



Assemblée générale

Distr. limitée
19 janvier 2023
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)
Quarante-cinquième session
New York, 27-31 mars 2023**

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

Projet de guide législatif sur la prévention et l'atténuation des différends relatifs aux investissements

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
II. Projet de guide législatif sur la prévention et l'atténuation des différends	3
1. Objet et portée	4
2. Définitions	4
3. Efficacité de la communication avec les investisseurs	5
4. Coordination intragouvernementale	6
5. Agence chef de file et organismes publics compétents	8
6. Mandat et compétences de l'agence chef de file	9
7. Structure opérationnelle de l'agence chef de file	10
8. Garantie d'une approche harmonisée des instruments d'investissement	11
9. Garantie de la cohérence de la mise en œuvre	13
10. Mécanisme de gestion des griefs d'investisseurs	14
11. Atténuation des différends	16
12. Gestion efficace des différends	17
13. Ressources financières et coût des procédures	17
14. Exonération de responsabilité des fonctionnaires	18



15. Confidentialité	18
16. Intégration de la technologie et d'un outil de suivi	18
17. Mesures visant à associer les investisseurs à l'élaboration des politiques	19
18. Ordre public	20
19. Renforcement des capacités	20
20. Coordination intergouvernementale	21

I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session, en octobre 2020, le Groupe de travail a procédé à un examen préliminaire du thème de la prévention et de l'atténuation des différends, en se fondant sur le document [A/CN.9/WG.III/WP.190](#), et a noté l'intérêt général en faveur de la poursuite par le Secrétariat de ses travaux sur ce sujet ([A/CN.9/1044](#), par. 23). À l'issue de la discussion, il a demandé au Secrétariat de collaborer avec les délégations et organisations intéressées afin de réunir et de compiler des informations pertinentes et facilement disponibles sur les meilleures pratiques ([A/CN.9/1044](#), par. 26). À cet égard, il a été noté que des travaux de cette nature avaient déjà été réalisés par des États, la Banque mondiale et d'autres organisations intergouvernementales, et des organisations non gouvernementales ([A/CN.9/1044](#), par. 24). Le Secrétariat a donc été prié d'examiner comment ces meilleures pratiques pourraient être appliquées de manière plus cohérente et de suggérer des moyens permettant de les mettre en œuvre ([A/CN.9/1044](#), par. 26). Une compilation des meilleures pratiques et une synthèse de celle-ci sont disponibles sur la page Web du Groupe de travail¹.

2. Le chapitre II de la présente note renferme un projet de guide législatif sur la prévention et l'atténuation des différends (le « Guide »), qui comprend des projets de recommandations et un projet de commentaire. Élaboré conjointement avec le Groupe de la Banque mondiale, le Guide reflète les caractéristiques communes des approches mises en place par les États et les organisations intergouvernementales et non gouvernementales. Comme tous les documents de travail, la présente note a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet² et ne vise pas à exprimer d'avis quant à l'élément de réforme considéré, ce qui est du ressort du Groupe de travail. Celui-ci voudra peut-être également étudier les modalités envisageables pour la forme et la présentation du Guide.

II. Projet de guide législatif sur la prévention et l'atténuation des différends

3. Le présent Guide a pour objet d'aider les États à établir et mettre en œuvre un système cohérent de prévention et d'atténuation des différends (appelé ci-après le « système »), reposant soit sur une législation unique, soit sur différents instruments législatifs (lois, règlements ou décrets), selon les usages législatifs de chaque État. Par souci de simplicité, le terme « législation », tel qu'employé dans le Guide, englobe les différentes possibilités de mise en œuvre législative. Le Guide n'aborde ni ne traite les cas dans lesquels une demande a été formellement introduite auprès

¹ https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/dispute_prevention_compilation.pdf.

² La présente note se base sur la compilation des meilleures pratiques et sur le large éventail d'informations pertinentes disponibles dans les publications suivantes : Conférence de la Charte de l'énergie, Modèle d'instrument de gestion des différends en matière d'investissement, décembre 2018 ; Bonnitca, J. et Williams Z., Investment Dispute Prevention and Management Agencies: Toward a more informed policy discussion, rapport de l'Institut international du développement durable (IIDD), janvier 2022 ; Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), Différends entre investisseurs et État : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, 2010 ; CNUCED, Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II, Actes du colloque conjoint sur l'investissement international et les modes alternatifs de règlement des différends, 2011 ; CNUCED, Best Practices in Investment for Development – How to prevent and manage investor-State disputes: Lessons from Peru, Investment Advisory Series, Series B, n° 10, 2011 ; CNUCED, Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable, 2015 ; Groupe de la Banque mondiale, Retention and Expansion of Foreign Direct Investment: Political Risk and Policy Responses, 2019 (« World Bank Retention ») ; Groupe de la Banque mondiale, Managing Investor Issues through Retention Mechanisms, 2021 (« World Bank Managing ») ; Groupe de la Banque mondiale, Global Investment Competitiveness Report 2019/2022: Rebuilding Investor Confidence in Times of Uncertainty, 2020 (« World Bank Global »).

d'une juridiction ou d'un tribunal arbitral (on parlera ci-après de « différends juridiques »), bien qu'une institution ou un mécanisme créé afin de prévenir et d'atténuer les différends puisse également gérer ce type de procédure pour résoudre un différend lié à un investissement.

1. Objet et portée

Recommandation 1 : Objet et portée du système de prévention et d'atténuation des différends et cadre juridique

1. *Un système est mis en place afin de traiter les griefs et de prévenir et d'atténuer les différends liés à un investissement ou qui en découlent.*
2. *Un grief ou un différend peut être fondé sur les instruments suivants :*
 - a) *Un traité prévoyant la promotion et la protection des investissements ou des investisseurs (« traité d'investissement ») ;*
 - b) *Une loi ou une réglementation régissant les investissements (« lois relatives aux investissements ») ; ou*
 - c) *Un contrat d'investissement.*

4. La recommandation 1 prévoit la mise en place d'un système destiné à traiter les éventuels griefs des investisseurs ainsi qu'à prévenir et atténuer les différends liés à un investissement ou qui en découlent (appelés dans le Guide « différends relatifs aux investissements »). Le Guide ne fait pas de distinction entre investissements nationaux et étrangers, et traite de l'une et l'autre catégorie. Selon les politiques et les besoins d'un État, le système peut être élargi de façon à couvrir la conservation et l'expansion des investissements³. La recommandation part également du principe qu'il existe un cadre juridique (qu'il s'agisse d'une loi unique ou de plusieurs lois et réglementations) destiné à assurer le bon fonctionnement du système.

5. La recommandation 1 indique en outre qu'un grief ou un différend peut être fondé sur un traité d'investissement, une loi nationale relative aux investissements ou un contrat d'investissement (regroupés dans le Guide sous l'appellation conjointe « instruments d'investissement »).

2. Définitions

Recommandation 2 : Définitions

Aux fins du système et de la législation :

- a) *Le terme « grief » s'entend d'un problème non pris en charge causé à un investisseur par la conduite d'un État ou d'un organisme public et qui n'a pas encore évolué en différend ;*
- b) *Le terme « différend » s'entend d'un grief qui a évolué en désaccord formel ou contesté sur le plan juridique entre un investisseur et un État ou un organisme public ;*
- c) *Le terme « différend juridique » s'entend d'un désaccord bien défini et délimité entre un investisseur et un État ou un organisme public, formulé en termes juridiques et s'accompagnant d'une attente de réparation, qui est formellement introduit devant une juridiction ou un tribunal arbitral sur la base d'un instrument d'investissement (« procédure juridique ») ;*

³ Voir la publication « World Bank Global », p. 128, selon laquelle la prévention et l'atténuation des différends sont étroitement liées à la conservation et à l'expansion des investissements.

d) Le terme « prévention des différends » s'entend de mesures visant à éviter, par différents moyens, qu'un grief n'évolue en différend ;

e) Le terme « atténuation des différends » s'entend de mesures visant à éviter un différend juridique en résolvant un différend par des moyens administratifs et des modes alternatifs de règlement des différends non contraignants ;

f) Le terme « gestion des différends » s'entend de mesures visant à gérer un différend juridique et la procédure y relative.

