



Assemblée générale

Distr. limitée
12 janvier 2022
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)
Quarante-deuxième session
New York, 14-18 février 2022

Résumé de la réunion 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 contient une communication du Gouvernement de la République de Corée contenant un résumé de la quatrième réunion régionale intersessions sur la réforme du RDIE, qui s'est tenue les 2 et 3 septembre 2021 à Séoul (République de Corée). La version anglaise de ce résumé a été soumise le 4 janvier 2022, et on trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.



Annexe

Introduction

1. La quatrième réunion intersessions sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) (ci-après, la « réunion ») s'est tenue les 2 et 3 septembre 2021 virtuellement et en présentiel à Séoul (République de Corée). Elle était organisée conjointement par le Ministère coréen de la justice et le Centre régional pour l'Asie et le Pacifique de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). La République de Corée saisit cette occasion pour remercier à nouveau le secrétariat de la CNUDCI de son immense soutien dans la préparation de cette réunion, ainsi que les représentants et les institutions ayant qualité d'observateurs auprès du Groupe de travail III de leur contribution importante et leur participation active.

2. La réunion a consisté en quatre séances réparties sur deux jours. Les trois premières ont examiné un projet de document établi par le secrétariat portant sur le rejet rapide des demandes, les garanties pour frais et les demandes reconventionnelles. La quatrième a consisté en une série de présentations faites par des représentants et institutions au sujet de questions transversales liées aux réformes procédurales, y compris l'évaluation des dommages-intérêts, l'épuisement des recours internes, le gel réglementaire, le droit de régler, la participation des tiers, l'immunité d'exécution et l'intervention des tribunaux nationaux.

3. Les points de vue échangés lors de la réunion ont fourni des orientations utiles au secrétariat pour établir les documents de travail qu'il soumettra au Groupe de travail III à ses sessions ultérieures. La Corée continuera de chercher à participer activement aux débats sur la réforme du RDIE et espère bien se joindre aux travaux de collaboration à venir.

Remarques préliminaires

4. La réunion a été ouverte par le Ministre de la justice de la République de Corée, M. Beom-Kye Park. Celui-ci a accueilli et remercié tous les États membres et les institutions d'assister à la réunion, que la Corée accueillait pour la deuxième fois. Il a encouragé les participants à exprimer activement leurs points de vue et a souhaité que la coopération entre la CNUDCI et le Ministère coréen de la justice se poursuive dans le cadre des travaux relatifs à la réforme du RDIE. M^{me} Anna Joubin-Bret, Secrétaire de la CNUDCI, a ensuite prononcé une allocution de bienvenue. Elle a remercié le Ministère de la justice et souligné qu'il importait de poursuivre les travaux sur les réformes procédurales et les questions transversales.

Résumé de la réunion

Première séance. Rejet rapide des demandes abusives

5. La séance consacrée au rejet rapide des demandes abusives était animée par M. Hi-Taek Shin (professeur de droit émérite à l'Université nationale de Séoul).

6. M. Shin a introduit le sujet et présenté les questions suivantes, qu'il ouvrait au débat : i) les types de demandes abusives à couvrir ; ii) les conséquences de la détermination, par le tribunal, du caractère abusif des demandes ; iii) le risque d'abus ou d'utilisation abusive d'un cadre régissant ces demandes ; et iv) le rejet rapide de ces demandes.

7. Le secrétariat a fourni des informations générales sur le projet de document, qui comprenait un projet de disposition (qui viendrait éventuellement compléter le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) et des exemples de dispositions trouvées dans des accords internationaux d'investissement et des règlements d'arbitrage institutionnels.

Observations générales

8. On a reconnu qu'il importait de permettre le rejet rapide des demandes abusives et manifestement dénuées de fondement afin d'empêcher les abus du système de RDIE et de faciliter l'accès à la justice pour les autres demandes. Dans cette optique, il a été estimé que le projet de disposition devrait traduire un bon équilibre et être formulé en termes clairs, précis et faciles à comprendre. On a souligné qu'il importait de disposer d'une norme juridique claire qui pourrait être appliquée par les décideurs et les tribunaux arbitraux pour traiter les demandes abusives. Il a également été dit que l'examen du projet de disposition pourrait différer selon que celui-ci était destiné à être intégré dans une règle de procédure ou un traité.

9. En ce qui concerne le titre du projet de disposition, il a été suggéré d'utiliser l'expression « demandes non fondées ou abusives », plutôt que « décisions préjudicielles ».

