

# Défense juridique adéquate dans les procédures relatives aux accords internationaux d'investissement

BROOKE S. GUVEN

COLUMBIA CENTER ON SUSTAINABLE INVESTMENT

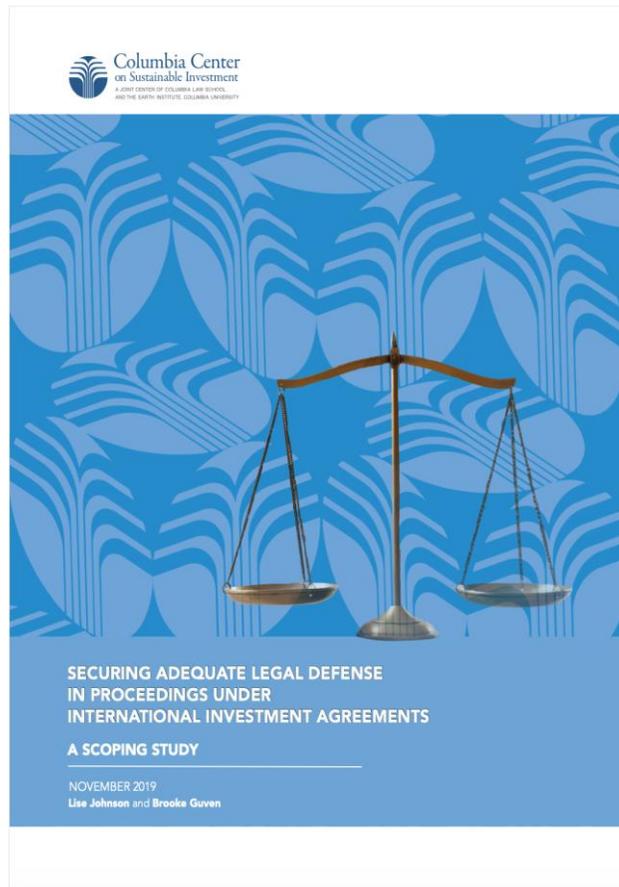
21 AVRIL 2020



Columbia Center  
on Sustainable Investment

A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL  
AND THE EARTH INSTITUTE, COLUMBIA UNIVERSITY

# Étude exploratoire disponible sur le site Web du Groupe de travail III



- ▶ Document de travail 196 (Présenté par les Gouvernements des Pays-Bas, du Pérou et de la Thaïlande)
  - ▶ Résumé analytique sera disponible dans toutes les langues de l'ONU
  - ▶ Texte intégral de l'étude exploratoire disponible en anglais

# Entretiens menés en vue de l'étude exploratoire

- ▶ **Fonctionnaires** (à tous les niveaux de développement économique du Groupe de la Banque mondiale)
- ▶ Personnes ayant une expérience de la **mise en place de mécanismes d'assistance ou travaillant dans des mécanismes existants ou en projet**
- ▶ Personnes ayant travaillé dans des **institutions d'arbitrage**
- ▶ **Universitaires** ayant écrit sur le droit international de l'investissement ou ayant été conseil auprès d'États
- ▶ **Praticiens privés**
- ▶ Représentants de la **société civile**
- ▶ Représentants des **investisseurs multinationaux du secteur privé**

# Questions abordées dans l'étude exploratoire

- ▶ **Problèmes de capacité:** quelles capacités pour les États?
- ▶ **Leçons tirées:** tentatives antérieures visant à créer un centre consultatif sur le droit international de l'investissement
- ▶ **Modèles:** à quoi pourrait ressembler un mécanisme d'assistance sur le droit de l'investissement?
- ▶ **Questions transversales:** principales questions que les décideurs devraient prendre en compte
- ▶ **Investisseurs:** en tant que bénéficiaires du mécanisme d'assistance
- ▶ Annexe A: procédure de consultation

# Problèmes de capacité envisagés dans l'étude exploratoire

## Processus de décision et gestion préalable aux litiges

- ▶ Décision et investissement
- ▶ Négociation du traité
- ▶ Application au niveau interne
- ▶ Prévention des litiges
- ▶ Gestion courante du traité
- ▶ Gestion préalable aux litiges

