Nations Unies A/CN.9/WG.III/WP.154

Assemblée générale

Distr. limitée
28 septembre 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-sixième session
Vienne, 29 octobre-2 novembre 2018

Résumé de la Réunion régionale intersessions sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) présenté par le Gouvernement de la République de Corée

La présente note reproduit une communication du Gouvernement de la République de Corée contenant un résumé de la Réunion régionale intersessions sur la réforme du RDIE tenue les 10 et 11 septembre 2018 à Incheon (République de Corée). La version anglaise de ce résumé a été soumise le 28 septembre 2018, et on trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

V.18-06504 (F)

Merci de recycler

Annexe

1. À sa trente-cinquième session (New York, 23-27 avril 2018), le Groupe de travail a accueilli avec intérêt une proposition faite par le Gouvernement de la République de Corée d'organiser une réunion régionale intersessions sur la réforme du RDIE dans le but de sensibiliser la région Asie-Pacifique aux travaux qu'il menait actuellement et de contribuer aux discussions en cours. Il a été précisé que cette réunion serait purement informative et qu'aucune décision n'y serait prise. Il a en outre été dit qu'un rapport succinct en serait soumis à la session suivante du Groupe de travail pour examen (A/CN.9/935, par. 11).

2. À sa cinquante et unième session (New York, 25 juin-13 juillet 2018), la Commission s'est félicitée de l'invitation de la République de Corée à une réunion régionale intersessions, qui se tiendrait à Incheon les 10 et 11 septembre 2018. Elle a noté que, s'il était clair qu'aucune décision n'y serait prise, cette réunion intersessions offrirait néanmoins une tribune à des représentants de haut niveau des gouvernements et aux parties prenantes concernées dans la région Asie-Pacifique, afin d'évoquer les questions débattues par le Groupe de travail III[1].

3. En conséquence, la première Réunion régionale intersessions sur la réforme du RDIE s'est tenue les 10 et 11 septembre 2018 au Songdo Convensia, à Incheon (République de Corée), sous les auspices du Forum sur le droit commercial (http://tradelawforum.com/). Elle était coorganisée par le Ministère de la justice de la République de Corée, l'Institut coréen de recherche législative, la division internationale du Conseil coréen pour l'arbitrage commercial, la ville d'Incheon et la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Elle consistait en l'enchaînement d'une conférence d'une journée visant à offrir des perspectives régionales sur la réforme du RDIE et d'une demi-journée de discussions (tables rondes).

4. Comme indiqué ci-dessus, la conférence avait pour objet de sensibiliser la région Asie-Pacifique aux travaux menés actuellement par le Groupe de travail et de fournir un cadre de réflexion sur l'expérience de la région en matière de RDIE, de façon à enrichir les débats du Groupe. Les tables rondes visaient à offrir une tribune aux représentants des gouvernements de la région pour contribuer aux discussions en cours au sein du Groupe. La Réunion régionale intersessions était ouverte à toutes les entités invitées à prendre part aux travaux du Groupe, y compris les délégations de pays d'autres régions et les autres parties prenantes concernées.

5. La Réunion régionale intersessions a rassemblé au total 191 participants, qui comprenaient des responsables gouvernementaux de 34 États (Afghanistan, Australie, Autriche, Cambodge, Cameroun, Canada, Chine, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Iraq, Japon, Koweït, Mali, Maroc, Mexique, Mongolie, Myanmar, Népal, Pakistan, Paraguay, Pays-Bas, Philippines, Qatar, République de Corée, République démocratique populaire lao, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Soudan, Sri Lanka, Thaïlande, Ukraine et Viet Nam) et des représentants du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), de la Commission européenne et de la Cour permanente d'arbitrage (CPA), ainsi que de plusieurs organisations non gouvernementales.

La conférence (10 septembre 2018)

6. La conférence a été ouverte par M. Sang-ki Park, Ministre de la justice de la République de Corée, qui a relevé l'importance croissante du RDIE dans la région Asie-Pacifique. Des allocutions de bienvenue ont également prononcées par M. Ik Hyeon Rhee, Président de l'Institut coréen de recherche législative, M. Hi-Taek

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 17* (A/73/17), par. 146.

