



Assemblée générale

Distr. limitée
17 juillet 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 sud-africain

Note du Secrétariat

La présente note contient une communication reçue du Gouvernement sud-africain le 17 juillet 2019 en vue de la trente-huitième session du Groupe de travail III. On trouvera en annexe la traduction du texte de cette communication tel qu'il a été reçu.



Annexe

I. Introduction

1. Le Groupe de travail III de la CNUDCI a défini quatre catégories de préoccupations au sujet desquelles une réforme du RDIE est jugée souhaitable :

- *Préoccupations relatives au manque d'uniformité, de cohérence, de prévisibilité et de régularité des décisions arbitrales rendues par les tribunaux tranchant des affaires de RDIE* : Interprétations divergentes des normes de fond, interprétations divergentes en matière de compétence et de recevabilité et manque d'uniformité des procédures ; absence de cadre pour traiter les procédures multiples ; limites des mécanismes actuels pour remédier au manque d'uniformité et à l'irrégularité des décisions arbitrales¹ ;
- *Préoccupations relatives aux arbitres et aux décideurs juridiques* : Manque réel ou apparent d'indépendance et d'impartialité ; limites des mécanismes de récusation existants ; manque de diversité parmi les décideurs juridiques ; qualifications des décideurs² ;
- *Préoccupations relatives au coût et à la durée des procédures de RDIE* : Coût et durée des procédures de RDIE et absence de mécanisme pour traiter les demandes abusives ou infondées ; répartition des coûts dans les procédures de RDIE ; préoccupations relatives à la disponibilité de garanties pour le paiement des frais dans les instances de RDIE ; préoccupations relatives au financement par des tiers³ ;
- *Préoccupations relatives au financement par des tiers* : Manque de transparence et de réglementation et incidence du financement par des tiers sur différents aspects du RDIE, par exemple l'augmentation des demandes abusives, les coûts des procédures et les garanties pour frais⁴.

2. Le Groupe de travail a aussi tenu compte d'un certain nombre d'aspects soulevés lors de l'examen d'autres préoccupations dans le cadre de l'élaboration de ses outils de réforme, afin que les solutions proposées soient considérées comme légitimes par toutes les parties concernées. Ces aspects sont notamment : la disponibilité de moyens autres que l'arbitrage entre investisseurs et États pour résoudre les différends en matière d'investissements, ainsi que des méthodes de prévention des différends⁵ ; l'épuisement des recours internes⁶ ; la participation, qui ne se limite pas à la présentation d'observations en tant que tiers, des communautés locales touchées par le différend en matière d'investissements, de manière à garantir l'examen des questions pertinentes⁷ ; les obligations des investisseurs et les demandes reconventionnelles⁸ ; et, dans le cadre du débat sur la frilosité réglementaire, l'impact potentiel du RDIE sur la politique réglementaire des États⁹.

¹ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-sixième session (Vienne, 29 octobre – 2 novembre 2018), par. 39, 53 et 63.

² Ibid., par. 83, 90, 98 et 106.

³ Ibid., par. 122, 123 et 133.

⁴ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-septième session (New York, 1^{er}-5 avril 2019) (ci-après le « Rapport de la trente-septième session »), par. 25.

⁵ Ibid., par. 29.

⁶ Ibid., par. 30.

⁷ Ibid., par. 31 à 33.

⁸ Ibid., par. 34 et 35.

⁹ Ibid., par. 36 et 37.

II. Processus convenu pour la recherche et la proposition de solutions

3. À sa trente-septième session, tenue à New York du 1^{er} au 5 avril 2019, le Groupe de travail est convenu de ce qui suit :

- Étape 1 : d'ici au 15 juillet 2019, les États et les organisations dotées du statut d'observateur devraient présenter au secrétariat de la CNUDCI des communications relatives aux autres solutions à élaborer et au moment où ces solutions pourraient être abordées ;
- Étape 2 : à sa session suivante, en octobre 2019 (du 14 au 18 octobre 2019, selon le calendrier provisoire), le Groupe de travail III déterminerait quelles sont les solutions qu'il compte examiner, ainsi que le moment où il serait en mesure de le faire, compte tenu des capacités et de la programmation ;
- Étape 3 : le Groupe de travail III devrait commencer à élaborer plus avant les solutions possibles à recommander à la Commission.

4. L'objectif de la présente communication est d'exposer le point de vue de l'Afrique du Sud sur les options de réforme possibles, en tenant compte du contexte du RDIE et des problèmes connexes, mais aussi des principes fondamentaux sur lesquels toute proposition de réforme efficace devrait se fonder.

III. Le RDIE dans son contexte

5. Les institutions économiques internationales encouragent fortement les investissements étrangers comme moyen de développement. Dans ce contexte, le développement est perçu comme synonyme de libéralisation financière, de privatisation des biens et des services publics, de déréglementation, d'ouverture aux investissements étrangers, de discipline budgétaire et de gouvernance restreinte. La notion de développement renvoie donc à celle de croissance économique fondée sur l'économie de marché, la propriété individuelle et la libre circulation des capitaux.

6. D'aucuns pensent que le meilleur moyen d'accéder au développement est la croissance économique et que, pour y parvenir, il faut garantir une concurrence libre et loyale. En outre, pour favoriser le développement, il faut protéger au mieux la propriété privée et les droits contractuels, tout en garantissant la libre circulation des capitaux à l'échelle mondiale grâce au commerce international et à l'investissement étranger direct (IED). Le rôle de l'État est de mettre en place et de préserver un cadre institutionnel favorable à ces pratiques. Dans cette optique, l'État est chargé de garantir les droits de propriété afin d'optimiser le développement du marché. On estime qu'il est préférable de laisser aux mains du marché la répartition des ressources publiques (soins de santé, logement, éducation, eau, assainissement, etc.) : l'État ne devrait pas intervenir dans cette répartition car ses intérêts risquent de compromettre la neutralité du marché et de nuire à une concurrence loyale.

7. Selon ce point de vue, les droits de la personne sont perçus comme un coût de production élevé et les populations qui vivent dans les territoires visés par des projets de développement comme un risque juridique dont il faut tenir compte. Les communautés locales doivent quitter leurs territoires traditionnels au profit de projets d'investissement, sans toutefois avoir accès à de nouveaux emplois ou à de nouvelles opportunités, et en ne prêtant que peu ou aucune attention à leurs attaches culturelles, sociales et politiques qui les lient à ces territoires. Dans cette logique, les droits de propriété et les droits contractuels des investisseurs priment sur l'intérêt public et sur les besoins des citoyens. S'ajoute à cela le fait que les droits des investisseurs sont protégés par plusieurs instruments tels que les accords internationaux d'investissement et les contrats conclus entre investisseurs et États. Par les traités d'investissement, les États accordent des droits aux investisseurs, certains offrant des garanties comparables à celles énoncées dans le droit international des droits de la

personne, comme le droit de ne pas être privé arbitrairement de ses biens et le droit à jouir d'une égale protection devant la loi. En même temps, certains de ces droits des investisseurs peuvent avoir une incidence sur des questions d'intérêt public, comme la santé, les conditions de travail, la sécurité alimentaire, l'environnement et l'accès à l'eau potable.

