



# Assemblée générale

Distr. limitée  
19 mars 2020  
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-neuvième session  
Vienne, 5-9 octobre 2020**

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

### **Communication des Gouvernements néerlandais, péruvien et thaïlandais**

#### **Note du Secrétariat**

La présente note reproduit une communication reçue le 18 mars 2020 des Gouvernements néerlandais, péruvien et thaïlandais en vue de la trente-neuvième session du Groupe de travail. On trouvera en annexe la traduction du texte de cette communication tel qu'il a été reçu.



## Annexe

### Note de couverture

L'investissement étranger direct joue un rôle important dans le financement du développement durable car il assure les moyens de l'activité économique et favorise la croissance et l'emploi. La CNUCED a indiqué que plus de 2 500 milliards de dollars des États-Unis d'investissements supplémentaires seraient nécessaires chaque année pour atteindre les objectifs de développement durable (ODD). Les accords d'investissement peuvent améliorer l'environnement d'investissement des parties contractantes, et contribuer ainsi à faciliter les investissements étrangers et la réalisation des ODD.

Plusieurs initiatives bilatérales et multilatérales ont été lancées récemment pour moderniser le système de règlement des différends internationaux entre investisseurs et États, notamment dans le cadre de la CNUDCI. Comme cela a été souligné lors des discussions menées au sein du Groupe de travail, une attention particulière devrait être accordée au fait que les parties à des procédures engagées en vertu d'accords internationaux d'investissement n'ont pas toutes accès à une défense juridique adéquate.

En raison des coûts élevés et de la nature technique des procédures, on observe que, parfois, une partie a une meilleure connaissance et une expérience plus vaste des procédures engagées en vertu d'accords internationaux d'investissement que l'autre.

Le Ministère des affaires étrangères des Pays-Bas, s'appuyant sur les discussions menées par le Groupe de travail sur cette question, a commandé, en collaboration avec la Thaïlande et le Pérou, une étude préliminaire sur les moyens de garantir une défense juridique adéquate dans les procédures engagées en vertu d'accords internationaux d'investissement. Cette étude a pour objectif de donner aux délégations une vue d'ensemble claire, transparente et factuelle des moyens de mieux garantir une défense juridique adéquate dans les procédures ouvertes entre investisseurs et États.

L'étude a été établie par le Columbia Centre on Sustainable Investment, qui est seul responsable de son contenu. Elle ne représente aucune position officielle des Pays-Bas, du Pérou ou de la Thaïlande sur cette question, mais vise uniquement à fournir aux responsables gouvernementaux et aux autres parties intéressées des options et des lignes directrices claires en matière d'élaboration des politiques, et à servir de base de départ pour les discussions menées au sujet de l'opportunité et de la faisabilité de créer ou d'élargir un mécanisme d'assistance pour aider les États et les autres utilisateurs et parties prenantes du système d'accords internationaux d'investissement et de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) à participer plus efficacement à ce système et à en tirer profit. Elle comprend également une partie consacrée aux petites et moyennes entreprises (PME) en tant que bénéficiaires potentiels du mécanisme d'assistance identifié.

On trouvera ci-après un résumé de cette étude préliminaire. La version intégrale est disponible en anglais à l'adresse <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/securingadequatedefense.pdf>.

### Résumé de l'étude préliminaire

Le Columbia Centre on Sustainable Investment a établi une étude préliminaire sur les moyens de garantir une défense juridique adéquate dans les procédures engagées en vertu d'accords internationaux d'investissement (étude préliminaire) à l'intention du Ministère des affaires étrangères des Pays-Bas. Celle-ci visait avant tout à répondre à la question de recherche suivante : comment peut-on mieux garantir une défense juridique adéquate aux parties à des procédures engagées en vertu d'accords internationaux d'investissement ? Les informations fournies dans cette étude sont destinées à servir de base de départ pour les discussions menées au sujet de l'opportunité et de la faisabilité de créer ou d'élargir un ou plusieurs mécanismes d'assistance pour aider les États et les autres utilisateurs du système d'accords

internationaux d'investissement et de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) à participer plus efficacement à ce système et à en tirer profit. Tout au long de l'étude et conformément à l'approche que nous avons adoptée, qui recense un large éventail de questions et d'options, nous désignons les possibilités de soutien par le terme « mécanismes d'assistance ». Ce dernier englobe toute une gamme de modèles et d'options possibles et n'a pas vocation à refléter une approche unique.