Shin, Président de la division internationale du Conseil coréen pour l'arbitrage commercial, et M. Nam Chun Park, maire d'Incheon.

7. La Secrétaire de la CNUDCI a ensuite présenté un aperçu des travaux de la Commission dans le domaine du règlement des différends et du mandat du Groupe de travail III concernant la réforme du RDIE. Elle a souligné que la Réunion régionale intersessions visait à tirer parti de l'éventail le plus large possible d'expériences des différentes parties prenantes et à obtenir des contributions de haut niveau de tous les gouvernements, comme indiqué dans le mandat que la Commission avait confié au Groupe. Elle a mis l'accent sur l'importance de la transparence et de l'échange de données d'expérience dans le cadre des travaux du Groupe.

8. Le Président du Groupe de travail III, M. Shane Spelliscy, a ensuite présenté une vue d'ensemble des préoccupations que le Groupe avait recensées lors de ses deux sessions précédentes, préoccupations qui avaient trait à la constance, la cohérence, la prévisibilité et la régularité des décisions arbitrales, aux arbitres et décideurs, et au coût et à la durée des affaires de RDIE. Indiquant que la Commission s'était félicitée des progrès accomplis jusqu'alors, il a déclaré que le Groupe devrait aborder la deuxième étape de son mandat à sa prochaine session, tout en restant prêt à prendre en compte, le cas échéant, des préoccupations supplémentaires. Il a encouragé une participation accrue de la région et mentionné le fonds d'appui aux voyages que finançaient l'Union européenne et la Suisse pour faciliter la participation de représentants de pays en développement et de pays parmi les moins avancés aux sessions du Groupe.

9. La conférence s'est ensuite attelée à l'examen des préoccupations recensées par le Groupe de travail lors de ses deux sessions précédentes. Elle a tenu à cette fin quatre débats d'experts conçus de manière à faciliter un échange ouvert entre les participants, une brève présentation par chacun de son point de vue sur le thème considéré étant suivie d'un dialogue interactif. Les participants se sont vu remettre, à titre de documents de référence, des exemplaires prétirage des notes établies par le Secrétariat en vue de la trente-sixième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.III/WP.149 à 153).

Débat d'experts sur les coûts et la durée

10. Le débat d'experts sur les coûts et la durée était animé par Mme Anna Joubin-Bret et regroupait les intervenants suivants : M. Matthew Hodgson (associé, Allen & Overy, Hong Kong), Mme Sue Hyun Lim (Secrétaire générale, division internationale du Centre coréen pour l'arbitrage commercial) et M. Gonzalo Flores (Secrétaire général adjoint, CIRDI).

11. Les débats se sont fondés sur les données actuellement disponibles concernant le coût et la durée de l'arbitrage entre investisseurs et États, y compris les frais de justice et de représentation juridique moyens et médians, la durée moyenne de la procédure, les tendances en matière de répartition des coûts, et l'exécution et le règlement des décisions relatives aux dépens. En ce qui concernait les procédures du CIRDI, il a été indiqué que la durée moyenne pour la période allant de juillet 2017 à juin 2018 était de 3,8 ans pour la procédure d'arbitrage et de 1,9 an pour la procédure d'annulation.

12. À titre de comparaison, la CPA a fourni des données sur la durée de quelques procédures interétatiques récentes. On a noté qu'il était difficile de prévoir la durée de la procédure en raison de la nature variable des affaires. Il a également été noté que lorsque les parties fixaient un délai, celui-ci était généralement respecté par les tribunaux. S'agissant des coûts, il n'existait pas pour l'arbitrage entre États de chiffres similaires à ceux dont on disposait pour les affaires de RDIE car, dans les procédures interétatiques, les parties supportaient généralement leurs propres frais, sans qu'il ne soit rendu de décision relative aux dépens.

13. Il a été dit que, compte tenu de l'expérience de la région en matière d'arbitrage entre investisseurs et États et d'arbitrage commercial, l'arbitrage n'était généralement

plus perçu comme une méthode de règlement des différends plus rapide et plus économique. Dans ce contexte, on a examiné les causes possibles de l'augmentation des coûts et des retards, telles que le manque de clarté des règlements, les attentes variables des parties, les tactiques dilatoires, les difficultés de planification, et l'utilisation inadéquate des experts nommés par les parties pour agir en qualité de témoins.

