



Assemblée générale

Distr. limitée
31 juillet 2019
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-huitième session
Vienne, 14-18 octobre 2019**

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

Communication de la République de Corée

Note du Secrétariat

La présente note contient une communication reçue le 31 juillet 2019 du Gouvernement de la République de Corée en vue de la trente-huitième session du Groupe de travail III. On trouvera en annexe la traduction du texte de cette communication tel qu'il a été reçu.



Annexe

I. Introduction

La République de Corée (ci-après la « Corée ») se félicite des efforts collectifs déployés au cours des quatre dernières sessions par les États membres participant au Groupe de travail III en vue de recenser un grand nombre de préoccupations concernant le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) qui fait partie des accords internationaux d'investissement et d'examiner les options de réforme. Afin de contribuer aux discussions en cours, qui entreront dans leur phase suivante à la trente-huitième session du Groupe de travail en octobre 2019, la Corée souhaite faire part de ses observations concernant l'orientation future des travaux.

Compte tenu de la nature ouverte des débats et du caractère évolutif des sujets, la Corée estime que le Groupe de travail aura tout intérêt à faire preuve de souplesse dans l'évaluation des options de réforme, tout en poursuivant sur sa dynamique. Dans ce contexte, la Corée se propose d'apporter une contribution pratique pour faciliter les discussions du Groupe de travail.

Dans la présente communication, qui reflète également les diverses opinions des milieux universitaires et de la société civile¹, la Corée souhaite aborder principalement trois aspects : i) modalités des futurs débats ; ii) thèmes supplémentaires pour les discussions du Groupe de travail ; et iii) propositions relatives à un mécanisme permanent de règlement des différends internationaux en matière d'investissements (ci-après le « mécanisme permanent »).

II. Modalités des futurs débats au sein du Groupe de travail

Les précédentes sessions du Groupe de travail ont vu se dégager deux approches distinctes. L'une est favorable à une option de réforme progressive. Elle propose que les États examinent d'autres préoccupations et introduisent les changements nécessaires dans le cadre actuel du mécanisme de RDIE². L'autre approche, constatant que les préoccupations exprimées jusqu'à présent font ressortir la nécessité d'envisager une refonte du système de RDIE actuel, préconise que les États s'engagent dans une réforme structurelle³. Prenant acte de l'existence de ces deux approches distinctes et des divergences de vues exprimées au sein du Groupe de travail, les États sont convenus d'adopter un système « à deux voies », dans le cadre duquel le Groupe de travail explorera les deux approches dans ses discussions futures, et consacra à chacune autant de temps et de ressources⁴.

¹ Plusieurs organisations de la société civile coréenne, regroupées sous le nom de Solidarité des peuples pour la démocratie participative, ont publié et soumis au Ministère coréen de la justice une déclaration conjointe en juin 2019, proposant plusieurs options de réforme concernant les discussions du Groupe de travail de la CNUDCI. Leurs propositions concernent i) l'interdiction du financement par des tiers, ii) l'épuisement obligatoire des recours internes, iii) l'élargissement de la participation des tiers (y compris la société civile), iv) la facilitation de l'introduction de demandes reconventionnelles par les défendeurs, v) le renforcement de la transparence, vi) la prévention des différends et même vii) l'abolition du système de RDIE. Ces organisations ont fait valoir que les discussions menées par la CNUDCI sur la réforme du RDIE offraient une excellente occasion d'élaborer une politique d'investissement plus démocratique et plus respectueuse des droits de la personne, fondée sur les objectifs de développement durable et les objectifs du Millénaire pour le développement des Nations Unies. (*Avis sur la réforme du RDIE présenté par l'association Lawyers for Democratic Society et par Solidarité des peuples pour la démocratie participative le 27 juin 2019.*)

² A/CN.9/970, *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-septième session (New York, 1^{er}-5 avril 2019)*, par. 68.

³ Ibid., par. 71.

⁴ Ibid., par. 81.

Reste à savoir comment administrer ce système à deux voies de manière équilibrée, équilibrée et efficace, afin que les États puissent atteindre les objectifs énoncés dans le mandat de la Commission. Ainsi qu'il a déjà été indiqué à la trente-septième session du Groupe de travail, un dédoublement des discussions et des négociations dans le cadre du système à deux voies alourdirait les contraintes logistiques, tant pour les États que pour le Secrétariat. De notre point de vue, les quatre dernières sessions nous ont déjà alertés sur l'importante charge logistique que représentent l'organisation, la préparation et la tenue des sessions du Groupe de travail pour les États et le Secrétariat. À cet égard, le modèle à deux voies risque d'y ajouter encore un degré de complexité, à moins qu'il ne soit géré correctement.

