



## **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**

## **RAPPORT AU GROUPE DE NEGOCIATION DE L'AMI**

## **RAPPORT AU GROUPE DE NEGOCIATION DE L'AMI**

1. Le Groupe de négociation a chargé le Groupe d'experts de rédiger des dispositions précises concernant le champ d'application géographique de l'accord et d'examiner les divers aspects d'un mécanisme de règlement des différends. Il a été demandé au Groupe d'experts de faire rapport au Groupe de négociation en avril 1996 en lui soumettant des propositions, y compris des propositions de textes, conformément à son mandat.
2. Le Groupe d'experts s'est réuni en janvier, mars et avril et a examiné le champ d'application géographique de l'AMI (annexe 1), l'application de l'AMI aux territoires d'outre-mer (annexe 2) et un cadre de règlement des différends (annexe 3). Il faut faire à ce sujet une observation générale : compte tenu des interrelations entre ces questions et les autres questions de fond examinées par ailleurs, on ne saurait attendre dans tous les cas des recommandations finales de textes ou de solutions au niveau du Groupe d'experts tant qu'on n'aura pas progressé davantage pour ces autres questions de fond.
3. En ce qui concerne le champ d'application géographique de l'AMI, le Groupe a soumis un texte reflétant une approche pour laquelle il existe une large convergence de vues. Il a également décidé de faire figurer dans son rapport un texte illustrant une autre approche, que le Groupe de négociation pourrait examiner s'il décide d'approfondir cette option. Le Groupe recommande que cette question soit réexaminée lorsqu'on se sera prononcé sur d'autres éléments de fond de l'AMI.
4. Le Groupe a examiné la question de l'application de l'AMI aux territoires d'outre-mer. Il a décidé de soumettre au Groupe de négociation un projet de texte sur cette question.
5. Le Groupe a examiné de façon approfondie les divers aspects se rapportant au mécanisme de règlement des différends pour l'AMI, notamment le rôle et le fonctionnement d'un Groupe des parties, les consultations, la conciliation et la médiation ainsi que le règlement obligatoire des différends par une instance tierce (pour les différends entre Etats et pour les différends entre l'investisseur et l'Etat). Un large cadre conceptuel pour le règlement des différends a pu se dégager, mais les délégations tiennent tout particulièrement à ce que les différentes options recensées restent ouvertes à ce stade.
6. Le Groupe d'experts estime qu'il serait plus fructueux de revenir sur ces questions lorsque des progrès auront été accomplis pour d'autres aspects des négociations.

## TABLE DES MATIERES

ANNEXE 1 : CHAMP D'APPLICATION GEOGRAPHIQUE DE L'AMI .....	4
ANNEXE 2 : APPLICATION AUX TERRITOIRES D'OUTRE-MER .....	6
ANNEXE 3 : CADRE CONCEPTUEL D'UN MECANISME DE REGLEMENT DES DIFFERENDS POUR L'AMI ..	7

## ANNEXE 1

### CHAMP D'APPLICATION GEOGRAPHIQUE DE L'AMI

1. Le Groupe d'experts a recensé deux façons d'aborder la question du champ d'application géographique de l'AMI : la méthode "géographique" et la méthode "fonctionnelle", cette dernière étant axée sur les activités économiques liées aux investissements.

2. Divers projets de textes correspondant à l'une ou l'autre de ces méthodes ont été examinés. Les délégations sont convenues qu'il serait difficile à ce stade de formuler à l'intention du Groupe de négociation une recommandation finale, qu'appuierait pleinement le Groupe d'experts, au sujet de la méthode à adopter. Un grand nombre de délégations estiment qu'il faudra revoir cette question lorsqu'auront été examinées d'autres questions de fond, notamment la définition de l'investissement ainsi que la nature et la teneur des réserves et exceptions.

3. Le Groupe d'experts a tenu néanmoins à faire part au Groupe de négociation de l'état de ses discussions à ce sujet. A cette fin, il a décidé de soumettre le texte suivant, pour lequel la majeure partie des délégations expriment leur préférence à ce stade :

"Le présent accord s'applique :

(a) au territoire terrestre, aux eaux intérieures et à la mer territoriale d'une partie contractante et, lorsque la partie contractante est un Etat archipélagique, à ses eaux archipélagiques ;

(b) aux zones maritimes situées au-delà de la mer territoriale sur lesquelles une partie contractante exerce des droits souverains ou sa juridiction conformément au droit international, tel qu'il résulte en particulier de la convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer."

4. Certaines délégations souhaitent que figurent dans cette disposition les termes "les fonds marins, leur sous-sol et les ressources naturelles des eaux surjacentes". D'autres délégations ont fait savoir qu'il leur faudrait réexaminer l'acceptabilité de la référence à la convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer. Une délégation souhaite exclure du champ d'application de l'accord les zones maritimes.

5. Le Groupe a également décidé qu'une autre version de l'alinéa (b), illustrant la méthode "fonctionnelle" et appuyée par certaines délégations, devait figurer dans ce rapport, afin de pouvoir examiner plus avant cette méthode si le Groupe de négociation devait décider d'approfondir cette option. Cette autre version de l'alinéa (b) pourrait se lire comme suit :

".....les investissements situés au-delà de la mer territoriale relevant de la juridiction d'une partie contractante conformément au droit international tel qu'il résulte de la convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer."

