



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

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

(Note du Président)

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

(Note du Président)

INTRODUCTION

1. On exposera dans cette note, pour examen ultérieur, le cadre conceptuel possible d'un mécanisme de règlement des différends pour l'AMI. On a fait figurer en italiques les commentaires et les points à approfondi suite aux discussions qui ont eu lieu lors de la dernière réunion.

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 s'appuierait tout d'abord sur des méthodes informelles, bilatérales et, le cas échéant, multilatérales de prévention ou de règlement des différends ;
- un Groupe des parties jouerait 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 ;
- les délégations, sauf une qui a formulé une réserve à ce sujet, souhaitent que l'AMI contienne une clause d'acceptation préalable de recours à un tel arbitrage ;
- sous réserve d'une réserve d'une délégation, le mécanisme arbitral serait essentiellement de type ad hoc et comporterait certains éléments institutionnels, en particulier une liste d'arbitres qualifiés ;
- les sentences arbitrales seraient obligatoires pour les parties à l'arbitrage, sans droit automatique d'appel ;
- 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 ;
- 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, points sur lesquelles des réserves ont été formulées, les principales questions qui restent ouvertes sont les suivantes :

- quelles règles, parmi les nombreuses susceptibles de régir la composition d'un panel, devraient être adoptées pour l'arbitrage entre Etats ;
- les droits des parties tierces intéressées à participer à la procédure devant un panel ;

- prévoir l'éventuelle jonction des différends lorsque ceux-ci portent sur le même point, et les modalités ;
- les préparations qu'un panel pourra prononcer, en dehors d'un jugement déclaratif et d'une réparation pécuniaire ;
- le sort à réserver à d'éventuelles sentences aberrantes ;
- 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 ;

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 l'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.

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 (qu'il s'agisse d'un Etat ou d'un investisseur), 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 général 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 particulier, 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 avoir une fonction limitée de "soupape de sûreté" en cas de décision arbitrale aberrante.

9. Les archives du Groupe des parties pourraient servir de référence concernant le 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 sentence portant sur un point relatif au fonctionnement de l'AMI, notamment les questions concernant son interprétation.
11. Les sentences arbitrales seraient généralement rendues publiques (voir le paragraphe 34), mais le Groupe des parties pourrait se prononcer sur la divulgation publique des autres catégories de règlement.
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

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, ayant un caractère contraignant. En effet, on pourrait ainsi empêcher qu'un accord se dégage sur une clarification de l'AMI et la distinction entre interprétation et modification risque d'être problématique.

Une clarification adoptée par consensus 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. Il se peut en outre 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. Dans l'AMI, le Groupe des parties pourrait avoir le pouvoir d'écartier par consensus une sentence aberrante, ou de saisir d'une sentence contestable, à la majorité qualifiée, un organe d'appel permanent ou ad hoc (voir à ce sujet le paragraphe 22 de la présente note (différends entre Etats).

II. CONSULTATIONS, CONCILIATION ET MEDIATION

A. Consultations bilatérales

14. Il est proposé qu'une partie à l'AMI soit tenue d'engager 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 compatibilité avec l'AMI de toute mesure effectivement prise ou officiellement envisagée par la partie ;
- 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. Il est proposé :

- a) qu'une partie ne puisse 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) qu'un délai similaire de consultation/de réflexion soit prévu pour l'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 appel au Groupe des parties pour les autres consultations obligatoires en vertu de l'AMI. La proposition qui figure au paragraphe 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.

En ce qui concerne le paragraphe 15, une autre proposition consiste à exiger que les positions prises par une partie à l'occasion des consultations pré-arbitrales et celles pouvant être prises lors de l'arbitrage même soient cohérentes.

Pour ce qui est du paragraphe 16, les points de vue sont divergents sur le point de savoir si les consultations doivent être obligatoires avant l'arbitrage, en particulier en cas de différend entre un investisseur et un Etat. 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 pour le règlement du différend par voie de consultations avant qu'un groupe spécial puisse être saisi (à moins que les parties conviennent 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 pas été réglé par voie de consultations bilatérales, l'une des parties peut en saisir pour examen le Groupe des parties (prévu à la section A ci-dessus). Il serait ainsi parfaitement clair que le Groupe des parties pourrait être saisi pour engager une forme ou de consultation multilatérale 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,

soit à l'initiative de la partie dont relève l'investisseur, soit à l'initiative de la partie accueillant l'investissement, agissant seule ou avec le consentement de l'investisseur.