Surtout, de l'avis de la Corée, il ne faudrait pas que le modèle à deux voies ait pour conséquence que deux sous-groupes différents travaillent indépendamment et séparément au sein du Groupe de travail. Non seulement cela pourrait aggraver les divisions, mais cela pourrait aussi rendre la réalisation de l'objectif plus incertaine, du fait de l'accumulation des contraintes logistiques. C'est pourquoi la Corée estime qu'il est essentiel de veiller à ce que le Groupe de travail ne se scinde pas en deux sous-groupes distincts. Mieux vaut maintenir, tout au long du processus, un seul groupe travaillant sur deux volets de discussions différents.

Pour plus de clarté, dans chacune des voies, les débats devraient s'inscrire dans le prolongement des discussions menées dans l'autre voie et vice versa. Autrement dit, il ne devrait pas y avoir de suspension des débats entamés dans une des voies pour commencer à explorer l'autre voie. Les États membres pourraient simplement ajuster leur façon d'aborder les questions. Ainsi, les discussions en cours dans une des voies pourraient éclairer celles menées dans l'autre voie, de manière à ce qu'elles se complètent mutuellement. La dynamique des discussions pourrait donc être préservée et leur efficacité assurée, dans la mesure du possible.

La Corée considère qu'une telle démarche est possible parce que, de son point de vue, les éléments de fond à examiner (c'est-à-dire les préoccupations recensées jusqu'à présent) concernant les deux approches demeurent les mêmes (ou du moins se recoupent en grande partie). Les objectifs et les sujets des discussions sont soit identiques soit très similaires. La seule différence semble résider dans la façon de répondre aux préoccupations recensées. Dans ce cas, le Groupe de travail pourrait envisager de procéder comme suit. Au cours de chaque semaine des futures sessions, le Groupe de travail pourrait entamer les débats sous l'angle de l'approche progressive et reprendre ensuite les résultats de la discussion dans l'approche privilégiant une réforme structurelle ; la seule différence, dans cette seconde approche, consisterait peut-être à envisager les mêmes questions dans la perspective de l'introduction d'un nouveau mécanisme permanent. De même, la teneur des discussions menées dans la voie de la réforme structurelle pourrait par la suite être reprise dans le cadre de l'approche progressive au début de la session suivante. En d'autres termes, il serait possible de faire basculer de manière continue les questions abordées d'une voie à l'autre. La Corée pense qu'avec une bonne planification, cette suggestion pourrait être mise en œuvre de manière efficace. Le Secrétariat pourrait être chargé d'élaborer un plan spécifique à cet égard.

Au cours de ce processus, la Corée est d'avis qu'il serait essentiel de respecter et de préserver le pouvoir discrétionnaire de la présidence. Ce pouvoir discrétionnaire pourrait être exercé avec souplesse, dans un souci d'équilibre général et d'équité. En principe, un temps égal devrait être consacré à chaque voie dans les discussions, pour autant que la présidence puisse redistribuer le temps en fonction de l'évolution des débats.

En ce qui concerne le résultat final des discussions du Groupe de travail, il a été souligné à maintes reprises qu'il fallait se garder, à ce stade, de préjuger de toute conclusion. Le Groupe de travail devrait veiller à ce que l'issue des débats reste ouverte. C'est, à notre avis, le meilleur moyen d'encourager les États à participer aux débats de manière franche et constructive.

Au terme des discussions, on pourrait mettre sur la table les résultats obtenus dans les deux voies en vue de les consolider définitivement, de les organiser ou de les ajuster. Il serait préférable qu'il n'y ait qu'un seul « produit » final, dans lequel un instrument multilatéral pourrait être proposé aux États qui le souhaitent. Ce produit pourrait aussi fournir des orientations et des solutions de remplacement que les États pourraient choisir et appliquer dans leurs futurs accords internationaux d'investissement. Un État pourrait ne retenir aucune des options, en choisir une ou prendre les deux, en fonction de sa situation et du contenu du produit final.

III. Thèmes supplémentaires pour les discussions du Groupe de travail

La Corée souhaite porter les sujets suivants à l'attention du Groupe de travail afin d'enrichir les discussions en cours : 1) réglementation du financement par des tiers ; 2) coopération internationale en matière de prévention des différends relatifs aux investissements ; et 3) réglementation des demandes introduites par des fonds spéculatifs multinationaux.

