



## **Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI)**

### **Groupe d'experts No.1 sur certains sujets relatifs au règlement des différends et champ d'application géographique**

#### **ELEMENTS D'UN MECANISME DE REGLEMENT DES DIFFERENDS POUR L'AMI**

##### **(Note du Président)**

## ELEMENTS D'UN MECANISME DE REGLEMENT DES DIFFERENDS POUR L'AMI

### I. CONSULTATIONS ET PREVENTION DES DIFFERENDS

#### A. Groupe des parties

1. Le Groupe des parties peut examiner toute question se rapportant à l'interprétation ou l'application de l'AMI ou à la réalisation de ses objectifs et formuler des clarifications de toute disposition de l'Accord.
2. Le fait que le Groupe des parties soit saisi, pour examen ou clarification, d'une question faisant l'objet d'un différend effectif ne préjuge pas du droit d'une partie au différend d'avoir recours au mécanisme de règlement des différends.
3. Les parties à l'AMI qui sont parties à des consultations, à une médiation, à une conciliation ou à un arbitrage notifieront au Groupe des parties tout règlement auquel elles auraient abouti ou toute décision qui aurait été rendue, sauf dans la mesure où il en résulterait la divulgation d'informations confidentielles concernant des entreprises. Le Groupe des parties peut également prêter son concours en cas d'inobservation d'une décision arbitrale.

#### B. Consultations bilatérales

4. Une partie à l'AMI engage des consultations lorsque celles-ci sont demandées par :
  - (a) une autre partie à l'AMI en ce qui concerne toute question se rapportant à l'interprétation ou l'application de l'AMI ou à la réalisation de ses objectifs, y compris à la conformité, au regard de l'AMI, de toute mesure prise ou envisagée par la partie requise ; ou
  - (b) un investisseur d'une autre partie à l'AMI en ce qui concerne toute question qui, de l'avis de l'investisseur, porte atteinte à la jouissance des droits découlant de l'AMI.
5. Ces consultations ne préjugent pas de la position de l'une ou l'autre des parties en cas de procédure formelle de règlement des différends.

#### C. Médiation ou conciliation

6. D'un commun accord entre les parties à un différend relevant de l'AMI, le différend peut être soumis à médiation ou conciliation en application des règles choisies par les parties, notamment les règles de conciliation du CIRDI et de la CNUDCI. Le Président du Groupe des parties interviendra, sur demande, comme instance de désignation.

### II. REGLEMENT OBLIGATOIRE DES DIFFERENDS PAR UNE PARTIE TIERCE

#### A. Arbitrage des différends entre Etats

7. Tout différend entre les parties se rapportant à l'interprétation ou à l'application de l'AMI, y compris en ce qui concerne la conformité, au regard de l'AMI, de toute mesure ou de tout acte d'une partie, est soumis à un organe arbitral à la demande de toute partie au différend.

8. Les décisions arbitrales sont définitives et obligatoires pour les parties à la procédure arbitrale.
9. L'arbitrage est régi par les règles de la CNUDCI, sauf si l'AMI, le Groupe des parties, les parties au différend considéré ou l'organe arbitral prévoient d'autres règles.
10. Une liste de membres de l'organe arbitral répondant aux conditions requises est établie et tenue à jour par le Groupe des parties. Chaque partie à l'AMI peut désigner deux personnes, qui figureront sur la liste si le Groupe des parties estime (à la majorité qualifiée) qu'elles remplissent les conditions requises et qui pourront être retirées de la liste à tout moment par la partie les ayant désignées. Une partie peut désigner une personne pour l'établissement de la liste lorsque celle-ci comporte moins de deux personnes désignées par elle.
11. Les membres de l'organe arbitral sont des personnes qui ont une expérience reconnue des disciplines juridiques relevant de l'AMI et qui sont réputées pour leur compétence, leur sens de l'équité et leur intégrité. Ils devront faire preuve d'impartialité et d'indépendance et refuser une désignation ou se désister en cas de conflit d'intérêts effectif ou potentiel.
12. L'organe arbitral comprend cinq membres, dont son président. Il est désigné comme suit :
  - (a) Chaque partie (ou ensemble de parties au différend) désigne un membre de l'organe arbitral de son choix et ces deux membres désignent les autres membres et désignent l'un de ces membres comme président.
  - (b) Si une partie ne désigne pas un membre, ou si les deux membres désignés par les parties ne parviennent pas à désigner les autres membres ou le président, ces désignations sont effectuées par une instance de désignation mandatée à cet effet par le Groupe des parties pour une période de cinq ans reconductible.
  - (c) Les membres de l'organe arbitral qui ne sont pas désignés directement par les parties au différend sont choisis sur la liste des membres de l'organe arbitral répondent aux conditions requises qui est établie par le Groupe des parties.
13. Toute demande d'engagement d'une procédure d'arbitrage est notifiée au Groupe des parties.
14. Toute partie à l'AMI qui n'est pas partie au différend aura la possibilité de faire entendre son point de vue sur toute question se rapportant à l'arbitrage.
15. Avec l'accord des parties au différend, une partie directement concernée par une question soumise à arbitrage pourra devenir partie à l'arbitrage, en se joignant à l'ensemble de parties avec lequel elle a les intérêts les plus étroits.
16. L'organe arbitral applique l'AMI et toute règle et tout principe de droit international se rapportant à la question qui fait l'objet du différend.
17. Lorsqu'il se prononce sur les mesures de réparation, l'organe arbitral prend dûment en compte les contraintes constitutionnelles de la partie.
18. Avant de rendre sa décision, l'organe arbitral communique un projet de décision aux parties au différend et à toute autre partie à l'AMI ayant présenté son point de vue, qui auront 21 jours pour formuler

