

**CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE
ET LE DÉVELOPPEMENT**

**Différends entre investisseurs
et État: Prévention et modes
de règlement autres
que l'arbitrage**

**Études de la CNUCED
sur les politiques d'investissement international
au service du développement**



**NATIONS UNIES
New York et Genève, 2010**

ii *Différends entre investisseurs et État: prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*

NOTE

C'est la CNUCED qui, au sein du système des Nations Unies, est responsable de toutes les activités relatives à l'investissement et à la technologie. S'appuyant sur trente ans d'expérience en ces domaines, elle s'emploie, par l'intermédiaire de sa Division de l'investissement, de la technologie et du développement des entreprises (DITE), à faire mieux comprendre un certain nombre de questions clés, en particulier celles qui concernent l'investissement étranger direct et le transfert de technologie. La DITE aide en outre les pays en développement à attirer l'IED, à en tirer parti et à améliorer leur capacité de production et leur compétitivité internationale. Elle met l'accent sur une approche intégrée de l'investissement, du renforcement des capacités technologiques et du développement des entreprises.

Dans la présente étude, le terme «pays» s'entend également, selon qu'il convient, de territoires ou de zones; les appellations employées et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites. En outre, les désignations de groupes de pays ne sont utilisées que pour des raisons de commodité statistique ou analytique et n'expriment pas nécessairement de jugement quant au degré de développement atteint par un pays ou une zone donné.

Les signes typographiques ci-après ont été utilisés dans les tableaux:

Deux points (..) signifient que les données ne sont pas disponibles ou ne sont pas fournies séparément;

Dans le cas où aucune donnée n'était disponible pour l'un des éléments composant une ligne d'un tableau, celle-ci a été omise;

Un tiret (–) signifie que l'élément considéré est égal à zéro ou que sa valeur est négligeable;

Tout blanc laissé dans un tableau indique que l'élément considéré n'est pas applicable;

Une barre oblique (/) entre deux années, par exemple 1994/95, indique qu'il s'agit d'un exercice financier;

Le trait d'union (-) entre deux années, par exemple 1994-1995, indique qu'il s'agit de la période tout entière, y compris la première et la dernière année;

Sauf indication contraire, le terme «dollars» (\$) s'entend du dollar des États-Unis d'Amérique;

Sauf indication contraire, les taux annuels de croissance ou de variation sont des taux annuels composés;

Les chiffres ayant été arrondis, leur somme et celle des pourcentages figurant dans les tableaux ne correspondent pas nécessairement aux totaux indiqués.

Le texte de la présente étude peut être cité sans autorisation sous réserve qu'il soit fait mention de la source.

UNCTAD/DIAE/IA/2009/11

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente F.10.II.D.11

ISBN 978-92-1-112793-5

ISSN 1814-2001

Copyright © Nations Unies, 2010

Tous droits réservés

Imprimé en Suisse

PRÉFACE

Le secrétariat de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) administre un programme concernant les accords en matière d'investissement international. Celui-ci vise à aider les pays en développement à participer aussi efficacement que possible à la définition de règles en ce domaine. Il comprend trois volets: recherche et développement sur les politiques, y compris la rédaction d'études ciblées; renforcement des capacités des ressources humaines et développement institutionnel, notamment par des séminaires nationaux, des colloques régionaux et des cours de formation; et soutien à la recherche d'un consensus intergouvernemental.

La présente publication s'inscrit dans le cadre d'une nouvelle série intitulée Études sur les politiques d'investissement international au service du développement, qui prolonge et développe la série des Études sur des questions concernant les accords internationaux d'investissement. Comme celle qui l'a précédée, cette nouvelle série s'adresse aux responsables gouvernementaux, aux dirigeants d'entreprise, aux représentants d'organisations non gouvernementales, aux agents d'organisations internationales et aux chercheurs.

Cette série vise à présenter une analyse équilibrée des questions qui peuvent se poser dans le contexte des travaux internationaux sur la définition de règles en matière d'investissement et sur leur incidence sur le développement. Elle a pour but de contribuer à une meilleure intelligence de questions techniques délicates et de leur interaction, et d'idées novatrices qui pourraient aider à renforcer la dimension développement des accords internationaux sur l'investissement.

Cette série est l'œuvre d'une équipe dirigée par James Zhan et dont les membres sont Amaré Békélé, Anna Joubin-Bret, Hamed El-Kady, Tamas-Pal Heisz, Jan Knörich, Diana Rosert, Ileana Tejada, Elisabeth Tuerk et Jörg Weber. Le Comité de lecture était composé de Jack Coe, Susan Franck, Barton Legum, Peter Muchlinski, Jeswald W. Salacuse et Margrete Stevens.

La présente étude a été préparée par Anna Joubin-Bret et Jan Knörich. Susan Franck, Nicolas Perrone, Elisabeth Tuerk et Jörg Weber ont fait des observations et Tamas Pal Heisz ainsi que Diana Rosert ont aidé à mettre la dernière main à sa rédaction. Les auteurs ont bénéficié d'observations formulées lors d'un forum sur le «*Règlement des différends entre les investisseurs et les États*», organisé en commun avec l'Université de Miami en juillet 2009 à Miami, ainsi que d'autres remarques issues d'échanges d'experts qui se sont déroulés lors des préparatifs du colloque organisé conjointement par l'Université Washington & Lee et la CNUCED sur le thème: l'investissement international et les méthodes extrajudiciaires de règlement des différends.

Le présent document vient opportunément faire l'analyse d'une question fondamentale pour l'élaboration des politiques modernes d'investissement international, conformément au mandat confié à la CNUCED concernant les accords internationaux d'investissement tel qu'il ressort de l'Accord d'Accra (par. 151).

Le Secrétaire général de la CNUCED,
Supachai Panitchpakdi

Genève, mai 2010

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	iv
SIGLES ET ABRÉVIATIONS	ix
RÉSUMÉ	xxi
INTRODUCTION	1
I. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS PAR VOIE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL	11
A. Caractère particulier du règlement des différends entre les investisseurs et l'État	11
B. Avantages et inconvénients de l'arbitrage international..	14
II. AUTRES MÉTHODES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	25
A. Procédures suivies dans les méthodes de règlement extrajudiciaire des différends.....	26
B. Avantages et difficultés de l'application de méthodes extrajudiciaires au RDIE.....	34
III. MODES DE RÈGLEMENT AUTRES QUE L'ARBITRAGE DANS LE RÉGIME D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL	45
A. Divers moyens négociés dans les accords internationaux d'investissement	45
B. Règles internationales et institutions de règlement des différends mentionnées dans les AII	59
IV. POLITIQUES DE PRÉVENTION DES DIFFÉRENDS: EXPÉRIENCES ET BONNES PRATIQUES	71

A.	Partage de l'information	72
B.	Priorité aux secteurs sensibles	80
C.	Renforcement des procédures institutionnelles et des procédures à l'amiable – recours administratif	82
D.	Application des engagements relatifs au règlement des différends en matière d'investissement: accès à l'information, arrangements interinstitutionnels et pouvoir de régler les différends	84
E.	Pouvoir de négocier et de régler les différends – autorité budgétaire	90
F.	Évaluation de la demande: communication rapide de tous les documents pertinents à l'institution chef de file	92
G.	Réponse institutionnelle: médiateur et services de médiation.....	94
H.	Coopération entre États pour la prévention des différends.....	101
I.	Capacité de régler un différend pendant la procédure d'arbitrage.....	104
V.	CONCLUSION	107
	RÉFÉRENCES.....	117
	SELECTED UNCTAD PUBLICATIONS ON INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT	125
	QUESTIONNAIRE.....	135

Encadrés

Encadré 1.	Exemples récents de frais de justice dans les différends investisseur-État RDIE.	19
Encadré 2.	Le processus de médiation et de conciliation: principales caractéristiques.....	32
Encadré 3.	Affaires relatives au règlement de différends entre investisseurs et État portant sur l'absence de tentative de règlement à l'amiable préalable à l'arbitrage.....	47

Figures

Figure 1.	Modalités de règlement des différends.....	2
Figure 2.	Formes de règlement des différends et maîtrise des parties sur le processus	29
Figure 3.	Système d'alerte péruvien	79
Figure 4.	Le système institutionnel colombien	88
Figure 5.	Bureau du Médiateur pour l'investissement étranger de la République de Corée.....	97

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AAA	Association américaine d'arbitrage
AALCO	Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique
ABI	Accord bilatéral pour la promotion et la protection de l'investissement (ou accord bilatéral d'investissement)
AIER	accord d'intégration économique régional
AII	Accord international d'investissement
ALE	Accord de libre-échange
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
AMGI	Agence multilatérale de garantie des investissements
APE	Accord de partenariat économique
CCI	Chambre de commerce internationale
CET	Construction-exploitation-transfert (accords de)
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CRCICA	Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration
DR-CAFTA	Accord de libre-échange Amérique centrale-République dominicaine-États-Unis
ICDR	International Centre for Dispute Resolution
IED	Investissement étranger direct
IMI	International Mediation Institute
KLRC	Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration

x *Différends entre investisseurs et État: prévention et modes
de règlement autres que l'arbitrage*

OIO	Office of the Foreign Investment Ombudsman
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OPI	Organisme de promotion de l'investissement
OPIC	Overseas Private Investment Corporation
PPD	Politiques de prévention des différends
RDIE	Règlement des différends entre investisseurs et État
RED	Règlement extrajudiciaire des différends (méthodes de)
SMC	Singapore Mediation Centre

GLOSSAIRE

Le présent glossaire vise à guider le lecteur dans les termes ou expressions qui reviennent souvent dans cette publication et à les expliciter. Les définitions ne prétendent pas représenter une quelconque doctrine ou école de pensée. L'important est qu'elles sont adaptées à un contexte bien précis, celui des procédures d'arbitrage prévues par des accords d'investissement et du règlement des différends entre investisseurs et État. Ce glossaire est inspiré de Coe (2005), de Smith et Martinez (2009), de contributions et de suggestions de Susan Franck, ainsi que du site Web consacré à l'investissement international et aux méthodes de règlement extrajudiciaire des différends (RED) de la faculté de droit de l'Université Washington & Lee et de la CNUCED en préparation de leur colloque commun sur l'investissement international et le règlement extrajudiciaire des différends, qui s'est tenu le 29 mars 2010 (voir <http://investmentadr.wlu.edu/resources/page.asp?pageid=587>, page consultée le 24 juin 2010).