8. Le RDIE permet aux investisseurs étrangers d'introduire une demande à l'encontre d'un pays hôte devant un tribunal arbitral international et donne aux parties privées accès à une instance supranationale. Cela constitue une discrimination à l'égard des entreprises locales et soulève des problèmes systémiques. Pourtant, les personnes et les communautés lésées par des investissements étrangers ne disposent pas de mécanismes clairs pour demander justice et réparation. Leurs droits sont subordonnés à un système fondé sur un raisonnement purement commercial tendant à rendre des décisions favorables aux intérêts économiques privés des investisseurs.

9. Le fait que le public ne puisse pas participer à la négociation des traités d'investissement ou aux différends qui en découlent devrait être une raison suffisante pour exiger l'intégration adéquate et efficace du droit des droits de la personne dans les accords internationaux d'investissement. Actuellement, le droit international des droits de la personne exige seulement que les États encouragent, protègent et garantissent les droits des personnes, ce qui ne reflète pas l'ordre économique mondial actuel dans lequel les entreprises disposent d'un important pouvoir d'influence sur la vie des personnes sans toutefois avoir à répondre de leurs actes – du moins, sur le plan formel. Il s'ensuit que les États sont confrontés à un système déséquilibré qui protège les multinationales par le mécanisme d'exécution du RDIE, tandis que les droits de la personne et l'environnement ne sont protégés que par des dispositions non contraignantes de « droit souple ». Dans le système de RDIE, l'intérêt public et les droits des personnes relèvent ainsi du droit privé.

10. La question des investissements étrangers ne concerne pas exclusivement le secteur privé et les profits économiques des investisseurs. Elle fait intervenir des considérations touchant aux droits de la personne et à l'intérêt public. Par conséquent, l'interaction entre les droits de la personne et le droit international de l'investissement suscite des préoccupations fondamentales. Or, le droit des traités d'investissement donne sa propre interprétation de la manière dont les droits des investisseurs doivent être compris et respectés, et ce droit s'écarte sensiblement du droit des droits de la personne. De surcroît, l'application des garanties accordées aux investisseurs peut, à son tour, interférer avec les garanties en matière de droits de la personne dont bénéficient d'autres personnes qui ne peuvent pas être représentées dans les procédures de RDIE.

11. En tant que tel, l'actuel régime d'investissement international est préjudiciable aux budgets publics, à l'adoption de réglementations favorables à l'intérêt public, à la démocratie et à l'état de droit. Il ne contribue en rien à protéger les droits des personnes affectées par des investissements étrangers. Il n'existe pas d'obligations internationales contraignantes pour les multinationales en matière de droits de la personne et de droit du travail, ainsi que de protection de l'environnement. Les personnes et les communautés touchées ne peuvent saisir la justice internationale lorsque les multinationales violent leurs droits. En tant qu'entités privées à but lucratif, les multinationales doivent être soumises aux impératifs de l'intérêt public non seulement au niveau national, mais aussi au niveau international.

12. Les États doivent évaluer les coûts et les avantages des traités internationaux d'investissement et réfléchir à leurs stratégies et objectifs futurs. Il est nécessaire aussi d'inclure dans ces traités un libellé précisant que les objectifs qu'ils visent en matière de protection des investissements et de libéralisation ne doit pas se faire au détriment de la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement ou de la promotion des droits des travailleurs reconnus sur le plan international.

13. De plus en plus de pays tentent de remédier à l'asymétrie du RDIE en modifiant le régime d'investissement international ou en s'en retirant, et plaident en faveur d'un traité des Nations Unies contraignant pour les multinationales en ce qui concerne les

droits de la personne. Un tel traité devrait prévoir des obligations applicables aux multinationales, ainsi qu'un mécanisme d'exécution, et contribuer de ce fait à mettre fin à l'impunité dont jouissent les multinationales qui contreviennent aux droits de la personne et à garantir l'accès à la justice des personnes et des communautés lésées par les multinationales. Il ne devrait pas y avoir d'accords donnant aux multinationales le pouvoir de poursuivre les gouvernements désireux de répondre à des besoins socioéconomiques. Il convient au contraire de préserver une marge de manœuvre décisionnelle :

- Pour promouvoir et protéger les droits de la personne et les droits des travailleurs, la santé humaine et l'environnement ;
- Pour permettre aux États de réaliser la transition sans s'exposer à des obligations coûteuses et à des risques engageant leur responsabilité ;
- Pour établir la primauté du droit des droits de la personne et de celui de l'environnement sur la recherche du profit.

IV. Approche de la réforme

14. Toute réforme du régime d'investissement international doit d'abord s'intéresser à la finalité de ce régime. Compte tenu de l'origine des accords internationaux d'investissement, la finalité principale de ce régime était, et demeure, la protection des investisseurs étrangers et, plus récemment, la facilitation des opérations des investisseurs, afin d'encourager de nouveaux flux d'IED. Or, cette finalité seule ne suffit plus : elle doit être élargie. En particulier, les accords internationaux d'investissement doivent également reconnaître la nécessité de promouvoir le développement durable et les flux d'IED à l'appui de cet objectif.

15. Le principe de développement durable doit être explicitement reconnu dans le cadre de la promotion et la facilitation des investissements et par le caractère responsable de ces investissements. Les réformes devraient donc également viser à encourager l'élaboration d'un mécanisme alternatif et sans exclusive de règlement des différends relatifs aux investissements.

16. En outre, la réforme du RDIE doit être conforme aux objectifs plus larges de développement durable. Alors que le Groupe de travail III entame la troisième phase de son mandat et cherche des solutions aux préoccupations qui ont été recensées, il est important que les délibérations des États tiennent compte de leurs obligations internationales et nationales. Toute solution issue de cette troisième phase doit contribuer à réaliser les objectifs de développement durable récemment énoncés par l'Organisation des Nations Unies. Promouvoir et attirer les investissements ne devrait pas être une fin en soi, mais une étape vers la réalisation d'objectifs plus larges de développement durable et le respect des obligations relatives aux droits de la personne, comme la réduction de la pauvreté et de la faim, l'autonomisation des populations autochtones, la promotion d'un travail décent et la lutte contre la dégradation de l'environnement et le changement climatique.

17. Les débats sur la réforme du RDIE doivent envisager un large éventail de propositions et consacrer suffisamment de temps à leur examen. Ils doivent aussi viser à promouvoir un mécanisme alternatif – coordonné, global et inclusif – pour régler les différends relatifs aux investissements, lequel favorise également la transparence en matière de RDIE et la participation de tiers non parties au différend concernés par les procédures de RDIE, ou celle d'organisations d'intérêt public qui défendent des intérêts mondiaux.

18. En outre, il est nécessaire de prévoir un mécanisme alternatif de RDIE qui offre une procédure de règlement des différends plus moderne et plus structurée et, de ce fait, mieux adaptée aux différends relatifs aux investissements touchant aux questions de développement durable et de politique publique et faisant intervenir diverses parties prenantes et différents intérêts.

19. Les débats sur le RDIE doivent s'inscrire dans un contexte et une réforme plus larges, afin de permettre la révision des dispositions conventionnelles sous-jacentes, étant donné que la seule réforme du RDIE ne suffira pas à résoudre les problèmes actuels du régime d'investissement international. Nombre de ces problèmes ne peuvent être réglés que par une réforme des normes de fond.

20. L'Afrique du Sud est d'avis que nous ne pouvons pas dissocier les questions de procédure des questions de fond, car elles sont étroitement liées. Puisque le processus de réforme est censé être piloté par les États et que la Commission est convenue que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté dans l'exercice de son mandat, celui-ci ne s'en acquitterait pas pleinement si les débats sur les questions de fond étaient exclus.