6. La recommandation 2 souligne la nécessité d'expliquer le sens des principaux termes en rapport avec le système et le cadre juridique sous-jacent, ce qui aidera à la fois les personnes le mettant en œuvre et les utilisateurs à bien comprendre le système. Les définitions de la recommandation 2 s'inspirent largement de celles utilisées par le Groupe de la Banque mondiale dans ses travaux sur la prévention des différends⁴. Les termes décrivent les différentes phases du processus – grief, différend, différend juridique (qui souvent se chevauchent et dont les limites sont parfois floues) – ainsi que les mesures visant à y faire face. Il pourra être nécessaire d'adapter les termes et leur définition pour tenir compte des pratiques de chaque État.

7. La distinction entre grief, différend et différend juridique vise à souligner la différence fonctionnelle entre prévention, atténuation et gestion des différends. Elle est particulièrement utile lorsque différents organismes publics sont responsables des différentes phases et qu'il n'existe pas d'agence unique chargée de la communication interne avec les organismes publics et de la communication externe avec les investisseurs.

8. La prévention des différends est définie comme la gestion des « griefs » avant que le désaccord existant entre l'investisseur et l'État ou l'organisme public ne soit formulé en termes juridiques. En général, cela correspond au moment où s'exprime l'intention de recourir à l'arbitrage ou au contentieux. Une fois qu'il a été fait part de cette intention, la phase d'atténuation du différend commence. Elle se termine lorsque l'investisseur dépose une demande d'arbitrage ou introduit une demande auprès d'une juridiction de manière formelle, le différend devenant alors un « différend juridique », ce qui marque le début de la phase de gestion du différend.

9. Les États voudront peut-être envisager de définir d'autres termes, comme « investisseur », « investissement », « organisme public, agence publique ou entité publique » et « contrat d'investissement », de façon à apporter de la clarté aux parties prenantes.

3. Efficacité de la communication avec les investisseurs

Recommandation 3 : Efficacité de la communication avec les investisseurs

1. Le système établit une communication efficace avec les investisseurs.

2. Le système fait en sorte que les investisseurs aient connaissance des lois pertinentes relatives aux investissements, telles que définies dans la recommandation 1, et des organismes gouvernementaux qui s'occupent des investissements et des rapports avec les investisseurs (« organismes publics compétents »).

3. Le système fait en sorte que les investisseurs puissent facilement informer les organismes publics compétents de tout problème qu'ils rencontrent sans avoir à engager de procédure juridique.

⁴ World Bank Retention, p. 41 à 43, et World Bank Managing, p. 8 et 9.

10. La recommandation 3 traite de la nécessité pour le système d'établir une ligne de communication claire et ouverte avec les investisseurs, afin de prévenir les différends. L'investisseur, première partie prenante de tout effort de prévention d'un différend, devrait pouvoir se mettre en rapport avec le ou les organismes gouvernementaux compétents pour connaître de ses griefs. Il convient de mettre en place des voies de communication efficaces avant tout nouvel investissement (phase antérieure à l'établissement) et de les maintenir tout au long de son cycle de vie.

11. Pendant la phase antérieure à l'établissement, les investisseurs potentiels devraient avoir accès à des informations sur la mise en place de leur investissement et pouvoir se renseigner au sujet du cadre réglementaire régissant les investissements. Ces informations et cette assistance sont généralement fournies par un organisme de promotion de l'investissement. Ce type d'organisme répond aux demandes concernant les lois relatives aux investissements et les procédures de vérification de la conformité applicables, et fournit des renseignements sur les organismes publics compétents avec lesquels les investisseurs peuvent être amenés à traiter tout au long du cycle de vie de leur investissement. Il peut faciliter la communication en mettant les investisseurs directement en rapport avec les organismes publics compétents, ou servir de point de contact permanent et assurer la liaison. Cette dernière approche offre l'avantage de rationaliser les flux de communications et d'éviter aux investisseurs un cheminement fastidieux entre des structures publiques bureaucratiques complexes. Ce type de situation se rencontre particulièrement dans les secteurs fortement réglementés, comme celui de l'énergie, où coexistent de multiples organismes publics compétents dont les mandats peuvent se chevaucher.

12. Il serait utile de fournir des informations actualisées sur le cadre réglementaire de l'État même après la mise en place de l'investissement (phase postérieure à l'établissement), de manière à aider les investisseurs en vue d'une éventuelle expansion ou diversification. En outre, il convient d'établir une ligne de communication efficace pour leur permettre d'informer les organismes publics compétents des problèmes auxquels ils font face (voir la recommandation 10). Il serait ainsi possible d'étudier des solutions visant à répondre aux griefs et à résoudre les différends.

13. Il faut informer les organismes publics compétents des problèmes que rencontrent les investisseurs, de manière à faciliter l'adoption d'une approche coordonnée. Le suivi de la communication et le renforcement de la coordination entre ces organismes (processus appelé « coordination intragouvernementale ») offrent la possibilité de traiter les griefs avant qu'ils ne dégénèrent (voir la recommandation 4). Ce type de mécanisme peut être placé sous la responsabilité d'un organisme de promotion de l'investissement ou d'un ombudsman, qui est chargé de connaître des réclamations des investisseurs.

4. Coordination intragouvernementale

Recommandation 4 : Coordination intragouvernementale

1. *Le système établit des voies de communication claires et assure la coordination et la coopération entre les organismes publics compétents.*

2. *Le système assure l'échange et le partage d'informations entre les organismes publics compétents, notamment sur les questions suivantes :*

a) *Les obligations prévues par les instruments d'investissement ;*

b) *Les griefs et différends antérieurs fondés sur des instruments d'investissement ; et*

c) *L'interprétation par les juridictions et les tribunaux arbitraux des instruments d'investissement et des obligations qu'ils prévoient.*

3. *Le système devrait définir clairement les responsabilités des organismes publics compétents et la répartition des pouvoirs entre eux.*

14. La recommandation 4 traite de la coordination intragouvernementale, c'est-à-dire de la coordination et de la coopération entre les organismes publics, en prévoyant notamment la mise en place de lignes de communication claires. Selon la structure de l'administration publique et les caractéristiques de l'investissement, un certain nombre d'organismes publics peuvent être amenés à traiter avec les investisseurs, notamment ceux qui jouent un rôle dans la prévention et l'atténuation des différends (appelés « agences » dans le Guide). Les organismes publics compétents incluent également ceux dont les mesures peuvent avoir une incidence sur les investisseurs (y compris au niveau infranational, par exemple au niveau provincial, étatique ou municipal) et ceux qui interviennent dans la négociation et la conclusion d'instruments d'investissement.

15. Par exemple, si un investisseur étranger rencontre un problème lié à un instrument d'investissement négocié ou conclu par un organisme public, ce dernier devrait participer au processus de coordination. Ses connaissances au sujet de l'instrument et des obligations juridiques qui y figurent seront essentielles pour évaluer le problème et définir d'éventuelles solutions. Cela peut être particulièrement vrai pour les contrats d'investissement, car l'historique et le contexte des négociations dont ils résultent peuvent être cruciaux. De même, l'historique législatif des lois relatives aux investissements et l'historique des négociations des traités d'investissement peuvent aider à mieux comprendre les problèmes et à trouver des compromis.