Règlement judiciaire:

Le règlement judiciaire est la solution d'un différend par un (ou plusieurs) tiers neutre(s) ayant compétence pour imposer aux parties en litige – en l'occurrence l'investisseur et l'État – les termes d'une sentence ou d'une décision rendue en accord avec le droit applicable et les faits qu'elles ont présentés. Les procédures de règlement judiciaire habituelles sont le procès devant une juridiction nationale et l'arbitrage (international) (Smith et Martinez, 2009).

Moyen, autre que l'arbitrage, de résolution des différends entre investisseurs et État découlant d'un accord d'investissement:

C'est le fait de recourir à un mécanisme de règlement ou de prévention des différends autre que l'arbitrage en matière d'investissements internationaux. Les mécanismes de ce genre se divisent en deux catégories principales dont la première concerne les différends existants et les moyens de les régler. Il est courant, en pareil cas, d'utiliser des méthodes de règlement extrajudiciaire des différends (RED). La seconde catégorie concerne l'application de politiques de prévention mises en place en amont, dans l'éventualité de la naissance d'un différend (parfois appelée RED préventif).

Méthodes de règlement extrajudiciaire des différends (RED):

Il s'agit d'un moyen de régler les différends autrement que par voie de décision contraignante rendue par un tribunal civil ou un tribunal d'arbitrage. Dans le cas précis des différends internationaux entre investisseurs et État, on peut y voir un mécanisme offrant une alternative aux méthodes «principales» de règlement des différends que sont le règlement par voie d'arbitrage et la décision rendue par une juridiction nationale. Le recours au RED, qui se fait normalement avec l'accord des parties, suppose fréquemment l'intervention d'un tiers qui les aide à négocier le règlement du litige. La médiation et la conciliation sont des méthodes de RED fréquemment employées dans les différends internationaux, mais ce ne sont pas les seules. Ces techniques ne s'excluent pas forcément l'une

l'autre dans le cadre d'un litige donné; elles peuvent être – et sont souvent – employées l'une après l'autre ou associées, à des degrés variables, à d'autres moyens, juridictionnels, de règlement des différends.

Conciliation:

La conciliation est une procédure de négociation assistée relativement formelle et structurée. Elle suppose l'intervention d'un tiers, le conciliateur (ou un groupe de conciliateurs), dans un différend entre l'investisseur et l'État. Le but premier du conciliateur est d'encourager les parties à régler leur différend à l'amiable. Son rôle n'est pas forcément neutre et il n'assume pas toujours le même degré d'autorité (Smith et Martinez, 2009). Bien que tous les cas soient différents, les conciliateurs tentent habituellement d'instaurer une relation plus harmonieuse entre les parties et d'améliorer la communication entre elles tout en essayant, par leurs conseils, de régler les problèmes de fond à l'origine du litige. La conciliation obéit normalement à des règles et procédures formelles et débouche généralement sur un accord écrit ou, du moins, sur des recommandations écrites. Ces textes ne sont toutefois pas contraignants pour les parties concernées. Les conciliateurs exercent souvent un grand contrôle sur la procédure, qui reste très formelle, très structurée et orientée vers des objectifs précis. Ainsi, les procédures de conciliation définies par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), aboutissent à une décision en bonne et due forme, mais qui n'est pas contraignante à l'égard des parties. Habituellement, la conciliation vise en priorité à trouver une solution concrète à un différend et non à améliorer

les rapports entre les parties; c'est pourquoi elle est souvent qualifiée de procédure d'«arbitrage non contraignant».

Négociation directe:

La négociation directe est une négociation menée entre les parties par des contacts personnels visant à se faire part mutuellement de leurs souhaits et de leurs propositions. Elle n'implique pas, normalement, l'intervention de tiers à des fins d'assistance ou de facilitation.

Prévention des différends:

La prévention des différends consiste à réduire au minimum les causes éventuelles de litige en mettant tout en œuvre pour diminuer le nombre de litiges qui dégènèrent ou aboutissent à un différend caractérisé. Le RED préventif est un moyen non négligeable d'y parvenir. Dans le cas des différends investisseurs-État, la prévention peut se faire par la mise en place des mécanismes institutionnels propres à en prévenir l'apparition et à éviter que les organismes publics ne rompent un contrat ou ne manquent à des obligations conventionnelles. Des politiques rationnelles de prévention des différends permettent de garantir avec une plus grande certitude que l'État et les différents organismes publics tiennent compte des obligations juridiques contractées dans le cadre d'accords d'investissement lorsqu'ils promulguent des lois et appliquent des mesures de politique générale. En outre, la création de dispositifs de prévention des différends aide les gouvernements à recenser les sources de litige éventuelles avec les investisseurs et à faire face aux différends à l'endroit et au moment où ils surviennent. Ces dispositifs supposent,

d'une part, une délégation de pouvoir entre organismes publics, en décidant, par exemple, qui, en cas de différend en matière d'investissement, représentera l'État, formera les employés compétents ou assumera les frais correspondants. D'autre part, prévenir les différends nécessite une bonne coordination et une bonne communication entre les diverses entités publiques, rendues possibles, par exemple, en améliorant l'échange d'informations et la coopération entre institutions. En mettant en place ce genre de dispositions institutionnelles, les États sont aussi mieux à même de prévenir efficacement les différends en répondant aux préoccupations concrètes des investisseurs et en tentant d'y répondre. Les organismes qui participent de cette prévention peuvent être des organismes de promotion des investissements agissant par le biais de leurs services de suivi, de services de médiation ou d'autres organismes publics directement chargés de traiter avec les investisseurs étrangers (par exemple un organisme chef de file).

Résolution des différends:

La résolution des différends comprend la gestion et la solution des litiges. Les parties peuvent agir en fonction de leurs intérêts, de leurs droits ou de leur pouvoir respectif. Celles qui privilégient la défense de leurs intérêts tiennent compte de facteurs tels que les besoins, l'économie, les relations, la politique ou les valeurs sociales. Dans ce cas, le règlement des différends prend souvent la forme d'une négociation directe entre les parties ou avec l'aide d'un tiers neutre tel qu'un médiateur. Si l'accent est mis sur les droits, la présence d'un tiers neutre est nécessaire pour trancher et appliquer des règles convenues à une série de faits afin de déterminer qui

l'emporte. Les procédures fondées sur les droits, parmi lesquelles figurent l'arbitrage contraignant et les procédures judiciaires classiques, offrent des mesures correctives limitées et ne tiennent pas toujours compte de l'ensemble des intérêts et des besoins des parties. Les différends réglés en fonction du rapport de force (par exemple l'intimidation ou, au pire, la violence et la guerre) font pencher l'issue du conflit en faveur de la partie qui a le plus de moyens d'action, le statut le plus élevé et les plus grandes ressources, mais cela peut se faire au détriment des bonnes relations et aboutir à l'impossibilité de faire valoir ses droits.

Comité de résolution des litiges:

Il s'agit d'une procédure privée, volontaire et confidentielle couramment utilisée dans le cadre d'une relation (contractuelle) à long terme entre les parties. Un groupe permanent d'experts avertis est mis sur pied, souvent au moment où la relation entre les parties est instaurée, pour tenter de régler rapidement les différends lorsqu'ils surviennent. Les décisions de ce groupe peuvent être contraignantes ou n'avoir qu'un caractère consultatif, ou encore être contraignantes pendant la durée du contrat, avec possibilité de réexamen par un tiers à l'achèvement du contrat.

Conception et mise au point d'un système de règlement des différends:

Il s'agit d'une procédure systématique consistant à instaurer un dispositif de règlement qui tire parti des aspects positifs d'un conflit ou, du moins, en minimise les aspects négatifs. Ce n'est pas une méthode de règlement des différends à proprement

parler mais elle suppose la création systématique et délibérée d'une procédure efficace, rationnelle et équitable de règlement répondant aux besoins particuliers d'un système donné. L'objectif est de concevoir de meilleurs systèmes de règlement des différends a) par l'analyse des précédents en matière de litige entre les parties afin d'établir un diagnostic du système en cours, b) par la mise au point de méthodes de gestion des conflits plus efficaces grâce à l'application de principes pratiques, c) par l'adoption et la mise en place d'une architecture conceptuelle et d) par la mise à l'essai et l'évaluation de cette nouvelle architecture pour y apporter les modifications nécessaires avant d'étendre la procédure à l'ensemble du système.

Évaluation rapide objective:

L'évaluation rapide objective fait intervenir un évaluateur – souvent un juriste ou un autre expert ayant une très bonne connaissance de l'objet du litige – qui convoque une réunion informelle avec les investisseurs et leur avocat. À cette occasion, les deux parties (les représentants de l'investisseur et ceux de l'État) présentent leurs moyens de preuve et exposent leurs arguments, ce qui permet à l'évaluateur de trouver un terrain d'entente et aussi les points litigieux sur lesquels faire porter ses efforts. Il rédige alors une évaluation confidentielle des perspectives de règlement de l'affaire qu'il propose aux parties. Si celles-ci échouent dans leur tentative de parvenir à un règlement, l'évaluateur peut les aider en élaborant un plan qui permette d'accélérer la procédure, d'évaluer de façon réaliste le coût de la procédure et d'étudier la possibilité d'organiser une nouvelle réunion pour parvenir à un règlement (Smith et Martinez, 2009).

Négociation assistée:

Il s'agit de négociations entre parties à un différend menées avec l'appui et l'aide d'une tierce partie (aussi appelée «tiers neutre»). Le rôle de celle-ci consiste essentiellement à supprimer les éventuels obstacles à une solution négociée qui peuvent subsister quand les parties tentent de régler un différend par des négociations directes. La conciliation et la médiation sont des formes courantes de négociation assistée.

Constataion et évaluation des faits:

Il s'agit d'une procédure confidentielle privée, volontaire et non contraignante dans laquelle les parties soumettent certaines données factuelles (de nature technique, scientifique, comptable ou économique, par exemple) à un expert pour qu'il procède à une évaluation objective des faits contestés. Le principal objectif est d'obtenir une évaluation impartiale des éléments d'un problème pour empêcher que le différend ne s'envenime. Le CIRDI s'est doté à cet effet d'un Mécanisme supplémentaire de constatation des faits (CIRDI, 2006b) pour les litiges entre investisseurs et État. Son Règlement de constatation des faits prévoit l'examen des faits litigieux par un comité indépendant qui fait une évaluation impartiale après une procédure orale, des communications écrites et la production de preuves et de témoignages. La procédure s'achève sur la rédaction d'un rapport qui se borne à établir les faits sans formuler de recommandation à l'intention des parties. Celles-ci doivent alors déterminer la suite juridique et pratique qui sera donnée au rapport.