14. Il a été noté que les trois étapes lors desquelles on pourrait réduire le plus la durée et les coûts étaient la constitution du tribunal, la phase écrite de la procédure, notamment la production de pièces, et le prononcé de la sentence. On a exprimé des préoccupations au sujet de l'absence de mécanismes qui permettent aux États de recouvrer leurs frais (il a été indiqué que 37 % des décisions relatives aux dépens rendues en faveur des États défendeurs n'avaient toujours pas été suivies du paiement ordonné) et souligné le rôle de la garantie pour frais. Il a également été noté que les responsables gouvernementaux pourraient se trouver dans l'incapacité d'accepter certaines mesures procédurales visant à épargner les coûts et éviter les retards, compte tenu des risques qui leur étaient potentiellement liés.

15. On a également mentionné des moyens éventuels de réduire le coût et la durée. Il a été noté que les mesures visant à traiter ces préoccupations décrites dans le document A/CN.9/WG.III/WP.153 offraient un bon point de départ pour les discussions, qui ont porté sur l'introduction de délais, la gestion active et efficace des affaires, les autres modes de règlement amiable, les procédures accélérées, les mécanismes de rejet rapide et la répartition des coûts. On a évoqué les modifications qu'il était proposé d'apporter au Règlement du CIRDI, notamment en ce qui concernait l'arbitrage accéléré. Les participants se sont aussi intéressés à l'éventuelle création d'un centre consultatif pour fournir un appui aux États avant et pendant la procédure de RDIE. On a fait référence aux lois nationales qui visaient à accroître l'efficacité en établissant un plafond des coûts recouvrables. Si la grande variabilité des coûts rendait peut-être difficile la fixation d'un plafond définitif, il a été dit que les tribunaux pourraient tenir compte des circonstances particulières de l'espèce dans leurs décisions relatives aux dépens. Dans l'ensemble, les participants sont convenus que de nouvelles améliorations étaient nécessaires sur le plan de l'efficacité du RDIE.

16. Lors des discussions, des représentants d'organisations non gouvernementales ont exprimé des préoccupations concernant les coûts élevés liés aux procédures de RDIE, en particulier pour les pays en développement, qui pourraient utiliser les ressources financières requises à d'autres fins relevant de la politique générale. On a souligné la nécessité de respecter le droit des États à réglementer à de telles fins, et suggéré de ne pas limiter les propositions de réformes aux aspects procéduraux, mais de les faire porter aussi, plus largement, sur les dispositions de fond des accords d'investissement.

Débat d'experts sur le manque de prévisibilité, de régularité et de cohérence

17. Le débat d'experts sur le manque de prévisibilité, de régularité et de cohérence était animé par Mme Vilawan Mangklatanakul (Directrice générale, Département des affaires économiques internationales, Ministère des affaires étrangères, Thaïlande) et regroupait les intervenants suivants : Mme Karin L Kizer (avocate-conseil, Bureau du Conseiller juridique, Département d'État, États-Unis), M. Colin Brown (chef d'unité adjoint, Règlement des différends et aspects juridiques de la politique commerciale, Direction générale du commerce, Commission européenne) et M. Shotaro Hamamoto (professeur, École des hautes études de droit, Université de Kyoto).

18. Les discussions ont eu pour objet l'importance et l'opportunité de la régularité, de la prévisibilité et de la cohérence des sentences de RDIE, et l'incidence de ces notions sur le bon fonctionnement et la légitimité du régime de RDIE. On a également réfléchi aux raisons qui pourraient expliquer qu'elles semblaient manquer dans le régime actuel de RDIE. Dans ce contexte, on a mentionné les aspects de droit international public du RDIE (qui est fondé sur des traités), l'existence de nombreux traités d'investissement aux dispositions larges mais similaires, le caractère ad hoc

des tribunaux de RDIE, la diversité des parties aux affaires de RDIE et les possibilités restreintes de réexamen. Des préoccupations ont été exprimées concernant le manque de constance non seulement des sentences mais aussi des décisions relatives à la récusation des arbitres.