16. La coordination et la coopération peuvent prendre différentes formes et intervenir à différents niveaux, l'échange et le partage d'informations en étant la forme la plus courante. Les informations partagées peuvent concerner les problèmes rencontrés par les investisseurs, mais aussi les points mentionnés au paragraphe 2 de la recommandation. La coordination peut être nécessaire en ce qui concerne les instruments d'investissement (voir la recommandation 8) et lorsque des organismes publics prennent des décisions de politique générale qui ont une incidence sur les investisseurs et peuvent toucher différents secteurs. En effet, les incohérences entre les décisions de politique générale et les instruments d'investissement sont souvent la cause de griefs et de différends.

17. Aux fins de l'échange et du partage d'informations, il serait utile de désigner un organisme auquel les autres organismes publics fourniraient les informations pertinentes. L'organisme désigné pourrait ainsi regrouper les informations au niveau national et les distribuer aux différents organismes publics, ce qui faciliterait la mutualisation des expériences et la recherche collective de solutions aux problèmes récurrents. Par exemple, les personnes chargées de négocier les traités d'investissement pourraient en élaborer le texte plus clairement, et ainsi potentiellement réduire les problèmes d'interprétation. L'agence responsable du traitement des griefs serait en mesure de les repérer plus rapidement et de déterminer ceux qui présentent un risque plus élevé de devenir des différends. L'agence chargée de la gestion des différends pourrait tirer parti des informations émanant des organismes publics ayant négocié le traité d'investissement sous-jacent et des éclaircissements des agences de prévention des différends sur la manière dont des différends analogues auraient été résolus ou sur les raisons pour lesquelles ils n'auraient pas pu l'être.

18. Les agents des organismes publics hésitent parfois à partager des informations, ce qui peut entraver le processus de coordination. Par conséquent, il serait important de les obliger à le faire et, lorsqu'il existe un organisme désigné, à lui soumettre les informations. Celui-ci devrait également être habilité à les collecter.

19. Bien qu'il soit possible de désigner différents organismes publics pour la coordination des griefs ou des différends (en désignant éventuellement l'un d'entre

eux comme chef de file de la coordination, ou en prévoyant qu'ils le seront à tour de rôle), il peut être souhaitable de charger une agence responsable de la prévention et de l'atténuation des différends de gérer la coordination ou, s'il n'en existe pas, d'en créer une. Cette question est abordée plus en détail dans les recommandations 5 à 8.

5. Agence chef de file et organismes publics compétents

Recommandation 5 : Agence chef de file et organismes publics compétents

1. *La législation crée ou désigne une agence responsable de la prévention et de l'atténuation des différends (« agence chef de file »).*

2. *La législation détermine quels organismes publics sont compétents pour s'occuper des investissements, des rapports avec les investisseurs ou de la gouvernance des investissements. Ces organismes publics peuvent être, par exemple, ceux qui négocient des instruments d'investissement ou dont les actions ou les mesures peuvent avoir une incidence sur les investissements ou les investisseurs.*

20. La recommandation 5 envisage la création ou la désignation d'un organisme public aux fins de la prévention et de l'atténuation des différends (« agence chef de file »). Le mandat et les fonctions de l'agence chef de file sont présentés dans la recommandation 6, et sa structure dans la recommandation 7. Comme indiqué dans la recommandation 4, l'une des principales fonctions de cette agence serait d'assurer la coordination intragouvernementale.

21. La création ou la désignation d'une agence chef de file peut se faire de plusieurs manières. Le fait est qu'il n'existe pas de modèle unique ou universel concernant sa structure. Le dispositif institutionnel devra être ajusté en fonction des besoins de l'État et adapté à sa structure de gouvernance. Il sera de la plus haute importance d'obtenir la confiance des investisseurs et des organismes publics.

22. L'expérience montre que quatre approches sont possibles :

- i) *Agence unique* – Une approche peut consister à créer un nouvel organisme public ou à établir l'agence chef de file au sein d'un ministère ou d'un autre organisme public, par exemple d'un organisme de promotion de l'investissement ;
- ii) *Agences multiples* – Une autre approche peut consister à répartir les fonctions de prévention et d'atténuation des différends entre plusieurs agences existantes, chacune étant désignée pour gérer certains griefs et différends et habilitée à le faire. Dans une telle structure, il serait nécessaire d'établir et d'adapter une voie de communication efficace aux fins des rapports avec les investisseurs et de la coopération intragouvernementale ;
- iii) *Comité ou commission interinstitutions* – Il est également envisageable de créer un comité ou une commission composé de représentants d'organismes publics compétents, l'un de ces organismes étant désigné pour exercer des fonctions de secrétariat ;
- iv) *Commission intergouvernementale* – L'agence chef de file peut également être créée sous la forme d'un organisme intergouvernemental ou d'une commission conjointe. Une telle structure devrait être prévue par un traité d'investissement ou un accord distinct conclu entre les États concernés. En cas de grief ou de différend, les investisseurs et les États seraient tenus de saisir la commission.

23. Le paragraphe 2 de la recommandation souligne la nécessité de recenser les organismes gouvernementaux concernés par la coordination, l'objectif étant de

faciliter la tâche de l'agence chef de file. S'il est relativement facile de déterminer quels organismes publics sont responsables des instruments d'investissement – et habilités à en conclure ou à en établir – il peut être difficile de repérer ceux dont les mesures pourraient avoir une incidence sur les investisseurs. Potentiellement très nombreux, ces derniers peuvent être de niveau tant national qu'infranational. Par exemple, un investisseur peut avoir besoin d'un permis délivré par une autorité municipale pour mener ses activités. Si celle-ci refuse l'octroi du permis malgré des garanties données au niveau national, cela peut conduire à un grief. Le cas échéant, il est probable que l'investisseur commencera par contacter l'autorité municipale, qui serait donc la première à avoir connaissance d'un différend potentiel.

24. Comme indiqué au paragraphe 2, il convient de recenser un large éventail d'organismes publics (ou de catégories d'organismes publics), sans nécessairement établir de liste exhaustive. Toutefois, il serait souhaitable de repérer les organismes publics qui peuvent être à l'origine de mesures ayant une incidence sur les investisseurs, et ceux qui peuvent avoir connaissance d'un différend potentiel à un stade relativement précoce.

6. Mandat et compétences de l'agence chef de file

Recommandation 6 : Mandat et compétences de l'agence chef de file

1. *La législation investit l'agence chef de file des fonctions suivantes :*

a) *Dépositaire central des instruments d'investissement et conduite d'analyses qualitatives en rapport avec la prévention et l'atténuation des différends relatifs aux investissements ;*

b) *Communication avec les investisseurs (voir la recommandation 3) et apport de l'assistance nécessaire ;*

c) *Coordination intragouvernementale (voir la recommandation 4) ;*

d) *Mécanisme de gestion des griefs des investisseurs (voir la recommandation 10) ;*

e) *Atténuation des différends (voir la recommandation 11) ;*

f) *Renforcement des capacités (voir la recommandation 19) ; et*

g) *Coordination intergouvernementale (voir la recommandation 20).*

2. *Aux fins des tâches mentionnées au paragraphe 1, la législation autorise l'agence chef de file, entre autres :*

a) *À demander et à collecter des informations auprès des organismes publics compétents ;*

b) *À demander la coopération des organismes publics compétents et de leurs agents ;*

c) *À [formuler des recommandations à l'intention des][rendre des décisions contraignantes pour les] organismes publics compétents et à en suivre l'application ; et*

d) *À demander des informations aux investisseurs.*

25. La recommandation 6 présente des exemples de rôles que peut jouer l'agence chef de file. Le système peut prescrire le niveau des pouvoirs politiques et juridiques qu'elle peut exercer en matière de prévention des différends.