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 les parties, y compris, en tant que de besoin, les règles de conciliation du CIRDI et de la CNUCDI ;
- 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 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 compatibilité, avec l'AMI, de toute mesure ou action d'une partie -- qui n'aurait pas pu être réglée au moyen des consultations demandées pourrait être soumis à un panel, 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 large appui se manifeste en faveur d'un arbitrage ad hoc comme forme obligatoire de règlement des différends entre Etats par une instance tierce.

21. Le consentement d'une partie à l'arbitrage au titre de cette disposition ne s'appliquerait pas à tout différend pour lequel un investisseur a invoqué les dispositions en matière d'arbitrage de l'AMI, à moins que cette procédure n'aboutisse pas à une décision arbitrale définitive et obligatoire.

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'entendent de tout différend "juridique" et non des différends relatifs à des matières pour lesquelles une partie exerce un pouvoir totalement discrétionnaire ou un jugement unilatéral.

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 CJI 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 sur

ces questions. Pour répondre à cette préoccupation, les parties pourraient, par exemple, accepter une "interprétation unilatérale" ("understanding") formelle que les différends relatifs au droit de la mer ne relèvent pas de ceux que la partie concernée accepte de voir soumis au mécanisme de règlement des différends de l'AMI.

Caractère définitif et obligatoire sur la sentence arbitrale

22. La sentence arbitrale serait définitive et obligatoire pour les parties à la procédure arbitrale, sous réserve des conditions suivantes :

- a) La sentence arbitrale sera être 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 ou qu'elle sera déferée à une instance d'appel.
- b) La sentence arbitrale cessera d'être obligatoire à l'égard des parties à cette sentence dès lors qu'elle est incompatible avec une clarification de l'AMI par le Groupe des parties, à laquelle les parties à la procédure arbitrale ont participé.

Règles et procédures

23. L'AMI définira les règles de base et la procédure de l'arbitrage entre Etats. Le Groupe des parties aurait la faculté de compléter ces règles, sans pouvoir toutefois les modifier. Pour un différend déterminé, les règles pourraient être modifiées par les parties au différend. Les règles de la CNUDCI pourraient être utilisées par défaut.

Liste des membres du panel et qualifications

24. Une liste de personnes pouvant être désignées comme membres du panel serait établie et tenue par le Groupe des parties. Il est proposé que :

- a) chaque partie à l'AMI puisse désigner cinq personnes sur la liste ;
- b) ces designations sont valables pour cinq ans ;
- c) dans le cas où des compétences spéciales seraient nécessaires pour un différend ou une catégorie de différends, le Groupe des parties puisse établir une liste spéciale à partir de laquelle les membres du panel pourraient être choisis ;
- d) les personnes désignées soient inscrites sur la liste, sauf si leur récusation est demandée pour manque de compétences ou conflit d'intérêts. Dans un tel cas, c'est le Groupe des parties qui se prononcerait à la majorité qualifiée.

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

Commentaire

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.

Des positions différentes se sont exprimées quant à l'opportunité de prévoir dans l'AMI d'autres qualifications pour les membres des panels ou les désignations 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 des règlements des différends, mais l'intérêt qu'a chaque partie de désigner des personnes compétentes la rendrait très 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. Il est proposé que le panel se compose de trois membres, dont un président, choisis d'un commun accord entre les parties au différend. D'autres possibilités seraient envisageables :

-- une instance 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, il est proposé que le Secrétaire général de l'OCDE procède à ces désignations, après consultation des parties au différend.

Commentaire

Des points de vues très divers ont été exprimés en ce qui concerne le nombre de 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. Cela pourrait aboutir à un panel dans laquelle 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. Pour les parties et instances de désignation, la liste pourrait être indicative ou obligatoire. Dans le cadre du mécanisme de l'OMC -- où le panel se compose de trois membres sauf si les parties conviennent qu'elle se composera de cinq membres -- le panel est désigné par le Secrétariat, qui dispose de listes indicatives, et les parties ne peuvent s'opposer à la désignation que "pour des raisons impérieuses".

Il est jugé préférable de prévoir pour l'AMI une instance permanente de désignation, à savoir le Secrétaire général de l'OCDE, comme indiqué au paragraphe 27. 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 paraît l'instance de désignation la plus adéquate en cas d'arbitrage entre Etats.