L'étude préliminaire donne une vue d'ensemble vaste et inclusive des questions, préoccupations, données empiriques, opinions, enseignements tirés et solutions proposées en relation avec la possibilité de créer ou d'élargir un mécanisme d'assistance dans le domaine du droit international de l'investissement. Elle reflète les observations communiquées, à titre confidentiel, par : des représentants gouvernementaux (de tous les niveaux de développement économique du Groupe de la Banque mondiale) ; des particuliers qui ont une expérience de la mise en place ou du fonctionnement de mécanismes d'assistance existants ou dont la mise sur pied a été tentée ; des particuliers qui travaillent ou ont travaillé pour une institution arbitrale ; des universitaires qui ont écrit des textes sur le droit international de l'investissement et/ou conseillé les États dans ce domaine ; des praticiens privés ; des représentants d'organisations non gouvernementales ; et des représentants d'investisseurs étrangers du secteur privé. Si cette étude prend en compte les perspectives de chacune de ces catégories de personnes (même si celles-ci ne reflètent naturellement que celles des personnes réellement interrogées), c'est le point de vue de ceux qui connaissent et cernent les difficultés en termes de capacités qui devrait avant tout guider les efforts visant à identifier les domaines essentiels où une assistance est nécessaire, et à développer des solutions potentielles.

### **Cerner les difficultés**

Les consultations menées par le Columbia Centre on Sustainable Investment dans le cadre de l'étude préliminaire ont montré que les préoccupations relatives au système d'accords internationaux d'investissement et de règlement des différends entre investisseurs et États concernaient des points bien plus fondamentaux que le seul coût financier de la participation à ce système. Les personnes interrogées ont fait part des difficultés rencontrées, qui allaient de la formulation de la politique d'investissement au niveau national à la participation effective à des procédures officielles de RDIE. L'étude préliminaire examine par conséquent tout l'éventail de problèmes que rencontrent les États et autres acteurs pour utiliser le droit international de l'investissement et en tirer profit, et participer de manière efficace au processus de règlement des différends entre investisseurs et États. Pour ce faire, elle se concentre sur les difficultés en matière de capacités, et recense les différents problèmes liés : à l'élaboration de politiques d'investissement ; à la négociation d'accords internationaux d'investissement ; à la mise en œuvre et à la gestion des accords et des politiques qui leur sont associées ; à la prévention des différends ; et à la gestion et aux consultations antérieures au litige. Elle examine ensuite dans le détail les difficultés qui surviennent dans le cadre de la gestion effective des affaires de RDIE, y compris pour ce qui est de : recruter du personnel ; anticiper, voire résoudre, les affaires de RDIE à un stade précoce ; nommer des arbitres ; remédier aux incertitudes et aux ambiguïtés ; collaborer avec les experts ; et procéder à la recherche et à la gestion de l'information. Certaines des difficultés recensées sont communes à de nombreux États, voire à tous, d'autres diffèrent d'un État à l'autre, en fonction du niveau de développement économique de l'État, de son expérience des affaires de RDIE et de son rôle en tant qu'importateur ou exportateur de capitaux (ou les deux), en particulier vis-à-vis de ses partenaires dans le cadre des traités d'investissement, entre autres facteurs. Les États ont exprimé des priorités différentes dans la manière de faire face à ces difficultés, dont certaines semblaient être de simples préférences au vu des contraintes anticipées en matière de ressources, tandis que d'autres étaient plus fermement établies.