leurs observations. L'organe arbitral examine ces observations et rend sa décision finale dans les 30 jours à compter de l'expiration du délai au cours duquel peuvent être formulées les observations.

19. La décision finale est notifiée au Groupe des parties et rendue publique, sauf en ce qui concerne les informations confidentielles sur des entreprises qu'elle peut contenir.

#### **B. Procédure de règlement des différends entre l'investisseur et l'Etat**

20. Au choix de l'investisseur, tout différend relatif à un investissement régi par l'Accord peut être soumis, en vue de son règlement :

- a) aux juridictions judiciaires ou administratives de la partie à l'AMI qui est partie au différend ;
- b) à toute procédure applicable au règlement des différends antérieurement convenue ; ou
- c) à la procédure d'arbitrage prévue ci-après.

21. Les parties à l'AMI acceptent sans aucune condition qu'un différend relevant de l'Accord soit soumis à arbitrage en application des règles du CIRDI, du mécanisme supplémentaire du CIRDI, de la CNUDCI ou de la Cour d'arbitrage de la CCI, au choix de l'investisseur.

- a) Les parties mentionnées dans une annexe ne donnent pas leur acceptation lorsque l'investisseur a précédemment soumis le différend à la procédure prévue au paragraphe 20 a) ou b), sans préjudice du droit, pour une partie, de soumettre un différend à une juridiction judiciaire ou administrative en vue d'obtenir les mesures provisoires visées au paragraphe 25.
- b) L'acceptation ne vaut pas pour toute action intentée par une partie plus de trois ans à compter de la date à laquelle l'investisseur a eu connaissance, ou aurait dû avoir connaissance, de l'élément à la base de l'action.
- c) L'acceptation est assortie du droit, pour une partie à un différend entre un investisseur et un Etat, d'invoquer une période de réflexion de 90 jours au maximum à compter de la date à laquelle le différend a pris naissance.

22. A défaut d'autres dispositions ou d'autres accords, le Secrétaire général du CIRDI est l'instance de désignation. En cas d'arbitrage relevant de l'AMI, les instances de désignation devront dans toute la mesure du possible utiliser les listes d'arbitrage de l'AMI.

23. A la demande de l'une ou l'autre des parties, l'arbitrage au titre des dispositions de l'AMI concernant les différends entre l'investisseur et l'Etat se tiendra dans un Etat partie à la convention de New York.

24. Avec l'accord des parties au différend, d'autres investisseurs ayant des intérêts communs pourront se joindre à l'investisseur.

25. Les parties feront en sorte que des mesures provisoires puissent être accordées sur leur territoire dans les affaires soumises à arbitrage dans le cadre de l'AMI, soit par des dispositions prévoyant que les mesures provisoires préconisées ou accordées dans un arbitrage relevant de l'AMI seront exécutoires, soit par des dispositions ménageant à leurs tribunaux la possibilité d'accorder directement des mesures provisoires dans les affaires soumises au règlement par arbitrage dans le cadre de l'AMI.

26. Lorsqu'il se prononce sur les mesures de réparation, l'instance arbitrale prend dûment en compte les contraintes constitutionnelles de la partie.