21. Seule une réforme générale permettra de répondre d'une manière globale aux préoccupations relatives au RDIE. Les solutions ponctuelles n'auront que des effets limités, dans la mesure où les « anciens » accords internationaux d'investissement continueront d'exister et où les investisseurs pourront structurer leurs financements de manière à bénéficier de ces traités.

22. En vertu du principe de développement durable, le droit des investissements ne doit pas être perçu comme un obstacle au développement, mais comme un outil permettant aux États hôtes d'atteindre leurs objectifs en la matière. Ce même principe exige également que les investissements étrangers soient soumis à des réglementations efficaces aux niveaux national et international, afin d'éviter les effets néfastes sur le plan environnemental ou social.

23. Il convient donc d'entreprendre une réforme générale, axée sur le développement durable. Pour ce faire, les États doivent envisager les accords internationaux d'investissement dans le cadre plus large du développement durable et accorder leurs aspirations nationales et régionales en matière de développement. Dans ce contexte, le droit des investissements et tout système de règlement des différends relatifs aux investissements doit favoriser la stabilité politique nécessaire pour permettre aux investisseurs nationaux et étrangers de mener des activités économiques favorables à la croissance, sans faire obstacle aux préoccupations d'intérêt public concurrentes.

24. Les États doivent donc s'orienter vers des accords qui :

- Permettent des investissements favorables au développement ;
- Garantissent que les règles applicables en matière d'investissements servent la croissance économique ;
- Garantissent l'intégration du développement durable dans les débats sur les politiques d'investissement en général et sa prise en compte dans la nouvelle génération de traités d'investissement ;
- Placent les objectifs de croissance inclusive et de développement durable au cœur des politiques nationales et internationales d'investissement ;
- Garantissent la mise en place d'un système de règlement des différends relatifs aux investissements dans une optique de promotion du développement durable.

25. Les États doivent promouvoir et faciliter les investissements tout en veillant à garantir leur caractère responsable. Les entreprises nationales et les multinationales doivent contribuer au développement durable et au travail décent tout en respectant, dans leurs activités comme dans leurs investissements, l'état de droit et les droits des travailleurs et en alignant leurs initiatives sur les politiques publiques et les priorités nationales en matière de travail décent.

26. Les États ont besoin d'un vaste mécanisme, pratique, équilibré et complet, qui tienne compte de la complexité des investissements transfrontaliers et qui soit suffisamment souple pour traiter toutes sortes de différends faisant intervenir des intérêts, des droits et des obligations divers et potentiellement contradictoires.

27. Les États doivent s'efforcer de trouver des solutions qui garantissent une protection adéquate et préservent une marge de manœuvre décisionnelle en matière de réglementation.

28. Malgré le consensus croissant sur la nécessité d'une réforme du RDIE, la portée, les modalités et les stratégies de cette réforme restent source de désaccord. Le succès d'une réforme générale du RDIE dépend de l'élaboration de propositions de réforme qui apporte des réponses légitimes et efficaces aux préoccupations recensées et qui s'appuient sur un cadre normatif approuvé à l'échelon mondial. Le cadre élaboré peut servir à formuler un certain nombre de propositions concrètes de réforme du droit des investissements et à mettre en œuvre des mécanismes permettant aux États de veiller à ce que les procédures de RDIE soient démocratiques, respectueuses des droits de la personne et conformes à l'état de droit.

V. Principes de réforme

Protection des droits fondamentaux et des droits de la personne

29. La protection des droits fondamentaux et des droits de la personne est une préoccupation constitutionnelle universelle qui peut servir de référence pour la réforme et la refonte du RDIE. Les États doivent tenir compte de l'importance des droits de la personne dans leur approche des relations d'investissement internationales et dans toute réforme du RDIE. Il s'ensuit que les décisions rendues dans le cadre d'un quelconque mécanisme de règlement des différends doivent prendre en considération des préoccupations concurrentes autres que celles liées à l'investissement, et ne doivent pas empêcher les gouvernements de s'acquitter de leurs obligations au titre des droits de la personne.

Marge de manœuvre décisionnelle en matière de réglementation

30. Les États hôtes devraient disposer d'une marge de manœuvre décisionnelle qui leur permette d'adopter des règles d'intérêt général.

Des règles du jeu équitables

31. Dans l'intérêt du développement, il faut qu'il y ait un équilibre entre les droits et les obligations des États hôtes et des investisseurs.

Inclusivité

32. Le RDIE doit être transparent et permettre la participation de tiers non parties au différend mais concernés par les procédures, y compris d'organisations d'intérêt public qui défendent des intérêts mondiaux concernés par la procédure. Les réformes devraient donc viser à encourager l'élaboration d'un mécanisme alternatif et sans exclusive de règlement de différends relatifs aux investissements.

Respect de l'état de droit

33. L'état de droit suppose la cohérence et la prévisibilité des sentences et exige que le RDIE soit structuré de telle manière que l'accès à la justice ne devienne pas prohibitif.

Protection des investissements responsables

34. La protection accordée devrait se limiter aux demandes déposées par des investisseurs responsables qui n'ont violé aucune loi, règle, réglementation ou valeur internationalement reconnue, ni participé à des faits de corruption. Les demandes visant une législation d'intérêt public devraient en être exclues.

35. Pour apporter les modifications systémiques nécessaires à la réalisation des objectifs de la CNUDCI, les réformes d'ordre procédural du règlement des différends relatifs aux investissements pourraient, et devraient, s'accompagner de modifications

significatives des règles de protection des investisseurs. Il convient notamment de limiter la définition et la portée de l'investissement et du traitement de la nation la plus favorisée, et d'exclure ou de restreindre drastiquement les mécanismes les plus controversés utilisés pour contester les décisions réglementaires des États, comme l'expropriation indirecte, le traitement juste et équitable ou la sécurité physique au-delà des normes du droit international coutumier. Des obligations correspondantes en matière de responsabilité des investisseurs devraient également être prévues.

VI. Options de réforme possibles

36. Les acteurs actuels du droit international de l'investissement doivent faire un choix quant aux méthodes appropriées de règlement des différends internationaux relatifs aux investissements. Afin de faire avancer les discussions sur les avantages du RDIE, il convient d'examiner s'il existe d'autres approches qui pourraient mieux servir ses objectifs, et ce à moindre coût. Il s'agit donc de trouver une solution équilibrée, acceptable et pratique aux différends relatifs aux investissements.

Nécessité d'un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États
– *Les États doivent se demander s'ils ont réellement besoin de mécanismes de RDIE.*

37. La question à se poser, en premier lieu, est de savoir si des mécanismes de RDIE sont souhaitables ou nécessaires. Les États ne doivent pas partir du principe qu'ils sont tenus de prévoir des dispositions relatives au RDIE dans leurs accords d'investissement, ni perdre de vue les origines du RDIE. De tels mécanismes n'étaient jamais censés remplacer les mécanismes juridiques nationaux de règlement des différends, mais offrir une alternative dans les cas les plus extrêmes de mauvaise administration de la part des gouvernements.

Politiques de prévention des différends

38. Les politiques de prévention des différends doivent être adoptées avant la naissance d'un différend ou même d'un désaccord entre un investisseur et l'État. Elles aident à prévenir ou à traiter efficacement les éventuels différends relatifs aux investissements, réduisant ainsi le risque qu'ils dégénèrent en un arbitrage international. Ces politiques visent donc à éviter les différends.

