

# ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/WGTI/W/134

7 août 2002

(02-4350)

**Groupe de travail des liens  
entre commerce et investissement**

## CONSULTATIONS ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE LES MEMBRES

### Note du Secrétariat

*Le présent document a été établi par le Secrétariat sous sa propre responsabilité et sans préjudice des positions des Membres ni de leurs droits et obligations dans le cadre de l'OMC.*

### RÉSUMÉ

La question "consultations et règlement des différends entre les Membres" est l'un des sept sujets énumérés au paragraphe 22 de la Déclaration ministérielle de Doha, que doit clarifier le Groupe de travail des liens entre commerce et investissement.

Le Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC établit un système intégré de règlement des différends pour toutes les questions découlant de l'interprétation ou de l'application de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC et de ses Annexes 1 et 2. Il met l'accent sur l'importance des consultations pour le règlement des différends et, lorsqu'un différend ne peut pas être réglé par voie de consultations, il donne aux Membres le droit à l'établissement d'un groupe spécial; il définit aussi des procédures détaillées et fixe des délais pour les différentes étapes du processus de groupe spécial. Lorsqu'une mesure est jugée incompatible avec un Accord de l'OMC, un groupe spécial recommandera que le Membre concerné mette la mesure en conformité avec les règles de l'OMC. Un élément essentiel du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends est la disposition qui prévoit un examen en appel, à l'issue duquel l'Organe d'appel permanent peut confirmer, modifier ou infirmer les constatations d'un groupe spécial. Le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends établit d'autres dispositions pour la surveillance multilatérale de la mise en œuvre des recommandations de l'Organe de règlement des différends (ORD), ainsi que la possibilité de compensation et de suspension de concessions et d'obligations en cas d'inexécution. L'autorisation préalable de l'ORD doit être obtenue avant l'application de la mesure de suspension de concessions et d'obligations au Membre qui ne se conforme pas aux recommandations, les mesures unilatérales n'étant pas permises dans le cadre du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

Les accords d'investissement internationaux<sup>1</sup> - bilatéraux, régionaux et multilatéraux - prévoient normalement deux types de mécanismes de règlement des différends: i) celui du règlement

---

<sup>1</sup> La présente note vise les accords d'investissement "modernes" tels que les traités d'investissement bilatéraux ou les accords bilatéraux ou régionaux d'intégration économique ou de libre-échange dans lesquels figure un chapitre sur l'investissement. Elle ne porte pas sur les anciens traités d'amitié, de commerce et de navigation qui prévoient généralement le règlement de différends par voie de recours à la Cour internationale de justice.

entre États, qui est disponible uniquement entre des États parties à un accord, et ii) celui du règlement entre un investisseur et l'État, dans lequel un investisseur peut soumettre à l'arbitrage international une revendication à l'égard d'un État d'accueil. La Déclaration de Doha ne vise que les consultations et le règlement des différends *entre Membres*, mais, étant donné que la plupart des accords d'investissement internationaux prévoient l'arbitrage entre un investisseur et l'État, la présente note, pour être complète, traitera des deux types de dispositions en matière de règlement des différends. Dans un cas comme dans l'autre, il est demandé aux parties de s'efforcer de régler leur différend à l'amiable (par voie de consultations ou de négociations pour les différends entre États), avant d'introduire une instance formelle.

Les dispositions relatives à des différends entre États prévoient normalement le règlement par voie d'arbitrage ponctuelle. Certains traités bilatéraux et régionaux comportent leurs propres arrangements institutionnels. Dans la pratique, ces dispositions sont cependant relativement uniformes. Il y a peu de variations dans la manière dont les accords d'investissement internationaux abordent la question de l'établissement de tribunaux d'arbitrage. En ce qui concerne les règles de procédure, outre le fait de stipuler que les décisions doivent être prises à la majorité et qu'elles doivent être définitives et exécutoires, la plupart des accords d'investissement internationaux laissent aux tribunaux toute latitude pour déterminer leurs propres procédures. Il y a moins d'uniformité concernant la loi applicable quant au fond. Bon nombre d'accords d'investissement internationaux n'abordent pas cette question, alors que certains autres ont une clause précisant le droit applicable aux différends. En pareille circonstance, ils se réfèrent généralement à leurs propres dispositions, complétées par d'autres règles du droit international et parfois par d'autres accords conclus entre les parties. Les accords d'investissement internationaux prévoient normalement que les sentences arbitrales sont définitives et ont force exécutoire, mais ils ne font souvent aucune allusion à l'exécution des clauses. En outre, dans ces accords figurent fréquemment des dispositions régissant la répartition des frais de l'arbitrage entre les parties.

Les anciens traités d'investissement bilatéraux ne prévoyaient que l'arbitrage ponctuel dans les différends entre États, mais à présent, presque tous les accords d'investissement internationaux ont des dispositions relatives à l'arbitrage entre un investisseur et l'État, par le biais de régimes institutionnels ou autres d'arbitrage préexistants. La grande majorité des accords d'investissement internationaux réfèrent de tels différends à l'arbitrage en vertu de la Convention de 1966 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre les États et les ressortissants d'autres États (Convention portant création du CIRDI) ou son Mécanisme complémentaire. Toutefois, un très grand nombre d'accords d'investissement internationaux se réfèrent à l'arbitrage conformément aux règles de la CNUDCI, de la Chambre de commerce internationale (CCI) ou d'autres institutions privées d'arbitrage. En fait, les accords d'investissement internationaux tendent depuis quelque temps à prévoir un choix entre différents régimes d'arbitrage. Certains de ces accords subordonnent le recours à l'arbitrage entre un investisseur et l'État est subordonné à l'épuisement des voies locales de recours, bien que les accords d'investissement internationaux modernes ne contiennent pas une telle exigence. Lorsque les voies locales de recours sont prévues, elles ne sont normalement pas obligatoires, mais ne représentent que l'une de plusieurs options à la disposition des parties au différend. En règle générale, le choix de recourir à des procédures locales ou à l'arbitrage international est normalement définitif. De même, dans certains accords d'investissement internationaux, le recours à l'arbitrage entre un investisseur et l'État exclut le recours au règlement entre États pour le même différend.

L'arbitrage entre un investisseur et l'État se caractérise notamment par le fait qu'il accorde des dommages-intérêts monétaires. Les tribunaux d'arbitrage n'ont cependant pas le pouvoir de demander à un État d'accueil de révoquer ou modifier une mesure incompatible. Les sentences arbitrales sont normalement définitives et ont force exécutoire, mais leur validité peut être contestée pour des motifs divers devant des tribunaux locaux, excepté dans le cas des sentences du CIRDI qui ne peuvent pas faire l'objet d'appel ou de tout autre recours sauf ceux qui sont prévus par la Convention. Pour assurer l'exécution des sentences arbitrales par les tribunaux locaux, de nombreux accords d'investissement

internationaux se réfèrent à certaines conventions internationales qui prévoient l'exécution obligatoire des sentences arbitrales étrangères, par exemple, la Convention de New York de 1958 et la Convention portant création du CIRDI elle-même. En cas d'inexécution d'une sentence arbitrale, certains accords d'investissement internationaux permettent à l'État d'origine de l'investisseur d'introduire une revendication en vertu du mécanisme de règlement des différends du traité. Aux termes de la Convention portant création du CIRDI, l'inexécution réactive le droit de l'État d'origine d'accorder la protection diplomatique ou d'intenter une action internationale contre l'État d'accueil. L'inexécution d'une sentence arbitrale peut entraîner la responsabilité internationale de l'État défaillant, auquel cas l'État d'origine peut exercer les moyens de recours disponibles en droit international en cas de manquement à une obligation découlant d'un traité.

Il existe un certain nombre de différences fondamentales entre le règlement des différends dans le cadre des accords d'investissement internationaux et dans le cadre du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC. En ce qui concerne le règlement de différends entre États, une différence importante a trait au droit applicable; le système de règlement des différends de l'OMC se limite aux règlements concernant les droits et obligations découlant des accords visés, alors que le règlement des différends entre États dans le cadre des accords d'investissement internationaux semble avoir une portée beaucoup plus vaste. Il en est ainsi parce qu'en sus de leurs propres dispositions, les accords d'investissement internationaux se réfèrent souvent à d'autres règles de droit international (aussi bien dans leurs dispositions spécifiques au règlement des différends que dans leurs articles relatifs au "traitement") ainsi qu'à d'autres accords conclus par les parties et parfois à des engagements souscrits concernant des investissements précis. Une autre différence importante a trait à la question de l'exécution des sentences rendues au titre du règlement des différends, la plupart des accords d'investissement internationaux n'en faisant aucune mention, alors que le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends établit son propre système de surveillance de la mise en conformité et des mesures correctives.

En ce qui concerne l'arbitrage entre un investisseur et l'État, les principales différences sont les suivantes. Aux termes des accords d'investissement internationaux, l'investisseur a directement accès à un tribunal international pour introduire une revendication à l'encontre d'un État d'accueil, alors que dans le cadre de l'OMC l'accès au règlement des différends est réservé aux États Membres. Les tribunaux d'arbitrage peuvent accorder des dommages pécuniaires, mais ne peuvent pas ordonner la révocation d'une mesure incompatible. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC doivent recommander qu'une mesure soit mise en conformité avec les règles de l'OMC, mais il est généralement entendu qu'ils ne peuvent pas accorder des dommages-intérêts. En cas d'inexécution d'une sentence arbitrale par un État d'accueil, l'État d'origine de l'investisseur peut utiliser les voies de recours prévues par le droit international. En revanche, dans le cas où une décision d'un groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel n'est pas mise en œuvre, le Membre de l'OMC ayant eu gain de cause peut, sous réserve d'autorisation préalable, se prévaloir de la mesure corrective temporaire consistant à suspendre des concessions ou des obligations comme le prévoit le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

Au cours des débats du Groupe de travail sur le type de dispositions de règlement des différends qui pourraient s'appliquer à un cadre multilatéral sur l'investissement, les questions clés suivantes ont été soulevées :

- Le système de règlement des différends de l'OMC devrait-il s'appliquer aux différends survenant dans le contexte d'un cadre multilatéral sur l'investissement?
- Dans l'affirmative, le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends devrait-il s'appliquer dans sa forme actuelle ou certaines modifications seraient-elles nécessaires pour son application dans ce contexte?

- Quelle serait la relation entre les dispositions de règlement des différends d'un cadre de l'OMC sur l'investissement et les procédures de règlement des différends des accords d'investissement internationaux, y compris en ce qui concerne le règlement des différends entre un investisseur et un État?
- 

## **I. INTRODUCTION**

1. Le paragraphe 22 de la Déclaration de Doha prescrit au Groupe de travail de clarifier la question "consultations et règlement des différends entre les Membres". La présente note résume brièvement les débats du Groupe de travail, décrit certaines des principales caractéristiques du système de règlement des différends de l'OMC et les dispositions des accords d'investissement internationaux relatives au règlement des différends entre États et entre un investisseur et un État et met en lumière certaines des différences entre les deux systèmes.

## **II. DÉBATS DU GROUPE DE TRAVAIL<sup>2</sup>**

2. Les Membres du Groupe de travail estiment que les dispositions relatives au règlement des différends, y compris entre un investisseur et un État, sont une caractéristique commune de nombreux accords d'investissement internationaux, bien que la manière dont elles sont rédigées ne soit pas uniforme.