Projet de paragraphe 1

1. *Une partie peut faire valoir que :*
- a) *Un chef de demande ou un moyen de défense est manifestement dénué de fondement juridique ;*
 - b) *Des points de fait ou de droit invoqués à l'appui d'un chef de demande ou d'un moyen de défense sont manifestement dénués de fondement ;*
 - c) *Certaines preuves ne sont pas admissibles ;*
 - d) *Aucune sentence ne pourrait être rendue en faveur de l'autre partie, même dans l'hypothèse où les points de fait ou de droit invoqués à l'appui d'un chef de demande ou d'un moyen de défense seraient corrects ;*
 - e) ...

10. Il a été noté que le projet de paragraphe 1 a) permettait de répondre rapidement aux objections selon lesquelles un chef de demande ou un moyen de défense était manifestement dénué de fondement juridique, ce qui était conforme aux tendances qui se dessinaient (par exemple, le Règlement du Singapore International Arbitration Centre (SIAC) relatif à l'arbitrage en matière d'investissements). On s'est interrogé sur l'inclusion du terme « moyen de défense » au projet de paragraphe 1 a), car les dispositions relatives aux demandes abusives que l'on voyait couramment dans les traités concernaient uniquement les chefs de demande, et non les moyens de défense. L'avis a été exprimé que l'inclusion des moyens de défense introduirait des procédures parallèles. En réponse, il a été dit que si le champ d'application était limité aux demandes non fondées, il serait plus facile d'envisager un calendrier en suivant l'approche du Règlement d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

11. En ce qui concerne le projet de paragraphe 1 b) et c), des doutes ont été exprimés quant à la possibilité d'aborder les points de fait et les preuves à un stade précoce de la procédure. Il a été dit que ces questions pouvaient entraîner de longues procédures d'enquête et, partant, prolonger le coût et la durée de la procédure, ce qui était contraire à l'objectif d'un mécanisme de rejet rapide. Il a également été noté que les tribunaux pouvaient déjà se prononcer sur l'admissibilité des preuves en vertu des règles existantes, comme l'article 9 des règles de l'Association internationale du barreau sur l'administration de la preuve, sans avoir besoin du projet de paragraphe 1 c). Il a été estimé que l'on pourrait tenir compte du fait que l'existence de preuves irrecevables ne signifiait pas nécessairement que la demande était irrecevable, et qu'il serait utile de discuter de l'opportunité de faire une distinction entre les deux, ou de déterminer comment traiter correctement la question des preuves

irrecevables dans le contexte du rejet rapide des demandes, dans le cas où l'on retenait cette catégorie d'objection.

12. En ce qui concerne le projet de paragraphe 1 d), il a été dit qu'il avait un effet similaire à celui des dispositions conventionnelles existantes qui autorisent les objections préliminaires. On a posé la question de savoir pour quelle raison sa formulation s'écartait des formulations habituelles. Il a également été estimé que la formulation de ce projet de paragraphe n'était pas claire et on s'est interrogé sur sa relation avec le projet de paragraphe 1 a). Par ailleurs, il a été dit que les alinéas b) à d) du projet de paragraphe 1 pouvaient sembler établir un système de procédure simplifiée ou de règlement sommaire tel que le pratiquaient certains pays. Dans ce contexte, il a été indiqué que la procédure simplifiée était une procédure légale entièrement distincte du rejet rapide de demandes manifestement dénuées de fondement.

Projet de paragraphe 2

2. La partie soulève l'exception aussi rapidement que possible et au plus tard 30 jours après la présentation du chef de demande/du moyen de défense, des points de droit ou de fait, ou des preuves en question. Le tribunal arbitral peut admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est justifié.

13. Il a été souligné que le délai de 30 jours pour la présentation des objections pourrait être trop court dans la pratique, et on a proposé de prévoir plutôt un délai de 45 ou de 60 jours. En ce qui concerne la présentation tardive d'objections, il a été proposé d'imposer une limite de 30 jours au pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral d'admettre une telle objection, même s'il considérait que ce retard était justifié.

Projet de paragraphe 3

3. La partie qui soulève l'exception doit spécifier le plus précisément possible les faits et le fondement juridique de celle-ci et démontrer qu'une décision la concernant accélérera la procédure compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce.

14. Il a été estimé qu'il faudrait peut-être revoir le projet de paragraphe 3 en relation avec le projet de paragraphe 2, pour déterminer s'il convenait de traiter des exceptions à titre préliminaire ou des exceptions qui pouvaient être soulevées ultérieurement, comme l'envisageait le projet de paragraphe 2.

Projets de paragraphes 4 et 5

4. Après avoir invité les parties à exprimer leurs vues, le tribunal arbitral détermine, dans un délai de [15] jours à compter de la date d'invocation de l'exception, s'il statuera sur cette exception en la traitant comme une question préalable.

5. Dans un délai de [30] jours à compter de la date d'invocation de l'exception, le tribunal arbitral statue sur cette exception. Le délai peut être prolongé par le tribunal arbitral dans des circonstances exceptionnelles.