39. Les politiques de prévention des différends semblent être une approche prometteuse pour lutter contre l'augmentation des affaires de RDIE. Alors que les modes alternatifs de règlement des litiges, comme l'arbitrage, portent toujours sur un différend existant qui doit être réglé, la possibilité d'éviter un différend constitue forcément l'option à privilégier, du point de vue des États.

Modes alternatifs de règlement des litiges

40. Les modes alternatifs de règlement des litiges sont un moyen d'éviter à la fois l'arbitrage fondé sur un traité d'investissement et le recours aux juridictions nationales. Ils peuvent faire appel à la conciliation ou à la médiation, mais aussi se concentrer sur l'établissement des faits, afin de réduire la portée réelle du différend. Le processus vise à résoudre les différends.

41. L'avantage de ces méthodes alternatives est de permettre un règlement plus rapide et moins coûteux, surtout lorsque le problème est traité à un stade précoce, dans l'intention expresse d'éviter qu'il dégénère.

Procédures nationales d'examen administratif – *Examen administratif de la loi ou de la mesure que l'investisseur considère comme une violation du traité.*

42. Un autre moyen d'éviter que les différends ne dégénèrent consiste à mettre en place des mécanismes institutionnels autorisant les investisseurs lésés à engager des procédures dans l'État hôte pour demander un examen administratif de la loi ou de la mesure qu'ils considèrent comme une violation du traité. Ce genre d'examen administratif a l'avantage de faciliter la résolution d'un problème. Le recours à une

procédure administrative amiable ou institutionnelle pourrait bénéficier aussi bien aux États qu'aux investisseurs concernés.

Juridictions nationales – *Les recours internes doivent être épuisés avant d'envisager le RDIE.*

43. Cela permettrait aux institutions judiciaires nationales d'être les premières à se prononcer sur la conduite de l'État avant qu'une affaire puisse être soumise au RDIE. Ce serait aussi un moyen d'aligner le droit des investissements sur le droit international coutumier et le droit international des droits de la personne, et de prévenir toute incompatibilité avec les lois et réglementations nationales.

44. Le RDIE ne favorise pas la bonne gouvernance : en recourant à l'arbitrage international, il se substitue aux institutions judiciaires nationales, dont il risque ainsi de renforcer les faiblesses. La possibilité de recourir au RDIE à l'échelon international évite aux États de subir des pressions extérieures les poussant à améliorer les mécanismes et les pratiques d'administration publique.

45. La distinction faite sur le plan juridique entre les entreprises étrangères et les entreprises nationales est liée au fait que la possibilité de recourir au RDIE soulève des problèmes d'ordre procédural, mais aussi de fond. Étant donné que les juridictions nationales sont bien souvent contournées, les tribunaux arbitraux peuvent interpréter des points de droit interne et les appliquer dans une optique commerciale plutôt que du point de vue des politiques publiques, privilégiant davantage les intérêts du secteur privé plutôt que l'intérêt public. Les arbitres sont généralement des spécialistes du droit international de l'investissement et ne connaissent pas nécessairement les subtilités d'un système juridique national. Par respect pour les acteurs politiques nationaux, il faudrait prévoir une obligation de s'en remettre aux autorités locales pour les questions de droit interne.

46. Même en droit des droits de la personne, toute personne présumée victime d'une violation de ses droits doit d'abord saisir les autorités nationales et leur permettre de réparer toute injustice. Pourquoi les investisseurs étrangers auraient-ils le droit de saisir immédiatement une instance internationale, sans être tenus d'épuiser au préalable les recours internes ?

Bureau de médiation – *Création d'un bureau de médiation servant de guichet unique pour les plaintes.*

47. Pour les investisseurs, un bureau de médiation constitue un moyen officiel de traiter les questions et les problèmes à un stade précoce. Cela peut être pour eux un moyen de tenter de trouver une solution amiable, rapide et potentiellement peu coûteuse à un problème lié à leurs investissements. Pour les États hôtes, un bureau de médiation constitue un premier point de contact ou d'accès pour traiter un problème rencontré par un investisseur étranger. Il peut rapidement fournir des informations aux autorités pour les aider à évaluer le problème. Il peut aussi faciliter une action rapide, si nécessaire, permettant aux autorités de résoudre le problème avant qu'il ne s'aggrave.

Coopération d'État à État en matière de prévention des différends – *La coopération, plutôt que la confrontation, entre les États présente l'intérêt de permettre un traitement rapide et simple d'une plainte, qui est sans doute préférable à des procédures de RDIE longues et coûteuses.*

48. Des commissions conjointes entre États ont été mises en place pour la coopération, leur rôle étant de traiter les plaintes des investisseurs et de les transmettre aux administrations compétentes pour un examen plus approfondi. Les investisseurs pourraient s'adresser au représentant de la commission conjointe dans leur pays d'origine, lequel engagerait alors des consultations avec son homologue dans l'État hôte pour tenter de régler rapidement le différend naissant.

Institutions d'arbitrage

49. Les institutions d'arbitrage peuvent aussi contribuer à faire en sorte que le recours à des moyens alternatifs soit plus largement répandu dans la communauté du droit international de l'investissement :

- Elles pourraient proposer des règles simplifiées pour les modes alternatifs de règlement des litiges ou assouplir les règles relatives à la conciliation, à la médiation et à l'établissement des faits, afin de les rendre plus attrayantes pour ceux qui souhaitent en faire usage dans les procédures judiciaires en matière d'investissements ;
- Elles pourraient également faciliter l'accès aux modes alternatifs de règlement des litiges en renforçant les capacités dans ce domaine ou en encourageant l'inclusion de spécialistes de ces techniques dans leurs listes ;
- Elles pourraient en outre apporter un appui logistique, administratif, etc., aux parties souhaitant recourir à un mode alternatif de règlement des litiges.

Organisations internationales – *Les organisations internationales pourraient jouer un rôle important en sensibilisant la communauté internationale de l'investissement et les États aux avantages qu'ils pourraient tirer d'autres approches que l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement.*

50. Les organisations internationales pourraient dispenser des conseils sur la conception, l'élaboration et la mise en œuvre de politiques propres à prévenir et éviter les différends, en fournissant notamment une assistance technique et en renforçant les capacités. Cela permettrait aux États d'améliorer leurs cadres institutionnels de prévention des différends relatifs aux investissements.

Précédent – *Le précédent, qui garantit la constance et la cohérence de la jurisprudence, devrait faire autorité.*

51. Aujourd'hui déjà, les arbitres renvoient à des sentences antérieures et les citent fréquemment, créant ainsi *de facto* une sorte de précédent persuasif, mais comme tous ne suivent pas cette pratique, il arrive encore que des décisions divergentes soient rendues.

Qualité pour agir – *Toute personne concernée par la procédure devrait avoir qualité pour agir.*

52. En permettant aux investisseurs d'intenter des actions contre les États et aussi à d'autres personnes ou communautés concernées de poursuivre les investisseurs, on permet aux personnes physiques ou morales ayant un intérêt direct et actuel d'intervenir dans la procédure, ce qui est nécessaire pour rendre le processus plus équitable et protéger les droits de tous – pas seulement ceux des multinationales.

53. Il convient toutefois de ne pas confondre cette pratique avec les mémoires d'*amicus curiae* qui sont actuellement utilisés de manière désordonnée et incohérente. Souvent, en l'absence de dispositions contraignantes autorisant expressément ce genre d'intervention, les mémoires ont été refusés. La participation effective du public exige des règles écrites claires l'autorisant à intervenir.