19. On s'est intéressé aux approches que suivaient d'autres organes judiciaires internationaux, tels que la Cour internationale de Justice (CIJ) et le Tribunal international du droit de la mer (TIDM), en vue d'assurer la constance. On a, par exemple, mentionné une décision de la CIJ selon laquelle la question était de savoir s'il existait une raison de ne pas suivre le raisonnement utilisé et les conclusions établies dans des affaires précédentes. Tout en soulignant la nécessité de se conformer aux décisions précédentes de manière à éviter la fragmentation, on a cité des cas dans lesquels le fait de s'écarter de ces décisions pouvait être justifié (du fait, par exemple, d'une évolution des vues sociétales ou d'une décision manifestement irrégulière). On a également attiré l'attention sur le fait que la recherche de la constance pouvait involontairement conduire à la pérennisation de mauvaises décisions.

20. Il a également été dit que les questions en rapport avec le manque de constance et de prévisibilité étaient relatives et que, dans le régime actuel de RDIE, la question à se poser devait être de savoir si l'interprétation des tribunaux était conforme à l'intention des parties à un traité d'investissement. Dans ce contexte, on a souligné le caractère décentralisé du régime actuel de RDIE, à la fois aux niveaux politique et opérationnel. Il a en outre été dit qu'un certain nombre de facteurs contribuaient aux différences dans les décisions rendues par les tribunaux (par exemple, la clarté du texte du traité, les faits de l'espèce, les techniques contentieuses et le niveau d'expérience des parties au litige), et que l'on devait en tenir compte pour déterminer si un manque apparent de constance pouvait se justifier.

21. On a mentionné les outils existants pour améliorer la prévisibilité, la régularité et la cohérence, et les efforts que les États déployaient à cette fin. Ceux-ci consistaient notamment à formuler de manière plus précise les obligations de fond des traités d'investissement, de manière à donner aux tribunaux une moins grande latitude d'interprétation. Différentes approches en matière de RDIE, qui excluaient entièrement des accords d'investissement l'arbitrage relatif aux investissements, s'appuyaient sur le règlement des différends entre États ou excluaient du RDIE certains secteurs, ont également été notées. Il a été déclaré que la présentation d'arguments cohérents par les États, l'utilisation d'observations présentées par des parties au traité non parties au litige, une transparence accrue et la publication des actes de procédure et des sentences, la jonction d'instances se rapportant à des faits et circonstances identiques dans le cadre d'un même traité, les limitations des procédures parallèles et les interprétations contraignantes par les parties au traité étaient autant d'outils qui permettraient de promouvoir la régularité des décisions, conformément aux intentions des parties au traité. Dans ce contexte, il a également été dit que dans le régime actuel de RDIE, dont le caractère ad hoc permettait des interprétations concurrentes, des décisions régulières pourraient finir par se dégager.

22. Toutefois, il a été déclaré que les outils et efforts existants susmentionnés ne seraient pas suffisants pour répondre aux préoccupations et qu'une réforme structurelle était donc nécessaire. Par exemple, l'utilisation de l'interprétation contraignante n'était possible que dans des circonstances restreintes, et même le fait de choisir avec soin les termes des traités d'investissement ne garantirait pas la prévisibilité, car les notions abstraites étaient souvent sujettes à interprétation. On a également souligné que les traités étaient souvent volontairement rédigés dans des termes non restrictifs. Il a été dit qu'une évolution structurelle pourrait apporter une certaine permanence et ainsi créer prévisibilité et constance, et que la mise en place d'un mécanisme d'appel pourrait garantir la régularité.

23. Un certain nombre de questions ont été soulevées au sujet de la manière dont une réforme structurelle permettrait de traiter les préoccupations exprimées et du mécanisme à utiliser pour mener une telle réforme. Il a été dit que la Convention de

Maurice sur la transparence pourrait offrir un modèle pour la mise en œuvre de réformes structurelles du régime existant de RDIE.

24. On a également débattu de la question de savoir si et comment l'instauration d'un mécanisme d'appel aurait pour effet d'améliorer la constance, la régularité et la prévisibilité des sentences de RDIE, ce qui a donné lieu à l'expression d'avis très divers.