Médiation:

La médiation est une procédure assez informelle de négociation assistée. Elle suppose l'assistance d'un tiers, le médiateur, dans un différend opposant l'investisseur à un État. À la demande des parties et selon les conditions qu'elles ont fixées, le médiateur intervient dans le litige pour contribuer à élaborer une solution viable. Son rôle consiste à réunir les parties pour les aider à trouver un compromis et à parvenir à un règlement. Sa participation est variable, allant de l'encouragement au dialogue à la présentation concrète d'une proposition viable de règlement et des moyens de l'appliquer. À la demande des parties, le médiateur peut émettre un avis sur l'issue probable d'une procédure de règlement judiciaire et proposer des solutions optimales pour régler le différend. En revanche, il ne peut pas leur imposer une solution (Smith et Martinez, 2009). Les médiateurs n'exercent qu'un certain degré de contrôle sur la procédure en cours, ils s'attachent essentiellement à aider les parties à parvenir à un règlement tout en maintenant une relation non acrimonieuse entre l'investisseur et l'État hôte. À cette fin, ils vont généralement au-delà des questions de fond, se préoccupent davantage de la nature de la négociation et s'emploient à favoriser une réelle communication entre les parties. Ils s'efforcent avant tout de comprendre où sont les intérêts de chacun, de recadrer les positions en présence et d'examiner une série de solutions possibles pour amener les parties à un accord. La médiation est donc souvent assimilée à une procédure de «négociation assistée».

Règlement négocié:

Il s'agit du règlement d'un différend en dehors des tribunaux nationaux ou des tribunaux d'arbitrage. On peut y parvenir soit par des négociations directes entre les parties, soit avec l'appui d'un tiers qui facilite les négociations au moyen de techniques de conciliation ou de médiation. Le RED comporte habituellement des procédures de règlement négocié.

Ombudsman:

L'ombudsman est un fonctionnaire ou une institution qui doit rester impartial lorsqu'il est saisi d'une plainte ou d'un problème et qui s'efforce de régler à un stade précoce les conflits qui surviennent entre investisseurs et État. Pour ce faire, l'ombudsman peut être habilité à employer divers moyens, tels qu'orienter les parties prenantes vers d'autres procédures, aborder des questions en interne au sein d'une organisation, mener une enquête afin de formuler des recommandations générales ou faire office de médiateur directement auprès des parties concernées.

Assistance d'un tiers neutre:

Un tiers neutre est une personne ou un groupe de personnes impartiale(s) faisant office de médiateur, de conciliateur, d'enquêteur ou d'arbitre pour aider les parties à régler les controverses entre un investisseur et un État. Il est accepté par les parties et contribue à régler un différend selon le pouvoir qu'elles lui ont conféré de gérer la procédure ou son issue, ou bien l'une et l'autre.

RÉSUMÉ

En droit contemporain de l'investissement international, l'arbitrage international s'est imposé comme la voie royale permettant aux investisseurs étrangers de faire aboutir leurs réclamations à l'égard d'un État hôte nées d'un différend relatif aux investissements. Presque tous les accords internationaux d'investissement (AII), à l'heure actuelle, comportent des dispositions ayant trait au règlement des différends entre investisseurs et État (RDIE). On estime qu'il est important pour protéger l'investissement de stipuler dans ces accords que l'arbitrage et non le recours aux tribunaux nationaux doit être la principale méthode de règlement des différends.

L'arbitrage international a longtemps été considéré comme le moyen par excellence d'aborder et de régler les différends entre investisseurs et État, et c'est encore le cas, dans une certaine mesure, aujourd'hui. Cette procédure enlève tout caractère politique aux différends, garantit l'indépendance et la neutralité des décisions rendues et est souvent perçue comme rapide, peu coûteuse, souple et rassurante. L'arbitrage international est considéré aussi comme offrant aux parties la possibilité de garder dans une grande mesure la maîtrise de la procédure contentieuse. Il garantit également le caractère exécutoire des décisions rendues et crée un sentiment de légitimité.

En pratique, toutefois, l'arbitrage international comporte plusieurs inconvénients susceptibles de réduire les avantages que les AII peuvent représenter pour les pays en développement. La nature particulière de cet arbitrage, qui met une puissance souveraine en position de défendeur et remet en cause les actes accomplis et les mesures prises par un État

souverain, n'y est pas étrangère. Cette procédure diffère également du recours aux tribunaux nationaux en ce sens que le différend est régi par le droit international et naît de la violation d'un traité international dans le cadre duquel l'arbitrage est la principale solution offerte aux investisseurs. Une autre spécificité tient au fait que la nature de la relation entre l'investisseur et l'État suppose un engagement à long terme; par conséquent, un différend réglé par voie d'arbitrage international et qui se solde par l'octroi de dommages-intérêts entraîne généralement la rupture de ce lien. De plus, les montants en jeu dans les différends investisseurs-État sont souvent très élevés. Du fait de ces caractéristiques bien particulières, les inconvénients associés à l'arbitrage international en matière d'investissement sont le montant des coûts induits, l'allongement du délai nécessaire pour régler une affaire, la difficulté croissante qu'il y a à gérer les dossiers de différend investisseurs-État, les craintes de réclamations abusives ou futiles, les préoccupations d'ordre général concernant la légitimité du système d'arbitrage en matière d'investissement (dans la mesure où il concerne des mesures prises par un État souverain) et le fait qu'il se préoccupe exclusivement de réparer un préjudice financier et non de maintenir une bonne relation d'affaires entre les parties.

Étant donné ces inconvénients (ou supposés tels), auxquels vient s'ajouter la prise de conscience de l'explosion du nombre de différends investisseurs-État depuis quelques années, la présente étude vise à examiner des solutions autres que les procédures d'arbitrage prévues par des accords d'investissement. Elle fait une distinction essentielle entre deux types d'approches ou de moyens substitutifs de ce genre:

- Les méthodes de RED, qui visent à régler par la négociation ou à l'amiable les différends déjà nés, par exemple la conciliation ou la médiation internationale;
- Les politiques de prévention des différends (PPD), qui tentent d'empêcher les conflits entre investisseurs et État de se produire et de dégénérer en différends caractérisés, par exemple, en mettant en place dans l'appareil étatique des dispositifs d'alerte interinstitutions ou en encourageant le partage d'informations entre entités publiques.

L'avantage que présentent ces méthodes extrajudiciaires est leur souplesse, notamment la possibilité de trouver un terrain d'entente en vue d'un règlement amiable entre investisseurs et État, ce qui permet aux parties de poursuivre leurs relations d'affaires. La procédure de règlement est aussi plus rapide et moins onéreuse. Le RED n'exclut pas pour les parties le droit de recourir à d'autres formes de règlement des différends. Enfin, ces méthodes peuvent améliorer la gouvernance et d'autres pratiques réglementaires des États.

Néanmoins, l'emploi de ces méthodes présente aussi des difficultés. Elles ne sont pas contraignantes à l'égard des parties, qui souvent ne sont pas familiarisées avec les techniques en question. Ces moyens extrajudiciaires peuvent aussi être considérés comme une perte de temps et d'argent s'ils n'aboutissent pas au succès, et ils ne conviennent pas à tous les différends en matière d'investissement. Les États qui, en tant que parties à un litige, présentent des caractéristiques bien particulières, peuvent rencontrer des difficultés à employer ces moyens utilement. À titre d'exemple, la

souplesse qu'ils offrent pour trouver des solutions de compromis est limitée par les lois et réglementations en vigueur. Par ailleurs, les représentants de l'État ne reçoivent pas toujours la compétence et les pouvoirs nécessaires pour mettre à profit les méthodes extrajudiciaires. De plus, certaines dispositions des AII ne sont pas, par nature, propices aux méthodes substitutives et ne permettent pas d'avoir recours aux techniques de RED. Enfin, les PPD pourraient éventuellement engendrer des conflits entre institutions.

L'arbitrage est la démarche privilégiée par les AII, mais on y trouve aussi parfois d'autres méthodes. Les AII fixent souvent un «délai de réflexion» pour encourager la négociation avant que les parties ne puissent entamer une procédure officielle d'arbitrage. Toutefois, la période de trois à six mois habituellement prévue à cet effet est assez courte. La solution de la conciliation est aussi évoquée régulièrement, souvent en parallèle avec l'arbitrage. On trouve donc souvent, dans les AII, une brève référence à des procédures non contraignantes faisant intervenir un tiers. Un petit nombre de ces accords encourage la coopération entre États afin d'améliorer la communication sur des questions d'application, parmi lesquelles peut figurer le règlement des différends relatifs aux investissements. Dans la pratique, cependant, le recours à l'arbitrage pour régler ce genre de différend reste de loin la méthode la plus fréquente. Les AII pourraient faire une plus large place à des solutions de substitution comme les techniques de RED si les États souhaitent en encourager l'usage.

Les règles internationales en vigueur en matière de règlement des différends, dont les exemples les plus notoires

sont le règlement de conciliation du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), les règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et celles de la Chambre de commerce internationale (CCI), donnent une orientation quant à l'emploi des techniques de RED. Le CIRDI a aussi élaboré un règlement de constatation des faits et la CCI a publié un ensemble de règles gouvernant la création et le fonctionnement des «dispute boards». D'autres institutions, outre les trois précitées, proposent également leurs propres règles de conciliation ou de médiation, ce qui permet aux parties à un différend relatif aux investissements de se renseigner sur la procédure à suivre pour appliquer les techniques de RED. Nombre de ces institutions de règlement des différends offrent en outre l'appui logistique et administratif nécessaire, par exemple en mettant à la disposition des parties des locaux et une structure qui leur permettent d'engager le processus de conciliation ou de médiation. Pourtant, les travaux de recherche menés jusqu'à présent donnent à penser que les règles gouvernant les RED ont rarement servi pour le règlement des différends investisseurs-État. Il pourrait donc être très utile que les AII encouragent plus concrètement à envisager le recours à ce mode de règlement.