26. L'alinéa a) prévoit l'exercice par l'agence chef de file du rôle de dépositaire des informations relatives aux instruments d'investissement, y compris les clauses de

règlement des différends et les obligations juridiques qui y figurent. Des informations sur l'interprétation de ces dispositions par les tribunaux arbitraux et les juridictions locales pourraient également être collectées (voir la recommandation 4-2). En outre, la législation devrait prévoir la conduite des analyses qualitatives pertinentes concernant la prévention et l'atténuation des différends relatifs aux investissements, de façon à déterminer, par exemple : i) les secteurs économiques les plus susceptibles de donner lieu à des différends ; ii) les griefs et différends récurrents ; iii) les principales obligations juridiques figurant dans les instruments d'investissement ; et iv) les lacunes de la législation nationale pour ce qui est du respect des obligations juridiques prévues par les traités d'investissement.

27. Le fait de compiler et d'organiser ces informations permettra de réduire au minimum l'occurrence de griefs et de différends, car les organismes publics compétents (en particulier les organismes infranationaux et les entités spécialisées) auront connaissance des obligations et des conséquences possibles en cas de manquement. C'est souvent la méconnaissance qui conduit au manquement. Par exemple, un contrat d'investissement pourrait comporter une clause de stabilisation fiscale⁵ susceptible d'être frappée de nullité en raison d'une réglementation que les autorités fiscales auront adoptée par la suite par méconnaissance de l'obligation contractuelle existante. En exerçant une veille continue, l'agence chef de file peut avoir rapidement connaissance d'éventuels griefs.

28. Les alinéas b) et c) prévoient deux compétences importantes de l'agence chef de file, à savoir la communication avec les investisseurs et la coordination intragouvernementale. Celles-ci constituent le socle du mécanisme de gestion des griefs et de l'atténuation des différends, fonctions attribuées à l'agence aux alinéas d) et e).

29. Les alinéas f) et g) assignent à l'agence chef de file un rôle de renforcement des capacités et de coordination intergouvernementale.

30. Le paragraphe 2 décrit les pouvoirs dont l'agence chef de file a besoin pour s'acquitter du mandat prévu au paragraphe 1.

7. Structure opérationnelle de l'agence chef de file

Recommandation 7 : Structure opérationnelle de l'agence chef de file

La législation décrit la structure opérationnelle de l'agence chef de file, en couvrant, entre autres, les points suivants :

- a) Son statut [indépendant] au sein de l'administration publique et ses liens avec les autres organismes publics compétents ;*
- b) Sa structure organisationnelle, y compris la personne qui la dirige et la composition de son personnel ;*
- c) Son budget et ses sources de financement ;*
- d) L'établissement de son siège et de ses branches régionales ;*
- e) Le mécanisme d'information et de suivi visant à faire régulièrement le point (une fois par trimestre ou par an) sur les activités de l'agence chef de file, y compris l'organisme public auquel elle fait rapport ; et*
- f) La responsabilité et la protection juridiques de l'agence chef de file et de son personnel.*

⁵ Ce type de clause prévoit que les taux d'imposition appliqués à l'investisseur ou les exonérations dont il bénéficie ne changeront pas pendant une durée déterminée.

31. Si le dispositif institutionnel de l'agence chef de file peut varier d'un État à l'autre (voir par. 21 et 22 ci-dessus), il importe que la législation décrive clairement sa structure opérationnelle. Cela lui permettra de fonctionner et de mener ses activités de manière efficace.

32. La recommandation 7 dresse une liste illustrative des aspects à traiter dans la législation. Par exemple, le statut juridique de l'agence chef de file au sein de l'administration publique, y compris son indépendance vis-à-vis des autres organismes publics, devra être indiqué. La structure organisationnelle de l'agence, y compris la position de la personne qui la dirige dans la hiérarchie de l'État et la composition de ses effectifs, devra être présentée. La législation devra également préciser le budget dont l'agence a besoin pour mener ses activités de manière efficace et continue, ainsi que ses sources de financement, ce qui permettra d'assurer le bon fonctionnement global du système. Elle devrait en outre prévoir un mécanisme d'information afin de renforcer la légitimité de l'agence chef de file et la transparence de ses activités. De plus, elle pourrait exonérer de responsabilité l'agence et les membres de son personnel dans l'exercice de leurs fonctions, sauf en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde (voir la recommandation 14).

33. De fait, il est essentiel que le système dans son ensemble gagne la confiance des parties prenantes, ce pour quoi l'agence chef de file devrait disposer de mécanismes visant à remédier aux conflits d'intérêts potentiels et de systèmes de responsabilité destinés à garantir cette confiance. La préoccupation relative au risque de conflits d'intérêts et de manquement au principe de responsabilité se fonde en partie sur l'idée d'une centralisation du pouvoir et de l'autorité au sein d'une entité unique. Il serait possible de réduire ce risque en créant l'agence chef de file sous la forme d'une commission interinstitutions plutôt que d'une entité constituée de membres du personnel d'une seule institution, de façon à ne pas centraliser les lieux de pouvoir et d'autorité. Une autre option consiste à mettre en place un mécanisme d'information par lequel l'agence chef de file fait rapport à un organisme interinstitutions ou interministériel, comme le prévoit la recommandation 7 e).

8. Garantie d'une approche harmonisée des instruments d'investissement

Recommandation 8 : Garantie d'une approche harmonisée des instruments d'investissement

1. *Le système garantit une approche harmonisée de la négociation et de la conclusion de traités d'investissement et de contrats d'investissement. Cette approche devrait également se traduire dans la rédaction des lois relatives aux investissements afin de favoriser l'harmonisation des instruments d'investissement.*

2. *La législation prévoit l'élaboration d'un traité d'investissement type, et sa mise à jour régulière. Lorsqu'ils élaborent et actualisent le traité d'investissement type, les organismes publics compétents se coordonnent au sujet de son contenu en tenant compte de leur expérience des investisseurs, des difficultés rencontrées et des différends qui ont surgi.*

3. *La législation prévoit l'élaboration, par les organismes publics chargés de négocier et de conclure des contrats d'investissement, de clauses contractuelles types et leur mise à jour régulière.*

4. *[La législation prévoit que tout organisme public chargé de négocier et de conclure un contrat d'investissement est tenu d'informer et d'associer l'agence chef de file à ces négociations] ou [La législation prévoit que soit demandée l'approbation de l'agence chef de file avant la conclusion d'un contrat d'investissement et que ladite agence est associée à la révision ou à la renégociation de celui-ci avec l'investisseur].*

5. *La législation prévoit que les clauses concernant la prévention et l'atténuation des différends ainsi que le règlement des différends sont harmonisées dans les instruments d'investissement.*

34. Le sens de la recommandation 8 est qu'il y a lieu d'adopter une approche harmonisée lorsqu'on négocie et élabore différents types d'instruments d'investissement.

Traité d'investissement type

35. L'élaboration d'un traité d'investissement type permettrait à l'État d'aligner le libellé de son traité sur les objectifs de sa politique d'investissement. Si l'État dispose d'un traité d'investissement type, l'organisme public chargé de négocier les traités s'efforcera de faire en sorte que les négociations aboutissent à un instrument qui se rapproche le plus des dispositions énoncées dans le texte type. Un traité type peut donc faciliter considérablement la préparation de la négociation de traités ultérieurs. Un traité d'investissement qui contient des dispositions claires et bien circonscrites sera moins sujet à des différends qui sortent de son champ d'application ou concernent un comportement gouvernemental qui n'est pas protégé par les garanties qu'il contient. En outre, en cas de différend d'ordre juridique, il pourrait y avoir moins de problèmes d'interprétation.

