



Assemblée générale

Distr. limitée
8 mars 2019
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Règlement des différends
entre investisseurs et États)
Trente-septième session
New York, 1^{er}-5 avril 2019**

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

Communication du Gouvernement thaïlandais

La présente note contient une communication reçue du Gouvernement thaïlandais le 8 mars 2019 en vue de la trente-septième session du Groupe de travail III. On trouvera en annexe la traduction du texte de cette communication tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.



Annexe

I. Proposition de plan de travail

1. Introduction

1. Pour donner suite aux délibérations tenues par le Groupe de travail III à sa trente-sixième session, lors de laquelle le Président a invité les États membres et autres parties prenantes à présenter un plan pour la troisième phase des travaux, la Thaïlande souhaite soumettre la proposition suivante au Groupe de travail pour examen et commentaires.

2. Considérations importantes pour le plan de travail

2. Pour remplir leur objet, les résultats des travaux du Groupe de travail doivent reposer sur un processus inclusif, accessible et utilisable par tous les États. Il convient d'encourager une large participation des pays en développement comme des pays développés, afin que toutes les options envisageables pour la réforme puissent être examinées à la lumière des différences d'expérience.

3. La réforme du RDIE est un sujet complexe. Elle concerne un large éventail de problèmes d'une gravité, d'une portée et d'une urgence variables. Compte tenu de son expérience, chaque État aura son propre point de vue sur la nature des problèmes et des avis différents sur la manière de les résoudre. Il a été proposé une grande diversité de solutions, qui pourraient traiter un seul ou de nombreux problèmes avec des degrés d'efficacité divers. Cependant, il n'existe pas de solution universelle. Les États doivent avoir à l'esprit que de nouvelles solutions pourraient également créer de nouveaux problèmes.

3. Plan de travail en trois étapes

4. Compte tenu des considérations précédentes, la Thaïlande propose le plan de travail en trois étapes suivant :

Étape 1 : présentation de propositions et débats

5. Le Groupe de travail consacre du temps à l'examen des options de réforme par l'ensemble des États. Pour ce faire, le plus efficace est de baser le dialogue sur la note du Secrétariat publiée sous la cote [A/CN.9/WG.III/WP.149](#). Le Groupe de travail devrait se pencher attentivement sur chaque préoccupation et examiner les options de réforme les plus appropriées. À ce stade, les options devraient être présentées sous forme conceptuelle.

Étape 2 : choix de la voie à suivre

6. Une fois qu'il aura analysé chaque préoccupation, le Groupe de travail devrait décider de la ou des meilleures options de réforme, du point de vue global, en tenant compte des avantages et des inconvénients de chacune. La voie à suivre peut correspondre à une option distincte où consister en l'association de plusieurs propositions.

Étape 3 : débat sur la réforme

7. Le Groupe de travail examine en détail la ou les options les plus souhaitables auxquelles il a donné la priorité. Un plan de travail préliminaire est établi.

II. Options envisageables pour la réforme

1. Introduction

8. La présente communication a pour objet d'exposer les vues de la Thaïlande au sujet des options de réforme envisageables pour répondre aux préoccupations

soulevées par le RDIE. Elle commence par examiner les principes fondamentaux qui doivent constituer l'ossature de toute réforme probante, puis propose des solutions conceptuelles sur la manière dont ces réformes pourraient être mises en œuvre. La proposition de la Thaïlande se fonde sur son expérience du RDIE et ne vise pas à l'exhaustivité. La présente contribution, qui suit une approche constructive, devrait servir de plateforme de présentation pour les idées d'autres États.

2. Principes fondamentaux d'une proposition de réforme du RDIE

Universalité et polyvalence

9. Pour remplir leur objet, les résultats des travaux du Groupe de travail doivent être pratiques et profiter au plus grand nombre d'États possible. Une solution qui n'est pas largement acceptée par la majorité des États sera difficile à pérenniser. Dans un souci d'efficacité, le Groupe de travail devrait s'appuyer sur les efforts existants et coordonner ses travaux avec ceux d'autres organisations internationales, comme le CIRDI et la CNUCED. Il devrait se concentrer sur des problèmes courants et des solutions susceptibles d'avoir une incidence et un succès immédiats. De l'avis de la Thaïlande, l'adoption rapide d'une solution concernant les coûts et la durée de la procédure revêt un caractère particulièrement urgent pour les pays en développement.

« Éléments de base » pour l'avenir

10. La réforme du système de RDIE sera un processus long et complexe. Afin d'économiser de précieuses ressources, tous travaux sur la réforme devraient, dans la mesure du possible, constituer des « éléments de base » pour les travaux futurs. Tout résultat devrait être suffisamment adaptable pour être associé ultérieurement à d'autres travaux et ne pas être incompatible avec d'autres options viables.