15. Il a été suggéré d'accorder au tribunal arbitral un délai de 30 jours à compter de la date d'invocation de l'exception pour déterminer s'il statuerait sur cette exception

en la traitant comme une question préalable (au lieu de 15 jours). On s'est interrogé sur la nécessité de ce projet de disposition, et il a été dit que le tribunal pouvait décider assez rapidement s'il souhaitait ou non examiner une exception. À cet égard, il a été suggéré de faire contrepoids avec une disposition relative à la répartition des coûts, prévoyant qu'une objection infondée pourrait faire l'objet d'une décision relative aux frais. En ce qui concerne le projet de paragraphe 5, il a été suggéré de définir l'expression « circonstances exceptionnelles » et de préciser le délai dans lequel le tribunal arbitral devait statuer.

Projet de paragraphe 6

6. La décision du tribunal arbitral relative à une exception ne préjuge pas du droit d'une partie de faire valoir, au cours de la procédure, qu'un chef de demande ou un moyen de défense est dénué de fondement juridique.

16. Il a été proposé d'envisager d'ajouter la phrase suivante à la fin du projet de paragraphe 6 : « Cela n'empêche pas la partie de contester la compétence du tribunal ».

17. Il a été ajouté que l'on trouvait des phrases allant dans ce sens dans un certain nombre de traités, qui précisait que la décision rendue par le tribunal sur la question n'avait pas d'incidence sur la formulation ultérieure d'objections quant au fond ou à la compétence du tribunal.

Autres questions

18. On a proposé deux modes de présentation distincts du projet de disposition. L'un consistait à l'inclure dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, en s'inspirant d'exemples de règles pertinentes traitant des demandes abusives, comme celles du SIAC et du Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC). L'autre consistait à envisager une règle par défaut permettant de rejeter les demandes non fondées en cas de silence du règlement à ce sujet, en se référant aux dispositions pertinentes des traités existants tels que l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique.

19. Sur la question de l'abus de procédure, des participants ont brièvement exprimé l'avis selon lequel il s'agissait d'un autre concept qui nécessitait d'être précisé et développé plus avant. Il a été dit qu'il faudrait également envisager des options telles que le refus d'accorder des avantages lorsque l'on examinerait les moyens de décourager la recherche systématique du traité le plus favorable et les préoccupations concernant l'utilisation abusive des dispositions existantes en matière de règlement des différends. Il a également été noté que la question de la recherche du traité le plus favorable n'était pas une question dont il convenait que le Groupe de travail débattre.

20. D'autres points de vue ont été échangés sur l'opportunité de combiner les dispositions relatives aux exceptions d'irrecevabilité avec celles relatives aux exceptions d'incompétence. Par ailleurs, il a été proposé d'envisager d'établir une présomption selon laquelle la partie qui obtenait gain de cause en relation avec l'objection se verrait accorder les dépens, comme cela était proposé dans le cadre de l'amendement des règlements du CIRDI.

Deuxième séance. Garanties pour frais

21. La séance consacrée aux garanties pour frais était animée par M. Wha Chang (professeur de droit à l'Université nationale de Séoul).

22. M. Chang a indiqué pour commencer que ce thème visait à aborder les difficultés que rencontraient les États défendeurs ayant obtenu gain de cause pour parvenir à recouvrer les frais relatifs au RDIE. Il a également souligné qu'il n'existait pas de cadre approprié relatif aux garanties pour frais autre que celui relatif aux mesures provisoires. À cet égard, il a indiqué la nécessité d'établir un cadre clair et

prévisible à ce sujet afin de protéger les États défendeurs en cas de non-respect des sentences par les investisseurs demandeurs et de décourager les demandes abusives. Il a ajouté qu'une approche équilibrée était nécessaire, car la garantie pour frais pouvait retarder la procédure et augmenter les coûts, de même que dissuader certains groupes d'investisseurs (par exemple, des investisseurs individuels, des entreprises familiales ou de petites et moyennes entreprises) d'introduire une demande.

23. Le secrétariat a fourni des informations générales et relevé que la plupart des traités d'investissement ne traitaient pas des garanties pour frais, et que les tribunaux hésitaient à ordonner de telles garanties en raison de diverses incertitudes et préoccupations, comme le souci de ne pas préjuger d'une affaire et de son bien-fondé, l'incapacité à déterminer le risque concret de non-paiement et le caractère insuffisant des preuves démontrant l'absence d'actifs de l'investisseur demandeur.