6. Un certain nombre de délégations estiment qu'au lieu d'un article concernant le champ d'application géographique, il faudrait un article définissant le "territoire" ou la "zone" d'une partie contractante auquel s'appliquera l'AMI et qu'un tel article pourrait figurer dans la partie de l'accord concernant les définitions générales. Certaines délégations sont extrêmement dubitatives quant à la faisabilité de cette méthode.

## ANNEXE 2

### APPLICATION AUX TERRITOIRES D'OUTRE-MER

Un Etat peut à tout moment déclarer par écrit au dépositaire que le présent accord s'appliquera à tous les territoires dont il assume les relations internationales, ou à un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration, faite avant la ratification, l'adhésion ou l'acceptation, ou lors de celles-ci, prend effet au moment de l'entrée en vigueur du présent accord à l'égard de cet Etat. Toute déclaration postérieure prend effet pour le territoire ou les territoires concernés le 90ème jour suivant sa réception par le dépositaire.

Une partie peut à tout moment déclarer par écrit au dépositaire que le présent accord cessera de la lier pour tous les territoires dont elle assume les relations internationales, ou pour un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration prend effet un an après sa réception par le dépositaire ; elle a le même effet en ce qui concerne les accords existants que le retrait d'une partie.

#### *Commentaire*

*Si une telle déclaration concernant l'application devait s'accompagner de réserves ou d'exceptions s'ajoutant à celles formulées par l'Etat effectuant la déclaration, ces réserves et exceptions seraient soumises à acceptation par les autres parties.*

*Le libellé du paragraphe 2 suppose que l'AMI contienne une clause de retrait qui prévoirait le maintien de la protection d'investissements additionnels durant un certain nombre d'années après le retrait de la partie accueillant les investissements.*

## ANNEXE 3

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

#### INTRODUCTION

1. On exposera dans cette note, pour examen ultérieur, le cadre conceptuel possible d'un mécanisme de règlement des différends pour l'AMI. Cet exposé est assorti de commentaires reflétant les discussions.

2. Bien qu'un grand nombre d'options restent ouvertes, on peut définir comme suit les grandes lignes d'un mécanisme de règlement des différends pour l'AMI :

- L'AMI encouragerait les parties à utiliser tout d'abord des méthodes informelles de prévention ou de règlement des différends, bilatérales et, le cas échéant, multilatérales ;
- Un Groupe des parties pourrait jouer un rôle non contentieux ;
- Il y aurait un règlement obligatoire des différends par une instance tierce, par voie d'arbitrage des différends entre l'investisseur et l'Etat et des différends entre Etats ;
- L'AMI pourrait prévoir le consentement préalable des parties à cet arbitrage ;
- Le mécanisme d'arbitrage obligatoire des différends entre Etats pourrait s'appuyer sur des panels ad hoc, avec certains éléments institutionnels, notamment une liste, au moins indicative, d'arbitres qualifiés ;
- Pour l'arbitrage des différends entre l'investisseur et l'Etat, l'AMI pourrait prévoir l'utilisation des organismes existants ;
- Les sentences arbitrales seraient obligatoires pour les parties à l'arbitrage ;
- Les sentences arbitrales ne limiteraient en aucune manière les prérogatives d'une partie en ce qui concerne la façon de mettre ses mesures en conformité avec l'AMI ;
- Les réparations pécuniaires seraient exécutoires devant les tribunaux nationaux, au moins pour les différends entre l'investisseur et l'Etat ;
- L'AMI devrait expressément traiter de l'application de contre-mesures lorsqu'une partie ne se conforme pas à une sentence arbitrale et régler cette application.

3. En dehors de la question du consentement préalable et de la question du recours à un arbitrage de type ad hoc, les principales questions qui restent ouvertes sont les suivantes :
- Quelles sont, parmi les nombreuses règles susceptibles de régir la composition d'un panel, celles qui devraient être adoptées pour l'arbitrage entre Etats ?
  - La liste devrait-elle être purement indicative ou devrait-elle avoir un poids particulier ?
  - Quels doivent être les droits des parties tierces intéressées à participer à la procédure devant un panel ?
  - Faut-il prévoir la jonction lorsque le différend porte sur un même point de droit et de fait et quelles doivent être les modalités de cette jonction ?
  - Quelles doivent être les réparations qu'un panel pourra prononcer, en dehors d'un jugement déclaratif et d'une réparation pécuniaire pour les différends entre un investisseur et l'Etat ?
  - Faut-il ouvrir un droit d'appel pour les différends entre Etats, voire pour les différends entre un investisseur et un Etat ?
  - Quel sort faut-il réserver à d'éventuelles sentences aberrantes en l'absence de droit d'appel ?
  - Comment prévoir des contre-mesures efficaces lorsqu'une partie ne se conforme pas à une sentence arbitrale, tout en se prémunissant contre des contre-mesures unilatérales non réglementées ?
  - Quels doivent être les liens entre l'arbitrage des différends entre Etats et l'arbitrage des différends entre un investisseur et un Etat ?
4. On n'abordera pas dans cette note la question de la portée globale du mécanisme de règlement des différends de l'AMI, ou de ses éléments concernant les différends entre Etats et les différends entre un investisseur et l'Etat, car cette portée peut être fonction, dans une certaine mesure, des obligations de fond qui figureront dans l'accord. En outre, un grand nombre d'aspects techniques devront encore être examinés au niveau des experts pour élaborer un mécanisme détaillé de règlement des différends.