Prévention plutôt que recours au litige

11. Une réduction du nombre de différends relatifs aux investissements conduit nécessairement à une diminution des problèmes liés au RDIE. La Thaïlande croit en l'approche qui consiste à s'attaquer aux problèmes dès l'origine. Dans de nombreux pays en développement, les organismes publics responsables des questions de RDIE ne disposent pas encore des compétences nécessaires pour repérer les différends latents et, surtout, pour les gérer. En outre, il existe un écart de connaissances entre les juristes publics et les fonctionnaires directement chargés des mesures susceptibles de violer des obligations conventionnelles. En restreignant cet écart, on peut considérablement réduire le nombre d'affaires de RDIE.

3. Propositions de la Thaïlande concernant la réforme du RDIE

12. Compte tenu de ces principes fondamentaux, la Thaïlande souhaiterait proposer, à titre conceptuel, que les travaux de la CNUDCI portent sur les points suivants : 1) élaboration d'un nouveau règlement de la CNUDCI sur le RDIE afin de répondre aux besoins particuliers liés aux affaires de RDIE ; 2) mise au point de lignes directrices sur la prévention des différends ; 3) création d'un centre consultatif pour le droit international de l'investissement ; et 4) élaboration de clauses types sur des dispositions de fond. Si la CNUDCI devait juger l'une de ces options de réforme appropriée, il serait nécessaire d'en examiner les détails à un stade ultérieur.

13. Ces options de réforme n'excluent pas d'autres solutions qui pourraient être de nature plus globale. Au contraire, ces « éléments de base » peuvent offrir un solide point de départ à d'éventuelles réformes globales à mener à l'avenir. Par ailleurs, la présente contribution n'a pas pour objet d'examiner les inconvénients d'autres propositions de réforme, les sessions du Groupe de travail étant le cadre le plus approprié pour mener ce débat.

3.1 Règlement de la CNUDCI sur le RDIE

14. L'élaboration d'un nouveau règlement de la CNUDCI sur le RDIE peut permettre de répondre à un grand nombre des préoccupations actuelles en la matière. Les affaires de RDIE sont uniques en leur genre et nécessitent un ensemble de règles unique pour être régies efficacement. Les demandes introduites dans le cadre du RDIE concernent les États et les mesures prises par ces derniers. Elles ont souvent trait à des questions de politique publique et d'intérêt public, domaines qui n'interviennent pas dans l'arbitrage commercial. Un nouvel ensemble de règles pourrait tenir compte des besoins des États. Par exemple, pour ces derniers, la prise de décision est lente et l'établissement du budget difficile et imprévisible. En outre, de nombreux organismes publics doivent comprendre le processus arbitral et agir rapidement avant de faire appel à des services d'avocat. Le règlement de la CNUDCI sur le RDIE doit être concis et facile à comprendre. En outre, les différends relatifs aux investissements s'inscrivent dans un régime juridique qui s'applique à l'investisseur, à l'État hôte et à l'État d'origine (sous réserve qu'il ait consenti aux obligations conventionnelles). L'élaboration d'un ensemble de règles unique peut permettre de répondre aux besoins susmentionnés avec une efficacité optimale et de manière équilibrée.

15. Les dispositions essentielles du règlement de la CNUDCI sur le RDIE peuvent se baser sur les instruments existants que sont le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et le Règlement du CIRDI. Comme il sera fondé sur des règlements existants, le nouveau règlement pourra être complété rapidement, tandis que dans le même temps, le fait de partir de zéro offrira une liberté totale pour répondre aux préoccupations lors de ce processus d'ajustement. Les dispositions essentielles devraient assurer l'efficacité du déroulement du processus d'arbitrage. En outre, le règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur le RDIE peut être élaboré de manière à permettre aux États d'en utiliser les dispositions pour traiter l'une quelconque de leurs préoccupations en rapport avec le processus de RDIE, selon qu'il le juge approprié. Ce règlement devrait fonctionner à la manière d'une « boîte à outils » que les États peuvent utiliser comme ils l'entendent, tel que cela est présenté plus en détail ci-après.

3.1.1 Coûts et durée

16. **Procédures de gestion des coûts** : les États doivent rationaliser les procédures et réduire les coûts. Des changements pourraient être apportés dans le domaine de la planification budgétaire. Par exemple, le tribunal pourrait être tenu de consulter les parties afin d'établir un budget déterminé/acceptable pour la procédure. En outre, les parties pourraient décider de plafonner les honoraires des arbitres dès le départ, avant que n'intervienne leur nomination. Le Groupe de travail pourrait également étudier les moyens éventuels de réglementer les honoraires des avocats.