Les politiques de prévention des différends sont une façon très récente de s'attaquer au problème de la multiplication des différends relatifs aux investissements, mais plusieurs types de PPD ont déjà trouvé une application dans certains pays ou pourraient être développés:

- Le partage bien structuré et bien organisé, entre organismes publics, des informations sur les questions d'investissement étranger peut garantir que les instances appropriées soient alertées à un stade précoce des éventuels problèmes rencontrés par les investisseurs et puissent réagir rapidement. Le partage d'informations aide généralement les organismes publics et les divers échelons de l'administration (municipal ou régional, par exemple) à mieux prendre conscience des questions qui se posent dans le domaine du droit international de l'investissement;
- Les gouvernements peuvent cibler certains secteurs sensibles où des différends sont susceptibles de surgir et surveiller de plus près les activités des entreprises étrangères dans ces secteurs, afin de traiter à un stade précoce les problèmes qui risquent d'apparaître;
- Les États peuvent offrir la possibilité de procéder à l'examen administratif d'une mesure jugée peu satisfaisante par les investisseurs. Quelques AII prévoient déjà cette solution;
- L'adoption de mécanismes interinstitutions appropriés entre les organismes publics peut permettre aux États de gérer plus efficacement les différends relatifs aux investissements. On pourrait envisager, entre autres possibilités, d'instituer un organisme chef de file chargé de s'occuper de ces différends, qui serait habilité à demander des informations à d'autres organismes

publics et aurait compétence pour traiter un différend par des moyens de règlement privilégiés;

- Certains fonctionnaires peuvent être habilités à entrer en contact avec les investisseurs, à entamer des négociations ou à chercher une solution amiable;
- Il faudrait assurer le partage, entre organismes publics, d'informations et de documents en rapport avec un règlement en matière d'investissement, même à bref délai;
- Un ombudsman ou ses services peuvent faire office, dans le pays hôte, d'interlocuteur auquel les investisseurs peuvent s'adresser pour exprimer leurs doléances pour qu'on y donne suite;
- La coopération entre États dans le domaine de la prévention des différends pourrait être améliorée;
- On peut s'efforcer de poursuivre les négociations même si une procédure d'arbitrage est en cours.

Dans l'ensemble, les RED et les PPD peuvent offrir des solutions prometteuses autres que l'arbitrage international dans les différends relatifs aux investissements. Il faudrait donc encourager les États, les investisseurs, les juristes, les institutions d'arbitrage et les organisations internationales à songer davantage à ces méthodes à l'occasion des différends qui surgiront à l'avenir.

INTRODUCTION

L'arbitrage international est, outre le recours aux tribunaux de l'État hôte, la méthode la plus souvent utilisée pour régler les différends relatifs aux investissements internationaux. La possibilité de régler un litige par ce moyen figure dans la plupart des dispositions relatives au règlement des différends entre investisseurs et État (RDIE), qui font souvent partie intégrante des accords internationaux d'investissement (AII) d'aujourd'hui. L'arbitrage international est la solution privilégiée par les investisseurs qui cherchent à obtenir réparation du préjudice que le non-respect par l'État hôte d'un engagement conventionnel a fait subir à leurs investissements.

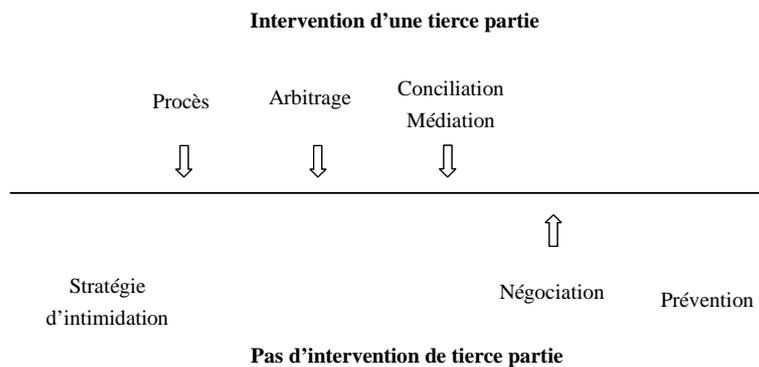
Étant donné cette prédominance de l'arbitrage international, d'autres formes de règlement des différends, ainsi que la possibilité de les éviter totalement, ne sont, à ce jour, que rarement utilisées dans la pratique. Or, cette formule, souvent très efficace, comporte une série d'inconvénients bien réels et elle est généralement onéreuse; la présente étude expose donc d'autres méthodes de règlement des différends relatifs aux investissements ainsi que les moyens que les États peuvent prendre pour les prévenir.

En règle générale, investisseurs et État hôte disposent de toute une série de moyens pour régler les différends auxquels ils sont parties, comme l'illustre la figure 1. À une extrémité du spectre on trouve la «stratégie de la canonnière». Dans le cadre de différends très politisés, en particulier, les pays ont pu user à une certaine époque de leur puissance économique ou de leur pouvoir politique pour chercher à protéger les droits de leurs investisseurs dans un autre État. Il a donc fallu trouver le moyen de dépolitiser le conflit et de faire en sorte que l'affaire

2 *Différends entre investisseurs et État: prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*

puisse être instruite par une instance neutre à l'aide d'un corpus de règles fixe. Les procès intentés devant les tribunaux nationaux ont parfois pu remplir cette fonction, mais ils n'ont jamais pu éradiquer les soupçons et la méfiance des investisseurs et du gouvernement de leur pays d'origine, qui pensent que ces juridictions ne sont pas neutres et ont tendance à favoriser les intérêts du pays hôte.

Figure 1. Modalités de règlement des différends



Source: D'après Smith et Martinez, 2009.

En fonction de ces considérations, la protection des investissements, après la Seconde Guerre mondiale, s'est formée autour de quatre piliers dont chacun offrait une meilleure sécurité aux investisseurs étrangers et à leurs avoirs. Les trois premiers sont l'octroi d'un traitement juste et équitable (ou de la norme minimale de traitement), la liberté de transfert de fonds et la protection contre les expropriations illégales. Le quatrième pilier permet en outre aux investisseurs

étrangers de saisir un tribunal arbitral international d'une plainte à l'égard de l'État hôte en cas de violation d'un engagement international pris par celui-ci. Ce quatrième pilier vise par conséquent à désamorcer la méfiance éventuelle des investisseurs envers les tribunaux du pays hôte et à répondre à la nécessité de dépolitiser le litige en le faisant régler par une instance neutre et selon des règles de procédure internationales. Aujourd'hui, ces quatre piliers figurent dans la plupart des AII, mais l'application du quatrième est en outre garantie par plusieurs instruments multilatéraux dont le plus important¹ est la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention du CIRDI), signée à Washington le 18 mars 1965 (voir CIRDI, 2006a).

Les États désireux d'attirer et d'encourager les investissements étrangers cherchent souvent à assurer une certaine prévisibilité aux investisseurs en privilégiant l'arbitrage international comme moyen de régler un différend. C'est pourquoi, l'écrasante majorité des plus de 3 000 accords bilatéraux d'investissement (ABI) et accords de libre-échange (ALE) qui prévoient des disciplines assez strictes en matière d'investissement propose l'arbitrage international dans le cadre du règlement du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ou de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Parallèlement à l'accroissement des flux d'investissement et à la prolifération des accords d'investissement, les différends investisseurs-État ont aussi commencé à se multiplier depuis 1987². À la fin de 2008, le nombre total d'affaires connues se

4 *Différends entre investisseurs et État: prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*

rapportant à des accords d'investissement était de 317. La plupart ont été soumises au CIRDI ou à la CNUDCI. Au moins 77 gouvernements – dont 47 de pays en développement, 17 de pays développés et 13 de pays en transition – ont été parties à des procédures d'arbitrage, et plus des deux tiers (70 %) des 317 plaintes connues ont été déposées au cours des six années écoulées (CNUCED, 2009). Globalement, les différends investisseurs-État ont eu un plus grand retentissement ces dernières années. Davantage présents dans le monde des investisseurs étrangers et de leurs avocats, ils sont de plus en plus considérés comme un moyen viable de régler un litige avec les États hôtes. Cette montée du contentieux dans les investissements pose certains problèmes à ces États, surtout dans les pays en développement.

Les différends relatifs aux investissements coûtent souvent très cher, non seulement à l'État hôte mais aussi aux investisseurs. Certains coûts, par exemple ceux qui résultent de la nécessité de payer les avocats, les arbitres et les experts, parfois pendant des années d'arbitrage, touchent aussi bien les investisseurs que les gouvernements. En conséquence, le recours à l'arbitrage international comme moyen de régler vite et bien un différend est actuellement remis en cause non seulement par les gouvernements, mais aussi par des investisseurs qui dépensent des sommes énormes pour régler les litiges nés d'accords d'investissement. En outre, l'arbitrage dans ce domaine est de plus en plus difficile à gérer pour les parties. Des programmes de privatisation ou l'offre de contrats de concession portant sur des services publics ou sur la prospection et l'exploitation des ressources naturelles ont donné lieu à des litiges de grande ampleur, provoquant des

controverses politiques au sein comme à l'extérieur de l'État et alimentant le mécontentement suscité par l'arbitrage.

Dans le même temps, l'existence d'un réseau fort complexe d'accords d'investissement ou relatifs aux investissements qui s'étend au monde entier fait qu'il est de plus en plus difficile, pour les États, de gérer leurs engagements internationaux. Une récente étude de la CNUCED montre que la manière dont les AII traitent divers éléments qui sont au cœur de la protection des investissements et de la libéralisation, notamment dans le libellé des clauses elles-mêmes (CNUCED, 2008b), est très variable. Il en résulte des incohérences dans l'interprétation de ces clauses par les tribunaux d'arbitrage, donc un manque de prévisibilité quant à l'issue d'un différend. Cette imprévisibilité vaut non seulement pour l'interprétation des dispositions de fond d'un accord, mais aussi pour la condamnation de l'une ou l'autre des parties, ou des deux, aux dépens.

Enfin, l'arbitrage en matière d'accords d'investissement peut entraîner la rupture des liens entre l'investisseur et l'État, ce qui est contraire à l'objectif de nombreux pays hôtes, désireux d'attirer et d'encourager des investissements qui contribuent véritablement au développement de l'économie. Par ailleurs, la détérioration de la relation compromet les chances pour l'investisseur de rentabiliser à long terme son capital dans le pays hôte. Les investisseurs arrivent généralement mus par un intérêt bien réel, obtenir un bon rendement des capitaux engagés, ce qui peut demander plusieurs années d'activité ininterrompue. Un litige avec l'État rompt inévitablement ce lien et crée un mauvais précédent pour l'une comme pour l'autre partie.