## **I. ROLE ET FONCTIONS D'UN GROUPE DES PARTIES**

1. Un Groupe des parties aurait pour rôle essentiel d'éviter les différends en oeuvrant à une interprétation raisonnable et cohérente de l'AMI. Il servirait également de forum pour l'examen des problèmes ou questions d'ordre général.
2. Le Groupe des parties pourrait examiner toute question concernant l'interprétation ou l'application de l'AMI, sans s'attacher aux éléments de fait relatifs à un investissement déterminé.
3. Le fait qu'une question soumise à l'examen du Groupe des parties soit en cause dans un différend ne préjugerait pas du droit d'une partie au différend d'avoir recours au mécanisme de règlement des différends.

4. A la demande d'une partie au différend ou de la partie d'un investisseur partie à un différend, le Groupe des parties n'examinerait pas la question en litige tant que celle-ci serait en instance de règlement dans le cadre de l'une des autres procédures prévues dans l'AMI.
5. Le Groupe des parties pourrait formuler des clarifications de toute disposition de l'AMI.
6. Les clarifications consisteraient en une explication à caractère abstrait concernant la portée des dispositions de l'accord, sans qu'il puisse être fait référence à une affaire particulière pouvant faire l'objet d'un différend.
7. Les clarifications n'auraient pas d'effet juridique contraignant automatique ou spécial, mais produiraient leur effet normal en droit international coutumier, et notamment en droit des traités. Elles n'auraient pas d'incidence sur les droits de parties privées acquis en vertu du règlement définitif et obligatoire d'un différend.
8. Le Groupe des parties ne jugerait pas les différends en première instance ou en appel. Il pourrait néanmoins exercer une fonction limitée de "soupape de sûreté" en cas de décision arbitrale aberrante.
9. Les archives du Groupe des parties pourrait servir de référence en matière de règlement des différends pour les points d'intérêt général traités dans le contexte de consultations bilatérales, d'une médiation, d'une conciliation ou d'un arbitrage.
10. Un Etat partie à des consultations, à une médiation, à une conciliation ou à un arbitrage informerait sans retard le Groupe des parties de tout règlement ou de toute décision arbitrale portant sur un point relatif au fonctionnement de l'AMI, et notamment sur des questions concernant son interprétation.
11. Le Groupe des parties pourrait se prononcer sur la divulgation publique des catégories de règlements autres que les sentences arbitrales, ces dernières étant généralement rendues publiques (voir le paragraphe 34).
12. Les parties ne seraient pas obligées de fournir des informations concernant un investisseur ou un investissement déterminés dont la divulgation serait contraire à leurs lois en matière de confidentialité.
13. Le Groupe des parties pourrait également intervenir, de façon limitée, au stade de l'exécution d'une sentence arbitrale en cas d'inobservation de cette sentence par une partie (voir le paragraphe 50).

#### *Commentaire*

*L'un des problèmes qui se posent est d'établir un juste équilibre en autorisant le Groupe des parties à traiter les questions d'intérêt général sans qu'il interfère indûment avec le règlement d'un différend déterminé. Il faudra peut-être en particulier réexaminer le paragraphe 4 dans cette optique, de même que le rôle de l'investisseur dans la notification des règlements des différends.*

*En formulant des clarifications, le Groupe des parties aurait une mission parallèle à celle du CIME et du CMIT pour les instruments actuels de l'OCDE. Le Groupe ne recommande pas de s'inspirer de l'Accord sur la construction navale en prévoyant la possibilité d'avis adoptés par consensus et ayant un caractère contraignant. Dans leur majorité, les délégations estiment qu'on pourrait en effet empêcher ainsi qu'un accord se dégage sur une clarification de l'AMI et elles*

*considèrent également que la distinction entre interprétation et modification risque d'être problématique.*

*Une clarification adoptée par toutes les parties pourrait être considérée comme un type d'"accord ultérieur" des parties à l'AMI en ce qui concerne l'interprétation de l'accord. 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. On pourrait en outre envisager que, dans certaines circonstances, lorsqu'une partie a participé à une telle clarification de l'AMI par consensus, cette interprétation lui soit opposable à l'occasion d'un différend ultérieur.*

*Les parties aux accords de l'OMC peuvent, par consensus, empêcher que le rapport d'un groupe spécial ait un caractère obligatoire. En outre, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC (qui ne s'applique qu'aux différends entre Etats) ouvre une possibilité d'appel devant un organe permanent d'appel. Les points de vue sont divergents en ce qui concerne la possibilité, pour le Groupe des parties de l'AMI, d'écarter une sentence aberrante par consensus et de saisir d'une sentence contestable, à la majorité qualifiée, une instance d'appel, permanente ou ad hoc ; voir en particulier le paragraphe 22 (différends entre Etats) et le dernier commentaire du paragraphe 47.*