3. Au cours des débats sur le type de mécanisme de règlement des différends qui pourrait être inclus dans un cadre éventuel de l'OMC sur l'investissement, un certain nombre de questions ont été soulevées au Groupe de travail. L'une est celle de savoir si le mécanisme de règlement des différends de l'OMC existant devrait s'appliquer aux différends en matière d'investissement entre parties à un cadre multilatéral, ou s'il faudrait lui apporter certaines modifications pour qu'il s'applique dans ce contexte. Une autre question soulevée par certaines est celle du statut éventuel que les investisseurs devraient avoir dans les procédures de règlement des différends.

4. Selon un point de vue, étant donné que le règlement des différends vise essentiellement à éliminer ou modifier des mesures jugées incompatibles avec les règles convenues, le système de règlement des différends de l'OMC pourrait s'appliquer aux différends en matière d'investissement sans qu'il soit nécessaire de le modifier sensiblement. Toutefois, si le mécanisme de règlement des différends de l'OMC devait s'appliquer à un éventuel cadre sur l'investissement, une question importante était de savoir si ses dispositions sur la compensation et la suspension de concessions (article 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends) devraient s'appliquer aux différends en matière d'investissement. À cet égard, on a noté qu'il faudrait tenir compte du fait que ces dispositions s'appliquaient déjà aux différends relatifs aux investissements dans le cadre de l'AGCS et de l'Accord sur les MIC.

5. Il a aussi été suggéré de s'intéresser à la relation entre l'application des procédures de règlement des différends de l'OMC dans le contexte d'un cadre multilatéral sur l'investissement, d'une part, et l'application des dispositions de règlement des différends prévues par les nombreux accords d'investissement bilatéraux et régionaux existantes, d'autre part. Certains Membres font observer que

---

<sup>2</sup> On trouvera des références à ce sujet dans les rapports du Groupe de travail figurant dans les documents WT/WGTI/M/4, paragraphes 46 et 48; M/5, paragraphes 28, 29, 64 et 65; M/8, paragraphes 83, 84, 86 et 88; M/9, paragraphes 42 et 44; M/11, paragraphes 41, 47 et 49; M/12, paragraphe 68; M/15, paragraphes 57 et 61; M/17, paragraphes 50, 89 et 140. Les références à ce sujet dans les communications écrites de Membres figurent dans les documents WT/WGTI/W/67 et W/68.

l'utilisation des procédures de l'OMC ne devrait pas exclure le recours aux dispositions des accords d'investissement bilatéraux ou régionaux si les parties à un différend en décidaient ainsi. À cet égard, on a estimé qu'il serait peut-être utile de concevoir des règles spécifiques pour éviter l'inefficacité et le double emploi.

6. Certains ont estimé que la possibilité d'appliquer le mécanisme de règlement des différends de l'OMC existant représentait l'un des avantages importants de l'adoption d'une approche multilatérale des règles relatives à l'investissement. Selon un point de vue, contrairement aux traités bilatéraux où le processus de règlement des différends peut être aisément influencé par la nature du différend ou le lien entre les deux pays, la supervision au moyen d'un système multilatéral assurerait l'équité et la transparence d'un processus de règlement des différends. Selon un autre point de vue, par contre, l'adoption de règles multilatérales dans ce domaine risquerait de favoriser indûment les entreprises multinationales au détriment des pays d'accueil, notamment dans le cadre du système de règlement des différends. D'une manière plus générale, on a soutenu que le règlement des différends en vertu des règles de l'OMC ne profiterait qu'aux pays d'origine.

7. En ce qui concerne les dispositions relatives au règlement des différends entre un investisseur et un État, certaines délégations ont indiqué que les règles éventuelles de l'OMC sur l'investissement ne devraient pas prévoir le droit pour les investisseurs de recourir à titre individuel aux procédures internationales de règlement des différends. On a aussi fait valoir qu'en raison du caractère intergouvernemental de l'OMC, la question du règlement des différends entre un investisseur et un État à l'OMC devait faire l'objet d'un examen attentif. Toutefois, il a été suggéré de prévoir des règles exigeant la révision par le système judiciaire national.

8. En présentant leurs différentes expériences des accords d'investissement internationaux, certains Membres ont signalé l'existence de dispositions de tels accords sur le règlement des différends entre un investisseur et un État. Dans ce contexte, ils ont relevé certaines limitations de la portée du mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et un État, par exemple, sa non-applicabilité aux différends impliquant des investisseurs "potentiels".

9. La question du règlement des différends a également été soulevée en relation avec d'autres éléments d'un éventuel accord de l'OMC sur l'investissement. Par exemple, pour ce qui est de la définition de l'investissement, des Membres se sont déclarés favorables à une définition précise en ce qui concerne tout mécanisme éventuel de règlement des différends. On a aussi soutenu que le mécanisme de règlement des différends aurait une incidence fondamentale sur la question du champ d'application. Pour ce qui est de la transparence, il a été suggéré que toute règle de l'OMC sur la transparence dans le domaine de l'investissement devrait être impérative et être assujettie au mécanisme de règlement des différends. Selon un autre point de vue, on ne voit pas clairement comment les procédures de règlement des différends de l'OMC fonctionneraient en relation avec les obligations de transparence concernant les mesures relatives à l'investissement.

### **III. LE SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC**

#### **A. CHAMP D'APPLICATION**

10. Le système de règlement des différends de l'OMC se fonde sur les articles XXII et XXIII du GATT de 1994, les articles XXII et XXIII de l'AGCS et le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, figurant à l'Annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC.<sup>3</sup> Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends établit un mécanisme

---

<sup>3</sup> Le texte du Mémoire d'accord sur le règlement des différends est repris dans Résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay, textes juridiques, publié par le Secrétariat du GATT, Genève (1994).

intégré de règlement des différends applicable aux "accords visés" définis comme incluant l'Accord instituant l'OMC et les Accords commerciaux multilatéraux et plurilatéraux repris à l'Appendice 1 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, bien qu'aux termes de certains accords des règles et procédures spéciales soient applicables (Appendice 2). Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends couvre aussi les différends concernant les droits et obligations prévus par ledit mémoire. L'Organe de règlement des différends (ORD), comprenant des représentants de tous les Membres de l'OMC, est chargé d'administrer le Mémoire d'accord sur le règlement des différends. Toutes les décisions de l'ORD ne peuvent être prises que par consensus.

## B. CONSULTATIONS

11. Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends souligne l'importance des consultations dans le règlement des différends, en exigeant qu'un Membre engage des négociations dans un délai de 30 jours suivant une demande de consultations par un autre Membre (article 4). Si les consultations n'aboutissent pas au règlement d'un différend dans un délai de 60 jours, le Membre plaignant peut demander l'établissement d'un groupe spécial. Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends prévoit d'autres moyens de règlement des différends auxquels les parties peuvent volontairement avoir recours, comme les bons offices, la conciliation et la médiation (article 5).

## C. ÉTABLISSEMENT ET COMPOSITION DES GROUPES SPÉCIAUX

12. Lorsqu'un différend ne peut être réglé par voie de consultations, à la demande du Membre plaignant, un groupe spécial sera établi, au plus tard à la réunion de l'ORD qui suivra celle à laquelle la demande a été présentée, à moins que l'ORD ne décide par consensus de ne pas établir le groupe spécial (article 6). Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends fixe des règles et des délais spécifiques concernant le mandat (article 7) et la composition des groupes spéciaux (article 8). Le mandat type s'appliquera<sup>4</sup>, à moins que les parties ne conviennent d'un mandat spécial dans un délai de 20 jours suivant l'établissement du groupe spécial. Les groupes spéciaux sont normalement composés de trois personnes proposées par le Secrétariat sur la base d'une liste d'experts qualifiés et acceptées par les parties. Si les parties ne s'accordent pas sur la composition du groupe spécial dans le même délai de 20 jours, l'une ou l'autre partie peut demander au Directeur général de désigner les membres du groupe spécial. Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends précise les règles et les délais applicables aux différentes étapes de la procédure de groupes spéciaux (article 12 et Appendice 3).

## D. RAPPORTS DES GROUPES SPÉCIAUX

13. Un groupe spécial présentera à l'ORD ses constatations et recommandations sous forme de rapport écrit. Si un groupe spécial constate qu'une plainte est justifiée, son rapport recommandera normalement que le Membre contrevenant mette la mesure en conformité avec les règles de l'OMC. Il peut aussi suggérer des moyens de mettre en œuvre les recommandations. Les rapports des groupes spéciaux devraient normalement être publiés dans un délai de six mois, ou dans les cas d'urgence ou pour les différends impliquant des allégations de subventions à l'exportation, dans un délai de trois mois suivant l'établissement du groupe spécial. Un rapport de groupe spécial sera généralement adopté dans un délai de 60 jours suivant sa publication, à moins que l'ORD ne décide par consensus de ne pas l'adopter ou que l'une des parties notifie à l'ORD son intention de faire appel.

---

<sup>4</sup> L'article 7:1 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends établit le mandat type suivant (sauf accord en disposant autrement): "Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes de (nom de l'(des) accord(s) visé(s) cité(s) par les parties au différend), la question portée devant l'ORD par (nom de la partie) dans le document ...; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans ledit (lesdits) accord(s)."

#### E. EXAMEN EN APPEL

14. Un élément important du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends est sa disposition relative à l'appel concernant les décisions des groupes spéciaux (article 17). Un Organe d'appel permanent composé de sept membres (dont trois siégeront pour une affaire donnée) connaîtra des appels. L'examen en appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci. La procédure d'appel doit être achevée dans les 60 jours et en aucun cas ne dépassera 90 jours. Le rapport de l'Organe d'appel qui en résultera ainsi que le rapport correspondant du groupe spécial, tel que confirmé, modifié ou infirmé, sera adopté par l'ORD dans les 30 jours suivant sa distribution aux Membres, à moins qu'il n'en soit disposé autrement par consensus et sera accepté de façon inconditionnelle par les parties.

#### F. MISE EN ŒUVRE DES RECOMMANDATIONS ADOPTÉES

15. Après l'adoption du rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel, le Membre défendeur est tenu de notifier à l'ORD la manière dont il entend mettre en œuvre les recommandations adoptées. S'il est irréalisable pour le Membre de se conformer immédiatement aux recommandations, le Membre se verra accorder un délai raisonnable pour le faire. Ce délai peut être mutuellement convenu par les parties au différend ou, en l'absence d'un tel accord, par voie d'arbitrage et il ne dépassera normalement pas 15 mois (article 21:3).

16. A l'expiration du délai raisonnable, en cas de désaccord entre les parties sur le fait de savoir si la mesure prise par le Membre concerné pour mettre en œuvre les recommandations de l'ORD est compatible avec l'OMC, l'affaire sera soumise à nouveau au mécanisme de règlement des différends de l'OMC (article 21:5), selon une procédure accélérée devant le groupe spécial initial. La surveillance multilatérale est conçue de manière à empêcher les Membres de recourir à une forme quelconque de déterminations unilatérales de la conformité à l'OMC (articles 21, 22 et 23).