6 *Différends entre investisseurs et État: prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*

Compte tenu de ces critiques apparues progressivement contre l'arbitrage en matière d'investissement, on voit naître un nouveau cadre qui permet d'envisager d'autres solutions. La figure 1 montre, à droite de l'arbitrage international, trois autres possibilités offertes aux investisseurs et aux États aux prises avec un différend concret ou sur le point de se concrétiser. Toutes ces options ne sont pas, à ce jour, réellement mises en pratique, et il peut maintenant s'avérer souhaitable, au vu de l'insatisfaction croissante suscitée par l'arbitrage en matière d'investissement, d'évaluer plus sérieusement leur faisabilité. Premièrement, les deux parties peuvent rechercher un règlement amiable au moyen de diverses techniques telles que la conciliation, la médiation ou la constatation et l'évaluation des faits, ce qui suppose toujours la participation d'un tiers chargé de faciliter ces procédures. Certains AII seulement prévoient de permettre aux parties d'avoir recours à ces techniques; en revanche, le CIRDI, la CNUDCI et d'autres instances ont établi des règles de procédure bien précises dans leurs instruments relatifs aux investissements. Deuxièmement, investisseurs et États peuvent envisager de régler leur différend par la négociation. En fait, le besoin de tenir des négociations est souvent évoqué dans les AII sous la forme d'un délai «de réflexion» entre la saisine de l'organisme d'arbitrage et le début effectif de la procédure. Dans la présente étude, on parlera, pour désigner toutes ces techniques (conciliation, médiation, constatation et évaluation des faits, et négociation), de méthodes de règlement extrajudiciaire des différends (RED), ce qui suppose une alternative à l'arbitrage prévu par les accords d'investissement et aux procès devant une juridiction nationale³. C'est plus souvent au niveau national que ces méthodes ont déjà été

employées: outre le procès et l'arbitrage, les instances judiciaires mettent à l'essai, proposent, voire prescrivent, dans certains domaines du droit, la possibilité pour les requérants de choisir un moyen substitutif ou extrajudiciaire de règlement des différends.

La troisième solution applicable, de préférence à un stade relativement précoce ou à titre préventif, permet aux États d'envisager l'adoption de mesures administratives ou de politique générale en vue d'améliorer leur système institutionnel. Ces mesures, considérées dans la présente étude comme des politiques de prévention des différends (PPD), contribuent à prévenir ou à traiter efficacement les différends potentiels relatifs aux investissements, atténuant ainsi le risque d'en arriver au stade de l'arbitrage international. Les PPD peuvent, par exemple, consister à créer des mécanismes institutionnels et des procédures interinstitutionnelles appropriés pour permettre aux pouvoirs publics d'être avertis à temps de la naissance d'un différend et de faire le nécessaire pour traiter les divers problèmes que rencontrent les investisseurs⁴.

Dans la terminologie de la présente étude, les deux méthodes que sont le règlement extrajudiciaire des différends (RED) et les politiques de prévention des différends (PPD) sont appelées «méthodes extrajudiciaires» ou «moyens extrajudiciaires»⁵. Cette étude sur les méthodes extrajudiciaires de règlement des différends relevant d'accords d'investissement ne se limite donc pas aux RED mais adopte une perspective plus large qui englobe aussi les PPD. La structure de l'étude suit de près l'ordre de la figure 1 en commençant par les avantages et les inconvénients de l'arbitrage international avant de se déplacer vers la droite de

8 *Différends entre investisseurs et État: prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*

l'éventail des modes de règlement. On examinera les divers stades auxquels les politiques mises en place par l'État hôte ou les AII peuvent proposer de traiter un différend par des moyens autres que le recours aux tribunaux nationaux ou à l'arbitrage international. Cette analyse mettra fréquemment l'accent sur des exemples concrets tirés des pratiques conventionnelles en usage ainsi que sur la démarche suivie par certains gouvernements en matière de prévention des différends, afin d'en évaluer l'importance actuelle et future. Étant donné que les approches non judiciaires dans le cadre du règlement des différends investisseurs-État (RDIE) n'en sont encore qu'à leurs débuts, il importe de considérer ces exemples comme des modèles possibles de «bonnes pratiques» pour l'avenir.

La structure de l'étude est la suivante: en guise d'introduction à la recherche de voies de règlement extrajudiciaire, le chapitre I analyse brièvement les caractéristiques des différends investisseurs-État et les avantages et inconvénients du recours à l'arbitrage international pour les régler. Le chapitre II présente plus en détail les méthodes extrajudiciaires, en faisant ressortir leurs éventuels points forts et points faibles. L'introduction de moyens extrajudiciaires dans les AII fait l'objet du chapitre III, suivie d'un examen des règles et des institutions mises en place pour étayer l'emploi de ces moyens dans le cadre de ces accords. Alors que ces deux chapitres mettent l'accent sur les RED, le chapitre IV concerne plus particulièrement les PPD que les États ont d'ores et déjà adoptées pour prévenir les différends. Le chapitre final formule un certain nombre de recommandations et présente des perspectives d'avenir.

Enfin, il convient peut-être d'indiquer ce que la présente étude ne fait pas. Elle ne traite pas des moyens les plus évidents de régler un différend avec un État, c'est-à-dire en s'adressant à la justice du pays hôte. L'obligation d'avoir épuisé les voies de recours locales avant de se tourner vers l'arbitrage ou vers la compétence exclusive des juridictions locales, qui a donné lieu à de nombreuses décisions rendues par des tribunaux internationaux et à une jurisprudence, a peu à peu disparu des AII. Il faudrait toutefois examiner ce qu'il en est aujourd'hui de la méfiance des investisseurs envers les tribunaux nationaux et leur capacité de statuer de manière équitable et rapide, tout comme de l'impression de parti pris ou d'incompétence en matière de droit économique international qui leur est associée. Il serait temps de le faire, après plus de cinquante ans de recours généralisé à l'arbitrage international comme recours le plus sûr pour les étrangers. Cependant, c'est là, sans doute, une tout autre question, que l'on n'abordera pas dans la présente étude.

10 Différends entre investisseurs et État: prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage

Notes

- ¹ La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), conclue à New York le 10 juin 1958, est un autre instrument multilatéral important.
- ² *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. République de Sri Lanka*, CIRDI, affaire n° ARB/87/3.
- ³ Il convient de relever d'emblée que l'expression «règlement extrajudiciaire des différends» (RED) est souvent employée avec des acceptions différentes selon le contexte auquel elle s'applique. Dans les litiges entre État et investisseurs, le recours à l'arbitrage pourrait déjà être considéré, en soi, comme une méthode de RED par laquelle on cherche à éviter le recours aux tribunaux de l'État hôte ou à un mécanisme interétatique.
- ⁴ À la figure 1, à gauche de «Prévention», on pourrait ajouter «Ignorance» ou «Ignorance intentionnelle» comme autre cas extrême. Il s'agit du cas où l'État n'est pas bien informé du problème d'un différend naissant ou en est informé, mais s'en désintéresse. L'ignorance n'est toutefois possible que tant que le litige ne dégénère pas en un conflit déclaré nécessitant de faire appel à une procédure d'arbitrage prévue par un accord d'investissement.
- ⁵ Toutes les solutions extrajudiciaires figurant à droite de l'arbitrage à la figure 1.

I. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS PAR VOIE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL

A. Caractère particulier du règlement des différends entre les investisseurs et l'État

Les différends investisseur-État auxquels donnent lieu les AII ne sont pas des litiges internationaux ordinaires sur le plan juridique. Ils présentent des caractéristiques particulières qui les distinguent des autres types de litige et qui ont de fortes chances d'influer sur la manière dont les parties traitent leur conflit et sur le choix des techniques employées pour régler le différend (Salacuse, 2007). Ces caractéristiques sont les suivantes:

- Dans un différend investisseur-État, *le défendeur est une entité souveraine*; c'est soit le gouvernement lui-même, soit un organisme public infranational (Muchlinski, 2007; Sornarajah, 2004). Par conséquent, la nature des parties en cause n'est pas la même que dans les autres types d'arbitrage tels que l'arbitrage commercial, où les deux parties sont des entités commerciales. Le litige peut être dû à des décisions prises ou à des actes accomplis par l'administration publique ou par un organisme public qui n'a pas signé un AII mais doit en respecter les dispositions. Il peut en résulter des divergences entre les diverses branches de l'administration publique, de sorte qu'il est difficile à l'État de réagir en temps voulu et difficile aussi à l'investisseur d'identifier l'interlocuteur compétent dans l'administration.
- L'investisseur étranger conteste *des actes accomplis ou des décisions prises (ou l'absence d'acte ou de décision)*

par l'État ou par un organisme d'État dans le cadre de ses pouvoirs souverains, la nature des décisions ou des actes contestés étant propre à chaque cas. Le différend porte souvent sur des questions de politique publique et met en cause l'aptitude de l'État à régler dans l'intérêt public, fût-ce au risque de nuire à des intérêts particuliers, en l'occurrence ceux d'une entité étrangère. Un différend peut se transformer facilement en un problème politique dans l'État concerné, mais aussi sur le plan international, par exemple lorsqu'il s'agit de mesures de protection de l'environnement ou de mesures d'urgence prises en période de crise financière. Le problème est encore plus aigu lorsque le montant des deniers publics en jeu est élevé. En outre, étant donné la tendance récente dans les AII et les règles concernant le RDIE à donner plus de transparence aux politiques d'investissement, il est plus facile à la société civile et à d'autres groupes de population d'examiner de près les affaires de RDIE et d'exprimer leurs préoccupations.

- La nature du droit applicable est spécifique elle aussi, étant donné que *le différend est régi par le droit international et fondé sur la violation d'un instrument international*, qui plus est une des sources du droit international, à savoir une convention sur les investissements¹.
- La nature des recours disponibles diffère elle aussi. Contrairement aux principes du droit international, lorsqu'un État souverain est impliqué dans un différend, et contrairement aussi aux litiges ordinaires, le système

établi pour régler le différend est fondé sur *l'arbitrage international en tant que principal recours disponible* pour l'investisseur étranger lésé. La plupart des AII offrent à ce dernier un élément de protection central, à savoir la possibilité de recourir à l'arbitrage international en vertu de la Convention CIRDI ou bien à un arbitrage ad hoc fondé sur les règles de la CNUDCI. Parfois, les AII n'exigent même pas le recours aux tribunaux du pays hôte. On trouve des types analogues de dispositions sur le règlement des différends dans les contrats de concession, les régimes de privatisation, les accords de stabilisation ou les contrats publics ordinaires, dispositions selon lesquelles une allégation de violation sera soumise non à la justice nationale mais à une juridiction internationale.