1. Réglementation du financement par des tiers

D'après les observations et les informations recueillies lors des sessions précédentes, il semble que, de l'avis général, la pratique du financement par des tiers ait connu une forte augmentation du point de vue du nombre de bailleurs de fonds en activité, ainsi que du montant des capitaux disponibles⁵. En Corée, les opinions divergent quant à la façon de traiter cette pratique. Les organisations de la société civile soutiennent qu'elle devrait en principe être interdite, sauf dans des circonstances exceptionnelles afin de garantir l'accès à la justice⁶. Toutefois, en supposant que les discussions du Groupe de travail s'orientent vers une réglementation du financement par des tiers, et non vers son interdiction totale, nous voudrions proposer quelques points à examiner.

Les discussions déjà menées au sein du Groupe de travail ont montré que les États s'accordaient sur les raisons fondamentales qui rendent nécessaire une réglementation du financement par des tiers, par exemple, pour éviter les problèmes de conflits d'intérêts cachés entre arbitres et bailleurs de fonds, l'exercice par les tiers d'un contrôle et d'une influence indus sur la gestion des affaires ou le règlement des différends, les problèmes concernant la confidentialité et les garanties pour frais, ainsi qu'une augmentation des demandes abusives⁷. La Corée partage les mêmes préoccupations et tient à réitérer son intérêt pour l'ouverture d'un débat approfondi sur ce sujet. La meilleure façon de procéder serait d'examiner la question en trois étapes : la portée de la réglementation ; l'obligation de déclaration et les exigences connexes ; et les mesures d'exécution.

En ce qui concerne la portée de la réglementation, l'accent pourrait être mis sur la nécessité d'inclure les conseillers et représentants juridiques dans le champ d'application d'une éventuelle réglementation du financement par des tiers. L'une des principales préoccupations qui sous-tendent la volonté de réglementer le financement par des tiers tient à l'incapacité des parties à se conformer à une sentence arbitrale qui leur est défavorable (notamment concernant les dépens)⁸. On mentionnera notamment

⁵ *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : financement par des tiers*, Note du Secrétariat, document A/CN.9/WG.III/WP.157, par. 7 ; *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-cinquième session (New York, 23-27 avril 2018)*, document A/CN.9/935, par. 89.

⁶ *Avis sur la réforme du RDIE présenté par l'association Lawyers for Democratic Society et par Solidarité des peuples pour la démocratie participative* le 27 juin 2019.

⁷ *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : financement par des tiers*, Note du Secrétariat, document A/CN.9/WG.III/WP.157, par. 16 à 34.

⁸ *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : financement par des tiers*, Note du Secrétariat, document A/CN.9/WG.III/WP.157, par. 31.

le cas d'États défendeurs qui s'étaient vu accorder les dépens, mais qui n'ont en définitive pas pu les recouvrer⁹. Certains arrangements en matière d'honoraires, comme les accords d'honoraires conditionnels, sont des exemples classiques de financements apportés par les représentants d'une partie qui, dans de nombreux cas, peuvent comporter un risque lié au manque de ressources d'une partie. L'efficacité d'une éventuelle réglementation du financement par des tiers serait plus grande si cette réglementation couvrait les frais des conseils et des représentants.

En ce qui concerne les exigences en matière de déclaration, on pourrait envisager une disposition prévoyant expressément que les parties sont soumises à une obligation de déclaration concernant l'existence d'un financement par des tiers, l'identité du tiers financeur et, éventuellement, la nature générale et les conditions de l'accord de financement en question. Les exigences applicables pourraient être complétées par des accords internationaux d'investissement ou par le pouvoir du tribunal d'ordonner une déclaration plus étendue si nécessaire. En outre, le tribunal, compte tenu des circonstances de l'espèce, telles que l'existence d'un financement par des tiers et la nature des arrangements le concernant, pourrait ordonner la constitution d'une garantie pour frais pour parer à un éventuel manque de ressources d'une partie.

En cas de violation ou de non-respect de ces exigences, il serait essentiel de disposer d'un moyen d'exécution approprié. À cet égard, des options viables pourraient consister à suspendre la procédure – ce qui pourrait entraîner la clôture – ou à ordonner le remboursement des dépens. Un défaut de déclaration pourrait également être invoqué par le tribunal pour tirer une présomption défavorable à la partie concernée.

La Corée a présenté des observations à ce sujet dans le cadre de l'amendement des règlements du CIRDI¹⁰. Les discussions en cours à propos du financement par des tiers dans la perspective de cet amendement, avec la contribution du Secrétariat du CIRDI et des États participants, peuvent apporter un éclairage très utile aux futurs débats sur cette question au sein du Groupe de travail.