27. Les décisions arbitrales sont définitive et obligatoires pour les parties à la procédure arbitrale. Les décisions finales sont notifiées au Groupe des parties et rendues publiques, sauf en ce qui concerne les informations confidentielles sur des entreprises qu'elles peuvent contenir.

### **C. Exécution et inobservation**

28. Les parties à l'AMI prévoient l'exécution, sur leur territoire, des décisions pécuniaires rendues, sans préjudice des immunités dont bénéficient les biens de l'Etat en vertu des conventions internationales applicables.

[29. Ces décisions sont réputées être conformes à l'ordre public des parties.]

30. L'inobservation d'une décision arbitrale rendue dans le cadre de l'AMI est réputée constituer une violation substantielle de l'AMI.

31. Si une partie ne se conforme pas à une décision arbitrale, les autres parties coopèrent avec toute partie spécialement lésée pour obtenir le respect de la décision :

(a) Le Groupe des parties, par consensus moins la partie en défaut, peut suspendre le droit de cette partie de participer au Groupe des parties et son droit d'invoquer les dispositions de l'AMI en matière de règlement des différends, sous réserve des droits dont elle bénéficie en vertu du paragraphe 32.

(b) Si l'inobservation persiste, toute autre partie peut invoquer la violation comme motif de suspension de l'application de l'AMI dans la mesure appropriée en ce qui concerne ses relations avec la partie dont émane l'inobservation.

32. Les mesures prises par toute partie à raison d'une inobservation sont soumises à règlement des différends dans le cadre de l'AMI, le droit à ce règlement étant insusceptible et irrévocable.

## COMMENTAIRE

1. Cette note ne traite pas la question de la portée du mécanisme de règlement des différends de l'AMI, qui dépendra, dans une certaine mesure, des obligations de fond prévues par l'accord. Elle ne préjuge pas non plus la question de savoir si ce mécanisme s'appliquera ou non avant et après l'établissement.
2. Les éléments d'un mécanisme de règlement des différends dans le cadre de l'AMI qui sont proposés prennent en compte les débats qui ont eu lieu lors de la première réunion du Groupe d'experts. Ils représentent une phase intermédiaire dans la rédaction de propositions. Par souci de commodité, on a adopté pour certains éléments la phraséologie des conventions.

### Groupe des parties

3. Dans cette proposition, le Groupe des parties a essentiellement pour mission de contribuer à éviter les différends en agissant comme organe d'examen des problèmes ou questions d'ordre général qui se posent. A cet égard, le Groupe des parties, en formulant des clarifications, aurait un rôle parallèle à celui que jouent le CIME et le CMIT pour les instruments actuels. Les clarifications se limiteraient à une explication générale des dispositions de l'accord, sans référence aux faits donnant lieu au différend.
4. Le Groupe des parties agirait également en tant que dépositaire des solutions de règlement des différends auxquelles les parties parviendraient dans le cadre de consultations bilatérales, d'une médiation, d'une conciliation ou d'un arbitrage, ce qui, si l'on y ajoute la possibilité de formuler des clarifications, peut contribuer à la cohérence des interprétations de l'AMI (voir le paragraphe 6 ci-après). Le Groupe des parties pourrait également intervenir au stade de l'exécution d'une décision arbitrale en cas d'inobservation d'une telle décision par une partie (voir le paragraphe 19 ci-après).
5. Cette proposition ne retient pas la possibilité d'avis obligatoires du Groupe des parties, adoptés par consensus, contrairement à ce que prévoit l'Accord de l'OCDE sur la construction navale. L'observation a été faite au Groupe d'experts que des avis juridiquement contraignants adoptés par consensus pourraient empêcher un accord sur des clarifications de l'AMI et soulever le problème de la démarcation entre l'interprétation et la modification.
6. Même si elles ne sont pas juridiquement obligatoires, les clarifications formulées par le Groupe des parties auront suffisamment d'impact pour éviter à l'avenir une interprétation incorrecte de l'AMI par une instance arbitrale ou juridictionnelle. Une clarification par consensus constituerait un type "d'accord ultérieur" des parties à l'AMI en ce qui concerne son interprétation : en vertu de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, ces accords doivent être pris en compte en même temps que le contexte du traité ; de plus, une clarification/une interprétation de l'AMI par consensus à laquelle aurait participé une partie pourrait lui être opposable et l'empêcher d'invoquer une autre interprétation à l'occasion d'un différend ultérieur.

