



Assemblée générale

Distr. limitée
11 avril 2018
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-cinquième session
New York, 23-27 avril 2018**

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

Observations du Gouvernement thaïlandais

Note du Secrétariat

Dans le cadre des préparatifs de la trente-cinquième session du Groupe de travail, le Gouvernement thaïlandais a présenté au Secrétariat des observations relatives aux questions de procédure concernant le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). La version anglaise des observations a été soumise au Secrétariat le 11 avril 2018. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.



Annexe

Questions de procédure concernant le règlement des différends entre investisseurs et États : le point de vue de la Thaïlande

[Original : anglais]
[Date : 11 avril 2018]

1. Introduction

1. Le présent document vise à recenser les questions de procédure concernant le RDIE du point de vue d'un pays en développement, à la fois en tant que bénéficiaire d'investissements étrangers directs et en tant qu'exportateur de capitaux. Sans préjudice de la position de la Thaïlande, les discussions sur la réforme du RDIE devraient être axées non seulement sur les questions de procédure mais aussi sur les questions de fond, compte tenu des divergences substantielles existant entre les accords internationaux d'investissement (AII).

2. Le présent document rappelle d'abord les principes généraux qui devraient orienter les débats du Groupe de travail sur la réforme du RDIE (section 2). Il recense ensuite et explicite les questions de procédure relatives au RDIE, qui justifient un travail plus approfondi de la part du Groupe de travail (section 3). La dernière section (section 4) traite de la pertinence de la coopération interinstitutionnelle et des initiatives de renforcement des capacités pour les discussions du Groupe de travail sur la réforme du RDIE.

2. Principes directeurs pour orienter les débats

3. Afin de promouvoir une réforme légitime, viable, durable et bénéfique pour tous, un principe important qui devrait guider les discussions du Groupe de travail sur le RDIE est l'absence d'exclusive. Les États membres et non membres de la CNUDCI doivent pouvoir participer pleinement aux travaux, quel que soit leur niveau de développement, afin que toutes les préoccupations soulevées puissent être prises en compte dans le processus.

4. Les discussions sur la réforme du RDIE devraient être globales et équilibrées, et prendre en considération les différentes priorités de chaque État, notamment : a) la poursuite des objectifs d'ordre public des États d'accueil ; b) la promotion d'un investissement responsable ; c) la protection des droits des investisseurs ; et d) la réalisation d'objectifs mondiaux, tels que le développement durable et la sécurité alimentaire.

5. Les discussions sur la réforme du RDIE devraient également être approfondies et ne devraient pas se limiter à un seul aspect de la question, à savoir l'arbitrage. Le fait d'axer les discussions sur l'arbitrage pour régler les différends en matière d'investissement pourrait priver le Groupe de travail de la possibilité de formuler des solutions novatrices aux problèmes actuels. En fait, le Groupe de travail devrait avoir des échanges de vues sur d'autres aspects du RDIE, en particulier sur les mécanismes alternatifs de règlement des différends qui pourraient être utilisés pendant la phase préarbitrale et parallèlement à l'arbitrage.

3. Questions de procédure concernant le RDIE

3.1 La procédure d'arbitrage nécessite beaucoup de temps et d'argent

3.1.1 *Mauvaise utilisation des mécanismes alternatifs de règlement des différends pendant la phase préarbitrale – une occasion manquée de réduire les écarts entre des positions contradictoires ?*

6. Les pays en développement parties à un différend ne sont pas toujours familiarisés avec les mécanismes alternatifs de règlement des différends et ne savent pas toujours qu'ils peuvent les utiliser pendant la phase préarbitrale. Dans de nombreux accords internationaux d'investissement (AII), seul le processus de consultation est expressément prévu comme moyen de parvenir à une solution mutuellement acceptable. Dans d'autres cas, ces accords ne contiennent à proprement parler aucune disposition sur le recours aux mécanismes alternatifs de règlement des différends.

7. Les procédures préarbitrales, y compris les bons offices, la médiation et la conciliation, peuvent aider les demandeurs et les États d'accueil à clarifier leurs positions respectives et réduire les divergences entre les parties. À cet égard, ces mécanismes peuvent faciliter le règlement des différends grâce à un dialogue constructif. La participation de facilitateurs tiers à un stade précoce devrait également être encouragée et largement mise à profit pour aider les parties au différend à parvenir à une solution mutuellement convenue, ce qui permettrait de réduire le temps et les coûts consacrés à l'ensemble du processus. Toutefois, si les facilitateurs tiers interviennent trop tard dans le processus, l'une des parties peut estimer qu'une telle intervention est inutile et qu'il peut s'agir d'une tactique dilatoire de la part de l'autre partie.

8. Il serait utile de débattre d'une éventuelle ligne directrice visant à promouvoir une interaction accrue entre les professionnels associés à la phase préarbitrale par le biais de mécanismes alternatifs de règlement des différends et les arbitres engagés au cours de la procédure arbitrale.