## **II. CONSULTATIONS, CONCILIATION ET MEDIATION**

### **A. Consultations bilatérales**

14. Une partie à l'AMI engagerait rapidement des consultations à la demande :
  - a) d'une autre partie à l'AMI sur toute question relative à l'interprétation ou à l'application de l'AMI, y compris la conformité à l'AMI de toute mesure effectivement prise ou officiellement envisagée par la partie (ces demandes seraient notifiées au Groupe des parties) ;
  - b) d'un investisseur d'une autre partie à l'AMI en ce qui concerne toute violation alléguée des droits qui lui sont conférés par l'AMI, cette violation lui ayant occasionné ou étant susceptible de lui occasionner un préjudice.
15. Les consultations auraient pour objectif de rechercher une solution mutuellement acceptable conforme à l'AMI ; les positions prises lors de ces consultations ne préjugeraient pas des positions des parties sur les points en litige en cas de procédure formelle de règlement des différends.
16.
  - a) Une partie ne pourrait pas engager un arbitrage à l'encontre d'une autre partie dans le cadre de l'AMI si elle n'a pas demandé des consultations, en précisant l'objet du contentieux, et n'a pas accordé à cette autre partie un délai de 60 jours pour procéder à des consultations sur ces points.
  - b) Un délai similaire de consultation/de réflexion pourrait être également prévu en cas d'arbitrage d'un différend entre un investisseur et un Etat.

#### *Commentaire*

*En ce qui concerne le paragraphe 14(a), une délégation préfère limiter les consultations bilatérales obligatoires pour les différends entre Etats au règlement même des différends, en*

*faisant intervenir le Groupe des parties pour les autres consultations obligatoires en vertu de l'AMI. Si le paragraphe 14(a) couvre les mesures envisagées, ce qui, pour certaines délégations, ne devrait pas être le cas, il faudrait sans doute clarifier ce qu'on entend par une mesure "officiellement envisagée". Le paragraphe 14(b) limiterait la possibilité, pour un investisseur, d'invoquer les consultations obligatoires au seul cas où il peut faire valoir un intérêt réel et direct ; certaines délégations considèrent qu'il est trop restrictif d'imposer un critère de "prévisibilité raisonnable" d'un préjudice. Il a également été proposé que le paragraphe 14(b) ne s'applique pas en cas d'instance devant un tribunal national.*

*Pour ce qui est du paragraphe 16, les points de vue sont divergents sur la question de savoir si les consultations doivent être obligatoires avant l'arbitrage, en particulier en cas de différend entre un investisseur et un Etat, et également sur la question de la durée d'une éventuelle période de réflexion. Dans le cadre du système de l'OMC (différends entre Etats), le point contentieux doit être évoqué au stade pré-arbitral pour pouvoir être soumis à un arbitrage et il est prévu un délai de 60 jours en vue de consultations destinées à régler le différend avant qu'un groupe spécial puisse être saisi (à moins que les parties conviennent préalablement que les consultations ont échoué).*

## **B. Consultations multilatérales**

17. Lorsqu'un différend entre les parties au sujet de l'interprétation de l'AMI n'a pu être réglé par voie de consultations bilatérales, l'une des parties peut en saisir pour examen le Groupe des parties (dans les conditions prévues à la section A ci-dessus). Il serait ainsi parfaitement clair que le Groupe des parties pourrait être saisi pour engager sous une forme ou sous une autre des consultations multilatérales avant qu'une partie ait recours à un arbitrage obligatoire. On pourrait prévoir le même mécanisme en cas de différend entre un investisseur et un Etat, à l'initiative des parties dont relève l'investisseur ou avec le consentement de celles-ci.

### *Commentaire*

*Le paragraphe 17 soulève les mêmes problèmes d'équilibre que ceux évoqués au premier alinéa du commentaire du paragraphe 13.*

## **C. Médiation ou conciliation**

18. Les parties à un différend :

- a) devraient envisager de soumettre le différend à une médiation ou à une conciliation dans le cadre de règles choisies par elles ;
- b) pourraient demander au Président du Groupe des parties d'intervenir en qualité d'instance de désignation d'un médiateur ou d'un conciliateur.

### *Commentaire*

*Bien qu'il ne soit pas juridiquement indispensable que l'AMI se réfère à la médiation ou à la conciliation, on pourrait ainsi expressément encourager les parties à recourir à ces méthodes.*

### III. REGLEMENT OBLIGATOIRE DES DIFFERENDS PAR UNE INSTANCE TIERCE

#### A. Arbitrage des différends entre Etats

##### Portée et forme

19. Tout différend entre les parties au sujet de l'interprétation ou de l'application de l'AMI -- y compris en ce qui concerne la conformité à l'AMI de toute mesure ou action d'une partie -- qui n'aurait pas pu être réglé au moyen des consultations demandées pourrait être soumis à une sentence arbitrale, à la demande de toute partie au différend. On suivrait ainsi le modèle de l'OMC, qui exige des consultations avant qu'un différend puisse être soumis à arbitrage.

20. Un très large appui se manifeste en faveur d'un arbitrage par des panels ad hoc de l'AMI comme forme obligatoire de règlement des différends entre Etats par une instance tierce.

21. L'arbitrage en vertu de cette disposition ne s'appliquerait pas aux différends entre l'investisseur et l'Etat donnant lieu à une décision arbitrale définitive et obligatoire, ni aux différends entre l'investisseur et l'Etat faisant l'objet d'une procédure arbitrale en cours.