### Consultations bilatérales

7. Cette proposition ne comporte pas de délai de carence obligatoire pour l'arbitrage entre Etats. Dans le cas des différends entre l'investisseur et l'Etat, il est prévu une brève période de "réflexion", qui court à compter de la date à laquelle est né le différend.

## Liens entre les procédures de règlement des différends entre Etats et les procédures de règlement des différends entre l'investisseur et l'Etat

8. Les débats au Groupe d'experts ont montré que dans leur majorité les pays n'étaient pas enclins à permettre des procédures parallèles d'arbitrage des différends entre Etats et entre l'investisseur et l'Etat portant sur le même point de fait ou de droit, tout en reconnaissant que ce cas était peu probable. Les délégations pourraient examiner s'il y a lieu de prévoir une disposition définissant les liens entre les procédures de règlement des différends entre Etats et les procédures de règlement des différends entre l'investisseur et l'Etat.

### Arbitrage

#### Démarche générale

9. Le Groupe d'experts a examiné deux options : une juridiction permanente ou une instance arbitrale ad hoc, comme on en trouve dans les conventions bilatérales en matière d'investissement. Certaines délégations estiment qu'il ne faut pas entièrement exclure une instance arbitrale permanente, du fait des avantages qu'offre cette solution du point de vue de la cohérence des décisions et de l'élaboration d'une jurisprudence AMI. On pourrait également ainsi résoudre les difficultés constitutionnelles pour un pays. La proposition présentée dans cette note, compromis entre les deux options, reflète l'opinion prépondérante qui s'est dégagée au sein du Groupe d'experts. Elle respecte le caractère multilatéral de l'AMI tout en préservant une certaine souplesse pour les parties au différend et en évitant trop de complications pour les investisseurs.

10. Pour l'arbitrage aussi bien des différends entre Etats que des différends entre l'investisseur et l'Etat, il est prévu la notification au Groupe des parties, un mode de désignation par liste, publication des décisions arbitrales (qui, non seulement, contribue à l'élaboration d'une jurisprudence, mais soumet également ces décisions à des analyses et à des critiques publiques) et la possibilité de clarification par le Groupe des parties. Le Groupe d'experts a examiné, sans approfondir cette question, la possibilité d'une instance d'appel, mais cette possibilité n'a pas été envisagée dans la présente note.

11. En ce qui concerne les différends entre Etats, le point de départ est le consentement des parties à l'arbitrage de tout différend concernant l'interprétation ou l'application de l'AMI. Il doit s'agir de différends "juridiques" et pas de différends à propos de questions pouvant relever de l'appréciation discrétionnaire d'une partie. En ce qui concerne les différends entre l'investisseur et l'Etat, le mécanisme prévu supposerait le consentement préalable, et pour une large part inconditionnel, des parties à l'AMI pour l'arbitrage de tout "différend relevant de l'Accord". On n'a pas envisagé dans cette proposition une éventuelle limitation de la portée de la procédure de règlement des différends entre l'investisseur et l'Etat. L'investisseur aurait plusieurs options pour l'arbitrage. Cette proposition retient le compromis adopté dans le Traité sur la Charte de l'énergie, consistant à prévoir pour les pays qui en ont besoin la possibilité de "bifurcation et la voie unique" imposant un choix entre l'arbitrage au titre de l'AMI et les autres modes de règlement des différends, notamment la saisie des tribunaux nationaux.

#### Constitution de l'instance arbitrale

12. Le système de la liste est proposé pour l'arbitrage des différends entre Etats et des différends entre l'investisseur et l'Etat. Chaque partie (ou ensemble de parties) au différend aura le droit de désigner directement un membre de l'instance arbitrale, indépendamment de la liste.

13. Pour que les non-membres qui adhéreront ultérieurement à l'AMI puissent prendre part au choix de l'instance de désignation pour l'arbitrage des différends entre Etats, le Groupe des parties est chargé de choisir

l'instance de désignation. L'AMI pourrait désigner, à titre intérimaire dans le cadre d'un premier mandat, le Secrétaire général de l'OCDE. Pour l'arbitrage des différends entre l'investisseur et l'Etat, il est proposé de retenir au départ le Secrétaire général du CIRDI, le Groupe des parties pouvant modifier cette désignation.