#### G. COMPENSATION ET SUSPENSION DE CONCESSIONS

17. Si les recommandations ne sont pas mises en œuvre, le Membre ayant eu gain de cause peut demander une compensation ou l'autorisation de suspendre des concessions et des obligations (article 22), en attendant la mise en œuvre intégrale des recommandations de l'ORD. Tout d'abord, les parties au différend peuvent engager des négociations en vue de convenir d'une compensation mutuellement acceptable. La compensation est volontaire et prendra normalement la forme d'autres concessions commerciales. Si, dans les délais spécifiés pour la mise en œuvre, aucun accord n'est conclu sur la compensation, le Membre ayant eu gain de cause peut demander à l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations à l'égard de la partie défaillante. Cette autorisation sera accordée dans un délai de 30 jours après la demande, à condition que les prescriptions antérieures de l'ORD aient été respectées. Les désaccords sur le niveau de suspension proposé peuvent être soumis à arbitrage. Le principe général est que les concessions devraient être suspendues dans le même secteur que celui en cause dans l'affaire portée devant le groupe spécial. Si cela n'est pas pratique ou efficace, les concessions peuvent être suspendues dans d'autres secteurs du même accord. Enfin, si cela n'est pas pratique ou efficace, ou si les circonstances sont assez graves, la suspension peut se faire dans le cadre d'un autre accord visé. La compensation et la suspension de concessions et d'obligations sont considérées comme des "mesures temporaires" et ne doivent pas être préférées à la mise en œuvre intégrale des recommandations. Au cours de la procédure d'arbitrage, le recours à des contre-mesures est strictement interdit. En fait, une disposition clé exige que les Membres ne fassent pas de déterminations de violations ni ne suspendent des concessions de manière unilatérale, mais qu'ils recourent aux règles et procédures de l'ORD (article 23).

## H. PAYS EN DÉVELOPPEMENT

18. Le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends contient un certain nombre de dispositions relatives au traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement et des pays les moins avancés. D'une manière générale, ces dispositions appellent à prêter l'attention aux intérêts spécifiques des pays en développement Membres à différents stades du processus de règlement des différends (à savoir consultations, mise en œuvre des recommandations), à l'incidence sur leurs économies des mesures incriminées, et à la nécessité d'accorder des délais plus longs et une assistance technique aux pays en développement parties à un différend. En outre, une attention particulière doit être accordée à la situation spéciale des pays les moins avancés Membres.

## I. AUTRES DISPOSITIONS

19. Le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends contient des règles spéciales pour le règlement des différends qui n'impliquent pas une violation des accords visés, mais dans lesquels un Membre estime néanmoins que des avantages se trouvent annulés ou compromis (article 26). Il prévoit aussi l'arbitrage comme un autre moyen de règlement des différends, sous réserve de l'accord mutuel des parties au différend, qui doivent aussi convenir de se conformer à la décision arbitrale (article 25).

20. Conformément à la Déclaration ministérielle de Doha (WT/MIN(01)/DEC/W/1), des négociations se déroulent actuellement sur les améliorations et les clarifications à apporter à un certain nombre de dispositions du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Les négociations devraient s'achever d'ici mai 2003, en vue de donner effet aux résultats le plus tôt possible (Déclaration de Doha, paragraphe 30).

21. Deux autres éléments du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends méritent d'être mentionnés car ils sont pertinents pour la comparaison entre le règlement des différends à l'OMC et dans le cadre des accords d'investissement internationaux. L'un concerne le fait que le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends n'exige pas que soient épuisés les moyens de recours locaux avant que soit engagée la procédure de règlement des différends. L'autre a trait au fait que le recours à la procédure de règlement des différends de l'OMC est gratuit, bien que chaque partie doive prendre en charge ses propres frais de représentation.

## IV. DISPOSITIONS DES ACCORDS D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAUX RELATIVES AUX CONSULTATIONS ET AU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS<sup>5</sup>

22. Pratiquement tous les accords d'investissement internationaux – bilatéraux, régionaux ou multilatéraux – contiennent des dispositions relatives au règlement des différends. Ces dispositions visent essentiellement à assurer que les obligations de fond de ces accords sont effectivement mises en œuvre et exécutées, ce qui contribue à instaurer des relations internationales sûres et stables en matière d'investissement. Les accords d'investissement internationaux ont deux principaux types de dispositions concernant le règlement des différends: celles qui se rapportent aux différends opposant les États des parties contractantes (règlement des différends entre États) et celles qui régissent les différends entre un État partie et un investisseur d'un autre État partie (règlement de différends entre un investisseur et l'État).<sup>6</sup> La plupart des accords d'investissement internationaux modernes ont les

---

<sup>5</sup> Cette section s'inspire en partie du document de la CNUCED intitulé, Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, Nations Unies, New York et Genève (1998) et de l'ouvrage de R. Dolzer et M. Stevens intitulé, Bilateral Investment Treaties, La Haye, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, (1995).

<sup>6</sup> Les différends en matière d'investissement peuvent aussi survenir entre des investisseurs privés. Ces différends sont généralement réglés par l'intermédiaire des tribunaux locaux de l'État ayant compétence

deux types de dispositions, quoique figurant dans des articles distincts dans la mesure où elles aient des objectifs et des fonctions différents. Il convient de noter que dans le contexte des accords bilatéraux/régionaux de libre-échange ou d'intégration économique, qui contiennent un chapitre sur l'investissement, les différends entre États sur les questions d'investissement sont normalement couverts par les dispositions générales de ces accords relatives au règlement des différends entre États, alors que les différends entre les investisseurs privés et les États d'accueil sont réglés par les dispositions relatives à l'arbitrage entre un investisseur et l'État, figurant généralement dans le chapitre sur l'investissement.

#### A. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE ÉTATS

23. La plupart des accords d'investissement internationaux et en particulier presque tous les accords d'investissement bilatéraux, prévoient le règlement des différends entre États par voie d'arbitrage ponctuel (c'est-à-dire un arbitrage non institutionnel) conformément à un ensemble de règles conçues spécifiquement à cet effet et stipulées dans l'accord. Ces dispositions sont relativement standard dans la pratique des traités. Dans le cas des chapitres sur l'investissement figurant dans les accords bilatéraux ou régionaux d'intégration économique, la pratique courante consiste à prévoir des dispositions institutionnelles pour le règlement des différends entre États.

##### 1. Champ d'application

24. Les dispositions relatives au règlement des différends entre États des accords d'investissement internationaux contiennent généralement une clause stipulant qu'elles s'appliquent aux différends entre les parties contractantes sur l'interprétation ou l'application de l'accord concerné.<sup>7</sup> Les différends entre États peuvent aussi survenir dans des situations concrètes impliquant des investissements ou des investisseurs couverts par un accord d'investissement international qui ont été affectés par une mesure prise par le pays d'accueil. Pour autant qu'une telle mesure est incompatible avec les dispositions d'un accord d'investissement international, elle peut donner lieu à un différend entre États, en l'absence de dispositions relatives au règlement des différends entre un investisseur et l'État.

25. Il convient de noter que dans certains accords d'investissement internationaux, le recours au mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et l'État exclut le recours à la procédure de règlement entre États, à certaines exceptions près. L'une de ces exceptions concerne le cas où le tribunal arbitral détermine qu'il n'a pas compétence pour connaître du différend et l'autre exception a trait au cas où l'État d'accueil refuserait de se conformer à la sentence arbitrale.

26. Il y a aussi lieu de noter que d'une manière générale, les clauses de règlement des différends entre États des accords d'investissement internationaux n'exigent pas explicitement l'épuisement des voies locales en tant que condition du recours à l'arbitrage.<sup>8</sup>

---

conformément aux règles du droit international privé ou par recours à l'arbitrage commercial international (la présente note n'examine pas ce type de différends).

<sup>7</sup> C'est le cas, par exemple, des accords d'investissement modèles de l'Afrique du Sud, de l'Allemagne, du Chili, de la Chine, des États-Unis (tel que révisé en 1998), de la France, de Maurice, du Pérou, du Royaume-Uni et de la Suisse. Le texte de ces accords est repris dans la publication de la CNUCED intitulée, International Investment Instruments: A Compendium, (1996-2002), Volume III, pages 143 à 206, Volume VI, pages 493 à 511, Volume VIII, pages 273 à 280, et Volume IX, pages 295 à 302.

<sup>8</sup> Une interprétation célèbre de la Cour internationale de justice concernant l'épuisement des voies de recours locales peut être trouvée dans le cas *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* de 1989 entre les États-Unis et l'Italie. La question était celle de savoir si les voies de recours locales devaient être épuisées dans le cadre d'un traité bilatéral qui prévoyait l'arbitrage entre États, sans mentionner la nécessité d'épuiser les voies de recours

## 2. Consultations et négociations

27. La plupart des accords d'investissement internationaux exigent que les différends entre États-Unis soient réglés d'abord à l'amiable, par consultations, négociations ou autres voies diplomatiques. L'objectif consiste à donner aux parties au différend la possibilité de parvenir à un accord avant d'introduire une instance en arbitrage. Les clauses pertinentes peuvent stipuler qu'un certain délai doit s'écouler entre la date à laquelle survient un différend et la date à laquelle il peut être soumis à l'arbitrage. Le délai prescrit est généralement de six mois<sup>9</sup>, mais il peut être de trois mois seulement, comme il peut atteindre un an. Dans certains cas, les accords d'investissement internationaux ne précisent pas le délai, se contentant de stipuler que des négociations diplomatiques doivent être engagées "dans un délai raisonnable".<sup>10</sup> D'autres accords d'investissement internationaux ne font aucune référence à un délai, bien qu'ils encouragent effectivement les négociations entre les parties au différend en tant que première démarche.<sup>11</sup> En cas d'échec des négociations, la plupart des accords d'investissement internationaux prévoient le recours à l'arbitrage d'une tierce partie, à la demande de l'une ou l'autre partie contractante.

## 3. Arbitrage

### a) Composition des tribunaux

28. Comme indiqué précédemment, les différends entre États sont normalement portés devant des tribunaux spéciaux, autrement dit, des tribunaux qui sont spécifiquement constitués pour connaître du différend concerné. La plupart des accords d'investissement internationaux prévoient une procédure standard pour la constitution de tribunaux arbitraux: chaque partie choisit un arbitre et un troisième, l'arbitre assumant le rôle de président du tribunal, est nommé par consentement mutuel des parties ou par les deux arbitres désignés. En l'absence d'accord, la responsabilité de la nomination du président est souvent confiée à une autorité chargée de la nomination, par exemple, le Président de la Cour internationale de justice, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ou le Secrétaire général du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Il est généralement exigé que le président du tribunal arbitral ne soit ressortissant d'aucune des parties au différend. La plupart des accords d'investissement internationaux fixent des délais pour la constitution de tribunaux d'arbitrage. Il est généralement prévu deux mois pour la sélection des arbitres nommés par les parties et deux autres mois pour la sélection du président du tribunal.<sup>12</sup> Toutefois, certains accords d'investissement internationaux prévoient pour l'un de ces cas ou les deux, des délais plus longs, pouvant aller de trois à six mois.

---

locales. La Cour a estimé que l'épuisement des voies de recours locales était un principe si important de droit international qu'il s'appliquerait même lorsqu'un traité ne le mentionnait pas expressément. Cas *ELSI* (Elettronica Sicula S.p.A.) (États-Unis contre Italie), ICJ Repage 1989, 15.

<sup>9</sup> Voir, par exemple, les accords d'investissement types de l'Afrique du Sud, du Chili, de la Chine, de la France, de Maurice, du Pérou, de la Suisse et de la Turquie, *Ibid.*, Volume III, pages 148, 154, 163, 181; Volume VI, page 498; Volume VIII, pages 277 et 284; et Volume IX, page 300.

<sup>10</sup> C'est la formulation utilisée dans l'accord d'investissement type des Pays-Bas (tel que révisé en 1997), *Ibid.*, Volume V, pages 333 à 338 (337).

<sup>11</sup> Voir les accords d'investissement types des États-Unis et du Royaume-Uni, *Ibid.*, Volume III, page 191 et Volume VI, page 508.