25. Dans ce contexte, on a fait référence aux questions de droit public fondamentales intervenant dans le RDIE, y compris les objectifs légitimes de protection sociale, questions qui devraient être traitées par les tribunaux nationaux. Toutefois, les tribunaux internationaux étaient habilités à infirmer les décisions des tribunaux nationaux, compétence dont ils avaient usé dans la pratique. Il a également été dit que les décisions des tribunaux nationaux ne devaient pas faire entrave aux obligations internationales, et qu'un tribunal multilatéral serait l'instance appropriée pour traiter ces obligations.

Débat d'experts sur les arbitres, y compris sur un code d'éthique

26. Le débat d'experts sur les arbitres (décideurs) était animé par Mme Natalie Yu-Lin Morris-Sharma (Directrice, Division juridique internationale, Ministère de la justice, Singapour) et regroupait les intervenants suivants : M. Seung-wha Chang (doyen, École de droit de l'Université de Séoul, ancien membre de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)), M. Jeremy Sharpe (associé, Shearman & Sterling, Londres) et Mme Christel Tham (conseillère juridique, CPA).

27. Pour commencer, on s'est demandé si les mécanismes de nomination par les parties, qui s'inspiraient de l'arbitrage commercial international, étaient pleinement appropriés dans le contexte du RDIE. Les autres possibilités comprenaient l'utilisation d'un système de réserve ou de liste, de sorte que les arbitres potentiels seraient nommés avant la survenue du litige, ce qui permettrait aux États de ne pas limiter leurs considérations aux besoins d'une affaire particulière et les inciterait à nommer des arbitres au profil équilibré. On a mentionné la pratique en vigueur au CIRDI qui voulait que les États désignent des personnes pour figurer sur une liste d'arbitres (et sa rigidité) et celle suivie à l'OMC qui consistait à établir une liste indicative des membres des groupes spéciaux.

28. Les intervenants ont discuté des tendances récentes concernant les pratiques suivies par les États pour la nomination des arbitres. Il en est ressorti qu'outre l'exigence d'indépendance et d'impartialité, les arbitres devaient aussi souvent disposer d'une connaissance approfondie du droit public international et du droit de l'investissement, d'une solide maîtrise du sujet et de connaissances sectorielles ou adaptées au cas d'espèce. On a mis l'accent sur la nécessité pour les arbitres de comprendre le mode opératoire des gouvernements, de donner effet aux dispositions des traités spécialement négociées par les États (y compris les outils destinés aux États appelés à interpréter des traités) et de comprendre les importantes considérations de politique publique sous-jacentes aux affaires de RDIE. Dans ce contexte, il a été dit que les États devaient réexaminer leurs propres pratiques concernant la nomination des arbitres ainsi que la désignation des personnes figurant sur la liste d'arbitres du CIRDI. Il a également été noté que certains États s'efforçaient d'éviter de nommer des arbitres de manière répétitive, alors que d'autres éprouvaient des difficultés à nommer des arbitres qui ne fassent pas partie du vivier habituel.

29. Faisant observer que le processus de nomination était mené essentiellement par les parties, la représentante de la CPA a fait part de l'expérience de son organisation en tant qu'autorité de nomination dans les affaires de RDIE et des efforts que celle-ci déployait afin d'assurer l'efficacité de l'arbitrage et de protéger l'accès des parties à la justice. Elle a présenté des statistiques concernant la récusation d'arbitres dans plus de 190 affaires administrées par la CPA et déclaré que le mécanisme était « fonctionnel ». Elle a indiqué que 80 % des affaires ne donnaient lieu à aucune récusation, et que lorsqu'un arbitre était récusé, la composition du tribunal demeurait inchangée dans plus de la moitié des cas.

30. Les discussions ont ensuite porté sur les exigences éthiques à l'égard des arbitres dans les affaires de RDIE, dont les exigences en matière de divulgation offraient un exemple et qui entraient en jeu dans les procédures de récusation. Il a été dit que des efforts étaient menés de façon continue en vue de l'élaboration d'un code de conduite ainsi que de lignes directrices sur ce thème, efforts qui s'étaient concrétisés dans des textes existants. Il a en outre été déclaré que les conflits d'intérêts dans les affaires de RDIE nécessitaient une approche différente de celle suivie dans l'arbitrage commercial, et il a été proposé de codifier des dispositions adaptées aux conflits d'intérêts dans les affaires de RDIE. Dans ce contexte, on a fait référence aux dispositions pertinentes du code de conduite tenu par l'OMC à la fois pour les membres des groupes spéciaux et pour ceux de l'Organe d'appel.