14. Cette proposition prévoit une instance de cinq membres pour l'arbitrage des différends entre Etats. Une instance suffisamment étoffée assure une interprétation plus stable, et d'autres accords multilatéraux ont adopté ce type d'instance, notamment la convention sur le droit de la mer. La plupart des pays conviennent néanmoins que le coût de fonctionnement peut être très élevé. L'instance arbitrale ne comportera que trois membres pour les différends entre l'investisseur et l'Etat.

15. Toutes les parties à l'AMI auraient le droit de soumettre à une instance arbitrale leur point de vue en cas d'arbitrage d'un différend entre Etats sur toute question se rapportant à l'arbitrage. S'agit-il d'un droit de présentation orale, aux côtés des parties au différend, ou simplement d'un droit de soumettre un mémoire? Pour ce qui est de l'arbitrage des différends entre l'investisseur et l'Etat, d'autres investisseurs pourraient intervenir avec le consentement des parties qui ont intenté l'action. Cette proposition ne traite pas de la consolidation de réclamations, qui ne serait pas applicable dans le cadre d'une procédure ad hoc.

#### Mesures provisoires

16. Afin d'aider les investisseurs à éviter un préjudice irréparable dans l'attente d'une décision arbitrale, le mécanisme proposé permet le prononcé de mesures provisoires dans le cadre du système juridique interne des parties à l'AMI et il offre deux options à cet égard.

#### Modes de réparation

17. La plupart des délégations se sont montrées favorables à un large éventail de modes de réparation, notamment la restitution, la décision déclaratoire et la réparation pécuniaire. Avec cette proposition, l'instance arbitrale peut choisir le mode de réparation approprié aussi bien pour les différends entre Etats que pour les différends entre l'investisseur et l'Etat. Ce libre choix est toutefois limité en ce que l'instance arbitrale doit dûment prendre en compte les contraintes constitutionnelles auxquelles une partie peut être soumise pour faire droit à une sentence arbitrale, ce qui signifie qu'on ménage à l'Etat la possibilité d'une indemnisation au lieu d'une restitution. L'autre option envisageable pour l'AMI consisterait à préciser les modes de réparation à la disposition de l'instance arbitrale.

#### Inobservation

18. Le paragraphe 29 du texte proposé reflète les commentaires de certaines délégations, qui souhaitent que l'AMI remédie à une lacune éventuelle du système de la convention de New York en prévoyant que les décisions arbitrales rendues dans le cadre de l'AMI sont réputées conformes à l'ordre public des parties. Le Groupe devra examiner si une telle disposition peut être adoptée ou est souhaitable pour l'AMI. En outre, l'AMI imposerait aux parties de rendre exécutoires par leurs tribunaux les sentences arbitrales pécuniaires prononcées au titre de l'AMI, ce qui comblerait une lacune éventuelle de la convention de New York. La question se pose également de savoir si l'AMI doit permettre aux parties d'écarter une sentence arbitrale pour les mêmes motifs que ceux énoncés dans la convention CIRDI.

19. La solution envisagée dans cette proposition en cas d'inobservation est que l'inobservation d'une décision arbitrale constitue une violation substantielle de l'AMI, à laquelle les autres parties ont le droit de réagir dans le cadre du droit des traités et du droit international coutumier connexe, notamment par une suspension partielle de l'AMI à l'égard de la partie dont émane l'inobservation. Cette proposition s'appuie sur l'article 60 paragraphe 2 de la convention de Vienne en prévoyant que :

- (a) le Groupe des parties, par consensus moins la partie en défaut, peut suspendre le droit de cette partie de participer au Groupe des parties et d'invoquer le mécanisme de règlement des différends ; et
- (b) en cas d'inobservation persistante, chaque partie à l'AMI a le droit de suspendre individuellement l'application des dispositions appropriées de l'AMI dans ses relations avec la partie en défaut.

20. La plupart des délégations ont estimé que des mesures de rétorsion allant au-delà de celles prévues au paragraphe 19 a) et b) ne conviendraient pas dans un accord sur l'investissement. Il faudra déterminer si l'AMI doit limiter le droit de la partie spécialement lésée par l'inobservation de réagir à la violation, par exemple en énumérant de façon adéquate mais exhaustive les réactions autorisées ou en exigeant l'autorisation préalable du Groupe des parties ou de l'instance arbitrale en cas de mesures allant au-delà de celles mentionnées au paragraphe 19 ci-dessus. Cette proposition comporte une mesure de sauvegarde pour les mesures prises en réaction à l'inobservation d'une décision arbitrale en soumettant ces mesures mêmes à arbitrage, ce droit étant insusceptible.