Clauses contractuelles types

36. En ce qui concerne les contrats d'investissement [en particulier, ceux qui font intervenir des partenariats public-privé (PPP)], le fait de collaborer avec des entités qui peuvent conclure de tels contrats facilitera la diffusion de bonnes pratiques pour la rédaction de ces accords et évitera l'incorporation de dispositions pouvant porter préjudice à l'État. L'harmonisation de la rédaction des garanties matérielles et des dispositions relatives au règlement des différends permettrait d'assurer la cohérence avec les traités d'investissement et la législation nationale et pourrait réduire le risque de différends. Dans ce contexte, une possibilité serait que les États élaborent des contrats d'investissement types contenant, pour les clauses de règlement des différends, des options alignées sur le traité d'investissement type. En effet, les recherches montrent qu'une part importante des griefs provient d'investisseurs impliqués dans des PPP ou d'autres contrats publics et que les différends d'ordre juridique tendent à survenir dans les services où les PPP sont typiques ainsi que dans le secteur des ressources naturelles où les contrats de concession et d'investissement sont courants⁶. La coordination dans la rédaction et la renégociation des contrats d'investissement peut contribuer à réduire le nombre de différends.

37. En fonction du savoir-faire de l'agence chef de file, l'examen du contrat peut également aider à identifier les engagements trop ambitieux de l'État, les dispositions préjudiciables et les incohérences éventuelles. Si l'agence chef de file est hébergée au sein d'une entité qui s'occupe également de PPP, elle peut être chargée d'assurer le suivi de ces PPP et d'en contrôler la performance.

[Note à l'intention du Groupe de travail : le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il faudrait que l'approbation des contrats d'investissement par l'agence chef de file soit obligatoire. L'objectif de la présente recommandation est de s'assurer que celle-ci est dûment consultée. Cependant, cela peut alourdir un processus de négociation de contrat déjà complexe, au grand mécontentement des investisseurs. Si elle est maintenue, la recommandation peut préciser que le processus d'approbation est rapide.]

38. Ces efforts d'harmonisation aideraient à introduire de nouvelles politiques d'investissement de manière cohérente dans les différents accords et instruments juridiques. Toutefois, pour que cette harmonisation soit pleinement bénéfique, il

⁶ Banque mondiale, Retention, p. 60.

faudrait qu'elle s'accompagne d'un renforcement des capacités des entités gouvernementales chargées de mettre en œuvre ces instruments (recommandations 9 et 19), qui limiterait les différends découlant de l'application erronée d'obligations existantes et d'actions gouvernementales contradictoires.

Clauses types de règlement des différends dans les instruments d'investissement

39. Les instruments d'investissement contiennent généralement des clauses de règlement des différends, qu'il conviendrait de normaliser.

40. Une telle clause pourrait inclure, entre autres : i) les coordonnées de l'agence chef de file ou de tout autre organisme public à contacter pour tout grief afin de s'assurer que ce dernier est traité d'emblée par l'organisme compétent ; ii) la soumission d'un grief ou d'un différend à l'agence chef de file ; iii) en cas de soumission à une autre instance de règlement des différends, la notification à l'agence chef de file/autorité compétente ; iv) la définition de l'éventail des différends susceptibles d'arbitrage ; v) le champ d'application de l'arbitrage ; vi) le délai de réflexion et sa mise à profit pour recourir à des modes alternatifs et non contradictoires de règlement des différends tels que la médiation ; vii) le recours à des modes alternatifs de règlement des différends et leur disponibilité tout au long du cycle de vie de l'investissement, c'est-à-dire avant, pendant et après les procédures contradictoires ; viii) l'exigence d'une action en justice locale ou de l'épuisement des recours locaux comme condition préalable à l'arbitrage (ou son absence) ; ix) le consentement préalable à l'arbitrage ou un consentement au cas par cas ; x) la description du processus arbitral ; xi) la confidentialité et la transparence.

9. Garantie de la cohérence de la mise en œuvre

Recommandation 9 : Garantie de la cohérence de la mise en œuvre

1. *La législation garantit l'application cohérente des instruments et des politiques d'investissement.*

2. *Le système met en place un outil de gestion des connaissances approprié qui assure le transfert et la préservation des connaissances des agents publics qui traitent des questions relatives aux investisseurs et gardent trace des solutions utilisées pour résoudre les griefs ainsi que des arguments avancés lors de différends antérieurs.*

3. *Le système informe les investisseurs de toute modification pertinente des instruments et des politiques d'investissement, de la raison de ces modifications et de leur effet sur les droits des investisseurs.*

41. La recommandation 9 traite de la cohérence de la mise en œuvre. Étant donné que la durée de vie moyenne d'un projet d'investissement est de 20 à 30 ans, il est essentiel d'appliquer les lois et les règlements de manière uniforme si l'on veut prévenir les différends. Cette cohérence peut être difficile à assurer en raison des changements de gouvernement ou de la rotation ou du départ à la retraite de fonctionnaires. Les changements sont inévitables mais peuvent, s'ils sont fréquents, accroître les risques politiques. Il est également essentiel que l'agence chef de file dispose d'un système de gestion des connaissances solide qui permette de garder une trace de la manière dont les griefs ont été traités et des arguments avancés dans les litiges précédents.

42. En évitant les nominations politiques et en dotant les structures bureaucratiques de personnel technique au sein des organismes publics compétents, on peut réduire les changements soudains ou arbitraires qui déclenchent des litiges.

43. Les changements politiques peuvent se traduire par l'adoption d'une approche différente à l'égard des investisseurs, en particulier des investisseurs étrangers. Des structures bureaucratiques protégeraient l'agence chef de file et les organismes

publics compétents de toute politisation. Par exemple, le personnel de l'agence chef de file pourrait être nommé à partir d'une réserve de techniciens plutôt que selon des critères politiques. Les nominations à long terme, ainsi que les systèmes de gestion des connaissances, sont propices à la préservation de la mémoire institutionnelle de tout organisme. En outre, pour traiter les griefs ou les différends, l'agence chef de file peut, si nécessaire, faire appel à des employés retraités ayant participé à l'opération à l'origine desdits griefs ou différends.

44. La cohérence peut être assurée en conservant la trace de tous les arguments avancés lors de litiges antérieurs, également via le système de gestion des connaissances. Cela permettrait à l'État de maintenir une politique cohérente (y compris une interprétation cohérente des traités) et d'établir sa position avec clarté. Les arguments passés peuvent éclairer les décisions futures et réduire le risque que des investisseurs invoquent des préjugés ou des discriminations. Cela aidera également à établir une stratégie claire en évaluant la solidité des arguments passés, à recenser les décisions politiques litigieuses et, partant, à adapter les relations futures avec les investisseurs.

45. Une approche similaire peut être suivie pour le traitement des griefs : garder une trace de ces derniers et des solutions proposées peut aider à traiter les griefs futurs, à recenser les problèmes récurrents et à prévenir de futurs griefs similaires.

46. Par ailleurs, les changements des politiques et des législations relatives aux investissements doivent être clairement communiqués aux investisseurs. S'il est porté atteinte aux droits des investisseurs, il faut que la communication renvoie à tout engagement ou texte de loi antérieur qui a été modifié ou annulé. Il faudrait fournir explicitement la raison d'être des nouvelles lois, afin d'éliminer les allégations de partialité ou de discrimination et de lever tout doute sur la création d'obstacles cachés aux investisseurs (voir recommandation 17).