54. Pour s'assurer que le tribunal multilatéral des investissements applique les meilleures pratiques en matière de procédure ouverte et transparente, il faut des règles claires sur les interventions de tiers. L'intervention doit servir l'intérêt public et non porter injustement préjudice aux parties au différend relatif à un investissement. Des règles doivent être établies pour faire en sorte que l'intervention aide le tribunal multilatéral des investissements à trancher un différend en apportant des points de vue nouveaux ou indépendants.

Compétence – Limiter la compétence aux demandes formées par des investisseurs responsables respectueux des lois, règles, réglementations et valeurs internationalement reconnues.

55. En vertu de la règle des mains propres, toute demande associée à une violation des lois, réglementations ou obligations internationales doit être rejetée.

Exclusion liée à la sauvegarde de l'intérêt public – Ce principe exclurait toute contestation des réglementations et législations d'intérêt public.

56. Il est nécessaire de veiller à ce que les investisseurs ne soient pas en mesure de contester des réglementations légitimes d'intérêt public.

57. Le principe d'exclusion lié à la sauvegarde de l'intérêt public est important, car l'un des principaux inconvénients du RDIE est que les investisseurs s'en sont servis pour contester des politiques et des réglementations en menaçant d'engager une action.

Clause de primauté – Une clause précisant que la protection des investissements ne l'emporte pas sur les obligations des États dans le domaine social, environnemental et des droits de la personne.

58. Les États doivent disposer d'une certaine marge de manœuvre décisionnelle pour honorer les obligations contractées sur le plan international en matière sociale et environnementale. L'inclusion d'une clause de primauté indiquerait clairement aux arbitres que les obligations découlant d'accords internationaux dans le domaine environnemental, social et des droits de la personne l'emportent sur les obligations nées des accords internationaux d'investissement. En cas de conflit, la protection des investisseurs s'effacerait devant les obligations sociales et environnementales des États.

Code de conduite des arbitres – Élaborer un code de conduite traitant de la déontologie de ceux qui tranchent les différends relatifs aux investissements, en énonçant clairement une série de règles contraignantes destinées à garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres, et adopter de meilleures règles sur la récusation des arbitres.

59. On s'est inquiété de ce que les arbitres des tribunaux tranchant des affaires de RDIE n'agissaient pas de manière indépendante et impartiale. Dès lors que les personnes en question peuvent agir non seulement en qualité d'arbitres, mais aussi en qualité de conseils pour des entreprises ou des gouvernements, certaines préoccupations ont été émises quant au risque de partialité ou de conflit d'intérêts. Les États craignent que le système ne crée des conflits d'intérêts du fait que les arbitres sont aussi des conseils et qu'ils comptent peut-être faire affaire ultérieurement avec les investisseurs.

60. Un code de conduite pourrait interdire aux arbitres d'intervenir comme conseils juridiques dans des affaires similaires – double casquette –, et créer des obligations d'indépendance et d'impartialité. Il faut aussi aborder les questions liées à la limitation et aux renouvellements des mandats et faire en sorte que les arbitres ne puissent être nommés que pour un seul mandat.

Frais – Procédures de gestion des affaires, réglementation et plafonnement des honoraires des arbitres.

61. La rationalisation des processus et des procédures, l'établissement de délais réglementaires et la mise au point d'un barème d'honoraires transparent permettront d'assurer une gestion efficace et efficiente des affaires, et ainsi de réduire les coûts.

Dispositions relatives aux garanties pour frais – Dispositions permettant au tribunal de suspendre la procédure ou d'y mettre fin si la garantie pour frais n'est pas payée dans les délais prescrits.

62. La garantie pour frais permettrait aux États de faire exécuter les sentences en leur faveur en utilisant les coûts d'arbitrage et autres frais d'instance. Cela est

indispensable dans la mesure où, dans les affaires de RDIE, les États défendeurs se heurtent souvent à la difficulté de faire exécuter les sentences leur accordant les coûts encourus. La garantie constituée devrait être proportionnée et raisonnable et tenir compte d'un certain nombre de facteurs, tels que le montant de la créance. Des exigences en matière de garanties pour frais pourraient dissuader les demandeurs d'introduire des demandes infondées et abusives. La garantie pour frais devrait être obligatoire dans les affaires financées par des tiers.

Frilosité réglementaire – *Il convient de prévoir des exclusions ou des exceptions dans le système de RDIE.*

63. Souvent, les investisseurs se servent du RDIE de manière stratégique, engageant publiquement et fréquemment des procédures afin de contraindre les États à leur accorder des conditions favorables pour leurs investissements, plutôt que de recourir au RDIE en dernier ressort. Même si les accords internationaux d'investissement ne limitent pas directement les pouvoirs législatifs ou réglementaires des États, ils peuvent amener les gouvernements à procéder de manière plus prudente – et donc potentiellement insuffisante du point de vue de l'intérêt public – lors de la planification et de l'élaboration de réglementations. De ce fait, les gouvernements risquent de ne pas prendre des mesures réglementaires d'intérêt public face à la menace d'un arbitrage en matière d'investissements et des dommages-intérêts élevés qui en résulteraient.

Demande reconventionnelle – *L'État devrait être autorisé à présenter des demandes reconventionnelles contre les investisseurs en cas de manquement à leurs obligations.*

64. L'État est toujours défendeur et ne peut former de demandes reconventionnelles contre les investisseurs en cas de manquement à leurs obligations. Le système est donc asymétrique, et il convient d'autoriser les demandes reconventionnelles afin de remédier au déséquilibre du mécanisme actuel de RDIE.

Assurance-investissement – *L'assurance-investissement en lieu et place du RDIE*

65. Une proposition consiste à recourir à l'assurance-investissement plutôt qu'au RDIE. L'assurance contre les risques politiques – proposée par des prestataires des secteurs privé et public – peut aider les investisseurs à se protéger contre les pertes dues à l'insécurité juridique, à la guerre et aux troubles civils, à l'expropriation, aux dommages physiques, aux restrictions des transferts, aux ruptures de contrat, etc.

Unifier le libellé des obligations de fond

66. Il faut unifier le libellé des obligations de fond dans les accords internationaux d'investissement pour en assurer la cohérence.

Financement par des tiers – *Le financement par des tiers devrait être interdit. S'il ne l'est pas, l'existence et l'identité des tiers financeurs devraient être divulguées afin d'éviter les conflits d'intérêt. L'accord de financement doit également être rendu public et des sanctions doivent être prévues en cas de clauses de non-divulgaration. Une garantie pour frais doit être exigée en cas de financement par des tiers.*

67. Il existe des raisons valables de s'opposer à ce que des tiers financent des demandes déposées au titre des accords internationaux d'investissement, du fait que cela pourrait notamment augmenter le nombre de demandes douteuses. Même si elles sont rejetées dans la plupart des cas, ces demandes abusives peuvent mobiliser des ressources considérables et nuire à la réputation d'un État défendeur.

