voie idéale pour le Brésil. Une autre caractéristique de l'organisme coréen susmentionné que le Brésil a trouvée intéressante est la possibilité de demander à

l'administration compétente ou à l'organisme chargé de l'investissement étranger de coopérer afin de résoudre les problèmes rencontrés par les entreprises dans lesquelles ont été investis des capitaux étrangers et de remplir des obligations connexes. Par ailleurs, les statistiques récentes, qui montrent que les services du Médiateur coréen ont été souvent utilisés par les investisseurs étrangers, ont contribué à renforcer l'idée selon laquelle le Brésil devrait axer étroitement son approche sur la prévention des différends.

II. Médiateur et Comité mixte pour la prévention des différends

6. Le mécanisme de prévention des différends prévu par l'ACFI consiste en un dialogue bilatéral mené par l'intermédiaire du Médiateur et du Comité mixte, qui sont chargés de procéder à un examen préliminaire des problèmes particuliers soulevés par l'autre partie ou par des investisseurs relevant de cette dernière. Ces dispositions constituent le cœur institutionnel de l'Accord, car elles contribuent à la réalisation des engagements pris conformément à celui-ci et au renforcement du dialogue entre les parties concernant les investissements et la fourniture d'une assistance appropriée aux investisseurs.

7. Le rôle du Médiateur est de faciliter les relations entre les investisseurs et le gouvernement de l'État hôte, tant pour ce qui est du dialogue avec les autorités compétentes que de l'apport d'un appui par les pouvoirs publics, le but étant, en définitive, d'améliorer l'environnement commercial pour attirer et retenir les investissements. Au Brésil, la fonction de Médiateur a été établie par décret fédéral.

8. Les principales responsabilités du Médiateur comprennent le suivi des requêtes et des demandes de renseignements faites par l'autre partie ou par des investisseurs relevant de cette dernière auprès des autorités compétentes, et l'information des parties prenantes au sujet des résultats des mesures qu'il prend. Le Médiateur est également chargé d'évaluer, en consultation avec les autorités publiques compétentes, les réclamations reçues de l'autre partie ou d'investisseurs relevant de cette dernière, et de formuler à l'intention du Comité mixte des recommandations sur les mesures nécessaires pour améliorer l'environnement de l'investissement.

9. Le Comité mixte, qui se compose de représentants gouvernementaux des deux parties, est responsable du suivi de l'application de l'Accord, de l'échange d'informations sur les possibilités d'investissement, de la coopération bilatérale en matière d'investissement, d'initiatives de facilitation de l'investissement, et, surtout, de mesures conjointes visant à prévenir les différends et à favoriser le règlement amiable de tout problème lié à l'investissement bilatéral. Afin de conduire ses tâches d'une manière plus pointue et de collaborer étroitement avec les investisseurs, il peut créer des groupes de travail ad hoc et inviter les entités du secteur privé à y participer.

III. De la prévention au règlement des différends

10. Le mécanisme de prévention des différends prévu par l'ACFI comprend deux phases distinctes. Lors de la première, le Médiateur évalue de manière proactive les réclamations reçues de l'autre partie ou d'investisseurs relevant de cette dernière, et recommande des mesures appropriées pour les traiter. Le Comité mixte prend en charge la seconde phase, de manière réactive, chaque fois qu'il reçoit une demande écrite relative à l'incompatibilité d'une mesure particulière avec l'Accord.

11. Si une partie estime qu'une mesure particulière adoptée par l'autre partie constitue un manquement à l'Accord, elle soumet à cette dernière une demande écrite qui précise la mesure en question et expose les allégations pertinentes de fait et de droit. Le Comité mixte se réunit alors dans les 60 jours suivant la date de la demande, qu'il examine dans un délai convenu dans le texte de l'Accord (normalement 60 jours) et prorogeable par consentement mutuel, et publie un rapport indiquant la mesure visée, le manquement prétendu à l'Accord et les investissements concernés.

12. Dans son rapport, le Comité mixte s'efforce de remédier à la mesure en question à l'aide d'une solution amiable, qui pourra prendre la forme, par exemple, d'une

recommandation à l'intention de l'organisme public compétent en vue de la mise en conformité de cette mesure avec l'ACFI. C'est seulement après que la partie à l'origine de la réclamation a épuisé la procédure de prévention des différends menée par l'intermédiaire du Médiateur et du Comité mixte sans parvenir à un règlement satisfaisant du litige, que les parties peuvent engager une procédure arbitrale entre États.

13. Une autre innovation notable de l'ACFI, qui vise à renforcer la transparence de la procédure de prévention des différends, est la possibilité d'inviter d'autres parties prenantes concernées à y participer en qualité d'*amicus curiae*, dès lors que cela est pertinent pour l'examen de la mesure visée, afin de paraître devant le Comité mixte et de présenter leur avis sur cette mesure. De cette manière, l'Accord répond à la critique déjà ancienne selon laquelle les différends relatifs aux investissements se règlent à l'abri des regards, sans que la société civile ou d'autres parties prenantes ne puissent exercer de surveillance, comme cela serait pourtant souhaitable.

14. La clause de règlement des différends de l'ACFI prévoit, une fois épuisées toutes les mesures préventives, le dépôt d'une plainte auprès d'un tribunal ad hoc. Le modèle brésilien assure la promotion des thèmes suivants : i) exceptions de sécurité ; ii) respect de la législation interne par les investisseurs ; iii) responsabilité sociale des entreprises ; iv) mesures relatives à l'investissement visant à lutter contre la corruption et l'illégalité ; et v) dispositions sur l'investissement et l'environnement, l'emploi et la santé. En outre, l'ACFI définit des critères précis pour la nomination des arbitres (au nombre de trois) et pour les modalités de la procédure, qui peuvent refléter, à titre subsidiaire, la version du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) applicable à la date d'entrée en vigueur de l'Accord. La décision du tribunal arbitral, qui doit être rendue dans un délai de neuf mois (prorogeable de 90 jours), est définitive et contraignante pour les parties, conformément à l'ACFI.

IV. Conclusion

15. En conclusion, l'ACFI est une solution de substitution innovante aux accords d'investissement traditionnels, dont il vise à surmonter les limites et la tendance à donner lieu à des différends, en encourageant une interaction plus dynamique, plus constructive et plus durable entre parties et investisseurs. En créant une voie permanente de dialogue, par l'intermédiaire du Médiateur, et en exigeant la tenue d'une consultation préalable dans le cadre du Comité mixte avant l'ouverture d'un arbitrage, il représente un pas dans la bonne direction en vue d'un règlement amiable des différends. Le modèle tient également compte du rôle essentiel des gouvernements pour encourager l'instauration d'un environnement favorable à l'investissement qui réponde à la fois aux besoins du secteur privé et aux priorités des États hôtes en matière de développement.