Observations générales

24. Un soutien a été exprimé en faveur de l'inclusion d'une disposition portant spécifiquement sur les garanties pour frais, qui soit distincte et indépendante des dispositions existantes relatives aux mesures provisoires. Par ailleurs, il a été suggéré que le Groupe de travail se penche sur la question de savoir s'il convenait ou non d'inclure des normes spécifiques pour aider les tribunaux à déterminer si une ordonnance de garantie pour frais était nécessaire ou justifiée. Dans le même ordre d'idées, il a été estimé que le critère pour ordonner une telle garantie ne devrait pas être élevé. En outre, une préférence a été exprimée en faveur de l'octroi, au tribunal, de la capacité et du pouvoir discrétionnaire de statuer sur la base de son évaluation de l'ensemble des circonstances. Toutefois, la crainte a également été exprimée que l'existence d'une règle générale relative aux garanties pour frais n'entrave l'accès à la justice de certains groupes d'investisseurs, notamment les petites et moyennes entreprises. Dans le même ordre d'idées, il a été dit que le système existant était suffisant pour accorder une garantie pour frais, avec la capacité du tribunal à évaluer soigneusement toutes les circonstances de l'espèce. Il a également été dit qu'une approche prudente et équilibrée était nécessaire pour ne pas entraver la présentation de demandes.

Projet de paragraphe 1

1. À la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut ordonner à toute partie introduisant une demande principale ou reconventionnelle de fournir une garantie pour frais.

25. On a appuyé l'idée que l'ordonnance de garantie soit rendue à la demande d'une partie plutôt que d'office. Des participants ont estimé qu'il n'était pas nécessaire de prévoir que les États pourraient faire l'objet d'une telle ordonnance. Toutefois, il a aussi été dit qu'il fallait prévoir un traitement équitable des investisseurs demandeurs et des États défendeurs, en particulier dans le cas où il était extrêmement difficile d'exécuter une sentence contre un État souverain réticent. Dans ce contexte, il a été fait référence à la possibilité d'introduire une demande reconventionnelle.

Projet de paragraphe 2

2. La procédure suivante s'applique :

a) La demande précise les circonstances qui exigent une garantie pour frais ;

b) Le tribunal arbitral fixe des délais pour la présentation d'observations écrites ou orales concernant la demande, selon les besoins ;

c) Si une partie sollicite une garantie pour frais avant la constitution du tribunal arbitral, ce dernier examine la demande sans délai dès sa constitution ; et

d) Le tribunal arbitral rend sa décision concernant la demande dans les 30 jours suivant la plus tardive des dates suivantes : la date de constitution du tribunal arbitral ou la date de présentation des dernières observations concernant la demande.

26. En ce qui concerne les critères permettant d'ordonner une garantie pour frais tels qu'énoncés à l'alinéa a), l'avis a été exprimé qu'il serait préférable d'employer le mot « justifient » plutôt que le mot « exigent ». En réponse, on s'est interrogé sur la possibilité d'utiliser le mot « justifier » en tant que concept plus large. Par ailleurs, il a été précisé que les mots « écrites ou orales » avaient été inclus à l'alinéa b) pour conférer une plus grande souplesse au tribunal, qui pourrait par exemple prévoir une audience plus courte. Un autre commentaire a été fait, selon lequel l'alinéa b) serait uniquement utile lorsque l'institution ou le secrétariat administrant l'arbitrage était impliqué. Pour répondre à la demande d'éclaircissement concernant l'alinéa d), il a été dit que l'objectif était de prévoir que l'ordonnance devait être rendue le plus rapidement possible, que la demande ait été introduite avant ou après la constitution du tribunal.

Projets de paragraphes 3 et 4

3. Afin de déterminer s'il y a lieu d'ordonner à une partie de fournir une garantie pour frais, le tribunal arbitral tient compte de toutes les circonstances pertinentes, notamment de :

a) La capacité de cette partie à se conformer à une décision la condamnant à payer les frais ;

b) La disposition de cette partie à se conformer à une décision la condamnant à payer les frais ;

c) L'effet que la fourniture d'une garantie pour frais pourrait avoir sur la capacité de cette partie à poursuivre sa demande principale ou reconventionnelle ; et

d) La conduite des parties.

4. Le tribunal arbitral prend en considération tous les moyens de preuve invoqués en relation avec les circonstances visées au paragraphe 3, y compris l'existence d'un financement par des tiers.

27. Des points de vue divergents ont été exprimés en ce qui concerne les facteurs à prendre en compte par le tribunal pour déterminer s'il devait ou non ordonner une garantie pour frais, y compris la question de savoir si la liste contenue au paragraphe 3 devait être ouverte et être conservée. Certains participants ont exprimé un fort soutien en faveur du maintien de la liste, l'un d'entre eux mentionnant spécifiquement la nécessité de conserver l'alinéa c).