2. Coopération internationale en matière de prévention des différends relatifs aux investissements

Comme l'ont confirmé de nombreuses études, les procédures de RDIE exigent beaucoup de temps et d'argent. La Corée est d'avis qu'il est plus économique de mettre l'accent sur la « prévention » des différends plutôt que sur la réglementation applicable « après le différend ». En fait, la Corée s'efforce de concevoir et de mettre en œuvre des mesures de prévention, y compris, comme l'ont noté certains États membres au cours de nos discussions, à travers un système de médiation et la publication de manuels.

L'expérience de la Corée montre qu'un système de médiation en matière d'investissements étrangers peut être un atout précieux qui contribue à retenir les investissements et à prévenir les différends en assurant un accompagnement complet des investisseurs étrangers. Ce système permet de traiter les réclamations et d'harmoniser les procédures divergentes des organismes concernés. Le système de médiation peut aider à éviter qu'une réclamation ne dégénère en véritable différend. Le Gouvernement coréen publie et diffuse des manuels et des brochures sur le RDIE afin de fournir des informations générales concernant la prévention des différends et la signification des principales dispositions des accords internationaux d'investissement. À la demande d'administrations, de municipalités ou d'entités

⁹ Voir Secrétariat du CIRDI, *Enquête réalisée auprès des États membres du CIRDI sur le respect des sentences CIRDI* (2017), p. 4 ; Christine Sim, « Security for Costs in Investor-State Arbitration », vol. 33, n° 3, *Arbitration International* (début p. 427), p. 461 et 462.

¹⁰ *Observations complémentaires de la République de Corée au sujet de l'amendement des règlements du CIRDI*, p. 3 à 5 et 9 à 11 (disponibles à l'adresse : https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Korea_CommentsWP2_06.28.2019.pdf).

publiques, le ministère compétent organise des conférences et des séminaires sur la prévention qui s'inspirent des informations figurant dans ces manuels.

La Corée a notamment tiré les enseignements de l'expérience acquise dans le cadre d'une série d'affaires récentes en matière de RDIE, dont il ressort que l'accumulation des compétences, de l'expérience, des connaissances et des capacités institutionnelles joue un rôle crucial dans l'efficacité du traitement des différends relatifs aux investissements, en particulier dans les premières étapes de l'arbitrage. Dans ce contexte, la Corée estime que les États membres pourraient grandement bénéficier de l'élaboration d'une méthode systématique de partage des connaissances et des pratiques efficaces en matière de prévention et de règlement des différends. Un point similaire a déjà été soulevé¹¹ par le Gouvernement thaïlandais, qui a proposé que le Groupe de travail étudie la possibilité d'élaborer des « lignes directrices sur la prévention des différends » et d'établir un « Centre consultatif pour le droit international de l'investissement »¹². La Corée reconnaît les mérites de ces propositions et les appuie.

Ce centre consultatif pourrait devenir un pôle de collecte et de diffusion des meilleures pratiques et des informations institutionnelles. Il pourrait aider les États en développement en publiant des principes directeurs, en proposant des formations sur la prévention des différends, en créant une base de données sur les sentences et décisions arbitrales et en dispensant des conseils juridiques sur la gestion des différends potentiels. À ce propos, la Corée souhaite ajouter qu'un réseau de centres consultatifs régionaux pourrait être plus efficace pour atteindre un tel objectif. Elle voudrait aussi saisir cette occasion pour suggérer aux États membres qu'une option viable pourrait être de confier ces responsabilités à un organisme existant, à savoir le Centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique.

3. Demandes introduites par des fonds spéculatifs multinationaux

À titre de dernier point susceptible de faire l'objet d'un examen complémentaire par le Groupe de travail, la Corée souhaite appeler l'attention des États membres sur la nécessité de réglementer les demandes abusives présentées par des fonds spéculatifs multinationaux¹³. Comme l'ont fait remarquer à juste titre certaines délégations au cours des sessions précédentes, le nombre et le montant des demandes présentées par des fonds multinationaux ont augmenté. Malgré les questions qui se posent de plus en plus au sujet de leur compatibilité avec l'objet et la finalité des accords internationaux d'investissement, certains de ces fonds abuseraient de leurs structures sociales ambiguës et complexes (généralement conçues à des fins fiscales) pour rechercher la juridiction qui leur serait la plus favorable.

L'objectif poursuivi par presque tous les accords internationaux d'investissement signés et ratifiés à ce jour est de promouvoir le développement économique des États parties en créant des conditions favorables aux investisseurs étrangers, tout en protégeant les droits de ces derniers¹⁴. Ces accords fixent généralement des limites à la portée de la protection matérielle et à la compétence des juridictions en précisant quels sont les investissements et les investisseurs « couverts » ou « protégés ». À cet égard, des sentences rendues précédemment ont confirmé que les investissements susceptibles d'être protégés devaient posséder certaines qualités, comme une durée suffisante et une contribution au développement

¹¹ *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : financement par des tiers*, Note du Secrétariat, document A/CN.9/WG.III/WP.149, par. 59.

