



Assemblée générale

Distr. limitée
9 novembre 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-septième session
New York, 1-5 avril 2019**

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

Observations du Gouvernement indonésien

Note du Secrétariat

En vue de la trente-septième session du Groupe de travail, le Gouvernement indonésien a présenté au Secrétariat, sous une forme succincte, son point de vue sur la réforme du RDIE. La version anglaise de ce document a été soumise au Secrétariat le 29 octobre 2018. On trouvera en annexe à la présente note la traduction de ce texte tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.



Annexe

La réforme du RDIE : bref point de vue de l'Indonésie

[Original : anglais]
[Date : 29 octobre 2018]

A. Introduction

1. Le présent document vise à exposer le point de vue de l'Indonésie sur les inquiétudes que suscite le RDIE. Le débat sur la réforme proposée de ce dernier dans le cadre de la CNUDCI repose sur une dichotomie fond-procédure. Cette dichotomie, selon l'Indonésie, pourrait en fait contrarier l'objectif d'un véritable mécanisme de RDIE, car il est difficile de distinguer fond et procédure.
2. L'Indonésie est d'avis que le droit procédural touche intrinsèquement au fond et vice versa. Les dispositions de fond et de procédure des accords internationaux d'investissement (AII) sont interdépendantes par nature.
3. En outre, le présent document expose le point de vue de l'Indonésie sur la réforme du RDIE en tant que reflet de l'examen mené entre 2014 et 2016 des traités bilatéraux d'investissement conclus par le pays.
4. Le présent document ne préjuge pas de la position que le Gouvernement indonésien adopterait pendant la troisième phase de délibérations sur la solution à recommander si la réforme était souhaitée pour tous les États.

B. Position générale dans le processus de réforme du RDIE

5. La réforme du RDIE pourrait bénéficier de l'inclusion de toutes les parties concernées, publiques et privées, qui représentent les intérêts commerciaux et non commerciaux dans les délibérations, le but étant d'assurer un équilibre et de produire des résultats qui puissent être largement acceptés par les États, les investisseurs et les tiers.
6. La réforme du RDIE devrait refléter la volonté de trouver un équilibre entre les droits et les obligations de toutes les parties concernées, en protégeant les investisseurs et leurs investissements tout en préservant la marge de manœuvre politique d'un État et son droit de réglementer les investissements étrangers sur son territoire.

C. Préoccupations à prendre en compte en ce qui concerne le RDIE

7. En 2014, après avoir enduré plusieurs procédures d'arbitrage d'investissements, l'Indonésie a pris l'importante décision de revoir tous les AII existants. La raison d'être de cet examen était d'évaluer l'impact des AII existants sur le droit qu'a l'Indonésie de réglementer et de poursuivre des objectifs légitimes de politique publique, ainsi que de moderniser les AII pour y inclure des principes et des dispositions qui assurent un équilibre plus équitable entre les objectifs des investisseurs étrangers et ceux de l'État hôte. Les préoccupations concernant le mécanisme de RDIE sont expliquées plus en détail ci-dessous.

Réclamation abusive

8. Il convient de noter que dans tout système juridique, les demandeurs ont tendance à engager leur procédure par des demandes d'indemnisation exagérées. La demande exagérée est faite dans l'espoir qu'un montant moins exagéré mais toujours indéfendable semblera raisonnable en comparaison. L'écart entre les évaluations des demandeurs et celles des défendeurs a tendance à être important lorsqu'un différend

entre un investisseur et un État porte sur des ressources naturelles. Cet écart oblige à mener une évaluation complexe des entreprises et à mettre en place un système de freins et contrepoids pour réduire le risque d'abus. L'incapacité des arbitres à limiter ce risque entraîne des erreurs économiques monumentales dont ce sont souvent les États qui paient le prix.

9. Pour répondre à cette préoccupation, il faudrait créer un cadre comprenant un mécanisme de contrôle des réclamations, une méthode d'évaluation des entreprises conforme aux normes internationales reconnues d'information financière, un code de conduite pour les arbitres chargés d'apprécier cette évaluation et un mécanisme permettant de rejeter les réclamations abusives à un stade précoce.