## Gestion du litige

- ▶ Constituer l'équipe
- ▶ Prévoir, voire régler le litige
- ▶ Désigner les arbitres
- ▶ Faire face à l'incertitude et à l'ambiguïté
- ▶ Travailler avec les experts
- ▶ Communication de pièces et gestion de l'information

# Constitution de l'équipe RDIE

## Questions de capacité

- ▶ La fréquence des demandes RDIE détermine à quel point l'État souhaite se doter en personnel compétent au niveau interne
- ▶ Trois modèles:
  - ▶ Hybride (personnel en interne; conseil extérieur)
  - ▶ Personnel en interne
  - ▶ Conseil extérieur
- ▶ Peu de pays ont un organisme spécialisé

## Comment les États abordent la question

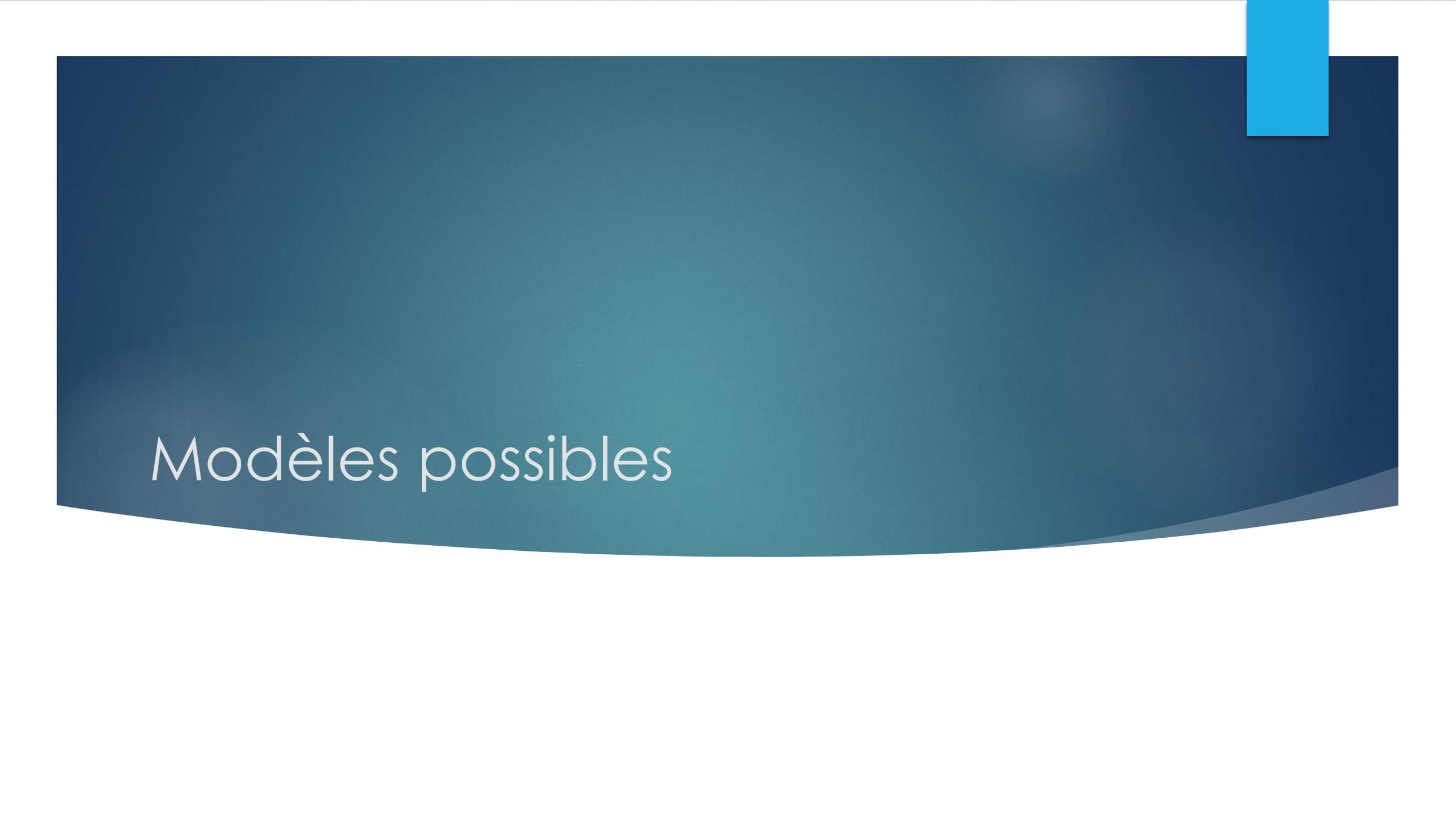
- ▶ Certains se sentent obligés de recruter le meilleur conseil car l'État et ses fonctionnaires doivent défendre ce choix en cas de perte du litige
- ▶ Certains n'ont pas les fonds nécessaires pour recruter un conseil réputé ou ne veulent pas y consacrer autant de ressources
- ▶ Les recherches semblent montrer que les pays en développement préfèrent un règlement à l'amiable, même en cas de demande non fondée