##### *Commentaire*

*Le Groupe d'experts a noté que "tout différend au sujet de l'interprétation ou de l'application de l'AMI" visé au paragraphe 19 ci-dessus s'entend de tout différend "juridique" et non des différends relatifs à des matières pour lesquels une partie exerce un pouvoir totalement discrétionnaire.*

*En ce qui concerne le paragraphe 20, certaines délégations proposent que l'AMI prévoie comme instance supplémentaire ou alternative aux fins de l'AMI la CIJ ou un tribunal spécifique à l'AMI. Une délégation estime qu'il est essentiel d'ouvrir ces possibilités dans le cas où le contentieux porterait sur des questions d'interprétation de la convention sur le droit de la mer. Cette délégation ne serait pas en mesure d'accepter un arbitrage ad hoc en vertu de l'AMI pour ces questions. Selon une autre délégation, ce problème pourrait être évité en excluant de l'accord certaines zones maritimes.*

##### Caractère définitif et obligatoire de la sentence arbitrale

22. La sentence arbitrale serait définitive et obligatoire pour les parties à la procédure arbitrale.

##### *Commentaire*

*Les conditions suivantes pourraient être envisagées :*

*a) La sentence arbitrale serait définitive et obligatoire à l'issue d'un délai de 30 jours à compter de sa notification au Groupe des parties à moins que, dans ce délai, le Groupe des parties ne décide, par voie de consensus, que la sentence ne sera pas définitive.*

*b) La sentence arbitrale pourrait faire l'objet d'un appel, de façon automatique ou sur décision du Groupe des parties à la majorité qualifiée.*

c) *La sentence arbitrale pourrait faire l'objet d'une procédure d'annulation pour des motifs précis et limités.*

### **Règles et procédures**

23. L'AMI définirait les règles et les procédures de base pour l'arbitrage entre Etats. Le Groupe des parties aurait la faculté de compléter ces règles en conformité avec l'AMI. Pour un différend déterminé, les parties au différend pourraient convenir d'appliquer des règles modifiées. Les règles de la CNUDCI pourraient être utilisées par défaut.

#### *Commentaire*

*Deux délégations éprouveraient des difficultés à accepter des compléments à une règle obligatoire adoptés par le Groupe des parties et non par voie de modification de l'accord. Une autre délégation a suggéré qu'il vaudrait sans doute mieux adopter les règles de la CNUDCI avec certaines modifications que de négocier un ensemble de nouvelles règles dans le cadre de l'AMI.*

### **Liste des membres des panels et qualifications**

24. Une liste de personnes pouvant être désignées comme membre d'un panel serait établie et tenue par le Groupe des parties. Chaque partie à l'AMI pourrait désigner trois personnes sur la liste. Les désignations seraient valables pour une période de cinq ans reconductible.

25. Les personnes membres d'un panel seraient tenues de faire preuve d'impartialité et d'indépendance et, en cas de conflits d'intérêts, actuels ou potentiels, de refuser une nomination ou de se démettre. L'AMI pourrait comporter une procédure de contestation pour conflit d'intérêts en cas d'instance devant un panel.

#### *Commentaire*

*La question de savoir si la liste doit avoir une valeur allant au-delà de la simple valeur indicative reste ouverte. Plusieurs délégations ont souligné qu'il fallait ménager aux parties à un différend la possibilité de désigner un ou plusieurs experts à un panel lorsqu'une compétence particulière est nécessaire pour un différend déterminé.*

*Bien qu'il soit peu probable que des candidats non qualifiés soient désignés sur la liste, la possibilité de contester une nomination constituerait une garantie dans les cas extrêmes et pourrait dissuader de procéder à des nominations déraisonnables. Toutefois, la solution préférée est de ne faire intervenir les contestations qu'au stade du panel.*

*Des positions différentes se sont exprimées quant à l'opportunité de prévoir dans l'AMI d'autres qualifications pour les membres des panels ou pour les membres figurant sur la liste, en exigeant, comme dans l'accord de l'OMC sur le règlement des différends, des compétences en matière de droit international des investissements. Une telle disposition pourrait rassurer les parlements pour l'acceptation du mécanisme de règlement des différends, mais l'intérêt qu'a chaque partie de désigner des personnes compétentes la rendrait probablement superflue. De plus on court le risque, en faisant figurer des conditions d'éligibilité, que ces conditions puissent être invoquées dans le cadre d'une contestation ultérieure d'une sentence arbitrale à l'occasion d'une procédure interne d'exécution.*

### **Composition du panel**

26. Un panel pourrait se composer de trois membres, dont un président, choisis d'un commun accord entre les parties au différend. D'autres possibilités seraient envisageables :

-- un panel de trois membres, dont chaque partie désignerait un membre et les deux membres ainsi désignés désigneraient le troisième ;

-- un panel de cinq membres si les parties le souhaitent, ou si une partie choisit de nommer un arbitre sans l'accord de l'autre partie (auquel cas cette autre partie nommerait elle aussi unilatéralement un arbitre et les trois autres membres, dont le président, seraient alors nommés d'un commun accord entre les parties).

-- un arbitre unique si les parties en sont d'accord.

27. Si les parties ne parviennent pas à désigner un ou plusieurs membres ou le président, ces désignations seraient effectuées par une instance de désignation après consultation des parties au différend.