### Identifier les moyens de remédier aux difficultés en matière de capacités

Une fois que l'on aura identifié les difficultés en matière de capacités et établi une hiérarchie entre elles, il sera nécessaire d'envisager le modèle de mécanisme d'assistance qui serait susceptible d'aider à y remédier. L'étude préliminaire examine toute une gamme de formes que des mécanismes d'assistance ont pu ou pourraient prendre tant dans le domaine du droit international de l'investissement que dans d'autres domaines juridiques, pour répondre à ces diverses préoccupations. Parmi les modèles examinés de plus près dans l'étude figurent :

- **Le soutien institutionnalisé à plusieurs niveaux, y compris la représentation juridique des gouvernements clients.** Parmi les exemples examinés dans cette catégorie figurent le Centre consultatif sur la législation de l'OMC, la Facilité africaine de soutien juridique, et le Programme de soutien des investissements pour les pays les moins avancés de l'Organisation internationale de droit du développement, ainsi qu'un service d'aide en ligne spécialisé dans le droit de l'investissement ;
- **Le soutien institutionnalisé à plusieurs niveaux, hormis la représentation juridique des gouvernements clients.** Parmi les exemples examinés dans cette catégorie figurent les formes de soutien fournies par des organisations internationales telles que la CNUCED, l'OCDE et le Groupe de la Banque mondiale, des centres d'arbitrage tels que le CIRDI, la CPA et l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, et des centres universitaires et à but non lucratif tels que le Columbia Centre on Sustainable Investment et l'Institut international du développement durable ;
- **Les contributions financières ou en espèces.** Parmi les exemples examinés dans cette catégorie figurent les fonds d'affectation spéciale pour l'arbitrage (notamment le Fonds d'assistance financière de la CPA), le financement par des tiers, la représentation avec honoraires conditionnels, les produits d'assurance et les prêts ;
- **Le soutien ponctuel *pro bono* de juristes et d'experts.** Parmi les exemples examinés dans cette catégorie figurent le Programme de soutien des investissements pour les pays les moins avancés de l'Organisation internationale de droit du développement, ainsi que d'autres programmes d'ONG et d'universités (par exemple, TradeLab) qui fournissent des services aux États à titre gracieux ;
- **Les plateformes intergouvernementales de partage des connaissances.** Parmi les exemples examinés dans cette catégorie figurent les possibilités officielles d'échange d'informations entre représentants gouvernementaux (par exemple, Forum annuel des négociateurs d'accords d'investissement des pays en développement organisé par l'Institut international du développement durable), ainsi que d'autres réseaux ad hoc fondés ou non sur des traités ;
- **Les réseaux distincts de renforcement des capacités.** Parmi les exemples examinés dans cette catégorie figurent les formations et autres possibilités de renforcement des capacités proposées par divers mécanismes d'assistance, instituts universitaires et à but non lucratif, cabinets d'avocats et organismes gouvernementaux, ainsi que les cours en ligne ouverts à toutes et à tous ;
- **L'assistance judiciaire et le centre d'échange de ressources.** Enfin, une forme très simple de mécanisme d'assistance peut apporter une contribution très utile en compilant, organisant et diffusant des informations relatives aux ressources existantes aux représentants gouvernementaux concernés.

### Principales considérations à prendre en compte pour recenser les options faisables et opportunes

L'analyse des mécanismes d'assistance existants et l'expérience accumulée dans ce domaine ont permis de recenser diverses questions transversales, dont les décideurs

devraient tenir compte au moment d'examiner la gamme et l'étendue des services, ainsi que le ou les modèles qu'un mécanisme d'assistance pourrait suivre. Parmi les questions transversales examinées de plus près dans l'étude figurent :

- La qualité, la fiabilité, la réputation et la confiance ;
- Le financement d'un mécanisme d'assistance et la gamme de services ;
- Les coûts du soutien et la prise en charge de ceux-ci ;
- Les tensions entre parties prenantes ;
- L'identification du client/bénéficiaire ;
- L'emplacement, le recrutement de personnel et la rémunération ;
- Le caractère institutionnalisé ou ad hoc des mécanismes ;
- La « politique » qui sous-tend le rôle d'un mécanisme d'assistance ; et
- Les recoupements avec d'autres réformes.