- Une autre particularité des différends investisseur-État tient au fait que *la nature de la relation entre les parties implique un engagement à long terme*, ce qui implique parfois une interconnexion complexe entre les deux parties résultant d'une situation de dépendance mutuelle. Ainsi, la population d'un pays peut être tributaire d'un investisseur privé étranger pour la prestation d'un service public; pour sa part, l'investisseur aura engagé dans l'entreprise de gros capitaux, et l'opération ne deviendra rentable qu'après un certain nombre d'années. Par conséquent, l'investisseur et l'État sont parfois obligés de maintenir une relation de travail malgré leur désaccord (CNUCED, 2008a; Salacuse, 2007).
- Enfin, *les sommes en jeu dans les différends investisseur-État sont souvent très élevées*, en moyenne

un multiple des montants en cause dans l'arbitrage commercial. Par conséquent, l'ampleur des indemnités accordées au plaignant constitue souvent une lourde charge pour le gouvernement concerné (Salacuse, 2007).

B. Avantages et inconvénients de l'arbitrage international

L'évolution du système de RDIE établi par les AII montre clairement que l'arbitrage a fini par devenir la solution privilégiée pour régler les différends entre les investisseurs et l'État. En effet, on estimait généralement qu'en matière d'investissement l'arbitrage international apportait de nombreux avantages, notamment les suivants:

- Pour les négociateurs des premiers AII, un des principaux objectifs et un des principaux avantages était de *dépolitiser le litige* né entre l'État hôte et l'investisseur d'un autre État pour laisser la place à une solution juridique. D'une part, cette dépolitisation permettait de s'écarter de la stratégie d'affrontement d'antan en plaçant sur le plan judiciaire les différends économiques liés à l'investissement. Un «petit» État pouvait désormais porter plainte contre un investisseur d'un État puissant devant une instance neutre statuant d'après une série de règles fixes. De même, le «petit» État pouvait proposer un mode de règlement n'impliquant pas l'État d'origine de l'investisseur. D'autre part, grâce à la dépolitisation, l'investisseur n'avait pas besoin de demander à son État d'origine ou à une juridiction internationale comme la Cour

internationale de Justice (CIJ) de l'aider dans un différend avec l'État hôte, ce qui évitait le risque de se retrouver mêlé à des débats géopolitiques d'un autre ordre. Les relations de l'investisseur avec l'État hôte devenaient ainsi plus directes, sans interposition de la diplomatie, que l'investisseur pouvait juger plus ou moins favorable.

- Autre avantage évident: l'investisseur pouvait soumettre son grief à un tribunal indépendant et qualifié. Cette garantie *de neutralité et d'indépendance décisionnelle* était un atout lorsque l'investisseur n'avait pas confiance dans l'indépendance des tribunaux locaux ou lorsque la justice de l'État hôte n'avait pas l'habitude de statuer sur des affaires relevant du droit international. Enfin, on pouvait renforcer l'indépendance en plaçant le siège de l'arbitrage et des audiences hors du pays hôte.
- Dans le choix de l'arbitrage international pour trancher les affaires investisseurs-État, les agents économiques étaient motivés surtout par *l'idée que l'arbitrage était plus expéditif, moins coûteux, plus souple et plus familier*. L'arbitrage international était généralement perçu par les investisseurs comme offrant un moyen rapide de régler un différend avec l'État hôte, ce qui évitait au conflit de s'éterniser, avec l'escalade des coûts qui en résultait.
- Par rapport au recours aux tribunaux nationaux, l'arbitrage permettait aux parties d'avoir *une plus grande maîtrise de la procédure*, puisqu'elles pouvaient désigner les arbitres de leur choix (Salacuse, 2007;

Franck, 2008b). Les arbitres pouvaient être choisis en fonction de leur compétence dans la matière faisant l'objet du litige. Les parties avaient la possibilité d'exiger que l'arbitrage se tienne dans un pays tiers neutre et qu'il soit conduit dans une langue connue de toutes les parties.

- Le recours à l'arbitrage était jugé efficace, car normalement le *jugement deviendrait exécutoire à l'égard de la partie adverse*, qui était généralement une entité souveraine. Les AII et plus particulièrement les conventions multilatérales relatives aux différends en matière d'investissement prévoyaient que la sentence arbitrale avait un caractère final et contraignant. La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI) en est un exemple. Son mécanisme d'exécution autonome s'est révélé très efficace pour obtenir l'exécution des sentences arbitrales. Toutefois, le nombre croissant d'annulations montre qu'en définitive les décisions ne sont pas toutes exécutées. On constate un taux d'exécution analogue pour les décisions rendues sous les auspices de différents centres d'arbitrage ou lors d'arbitrages ad hoc conduits selon les règles de la CNUDCI, dès lors que la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'applique.
- Le recours à l'arbitrage international pour régler des différends internationaux en matière d'investissement

s'accompagne d'*un sentiment de légitimité*, car dans les décennies écoulées, voire les siècles écoulés, l'arbitrage a souvent été essayé et appliqué avec succès pour régler divers types de litiges internationaux. Par conséquent, l'arbitrage est considéré depuis longtemps comme un mécanisme propre à favoriser le respect de la légalité (Franck, 2005).

- Malgré ces avantages nombreux, la multiplication récente des différends investisseur-État, le caractère imprévisible de l'interprétation de dispositions conventionnelles très importantes, l'accroissement des sommes en jeu, la mise en cause d'actes des pouvoirs publics et certains défauts inhérents à l'arbitrage international ont suscité des préoccupations dans les États, développés ou en développement, dans les milieux universitaires et dans la société civile. On entend aussi des doléances chez les juristes, qu'ils représentent les investisseurs ou qu'ils défendent des États souverains. Des tentatives ont déjà été faites pour corriger certains défauts par la révision du Règlement d'arbitrage du CIRDI en 2006 (CIRDI, 2006a), et une modification du Règlement de la CNUDCI est à l'étude.

Pourtant, malgré ces changements, le scepticisme et les critiques à propos de l'arbitrage en matière d'investissement ne cessent de grandir, et dans certains cas, ils ont déjà influencé les décisions des pouvoirs publics, ainsi qu'en témoignent les positions inhabituelles prises par l'État plurinational de Bolivie, la République bolivarienne du Venezuela et l'Équateur, qui commencent à limiter l'accès à l'arbitrage international dans les secteurs sensibles de

l'économie. L'État plurinational de Bolivie et l'Équateur ont même dénoncé la Convention CIRDI en vertu de son article 71, le 2 mai 2007 et le 6 juillet 2009, respectivement.

Ce mécontentement tire son origine des caractéristiques intrinsèques du système d'arbitrage international, ainsi que de la pratique et de l'expérience récentes des affaires de RDIE. L'arbitrage prévu par les accords d'investissement présente des inconvénients importants:

- Contrairement aux prévisions, il apparaît que *les coûts de l'arbitrage investisseur-État ont explosé* ces dernières années. Cela vaut non seulement pour les indemnités que les États doivent payer aux investisseurs étrangers en cas de violation d'une disposition conventionnelle, mais aussi pour le coût de la procédure, qui est extrêmement élevé, les frais de justice représentant en moyenne 60 % du coût total du procès (voir encadré 1). En sus des frais de justice, il faut compter les honoraires des arbitres, les taxes administratives des centres d'arbitrage et des coûts additionnels pour l'intervention d'experts et de témoins (UNCTAD, 2008a, 2006a, 2005b)².

Encadré 1. Exemples récents de frais de justice dans les différends investisseur-État RDIE

Outre la charge financière que peuvent imposer aux États les sentences prononcées contre eux dans les différends avec les investisseurs, le coût de la procédure elle-même peut être très élevé. Voici quelques exemples récents de frais de justice et de coûts d'arbitrage:

- Dans l'affaire *Plama Consortium c. Bulgarie* (CIRDI, affaire n° ARB/03/24), les frais de justice pour le demandeur (procédure sur la compétence et procédure sur le fond) s'élèvent à 4,6 millions de dollars, et pour le défendeur à 13,2 millions. Le demandeur a dû payer tous les frais d'arbitrage et la moitié des frais de justice de la partie adverse (CNUCED, 2009);
- Dans l'affaire *Pey Casado c. Chili* (CIRDI, affaire n° ARB/98/2), les frais de justice du demandeur (procédure sur la compétence et procédure sur le fond) s'élevaient à quelque 11 millions de dollars, et ceux du défendeur à 4,3 millions. Le défendeur a reçu l'ordre de payer 75 % des frais d'arbitrage et 2 millions de dollars au titre des frais du demandeur (CNUCED, 2009);
- Dans l'affaire *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c. République de Hongrie* (CIRDI, affaire n° ARB/03/16), le tribunal a condamné le pays défendeur, qui avait été convaincu d'avoir enfreint ses obligations juridiques, à payer la totalité des frais, soit 7,6 millions de dollars, y compris les frais de justice de l'investisseur (CNUCED, 2006a);

- Dans l'affaire *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. République arabe d'Égypte* (CIRDI, affaire n° ARB/05/15), le tribunal a jugé que les demandeurs étaient habilités à recevoir de l'Égypte la somme de 6 millions de dollars au titre des frais de justice, frais d'expertise et autres dépenses.

Sources: CNUCED, 2009; CNUCED, 2006a.

- Tout aussi inattendue est *l'augmentation notable du délai moyen de règlement des affaires* par une décision finale et son exécution ultérieure. Les parties profitent quelquefois de tous les moyens de procédure pour éviter l'exécution des sentences qui leur sont contraires, ce qui prolonge encore le délai d'exécution. La durée moyenne des procès a sensiblement augmenté depuis quelques années: les parties invoquent des procédures d'annulation et autres procédures d'invalidation, les États recourent presque systématiquement à l'artifice consistant à dissocier la procédure sur la compétence de la procédure sur le fond et à des mesures provisoires. Il faut trois à quatre ans en moyenne pour qu'une affaire soit jugée et définitivement réglée. D'après certains auteurs, il s'écoule en moyenne trois-cent quatre-vingt-douze jours entre les délibérations sur le fond et le prononcé de la sentence, l'échelle variant de quatre-vingt-douze jours seulement à neuf cent quarante et un³. On peut donc penser que la durée d'un procès commercial devant les tribunaux nationaux ou un organisme administratif national n'est pas sensiblement différente de celle qu'exige l'arbitrage au titre d'accords d'investissement.