#### *Commentaire*

*Des points de vue très divers se sont exprimés en ce qui concerne le nombre des membres du panel et les prérogatives des parties pour le choix des arbitres. La méthode classique de l'instance à trois membres, chaque partie ou ensemble de parties choisissant un membre et le troisième étant désigné d'un commun accord entre les parties ou par les deux membres désignés en premier lieu, assure aux parties un contrôle maximal. Mais cela pourrait aboutir à un panel dans lequel seul le troisième membre agit véritablement de façon impartiale, certaines délégations estimant toutefois qu'il s'agit là d'une garantie suffisante. D'autres délégations considèrent que le caractère multilatéral de l'AMI exige que les décisions concernant l'interprétation de l'accord soient le fait d'un panel dont la majorité des membres devraient agir de façon impartiale.*

*L'AMI pourrait prévoir un système de désignation du panel par le Secrétariat. La liste pourrait être à la disposition des parties et de l'instance de désignation à titre indicatif ou obligatoire. Dans le système de l'OMC -- où le panel se compose de trois membres, sauf si les parties conviennent qu'il se composera de cinq membres -- le panel est désigné par le Secrétariat, qui dispose de fichiers et de listes indicatives, et les parties ne peuvent s'opposer à la désignation que pour des raisons impérieuses. Dans la pratique, ce système fonctionne de façon consensuelle.*

*Il est jugé préférable de prévoir pour l'AMI une instance permanente de désignation. Etant donné que l'AMI pourrait traiter de tout un ensemble de nouvelles questions et qu'il serait rattaché à l'OCDE, le Secrétaire général de l'OCDE pourrait être l'instance adéquate de désignation pour l'arbitrage des différends entre Etats. D'un autre côté, il pourrait être préférable de choisir le responsable d'une instance davantage axée sur le règlement des différends et de composition plus large, notamment le CIRDI, la CPA ou la CIJ.*

### **Autres règles et procédures**

28. L'ouverture d'une procédure d'arbitrage serait notifiée au Groupe des parties. Cette notification pourrait s'effectuer par la remise d'une copie de la demande d'arbitrage précisant les points faisant l'objet du différend.

29. Les parties à l'AMI qui ne sont pas parties au différend pourraient se voir offrir la possibilité de soumettre leur point de vue au panel sur toute question relative à l'interprétation de l'AMI faisant l'objet du différend.

30. L'AMI pourrait comporter dans le domaine de la jonction une disposition du type suivant :

- a) Lorsque plusieurs parties souhaitent soumettre à un panel un différend portant sur un même point de droit et de fait, un seul panel devrait être constitué pour juger les différends chaque fois que cela sera possible ;
- b) Si plusieurs panels sont constitués, on devrait faire en sorte que, dans toute la mesure du possible, les mêmes personnes soient membres des panels et que le calendrier des procédures soit harmonisé ;
- c) Un panel constitué pour juger un différend pourrait décider, à la demande d'une autre partie à l'AMI ayant un différend sur le même point, de procéder à la jonction.

31. Le droit applicable serait constitué par les dispositions de l'AMI, mais les autres règles de droit international seraient prises en compte pour l'interprétation et l'application d'un traité. Le droit interne pourrait être pris en compte s'il est pertinent au regard de l'AMI et conforme à l'AMI.

32. L'AMI devrait préciser quelles sont les réparations qui pourront être prononcées par le panel. Les modes de réparation sont encore en discussion. Il pourrait s'agir :

- a) d'une déclaration de non-conformité d'une mesure d'une partie à l'AMI ;
- b) de l'octroi d'une réparation pécuniaire du préjudice subi par la partie demanderesse jusqu'au prononcé de la sentence pour violation de ses droits ;
- c) de l'octroi d'une réparation pécuniaire du préjudice futur si la partie ne met pas ses mesures en conformité avec l'AMI ;
- d) d'une restitution dans les cas appropriés ;
- e) d'une recommandation de mise en conformité avec l'AMI de la mesure prise par la partie ;
- f) de tout autre mode de réparation auquel consentirait la partie concernée.

33. Avant le prononcé de la sentence, le panel pourrait transmettre aux parties au différend un projet de sentence et celles-ci auraient 30 jours pour commenter ce projet. Le panel examinerait ces commentaires et rendrait sa décision finale dans les 30 jours.

34. Un exemplaire de toute décision finale serait transmis au Groupe des parties, qui mettrait la décision à la disposition du public, sauf dans la mesure où un panel, après examen des points de vue des

parties, aurait décidé que la décision contient des informations confidentielles sur des entreprises ou des données de caractère personnel.