# Tentatives antérieures visant à créer un centre consultatif

- ▶ CNUCED-BIAD-OEA-VCC
- ▶ Union des nations de l'Amérique du Sud (UNASUR)
- ▶ Australie-Nouvelle Zélande et Association des nations du Sud-Est asiatique (ANZ-ASEAN)

## Principale conclusion:

Ne pas sous-estimer les différences de politiques grandes (ex. financement) ou petites (ex. emplacement) et d'objectifs selon les États car des divergences de vues non prévues peuvent bloquer ou ralentir les efforts, même quand la ligne d'arrivée semble proche



Modèles possibles

Appui  
multiservices  
institutionnalisé  
incluant une  
représentation  
juridique

Renforcement des  
capacités

Appui à la  
négociation

Services consultatifs

Avis juridiques

Défense

- ▶ Centre consultatif sur le droit de l'Organisation mondiale du commerce (ACWL)
- ▶ Facilité africaine de soutien juridique (ALSF)
- ▶ Programme de soutien des investissements de l'Organisation internationale de droit du développement (IDLO) pour les pays les moins avancés

# ACWL – Aperçu des activités

**Table 5 ACWL Activities: 2008-2018**

ACWL Activities	2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008
Total WTO disputes in which the ACWL provided support	17	14	14	10	8	8	8	3	7	6	7
New requests for support in WTO disputes	5	3	4	4	1	3	5	0	4	3	2
Legal opinions	237	186	196	181	204	215	231	218	206	194	175
Certificates of training	39	37	38	34	37	37	30	31	29	34	32

# ACWL – Honoraires et coûts liés à l'assistance dans les litiges OMC

*Honoraires perçus par heure et montant total maximum pour les demandeurs et défendeurs dans les recours OMC*

Category	CHF per hour	Maximum fee for a WTO panel proceeding
Category A Member	324	CHF46,628
Category B Member	243	CHF35,721
Category C Member	162	CHF23,814
Least developed country	40	CHF5,880

# L'ACWL comme modèle? L'OMC et le RDIE comparés

*Similarités et différences entre litiges OMC et RDIE sont illustrées dans le tableau qui suit:  
Tarif horaire et montant maximal pour demandeurs et défendeurs dans un recours OMC  
comparés à une procédure RDIE*

Proceeding	Hours	Cost to beneficiary of legal services
WTO Consultations	147	CHF47,628 (max charge)
WTO Panel	444	CHF143,856 (max charge)
WTO AB	263	CHF85,212 (max charge)
ISDS Case (Eli Lilly) <sup>764</sup>	20,142.71	CAD4,579,260.92
ISDS Case (Mesa Power) <sup>765</sup>	19,616.00	CAD4,225,547.67

Appui  
multiservices  
institutionnalisé  
(pas de  
représentation  
juridique)