<sup>12</sup> Voir, par exemple, les accords d'investissement types de l'Afrique du Sud, de Maurice, de la Suisse, du Royaume-Uni et de la Turquie, *Ibid.*, Volume III, pages 181, 182 et 191; Volume VIII, pages 277 et 285; et Volume IX, page 300.

b) La procédure du tribunal

29. Les accords d'investissement internationaux n'établissent pas, pour la plupart, des règles détaillées pour la conduite de la procédure d'arbitrage dans les différends entre États. Ainsi, à part les règles fondamentales selon lesquelles les décisions doivent être prises par la majorité des voix et qu'elles doivent avoir force exécutoire, la majorité des accords d'investissement internationaux prévoit qu'il appartient au tribunal de déterminer sa propre procédure.<sup>13</sup> Certains accords d'investissement internationaux stipulent néanmoins qu'un ensemble spécifique de règles doit être adopté. C'est ainsi que l'accord d'investissement bilatéral type de 1994 des États-Unis (révisé en 1998) exige qu'à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement par accord, les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) s'appliqueront, sauf dans la mesure où ces règles sont modifiées par les parties ou les arbitres et où aucune des deux parties ne conteste la modification.<sup>14</sup> Certains accords d'investissement internationaux subordonnent le pouvoir du tribunal de déterminer sa propre procédure à un accord entre les parties au différend.<sup>15</sup> Dans quelques cas, les accords d'investissement internationaux précisent un délai pour l'achèvement de la procédure arbitrale.<sup>16</sup>

c) La loi de fond applicable

30. Bon nombre d'accords d'investissement internationaux ne précisent pas la loi à appliquer par le tribunal arbitral pour déterminer les mérites des différends entre États, c'est-à-dire la loi applicable quant au fond. Néanmoins, certains de ces accords contiennent effectivement une clause stipulant que le tribunal appliquera les dispositions de l'accord et les règles et/ou principes du droit international.<sup>17</sup> Dans certains, il est aussi fait allusion à d'autres accords conclus entre les parties contractantes.<sup>18</sup> Dans la pratique des traités des États-Unis, les différends relatifs aux investissements entre États soumis à arbitrage doivent être réglés conformément aux règles de droit international applicables.<sup>19</sup> Quelques accords d'investissement internationaux adoptent une approche différente concernant le droit applicable. C'est ainsi qu'ils peuvent prévoir que la législation du pays d'accueil sera prise en

---

<sup>13</sup> Cette approche est adoptée par les accords d'investissement bilatéraux types de l'Afrique du Sud, de l'Allemagne, du Chili, de la Chine, de la France, de Maurice, du Royaume-Uni et de la Suisse, voir *Ibid.*, Volume III, pages 148, 154, 164, 172, 182 et 191; Volume VIII, page 277; et Volume IX, page 300.

<sup>14</sup> Voir l'accord d'investissement type des États-Unis, *Ibid.*, Volume VI, page 508.

<sup>15</sup> C'est le cas des traités d'investissement bilatéraux entre le Chili et le Danemark et entre le Ghana et la Suisse, cités dans CNUCED, Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, (1998), page 101.

<sup>16</sup> Par exemple, le traité d'investissement bilatéral type des États-Unis exige que toutes les communications soient faites et les auditions s'achèvent dans un délai de six mois suivant la date de la sélection du troisième arbitre et que la décision arbitrale soit rendue dans un délai de deux mois suivant la date de la communication finale ou la date de la clôture des auditions, la dernière à échoir de ces deux dates étant retenue. CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, (1996-2002), Volume VI, page 508.

<sup>17</sup> Voir, par exemple, le traité d'investissement bilatéral type de l'Afrique du Sud, *Ibid.*, Volume VIII, page 277. Le traité d'investissement bilatéral type de la Chine exige que les deux parties contractantes reconnaissent les principes du droit international, *Ibid.*, Volume III, page 155.

<sup>18</sup> C'est le cas du traité d'investissement bilatéral de 1992 entre la Norvège et la Lituanie, cité dans Dolzer and Stevens (1995), page 128.

<sup>19</sup> Un exemple est offert par l'article VIII 1) du traité d'investissement bilatéral entre les États-Unis et l'Argentine, cité dans *Ibid.*, page 129.

considération, voire que le différend soit réglé *ex aequo et bono* (autrement dit selon des principes extra juridiques de justice et d'équité), si les parties en conviennent ainsi.<sup>20</sup> Le fait que de nombreux accords d'investissement internationaux ne contiennent pas de dispositions relatives à la loi applicable à l'arbitrage des différends entre États peut s'expliquer en partie par l'hypothèse généralement admise que les accords internationaux sont régis par le droit international. En tout état de cause, étant donné que la plupart des accords d'investissement internationaux exigent que les investissements bénéficient d'un traitement conforme à celui qui est accordé en vertu du droit international, ils exigent implicitement que les tribunaux appliquent le droit international aux différends entre États concernant le traitement des investissements.<sup>21</sup> Ainsi, l'arbitrage entre États dans le cadre des accords d'investissement internationaux semble avoir une étendue considérablement élargie du fait non seulement des références aux règles de droit international dans certaines dispositions relatives au règlement des différends, mais aussi des références aux règles de droit international dans les clauses relatives au "traitement".

d) Nature et effet de la décision arbitrale

31. La plupart des accords d'investissement internationaux prévoient que les décisions des tribunaux d'arbitrage constitués pour la circonstance doivent être prises par une majorité des voix et qu'elles sont définitives et ont force exécutoire pour les parties au différend.<sup>22</sup> Il convient néanmoins de noter que la plupart des accords d'investissement internationaux sont muets sur la nature des mesures à prendre par l'État défaillant pour se conformer à la sentence arbitrale. De même, ils omettent souvent de mentionner la possibilité/éventualité pour l'État ayant eu gain de cause d'appliquer des contre-mesures en cas d'inexécution. Cependant, cette question est effectivement abordée par certains accords d'investissement internationaux. C'est ainsi que le chapitre 20 de l'ALENA prévoit la compensation ou la suspension d'avantages équivalents en cas d'inexécution des recommandations d'un rapport de groupe spécial.<sup>23</sup>

e) Les frais d'arbitrage

32. Les accords d'investissement internationaux prévoient souvent des dispositions relatives à la répartition des frais d'arbitrage entre les États parties au différend. L'approche standard consiste à établir que chaque partie contractante règlera les frais de l'arbitre qu'elle nomme et ceux de sa représentation dans la procédure arbitrale. Les frais du président du tribunal arbitral et les autres frais doivent être répartis également entre les parties contractantes.<sup>24</sup> Une autre approche consiste à prévoir que chaque partie contractante prendra en charge les frais de sa propre représentation et que tous les

---

<sup>20</sup> Par exemple, l'accord d'investissement type des Pays-Bas permet, en son article 12.5, le règlement *ex aequo et bono* des différends si les parties en conviennent ainsi. CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, (1996-2002), Volume V, page 337.

<sup>21</sup> CNUCED, Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, (1998), page 102.

<sup>22</sup> Voir le projet révisé d'accords types de promotion et de protection des investissements du Comité consultatif juridique Afrique-Asie et les accords d'investissement types de l'Allemagne, du Chili, de la Chine, des États-Unis, de la France, de Maurice, du Royaume-Uni et de la Suisse. CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, (1996-2002), Volume III, pages 122, 148, 155, 164, 172, 182, 191; Volume VI, page 508; et Volume IX, page 300.

<sup>23</sup> Voir articles 2018 et 2019 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Le texte intégral de l'accord est repris dans 32 *ILM* 605 (1993).

<sup>24</sup> Voir, par exemple, les accords d'investissement type du Chili, de la Chine et de Maurice, CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, (1996-2002), Volume III, pages 148 et 155; Volume IX, page 301.

frais du tribunal, notamment ceux des arbitres, soient répartis également entre les parties contractantes.<sup>25</sup> Cette dernière option assurerait probablement mieux la neutralité de la procédure, car il n'y aurait pas de lien financier direct entre une partie contractante et l'arbitre qu'elle désigne. Nonobstant ces dispositions, la plupart des accords d'investissement internationaux donnent au tribunal toute latitude pour déterminer la répartition des frais entre les parties au différend selon toute autre formule ou pour décider qu'une plus grande proportion des frais serait à la charge de l'une des parties.<sup>26</sup>

## B. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE UN INVESTISSEUR ET L'ÉTAT

33. Avant que l'inclusion dans les accords d'investissement internationaux de dispositions relatives au règlement des différends entre un investisseur et l'État ne devienne une pratique largement acceptée, un investisseur étranger qui estimait que ses droits découlant de la loi avaient été violés disposait de deux voies de recours: i) engager une procédure devant les tribunaux locaux de l'État d'accueil, ou ii) demander la protection diplomatique de son État d'origine. Cependant, en droit coutumier international, un pays d'origine n'exercera généralement la protection diplomatique que lorsque l'investisseur a épuisé les voies de recours locales disponibles dans l'État d'accueil.<sup>27</sup> En conséquence, les tribunaux locaux étaient, tout au moins dans un premier temps, le seul lieu où un investisseur pouvait chercher réparation.

34. Les investisseurs étrangers pourraient cependant ne pas se fier à l'impartialité des tribunaux de l'État d'accueil ou à la diligence avec laquelle ils procèdent. De plus, pour des raisons d'immunité souveraine, les tribunaux locaux peuvent se déclarer incompétents en ce qui concerne le différend.<sup>28</sup> En pareille circonstance, ou si l'investisseur n'a pas obtenu une réparation satisfaisante des tribunaux locaux, il pourrait invoquer la protection diplomatique de son État d'origine, autrement dit, il pourrait demander à son pays d'origine d'endosser sa requête contre l'État d'accueil.<sup>29</sup> Cependant, cette option présentait aussi certaines lacunes du point de vue de l'investisseur. Tout d'abord, aucun État d'origine n'est tenu d'endosser une revendication d'un de ses ressortissants lésé. L'État d'origine peut décider de ne pas le faire si, par exemple, en endossant la revendication il pourrait compromettre ses relations internationales avec l'État d'accueil. Ensuite, s'il décide d'endosser la revendication, l'État d'origine peut accepter un règlement d'une valeur inférieure à la valeur réelle de la revendication, ou il peut simplement décider de ne pas remettre à son ressortissant la compensation obtenue.

35. Pour éviter ces problèmes, presque tous les accords d'investissement internationaux modernes contiennent désormais des dispositions permettant aux investisseurs étrangers l'accès direct aux tribunaux internationaux pour régler leurs différends avec les États d'accueil, en se référant soit à l'arbitrage institutionnel soit à d'autres règles d'arbitrage préexistantes. La très grande majorité des

---

<sup>25</sup> Un exemple de cette approche est offert par les accords d'investissement types des États-Unis et du Pérou, *Ibid.*, Volume VI, pages 498 et 508.

<sup>26</sup> Voir les accords d'investissement types de l'Allemagne, des États-Unis, de la France et du Royaume-Uni, *Ibid.*, Volume III, pages 164, 172 et 191, et Volume VI, page 508.

<sup>27</sup> Peter Malanczuk, Akehurst's Modern Introduction to International Law, (septième édition), Routledge, Londres et New York, (1997), pages xxii-449 (267-268).

<sup>28</sup> Selon la doctrine de l'immunité absolue en droit international, les tribunaux d'un État ne sont, en principe, pas compétents pour statuer sur les actes d'un autre État. Malanczuk (1997), pages 118 à 121.

<sup>29</sup> En droit coutumier international, un État peut exercer son droit de "protection diplomatique" pour introduire une revendication à l'encontre d'un autre État qui a causé des dommages à l'un de ses ressortissants afin d'obtenir compensation ou toute autre espèce de réparation. Malanczuk (1997), pages 256 à 257.

accords d'investissement internationaux prévoit que les différends soient portés devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, mais un grand nombre d'entre eux se réfèrent à l'arbitrage en vertu des règles de la CNUDCI, de la Chambre de commerce internationale ou d'autres institutions privées d'arbitrage. De plus, de nombreux accords d'investissement internationaux récents donnent aux investisseurs la latitude de choisir entre différents systèmes d'arbitrage.