10. Mécanisme de gestion des griefs d'investisseurs

Recommandation 10 : Mécanisme de gestion des griefs d'investisseurs

1. *Le système prévoit un mécanisme qui permet aux investisseurs de communiquer leurs griefs à l'agence chef de file.*
2. *La législation prévoit que l'agence chef de file peut assurer la liaison entre les investisseurs lésés et l'organisme public compétent.*
3. *La législation précise la procédure :*
 - a) *À suivre pour communiquer le grief à l'agence chef de file ;*
 - b) *Que l'agence chef de file doit suivre pour enregistrer, filtrer et évaluer le grief ;*
 - c) *Que l'investisseur et les organismes publics concernés par le grief doivent suivre pour partager les informations relatives au grief ;*
 - d) *Que l'agence chef de file doit suivre pour résoudre le grief ;*
 - e) *Que l'agence chef de file doit suivre pour transmettre le grief à une instance supérieure compétente, si nécessaire ;*
 - f) *Que l'agence chef de file doit appliquer pour suivre la mise en œuvre de la solution ou de la décision, selon le cas ;*
 - g) *À suivre, si l'agence chef de file émet des décisions, pour mettre en place un mécanisme d'appel ;*
 - h) *À appliquer pour suivre et évaluer les services rendus par l'agence chef de file.*

4. *La législation prévoit que les organismes publics compétents coopèrent pour partager les informations relatives aux problèmes rencontrés par les investisseurs et aux questions soulevées par les instruments d'investissement.*

5. *La législation prévoit les procédures que les organismes publics doivent suivre pour informer l'agence chef de file de tels griefs à un stade précoce.*

47. La recommandation 10 préconise la mise en place d'un mécanisme de doléances qui offre aux investisseurs une procédure fiable pour exprimer leurs préoccupations (également appelé mécanisme d'alerte précoce). Plus les problèmes sont abordés tôt, plus les chances de trouver une solution sont élevées. Ce mécanisme pourrait être administré par l'agence chef de file ou par une autre institution spécialisée. Il pourrait être un point de contact permettant aux investisseurs de déposer tout grief qu'ils pourraient avoir en rapport, notamment, avec un refus de permis par des autorités municipales ou les incidences négatives de futures lois.

48. Pour que le mécanisme de doléances soit efficace, il faudrait que la législation précise la procédure que l'investisseur doit suivre pour informer l'agence chef de file de son grief, ainsi que les procédures internes à suivre pour traiter ces griefs et, plus particulièrement, les délais de traitement des plaintes. Des délais peuvent également être prescrits au cas par cas, en fonction de la complexité de la question. Dans ce cas, il faudrait que les investisseurs soient informés du délai prévu et régulièrement informés de l'état d'avancement de la procédure. Il faudrait également que la législation incite les organismes publics concernés par le grief à partager les informations y relatives afin que l'agence chef de file puisse évaluer ledit grief et ses incidences et proposer des solutions appropriées.

49. Il faudrait que les recommandations ou les décisions soient de préférence communiquées par écrit et leur mise en œuvre ou leur exécution contrôlée. Les activités de suivi et de mise en œuvre peuvent être coordonnées par l'agence chef de file. Dans le cas où les investisseurs n'obtiendraient pas le résultat escompté, il conviendrait de leur présenter le raisonnement suivi, dont il faudrait qu'il soit objectif et impartial. Idéalement, il faudrait que les investisseurs soient autorisés à faire appel de toute décision prise par l'agence chef de file, celle-ci pouvant les informer d'autres recours possibles. En outre, il ne faudrait pas que le manque d'informations ou le non-respect d'exigences procédurales soit utilisé par l'agence chef de file comme prétexte pour rejeter la demande dans son intégralité, à moins que l'investisseur n'ait pas rempli les conditions après avoir été invité à le faire.

50. Il faudrait mettre en place un mécanisme de renvoi à un niveau supérieur pour les cas où l'agence chef de file est incapable de résoudre le problème en raison d'un manque de coopération de la part d'autres organismes ou parce que la question sous-jacente est trop sensible sur le plan politique. Dans ce cas, l'agence chef de file peut soumettre le problème à une autorité politique supérieure (par exemple, un comité interministériel ou le cabinet du Premier Ministre ou de la présidence).

51. Des organismes publics spécifiques peuvent être invités à fournir des informations ponctuellement ou être tenus de partager périodiquement des informations sur leurs relations avec les investisseurs afin que l'on puisse déceler les litiges potentiels ou réels. Par exemple, les organismes publics qui auraient récemment rejeté l'octroi ou le renouvellement d'une licence ou d'un permis à un investisseur étranger peuvent être tenus de le signaler à l'agence chef de file.

52. L'obligation d'informer l'agence chef de file prévue au paragraphe 4 pourrait être limitée à certains secteurs sujets à litiges. Une obligation générale pourrait en effet être difficile à mettre en pratique, de part et d'autre, car les organismes publics pourraient ne pas vouloir s'y conformer et l'agence chef de file être submergée par le volume d'informations.

53. En l'absence d'une agence chef de file, il faudrait que les organismes publics soient tenus de suivre les problèmes liés aux investissements en appliquant un ensemble de procédures, afin de réduire au maximum le nombre de cas où de tels problèmes ne sont pas traités.

11. Atténuation des différends

Recommandation 11 : Atténuation des différends

1. *Dans les traités d'investissement conclus par les États, la législation prévoit, comme condition préalable à l'ouverture d'un arbitrage, des modes alternatifs – administratifs et non contraignants – de règlement des différends (comme la négociation, la médiation, l'évaluation précoce par un tiers neutre ou la composition de groupes d'experts).*

2. *La législation énonce de manière claire les délais applicables aux modes alternatifs – administratifs et non contraignants – de règlement des différends.*

3. *La législation devrait indiquer l'organisme public habilité à choisir et à mettre en œuvre des modes alternatifs – administratifs et non contraignants – de règlement des différends et à sélectionner les représentants investis du pouvoir de régler les différends au nom de l'État.*

4. *L'agence chef de file recense les secteurs où des différends sont le plus susceptibles de survenir et s'assure que les investisseurs sont tenus de lui notifier tout tel différend. L'organisme public compétent [s'efforce d'] informe[r] l'agence chef de file dans les 30 jours qui suivent la date à laquelle il a eu connaissance d'un différend.*

54. La recommandation 11 traite de l'atténuation possible des différends. S'il a connaissance des litiges soulevés par des investisseurs à un stade précoce, l'État peut tenter de les résoudre sans avoir recours à l'arbitrage d'investissement.

55. L'une des solutions possibles, pour ce faire, est de résoudre le problème par des moyens administratifs, l'organisme public concerné ajustant sa politique ou modifiant sa décision.

56. Des moyens autres qu'administratifs peuvent être utilisés pour tenter de résoudre le différend, comme la négociation ou la médiation. Il importe que le choix de la méthode soit partagé entre l'agence chef de file, l'organisme public compétent et l'investisseur. Le moyen le plus efficace d'y parvenir sera probablement de confier cette question à l'agence chef de file.

57. L'État peut également envisager de recourir à des groupes d'experts ou à une évaluation précoce par un tiers neutre si cela se révèle nécessaire. Le recours à ces méthodes de règlement des différends pourrait être intégré dans divers instruments d'investissement, ce qui permettrait d'éviter que des conflits naissants ne se transforment en procédures contradictoires longues et coûteuses.

58. En outre, comme ces méthodes visent à régler le différend, la législation doit déterminer à l'avance quel organisme ou agent public est habilité à représenter le gouvernement et à conclure des règlements en son nom.