17. **Calendrier prédéfini/procédures accélérées** : il convient d'encourager une plus grande prévisibilité des procédures. Les parties pourraient avoir intérêt à ce que la procédure soit soumise à un calendrier prédéfini. Cette approche contraste avec celle suivie actuellement dans l'arbitrage, où les calendriers sont définis selon les circonstances et peuvent faire l'objet de longues négociations entre les parties. Le règlement de la CNUDCI sur le RDIE pourrait éventuellement exposer une procédure accélérée optionnelle, à utiliser selon qu'il conviendrait. D'éventuelles règles sur une procédure accélérée devraient nécessairement tenir compte du fait que les affaires de RDIE sont généralement complexes et donnent lieu à des dommages-intérêts élevés. Afin d'éviter les doubles emplois, il faudrait également tenir compte des travaux sur l'arbitrage accéléré menés au sein du Groupe de travail II.

18. **Réglementation du financement par des tiers** : il faut soumettre le financement par des tiers à plus grande transparence. Si cela est souhaitable, le règlement de la CNUDCI sur le RDIE pourrait prévoir une obligation d'information complète concernant les tiers financeurs et les termes des accords de financement. Il pourrait également comporter d'autres dispositions sur la réglementation du financement par des tiers, selon qu'il conviendrait. Cette réglementation est

particulièrement importante en cas de risque de conflits d'intérêts entre arbitres et tiers financeurs.

19. **Principes de la répartition des coûts** : les parties à un différend ont besoin de clarté pour ce qui est de la responsabilité et de la répartition des coûts. Le règlement de la CNUDCI sur le RDIE peut apporter, à cet égard, une plus grande sécurité en prévoyant que la répartition des coûts soit établie dès le début du différend, soit par l'application de dispositions spécifiques, soit par décision du tribunal. Les États sont ainsi en mesure de planifier leur budget.

3.1.2 Arbitrage et décideurs dans le RDIE : nomination, garantie de l'indépendance et questions connexes

20. Le règlement de la CNUDCI sur le RDIE peut contribuer à répondre aux préoccupations relatives aux arbitres, de manière à assurer la légitimité du régime de RDIE. Des dispositions plus claires peuvent être élaborées afin de combler d'éventuelles lacunes dans les règlements existants, notamment en ce qui concerne la réglementation de la « double casquette ». Le règlement pourrait éventuellement lier la sélection des arbitres à une liste. Celle-ci n'aurait pas à être longue, mais devrait inclure avant tout les noms d'arbitres reconnus spécialisés dans le RDIE. Elle pourrait tenir compte de l'équilibre femmes-hommes, de la répartition géographique et de l'équilibre entre arbitres issus de pays en développement et de pays développés. La nouvelle liste pourrait favoriser l'entrée de nouveaux juristes dans le cercle d'arbitres déjà établi. Par ailleurs, d'autres idées innovantes pourraient être présentées en vue de répondre aux préoccupations existantes concernant la sélection des arbitres, comme la participation des États au processus de sélection des arbitres appelés à figurer sur la liste ; la mise en place d'une rotation obligatoire des noms inscrits sur la liste ; ou l'obligation de faire en sorte, pour tout tribunal arbitral donné, qu'un certain nombre d'arbitres soient nommés à partir de la liste et qu'un certain nombre d'entre eux soient nommés par les parties.

21. Pour ce qui est de la conduite des arbitres, le Groupe de travail peut étudier l'établissement d'un code de conduite qui pourrait être inclus dans le règlement de la CNUDCI sur le RDIE. Ce nouveau code pourrait comporter des règles imposées aux arbitres par les États en ce qui concerne la réglementation de l'éthique, de la double casquette et du plafonnement des honoraires. Pour établir un nouvel ensemble de normes, il sera judicieux de prendre en compte les particularités des différends relatifs aux investissements. Le code devrait au minimum prévoir des obligations d'information, préciser quelles sont les activités extérieures autorisées et interdire toute irrégularité ou partialité.

3.1.3 Uniformité, cohérence, prévisibilité et rectitude des sentences arbitrales

22. Le règlement de la CNUDCI sur le RDIE pourrait résoudre le problème des incohérences injustifiables dans l'interprétation de dispositions d'un même traité d'investissement en prévoyant une interprétation commune. Ce mécanisme permettrait une participation accrue de l'État d'origine des investisseurs. Pour les États qui attachent de l'importance à la stabilité et à la prévisibilité, le nouveau règlement pourrait rendre les interprétations communes contraignantes pour les tribunaux arbitraux.