Frilosité réglementaire

10. Certains éléments donnent également à penser qu'il existe un risque que le RDIE entraîne une « frilosité réglementaire » (de l'anglais « regulatory chill ») si les gouvernements hésitent à prendre des mesures légitimes d'intérêt général par crainte de revendications, ce qui entraverait leur droit de réglementer. Chaque fois qu'un gouvernement modifie ou promulgue de nouveaux règlements, il s'expose à des réclamations d'investisseurs. La crainte que des groupes d'arbitrage internationaux décident en faveur d'investisseurs risque d'influencer l'action que les gouvernements mèneront à l'avenir pour introduire des changements politiques légitimes. Les gouvernements risquent ainsi de perdre leur marge d'action et de limiter leur droit de réglementer par crainte d'être poursuivis en justice ou menacés par des investisseurs mécontents.

Création d'un système parallèle d'arbitrage

11. Le RDIE permet aux investisseurs étrangers de contourner les procédures juridiques nationales et de poursuivre le pays hôte par l'arbitrage international. Des investisseurs pourraient même contester des mesures publiques conformes, en fait, à la constitution et aux lois du pays.

12. Il a été proposé d'introduire des limitations procédurales par le biais de la règle de l'épuisement des recours internes, en vertu de laquelle les investisseurs devraient d'abord saisir les tribunaux nationaux avant de recourir au RDIE. La pertinence d'un tribunal administratif national pour ce qui est de contrôler le pouvoir de l'État et de faire respecter la primauté du droit en offrant des recours aux entités et personnes réglementées en cas d'inconduite de l'État est reconnue par les tribunaux de RDIE. Les tribunaux administratifs nationaux et le RDIE couvrent, en ce qui concerne les investisseurs, des faits ou des situations similaires tels que le non-respect d'une procédure régulière, le refus injustifié ou arbitraire de licences, ainsi que les expropriations et les réformes réglementaires ou fiscales.

Crédibilité du système d'arbitrage international

13. Les sentences rendues par les tribunaux d'investissement sont parfois inconstantes, voire contradictoires, et il n'existe aucun mécanisme propre à remédier à cette inconstance ou à la limiter. Or, cette dernière pourrait nuire à la fiabilité, à l'efficacité et à la prévisibilité du régime d'arbitrage d'investissement et, à terme, à sa crédibilité.

14. Une autre question qui se pose quant à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres est celle de la permutation des rôles entre arbitres, conseils et experts dans différentes affaires. Ils passent également, parfois, de l'arbitrage privé au service public et inversement (double ou triple casquette) ; il semble que plusieurs arbitres soient intervenus pour des gouvernements, officiellement ou non, dans la négociation de types mêmes d'AII qu'ils jugent ou plaident dans le secteur privé, d'où une perception biaisée et un manque d'indépendance.

D. Options pour la réforme du RDIE

15. L'Indonésie estime qu'il n'est guère possible de conserver l'approche traditionnelle du RDIE compte tenu des critiques dont le mécanisme fait actuellement l'objet. Il est donc proposé d'améliorer cette approche de manière à réduire effectivement l'exposition des États aux risques juridiques et financiers que présente le mécanisme. Se fondant sur l'examen de ses traités bilatéraux d'investissement, l'Indonésie présente ci-après plusieurs options de réforme du RDIE qui pourront être examinées plus avant :

- Prévoir, à la fois dans les dispositions de fond et dans les clauses de RDIE, davantage de garanties afin que les droits et obligations de l'investisseur puissent être pris en compte de manière équitable ;
- Permettre aux investisseurs de recourir à l'arbitrage international après épuisement des recours internes ;
- Exiger un consentement écrit distinct des parties pour qu'un investisseur puisse présenter des demandes d'arbitrage international au titre du RDIE ;
- Introduire une médiation obligatoire comme mode alternatif de résolution des conflits avant de passer au RDIE.