31. Tout en reconnaissant les mérites de ces efforts et des codes de conduite existants, on a attiré l'attention sur le fait qu'il pourrait être nécessaire de les adapter davantage au contexte du RDIE (compte tenu, notamment, des considérations de politique publique) et qu'il convenait d'éviter tout chevauchement entre codes de ce type. On a évoqué l'éventuelle interaction entre plusieurs codes ainsi qu'avec les lois nationales.

32. Les intervenants ont également abordé un certain nombre de questions connexes, notamment la nécessité d'un code de conduite pour les arbitres et les médiateurs, la pratique connue sous le nom de « double casquette » et le risque qu'on y percevait du fait d'un biais apparent, et le trop petit nombre d'arbitres de la région Asie-Pacifique appelés à traiter des affaires de RDIE.

Débat d'experts sur le financement par des tiers

33. Le débat d'experts sur le financement par des tiers était animé par M. Jiang Chenghua (Directeur général adjoint, Département des traités et du droit, Ministère du commerce, Chine) et regroupait les intervenants suivants : Mme Teresa Cheng (Secrétaire à la justice, Région administrative spéciale de Hong Kong) et M. Nikolaus Pitkowitz (associé, Graf & Pitkowitz, Vienne).

34. Tout d'abord, on a noté l'incidence croissante du financement par des tiers sur le RDIE et estimé qu'il fallait traiter ce thème avec soin, conjointement avec un certain nombre de questions déjà abordées. On a également mentionné la nécessité d'examiner le concept de financement par des tiers et la réglementation en ce domaine dans le cadre de notions existantes, telles que les doctrines du soutien délictueux et du pacte *de quota litis*, de la confidentialité et de la protection des privilèges. S'agissant de la définition, on a fait référence aux lignes directrices de l'International Bar Association sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (2014), au rapport du groupe de travail du Conseil international pour l'arbitrage commercial et de l'Université Queen Mary sur le financement par des tiers, et aux modifications qu'il était proposé d'apporter au Règlement d'arbitrage du CIRDI.

35. Les discussions se sont orientées sur les avantages et les inconvénients du financement par des tiers en général, et plus particulièrement dans le contexte du RDIE. Il a toutefois été noté que ces avantages et inconvénients étaient subjectifs par nature et dépendaient de plusieurs autres éléments. Par exemple, alors que le financement par des tiers pourrait améliorer l'accès à la justice des investisseurs, les États défendeurs étaient quant à eux susceptibles de ne pas obtenir ce type de financement, ce qui se traduirait par un déséquilibre structurel. Si le financement par des tiers pourrait constituer une incitation à introduire des actions, et donc conduire à une augmentation du nombre d'affaires de RDIE, la diligence raisonnable des bailleurs de fonds pourrait servir de filtre contre les demandes abusives ou infondées. Les tiers bailleurs de fonds seraient généralement en faveur d'une amélioration de la gestion des affaires, mais le risque existait qu'ils exercent un contrôle excessif sur la procédure.

36. Le débat a également porté sur un certain nombre de questions spécifiques au RDIE, notamment les conflits d'intérêts parmi l'ensemble des parties prenantes, la garantie pour frais en cas de financement par des tiers, et la possibilité d'exécuter des

décisions relatives aux dépens à l'encontre de tiers bailleurs de fonds. Il a en outre été signalé que le financement par des tiers posait une question de politique publique plus fondamentale concernant la légitimité du RDIE, étant donné qu'il permettrait aux tiers bailleurs de fonds de tirer profit d'un litige entre un investisseur et un État. En réponse, on a fait observer qu'il était nécessaire de reconnaître l'existence d'un marché du financement par des tiers. Des questions ont également été soulevées en ce qui concernait la recevabilité des demandes.