23. En outre, les États parties à un traité particulier pourraient disposer d'une certaine marge de manœuvre pour définir conjointement la loi ou les principes que le tribunal devrait appliquer pour faire en sorte que le traité soit interprété conformément aux intentions de ses auteurs.

3.1.4 Modes alternatifs de règlement des différends

24. Jusqu'à présent, le Groupe de travail s'est concentré sur la réforme de l'arbitrage entre investisseurs et États. Cependant, la Thaïlande est d'avis que les préoccupations actuelles relatives au RDIE doivent également être traitées à l'aide de modes alternatifs de règlement des différends. Des dispositions détaillées sur la conciliation

et la médiation entre investisseurs et États pourraient être élaborées afin de constituer soit une partie du règlement de la CNUDCI sur le RDIE, soit un document distinct. Ces règles sur les modes alternatifs de règlement des différends peuvent également couvrir le cadre procédural applicable à l'association des processus décisionnels et non décisionnels, connue sous le nom de mode hybride ou mixte de règlement des différends.

3.2 Lignes directrices sur la prévention des différends

25. Il est possible de réduire les coûts et la durée de l'arbitrage si les États sont bien préparés. Le Groupe de travail peut s'appuyer sur les travaux déjà menés dans d'autres instances et entreprendre l'élaboration de lignes directrices sur la manière dont les États peuvent gérer les différends relatifs aux investissements. Ces lignes directrices pourraient servir de plateforme aux États pour mettre en commun leur expérience, leurs bonnes pratiques et leur savoir-faire, et porter sur les points suivants :

a) La phase de négociation : ce que les auteurs des traités pourraient faire pour prévenir ou mieux régler les différends. Les dispositions conventionnelles peuvent couvrir un large éventail de questions ;

b) La promotion du dialogue : comment encourager le dialogue entre États hôtes et investisseurs étrangers afin d'éviter que les conflits ne dégénèrent en différends à part entière ;

c) Le mécanisme interne de gestion du RDIE : quelles sont les meilleures pratiques pour prévenir les différends, traiter un différend latent, ou gérer et régler un différend une fois qu'il est survenu ;

d) La phase préalable à l'arbitrage : comment déterminer si les États peuvent utiliser des modes alternatifs de règlement des différends et, le cas échéant, quand et comment ils peuvent le faire.

3.3 Centre consultatif pour le droit international de l'investissement

26. Les pays en développement peuvent ne pas être en mesure de faire face efficacement aux différends relatifs aux investissements en raison d'un manque de ressources et de capacités institutionnelles. Ce problème peut être traité par la création d'un centre consultatif pour le droit international de l'investissement. Doté de fonctions similaires à celles du Centre consultatif sur la législation de l'OMC (ACWL) pour ce qui est de cette législation, ce nouvel organe pourrait fournir aux États des avis juridiques concernant le droit de l'investissement avant la survenue d'un différend, et jouer un rôle de conseil en cas de différend. En outre, il pourrait aider les États en renforçant leurs capacités et en mettant en commun les meilleures pratiques.

27. La Thaïlande sait que de nombreux efforts ont été menés par le passé pour créer un centre consultatif de ce type. De nombreuses questions restent à traiter, notamment le financement de ce centre, l'accès à ses services et la structure juridique sous-jacente. Néanmoins, au vu du nombre de parties prenantes présentes aux sessions du Groupe de travail III, la CNUDCI est l'instance idéale pour faire avancer cette question et étudier des solutions innovantes.

3.4 Clauses types sur des dispositions de fond

28. Bien que le Groupe de travail ait décidé d'axer ses travaux sur les questions de procédure, il faudrait, de l'avis de la Thaïlande, qu'il reste ouvert à l'idée d'éventuelles réformes sur des questions de fond. Dans le système de RDIE, les aspects de fond et de procédure sont souvent étroitement imbriqués et peuvent être réformés en parallèle.

29. Les travaux pourraient consister à donner aux États des orientations sur la manière d'élaborer des dispositions conventionnelles avec davantage de précision et de clarté. La CNUDCI peut tirer profit des travaux déjà menés dans d'autres instances et concevoir des clauses types sur différentes dispositions de fond que les États

pourraient ensuite intégrer dans leur traités d'investissement bilatéraux types ou utiliser comme texte préliminaire lors de la négociation d'accords internationaux d'investissement. Une question de fond donnée peut faire l'objet de plusieurs clauses types compte tenu d'éventuelles divergences dans le choix de principe sous-jacent concernant la norme de protection des investissements. Les clauses types sur des dispositions de fond peuvent réduire le morcellement du droit international de l'investissement et garantir l'uniformité, la cohérence et la prévisibilité des sentences arbitrales.
