

La réforme du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) – une note d'information pour les positions des syndicats

Bruxelles, 14/3/2019

Récemment, nous, syndicats et alliés de la société civile, avons remporté une grande victoire contre le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Bien que nous n'ayons pas spécifiquement demandé une réforme du mécanisme, mais plutôt son abandon total, les gouvernements discutent désormais des possibilités de réforme au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Les phases de la discussion en vue d'une éventuelle réforme

En juillet 2017, les membres de la CNUDCI ont demandé une discussion en trois phases visant à :

1. recenser les préoccupations exprimées au sujet du RDIE (phase 1 – terminée);
2. déterminer si une réforme était souhaitable et dans quels domaines (phase 2 – réunion d'octobre 2018) et, si une réforme était souhaitable;
3. mettre au point des solutions à recommander à la Commission pour prendre des décisions (phase 3 – réunion d'avril 2019)

La CSI a obtenu le statut d'observateur à la CNUDCI et a déjà assisté à la réunion d'octobre 2018; elle assistera également à la réunion d'avril 2019 et aux suivantes.

Les domaines concernés

Comme l'indique une [note de la CNUDCI](#), «Selon les premiers résultats de ces consultations, il existe **16 domaines qui pourraient faire l'objet d'amendements**, y compris certaines questions liées aux arbitres (nomination, code de conduite, procédure de récusation), le financement par des tiers, la jonction d'instances, les moyens de communication, les moyens préliminaires, les règles relatives aux témoins, experts et autres moyens de preuve, les mesures conservatoires, les délais et la répartition des frais.» En outre, la directrice de la CNUDCI, qui préside les réunions, Anna Joubin-Bret, a déclaré publiquement que les gouvernements pouvaient présenter de nouveaux domaines de réforme à tout moment et à toute phase de la discussion, comme l'a fait le gouvernement indonésien lors de la réunion d'octobre 2018 à Vienne. La prochaine réunion de la CNUDCI, qui se tiendra à New York du 1er au 5 avril, discutera de [la proposition de l'Indonésie](#), dans laquelle figure une liste d'idées qui, si elles sont acceptées, modifieraient radicalement le RDIE.

Les problèmes recensés

Jusqu'à présent, les réunions ont seulement relevé les problèmes suivants:

1. interprétations divergentes de normes essentielles (la même disposition, dans des affaires similaires, a été interprétée de manière très incohérente par différents tribunaux de RDIE); manque de mécanismes permettant de traiter ces incohérences; problème des procédures multiples (capacité des actionnaires d'engager plusieurs procédures dans le cadre de traités différents portant sur la même affaire);
2. préoccupations relatives aux arbitres et aux personnes rendant les décisions: manque d'indépendance et d'impartialité, genre et origine des arbitres;
3. préoccupations à l'égard du coût et de la durée des procédures: manque d'un mécanisme chargé de traiter les réclamations abusives ou non fondées.

Le Tribunal multilatéral des investissements

L'UE a récemment remis par écrit sa [proposition de solution globale: le Tribunal multilatéral des investissements](#).

Cette proposition ne répond pas à toutes les préoccupations que nous avons formulées mais elle permet quelques améliorations. Toutefois, ces améliorations impliquent le renforcement du RDIE. En effet, le Tribunal multilatéral des investissements est comparable au RDIE, mais le mécanisme ad hoc du RDIE devient un mécanisme permanent qui pourrait donner de nouveaux privilèges et de nouveaux «droits» aux investisseurs étrangers, en interprétant de manière exhaustive les Traités bilatéraux d'investissement actuels (TBI). Défendre la jurisprudence pour l'arbitrage sur les investissements risque de placer le pouvoir de négociation des travailleurs contre le capital mondial dans une position encore plus défavorable qu'elle ne l'est actuellement.

La proposition de l'UE d'instaurer un Tribunal multilatéral des investissements consiste à mettre en place des mécanismes de règlement des différends (médiation) supervisés par un tribunal de première instance et un tribunal d'appel auxquels les gouvernements et les investisseurs auront accès, avec des arbitres à temps plein, des exigences éthiques, des qualifications requises et des dispositions en faveur de la diversité. Le processus de nomination sera plus transparent que le processus actuel. La contribution des pays en développement au financement du Tribunal multilatéral des investissements sera moins élevée que celle des autres pays.