¹² *Communication du Gouvernement thaïlandais*, document A/CN.9/WG.III/WP.162, par. 25 à 27.

¹³ Dans l'annexe A.2 de sa note *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)*, publiée sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.149, le Secrétariat a cité l'abus de procédure parmi les problèmes inhérents au mécanisme de RDIE actuel.

¹⁴ Kenneth Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press (2009), p. 1 et 2.

économique de l'État hôte¹⁵. Pourtant, le régime actuel des accords internationaux d'investissement n'a pas permis d'examiner sous cet angle la nature particulière des demandes introduites par des fonds spéculatifs à court terme. Les tribunaux arbitraux ne se sont pas non plus penchés sur ce phénomène et n'ont pas produit de jurisprudence appropriée. On peut se demander si et dans quelle mesure ces fonds peuvent ou non satisfaire aux conditions de base pour qu'un « investissement » ou un « investisseur » soit reconnu comme tel.

IV. Débat sur le mécanisme permanent

Bien que la Corée considère la réforme structurelle comme une option viable pour répondre aux préoccupations recensées précédemment par les États à l'égard du régime actuel de RDIE, elle estime qu'il est nécessaire que le Groupe de travail, avant de parvenir à une conclusion prématurée, examine d'abord avec soin et en profondeur les problèmes juridiques et logistiques inhérents à une telle réforme. Il nous paraît souhaitable de noter que ladite réforme pourrait avoir des conséquences involontaires ou inattendues à bien des égards, étant donné que le Groupe de travail examine actuellement un système vieux de 53 ans qui a produit plus de 3 300 accords internationaux d'investissement. En particulier, en se faisant une vision plus claire d'un arrangement multilatéral, tel qu'un mécanisme permanent, avec ses points forts mais aussi avec ses faiblesses, les États seront mieux à même de limiter autant que possible ces conséquences involontaires et de s'y préparer.

La compatibilité avec le système actuel de RDIE est peut-être l'une des questions qui méritent le plus d'attention. Il convient d'examiner de plus près la compatibilité d'un éventuel arrangement multilatéral avec la Convention CIRDI existante, avec la Convention de New York et avec les accords internationaux d'investissement des États. Plus précisément, les États pourraient demander des éclaircissements sur la question de savoir si ces instruments existants devraient être modifiés pour tenir compte d'un futur mécanisme permanent. Certains États membres devront peut-être aussi modifier leur législation nationale.

Une autre question cruciale concerne la durée de la période de transition. Il n'est pas exclu que certains États se trouvent dans une situation où ils auront à gérer deux systèmes différents pendant cette période. Il leur faudrait mener des procédures de RDIE dans le cadre de leurs accords internationaux d'investissement existants, tout en traitant des procédures relevant d'un mécanisme permanent nouvellement créé. Pour certains États, cela pourrait ajouter un niveau de fragmentation supplémentaire dans le domaine du règlement des différends relatifs aux investissements. Il semble donc important que le Groupe de travail examine comment faire face à une telle situation pendant la période de transition.

Une autre difficulté pratique tiendrait en outre à la sélection des arbitres. Plusieurs facteurs, comme la représentation régionale, la diversité des parcours professionnels et l'expertise reconnue, devraient être pris en compte dans les critères de sélection. Il n'est pas moins important de concevoir une procédure de sélection acceptable. La sélection et la fidélisation d'arbitres aptes à répondre aux préoccupations soulevées seront essentiels au succès de la réforme. De même, le Groupe de travail se doit d'accorder une attention particulière à la recherche d'une formule permettant d'obtenir les ressources financières nécessaires à la mise en place d'un nouvel arrangement multilatéral et de répartir les coûts entre les États. La viabilité et la faisabilité d'une option de réforme structurelle dépendront en définitive de la façon dont le Groupe de travail tiendra compte de ces questions particulières et y répondra.

¹⁵ Ces deux conditions sont reconnues depuis longtemps comme faisant partie intégrante du « test *Salini* ». Voir Christoph Schreuer *et al.*, *The ICSID Convention: a Commentary* (2^e éd.), Cambridge University Press (2009), p. 130 à 134.

Dans ce contexte, la Corée est d'avis que pour qu'ils soient les plus productifs possible, les débats du Groupe de travail sur la réforme structurelle devraient prendre en considération ces incidences systémiques et ces difficultés pratiques.