59. Les règlements obtenus par voie de négociation ou de médiation peuvent impliquer le paiement, par l'État à l'investisseur, d'une certaine somme d'argent. Des incertitudes pouvant survenir au sujet de ce paiement, le système devrait clarifier la procédure d'accès au budget de l'État et indiquer l'organisme public chargé d'assumer financièrement un règlement.

60. Pour garantir davantage l'existence d'une base juridique permettant de recourir à des modes alternatifs de règlement des litiges, l'agence chef de file peut également

recommander, voire demander, l'inclusion de ces méthodes dans la clause type de règlement des litiges à utiliser dans les instruments juridiques (voir recommandation 8).

12. Gestion efficace des différends

Recommandation 12 : Gestion efficace des différends

Le système prévoit des procédures qui permettent de gérer efficacement les différends, notamment une évaluation précoce du différend visant à formuler une stratégie solide, la détermination des incidences financières, la constitution d'une équipe juridique composée de fonctionnaires et de conseillers juridiques internes et externes (y compris leur sélection) et la sélection d'arbitres ou de tiers décideurs, si nécessaire.

61. Malgré tous les efforts déployés pour les prévenir, les différends sont inévitables. Aussi est-il nécessaire de s'y préparer.

62. La gestion des différends peut également être assurée par l'agence chef de file chargée de les prévenir et de les atténuer. Cependant, il se pourrait que la combinaison des fonctions de gestion et de prévention nuise à cette dernière si les ressources allouées à la prévention des différends sont insuffisantes.

63. S'agissant de la gestion des différends, l'agence chef de file peut notamment être chargée d'analyser les incidences du différend, son ampleur, sa complexité et les ressources nécessaires. Elle peut coordonner la réponse de l'État, avec une équipe incluant les fonctionnaires concernés et des conseillers juridiques internes et externes. Cela sera particulièrement nécessaire lorsque les délais seront stricts. Par conséquent, plus l'équipe sera nommée tôt, mieux ce sera. De même, il peut être très bénéfique de disposer d'une équipe de négociation permanente chargée de rechercher des formes alternatives de résolution des différends avec l'investisseur.

13. Ressources financières et coût des procédures

Recommandation 13 : Ressources financières et coût des procédures

1. La législation devrait prévoir un budget qui permettrait aux organismes du système d'avoir un accès rapide aux financements et aux ressources requis pour prévenir et atténuer les différends.

2. Les ressources financières destinées à couvrir le coût des procédures judiciaires peuvent être allouées au budget de l'organisme public compétent, à moins que l'agence chef de file n'ait accès au budget de l'État.

64. La recommandation 13 vise à garantir un accès rapide aux financements. Si un État décidait d'établir un organisme chef de file, cela entraînerait des coûts liés à sa création et à son fonctionnement (voir recommandation 7). Les coûts peuvent également inclure les éventuelles indemnités qui pourraient être dues à un investisseur à la suite d'un règlement. Ils peuvent être encourus de manière ponctuelle et ne suivraient pas nécessairement les cycles budgétaires des États. Il est donc conseillé de prendre des dispositions particulières pour l'accès aux financements et aux ressources.

65. Pour financer la prévention des différends, on peut, par exemple, en affecter les coûts au budget de l'organisme public responsable du grief ou du litige. Cette affectation peut s'effectuer s'il est constaté que le grief ou le différend résulte de

l'action ou de l'inaction de l'organisme en question. Une autre possibilité serait d'allouer un budget à l'agence chef de file.

14. Exonération de responsabilité des fonctionnaires

Recommandation 14 : Exonération de responsabilité des fonctionnaires

La législation prévoit que les fonctionnaires des organismes publics compétents (y compris l'agence chef de file) ne sont pas tenus responsables des actes accomplis ou des omissions commises dans le cadre de la prévention et de l'atténuation de différends, sauf en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave.

66. La recommandation 14 rend compte du rôle clef que jouent les fonctionnaires dans la prévention des différends. Leur participation peut aller de l'apport de témoignages à la médiation informelle. Cependant, la crainte d'encourir une responsabilité pour leurs actions, par exemple de faire l'objet d'accusations de corruption, pourrait les empêcher de participer pleinement. Afin d'éviter toute conséquence juridique, les agents de l'État pourraient s'abstenir de prendre des décisions et retarder ainsi toute tentative de prévention des différends.

67. Par conséquent, en exonérant les fonctionnaires de toute responsabilité pour des déclarations faites dans le cadre de la prévention de différends, on les rassurerait et faciliterait leur coopération. À l'inverse, la possibilité de menacer des agents de l'État de poursuites en responsabilité en cas de non-coopération pourrait les dissuader de prendre les mesures nécessaires. Par exemple, en les obligeant à témoigner, on risquerait d'amener les fonctionnaires à fournir des informations limitées pour se protéger.

68. Il faudrait étendre l'exonération de responsabilité aux situations dans lesquelles des fonctionnaires fournissent des déclarations ou offrent leur coopération dans le cadre de modes alternatifs de règlement des litiges tels que la négociation, la consultation ou la médiation, utilisés pour la prévention des différends.

15. Confidentialité

Recommandation 15 : Confidentialité

La législation prévoit que les informations échangées au cours du processus de prévention et d'atténuation des différends sont confidentielles.

69. Pour traiter les griefs et les différends efficacement, l'investisseur et l'État doivent être assurés que les informations échangées ne seront pas rendues publiques, à moins qu'ils n'en conviennent autrement.

16. Intégration de la technologie et d'un outil de suivi

Recommandation 16 : Intégration de la technologie et d'un outil de suivi

Le système utilise la technologie pour rationaliser et optimiser le processus de prévention et d'atténuation des différends. Il s'agit notamment de fournir un portail unique doté de multiples fonctions permettant aux investisseurs d'accéder à des informations sur les exigences réglementaires, y compris pour l'enregistrement des sociétés, de

déposer des griefs, d'obtenir des réponses aux questions fréquemment posées, de contacter les organismes et les fonctionnaires concernés et de suivre l'évolution des demandes relatives aux griefs.

70. La recommandation 16 préconise d'adopter des moyens technologiques pour accroître l'efficacité globale du système de prévention et d'atténuation des différends.

71. Par exemple, il pourrait être créé un portail unique, de type application ou site Web, qui pourrait fonctionner comme un guichet en ligne où les investisseurs soumettraient des demandes à l'aide de formulaires et des documents électroniques (y compris des copies numériques authentifiées de documents au lieu d'originaux). Dans l'éventualité où un canal de transmission des griefs serait en place, il faudrait que les investisseurs puissent l'utiliser pour déposer leurs plaintes et suivre l'évolution de leurs dossiers. On pourrait y intégrer des assistants virtuels (« chatbots ») pour répondre en temps réel aux questions fréquemment posées par les investisseurs ou les orienter vers les organismes ou agents publics compétents.

72. Les données recueillies grâce à l'utilisation de ce guichet par les investisseurs peuvent servir à développer les stratégies de prévention des différends. Elles peuvent également être utilisées pour évaluer la performance de l'agence chef de file grâce au suivi du nombre de griefs reçus, traités et résolus, du temps requis et des résultats des enquêtes de satisfaction menées auprès des investisseurs. L'outil de suivi peut aussi mesurer les données relatives aux investissements et aux emplois conservés, sur la base des informations fournies par les investisseurs.

17. Mesures visant à associer les investisseurs à l'élaboration des politiques

Recommandation 17 : Mesures visant à associer les investisseurs à l'élaboration des politiques

1. Le système identifie les investisseurs et les investissements susceptibles d'être lésés par l'adoption de lois ou de règlements liés à des préoccupations politiques émergentes telles que la santé publique, le changement climatique, le développement durable et l'élaboration de stratégies de prévention des griefs ou des différends.