37. Il a été dit que la réglementation du financement par des tiers demanderait un examen de la portée de ce financement et des entités qui seraient en mesure d'y avoir accès. Elle exigerait généralement la divulgation de l'identité du tiers bailleur de fonds, mais les détails restaient à examiner. Dans ce contexte, on s'est demandé comment assurer le respect d'éventuelles obligations de divulgation et quels étaient les recours possibles en cas de manquement des parties.

38. Au cours des discussions, on s'est demandé si le financement de la médiation par des tiers pourrait favoriser le règlement amiable des litiges et s'il existait un lien entre le financement par des tiers et le montant réclamé par les investisseurs. Les réflexions ont aussi porté sur le fait que les États n'avaient qu'un accès limité au financement par des tiers, dans la mesure où ils ne subissaient généralement pas de dommages et où ils n'avaient pas forcément la possibilité d'introduire de demandes reconventionnelles.

Les tables rondes (11 septembre 2018)

39. Le 11 septembre 2018, deux tables rondes ont réuni des représentants de gouvernements et d'autres participants qui ont échangé leurs vues au sujet des préoccupations relatives au RDIE et de l'opportunité de mener des réformes pour y répondre. Elles étaient animées, respectivement, par M. Jaemin Lee (professeur, École de droit de l'Université de Séoul) et M. Shane Spelliscy.

40. Les participants se sont vu rappeler le mandat en trois étapes du Groupe de travail. On leur a également rappelé que les délibérations du Groupe portaient avant tout sur les réformes des aspects procéduraux du RDIE et non sur les obligations de fond sous-jacentes prévues dans les traités d'investissement. Il a également été dit que, compte tenu de l'état d'avancement des travaux du Groupe, les débats sur les options de réforme envisageables seraient menés seulement à titre préliminaire.

41. Dans l'ensemble, les participants partageaient les préoccupations que le Groupe de travail avait soulevées et recensées lors de ses deux sessions précédentes (comme indiqué dans le document A/CN.9/WG.III/WP.148) et qui avaient été examinées la veille lors de la conférence. Un certain nombre de questions ont été soulevées concernant les outils existants ou proposés pour traiter ces préoccupations, et il a également été débattu de l'opportunité d'accomplir des réformes à cette fin.

42. On a néanmoins déclaré que le régime existant de RDIE était relativement stable et prévisible, et qu'il offrait aux investisseurs et aux États un mécanisme fiable pour régler leurs litiges d'une manière dépolitisée. Il a également été dit que les outils existants, moyennant des modifications mineures, pourraient permettre de traiter efficacement les préoccupations soulevées, notamment en ce qui concernait le coût et la durée.

43. On a souligné l'importance que revêtaient la prévention des différends (notamment par l'intermédiaire d'un comité mixte des parties au traité) et les autres modes de règlement des litiges (notamment la médiation) pour parvenir à un règlement amiable. L'observation de délais de réflexion et la tenue de consultations obligatoires ont également été évoquées. S'agissant de la médiation, il a été noté que l'aptitude des gouvernements à parvenir à un règlement serait peut-être limitée, en particulier dans les affaires où la réparation de dommages entrait en jeu, et on a mentionné les difficultés de coordination entre les organismes publics concernés. Il a été ajouté que ces outils étaient actuellement sous-employés et qu'il fallait s'efforcer

d'en accroître l'utilisation, même si l'on a noté que les tentatives de règlement infructueuses pouvaient dans certaines affaires allonger la durée de la procédure.

44. Les participants ont débattu de plusieurs propositions de réforme visant à remédier au manque de constance et à garantir la régularité des sentences, notamment l'examen préalable des sentences et l'instauration d'un système de précédents. Une question générale était de savoir si le double objectif de régularité et de constance pouvait être source de tension. Il a été dit que l'on pourrait traiter conjointement les affaires se rapportant à des questions juridiques et faits similaires, de façon à améliorer la prévisibilité et réduire les coûts. Toutefois, il a également été souligné que les réformes ne devraient pas s'écarter d'une approche fondée sur des traités. Il a également été dit que les États devraient conserver le pouvoir de formuler des observations concernant l'interprétation des dispositions des traités qu'ils négociaient.