## 1. Champ d'application

36. La plupart des accords d'investissement internationaux définissent de manière assez large le champ d'application de la disposition relative au règlement des différends entre un investisseur et l'État. Ils exigent uniquement que le différend soit lié à un investissement, qu'il y ait ou non violation présumée d'une disposition précise de l'accord d'investissement international. Les formulations généralement utilisées stipulent qu'une telle disposition s'applique à des différends "en rapport avec", "concernant" ou "relatifs à" un investissement. Cette approche est adoptée dans plusieurs traités d'investissement bilatéraux européens.<sup>30</sup>

37. Certains accords d'investissement internationaux définissent en termes plus étroits le champ d'application du mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et l'État, stipulant que le différend concerne une disposition de l'accord. C'est ainsi qu'un accord d'investissement international peut prévoir que le mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et l'État s'applique aux différends liés aux dispositions de l'accord (par exemple, le Protocole de Colonia du MERCOSUR)<sup>31</sup>, ou concernant une obligation de l'État d'accueil en vertu de l'accord (accord d'investissement bilatéral type du Royaume-Uni).<sup>32</sup> Dans quelques cas, le champ d'application est limité aux différends liés à certaines dispositions de l'accord d'investissement international. Par exemple, l'accord d'investissement bilatéral type de la Chine limite le recours à l'arbitrage entre un investisseur et l'État aux différends impliquant le montant de la compensation à verser pour l'expropriation.<sup>33</sup>

38. Un troisième exemple de formulation est offert par les traités d'investissements bilatéraux types des États-Unis. Dans ces cas, le mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et l'État s'applique aux différends liés à une autorisation ou un accord d'investissement, ou à une violation présumée d'une obligation en vertu d'un traité.<sup>34</sup> Tout en exigeant que le différend implique un certain type d'obligation juridique, cette formulation ne se réfère pas uniquement aux obligations en vertu du traité d'investissement bilatéral, mais également à celles existant en vertu de tout accord

---

<sup>30</sup> Voir, par exemple, les accords d'investissement types de l'Allemagne, de la France, des Pays-Bas et de la Suisse. CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, (1996-2002), Volume III, pages 163, 172 et 181, et Volume V, page 336.

<sup>31</sup> Le Protocole de Colonia de 1994 sur la promotion et la protection des investissements dans la zone du MERCOSUR a été conclu par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay, *Ibid.*, Volume II, pages 513 à 521 (518).

<sup>32</sup> *Ibid.*, Volume III, page 190.

<sup>33</sup> *Ibid.*, Volume III, page 155.

<sup>34</sup> La disposition pertinente du traité d'investissement type des États-Unis est ainsi libellée: "Aux fins du présent Traité, un différend lié à un investissement est un différend entre une partie et un ressortissant ou une entreprise de l'autre partie découlant de ou lié à une autorisation d'investissement, un accord d'investissement ou une violation présumée de tout droit conféré, créé ou reconnu par le présent Traité concernant un investissement visé." *Ibid.*, Volume VI, page 506.

d'investissement conclu entre un investisseur et l'État d'accueil. Selon une autre formulation, l'investisseur ou son investissement doit avoir subi une perte ou des dommages en raison de la violation pour pouvoir soumettre une requête à l'arbitrage. Les chapitres sur l'investissement de plusieurs accords régionaux/bilatéraux de libre-échange offrent des exemples de cette approche.<sup>35</sup>

39. Il convient de noter que l'étendue du mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et l'État dans un accord d'investissement international est déterminée en grande partie par les définitions des concepts clés figurant dans l'accord, tels que "investissement" et "investisseur". La définition de "investissement" délimite nécessairement les questions pouvant être soumises à l'arbitrage dans le cadre de ce mécanisme. Tout aussi importantes sont les dispositions déterminant qui peut être considéré comme un "investisseur" et partant, comme un plaignant potentiel.<sup>36</sup> Les investissements et les investisseurs qui ne sont pas inclus dans ces définitions ne rentrent manifestement pas dans le champ d'application du mécanisme considéré de règlement des différends entre un investisseur et l'État.

40. Certains accords d'investissement internationaux prévoient des exclusions ou des exceptions pour l'application des dispositions relatives au règlement des différends entre un investisseur et l'État. Le texte de l'accord ou ses annexes peut établir, en sus des exceptions habituelles pour des raisons de sécurité nationale, des exclusions spécifiques concernant des secteurs ou des mesures réservés. Dans certains cas, sont également exclues du règlement des différends les décisions des autorités compétentes de l'État d'accueil de permettre ou non l'acquisition de certains investissements sujets à examen.<sup>37</sup> Dans d'autres cas, les dispositions relatives au règlement des différends ne sont pas applicables aux investisseurs ou investissements potentiels, autrement dit, elles ne s'appliquent qu'à des investissements effectifs.<sup>38</sup>

## 2. Consultations/négociations

41. À l'instar des différends entre États, presque tous les accords d'investissement internationaux exigent que l'investisseur et l'État d'accueil cherchent à régler le différend à l'amiable par le biais de consultations et de négociations avant d'avoir recours à l'arbitrage international ou à tout autre moyen de règlement des différends prévu par l'accord. Pour ménager la possibilité d'engager des négociations, de nombreux accords d'investissement internationaux exigent qu'un différend soit soumis à l'arbitrage uniquement après qu'un certain délai soit écoulé depuis l'apparition du différend.

---

<sup>35</sup> Au nombre de certains exemples figurent les chapitres sur l'investissement de l'ALENA, le Traité sur le libre-échange entre le Mexique et Costa Rica, le Traité sur le libre-échange entre la Colombie, le Mexique et le Venezuela (le "G-3 Treaty") et l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili. Le chapitre 11 de l'ALENA est repris dans CNUCED, *International Investment Instruments: A Compendium*, (1996-2002), Volume III, pages 73-99. Les extraits pertinents des autres accords figurent dans *Ibid.*, Volume V, pages 43 à 105.

<sup>36</sup> Dans de nombreux accords d'investissement internationaux figure une disposition concernant le statut des entreprises qui appartiennent aux investisseurs d'une partie ou sont contrôlées par eux mais qui sont constituées en vertu de la législation de l'État d'accueil, afin de s'assurer que ces entreprises ont un statut dans le cadre du mécanisme d'arbitrage entre un investisseur et l'État. Voir également plus haut paragraphe 51.

<sup>37</sup> Voir, par exemple, l'article 1138 et l'annexe 1138.2 de l'ALENA et l'article G-39 et l'annexe G-39.2 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili.

<sup>38</sup> Par exemple, selon le projet révisé des accords types pour la promotion et la protection des investissements du Comité consultatif juridique Asie-Afrique, l'arbitrage entre un investisseur et l'État n'est disponible que pour les "investissements effectués". Les investisseurs potentiels sont également exclus de la procédure de règlement des différends entre un investisseur et l'État de l'Accord de libre-échange entre le Mexique et Costa Rica (WT/WGTI/W/68).

Dans la plupart des cas, le délai spécifié est de six mois, mais ce délai peut varier. C'est ainsi que le Traité sur la Charte de l'énergie ne prévoit qu'un délai de trois mois.<sup>39</sup>

### 3. Épuisement des voies de recours locales

42. Dans certains cas, le recours à l'arbitrage entre un investisseur et l'État peut être subordonné à l'épuisement des voies de recours locales. Par exemple, un certain nombre d'anciens traités d'investissement bilatéraux ne permettaient le recours à l'arbitrage après que l'investisseur avait épuisé toutes les voies de recours devant les cours de justice ou les tribunaux administratifs de l'État d'accueil. Certains de ces traités exigeaient que l'investisseur cherche réparation devant les tribunaux locaux pendant une période donnée, pouvant être comprise entre deux et trois ans.<sup>40</sup> Si le résultat obtenu par l'intermédiaire d'une décision du tribunal n'était pas jugé satisfaisant par l'investisseur ou si la procédure locale n'était pas conclue dans les délais prévus, l'investisseur était alors autorisé à recourir à l'arbitrage au titre du mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et l'État.

43. À présent, de nombreux accords d'investissement internationaux omettent toute référence à l'épuisement des voies de recours locales, étant donné qu'il est implicitement renoncé à cette exigence en vertu du consentement préalable des États parties à soumettre à l'arbitrage international les différends avec les investisseurs étrangers.<sup>41</sup> Lorsque les accords d'investissement internationaux envisagent le recours aux tribunaux compétents de l'État d'accueil, ce recours n'est généralement pas obligatoire mais ne représente que l'une des options dont l'investisseur dispose pour le règlement des différends.<sup>42</sup> Dans quelques cas, le recours aux tribunaux locaux est la seule option disponible, excepté pour les différends concernant le montant de la compensation à verser pour l'expropriation, qui peuvent être soumis à un mécanisme d'arbitrage international constitué pour la circonstance, à condition qu'il n'y ait pas eu recours aux tribunaux locaux.<sup>43</sup>

44. D'une manière générale, le choix de l'investisseur entre les voies de recours locales et l'arbitrage international est définitif, autrement dit, il ne peut pas revenir par la suite à l'option exclue. Par exemple, aux termes du Traité sur la Charte de l'énergie et du Protocole de Colonia du MERCOSUR, le choix d'autres voies de recours exclut le droit de soumettre un différend à

---

<sup>39</sup> Des extraits pertinents du Traité sur la Charte de l'énergie sont repris dans CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, (1996-2002), Volume II, pages 539-577 (568).

<sup>40</sup> Par exemple, les anciens traités d'investissement bilatéraux signés par l'Argentine et l'Allemagne et le Royaume-Uni prévoient une période de 18 mois au cours de laquelle l'investisseur doit chercher réparation devant les tribunaux locaux. Voir Horacio A. Grigera Naón, *The Settlement of Investment Disputes between States and Private Parties – An Overview from the Perspective of the ICC*, 1 *The Journal of World Investment* 1, juillet 2000, pages 59 à 103 (65).

<sup>41</sup> Cette approche est adoptée dans le prototype moderne de traités d'investissement bilatéraux de plusieurs pays développés, comme celui de l'Allemagne, de la France, des Pays-Bas, de la Suède, de la Suisse et du Royaume-Uni. La même approche se retrouve dans des accords régionaux de libre-échange comme l'ALENA, le Traité G-3 et l'Accord sur l'investissement et les services commerciaux entre le Costa Rica, El Salvador, le Guatemala, le Honduras et le Nicaragua, CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, (1996-2002), Volume III, pages 163, 172, 181, 190; Volume V, pages 69, 336; et Volume IX, pages 46, 113.

<sup>42</sup> Voir les accords d'investissement types du Chili et du Pérou, *Ibid.*, Volume III, page 147 et Volume VI, page 497. Voir également le Protocole de Colonia du MERCOSUR et le Traité sur la Charte de l'énergie, *Ibid.*, Volume II, pages 518 et 568-569.