Prévoir, à la fois dans les dispositions de fond et dans les clauses de RDIE, davantage de garanties afin que les droits et obligations de l'investisseur puissent être pris en compte de manière équitable

16. Exclure les clauses de RDIE pourrait ne pas être judicieux, surtout si l'intention principale est d'attirer les investissements étrangers. Aussi l'Indonésie envisage-t-elle plutôt, dans le contexte de la modernisation de son modèle de traité d'investissement, une approche plus équilibrée qui inclurait davantage de garanties à la fois dans les dispositions de fond et dans les clauses de RDIE. Les garanties que l'Indonésie juge importantes sont notamment la définition de l'investissement (définition fondée sur les actifs, avec certaines exceptions et limitations), l'investissement visé (répondant à un critère d'admission défini par la législation nationale), les articles relatifs au droit de réglementer, les mesures de lutte contre la corruption, la responsabilité sociale des entreprises, l'exclusion des créances, les exceptions générales et de sécurité, la balance des paiements, les mesures prudentielles et la dette publique.

Permettre aux investisseurs de recourir à l'arbitrage international après épuisement des recours internes

17. L'Indonésie envisage également la possibilité d'exiger des investisseurs qu'ils épuisent les recours internes avant de présenter une demande au titre du RDIE. Il faut également que les États renforcent leur système juridique en adoptant les lois et règlements qui offrent aux investisseurs étrangers des recours dans un délai raisonnable. L'épuisement des recours internes est conforme au droit international coutumier en ce sens qu'il devrait être la première et principale voie de règlement d'un État avant qu'une procédure d'arbitrage international puisse être engagée.

Exiger un consentement écrit distinct pour qu'un investisseur puisse présenter des demandes d'arbitrage international au titre du RDIE

18. Selon la nouvelle approche proposée, un arbitrage international ne pourra servir à trancher un différend entre un investisseur et un État que si l'investisseur concerné et l'État hôte conviennent de soumettre leurs différends à ce type d'arbitrage. L'Indonésie envisage d'introduire, pour ce qui est du consentement, une obligation distincte de conclure un accord écrit avant qu'un investisseur puisse soumettre une question à l'arbitrage international. Il serait requis un consentement écrit au règlement d'un différend par l'arbitrage international ou un accord spécial à cet effet qui préciserait les détails du différend, comme le nom et l'adresse de l'investisseur contestant, les dispositions de l'accord qui auraient été violées et le fondement factuel

et juridique de la demande. Cette approche ne peut être interprétée comme un moyen, pour les États, d'éviter complètement l'arbitrage international.

Médiation obligatoire

19. Le recours à des méthodes autres que l'arbitrage pour régler les différends est également considéré comme une alternative possible au RDIE. Les États pourraient utiliser les outils prévus dans leurs traités d'investissement pour réduire la durée et le coût des procédures en recourant à des modes de règlement des différends autres que l'arbitrage, comme la médiation. L'Indonésie considère la médiation obligatoire après l'épuisement du processus de consultation comme un moyen d'éviter qu'un différend ne dégénère en une procédure juridique possiblement coûteuse et préjudiciable aux relations entre les parties en litige. Pour résoudre un différend, il faut, au besoin, que l'investisseur demande l'aide d'un médiateur une fois que l'État a été notifié d'un possible différend et que le processus de consultation a été épuisé.

20. L'Indonésie a introduit cette procédure de médiation dans ses négociations bilatérales d'AII en tant que moyen alternatif de règlement des différends que les investisseurs devront utiliser avant de pouvoir recourir au RDIE. On espère que l'introduction d'une étape formelle dans le processus aidera à améliorer l'image des modes alternatifs de règlement des conflits comme solution de rechange efficace compte tenu de la nature acrimonieuse de l'action en justice et de l'arbitrage international.

E. Conclusion

21. La clause de RDIE, qui a accru l'exposition des États aux demandes d'arbitrage international formées par des investisseurs, est l'une des principales préoccupations de l'Indonésie. Il est donc proposé que la CNUDCI envisage d'améliorer l'approche traditionnelle du RDIE de manière à réduire effectivement l'exposition inutile des États aux risques juridiques et financiers que présente ce mécanisme. Pour progresser, il reste beaucoup à faire dans ce domaine.