3.1.2 *La longue « bataille » pendant la phase d'exécution des sentences – un autre aspect caché d'une procédure d'arbitrage longue et coûteuse*

9. Les États non membres du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), qui décident de ne pas reconnaître et de ne pas exécuter la sentence rendue par le tribunal arbitral, peuvent demander l'annulation de cette sentence conformément aux règles de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Ce processus d'exécution exige habituellement beaucoup de temps et de ressources financières. Dans certaines situations complexes, il peut prendre plus de temps que la phase d'arbitrage proprement dite. Dans le cas des pays en développement disposant de ressources limitées, toute réforme du RDIE devrait donc s'attacher à promouvoir la clarté et l'efficacité au stade de l'exécution.

3.2 Les arbitres et leur comportement

10. Une autre source de préoccupation en matière de RDIE est liée à la partialité préexistante dont peuvent faire preuve des arbitres qui ont été désignés plusieurs fois par une même partie au différend, et au fait que certaines personnes portent une « double casquette », étant désignés à la fois comme conseils et comme arbitres dans des différends similaires. De telles situations peuvent entraîner des conflits d'intérêts et compromettent l'impartialité des arbitres.

11. En outre, le plus souvent, les arbitres réputés s'occupent simultanément d'un grand nombre d'affaires, ce qui ne leur laisse pas suffisamment de temps pour effectuer une analyse approfondie des questions en jeu.

12. Un autre problème de procédure tient aux exigences particulières des arbitres, qui peuvent entraîner des charges supplémentaires pour les pays en développement. L'avis des arbitres l'emporte généralement sur celui des États en ce qui concerne

l'établissement de règles de procédure et de dispositions procédurales supplémentaires, ce qui peut entraîner des coûts et des délais imprévus.

13. Des opinions divergentes et incohérentes de la part des arbitres donnent lieu à des sentences arbitrales divergentes et incohérentes. Afin de trouver un juste équilibre entre la préservation de la marge d'action de l'État d'accueil et la protection des droits des investisseurs, toute réforme future devrait viser à assurer la cohérence des sentences en veillant à ce que les États conservent la maîtrise des traités, grâce notamment à un mécanisme d'interprétation commune, et ne deviennent pas esclaves de leurs propres traités à travers un processus d'arbitrage. Parallèlement, le Groupe de travail devrait soigneusement réfléchir à l'idée d'ajouter un nouveau niveau au système actuel du RDIE, qu'il s'agisse d'une entité internationale ou d'un mécanisme de révision des sentences arbitrales en appel, et éviter de créer de nouvelles institutions inutiles en la matière.

14. Pour répondre à ces préoccupations, on pourrait envisager d'établir un code de conduite sur l'éthique des arbitres qui contiendrait notamment des dispositions précises sur les activités extérieures autorisées et sur les moyens de mettre en œuvre le mécanisme d'interprétation commune.

3.3 Les conseils externes et leur professionnalisme

15. Les pays en développement manquent souvent d'expérience en matière de RDIE et n'ont pas en interne de juristes spécialisés dans ce domaine. Ils doivent donc s'en remettre dans une large mesure à des services juridiques fournis par des conseils externes. Étant donné que les conseils externes réputés sont souvent peu nombreux et qu'ils doivent se préoccuper de nombreuses affaires menées en parallèle, il arrive fréquemment qu'on ne puisse accorder à chacun d'eux que des ressources limitées.

16. Certains cabinets d'avocats internationaux spécialisés dans le domaine du RDIE n'ont pas encore acquis une grande expérience professionnelle auprès des pays en développement. De ce fait, ils ne sont pas nécessairement familiarisés avec les procédures, l'état d'esprit et les méthodes de travail de ces pays. Une telle situation entraîne toute une série de problèmes, allant de l'impossibilité pour les cabinets d'avocats de présenter ce dont les pays en développement ont besoin lors de l'entretien initial jusqu'à l'impossibilité pour ces mêmes cabinets de rédiger les clauses du contrat de travail qui répondraient aux exigences particulières de l'État concerné. Les préoccupations les plus immédiates des pays en développement en ce qui concerne les conseils externes sont le coût de la procédure arbitrale, la conduite des procédures d'arbitrage et leur manque de souplesse dans certaines circonstances. Les cabinets d'avocats internationaux et les autorités administratives doivent tenir compte des ressources limitées des pays en développement.

3.4 Manque de préparation des États d'accueil en matière de RDIE

17. Les pays en développement manquent généralement de connaissances spécialisées sur les questions d'arbitrage en matière de RDIE. En conséquence, ils ne sont généralement pas préparés lorsque des différends surgissent dans ce contexte. Ce problème est aggravé par le fait qu'il n'y a bien souvent pas de voie de communication interne disponible, d'où l'inefficacité de la coordination entre les organismes nationaux concernés, ce qui empêche les pays en développement d'administrer efficacement leurs différends. En outre, les États défendeurs sont régulièrement confrontés à des calendriers serrés, en particulier lorsqu'ils préparent leurs conclusions. Ils sont ainsi désavantagés par rapport aux demandeurs qui ont habituellement beaucoup plus de temps pour se préparer. Cette situation est aggravée par le fait que certains règlements d'arbitrage en vigueur, tels que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, ne donnent pas à l'État défendeur la possibilité de contester le calendrier fixé par le tribunal arbitral.