<sup>43</sup> Voir les accords d'investissement types de la Chine et de Maurice, *Ibid.*, Volume III, page 155 et Volume IX, page 299.

l'arbitrage.<sup>44</sup> Aux termes de la Convention portant création du CIRDI, le consentement à l'arbitrage est sensé être le consentement à l'exclusion de tout autre moyen de recours, sauf indications contraires.<sup>45</sup> Il arrive que les options disponibles ne s'excluent pas entièrement. Par exemple, selon le chapitre 11 de l'ALENA, le recours à l'arbitrage exige que l'investisseur renonce au droit d'entamer ou de poursuivre une procédure locale, mais il ne l'empêche pas de chercher auprès d'un tribunal administratif ou tribunal local des mesures de redressement par voie d'injonction, déclaratoire ou autre n'impliquant pas le versement de dommages. En outre, l'utilisation antérieure des voies de recours locales n'exclue pas l'arbitrage de l'ALENA, à condition que l'investisseur renonce au droit de poursuivre dans cette première voie.

#### 4. Clauses d'arbitrage de la Convention portant création du CIRDI

45. La Convention sur le règlement des différends entre États et ressortissants d'autres États (Convention portant création du CIRDI) est entrée en vigueur en 1966 sous les auspices de la Banque mondiale.<sup>46</sup> Elle offre les possibilités pour la conciliation et l'arbitrage concernant les différends relatifs aux investissements entre les investisseurs étrangers et les États d'accueil. En outre, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, établi dans le cadre de la Convention, offre aux parties aux différends une gamme de services administratifs pour la conduite de la procédure.

46. En prévoyant un mécanisme d'arbitrage indépendant, par lequel un investisseur pouvait saisir un tribunal international d'une instance contre l'État d'accueil sans l'intervention de son État d'origine, la Convention portant création du CIRDI a jeté la base sur laquelle les accords d'investissement internationaux futurs pouvaient se fonder pour comporter une clause visant l'arbitrage international.<sup>47</sup> À présent, la très grande majorité des accords d'investissement internationaux contient une telle clause, tandis que de nombreux États ont adhéré à la Convention portant création du CIRDI.<sup>48</sup>

47. La compétence du CIRDI, telle que définie à l'article 25 1) de la Convention, s'étend aux différends d'ordre juridique découlant directement d'un investissement entre un État contractant et le ressortissant d'un autre État contractant, lorsque l'investisseur et le pays d'accueil ont consenti de recourir à l'arbitrage du CIRDI. Le consentement des deux parties au différend donné par écrit est une condition fondamentale de la compétence du CIRDI. Ce consentement n'a pas besoin d'être donné dans un seul document: l'État d'accueil peut inclure son consentement préalable dans un accord

---

<sup>44</sup> *Ibid.* Volume II, pages 518 et 568-569.

<sup>45</sup> Article 26 de la Convention portant création du CIRDI, voir *infra*, note 46.

<sup>46</sup> Le texte de la Convention portant création du CIRDI et de ses règles et règlements est repris dans *CIRDI Documents de base*, ICSID/15 (1985). Une analyse approfondie de la Convention portant création du CIRDI figure dans Aaron Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States" dans Aaron Broches, Selected Essays, World Bank, ICSID and other Subjects of Public and Private International Law, Martinus Nijhoff Publishers (1995), pages 188-239. Voir aussi I.F.I. Shihata and A. Parra, "The Experience of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes", 14 *ICSID Review FILJ* 299 (1999).

<sup>47</sup> Le premier traité d'investissement bilatéral comportant une clause de la Convention portant création du CIRDI était l'accord d'investissement bilatéral signé en 1968 entre les Pays-Bas et l'Indonésie, Dolzer et Stevens (1995), page 130.

<sup>48</sup> Jusqu'en juin 2002, 134 pays étaient des États contractants de la Convention portant création du CIRDI.

d'investissement international ou dans sa législation nationale, et l'investisseur peut donner son consentement simplement en engageant la procédure arbitrale.

48. De nombreux accords d'investissement internationaux modernes prévoient clairement le consentement préalable des États parties à se soumettre à l'arbitrage aux termes de la Convention portant création du CIRDI (ou à tout autre mécanisme d'arbitrage). Un exemple de cette approche est offert par le traité d'investissement bilatéral type des Pays-Bas, dont la disposition pertinente est ainsi libellée:

*"Chaque partie contractante consent par les présentes à porter tout différend d'ordre juridique survenant entre ladite partie contractante et un ressortissant de l'autre partie contractante concernant un investissement dudit ressortissant sur le territoire de la première partie contractante devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements pour un règlement par voie de conciliation ou d'arbitrage conformément à la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre les États et les ressortissants d'autres États, ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965 [...]"*<sup>49</sup>

49. Dans certains accords d'investissement internationaux, l'État d'accueil donne explicitement son consentement en laissant à l'investisseur la latitude de soumettre un différend à l'arbitrage du CIRDI si aucune solution amiable ne peut être trouvée dans un délai spécifié.<sup>50</sup> Toutefois, toutes les clauses d'un accord d'investissement international qui se réfèrent au CIRDI ne constituent pas nécessairement un consentement préalable des États parties à se soumettre à l'arbitrage. Certains accords d'investissement internationaux prévoient, par exemple, que le recours à l'arbitrage est subordonné à l'"accord" des parties au différend, autrement dit, l'État d'accueil peut donner ou non son consentement. D'autres accords d'investissement internationaux stipulent que l'État d'accueil "consentira" à l'arbitrage du CIRDI, ou qu'il "donnera son assentiment" à une telle demande de la part de l'investisseur, ce qui donne à penser qu'il faudrait obtenir le consentement de l'État d'accueil pour chaque différend. Aucune de ces formulations n'implique un droit automatique de l'investisseur de soumettre un différend à arbitrage, le fait que l'État d'accueil ne donne pas son consentement constituerait probablement une violation de l'accord d'investissement international, une situation qui, à son tour, devrait être réglée moyennant les dispositions de l'accord relatives au règlement des différends entre États.

50. Certains accords d'investissement internationaux incluent le consentement à se soumettre à l'arbitrage du CIRDI même lorsqu'une ou davantage de parties contractantes ne sont pas signataires de la Convention portant création du CIRDI. En pareille circonstance, le consentement ne peut prendre effet que lorsque l'État d'accueil et l'État d'origine de l'investisseur deviennent parties à la Convention.<sup>51</sup> Pour faire face à ces situations, le CIRDI a adopté, en 1978, un ensemble d'autres règles dénommées "Mécanisme supplémentaire", prévoyant l'arbitrage et la conciliation dans le cadre des différends relatifs aux investissements, lorsque le pays d'accueil ou le pays d'origine de l'investisseur, mais non pas les deux, n'est pas un État contractant de la Convention portant création du

---

<sup>49</sup> CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, Volume V, page 336. Voir également l'option préférée pour la disposition relative aux différends entre un investisseur et l'État du traité d'investissement bilatéral type du Royaume-Uni, *Ibid.*, Volume III, page 189.

<sup>50</sup> Voir les accords d'investissement types du Chili et de l'Allemagne, *Ibid.*, Volume III, pages 147 et 172.

<sup>51</sup> Cette approche a été adoptée au chapitre 11 de l'ALENA, l'option de recourir à l'arbitrage de la Convention portant création du CIRDI ne devant être disponible que lorsque le Canada ou le Mexique, ou l'un et l'autre auront adhéré à la Convention.

CIRDI.<sup>52</sup> Mettant à profit ceci, les accords d'investissement internationaux récents combinent généralement le consentement à l'arbitrage en vertu du Mécanisme supplémentaire et le consentement à l'arbitrage en vertu de la Convention portant création du CIRDI, anticipant en cela une éventuelle adhésion des États concernés à la Convention. De nombreux traités bilatéraux et régionaux ont adopté cette approche.

51. Un autre aspect important de la compétence du CIRDI concerne la nationalité de l'investisseur, en particulier lorsqu'il s'agit d'une personne morale. L'hypothèse de base en ce qui concerne la Convention est que la nationalité d'une entreprise doit être déterminée en fonction du lieu où elle a été constituée ou du lieu de son siège.<sup>53</sup> De ce fait, une entreprise qui est constituée en vertu de la législation de l'État d'accueil serait techniquement considérée comme un ressortissant de cet État même si elle appartient à des personnes physiques d'un autre État contractant. Cette situation empêcherait l'entreprise de soumettre un différend à l'arbitrage car la compétence du CIRDI ne s'étend pas aux différends entre un État d'accueil et ses propres ressortissants. L'article 25 2) b) de la Convention règle ce problème en disposant que les parties peuvent convenir de considérer une entreprise qui a la nationalité de l'État d'accueil comme "ressortissant d'un autre État contractant" si, avant le différend<sup>54</sup>, cette entreprise appartenait à des ressortissants de cet autre État ou était contrôlée par eux. De nombreux accords d'investissement internationaux, notamment les traités d'investissement bilatéraux, comportent une clause similaire pour faire en sorte que les entreprises constituées dans le pays et appartenant à des intérêts étrangers relèvent des dispositions de l'article 25 2) b) de la Convention.<sup>55</sup>

52. Une clause essentielle de la Convention portant création du CIRDI est celle qui dispose qu'une fois qu'un différend est soumis à l'arbitrage du CIRDI, l'État d'origine de l'investisseur ne peut plus accorder la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet de ce différend, sauf si l'État d'accueil ne se conforme pas à la sentence rendue dans le cadre de la Convention (article 27 1)). On a cependant estimé que cette disposition n'exclut pas un arbitrage entre États sur des questions de mise en œuvre ou d'application de traités qui sont liées au différend entre un investisseur et l'État, tant que cela ne revient pas à un endossement par l'État d'origine de la revendication de l'investisseur.<sup>56</sup>

## **5. Le choix d'autres règles d'arbitrage**

53. Dans le passé, les accords d'investissement internationaux se référaient presque exclusivement à l'arbitrage du CIRDI. À présent, de nombreux traités d'investissement prévoient un choix entre plusieurs mécanismes d'arbitrage. Outre les références à la Convention portant création du CIRDI et à son Mécanisme supplémentaire, ils se réfèrent également à d'autres règles et institutions d'arbitrage. Les règles d'arbitrage le plus souvent citées sont celles de la Commission des Nations Unies sur le

---

<sup>52</sup> Le Mécanisme supplémentaire de la Convention portant création du CIRDI figure dans *CIRDI Documents de base*, CIRDI/11 (1979).

<sup>53</sup> A. Broches, (1995), page 206.

<sup>54</sup> Le contrôle ou la possession par des intérêts étrangers doit être évalué avant que ne surviennent les faits générateurs du différend, de sorte que si un acte d'expropriation est à l'origine du différend, cela n'empêche pas l'entreprise expropriée de soumettre une revendication à l'arbitrage.

<sup>55</sup> Une telle proposition figure, par exemple, dans les accords d'investissement types du Chili, des États-Unis, du Royaume-Uni (l'option préférée) et de la Suisse, CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, (1996-2002), Volume III, pages 147, 181, 189 et Volume VI, page 508.

<sup>56</sup> Peter Malanczuk, State-State and investor-State Dispute Settlement dans le projet d'accord d'investissement multilatéral de l'OCDE, *Journal of International Economic Law* (2000), pages 417 à 439 (436).

droit commercial international (CNUDCI).<sup>57</sup> Concernant les institutions, les références à l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale et de la Chambre de commerce de Stockholm.<sup>58</sup> Il est parfois fait aussi allusion à des institutions régionales d'arbitrage.<sup>59</sup> Le choix entre différents systèmes d'arbitrage peut se révéler particulièrement utile dans les cas où les prescriptions de la compétence du CIRDI empêchent l'application du système.

54. Un certain nombre d'accords d'investissement internationaux prévoient un arbitrage purement ponctuel pour les différends entre un investisseur et l'État.<sup>60</sup> En pareille circonstance, ils précisent les règles qui s'appliqueront pour la nomination des arbitres et comprennent souvent une disposition conférant au Secrétaire général du CIRDI la responsabilité de nommer les arbitres si les parties au différend ne conviennent pas de la composition du tribunal après un délai donné.

