



## Assemblée générale

Distr. limitée  
9 novembre 2020  
Original : français

---

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international  
Groupe de travail III (Réforme du règlement  
des différends entre investisseurs et États)  
Quarantième session  
Vienne (en ligne), 18-22 janvier 2021**

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

#### **Communication présentée par le Gouvernement burkinabé**

##### **Note du Secrétariat**

La présente note contient une communication reçue du Gouvernement burkinabé le 6 octobre 2020 en vue de la quarantième session du Groupe de travail. On trouvera en annexe le texte de cette communication tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.



## Annexe

### Recensement et examen de préoccupations relatives au coût lié à la procédure et aux dommages-intérêts

1. Le Burkina Faso félicite la CNUDCI et le Groupe de travail III de leur travail réalisé jusqu'à présent en vue de mener une réflexion sur la réforme du régime actuel de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE).
2. La réforme globale du mécanisme du RDIE vise à répondre aux préoccupations soulevées par plusieurs pays à travers le monde, dont les pays en développement qui subissent principalement des conséquences néfastes, notamment au niveau de leurs ressources financières<sup>1</sup>.
3. La hausse du coût est une des causes principales du mécontentement croissant des pays. Le RDIE sur le fondement des traités d'investissement entraîne des coûts financiers importants pour les gouvernements, en particulier pour les pays en développement comme le Burkina Faso.
4. Le Burkina Faso félicite le Groupe de travail III de l'ouverture des discussions sur les dommages-intérêts dans son examen du coût lié au RDIE<sup>2</sup>. Il est opportun de rappeler qu'il n'y a pas seulement la procédure qui est coûteuse mais également les montants des dommages-intérêts. Il est essentiel que le Groupe de travail III s'investisse dans ses travaux pour trouver les meilleures options aptes à réduire le coût lié à l'indemnisation.
5. Le Burkina Faso saisit cette occasion pour mettre en évidence l'impact de l'indemnisation à verser aux investisseurs dans une procédure de RDIE et l'importance d'une harmonisation globale des règles régissant l'indemnisation. Les montants en jeu dans une procédure d'arbitrage d'investissement sont généralement élevés. Les indemnités s'élèvent à des centaines de millions, voire de milliards de dollars, dans plusieurs cas récents<sup>3</sup>.

### Principales préoccupations liées à la détermination de l'indemnisation

6. Dans ce contexte, un certain nombre de préoccupations plus spécifiquement liées à la détermination de l'indemnisation peuvent être identifiées<sup>4</sup>.
7. Premièrement, le système actuel ne permet pas d'éviter des écarts extraordinaires entre les montants investis et les montants attribués à titre d'indemnisation. Ces écarts découlent des règles régissant les indemnités qui requièrent qu'un tribunal attribue une indemnité en fonction de la position financière dans laquelle l'investisseur se trouverait si l'État d'accueil n'avait pas violé le traité d'investissement.
8. Deuxièmement, le système actuel tel que développé par la jurisprudence arbitrale est complexe et incohérent. Il relève de la discrétion des tribunaux de choisir entre trois catégories principales d'évaluation<sup>5</sup>. Toutefois, les tendances dans le choix des techniques d'évaluation des tribunaux constituent un facteur dans la hausse des indemnités en vertu des traités d'investissement.
9. Troisièmement, dans son évaluation des indemnités, un tribunal arbitral ne prend généralement pas les facteurs contextuels en considération. Ces facteurs

<sup>1</sup> Voir A/CN.9/WG.III/WP.153.

<sup>2</sup> Voir A/CN.9/1004\*, par. 24.

<sup>3</sup> Par exemple, *Tethyan Copper Company, Pty Limited v Islamic Republic of Pakistan*, CIRDI Aff. No ARB/1211, Sentence, 12 juillet 2019 (4 milliards de dollars).

<sup>4</sup> Bonnitcha Jonathan et Brewin Sarah, L'indemnisation en vertu des traités d'investissements, *Séries des bonnes pratiques de l'IISD*, octobre 2019, disponible sur <https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-compensation-treaties-fr-V4.pdf>.

<sup>5</sup> Les tribunaux peuvent choisir entre une évaluation axée sur le marché, une évaluation sur les revenus, ou une évaluation axée sur les actifs. Voir Marboe Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2018, 2<sup>d</sup> ed, 148.

peuvent comprendre l'intérêt public qui justifiait l'interférence avec l'investissement, la capacité de l'État d'accueil d'effectuer le paiement, ainsi que le comportement de l'investisseur (tel que son manquement à respecter certaines obligations).

10. Finalement, le calcul des indemnités est lié à la problématique transversale d'un potentiel « gel règlementaire » provenant du système de RDIE. Le risque de payer des montants élevés de dommages peut avoir un impact sur la prise de décision des gouvernements de prendre des mesures dans l'intérêt public<sup>6</sup>.

#### **Propositions en matière de réforme**

11. Dans ce contexte, le Burkina Faso tient à souligner l'importance de repenser les règles et modalités de calcul des indemnités du système de RDIE. Un certain nombre de mesures peuvent être envisagées pour aborder les préoccupations, dont notamment :

- Clarification des méthodes utilisées pour le calcul des dommages et intérêts de manière aussi claire et explicite que possible. Ceci permettrait de réduire le risque que l'interprétation par les tribunaux soit contraire aux intentions des États parties au traité. Ainsi, il est également souhaitable d'envisager de clarifier les preuves requises pour le calcul des dommages et intérêts ;
- Élaboration de règles déterminant le standard d'indemnisation requis en cas d'expropriation et le standard d'indemnisation requis dans le cas d'autres types de violation de traités d'investissement, puisqu'une modification des dispositions régissant l'indemnisation en cas d'expropriation ne suffirait pas si la jurisprudence sur l'indemnisation dans les cas d'autres types de violation de traités d'investissement restait inchangée ;
- Mettre en place des règles claires concernant les possibilités pour un tribunal d'octroyer des indemnités pour les gains manqués d'un investisseur. Envisager certaines limites de l'indemnisation au montant réellement investi par l'investisseur, au moins pour certains cas où le projet d'investissement n'a jamais commencé à opérer<sup>7</sup> ;
- Élaboration de règles claires en ce qui concerne des dommages-intérêts moraux ou punitifs qui pourraient être octroyés ;
- Possibilité pour la juridiction de deuxième degré (éventuelle cour d'appel) d'élargir l'accès au contrôle des erreurs de fait et de droit dans l'évaluation des dommages et intérêts.

12. Enfin, les approches de la réforme du RIDE liée aux questions du calcul des indemnités devraient viser à ce que les principes régissant l'indemnisation en vertu des traités d'investissement ne soient pas plus généreux que ce que prévoient généralement les systèmes juridiques nationaux.

<sup>6</sup> Voir CCSI, IIED et IISD « UNCITRAL Working Group III on ISDS Reform: How Cross-Cutting Issues Reshape Reform Options », 15 juillet 2019, disponible sur <http://ccsi.columbia.edu/files/2019/07/uncitral-submissioncross-cutting-issues-en.pdf>.

<sup>7</sup> Bonnitcha et Brewin, op. cit., 28. Les auteurs proposent le texte suivant afin de clarifier la règle : « L'indemnisation attribuée par un tribunal, que ce soit dans le cas de l'expropriation de l'investissement d'un investisseur ou dans le cas d'une autre violation à ce traité, ne devra en aucun cas dépasser le montant total des dépenses (ajusté en fonction de l'inflation) réellement engagées par l'investisseur dans la réalisation de son investissement. »