68. Les tiers financeurs sont le plus souvent des entités à but lucratif n'ayant aucun intérêt dans les questions de fond dont le tribunal arbitral est saisi. Ils sont donc plus enclins à investir dans des demandes pouvant donner lieu à des sentences portant sur des montants considérables. De plus, les financeurs ne sont pas à proprement parler parties à l'arbitrage en matière d'investissements, mais les fonds qu'ils apportent leur donnent un contrôle et un pouvoir économique sur la demande. Ils peuvent donc influencer la gestion de l'affaire et, en définitive, l'issue du différend entre

l'investisseur et l'État défendeur. En outre, les pays, étant toujours défendeurs, ne peuvent pas former de demande reconventionnelle. Il s'ensuit que le financement par des tiers est toujours à la charge de l'État hôte défendeur. En fait, ce sont les États hôtes qui paient l'arbitrage en matière d'investissements financé par des tiers. Cela pose un problème dès lors que l'argent provient des recettes fiscales. Il existe donc un risque non négligeable que le financement par des tiers impose une lourde charge aux États hôtes et ait des répercussions sur leurs réglementations.

69. En outre, le financement par des tiers dans l'arbitrage international en matière d'investissements suscite encore de nombreuses incertitudes et soulève des questions importantes. Le recours au financement par des tiers est-il une nécessité ou une simple décision de gestion financière prise par l'entreprise ? Qui sollicite un financement par des tiers en réalité : les petits investisseurs ou les grandes entreprises ? L'affirmation selon laquelle le financement par des tiers n'engendrerait pas davantage de demandes abusives, en raison de la diligence raisonnable et de la vérification des bailleurs de fonds avant de financer un recours, ne semble refléter que partiellement la réalité économique. Souvent les bailleurs de fonds financent plusieurs affaires, afin de pouvoir agir de manière plus spéculative et de diversifier les risques, ce qui risque fortement de se traduire par une augmentation du nombre d'affaires d'arbitrage international en matière d'investissements et pourrait avoir des effets négatifs très importants sur les États hôtes défendeurs, en particulier les pays en développement.

Obligations des investisseurs – *Les droits des investisseurs devraient être subordonnés à des obligations. En l'absence d'un tel équilibre, le droit de l'investissement sera unilatéral et antidémocratique.*

70. Il pourrait être utile d'incorporer de nombreuses obligations dans le droit de l'investissement. En particulier, il est nécessaire d'établir des exigences minimales en matière d'environnement et d'emploi : en imposant des obligations aux investisseurs directement dans les traités, cela permettrait de contribuer à la création d'une norme minimale internationale.

Demandes abusives

71. *Il convient de rejeter les demandes abusives.*

Exigences en matière de divulgation d'informations et de garantie pour frais – *Des informations cruciales concernant la nationalité de l'investisseur, l'existence d'un investissement en bonne et due forme, ainsi que la nature et l'étendue des dommages-intérêts demandés peuvent permettre aux États de déceler des défaillances justifiant un rejet rapide de la demande.*

72. Cela peut permettre aux États de déceler des défaillances justifiant un rejet rapide de la demande.

Dommages-intérêts – Orientations pour l'octroi de dommages-intérêts

73. Cela contribuerait à remédier au manque de cohérence et de prévisibilité des sentences.

Pas de règle de pertes par ricochet – Pas de demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet

74. Seules les entreprises directement lésées devraient être autorisées à demander le recouvrement de leurs pertes. Les demandes indirectes, présentées par des actionnaires cherchant à être indemnisés pour des pertes qui correspondent seulement à celles subies par l'entreprise dont ils détiennent des parts, devraient être rejetées. Les actionnaires pourraient ainsi tenter une action seulement en raison des pertes subies par l'entreprise et ne pourraient pas faire valoir une perte subie à titre personnel, ce qui permet d'éviter une double indemnisation. De nombreuses demandes indirectes sont liées à des pratiques abusives comme la recherche du tribunal le plus favorable et les procédures parallèles.

Demands multiples – Regroupement des demandes multiples présentées en vertu d'un même traité.

75. Cela permet de gagner du temps et de réduire les frais, tout en garantissant qu'une seule décision sera rendue pour des affaires portant sur des faits similaires.

Prescription

76. Il faudrait prévoir un délai de prescription pour l'introduction de demandes.

Tribunal multilatéral des investissements et organisme d'appel

Le tribunal multilatéral des investissements et le mécanisme d'appel pourraient servir l'état de droit en introduisant une instance supplémentaire capable de garantir la régularité des décisions rendues dans le cadre du RDIE.

77. Ces instances ont toutefois peu de chances de renforcer la cohérence du RDIE et de contribuer à l'émergence d'une jurisprudence.

78. Un tribunal multilatéral des investissements peut créer un système indépendant et légitime pour le règlement des différends fondé sur les traités d'investissement, sous réserve que le processus d'établissement du tribunal se déroule de manière équitable et neutre. Par rapport au RDIE, un tribunal multilatéral des investissements peut apporter des améliorations institutionnelles, sans pour autant éliminer les risques de discrimination ni résoudre les problèmes systémiques.

79. L'avantage d'un mécanisme d'appel par rapport à un tribunal des investissements permanent serait probablement qu'il semble politiquement plus facile à mettre en place. En outre, un mécanisme d'appel serait compatible avec le système d'arbitrage existant qui ferait office de première instance. Un tel système pourrait s'inspirer de l'expérience du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), dont l'Organe d'appel supervise un système de groupes spéciaux constitués pour chaque différend. Par rapport à un tribunal permanent composé de juges titularisés qui devraient être rémunérés indépendamment de l'existence ou non d'affaires à examiner, un tel mécanisme est sans doute plus économique.

80. La proposition présentée par l'UE visant à créer un tribunal des investissements ne permet pas de remédier aux inégalités de fond et aux déséquilibres découlant des dispositions des traités d'investissement. En soi, le système de dommages-intérêts, fondé sur de nombreux accords internationaux d'investissement mal rédigés et ambigus qui se prêtent à des interprétations très larges, continuera d'inciter les investisseurs et les cabinets de conseil à engager des procédures qu'ils n'auraient peut-être pas envisagées autrement.

81. La capacité d'un tribunal de renforcer la cohérence du processus décisionnel dépend aussi du droit applicable. Si le droit applicable continue d'être énoncé dans les traités bilatéraux, il sera plus difficile d'assurer la cohérence, au risque de voir un tribunal étendre encore, d'une manière plus permanente, la portée des garanties accordées aux investisseurs. C'est pourquoi un tribunal a peu de chances de réduire l'incertitude liée aux décisions et de renforcer la prévisibilité et la sécurité juridique tant pour les investisseurs que pour les États hôtes.

82. Il n'a pas été proposé de faire obligation aux investisseurs d'épuiser tout d'abord les recours internes ou de démontrer que les juridictions nationales ne sont pas en mesure de traiter une affaire, en particulier avant de pouvoir saisir le tribunal des investissements.

83. De plus, aucune mesure de protection n'est prévue pour empêcher que le tribunal qu'il est proposé de créer ne suscite une frilosité réglementaire. Des droits fondamentaux étendus font peser un risque en matière de responsabilité financière et pourraient avoir un effet dissuasif sur les décideurs.

84. Il n'est pas fait mention des obligations des investisseurs ni d'instruments juridiques pour établir de telles obligations.

85. Aucune restriction ne limite l'accès des investisseurs au système, de sorte que même ceux qui ont bafoué les droits des travailleurs qu'ils emploient ou pollué l'environnement peuvent engager une procédure. Un tribunal ne changera rien à cette situation, perpétuant ainsi les problèmes inhérents au système actuel de RDIE.