«Il est indispensable qu'un mécanisme permanent puisse statuer sur les différends dans le cadre des multiples accords existants et à venir» précise la proposition; nous ne devons donc pas penser que le Tribunal multilatéral des investissements remplacera une grande partie des traités d'investissement sur les plus de 3.300 traités existants. Il s'ajoutera essentiellement au système actuel, en apportant les options suivantes: «(1) adhésion à l'instrument établissant le mécanisme permanent et (2) notification spécifique (clause «opt-in») indiquant qu'un accord particulier existant ou futur relèverait de la compétence du mécanisme permanent.» Concrètement, cela signifie que les États conserveront leurs TBI existants dans leur intégralité, à ceci près qu'ils remplaceront le RDIE ad hoc par un mécanisme permanent de RDIE, s'ils choisissent la clause «opt-in». Environ 7% des TBI actuels n'ont pas de RDIE et, de ce fait, nous pourrions assister à une augmentation des investissements couverts par un mécanisme de RDIE si les pays décident d'adhérer au Tribunal multilatéral des investissements.

À l'heure actuelle, la plupart des investissements mondiaux ne sont pas couverts par un mécanisme de RDIE. Par exemple, les États-Unis, l'UE, le Japon et d'autres grands pays développés n'ont pas de TBI assorti d'un RDIE. Or, c'est dans ces pays que se trouve la majeure partie des investissements directs à l'étranger et d'autres investissements. Si les États-Unis, le Japon et d'autres pays développés adhéraient au Tribunal multilatéral des investissements, qui est ouvert à tous, cela aurait le même effet qu'une signature massive de TBI entre ces économies. Il s'agit pour ainsi dire d'une version moderne de l'Accord multilatéral sur l'investissement des années 1990.

La proposition de l'UE comporte également des codes destinés à appréhender ces préoccupations éthiques, à éliminer les «doubles casquettes» (lorsque la personne nommée arbitre est également employée par le client), et à supprimer les incitations émanant du système actuel.

Les véritables problèmes

Une réforme dans ces domaines est bien accueillie, mais il apparaît clairement que l'ampleur du processus de réforme est loin de répondre à nos attentes. [La proposition de l'Indonésie](#) soulève d'importantes questions qui pourraient apporter une meilleure réponse à nos préoccupations:

1. Lutter contre les réclamations abusives (à l'aide d'un mécanisme de contrôle des réclamations, d'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, etc.)
2. Veiller au risque de frilosité réglementaire (une réforme élargie ou un abandon du RDIE seraient une possibilité)
3. Adopter une clause sur l'épuisement des recours internes (pour que les investisseurs étrangers épuisent les recours internes auprès de la plus haute instance nationale avant de présenter une demande au titre du RDIE)
4. Donner une définition plus équilibrée de l'investissement concerné (comprenant les actifs avec certaines exceptions et limitations, la capacité de l'État de demander un critère d'admission défini par la législation nationale – nous préciserions ici que la création d'emplois devrait être l'un des facteurs)

5. Exiger un consentement écrit distinct pour qu'un investisseur puisse présenter des demandes d'arbitrage international au titre du RDIE (afin que les États donnent leur consentement dans le cadre d'un RDIE au cas par cas)
6. Introduire une médiation obligatoire avant de passer au RDIE
7. Autres questions: mesures de lutte contre la corruption, responsabilité sociale des entreprises, exclusion des créances, exceptions générales et de sécurité, balance des paiements, mesures prudentielles et dette publique.

La position de la CSI/CES

Lors de la prochaine réunion de la CNUDCI, la CSI/CES soutiendra les propositions soumises par l'Indonésie qui présupposent une réforme de plus grande ampleur. Nous ajouterions également une réflexion supplémentaire, qui est seulement esquissée dans la proposition de l'Indonésie. Il s'agit de la nécessité de prendre en compte les responsabilités réalisables des investisseurs qui bénéficient des TBI et des États qui signent les TBI. Plus particulièrement, les deux parties et certainement le pays à l'origine de l'investissement devraient légiférer en faveur d'une responsabilité sociale des entreprises obligatoire, comme la définissent les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, notamment la diligence raisonnable en matière de droits humains et les mécanismes d'indemnisation. Les investisseurs devraient être en capacité de montrer à tout moment quelles mesures ils ont prises pour prévenir et lutter contre les violations des droits humains, et de présenter les conditions pour recourir à un arbitrage international. Ces accords impliquent que les deux parties ont ratifié et mis en œuvre de manière effective les Principes et droits fondamentaux au travail de l'OIT et d'autres Conventions actualisées.

Par ailleurs, la CSI/CES fera part de ses préoccupations plus générales sur les points suivants: renforcement de ce système de justice parallèle uniquement réservé aux investisseurs étrangers; déséquilibre du pouvoir entre le travail et le capital, et proportion en baisse des revenus totaux du travail; absence de toute volonté semblable (en termes d'enthousiasme et de temps consacré) pour créer un mécanisme mondial destiné à protéger les droits humains, notamment les droits du travail, et l'environnement.