28. En ce qui concerne l'impact de l'existence d'un financement par des tiers sur une éventuelle ordonnance de garantie, l'avis a été exprimé que ce type de financement devait certes être un facteur à prendre en considération mais ne devait pas, en soi, constituer un facteur déterminant. Des inquiétudes ont été exprimées quant à la structure actuelle du projet de disposition. Il a été estimé qu'en traitant de la garantie pour frais dans un alinéa distinct, on risquait d'amener le tribunal à évaluer ce facteur différemment des autres.

Projets de paragraphes 5 et 6

5. *Lorsqu'il ordonne la fourniture d'une garantie pour frais, le tribunal arbitral en précise les modalités pertinentes et fixe un délai pour se conformer à l'ordonnance.*

6. *Si une partie ne se conforme pas à une ordonnance lui imposant de fournir une garantie pour frais, le tribunal arbitral peut suspendre l'instance. Si l'instance est suspendue pendant plus de 90 jours, il peut, après consultation des parties, ordonner la fin de l'instance.*

29. Il a été dit que la fixation d'un délai ne posait pas de problème, mais que l'expression « les modalités pertinentes » pouvait dénoter certaines questions de procédure, notamment l'évaluation du montant de la garantie.

Projets de paragraphes 7 et 8

7. *Une partie doit signaler dans les meilleurs délais tout changement important dans les circonstances sur le fondement desquelles le tribunal arbitral a ordonné la fourniture d'une garantie pour frais.*

8. *Le tribunal arbitral peut à tout moment modifier ou révoquer son ordonnance imposant la fourniture d'une garantie pour frais, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie.*

30. On a posé la question de savoir si le tribunal devait pouvoir modifier ou révoquer l'ordonnance de sa propre initiative alors que la demande de garantie devait être présentée par une partie. Il a été expliqué que telle était l'approche suivie dans le processus d'amendement des règlements du CIRDI.

Troisième séance. Demandes reconventionnelles

31. Cette séance était animée par M. Jaemin Lee (professeur de droit à l'Université nationale de Séoul).

32. M. Lee a ouvert la séance en notant que la question des demandes reconventionnelles faisait l'objet d'une grande attention dans le cadre des préoccupations exprimées par les États. Il a noté que les demandes reconventionnelles pouvaient contribuer à assurer un équilibre dans la dynamique globale des procédures de RDIE, à améliorer l'efficacité et, en fin de compte, à remédier au problème du coût et de la durée des procédures, ainsi que des procédures multiples. Dans l'état actuel, les demandes reconventionnelles pouvaient être autorisées en vertu de l'article 46 de la Convention CIRDI, de l'article 40 du Règlement d'arbitrage du CIRDI et de l'article 21-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, mais elles étaient rarement utilisées dans la pratique. Dans ce contexte, les discussions ont porté sur la manière de formuler un cadre ou une disposition qui faciliterait l'utilisation et l'acceptation de ces demandes dans les procédures futures de RDIE.

33. Le secrétariat a souligné que les règles relatives aux demandes reconventionnelles pouvaient différer en fonction de l'origine des obligations matérielles des investisseurs. Ces obligations pouvaient également être facultatives ou volontaires, et allaient du respect des lois et règlements des États d'accueil au souci d'éviter toute interférence entre les activités des investisseurs et le développement social et économique de ces États.

34. Le secrétariat a également noté qu'il pourrait être nécessaire de formuler une disposition pour régler la question de la recevabilité des demandes reconventionnelles. Enfin, il a indiqué qu'il faudrait équilibrer les avantages et les inconvénients qu'il pourrait y avoir à autoriser les demandes reconventionnelles tels

que les retards dans la procédure et le risque posé par la coexistence de deux voies dans la même procédure.

35. M. Lee a fait remarquer que comme la question des demandes reconventionnelles était également liée à d'autres questions, comme le rejet rapide, la garantie pour frais et les demandes abusives, il était nécessaire de cerner la discussion, d'autant plus que, d'après les termes de son mandat, le Groupe de travail devait se concentrer sur les aspects procéduraux.

En ce qui concerne les obligations matérielles

36. Des avis divergents ont été exprimés quant à l'opportunité pour le Groupe de travail d'évoquer les obligations matérielles en tant que fondement juridique des demandes reconventionnelles. On a dit que d'après le mandat reçu de la Commission, il devait se concentrer sur les aspects procéduraux du RDIE et que les travaux sur les demandes reconventionnelles devraient donc mettre l'accent sur ces aspects. Toutefois, on a aussi souligné la nécessité d'interpréter plus largement le mandat du Groupe de travail afin d'obtenir une approche équilibrée.

37. Dans le même temps, on a expliqué que les règles de procédure qui pourraient être élaborées au sujet des demandes reconventionnelles pourraient différer en fonction de la source, de la portée et du contenu des obligations des investisseurs. À cet égard, il a été noté qu'une disposition relative aux demandes reconventionnelles devrait d'une certaine manière refléter le contenu matériel.