86. Comment le tribunal multilatéral des investissements interagira-t-il avec les tribunaux nationaux si l'assistance de ces derniers est nécessaire ? Il devrait être tenu de se tourner vers les tribunaux nationaux de l'État hôte pour les questions de droit interne. Cela permettrait non seulement d'avoir des orientations appropriées sur la manière dont le droit interne doit être compris, mais aussi d'éviter le risque que l'accord soit jugé incompatible avec le droit national.

87. La procédure d'appel permet à un tribunal de modifier l'issue d'une procédure. Quels seront les motifs d'appel (par exemple, erreurs de droit ou de fait) ? Quels autres motifs seront pris en considération ? L'organisme d'appel aura-t-il le pouvoir de déterminer lui-même les faits ou toutes les questions de fait seront-elles renvoyées au tribunal initial ? Aura-t-il le pouvoir d'ordonner des mesures de redressement provisoire ou interlocutoire pour maintenir le statu quo en attendant de se prononcer sur l'appel ? De combien de juges sera-t-il composé ? L'organisme d'appel devrait avoir ses propres procédures de travail, y compris en ce qui concerne les délais. Ses arrêts devraient être publiés et les décisions antérieures devraient avoir valeur de précédent persuasif pour les affaires suivantes, constituant ainsi un cadre juridique permettant de statuer sur les différends portés devant le tribunal.

88. L'instauration d'un tribunal des investissements soulève des problèmes spécifiques. Un mécanisme d'appel et un tribunal des investissements permanent devraient être créés en tant qu'institution multilatérale apte à superviser les affaires de RDIE indépendamment des parties au différend et de l'accord international d'investissement applicable. Pour qu'un tel système fonctionne, il faudrait, dans la pratique, adopter un traité multilatéral portant création du tribunal des investissements et définissant sa compétence. En outre, la création d'un tribunal des investissements nécessiterait soit l'adaptation des traités bilatéraux et régionaux actuellement favorables à l'arbitrage, soit la création d'un mécanisme propre de saisine par les États. Ces énormes problèmes structurels devraient être surmontés.

89. La création d'une instance judiciaire multilatérale pourrait aussi donner lieu à des préoccupations quant à sa légitimité. La sélection des juges : qui sont ceux qui siègent en tant que décideurs juridiques et qui les nomme ou les élit ? Où un tel tribunal aurait-il son siège et l'institution jouirait-elle de privilèges et immunités ? Le processus de sélection des membres du tribunal doit faire l'objet d'un examen minutieux pour éviter de voir des arbitres ayant interprété des dispositions au sens large dans des affaires de RDIE réapparaître en tant que juges du tribunal multilatéral des investissements. Le contrôle sur le processus de nomination devrait échoir aux États plutôt qu'être partagé avec les investisseurs.

90. Il semble que le tribunal multilatéral des investissements vise à se détourner d'un modèle où les affaires sont tranchées principalement par des juges désignés par les parties au différend au profit d'un système judiciaire autonome. Les mécanismes de nomination des juges seront déterminants et les récentes controverses concernant la politisation des nominations à l'Organe d'appel de l'OMC montrent à quel point il est complexe de concevoir un processus de nomination qui ne puisse être dominé ou manipulé par un ou plusieurs États désireux de le politiser.

91. Le nombre de juges appelés à siéger sera probablement limité, ce qui entraînera une concurrence entre les intérêts divergents des pays, où le pouvoir politique jouera un rôle important pour tenter de contrôler le tribunal. Ce pouvoir devra être encadré par des règles claires et transparentes, de manière à éviter toute inégalité et toute partialité des juges.

92. Des préoccupations subsistent quant aux processus destinés à garantir la diversité de la composition du tribunal et à traiter les contestations des nominations.

Tout devrait être mis en œuvre pour assurer la diversité de la composition des tribunaux : régions géographiques représentées, équilibre femmes/hommes, etc.

93. L'indépendance judiciaire est une condition préalable importante pour la crédibilité et la légitimité des cours et tribunaux internationaux. Cela mérite un examen attentif des exigences d'indépendance et d'impartialité judiciaires, afin d'éviter toute forme de partialité de la part des juges pressentis pour le tribunal multilatéral des investissements et à garantir leur indépendance.

94. L'annonce de la création d'un nouveau tribunal multilatéral des investissements ne suffit pas à rendre la justice et garantir l'état de droit. Compte tenu de l'importance cruciale de la force exécutoire des sentences, les pouvoirs dont disposera le tribunal multilatéral des investissements et la question de savoir si ses décisions seront contraignantes et exécutoires sont des considérations importantes pour les pays favorables à la création d'un tel tribunal. En outre, les sentences rendues par le tribunal multilatéral des investissements seraient-elles exécutoires en vertu de la Convention de New York ou de la Convention du CIRDI ?

95. Les règles de procédure adoptées par le tribunal multilatéral des investissements sont importantes. Le tribunal (compétent à la fois en première instance et en appel) prendra des décisions importantes régissant les droits et obligations tant privés que publics. Il devra s'appuyer sur des règles de procédure détaillées et transparentes. Au minimum, il lui faudra satisfaire aux exigences suivantes : son système de règlement des différends et son application doit être neutre, efficace, prévisible sur le plan juridique et cohérent. Tout déséquilibre dans les dispositions procédurales ébranlerait la confiance dans la neutralité du tribunal multilatéral des investissements et irait à l'encontre des garanties d'une procédure régulière, de l'équité et de la justice.

96. Bon nombre des préoccupations qui sont à l'origine de la proposition de création d'un tribunal multilatéral des investissements ont trait au besoin de transparence et de participation du public. Il faut adopter des dispositions claires et directes autorisant les interventions utiles et garantissant le droit des parties au déroulement ordonné et équitable des audiences. La confiance dans l'indépendance et l'impartialité du tribunal dépendra de la transparence du processus de sélection des juges. Cette sélection devrait s'opérer dans le cadre d'un processus transparent tenant compte des intérêts des parties concernées. Pour que le public ait confiance dans le tribunal multilatéral des investissements, il est essentiel d'améliorer la transparence et de divulguer des informations sur la récusation de ses membres. L'accès du public à ces informations est une condition indispensable à l'indépendance du tribunal et à la confiance dont il jouira.

97. Un problème persistant dans le système actuel d'arbitrage en matière d'investissements tient au caractère souvent confidentiel des procédures et des sentences. Par exemple, le Règlement de la CNUDCI exige le consentement de toutes les parties avant qu'une sentence ou une procédure ne soit rendue publique, et les procédures du CIRDI ne sont pas publiques non plus. Toutefois, le CIRDI publie les sentences arbitrales sur son site Web, et de nombreuses sentences arbitrales en matière d'investissements ne relevant pas du CIRDI sont rendues publiques lorsque la sentence est contestée devant les juridictions nationales ou lorsque l'État doit rendre compte d'un paiement effectué en application d'une sentence arbitrale. Il n'en demeure pas moins que les procédures d'arbitrage en matière d'investissements ont un caractère privé, même si la plupart des différends eux-mêmes sont en fait publics. L'arbitrage en matière d'investissements relève du droit international public – en se prononçant sur les mesures de réglementation prises par un État souverain – et une sentence arbitrale rendue contre un État a aussi des conséquences pour les citoyens de cet État. Les procédures privées et les sentences ad hoc n'aident guère le public à comprendre le déroulement et le raisonnement de l'arbitrage. Un État doit rendre des comptes à sa population, et la légalité de ses mesures réglementaires est une question d'intérêt public qui ne devrait pas être confidentielle. Le tribunal multilatéral des investissements devrait ouvrir ses procédures aux tiers et publier ses décisions et leur motivation. Les États pourraient s'aligner sur le Règlement de la CNUDCI sur la

transparence, voire en renforcer les dispositions s'ils estiment qu'elles ne vont pas assez loin.