Il ressort des entretiens menés et des recherches effectuées qu'il existe une grande diversité de points de vue quant à l'ordre d'importance qu'il conviendrait d'attribuer aux difficultés en termes de capacités et aux moyens d'y remédier, et que chacune des catégories de questions peut avoir des incidences importantes en termes d'acceptation et de viabilité de tout mécanisme d'assistance potentiel.

Ces entretiens et recherches confirment par ailleurs la conclusion, qui n'est peut-être pas surprenante, selon laquelle les difficultés en termes de capacités identifiées dans le système de RDIE diffèrent souvent de celles rencontrées dans d'autres systèmes juridiques, et les modèles utilisés pour remédier aux problèmes rencontrés dans certains systèmes ne sont pas facilement transférables au contexte du RDIE, du moins pas dans son mode de fonctionnement actuel. Par exemple, des caractéristiques telles que la nature asymétrique des affaires de RDIE découlant de traités (avec des États systématiquement dans le rôle de défendeurs) et le nombre important d'heures généralement passées par les juristes et les experts dans ce genre de différends, distinguent ces affaires de celles traitées dans le cadre de l'OMC. Ces différences sur le plan des difficultés en termes de capacités, des priorités pour y remédier, du caractère pratique et de la faisabilité des différentes options, et du coût qui leur serait associé, soulèvent des questions quant au modèle de mécanisme d'assistance qui serait le mieux adapté au contexte du droit de l'investissement.

On notera notamment que, comme l'indique l'étude préliminaire, il y a déjà eu plusieurs tentatives d'établissement d'un centre consultatif pour le droit international de l'investissement. Il est notamment ressorti des entretiens menés avec ceux qui ont participé à ces efforts ou sont bien informés à leur sujet que les décideurs ne devaient pas sous-estimer les grandes différences de politique au sein des États et entre eux (concernant par exemple le mode de financement d'un centre) ni, ce qui est peut-être plus important encore, les petites différences (concernant par exemple l'emplacement d'un centre), car une différence d'opinion imprévue pouvait bloquer les efforts, voire les arrêter, même lorsque le but recherché semblait proche. Il était important d'identifier ces questions à un stade précoce afin de s'assurer que le chemin suivi était possible et prometteur.

### **Difficultés en matière de capacités des PME et possibilités d'y remédier**

Enfin, l'étude préliminaire comprend une partie consacrée aux investisseurs, en particulier les petites et moyennes entreprises (PME), en tant que bénéficiaires potentiels d'un mécanisme d'assistance. Elle montre que même si les PME et les États rencontrent parfois les mêmes difficultés pour ce qui est de la participation au RDIE, les raisons d'apporter un soutien à chaque catégorie, les facteurs à prendre en compte et les meilleurs moyens d'y parvenir peuvent considérablement diverger. L'étude examine des données relatives à l'utilisation du RDIE par des PME, ainsi que les obstacles que rencontrent ces dernières pour s'appuyer sur les accords internationaux

d'investissement et le RDIE en vue de limiter les risques et de régler les litiges. Elle examine la manière dont on pourrait déterminer l'ensemble des bénéficiaires d'un éventuel mécanisme d'assistance, et la manière dont certains mécanismes qui sont à la disposition des États, ou pourraient le devenir, sont à la disposition des PME ou pourraient le devenir, dans une plus ou moins grande mesure que les États en tant que défendeurs. En se fondant sur les obstacles rencontrés et les préoccupations exprimées, l'étude examine les formes que pourrait prendre un mécanisme d'assistance pour aider au mieux les PME à surmonter les difficultés d'accès au RDIE. Sont notamment envisagés un bureau de type ombudsman, une assistance technique préalable aux litiges, des mécanismes d'assistance fondés sur le marché, des modèles de renforcement des capacités et un modèle intégrant la défense institutionnelle et la représentation juridique. Selon le type d'assistance qui serait offerte aux investisseurs, les consultations ont fait apparaître une hésitation assez généralisée, voire une forte opposition, à l'idée d'inclure les investisseurs parmi les bénéficiaires d'un mécanisme d'assistance créé ou élargi au profit des États, en particulier d'un mécanisme axé sur les contentieux en matière de RDIE.