38. Dans un autre ordre d'idées, il a été dit qu'il faudrait examiner la question de savoir s'il serait approprié pour les États défendeurs de recourir au RDIE plutôt qu'à des voies de recours internes. Il a été ajouté que cette préoccupation était particulièrement pertinente lorsque les obligations des investisseurs étaient régies par les lois et les règlements de l'État d'accueil.

En ce qui concerne la formulation de projets de dispositions par rapport aux traités existants

39. Il a été dit que l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste et la Convention CIRDI exigeaient qu'une demande reconventionnelle soit liée au fondement factuel ou légal de la demande introduite par l'investisseur. À cet égard, il a été suggéré de déterminer si la formulation de l'Accord de partenariat était suffisante, ou s'il faudrait ajouter une formule pour couvrir d'autres obligations découlant de traités qui n'étaient pas entièrement liées à la demande.

40. Par ailleurs, il a été dit que le Groupe de travail devrait se garder d'exclure la possibilité des demandes reconventionnelles si le traité pertinent la prévoyait. On a craint qu'il ne soit difficile de trouver la formulation appropriée en dehors d'un traité spécifique.

41. On a posé la question de savoir si le lien avec le fondement factuel ou légal de la demande et le manquement aux obligations contenues dans le traité devaient tous deux être des conditions à remplir pour introduire une demande reconventionnelle, et on a dit préférer ne pas exiger qu'ils soient cumulatifs.

42. Il a également été dit qu'il faudrait formuler le libellé relatif aux demandes reconventionnelles en se plaçant dans le contexte d'un tribunal permanent. Il a été souligné que le Groupe de travail devrait concevoir un texte spécifique qui pourrait être utilisé par le tribunal permanent pour statuer sur l'étendue de la compétence, les conditions d'admissibilité des demandes reconventionnelles et d'autres questions.

43. Il a été estimé qu'un tribunal permanent serait plus efficace pour gérer les demandes reconventionnelles. On a également noté que si les demandes reconventionnelles concernaient le non-respect des lois d'un État d'accueil et d'autres obligations conventionnelles, on placerait peut-être des attentes trop élevées sur les tribunaux. Par conséquent, même si, pour des raisons d'efficacité, il semblait logique d'introduire des demandes liées entre elles devant la même instance, on pourrait

envisager d'autres institutions si celles-ci étaient mieux qualifiées pour connaître des demandes portant sur le non-respect des lois d'un État ou d'autres obligations conventionnelles.

Quatrième séance. Questions transversales

44. La séance consacrée aux questions transversales était animée par le président du Groupe de travail III, M. Shane Spelliscy. Des représentants d'États et des institutions ayant qualité d'observateurs ont fait des présentations sur les questions transversales.

Épuisement des recours internes – Afrique du Sud (M^{me} Kekeletso Mashigo)

45. M^{me} Mashigo a souligné l'importance de la question de l'épuisement des recours internes, et a présenté quatre options à prendre en considération. La première consistait à considérer les tribunaux nationaux comme une instance de règlement pour tous les différends en matière d'investissement, ou alors pour les différends portant sur certains sujets tels que les droits constitutionnels, les questions fiscales, les ressources naturelles, les obligations envers les populations autochtones ou d'autres questions d'intérêt public. La deuxième consistait à élaborer une disposition claire exigeant expressément d'épuiser les recours internes avant d'entamer un arbitrage d'investissement. La troisième consistait à exclure du RDIE les décisions des tribunaux nationaux portant notamment sur la compétence et les voies de recours. La quatrième consistait à attribuer aux tribunaux nationaux une compétence exclusive pour interpréter les questions de droit interne de manière à assurer un équilibre entre les intérêts privés et publics. La représentante a également souligné la nécessité d'allouer suffisamment de temps et de ressources à l'examen des questions transversales, notamment l'épuisement des recours internes.

Gel réglementaire et dommages-intérêts – Gabon (M. Aristide Ebang Essono, ambassadeur)

46. En ce qui concerne la question du gel réglementaire, M. Essono a souligné qu'il fallait préserver un équilibre entre la protection des investissements et l'exercice, par les États souverains, du pouvoir de réglementer en ayant à l'esprit l'intérêt public et la nécessité de prévenir les abus de procédure. Compte tenu de cette nécessité, il a suggéré d'envisager le plafonnement des indemnisations et le calcul des dommages-intérêts en fonction de la capacité budgétaire des États. En outre, étant donné que la complexité de la méthode utilisée par les tribunaux pour calculer les dommages-intérêts (par exemple, méthode de l'actualisation des flux de trésorerie) pouvait accroître la complexité, la durée et le coût des procédures, il a souligné que l'adoption d'une approche plus cohérente, prévisible et transparente en matière d'allocation des dommages-intérêts pourrait considérablement alléger les préoccupations exprimées par les États en ce qui concerne le gel réglementaire.