55. En règle générale, les accords d'investissement internationaux fixant plusieurs formes d'arbitrage prévoient aussi que les États parties doivent consentir à ces formes, en autorisant explicitement l'investisseur à choisir le mécanisme auquel le différend sera soumis. Certains accords d'investissement internationaux adoptent une formulation différente, indiquant que les parties au différend peuvent convenir du mécanisme d'arbitrage à utiliser, à condition que si aucun accord n'est réalisé, le différend sera soumis à l'un des mécanismes d'arbitrage mentionnés dans l'accord. Même lorsqu'un accord d'investissement international n'indique pas comment le régime d'arbitrage sera choisi, dans la pratique, l'investisseur conservera encore le pouvoir d'en décider en s'abstenant de manière sélective de donner son consentement. Il en est ainsi parce que le consentement des deux parties au différend est nécessaire à l'introduction d'une instance arbitrale entre un investisseur et l'État.<sup>61</sup>

## **6. La loi applicable quant au fond**

56. Les tribunaux d'arbitrage donnent généralement droit au propre choix des parties concernant le droit substantiel applicable à leur différend, toutes les fois que ce choix est clair. Par exemple, une clause précisant le droit applicable peut être incluse dans un contrat d'investissement conclu entre l'investisseur et l'État d'accueil. Si le droit applicable n'est pas précisé, il appartient aux tribunaux de déterminer si le droit national ou le droit international s'appliquera, voire si l'un ou l'autre s'applique à des questions spécifiques du différend.

57. Les accords d'investissement internationaux contiennent souvent une clause sur le droit applicable dans les dispositions de règlement des différends entre un investisseur et l'État. Certains

---

<sup>57</sup> Les règles d'arbitrage de la CNUDCI sont reprises dans CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, (1996-2002), Volume I, pages 71 à 87. Voir aussi 15 I.L.M. 701 (1976).

<sup>58</sup> Un exemple de cette approche est offert par la seconde option de la disposition relative aux différends entre un investisseur et l'État du Traité d'investissement international type du Royaume-Uni, qui dispose que les parties peuvent convenir de porter le différend devant: a) le CIRDI ou son Mécanisme supplémentaire, b) la CCI, ou c) un tribunal constitué pour la circonstance en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI. Voir *Ibid.*, Volume III, page 190.

<sup>59</sup> Par exemple, l'Accord de l'ANASE pour la promotion et la protection des investissements, se réfère au Centre régional de règlement des différends de Kuala Lumpur ou à tout autre centre régional d'arbitrage dans la zone de l'ANASE, en sus de l'arbitrage du CIRDI et de la CNUDCI, *Ibid.*, Volume II, pages 297 à 298.

<sup>60</sup> Par exemple, l'accord d'investissement type de la Chine ne prévoit qu'un arbitrage ponctuel et exclusivement dans le cas des différends impliquant le montant à verser à titre de compensation. *Ibid.*, Volume III, page 155.

<sup>61</sup> CNUCED, Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, (1998), page 96.

d'entre eux indiquent que les dispositions de l'accord d'investissement international, la législation de l'État d'accueil, les dispositions du contrat d'investissement et les principes du droit international s'appliqueront. Par exemple, le traité d'investissement bilatéral type de la Chine prévoit que le tribunal statuera conformément à la législation de l'État d'accueil, notamment ses règles régissant le conflit de lois, les dispositions du traité d'investissement bilatéral et les principes généralement reconnus du droit international acceptés par les deux États parties.<sup>62</sup> Dans d'autres cas, la préférence est accordée aux dispositions de l'accord d'investissement international, alors que la législation de l'État d'accueil ne doit s'appliquer que de manière accessoire.<sup>63</sup> D'autres accords d'investissement internationaux se réfèrent exclusivement à leurs dispositions et aux règles applicables du droit international, en omettant toute mention de la législation de l'État partie. Cette approche a été adoptée, par exemple, au chapitre 11 de l'ALENA et dans le Traité de la Charte de l'énergie.<sup>64</sup>

58. Lorsqu'un différend est porté devant le CIRDI, l'article 42 de la Convention prévoit qu'en l'absence d'accord entre les parties sur le droit applicable, le tribunal statuera sur le différend conformément à la législation de l'État d'accueil et des règles applicables du droit international. Cette disposition donne la primauté à la liberté des parties de convenir du droit applicable, tout en donnant également des directives au tribunal sur la manière de choisir ce droit applicable en l'absence d'un accord à cet effet entre les parties.

59. Les règles d'arbitrage de la CNUDCI et de la CCI reconnaissent également aux parties le pouvoir de choisir la loi applicable. C'est ainsi que les règles de la CNUDCI prévoient que le tribunal arbitral applique la loi indiquée par les parties et, à défaut d'une telle indication, la loi désignée par les règles de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce. Conformément à la pratique d'arbitrage commercial, les règles de la CNUDCI mettent l'accent sur le fait que l'accord d'investissement régit les rapports entre les parties, en exigeant que, dans tous les cas, le tribunal statue sur le différend conformément aux conditions du contrat et prenne en compte les usages du commerce applicables à la transaction.<sup>65</sup>

## 7. La nature et l'effet de la décision arbitrale

60. Une caractéristique importante du mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et l'État est le fait qu'il accorde des dommages-intérêts. Ainsi, s'il est établi qu'un État d'accueil a violé une obligation, le tribunal peut ordonner le versement de dommages pécuniaires à l'investisseur, y compris l'intérêt applicable. Il peut aussi ordonner la restitution des biens, auquel cas, les dommages pécuniaires pourront normalement être versés en remplacement de la restitution.<sup>66</sup> Les tribunaux d'arbitrage ne sont cependant pas habilités à ordonner à un État d'accueil de révoquer ou de modifier une mesure ou une politique incompatible. Cette limitation se justifie par le fait que l'on veut éviter des situations dans lesquelles un État d'accueil serait obligé de modifier sa législation ou

---

<sup>62</sup> CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, (1996-2002), Volume III, pages 155 et 156.

<sup>63</sup> Voir, par exemple, l'Accord de libre-échange entre le Mexique et le Costa Rica et l'Accord sur l'investissement et le commerce des services entre les pays d'Amérique centrale. *Ibid.*, Volume V, page 58 et Volume IX, page 53.

<sup>64</sup> Article 1131 1) de l'ALENA. Voir également l'article 26 6) du Traité sur la Charte de l'énergie, *Ibid.*, Volume II, page 570.

<sup>65</sup> Article 33 des règles d'arbitrage de la CNUDCI, *Ibid.*, Volume I, page 84.

<sup>66</sup> Voir, par exemple, l'article 1135 1) de l'ALENA.

d'adopter des mesures contraires aux décisions de ses tribunaux afin de ne pas assumer de responsabilité internationale au cas où il ne se conformerait pas à la sentence.

61. Conformément à la règle générale d'arbitrage international, les sentences rendues dans le cadre du mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et l'État ont force exécutoire et sont définitives. Toutefois, si la sentence arbitrale internationale n'est pas conforme aux prescriptions fondamentales de la procédure de recours et d'équité, sa validité peut être contestée devant les tribunaux du lieu d'arbitrage et les tribunaux de l'État d'accueil peuvent donc refuser de la reconnaître lorsque la mise en exécution est demandée.

62. La Convention portant création du CIRDI diffère des autres mécanismes d'arbitrage en ce sens qu'elle empêche les parties de contester devant les tribunaux municipaux une sentence rendue par le tribunal du CIRDI. La Convention prévoit plutôt ses propres options: l'une ou l'autre partie peut demander l'interprétation, la révision ou l'annulation de la sentence arbitrale.<sup>67</sup> Les demandes en annulation peuvent être motivées par plusieurs raisons, notamment un excès de pouvoir manifeste, l'inobservation grave d'une règle fondamentale ou la non-indication de motifs sur lesquels se fonde la sentence. Ces demandes sont reçues par un comité ad hoc nommé par le Président du Conseil administratif du CIRDI.

## **8. Mise en exécution et reconnaissance d'une sentence arbitrale**

63. Du fait qu'en droit coutumier international les États ne sont pas tenus d'exécuter les sentences arbitrales étrangères, de nombreux accords d'investissement internationaux contiennent des dispositions visant à assurer l'exécution par les tribunaux locaux des sentences rendues en vertu de leurs dispositions relatives à l'arbitrage entre un investisseur et l'État. À cet égard, il est fait référence à certaines conventions internationales prévoyant l'exécution obligatoire de sentences arbitrales. La convention la plus importante de ce type est la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>68</sup>, conclu sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies et à laquelle de nombreux pays ont adhéré. Un exemple régional est offert par la Convention interaméricaine de 1975 sur l'arbitrage commercial international. Néanmoins, même dans le cadre de ces traités, un État peut refuser d'exécuter une sentence étrangère pour un certain nombre de motifs, notamment lorsque l'objet du différend ne peut pas être réglé par voie d'arbitrage en vertu de la législation interne de l'État, ou si la sentence est contraire à sa politique publique.<sup>69</sup>

64. Un autre obstacle à l'exécution est le fait qu'aux termes de la Convention de New York les États parties ont le droit de refuser d'exécuter des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État qui n'est pas partie à la Convention. Ainsi, pour s'assurer que cette clause n'empêche pas l'exécution de sentences rendues au titre des dispositions relatives au règlement des différends entre un investisseur et l'État, certains accords d'investissement internationaux exigent que les sentences soient rendues sur le territoire d'un pays qui est partie à la Convention de New York.

65. Ces problèmes ne se posent pas dans le cas de la Convention portant création du CIRDI, qui exige que chaque État contractant (et pas seulement ceux qui sont concernés par le différend) reconnaisse les sentences arbitrales rendues par les tribunaux du CIRDI et en assure l'exécution comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal local [article 54 1)]. Ici encore, l'arbitrage

---

<sup>67</sup> Voir articles 50-52 de la Convention portant création du CIRDI.

<sup>68</sup> Le texte de la Convention de New York de 1958 figure sur le site Web de la CNUDCI: [www.uncitral.org/english/texts/arbconc/58conv](http://www.uncitral.org/english/texts/arbconc/58conv).

<sup>69</sup> Voir, par exemple, l'article V de la Convention de New York de 1958.

du CIRDI diffère de celui des autres mécanismes, comme ceux de la CNUDCI et de la CCI, qui s'appuient sur les conventions susmentionnées pour assurer l'exécution effective des sentences arbitrales. Il convient cependant de noter qu'aux termes de la Convention de la CIRDI ainsi que de la Convention de New York, l'État défendeur peut encore refuser la mise en exécution sur la base du principe de l'immunité absolue contre l'exécution<sup>70</sup> ou de la doctrine de l'acte de gouvernement, deux principes qui sont préservés dans ces instruments.