98. Il ne devrait pas être nécessaire d'être membre à part entière du tribunal pour le saisir. Le tribunal devrait être conçu comme un forum destiné à régler les différends aussi bien entre États qu'entre investisseurs et États. Le recours au tribunal multilatéral des investissements pour régler les différends devrait être volontaire.

99. Le tribunal multilatéral des investissements qu'il est proposé de créer risque d'entraver la réforme des droits de propriété intellectuelle. À cet égard, on peut citer l'exemple de l'entreprise pharmaceutique américaine Eli Lilly, qui a réclamé 500 millions de dollars canadiens dans le cadre d'un arbitrage suite à une modification de la législation canadienne sur les brevets, qui visait à assurer un meilleur accès aux médicaments. Selon Eli Lilly, la réforme du droit canadien des brevets n'est pas compatible avec l'accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (« accord sur les ADPIC »). Les arbitres en matière d'investissements qui interprètent l'accord sur les ADPIC et se prononcent sur son respect pourraient changer la dynamique d'interprétation, car les investisseurs ont moins de réticences que les États en ce qui concerne les politiques, et il y a une différence entre le fait de considérer les droits de propriété intellectuelle comme des moteurs de l'innovation et celui de les traiter comme des actifs.

100. Le tribunal multilatéral des investissements qu'il est proposé de créer risque de porter atteinte à la protection des données. Les investisseurs étrangers pourraient s'en servir pour contester les mesures de protection des données introduites en vue de réglementer les flux transfrontières de données. À ce titre, le tribunal risque de nuire à la protection des données à caractère personnel.

101. Le tribunal multilatéral des investissements qu'il est proposé de créer risque d'entraver les mesures prises pour lutter contre les changements climatiques. Pour faire face à ces changements, les pays doivent se détourner des ressources à forte empreinte carbone et privilégier les énergies propres. Cela nécessitera une profonde mutation des investissements et l'adoption de politiques publiques destinées à soutenir et encourager les bons types d'investissements. Le RDIE peut saper les efforts des États pour adopter des politiques respectueuses de l'environnement en vue de prévenir les changements climatiques, d'atténuer leurs conséquences et s'adapter à leurs effets. Les fonds publics devraient être utilisés pour appuyer le passage aux énergies propres et non pour indemniser les pollueurs pour les pertes économiques qu'ils risquent de subir s'ils n'adaptent pas leur modèle d'entreprise en temps voulu et de manière responsable.

102. Un tribunal multilatéral des investissements, contrairement aux systèmes juridiques nationaux, donnerait aux investisseurs la possibilité de demander une indemnisation, ce qui risque de rendre les réformes prohibitives, d'entraîner une frilosité réglementaire et d'entraver de ce fait l'adoption de mesures cruciales concernant les changements climatiques. La capacité des pays à entreprendre des réformes et à réagir aux crises, notamment aux changements climatiques, s'en trouverait encore amoindrie.

103. Compte tenu des problèmes qui risquent de se poser, la proposition de création d'un tribunal multilatéral des investissements semble viser à reprendre bon nombre des éléments clefs du RDIE, en les incorporant tels quels. Dans l'ensemble, la proposition équivaut à apporter des réformes cosmétiques, sans toucher aux problèmes fondamentaux du système. Elle paraît en effet préserver et confirmer le système du RDIE. Un tribunal des investissements ne ferait qu'exacerber et consolider ainsi ce système déséquilibré et préjudiciable.

104. Nous devons discuter de la réforme du RDIE et des problèmes qu'il pose de manière constructive, en examinant également d'autres options extrajudiciaires de règlement des différends (notamment la prévention des différends, la coopération entre États, etc.). La réforme du RDIE devrait être complétée par d'autres réformes

visant à répondre aux préoccupations de fond découlant des dispositions des traités d'investissement.

105. Les discussions sur la réforme du RDIE pourraient faire référence à des instruments tels que le traité contraignant des Nations Unies sur les entreprises et les droits de la personne, afin de rendre les politiques de développement durable plus cohérentes. Il faut en outre examiner les normes de fond énoncées dans les traités d'investissement.

106. Compte tenu de la volonté d'un certain nombre de pays d'explorer diverses options, il est crucial que les débats sur la réforme du RDIE se déroulent en toute connaissance de cause et prennent en compte les intérêts de toutes les parties prenantes de manière équilibrée.

VII. Conclusion

107. L'Afrique du Sud soutient en principe les débats sur la réforme du régime de RDIE et la mise en place d'un nouveau mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements. Il serait très préjudiciable de ne pas tenir ces débats dans la mesure où il est indispensable de remédier aux problèmes que pose l'actuel régime des accords internationaux d'investissement à l'échelle mondiale et d'aider les États à faire face aux risques découlant de ces accords dans leur forme traditionnelle.

108. L'Afrique du Sud estime qu'il faut remplacer le système traditionnel de RDIE par une procédure de règlement des différends plus moderne et plus structurée et par conséquent mieux adaptée aux différends relatifs aux investissements touchant aux questions de développement durable et de politique publique et faisant intervenir diverses parties prenantes et différents intérêts.

109. Les États doivent mener des discussions constructives sur le RDIE et les problèmes qu'il pose, en étudiant également d'autres méthodes de règlement des différends (prévention des différends, coopération entre États, etc.) et en tenant compte d'instruments tels que le traité contraignant des Nations Unies sur les entreprises et les droits de la personne, l'objectif étant de favoriser la cohérence des politiques de développement durable.

110. Les débats sur le règlement des différends doivent en outre s'inscrire dans un contexte et une réforme plus larges afin de permettre la révision des dispositions conventionnelles sous-jacentes. Ils doivent aussi encourager l'élaboration indispensable d'un nouveau mécanisme global et inclusif de règlement des différends relatifs aux investissements.

111. Il importe de noter que la seule réforme du RDIE ne suffira pas à résoudre tous les problèmes que pose le régime d'investissement international. Nombre de ces problèmes, qui ont déjà été recensés précédemment, ne peuvent être réglés que par une révision des normes de fond.

112. La réforme du RDIE devrait donc être complétée par d'autres réformes afin de répondre à des préoccupations plus fondamentales liées aux dispositions des traités d'investissement que le régime de RDIE vise à faire appliquer. Il faut examiner les normes de fond contenues dans les traités d'investissement.

113. De même, tant que bon nombre des milliers d'accords internationaux d'investissement existent, il ne sera pas possible d'assurer une cohérence totale. Pour parvenir à un meilleur équilibre, à une plus grande cohérence et, d'une manière générale, à un régime d'investissement international plus légitime, il est également nécessaire de réformer le contenu des traités d'investissement et de réexaminer la forme sous laquelle ils ont été conclus.

114. Plusieurs pays souhaitent explorer diverses options qui pourraient remplacer le modèle traditionnel de RDIE. La négociation de nouveaux traités prévoyant un RDIE va à l'encontre de la décision de certains États de réformer ou de résilier ces accords

afin de protéger leur droit à légiférer. Il est donc crucial que les débats sur la réforme du RDIE se déroulent en toute connaissance de cause et prennent en compte les intérêts de toutes les parties prenantes de manière équilibrée.