#### *Commentaire*

*Certaines préoccupations ont été exprimées à l'égard d'une participation de parties tierces à une procédure d'arbitrage dans le cadre de l'AMI. L'accord de l'OMC sur le règlement des différends prévoit que les parties tierces "ayant un intérêt important à l'égard d'une question soumise à un groupe spécial" ont "la possibilité d'être entendues par le Groupe spécial et de formuler des observations écrites", qui doivent se refléter dans le rapport du groupe spécial. La proposition qui figure au paragraphe 29 ci-dessus limiterait les cas d'intervention aux points faisant l'objet d'un différend qui concernent l'interprétation de l'AMI ; il ne serait pas prévu un droit d'être entendu ou de prise en compte de positions exprimées par écrit. Il ne serait pas nécessaire dans ce cas de prévoir un intérêt "important" de la partie tierce, puisque toutes les parties à l'AMI ont un intérêt à l'égard d'une interprétation de l'AMI par un panel.*

*Les paragraphes 30 a) et 30 b) s'inspirent du modèle de l'OMC. Toutefois, sauf si l'on adoptait un mécanisme de désignation du panel analogue à celui de l'OMC, les différentes parties et instances de désignation pourraient éprouver plus de difficultés à constituer, ab initio, un panel conjoint ou des panels distincts de composition identique. C'est pourquoi il pourra être nécessaire, comme on l'a fait sous c), de prévoir que la première instance constituée se prononcera sur les demandes de jonction. Il a été proposé que le consentement des parties initiales soit exigé pour pouvoir faire droit à ces demandes.*

*Il est clair à la lecture du paragraphe 31 que le droit applicable sur le fond est celui de l'AMI, mais qu'il faut également prendre en compte les autres règles de droit international concernant l'interprétation d'un traité ou ayant une incidence sur son application. Une délégation suggère d'indiquer expressément quels sont les autres traités. La question se pose également de savoir s'il faut faire référence au droit interne.*

*Comme suite à une décision d'un panel constatant que l'AMI a été violé, la principale mesure escomptée est que la partie perdante se mette en conformité avec ses obligations juridiques en vertu de l'AMI, comme l'exige le droit international. Toutefois, il peut être jugé souhaitable qu'une sentence ne prenne pas la forme d'instructions expresses données à une partie de modifier sa loi ou de prendre certaines mesures administratives. En effet, cela pourrait empêcher l'exercice d'une appréciation légitime lorsqu'il existe plusieurs moyens de mise en conformité, soulever des questions de souveraineté, politiquement délicates, ou se heurter dans certains cas à des obstacles d'ordre constitutionnel. En limitant les réparations possibles à une déclaration de non-conformité, à une réparation pécuniaire et à d'autres réparations agréées par la partie perdante, on pourrait réduire le risque que la sentence ne soit pas respectée ou ne puisse être exécutée, et restreindre ainsi le problème des contre-mesures. Certaines délégations s'interrogent sur l'opportunité d'une réparation pécuniaire en cas d'arbitrage d'un différend entre Etats ; d'autres s'interrogent sur l'opportunité d'une réparation pécuniaire en cas de différend entre un investisseur et un Etat.*

#### **B. Différends entre un investisseur et un Etat**

35. La question de savoir si l'arbitrage d'un différend entre un investisseur et un Etat doit s'étendre à toutes les disciplines prévues par l'AMI est encore à l'examen. La proposition suivante ne préjuge pas du résultat de cet examen.

36. Au choix de l'investisseur, tout différend relevant de l'AMI relatif à un investissement pourrait être soumis, pour règlement :

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

37. L'AMI pourrait comporter une disposition qui clarifierait les conditions que doit remplir l'investisseur pour pouvoir invoquer les dispositions de l'AMI en matière de règlement des différends. Il faudrait également examiner si des dispositions en matière de subrogation doivent figurer sous cette rubrique ou ailleurs.

38. Les parties à l'AMI donnent leur consentement inconditionnel à l'effet qu'un différend relevant de l'AMI puisse être soumis à arbitrage dans le cadre du CIRDI (si elles sont parties au CIRDI), des règles du mécanisme supplémentaire du CIRDI, des règles de la CNUDCI, ou dans le cadre de la Cour d'arbitrage de la CCI, l'investisseur pouvant choisir entre ces mécanismes. Les différends visés sont considérés comme étant de nature "commerciale". On pourrait encourager les parties à l'AMI à participer au CIRDI.

39. Les parties pourraient être autorisées à ne pas accorder leur consentement lorsque l'investisseur a précédemment intenté une action en vertu des paragraphes 36 a) ou b), mais cela ne porterait pas atteinte au droit de l'investisseur de saisir d'un différend une juridiction judiciaire ou administrative en vue d'obtenir une mesure provisoire.

40. Le consentement vaudrait uniquement pour toute prétention invoquée à l'égard d'une partie durant une certaine période (à déterminer) à compter de la date à laquelle l'investisseur a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'élément justifiant la prétention invoquée, sauf en cas de force majeure ou pour d'autres causes suspensives pouvant justifier un délai plus long.

41. Le consentement pourrait être assorti du droit, pour une partie à un différend entre un investisseur et un Etat, d'invoquer une période de réflexion en vue de consultations.

42. L'instance de désignation pourrait être le Secrétaire général du CIRDI, à qui l'on demanderait d'envisager le choix de personnes figurant sur la liste d'arbitres de l'AMI.

43. Les arbitrages n'entrant pas dans le cadre du CIRDI auraient lieu dans un Etat partie à la convention de New York.

44. L'AMI pourrait contenir des dispositions en matière de jonction :

- a) Lorsque plusieurs investisseurs souhaitent saisir un seul panel d'un différend soulevant les mêmes points de droit et de fait, ils pourraient soumettre à cet effet une demande conjointe et seraient alors considérés comme une seule partie aux fins de la constitution du panel ;
- b) Si plusieurs panels sont constitués, il faudrait dans toute la mesure du possible que les mêmes personnes soient désignées comme membres et que le calendrier des procédures soit harmonisé ;

- c) Un panel ayant été constitué pour juger un différend entre un investisseur et une partie à l'AMI pourrait prononcer la jonction à la demande d'un autre investisseur ayant, avec cette partie, un différend soulevant les mêmes points de droit et de fait.