66. Si un État partie à un accord d'investissement international n'est signataire d'aucun traité comme la Convention de New York ou la Convention de la CIRDI, il n'est pas juridiquement tenu d'exécuter une sentence arbitrale. C'est pour cette raison que certains accords d'investissement internationaux stipulent que chaque État partie exécutera ou fera exécuter sur son territoire les sentences rendues aux termes de leurs dispositions relatives au règlement des différends entre un investisseur et l'État. Un exemple de cette formulation est offert par le traité d'investissement bilatéral de 1992 entre la Fédération de Russie et les États-Unis.<sup>71</sup>

67. En cas d'inexécution d'une sentence arbitrale par un État d'accueil, certains accords d'investissement internationaux prévoient que l'État d'origine de l'investisseur peut introduire l'instance conformément à leurs procédures de règlement des différends entre États.<sup>72</sup> Dans le cadre de l'ALENA, par exemple, si un État partie au différend manque de se conformer à une sentence définitive, l'État d'origine de l'investisseur peut demander à la Commission de libre-échange de l'ALENA de constituer un groupe spécial conformément aux procédures de l'accord relatives au règlement entre États. L'État demandeur peut, dans cette procédure, chercher à ce qu'il soit déterminée que l'inexécution de la sentence est incompatible avec les obligations en vertu de l'ALENA et qu'il soit recommandé que l'État défaillant se conforme à la sentence.<sup>73</sup> L'inexécution peut se traduire par la responsabilité internationale de l'État défaillant en droit public international. Conformément à la Convention portant création du CIRDI, l'inexécution d'une sentence arbitrale réactive le droit de l'État d'origine d'accorder la protection diplomatique à l'investisseur.<sup>74</sup> L'État d'origine peut aussi introduire une instance contre l'État défaillant devant la Cour internationale de justice conformément aux dispositions de ladite Convention. En outre, l'État d'origine de

---

<sup>70</sup> En termes simples, en droit international, l'immunité absolue contre l'exécution concerne l'exemption d'un État étranger de mesures de mise en exécution contre les biens de l'État résultant de la décision d'un tribunal municipal ou d'une sentence arbitrale. Selon la doctrine de l'acte de gouvernement, qui est étroitement liée au principe d'immunité absolue, les actes d'un État sur son propre territoire ne peuvent pas être contestés devant les tribunaux d'autres États. En conséquence, si un tribunal municipal estime qu'une sentence dont l'exécution est demandée est contraire aux principes évoqués plus haut, il peut refuser de faire exécuter la sentence. Malanczuk (1997), pages 118 à 123.

<sup>71</sup> Cité dans CNUCED, Bilateral Investment treaties in the Mid-1990s, (1998), page 98.

<sup>72</sup> Voir, par exemple, l'ALENA, l'Accord de libre-échange entre le Mexique et le Costa Rica et le Traité G-3.

<sup>73</sup> 1136 5) de l'ALENA.

<sup>74</sup> Il faut rappeler que la Convention portant création du CIRDI empêche un État d'origine d'accorder la protection diplomatique ou de formuler une revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un État d'accueil ont consenti à soumettre à l'arbitrage dans le cadre de la Convention, sauf si l'État d'accueil manque de se conformer à la sentence rendue par le tribunal [article 27 1)].

l'investisseur peut utiliser toutes les autres voies de recours disponibles en droit public international pour les cas de violation d'une obligation en vertu d'un traité international.<sup>75</sup>

## 9. Les frais d'arbitrage

68. À l'instar de l'arbitrage entre États, les accords d'investissement internationaux contiennent généralement des dispositions relatives à la manière dont les frais de la procédure arbitrale seront répartis. Il n'existe pas de pratique standard sur la manière d'aborder cette question, cependant, les options éventuelles comprennent: le partage égal des frais entre les parties, la formule du "perdant paie", ou bien la répartition est laissée à la discrétion du tribunal.

## V. PRINCIPALES DIFFÉRENCES ENTRE LES DISPOSITIONS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DES ACCORDS D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAUX ET LE SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC

69. Un certain nombre de différences notables existent entre les mécanismes de règlement des différends prévus par les accords d'investissement internationaux et celui de l'OMC.

70. En ce qui concerne le règlement des différends entre États, comme on l'a déjà noté, les accords d'investissement internationaux prévoient normalement l'arbitrage ad hoc, c'est-à-dire au moyen d'un mécanisme qui ne précise pas automatiquement des règles de procédure spécifiques et laisse généralement aux tribunaux le soin de déterminer leur propre procédure. L'OMC, en revanche, a un système institutionnel de règlement des différends avec des groupes spéciaux *ad hoc* pour chaque différend et un Organe d'appel quasi-permanent, ainsi que des règles de procédure détaillées pour les différentes phases de la procédure de règlement. Il convient cependant de rappeler que certains accords d'investissement internationaux, notamment au niveau régional, établissent effectivement des mécanismes institutionnels de règlement des différends entre États.

71. Une différence de taille entre le règlement des différends entre États dans le cadre des accords d'investissement internationaux et à l'OMC a trait au droit applicable. La portée du règlement des différends de l'OMC est limitée aux différends sur les droits et obligations découlant des accords visés, alors que la portée du règlement des différends entre États découlait des accords d'investissement internationaux semble beaucoup plus vaste. Il en est ainsi parce qu'en sus de leurs propres dispositions, les accords d'investissement internationaux se réfèrent souvent à d'autres règles du droit international, non seulement dans les articles spécifiques sur le règlement des différends, mais aussi dans les articles relatifs au "traitement". Par ailleurs, ils incluent aussi des références à d'autres accords conclus entre les parties ainsi qu'à des engagements pris au titre d'investissements spécifiques.

72. L'une des différences les plus importantes entre le règlement des différends entre États dans le cadre des accords d'investissement internationaux et dans le cadre du Mémoire sur le règlement des différends concerne probablement la question du respect des décisions relatives au règlement des différends. Pour leur part, la plupart des accords d'investissement internationaux et presque tous les traités d'investissement bilatéraux, ne traitent pas de la question, mais en cas de non-respect, l'État ayant eu gain de cause a la latitude d'utiliser les voies de recours disponibles prévues par le droit coutumier en matière de la responsabilité d'État (notamment des contre-mesures unilatérales et la suspension du traité). Il y a cependant lieu de noter que certains accords d'investissement internationaux, à savoir les accords bilatéraux et régionaux d'intégration économique, contiennent effectivement leurs propres systèmes de sanctions en cas de non-respect. Pour sa part, le Mémoire d'accord sur le règlement des différends établit un système autonome de mesures

---

<sup>75</sup> Voir, par exemple, l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qui autorise l'extinction ou la suspension d'un traité comme conséquence de sa violation.

correctives en cas de non-respect, pouvant revêtir la forme de compensation ou de suspension temporaire de concessions ou d'obligations. L'adoption de contre-mesures par le Membre ayant eu gain de cause n'est permise que sur autorisation préalable et dans certaines conditions. Le système de l'OMC ne permet pas d'action unilatérale.

73. Des différences fondamentales existent également entre les dispositions des accords d'investissement internationaux relatives au règlement des différends entre un investisseur et l'État et le système de règlement de l'OMC. Certaines de ces différences qui traduisent les différences existant entre l'objet et les fonctions de ces deux types de mécanismes sont présentées ci-après.

74. Tout d'abord, comme on l'a déjà noté, le mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et l'État se caractérise notamment par le fait qu'il permet à l'investisseur privé d'avoir directement accès à un tribunal international pour introduire une instance contre l'État d'accueil, sans demander la protection diplomatique ou l'intervention de l'État d'origine. L'arbitrage entre un investisseur et l'État est considéré comme l'un des moyens les plus importants de protection de l'investisseur dans les accords d'investissement internationaux, notamment ceux qui visent essentiellement à protéger les droits de l'investisseur contre l'expropriation illicite ou le traitement discriminatoire. Ceci représente manifestement une différence fondamentale avec le système de règlement des différends de l'OMC, où les acteurs non gouvernementaux ne peuvent pas soulever de différends au titre du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et où seuls les États Membres peuvent, s'ils veulent endosser les revendications de leurs ressortissants, entamer la procédure de règlement des différends contre d'autres États Membres.

75. Une deuxième différence de taille concerne le type de recours juridiques disponible pour chacun de ces modes de règlement des différends. Il faut rappeler que dans l'arbitrage entre un investisseur et l'État, si l'État d'accueil est trouvé en violation, le tribunal est généralement habilité à ordonner que des dommages pécuniaires soient versés à l'investisseur et/ou que les biens lui soient restitués avec l'intérêt applicable. Le tribunal arbitral ne peut cependant pas ordonner à un État d'accueil de révoquer ou de modifier une mesure ou une politique incompatible. Une fois encore, cette situation diffère fondamentalement du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, où il est généralement entendu que ni les groupes spéciaux ni l'Organe d'appel ne peuvent recommander le versement de dommages pécuniaires. S'il est établi qu'un Accord de l'OMC a été violé, l'Organe de règlement des différends recommandera que le Membre ayant commis la violation mette la mesure incompatible en conformité avec ses obligations dans le cadre de l'OMC.

76. Les procédures de révision comportent aussi des différences de taille. Dans le cadre de l'arbitrage ad hoc ponctuel entre un investisseur et l'État, les sentences arbitrales sont normalement définitives, bien qu'un État perdant puisse demander devant les tribunaux municipaux qu'une sentence soit écartée ou annulée pour des motifs de procédure. La Convention portant création du CIRDI va au-delà des régimes ponctuels pour exiger que les sentences du CIRDI ne fassent pas l'objet d'appel ou de tout autre recours, à l'exception de celles qui sont prévues par la Convention. Dans le système de l'OMC, en revanche, le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends permet aux Membres parties au différend de demander l'examen en appel du rapport du groupe spécial concernant les questions de droit et les interprétations du droit données par le groupe spécial.<sup>76</sup> La principale différence entre les procédures d'annulation du CIRDI et l'examen en appel de l'OMC réside dans le fait suivant: dans le premier cas une sentence ne peut être annulée que pour des motifs étroits de procédure stipulés dans la Convention et les parties sont donc libres de porter le différend devant un nouveau tribunal, alors que dans le second, l'Organe d'appel de l'OMC peut non seulement annuler la décision d'un groupe spécial pour des vices de procédure, mais aussi modifier ou infirmer les

---

<sup>76</sup> Il convient cependant de noter que, si la procédure d'arbitrage de l'article 25 du Mémorandum d'accord est utilisée, le rapport d'arbitrage ne peut pas faire l'objet d'appel.

constatations et les conclusions juridiques d'un groupe spécial et substituer sa propre décision aux recommandations de celui-ci.<sup>77</sup>

77. La question de la mise en exécution représente une autre différence importante entre les deux systèmes. Dans l'arbitrage entre un investisseur et l'État, l'exécution des sentences arbitrales est généralement assurée en référence à certaines conventions internationales prévoyant l'exécution de sentences arbitrales étrangères, par exemple, la Convention de New York de 1958 et la Convention portant création du CIRDI. Si un État ne se conforme pas à une sentence arbitrale, dans certains accords d'investissement internationaux, l'État d'origine de l'investisseur peut introduire l'instance dans le cadre de la procédure de l'accord relative au règlement des différends entre États, ou s'il s'agit d'une sentence du CIRDI, dans le cadre des dispositions pertinentes de la Convention portant création du CIRDI. L'État d'origine de l'investisseur peut, en dernier ressort, utiliser les voies de recours disponibles en droit coutumier international en matière de responsabilité d'État applicable aux violations d'un traité international. En revanche, comme noté plus haut, dans le système de règlement des différends de l'OMC, le Membre affecté a le droit, en cas de non-respect, de demander une compensation ou, si cela n'est pas possible, l'autorisation de suspendre des concessions équivalentes à l'égard du Membre qui ne se conforme pas à la décision.

78. Enfin, il convient de mentionner que si dans le système de règlement des différends entre un investisseur et l'État les frais de la procédure d'arbitrage doivent être pris en charge directement par les parties au différend, il n'en est pas de même dans le système de règlement des différends de l'OMC.

---

<sup>77</sup> CNUCED, *Dispute Settlement (Investor-State)*, Collection de la CNUCED sur les problèmes posés par les accords d'investissement internationaux (à paraître).