2. Le système met en place une procédure de consultation des investisseurs pour obtenir leur point de vue avant d'apporter des changements aux lois ou aux règlements et avant d'introduire des mesures spécifiques qui pourraient léser les droits des investisseurs.

73. La recommandation 17 traite du fait que des investisseurs pourraient être lésés par des modifications du cadre juridique et l'introduction de mesures spécifiques afférentes, en particulier, à des préoccupations politiques émergentes telles que la santé publique, le changement climatique et le développement durable. Il convient d'abord d'identifier ces investisseurs, puis de les consulter afin d'élaborer des stratégies préventives qui répondent aux préoccupations potentielles. Ces stratégies peuvent prévoir la mise en œuvre progressive d'une nouvelle loi ou réglementation afin de donner suffisamment de temps aux investisseurs pour s'adapter. Si cela n'est pas possible, des négociations peuvent être engagées en vue d'un règlement par indemnisation.

74. En anticipant à cet égard, on limitera les conséquences négatives de litiges pour les États. Par ailleurs, le fait de parvenir à un accord peut bénéficier à la fois à l'investisseur et à l'État, en leur évitant de s'engager dans une procédure judiciaire longue et coûteuse.

75. Comme mesure préventive, la recommandation prévoit une procédure de consultation pour faire participer les investisseurs à l'élaboration des politiques. Le

fait d'associer les investisseurs aux discussions pourrait en effet éliminer leurs griefs à la racine. Cette activité est souvent organisée par le service de sensibilisation ou de réforme du climat de l'investissement de l'agence de promotion des investissements de l'État mais elle peut également être menée par l'intermédiaire d'une plateforme de dialogue public-privé liée à ladite agence.

76. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il faudrait que l'entité chargée d'organiser les consultations procède aussi systématiquement à une étude d'impact de la proposition de loi ou de règlement, qui pourrait éclairer les débats et les décisions concernant le texte final.

18. Ordre public

Recommandation 18 : Ordre public

Le système reconnaît l'impératif exigeant que l'État réglemente dans l'intérêt public.

77. La recommandation 18 souligne la nécessité de poursuivre des objectifs politiques légitimes. En associant d'emblée les investisseurs à l'élaboration des politiques et en prenant des mesures simples à un stade précoce (voir les recommandations 10 et 17), l'État peut éviter que des investisseurs lésés intentent des actions en justice, tout en préservant ses objectifs politiques.

78. Il peut falloir, pour résoudre un litige, qu'un organisme public procède à des ajustements administratifs ou modifie des décisions administratives, ce qui risque de susciter des inquiétudes quant aux motifs sous-tendant ces changements ou ajustements. Il faudrait que l'organisme public concerné communique clairement les raisons de ce revirement de politique.

79. Il ne faudrait pas que le seul objectif de prévenir et d'atténuer les différends soit d'éviter ceux-ci (A/CN.9/1044, par. 23). Informé et conscient des problèmes rencontrés par les investisseurs étrangers grâce à la coordination intra-gouvernementale et aux dialogues menés avec les investisseurs, l'agence chef de file peut analyser le problème en pesant les intérêts multiples et poursuivre une série d'objectifs plus larges que l'évitement des différends.

19. Renforcement des capacités

Recommandation 19 : Renforcement des capacités

La législation prévoit le regroupement et la diffusion d'informations pertinentes pour la prévention et l'atténuation des différends relatifs aux investissements.

80. La recommandation 19 porte sur le renforcement des capacités, énonçant que la législation devrait prévoir non seulement le regroupement des informations pertinentes pour la prévention et l'atténuation des différends relatifs aux investissements (voir recommandation 6, par. 26), mais aussi la communication de ces informations à divers organismes publics. En effet, les fonctions de référentiel aident à accumuler des connaissances sur l'investissement. Néanmoins, il faudrait réduire les écarts de connaissances qui existent entre les entités.

81. Les informations peuvent être partagées de différentes manières. Elles peuvent être envoyées par diverses entités à l'agence chef de file pour être regroupées ; être recueillies par l'agence chef de file directement auprès des investisseurs ; ou être communiquées par l'agence chef de file à diverses entités dans le cadre, par exemple, de programmes de renforcement des capacités.

82. Avec les informations recueillies, il faudrait que l'agence chef de file mette en œuvre des programmes de renforcement des capacités, qui peuvent consister en des programmes de formation ou en la diffusion de publications périodiques telles que des manuels et la tenue d'une page Web contenant des informations à jour et pertinentes.

83. Il importe, en particulier, que des entités infranationales telles que les provinces, les états et les municipalités prennent part aux activités de renforcement des capacités. Il est essentiel de les y associer car leurs actions incohérentes sont l'une des principales causes de litiges. De même, il faudrait qu'aux différents niveaux – central, provincial, municipal –, les fonctionnaires aient connaissance des engagements pris par les États dans les instruments d'investissement. Cela leur permettrait de déceler les mesures potentiellement non conformes et de s'assurer que le gouvernement respecte les obligations qu'il a contractées en matière d'investissement.

84. En outre, l'agence chef de file peut aider l'organisme public compétent à vérifier au préalable les investisseurs et les investissements. Il ne faudrait pas que cette diligence raisonnable soit un processus de sélection, mais plutôt une évaluation du sérieux et des capacités de l'investisseur. Outre l'examen du plan d'activité et des raisons d'investir, la diligence raisonnable peut consister à évaluer la légitimité d'investissements.

85. Il peut être proposé un renforcement des capacités pour les négociations des contrats d'investissement et des PPP. Un différend peut naître du fait que des gouvernements prennent des engagements qu'ils ne peuvent pas respecter sur le long terme. En renforçant les capacités de négociation, on réduirait les risques de griefs ou de différends futurs. Toutefois, cela nécessite une compétence et une expérience spécifiques qui peuvent ne pas être facilement disponibles dans l'État concerné.

20. Coordination intergouvernementale

Recommandation 20 : Coordination intergouvernementale

1. *Le système établit et institutionnalise une coordination avec les autorités d'autres États pour assurer une coopération efficace et une entraide dans la prévention ou l'atténuation des différends.*

2. *Le système prévoit que l'un des moyens d'assurer cette coordination consiste à créer, dans le cadre de chaque traité d'investissement, une commission mixte qui puisse assumer les fonctions suivantes :*

a) *Publier des déclarations interprétatives du traité d'investissement ;*

b) *Faciliter l'atténuation des différends par des modes alternatifs non contraignants de règlement (tels que la négociation, la consultation, la médiation et l'évaluation précoce par un tiers neutre), que cela soit prévu ou non dans le traité d'investissement ;*

c) *Échanger les informations et les meilleures pratiques [avec les États parties] ; et*

d) *Entreprendre des examens périodiques du traité d'investissement [avec les États parties].*

86. La recommandation 20 rend compte de l'importance d'une coordination intergouvernementale pour ce qui est de prévenir et d'atténuer les différends, coordination dans laquelle l'agence chef de file peut avoir un rôle à jouer [voir recommandation 6-1 g)].

87. Pour assurer cette coordination, il est suggéré, au paragraphe 2, de créer des commissions mixtes dans le cadre des traités d'investissement. Une commission

mixte pourrait aider à harmoniser les normes de protection des investissements et d'autres dispositions des traités en publiant des déclarations interprétatives. Elle serait également un moyen d'appliquer efficacement le traité d'investissement en aidant, par l'échange d'informations et de pratiques optimales, à s'adapter à l'évolution des préoccupations politiques au travers d'examens périodiques.

88. Une commission mixte peut favoriser la communication d'État à État et le règlement des différends entre les États parties ainsi qu'entre un investisseur et l'État hôte.