### **Voie à suivre dans le contexte actuel, en pleine évolution**

Le droit international de l'investissement et le RDIE évoluent, et les conséquences de cette évolution restent pour l'instant incertaines. Il faut tenir compte de ces changements au moment d'évaluer les besoins, ainsi que les moyens d'y répondre, car ceux-ci sont susceptibles de varier à court, moyen et long termes. Un mécanisme d'assistance conçu dans la durabilité devra être suffisamment souple pour intégrer ces changements. Il sera important de déterminer si et dans quelle mesure le meilleur moyen de répondre aux préoccupations concernant les accords internationaux d'investissement et le RDIE consiste à réformer les traités et les mécanismes de règlement des différends qui en découlent, et si et dans quelle mesure les coûts des préoccupations qui ne sont pas pris en compte devraient être transférés des bénéficiaires d'un mécanisme d'assistance (par exemple, certains États défendeurs et/ou des PME) aux bailleurs de fonds de ce mécanisme (par exemple, d'autres États et leurs contribuables).

En ce qui concerne à la fois les États et les investisseurs, la présente étude a mis en évidence une grande variété de difficultés existantes en matière de capacités et examiné en détail les mécanismes d'assistance existants. Le degré d'assistance (élevé, modéré ou inexistant) offert actuellement dépend de la question. Lors de la création ou de l'élargissement de tout mécanisme d'assistance, on devrait tenir compte du soutien existant, en l'utilisant comme base, et en le complétant si nécessaire et souhaitable.

Lors de la trente-huitième session du Groupe de travail, les représentants de gouvernement ont commencé à débattre des contours d'un mécanisme d'assistance, qui a été désigné dans ce contexte par le terme « centre consultatif ». Si un soutien général a été exprimé en faveur de la création d'un mécanisme d'assistance, qui pourrait compléter d'autres options de réforme élaborées par le Groupe de travail III, les réflexions préliminaires et l'examen des questions relatives à la création d'un tel mécanisme ont révélé que de nombreux travaux seraient encore nécessaires dans ce domaine. Les représentants ont examiné diverses possibilités concernant : les bénéficiaires potentiels d'un mécanisme, la gamme de services qu'il pourrait offrir (ceux qui sont présentés dans le document A/CN.9/WG.III/WP.168 élaboré par le Secrétariat pouvant constituer un bon point de départ pour les discussions), la structure possible d'un mécanisme et son mode de financement, et d'autres facteurs et éléments à prendre en compte (par exemple, qualité et fiabilité des services, personnel et rémunération, tensions entre parties prenantes, incidences du mécanisme sur le système de RDIE dans son ensemble, et viabilité à long terme d'un mécanisme d'assistance).

Le Groupe de travail a demandé au secrétariat de la CNUDCI de mener certains travaux préparatoires pour l'aider dans sa réflexion. Il a demandé des informations concernant les éventuels conflits d'intérêts et les charges pesant sur un mécanisme

d'assistance (liés notamment à la portée de son mandat), les mécanismes d'assistance qui fournissent déjà des services, les critères à appliquer pour déterminer les États bénéficiaires et les services, la manière dont le renforcement des capacités pourrait s'appliquer à divers éléments de la pratique des traités d'investissement et des procédures de règlement des différends, et les options de financement et de dotation en personnel d'un mécanisme d'assistance.

Tandis que le contenu et les contours d'un mécanisme d'assistance se précisent, les auteurs sont heureux d'avoir l'occasion de contribuer à la discussion, par le biais des données et perspectives présentées dans la présente étude préliminaire. Les difficultés sont diverses et les questions complexes, ce qui exige d'examiner de près et de manière réaliste les problèmes recensés, ainsi que les avantages et inconvénients des différentes options envisagées pour y remédier.

---