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, qui précise 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, un seul panel devra être constitué pour juger les différends à chaque fois que cela sera possible ;
 - b) si plusieurs panels sont constitués, on doit faire en sorte que, dans toute la mesure du possible, ce soient les mêmes personnes qui 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 leur jonction.
31. Le droit applicable sera constitué par les dispositions de l'AMI, interprétées et appliquées conformément aux règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les parties.
32. L'AMI devra préciser quelles sont les réparations qui pourront être prononcées dans la sentence. 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 du fait de la 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) 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 les parties 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 la mettrait à la disposition du public, sauf dans la mesure où un panel 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 large 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 être reflétées 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 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. Cette disposition n'empêcherait pas de prendre en compte le droit interne si cet élément est pertinent dans le cadre de l'AMI et si le droit interne est compatible avec l'AMI.

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, on pourrait ainsi 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 restreignant les réparations possibles à une déclaration de non-conformité, à une réparation pécuniaire à une autre réparation agréée par la partie perdante, on pourrait réduire les risques d'inobservation de la sentence arbitrale ou de sentences inexécutives, et restreindre ainsi l'étendue du problème des contre-mesures.

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 et qui viserait à éviter des actions futiles. Il faut 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 de la Cour d'arbitrage de la CCI, l'investisseur pouvant choisir entre ces mécanismes. Les différends relevant de l'AMI visés sont considérés de nature "commerciale".

39. Les parties qui seraient mentionnées dans une annexe ne donneraient pas leur consentement lorsque l'investisseur a précédemment intenté une action en vertu des paragraphes 36 a) ou b), une partie au différend ayant toutefois le droit de soumettre un différend à une juridiction judiciaire ou administrative en vue d'obtenir une mesure provisoire.

40. Ce consentement vaudrait pour toute prétention invoquée à l'égard d'une partie dans les six ans 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. Ce consentement est 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, de 60 jours au maximum à compter de la date à laquelle l'investisseur a notifié le différend à la partie.

42. L'instance de désignation serait le Secrétaire général du CIRDI, qui prêterait une attention particulière à la désignation de personnes figurant sur les listes d'arbitres de l'AMI.

43. L'arbitrage aurait lieu dans un Etat partie à la convention de New York.

44. L'AMI pourrait comporter des dispositions en matière de jonction. Le mécanisme suivant est proposé :

- a) lorsque plusieurs investisseurs souhaitent saisir à un seul panel d'un différend soulevant les mêmes points de droit et de fait, ils pourront soumettre à cet effet une demande conjointe et seront 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 du panel et que le calendrier des procédures soit harmonisés ;
- 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, eu égard aux possibilités que leur offre leur loi à cet égard.

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

Le régime du consentement préalable inconditionnel à l'arbitrage des différends entre un investisseur et un Etat, tel qu'il est prévu au paragraphe 38, est le régime normal dans les conventions en matière d'investissement et cet élément est très largement considéré comme essentiel si l'on veut que AMI soit à la pointe du progrès.

Selon une 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 l'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.

Le paragraphe 39 comporte un régime absolu de "voie unique". Certaines délégations estiment qu'un tel régime est trop restrictif. Elles proposent que l'option d'arbitrage reste ouverte à tout moment tant qu'une juridiction interne n'a pas rendu un jugement sur le fond. Il faudrait également, selon certaines délégations, exiger l'épuisement des recours internes.

Un certain nombre de délégations pourraient appuyer une proposition qui obligerait à offrir des mesures provisoires en droit interne allant plus loin que celle du paragraphe 46. 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.

C. Exécution et inobservation

48. Les parties seraient tenues d'exécuter de bonne foi les sentences arbitrales qui sont définitives et obligatoires.

49. Les parties à l'AMI feraient en sorte que les réparations pécuniaires ordonnées au titre de l'AMI dans le cadre de l'arbitrage d'un différend entre Etats ou d'un différend entre un investisseur et un Etat soient exécutoires sur leur territoire.

50. Dans le cas où une partie ne se conformerait pas à une décision arbitrale, les autres parties coopéreraient 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. Les mesures prises comme suite à l'inobservation d'une décision arbitrale pourraient faire l'objet d'une procédure de règlement de différends dans le cadre de l'AMI, le droit à ce règlement des différends ne peut être ni suspendu ni terminé.

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.

Les délégués souhaiteront sans doute réfléchir encore aux dispositions qui pourraient figurer dans l'AMI pour remédier à ces préoccupations. Est-il possible d'établir une liste de contre-mesures qui soit à la fois efficace et exhaustive ? Faut-il subordonner le recours aux contre-mesures à des contrôles de nature procédurale, par exemple à l'approbation préalable d'un panel ?