- Les litiges investisseur-État sont devenus de plus en plus difficiles à gérer pour les parties, et se traduisent par une perte substantielle de maîtrise de la procédure pour les États au profit de l’AII, particulièrement pour l’État défendeur. Au-delà de la décision de s’entendre pour soumettre leur différend à l’arbitrage et nommer des arbitres, les parties n’ont guère d’influence sur la procédure proprement dite (Salacuse, 2007).
- L’arbitrage international dans un différend entre un investisseur et un État *aboutit presque toujours à la rupture des relations entre les deux parties*. Or c’est exactement le contraire de ce que souhaite un État lorsqu’il se lance dans une stratégie active de promotion des investissements tendant à nouer des relations durables avec les sources de capitaux et à susciter une contribution utile des investissements au développement économique du pays hôte. Pour leur part, les investisseurs, généralement, ont véritablement intérêt à ce que leur investissement devienne rentable, ce qui peut exiger plusieurs années de fonctionnement ininterrompu. Un litige entre l’investisseur et l’État brise inévitablement la relation et crée un mauvais précédent pour l’une comme pour l’autre partie.
- L’augmentation du nombre des affaires intentées contre les États-Unis, le Mexique et le Canada dans le cadre de l’Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) a fait naître *la crainte de plaintes futiles ou abusives* risquant d’entraver l’action réglementaire légitime des gouvernements. Au demeurant, les affaires nées dans le cadre de l’ALENA concernent souvent des décisions

commerciales qui pourraient faire l'objet d'un règlement par des procédures d'État à État. Toutefois, la solution visée au chapitre de l'Accord qui concerne les investissements est plus intéressante.

- Dans différents milieux, *des préoccupations quant à la légitimité du système RDIE* sont apparues récemment et ont soulevé des débats dans diverses instances. Ces préoccupations proviennent de l'impression d'incohérence qui se dégage des sentences arbitrales quant à l'interprétation des principaux éléments de la protection, mais aussi du simple fait qu'une loi ou une mesure nationale est examinée et interprétée en dernier ressort par un tribunal arbitral composé de trois personnes seulement, pour aussi compétentes et estimées qu'elles soient. La question d'un éventuel mécanisme d'appel a été évoquée, notamment après l'introduction dans les récents accords de libre-échange conclus par les États-Unis de dispositions prévoyant des négociations complémentaires relatives à une instance de recours. On s'interroge actuellement sur le point de savoir s'il est pertinent de confier à des tribunaux arbitraux le soin de trancher des questions touchant la politique des pouvoirs publics, alors qu'ils ne présentent pas les mêmes garanties de responsabilité et de transparence que celles qui sont habituellement exigées des tribunaux nationaux. Les avis divergent quant à un éventuel équivalent de la «jurisprudence constante» (Bjorklund, 2008; Kaufmann-Kohler, 2007) qui se dégagerait de sentences arbitrales concordantes et qui contribuerait à préciser la teneur des principes du droit international.

- Le règlement d'un différend par *voie d'arbitrage est axé uniquement sur le versement d'une réparation* pour les dommages découlant de la violation d'une disposition conventionnelle. Il ne laisse donc pas à l'investisseur et à l'État la possibilité de s'entendre sur d'autres «solutions», par exemple celles qui concernent une modification éventuelle de la décision contestée ou qui offrent d'autres formes de compensation «en nature».

On pourrait remédier dans une certaine mesure à ces inconvénients potentiels ou supposés en élaborant d'autres solutions aux différends opposant un investisseur et un État. Pour ce faire, on pourrait évidemment prendre des mesures préventives, éviter la naissance puis l'aggravation du différend, mettre en place des mécanismes internes de médiation ou de règlement ou proposer d'autres formes de règlement dans le cadre international établi pour les investissements par les instruments multilatéraux relatifs au RDIE et les AII. Plusieurs de ces options seront examinées dans les chapitres qui vont suivre.

Notes

- ¹ The dispute can also arise from the violation of contract terms by the State and will follow the provisions of the contract as far as applicable law and dispute settlement are concerned and in the absence of an «umbrella clause». See UNCTAD (2004).
- ² Dans le monde occidental, la procédure de divulgation utilisée par les cabinets d'avocats dans l'arbitrage international entraîne des frais élevés d'enquête et de documentation qui doivent être assumés directement par les parties au litige ou payés à leur avocat.
- ³ Échange sur le Web avec Anthony Sinclair dans le Forum Oil-Gas-Energy-Mining-Infrastructure Dispute Management .

II. AUTRES MÉTHODES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

La présente étude présente essentiellement deux solutions autres que l'arbitrage prévu par un accord d'investissement. La première est l'application de méthodes extrajudiciaires (RED), aujourd'hui courantes dans les litiges commerciaux, aux litiges en matière d'investissement. Depuis une trentaine d'années, le RED s'est développé dans de nombreux pays pour résoudre toute une série de différends, y compris d'ordre commercial. Il fait habituellement intervenir une tierce partie pour aider les adversaires à négocier l'issue du conflit. Comme on le verra plus en détail au chapitre III, le RED est prévu dans de nombreux AII, encore que dans les différends investisseur-État il soit encore très limité.

La deuxième solution consiste en une politique de prévention qui vise à empêcher purement et simplement l'apparition de différends investisseur-État. La politique de prévention prévoit habituellement la création dans l'administration publique de l'État hôte de mécanismes institutionnels qui sont propres à prévenir la naissance et l'escalade de conflits entre l'État et les investisseurs. Son emploi dans les affaires de RDIE est encore embryonnaire, et l'on verra au chapitre IV et au cas par cas certaines formules déjà appliquées par divers gouvernements.

La section ci-après examine la nature et le processus de ces deux types de méthodes extrajudiciaires. Elle sera suivie par une section qui vise à définir les avantages, mais aussi les objections et les obstacles éventuels, à ces méthodes en tant qu'outils permettant de résoudre ou de prévenir les différends investisseur-État.

A. Procédures suivies dans les méthodes de règlement extrajudiciaire des différends

La clef des deux types de méthodes extrajudiciaires réside dans *le consentement et la coopération demandés aux deux parties* à un processus qui est essentiellement volontaire. Pour que le RED réussisse, la participation active, à des degrés divers, de l'investisseur et de l'État en litige est nécessaire, tout au long du processus. Il y a là une différence importante avec l'arbitrage international, où le consentement peut être donné à l'avance, par exemple dans un AII, et sans qu'il s'agisse d'une situation ou d'un litige particulier. Une fois donné, le consentement ne peut pas être retiré unilatéralement par l'État. Dans le RED, en revanche, le consentement n'est pas donné au préalable et il est nécessaire tout au long du processus jusqu'à l'exécution ou l'application effective de la solution négociée.

De même, la PPD exige aussi des deux parties qu'elles s'engagent activement dans le processus. Le gouvernement du pays hôte doit s'attacher à mettre en place une série de mesures préventives, et les investisseurs sont tenus d'utiliser activement les mécanismes institutionnels qui ont été créés. Dans ce cas aussi, le consentement est donné au préalable par l'État, mais celui-ci a une certaine latitude pour modifier la série de mesures préventives s'il le juge nécessaire.

Un autre élément important est le *degré de souplesse* dans la manière de traiter les obligations juridiques en cause et les circonstances spécifiques du litige. Les méthodes de substitution – RED et PPD – peuvent permettre aux parties de

trouver une solution qui n'est pas fondée sur telle ou telle interprétation des dispositions d'un accord et qui va au-delà de la constatation de l'existence d'une violation ou d'un préjudice. L'objectif consiste à trouver une solution acceptable et viable même s'il faut pour ce faire s'écarter du cadre juridique qui régit les faits de la cause. La solution peut même aller au-delà du versement d'une réparation à l'investisseur et prévoir un paiement «en nature» ainsi que des propositions de l'État hôte tendant à modifier la mesure elle-même qui est contestée par l'investisseur.

Bien que le RED et la PPD aient en commun la nécessité d'obtenir le consentement et la coopération des deux parties et d'avoir une très grande souplesse, les deux méthodes sont par nature sensiblement différentes. La caractéristique principale est qu'un des processus vise à régler les différends alors que l'autre cherche à les prévenir. Par conséquent, il s'agit d'examiner la nature de ces deux processus séparément, ce que nous allons faire dans la présente section.

Si l'on se penche de plus près sur les **processus de RED**, il est possible de distinguer plusieurs types et sous-catégories (Franck, 2008b), selon l'objet de l'intervention dans un différend et le moment où elle se place. Le RED implique habituellement une conciliation ou une médiation, mais il peut aussi être centré sur un exercice d'établissement des faits qui permet de circonscrire le champ réel du différend. Il peut avoir un caractère consultatif ou bien comporter la combinaison de tous les éléments qui précèdent. Les comités de résolution des litiges, par exemple les «dispute boards» qui sont établis dans les contrats internationaux conformément aux règles de la

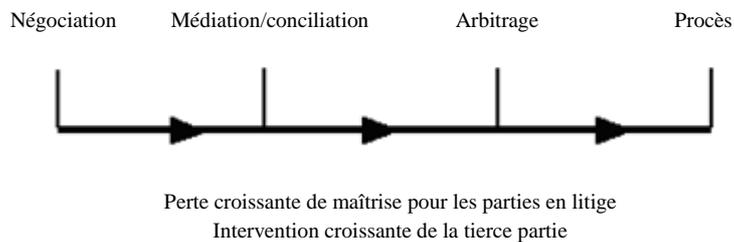
Chambre de commerce internationale (CCI), constituent aussi un mécanisme de RED, qui va être examiné en détail ci-après¹.

Souvent, le RED est défini simplement par le processus utilisé pour régler le différend, c'est-à-dire la conciliation ou la médiation. Les ouvrages consacrés au RED ne font pas clairement la distinction entre ces deux termes, qui sont souvent utilisés indifféremment. La présente étude suggère quelques critères permettant de faire une distinction entre ces deux éléments avant de les examiner sous l'angle des différends relatifs aux investissements.

Une première différence entre la conciliation et la médiation réside dans la plus ou moins grande maîtrise que les parties conservent sur le processus de règlement de leur litige. Habituellement, dans un règlement négocié, les deux parties s'entendent uniquement entre elles et résolvent leur problème sans aucune intervention extérieure. La solution du litige est le résultat de cette négociation directe. La médiation fait appel à une tierce partie neutre (le médiateur) qui intervient dans le différend et qui, à la demande des parties, les aide à trouver une solution. Le rôle du médiateur est variable: il peut se borner à aider les parties à nouer un dialogue ou bien aller jusqu'à proposer et mettre au point un règlement réaliste. Bien qu'il soit sollicité par les parties, le médiateur prend en main jusqu'à un certain point le processus de règlement et, par conséquent, il le soustrait dans une certaine mesure au contrôle des parties. Le résultat de cette intervention est la solution du différend.