Renforcement des  
capacités

Appui à la  
négociation

Services consultatifs

- ▶ Organisations internationales (CNUCED, OCDE, Banque mondiale)
- ▶ Centres d'arbitrage
- ▶ Universités
- ▶ Organisations sans but lucratif

## Appui financier et en nature

Fonds d'assistance  
financière pour  
procédure  
judiciaire/arbitrale

Financement par une  
partie tierce

Représentation avec  
honoraires  
proportionnels

- ▶ Fonds d'assistance financière de la Cour permanente d'arbitrage (pour les demandes RDIE devant la CPA)
- ▶ Fonds apportant un appui à la défense dans d'autres domaines juridiques (ex. Cour pénale internationale)
- ▶ Mécanismes de marché (financement par une partie tierce, assurance, honoraires proportionnels aux résultats)

Autres modèles  
décrits dans  
l'étude  
exploratoire

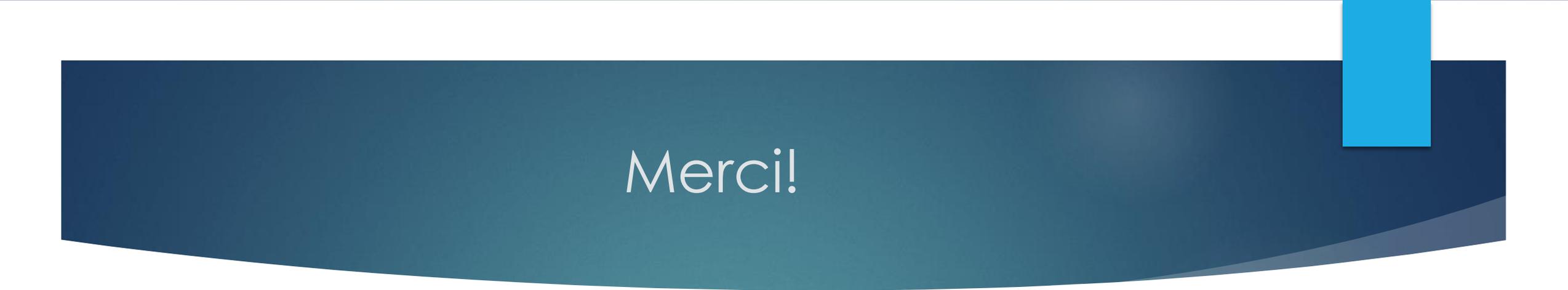
- ▶ **Appui pro bono, appui juridique ou expert ad hoc**
  - ▶ Soutien aux investissements de l'IDLO pour les PMA
- ▶ **Pôles intergouvernementaux de partage du savoir**
- ▶ **Réseaux spécifiques de renforcement des capacités**
  - ▶ Organisations internationales
  - ▶ Institutions d'arbitrage
  - ▶ Centres universitaires
  - ▶ Cabinets juridiques
- ▶ **Assistance juridique et centres d'échange d'informations**

# Questions transversales applicables à tous les modèles

- ▶ Qualité, fiabilité, réputation, confiance
- ▶ Financement et portée des services
- ▶ Coûts – qui paye?
- ▶ Conflits d'intérêt et tensions
- ▶ Qui en bénéficie?
- ▶ Emplacement, dotation en personnel, rémunération
- ▶ Viabilité à long terme
- ▶ Institutionnalisation ou caractère ad hoc
- ▶ Enjeux “politiques”
- ▶ Intersection avec d'autres réformes

# Considérations concernant les investisseurs en tant que bénéficiaires

- ▶ Nature et portée des préoccupations qu'un mécanisme d'assistance est censé résoudre
- ▶ Problèmes attendant les investisseurs qui investissent à l'étranger
- ▶ Possibilités de répondre à ces problèmes
- ▶ Fortes divergences d'opinion sur la question de savoir si les investisseurs doivent être inclus en tant que bénéficiaires



Merci!

**Brooke S. Guven**

**Columbia Center on Sustainable Investment**

**[Brooke.Guven@law.columbia.edu](mailto:Brooke.Guven@law.columbia.edu)**