Épuisement des recours internes et gel réglementaire – Inde (M. Noor Rahman Sheikh et M. George Pothan Poothicote)

47. MM. Sheikh et Poothicote ont réitéré les préoccupations exprimées au sujet de la légitimité du système de RDIE, notamment en ce qui concerne la multiplication des sentences contradictoires et le gel réglementaire. Ils ont souligné que le gel réglementaire sapait l'état de droit en refusant à des communautés vulnérables ou exploitées un accès à la justice et aux voies de recours. Ils ont indiqué que les affaires *Philip Morris Asia Limited c. Australie* et *Vattenfall c. Allemagne* soulevaient des questions de légitimité, à savoir dans quelle mesure des décisions politiques prises par des organes démocratiquement élus ou des organes judiciaires exerçant des pouvoirs constitutionnels devaient être annulées par des tribunaux arbitraux privés. MM. Sheikh et Poothicote ont en outre expliqué qu'en prévoyant que les tribunaux nationaux devaient en premier examiner les questions, on aiderait les tribunaux arbitraux à comprendre le raisonnement de ces tribunaux, et ont souligné qu'il importait d'épuiser les recours internes avant de recourir à l'arbitrage international.

Immunité d'exécution – Maroc (M. Abdou El Azizi)

48. M. Azizi a identifié deux types d'immunités juridictionnelles : i) l'immunité de juridiction, qui permet à un État d'éviter les poursuites devant les tribunaux ; et ii) l'immunité d'exécution, qu'un État peut invoquer pour empêcher l'exécution forcée de sentences arbitrales sur ses biens et avoirs, afin d'assurer la continuité du service public. En ce qui concerne l'immunité de juridiction, le représentant a déclaré qu'en adoptant une clause compromissoire ou en concluant une convention d'arbitrage, un État ou organe étatique renonçait à l'immunité de juridiction. En ce qui concerne l'immunité d'exécution, il a souligné l'absence d'un régime international cohérent en la matière, notamment dans le cadre du RDIE. Dès lors, M. Azizi a proposé d'établir un instrument international unifié qui harmoniserait les pratiques des États et fournirait une approche équilibrée entre les États en ce qui concerne l'immunité d'exécution, afin d'améliorer l'exécution des sentences arbitrales sans pour autant porter préjudice au service public des États d'accueil.

Intervention des tribunaux nationaux – Sri Lanka (M. Sumathi Dharmawardene, solliciteur général supplémentaire)

49. M. Dharmawardene a relaté l'expérience de Sri Lanka, pays dans lequel les tribunaux nationaux sont chargés de jouer un rôle dans le contexte du RDIE en vertu de la loi sur l'arbitrage de 1995, qui a été adoptée sur la base de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (ci-après, la « Loi type de la CNUDCI »). M. Dharmawardene a évoqué certaines préoccupations liées à l'intervention des tribunaux nationaux dans le contexte du RDIE, notamment le fait que ces tribunaux n'avaient pas la capacité de rectifier les erreurs de droit et de fait et ne disposaient pas d'orientations claires leur permettant d'évaluer l'impartialité et l'indépendance des arbitres, mais aussi l'inadéquation du cadre relatif aux mesures provisoires et à la préservation des actifs. Cela dit, M. Dharmawardene a proposé d'adopter une approche globale et de réviser la Loi type de la CNUDCI pour établir un cadre permettant une intervention limitée des tribunaux, et de préparer des orientations concernant l'évaluation de l'impartialité et de l'indépendance des arbitres et les mesures provisoires.

Gel réglementaire et droit de réglementer – Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) (M^{me} Rosly N'geno)

50. M^{me} N'geno a expliqué les concepts de droit de réglementer et de gel réglementaire dans le contexte du RDIE et a évoqué les préoccupations soulevées à leur sujet, en particulier par les États membres de l'Union africaine, qui pointaient notamment du doigt le manque de ressources financières pour assurer leur défense dans une affaire de RDIE ou payer une sentence qui leur était défavorable. Comme solution, elle a proposé de limiter la compétence matérielle des tribunaux arbitraux afin d'exclure de l'arbitrage les questions d'intérêt général. Elle a également souligné la nécessité d'adopter une approche globale de la réforme générale du mécanisme de RDIE, qui porterait à la fois sur le fond et sur la procédure, et des réformes structurelles qui garantiraient aux gouvernements de pouvoir réglementer pour l'intérêt public.