18. Dans certaines affaires de RDIE, il se peut aussi que les pays en développement doivent faire face à des situations imprévues, lorsque les demandeurs sont financés par des tiers. Bien que le financement par des tiers puisse faciliter l'accès à la justice et

améliorer la garantie pour les frais de la procédure arbitrale, il soulève des préoccupations concernant les conflits d'intérêts lorsque, par exemple, le conseil dans une affaire ainsi financée est également arbitre dans une autre affaire où intervient le même bailleur de fonds. Cela peut nuire à l'impartialité des arbitres, et mettre en péril la légitimité de la procédure arbitrale. Une réglementation appropriée du financement par des tiers peut aider à limiter les conséquences involontaires de ce dernier, tout en optimisant ses avantages tels que la répartition des coûts et la garantie pour frais.

3.5 Accès limité à des services juridiques d'un coût raisonnable

19. Il n'existe actuellement aucun organisme international spécialisé dans la prestation aux pays en développement de conseils juridiques indépendants à faible coût en matière de RDIE – à savoir un organisme analogue au Centre consultatif sur le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui fournit des services juridiques à faible coût sur le droit de l'OMC. De nombreux pays en développement doivent donc supporter le coût relativement élevé des services juridiques assurés par des cabinets d'avocats internationaux, dont beaucoup n'ont peut-être même pas l'expérience et les connaissances nécessaires pour traiter les affaires de RDIE. En effet, pour les pays en développement, la défense de ce type d'affaires nécessite un volume considérable de ressources, à la fois humaines et financières, qu'ils pourraient dépenser plus utilement pour satisfaire leurs besoins de développement.

20. Dans cette optique, la création d'une entité consultative indépendante, prenant en compte les particularités et les besoins spécifiques des pays en développement, pourrait être utile. Une telle entité pourrait prendre la forme d'un centre consultatif pour les différends relatifs aux investissements, qui serait distinct du tribunal international des investissements qu'il est proposé de créer. Cette entité devrait être indépendante, financée à l'échelle internationale et composée de juristes représentant la diversité géographique ; elle serait spécialisée dans la prestation aux pays en développement de conseils juridiques à faible coût sur le droit international de l'investissement. Elle devrait agir rapidement et générer le moins de coûts de transaction possible.

21. Elle pourrait contribuer à faire en sorte que les pays en développement soient en mesure de se défendre efficacement dans les affaires de RDIE, ce qui renforcerait la légitimité du système, fondée sur les compétences.

4. Suggestions supplémentaires

4.1 Promouvoir la coordination entre les organismes internationaux compétents

22. De nombreux pays en développement, dont la Thaïlande, ont engagé des discussions sur le RDIE dans de nombreuses instances internationales, outre la CNUDCI, notamment la CNUCED et l'OCDE. Pourtant, jusqu'à présent, ces discussions n'ont donné que peu de résultats concrets, en partie à cause de l'insuffisance de coordination entre les instances concernées. En l'absence d'efforts concertés, ces discussions ponctuelles sur la réforme du RDIE peuvent conduire à des résultats fragmentés et disparates qui vont à l'encontre des efforts mondiaux déployés à l'appui de cette réforme.

23. Afin d'assurer la concertation des efforts entre les différents organismes intéressés, la CNUDCI devrait collaborer plus étroitement avec d'autres organismes, tant régionaux qu'internationaux, qui mènent des discussions sur la réforme du RDIE, notamment la CNUCED, le CIRDI et l'OCDE. Ce renforcement de la coordination permettrait non seulement d'éviter les doubles emplois entre les différents organismes, mais aussi d'enrichir et de contextualiser les débats du Groupe de travail.

4.2 Fournir une aide au renforcement des capacités pour promouvoir la prévention des différends

24. Les pays en développement n'ont souvent pas les connaissances et/ou les capacités nécessaires pour empêcher que les conflits ne dégénèrent et ne donnent lieu à une véritable procédure d'arbitrage. En tant qu'États d'accueil, ils se trouvent exposés aux

réclamations des investisseurs. Ainsi, toute réforme du RDIE devrait aller de pair avec la promotion d'une politique de prévention des différends. Une telle politique pourrait viser à améliorer la communication entre États et investisseurs moyennant le renforcement des arrangements institutionnels entre les investisseurs et les organismes concernés.

25. Du point de vue des pays en développement, la fourniture d'une aide au renforcement des capacités devrait être considérée comme une priorité de la réforme. Cette aide pourrait être assurée par des organismes internationaux compétents ou par des pays développés ayant des connaissances spécialisées en matière de gestion des différends relatifs aux investissements, et elle pourrait prendre plusieurs formes, telles que l'organisation d'ateliers ou de stages de formation à l'intention des organismes concernés. Ces activités de renforcement des capacités pourraient aider les États à élaborer des politiques d'investissement efficaces et rationnelles, ce qui permettrait d'éviter la prolifération des affaires de RDIE.