45. S'agissant des arbitres, il a été généralement convenu que des précisions étaient nécessaires dans trois domaines : tout d'abord, les règles relatives aux conflits d'intérêts, aux activités extérieures et à la pratique de la double casquette ; ensuite, les qualifications des arbitres, qui devraient inclure une connaissance approfondie du droit international public et une compréhension d'ensemble des questions de politique publique ; enfin, l'équilibre femmes-hommes et l'accroissement de la diversité régionale, notamment par la nomination d'un plus grand nombre d'arbitres venant de pays en développement. Il a été ajouté que des traités nouvellement adoptés visaient à tenir compte de ces questions, et que l'élargissement récent du vivier d'arbitres pourrait faciliter la conduite de réformes en ce sens. Enfin, les participants sont convenus qu'une transparence accrue dans la nomination des arbitres serait essentielle au succès d'une réforme.

46. Plusieurs questions portaient sur la possibilité de mettre en œuvre une réforme structurelle du régime de RDIE en établissant un organe permanent. Ces questions concernaient l'organisation et la structure d'un tel organe, les besoins budgétaires et de financement, les moyens d'obtenir le consentement des investisseurs à la mise en place d'un nouveau mécanisme de règlement des différends, et le caractère définitif et l'exécution des décisions dudit organe.

47. Plusieurs observations ont été formulées au sujet d'un éventuel mécanisme d'appel et des avantages qui pourraient en découler, notamment du point de vue de la régularité et de la constance des sentences. Comme lors de la conférence, un certain nombre de questions ont été soulevées concernant la manière d'introduire un tel mécanisme dans le régime actuel de RDIE. On a attiré l'attention sur le fait que la mise en place d'une phase d'appel pourrait se traduire par un allongement de la durée globale de la procédure de RDIE.

48. En outre, on a indiqué que les réformes du RDIE devraient tenir compte d'autres domaines relevant de la politique générale, tels que le développement durable, les droits de l'homme et l'environnement. Il a été proposé que les représentants d'organismes responsables de ces domaines appartenant ou non au système des Nations Unies aient la possibilité d'exprimer leur point de vue au sein du Groupe de travail. Compte tenu de l'importance du droit des gouvernements à réglementer et du gel réglementaire qui pourrait découler du RDIE, un membre de la société civile a exprimé l'avis que le régime actuel du RDIE manquait de légitimité et devrait être intégralement remplacé.

49. D'une manière générale, il a été déclaré que la Réunion régionale intersessions offrait aux États n'ayant pas participé aux travaux du Groupe de travail la possibilité de se tenir au courant des évolutions récentes et à ceux de la région Asie-Pacifique et autres de faire part de leur expérience et de débattre de questions communes relatives au RDIE. Il a également été dit que, grâce à sa formule différente (exposés sur des thèmes particuliers suivis de séances de questions-réponses), elle permettait aux participants d'avoir un débat plus ouvert et à certains États de renforcer leurs capacités et compétences internes. Il a été déclaré que cela aiderait ces derniers à prendre part plus facilement aux débats du Groupe de travail. On a aussi fait observer

que la Réunion régionale intersessions donnait à un certain nombre de représentants de la société civile l'occasion d'apporter des contributions au Groupe de travail. Dans ce contexte, il a été généralement estimé que l'on gagnerait à organiser de nouvelles réunions intersessions, y compris dans d'autres régions.

50. Les participants sont généralement convenus de l'importance d'une représentation large et diverse de toutes les parties prenantes au sein du Groupe de travail, ainsi que de la coordination entre le secrétariat de la CNUDCI et les autres organisations internationales concernées, telles que la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, l'Organisation de coopération et de développement économiques, le CIRDI et la CPA. En outre, on s'est félicité de la transparence des procédures de la CNUDCI et de la richesse des informations qu'elle mettait à disposition sur son site Web à partir de sources diverses.

51. Les participants ont adressé leurs remerciements au Ministère de la justice de la République de Corée, au secrétariat de la CNUDCI et aux autres coorganisateurs pour la tenue de la première Réunion régionale intersessions sur la réforme du RDIE, en espérant que les débats menés à cette occasion soient utiles au Groupe de travail lors de sa session suivante, prévue à Vienne du 29 octobre au 2 novembre 2018.