Droit de réglementer – République dominicaine (M^{me} Leidlyn Contreras De Fernande)

51. M^{me} Fernande a souligné qu'il importait d'assurer un bon équilibre entre la sauvegarde de l'espace réglementaire des États et la libéralisation et la protection des investissements. Ce faisant, elle a déclaré qu'il faudrait rédiger les accords internationaux d'investissement avec soin et rigueur, en précisant, par exemple, des normes telles que le traitement juste et équitable. En outre, citant l'Accord de libre-échange entre pays d'Amérique centrale, États-Unis et République dominicaine, M^{me} Fernande a également souligné qu'il fallait que les gouvernements prévoient certaines exceptions dans des domaines sensibles ayant trait notamment à la sécurité

nationale ou à la crise économique, afin de mieux préserver leur espace réglementaire et de pouvoir prendre des mesures sans enfreindre leurs obligations internationales.

Participation de tiers – Columbia Centre on Sustainable Investment (CCSI)
(M^{me} Lise Johnson)

52. M^{me} Johnson a souligné les difficultés que rencontraient les tiers pour participer de manière effective aux procédures sous le régime actuel et les conséquences négatives du RDIE sur les droits et les intérêts de ces tiers, en évoquant certaines solutions possibles pour y remédier. Parmi les options possibles de réforme, elle a déclaré que le fait d'exiger l'épuisement des recours internes permettrait peut-être de mieux garantir la participation de tous les titulaires de droits concernés à la procédure. M^{me} Johnson a également dit qu'en disposant de critères plus clairs pour rejeter les affaires dénuées de fondement juridique, les tribunaux pourraient rapidement mettre un terme à certains types de demandes, par exemple celles qui étaient en fait des recours formés par des investisseurs contre des décisions rendues par des tribunaux nationaux impliquant d'autres parties privées. En outre, en utilisant le processus de la CNUDCI pour faciliter le passage ordonné du RDIE au règlement des différends entre États, pour tout ou partie des demandes, on pourrait contribuer à limiter les circonstances dans lesquelles ces questions se posaient. M^{me} Johnson a également proposé d'autres solutions possibles, dont i) la participation de tiers intéressés ou affectés par le biais d'une intervention ou d'une jonction ; ii) le rejet des demandes lorsque ces parties ne voulaient ou ne pouvaient pas intervenir ou se joindre à la procédure ; et iii) la reformulation des demandes, des arguments et des recours.

Commentaires

53. Pour répondre aux diverses présentations, il a été suggéré d'améliorer les capacités judiciaires en matière de règlement des litiges et de prier la CNUDCI d'organiser des formations de renforcement des capacités en matière de RDIE à l'intention des juges nationaux. Dans le même temps, l'avis a été exprimé que le Groupe de travail devait être conscient qu'il y avait des limites à ce qu'il était possible de faire dans le domaine de la conduite judiciaire.

54. En ce qui concerne le droit de réglementer, on a posé la question de savoir si la protection de ce droit pouvait être assurée tant au niveau général et multilatéral qu'à un niveau individuel et national, et si le Groupe de travail cherchait à développer le principe correspondant sous forme de clauses types ou de lignes directrices. En réponse, il a été dit que les États pouvaient prévoir des clauses types dans les traités, mais que cela ne serait peut-être pas suffisant et qu'il faudrait par conséquent légiférer au niveau national. Il a également été noté que la question devait être examinée à tous les niveaux possibles, c'est-à-dire national et multilatéral. Le point de vue a également été exprimé que les questions relatives au droit de réglementer ne pouvaient être traitées à titre d'aspect procédural qu'à la lumière du cadre matériel existant consacré par les accords internationaux d'investissement. Dans ce contexte, il a été dit qu'il serait utile de cerner d'abord la situation avant d'aborder les questions. Dans le même ordre d'idées, il a également été souligné que le Groupe de travail devrait adopter une approche large en envisageant des options de droit souple, telles que des lignes directrices ou des documents d'orientation, en plus des dispositions conventionnelles.

55. En ce qui concerne la question de l'immunité d'exécution, il a été souligné qu'il faudrait examiner les traités existants pour déterminer ce que l'on pouvait faire de plus, le cas échéant.

56. L'avis a été exprimé que la création d'un organe permanent pourrait constituer un moyen valable et efficace de répondre à des questions transversales telles que le droit de réglementer et le calcul des dommages-intérêts. En ce qui concerne les travaux à mener par le secrétariat, il a été suggéré de distinguer les domaines relevant du droit purement interne et ceux dans lesquels le droit international devait jouer un rôle.

Observations finales

57. Pour clore la réunion intersessions de deux jours, des observations ont été formulées par M^{me} Athita Komindr (Chef du Centre régional pour l'Asie et le Pacifique de la CNUDCI), M^{me} Natalie Morris-Sharma (Rapporteuse du Groupe de travail III) et M. Changwan Han (Directeur de la Division du règlement des différends internationaux du Ministère de la justice de la République de Corée).