45. On pourrait examiner s'il ne faudrait pas d'autres dispositions permettant de gérer un grand nombre d'affaires.

46. Les parties pourraient s'engager à faire de leur mieux pour exécuter les mesures intérimaires recommandées par un panel.

47. Un exemplaire de la décision finale sera transmis au Groupe des parties. Celui-ci rendra publique cette décision, sauf si le panel décide qu'elle contient des informations confidentielles sur des entreprises ou des données de caractère personnel.

#### *Commentaire*

*Une délégation conteste la nécessité de consentir à la saisine de toutes les instances visées au paragraphe 38. Selon une autre délégation, l'AMI devrait uniquement prévoir que les parties "peuvent donner" leur consentement à l'arbitrage d'un différend entre un investisseur et un Etat, de sorte que ce consentement ne serait pas lié automatiquement à la qualité de partie à l'AMI. Cette délégation propose un autre mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et l'Etat, par lequel les parties acceptent que les investisseurs soumettent les différends, pour examen, à une commission qui pourrait les soumettre à un règlement obligatoire. Cette proposition, exposée dans le document DAF/MAI/EG1/RD(96)5, est censée faire partie intégrante du présent rapport et pourrait être évoquée pour examen à l'avenir.*

*Le paragraphe 39 comporte un régime absolu de "voie unique". Certaines délégations considèrent qu'un tel régime est trop restrictif. Certaines s'opposent à tout régime de voie unique ; d'autres proposent que la voie unique s'applique juste avant qu'une juridiction interne rende un jugement sur le fond. Il faudrait également, selon certaines délégation, exiger l'épuisement des recours internes.*

*Le paragraphe 42 confère une valeur indicative à la liste qui sera utilisée par l'instance de désignation en cas d'arbitrage d'un différend entre un investisseur et un Etat. Une délégation propose que la liste AMI joue un rôle central pour le choix du panel arbitral en cas de différend entre un investisseur et un Etat.*

*Pour ce qui concerne les différends entre l'investisseur et l'Etat, certaines délégations estiment que le consentement des parties est essentiel pour qu'il puisse y avoir jonction. Une autre délégation est d'avis que le consentement des parties ne doit pas être exigé.*

*Un certain nombre de délégations pourraient appuyer une proposition allant plus loin que celle du paragraphe 46 et qui obligerait à offrir des mesures provisoires en droit interne. Mais cela pourrait soulever de sérieuses difficultés pour un certain nombre d'autres pays dont le système juridique n'offre pas actuellement cette possibilité. De plus, l'obligation d'exécuter des mesures provisoires ordonnées par un panel pourrait mettre en jeu les mêmes sensibilités et soulever les mêmes problèmes qu'une injonction prononcée dans une sentence finale.*

*Une délégation propose qu'il puisse être interjeté appel d'une sentence dans le cas d'un différend entre un investisseur et un Etat auprès d'un panel d'appel de l'AMI désigné au moyen d'une liste.*

### **C. Exécution et inobservation**

48. Les parties seraient tenues d'exécuter de bonne foi une sentence arbitrale définitive et obligatoire.

49. Les parties à l'AMI feraient en sorte que les réparations pécuniaires soient exécutoires sur leur territoire.

50. Dans le cas où une partie ne se conformerait pas à une décision arbitrale, les autres parties pourraient coopérer avec les parties spécialement lésées en vue d'obtenir le respect de la décision arbitrale :

- (a) Le Groupe des parties, par consensus moins la partie en défaut, pourrait suspendre le droit de cette dernière de participer au Groupe des parties et son droit d'invoquer les dispositions de l'AMI concernant le règlement des différends.
- (b) En cas d'inobservation persistante, toute autre partie pourrait invoquer cette inobservation comme motif de suspension, à l'égard de la partie en défaut, des dispositions de l'AMI qui ont trait au règlement des différends.

51. On pourrait établir une liste exhaustive de contre-mesures.

52. Le recours à des contre-mesures pourrait faire l'objet d'un contrôle procédural de la part du Groupe des parties ou d'un panel.

53. Les mesures prises comme suite à l'inobservation d'une décision arbitrale pourraient faire l'objet d'une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'AMI, le droit à ce règlement des différends n'étant susceptible ni d'une suspension, ni d'une extinction.

#### *Commentaire*

*Un assez grand nombre de délégations estiment que l'AMI devrait permettre aux parties spécialement lésées par l'inobservation de la sentence arbitrale de prendre des contre-mesures efficaces, mais il faudrait que ce droit soit réglementé et assorti de certaines garanties, plutôt que de s'en remettre à l'invocation unilatérale du droit coutumier. Les délégations considèrent également qu'il est particulièrement difficile de mettre en oeuvre des mesures de rétorsion dans le domaine de l'investissement. Il faudra réfléchir à des solutions remédiant à ces préoccupations.*