Dans la conciliation internationale, les parties donnent au conciliateur (ou au collège de conciliateurs) une plus grande maîtrise encore du litige et du processus, puisqu'il est habituellement chargé de trouver et de proposer la solution concrète que les parties appliqueront ensuite. Cependant, quelle que soit la procédure RED, les parties gardent sur le processus une maîtrise plus grande que dans l'arbitrage ou dans un procès, et elles conservent le droit d'accepter ou de refuser le règlement proposé ou même de se retirer purement et simplement du processus, ainsi qu'il est illustré à la figure 2.

Figure 2. Formes de règlement des différends et maîtrise des parties sur le processus



Source: Salacuse, 2007.

Une autre différence capitale entre la conciliation et la médiation réside dans le caractère plus ou moins structuré du processus. La conciliation, qui puise ses racines historiques dans le droit international public, est généralement un processus relativement méthodique qui regorge de règles formelles concernant les exceptions d'incompétences, les conclusions écrites, le rassemblement d'éléments de preuve et l'élaboration de recommandations écrites en vue d'un règlement

(Reif, 1991; O'Connell, 2003). C'est pourquoi la conciliation a été décrite par certains comme étant une sorte d'arbitrage non contraignant (Onwuamaegbu, 2005). En revanche, la médiation est un processus plutôt informel dans lequel les médiateurs s'attachent principalement à déterminer les intérêts en jeu, à reformuler des revendications et à examiner une série de solutions possibles pour faire avancer les parties vers un accord (Franck, 2008b). C'est pourquoi la médiation est souvent appelée «négociation assistée» (Onwuamaegbu, 2005).

Par ailleurs, les conciliateurs n'adoptent pas habituellement une approche propre à renforcer les relations entre les parties, et ils ne cherchent pas non plus à lever les obstacles qui peuvent entraver les négociations. Ils ont tendance à s'occuper essentiellement du fond et évitent de chercher des solutions allant au-delà des problèmes précis qui sont en jeu. Les conciliateurs proposent habituellement des solutions concrètes sur lesquelles les parties peuvent s'appuyer pour construire un règlement négocié. Après être intervenus auprès des deux parties en litige, ils rédigent les termes d'un accord qui, à leur avis, constitue un bon compromis (Onwuamaegbu, 2005; Redfern and Hunter, 2004; Franck, 2008b). En revanche, les médiateurs vont fréquemment au-delà du fond du problème; ils s'intéressent aussi à la nature du processus de négociation et à une bonne communication entre les adversaires. Le rôle du médiateur est de rapprocher les parties en litige et de les aider à transiger pour parvenir à un règlement (Onwuamaegbu, 2005; Franck, 2008b). On peut donc dire que la médiation s'attache à maintenir la relation entre l'investisseur et l'État hôte, tandis que la conciliation cherche plutôt le résultat et vise à mettre au point une solution

concrète au différend. Globalement, il n'y a pas toujours de limite claire entre la conciliation et la médiation, car les conciliateurs décident parfois, pour obtenir un compromis, d'appliquer certaines techniques qui relèvent davantage de la médiation, dès lors qu'elles permettent d'étayer ce compromis.

En somme, le principal objectif du médiateur ou du conciliateur est d'aider les parties en litige à surmonter les obstacles à un accord. Ces obstacles peuvent avoir de nombreuses sources, telles que le mode de communication entre les parties, la tactique employée pour traiter avec l'adversaire et l'inaptitude ou la réticence générale à envisager de nouvelles solutions au problème. La manière de procéder peut différer en fonction de la nature du litige, de l'historique des relations entre les adversaires, des compétences et de l'habileté du conciliateur ou du médiateur (voir encadré 2). Il n'y a pas deux conciliateurs ou deux médiateurs qui se ressemblent; au contraire, ils peuvent différer beaucoup par le rôle, la stratégie et la procédure qu'ils adoptent (Moore, 2003). Par conséquent, le RED n'offre pas de «formule magique» unique applicable dans tous les cas. Il existe des études détaillées sur les nombreuses formes que peuvent prendre les processus de médiation et de conciliation, les techniques à employer, les différentes étapes du processus, le degré de déviation par rapport aux problèmes juridiques en jeu et le degré de souplesse permettant de produire différents types de solutions².

Encadré 2. Le processus de médiation et de conciliation: principales caractéristiques

- *Rôle du médiateur/conciliateur*: assume plusieurs rôles en même temps – aide, facilite, propose, reformule, convainc, finalise; il peut aller d'un rôle très interventionniste à un rôle de simple surveillant d'arrangements de procédure; bien souvent, il suggère les termes d'un règlement ou «d'une transaction» entre les parties.
- *Compétences du médiateur/conciliateur*: aptitude à évaluer les droits et obligations des parties; compréhension des faits; autorité; impartialité; compétences dans le domaine correspondant à l'objet du litige; doit être accepté et respecté par les deux parties et posséder suffisamment d'influence.
- *Profession du médiateur/conciliateur*: juriste, homme d'affaires ou chef d'entreprise, expert technique.
- *Règles et cadres de la conciliation/médiation*: CIRDI, CNUDCI, CCI, AAA, OMPI, KLRCA, CRCICA, etc.
- *Techniques de conciliation/médiation*: s'entretenir avec les parties individuellement; faciliter la communication et une entente; réduire le litige au problème essentiel; neutraliser les conflits de personnalité et le mécontentement; aligner les attentes des parties en litige; replacer les problèmes dans une nouvelle optique satisfaisante pour les deux parties; travailler à une approche progressive d'un programme convenu en s'appuyant sur des succès limités et relativement faciles à obtenir pour négocier une entente sur les grands problèmes dans la suite de la procédure, ou bien en commençant par s'occuper des problèmes difficiles afin de les circonscrire et de s'y attaquer en priorité.

- *Rôle des parties en litige*: participation volontaire et active; engagement dans un processus de collaboration; conservation d'une grande maîtrise du processus et de son issue.
- *Utilité pour les parties en litige*: éviter de tomber dans une impasse juridique; maintenir une relation ininterrompue entre les parties afin que le travail puisse se poursuivre.
- *Inconvénients éventuels*: absence de caractère contraignant; participation de bonne foi; incertitude quant au résultat; difficulté de faire appliquer le résultat.

Source: CNUCED, d'après Coe, 2005.

Une politique de prévention des différends est mise en place avant la naissance d'un litige, voire d'un conflit investisseur-État, en prévision de la possibilité de désaccord entre l'État et les investisseurs. La notion de PPD est relativement nouvelle et inexplorée et, par conséquent, elle a fait l'objet, contrairement au RED, de très peu d'études systématiques. On commence tout juste à discerner ce que pourraient être les PPD les plus efficaces. Dans ce domaine, il reste à faire beaucoup de travail exploratoire.

Les PPD peuvent prendre des formes diverses, dont certaines sont examinées dans la présente étude (chap. IV), les autres ayant peut-être encore besoin qu'on y réfléchisse. Dans la plupart des cas, la PPD vise à établir des mécanismes efficaces d'alerte rapide qui améliorent à un stade précoce la prise de conscience des pouvoirs publics quant aux risques de conflit avec un investisseur. On peut établir ces mécanismes en améliorant les liaisons interinstitutionnelles, le partage de l'information et les voies de communication entre les organismes

gouvernementaux. Les relations entre les administrations locales qui traitent avec les investisseurs et le gouvernement central qui conclut les AII pourraient être renforcées de cette façon. On peut aussi créer une institution qui serait un interlocuteur unique auquel les investisseurs peuvent s'adresser s'ils ne sont pas satisfaits d'une politique menée ou d'une décision prise par l'État hôte. De même, on pourrait offrir à un investisseur étranger le droit de demander la révision administrative d'une politique ou d'une décision par laquelle il estime avoir été lésé.

En somme, les PPD sont censées donner au gouvernement la connaissance anticipée d'un problème et suffisamment de temps et de souplesse pour faire droit aux préoccupations de l'investisseur, soit unilatéralement, soit en coordination avec celui-ci. Les PPD devraient être considérées comme une méthode très prometteuse pour faire face au problème du nombre croissant des affaires de RDIE. Les processus de RED, comme l'arbitrage, doivent bien s'appliquer aux différends concrets qu'il convient de régler, mais les gouvernements peuvent préférer la perspective d'éviter purement et simplement la naissance d'un différend.

B. Avantages et difficultés de l'application de méthodes extrajudiciaires au RDIE

Le recours aux méthodes extrajudiciaires apporte des avantages et des inconvénients qu'il convient d'examiner d'assez près, particulièrement lorsqu'il s'agit du RDIE, qui implique un tandem inhabituel constitué par un État et une entité privée en tant que parties en litige. La promotion du RED pour traiter des affaires comme les conflits familiaux ou

les conflits du travail est courante dans beaucoup de juridictions nationales afin de faire face, entre autres choses, au problème de l'engorgement des tribunaux, mais jusqu'à présent on n'a guère d'expérience de l'application du RED dans les conflits où c'est une décision ou un acte de l'État lui-même qui est contesté. Afin de présenter une solution de rechange viable et crédible à l'arbitrage investisseur-État, dans lequel le recours à l'arbitrage international est déjà une exception aux principes du droit international, les méthodes extrajudiciaires doivent présenter au moins quelques éléments qui tempèrent les inconvénients de l'arbitrage sans avoir elles-mêmes trop d'inconvénients.

Comme on l'a vu à propos de l'arbitrage, on trouve des avantages précis dans les méthodes extrajudiciaires, mais aussi des inconvénients et des difficultés qui leur sont propres. Les approches extrajudiciaires, y compris le RED et les PPD, présentent habituellement les avantages suivants:

- La *souplesse*, en ce qui concerne tant les aspects procéduraux du différend que les résultats concrets sous forme du contenu d'un règlement direct ou facilité, est un atout évident. Alors que les arbitres sont liés par les règles d'arbitrage invoquées par les parties et qu'ils disposent de relativement peu de marge de manœuvre (presque aucune en vertu des règles du CIRDI, légèrement plus avec les règles de la CNUDCI), les tierces parties neutres qui interviennent dans les processus de RED ont plus de latitude pour inventer une solution. Les parties elles-mêmes peuvent elles aussi avoir plus de liberté d'action pour trouver les moyens de s'acheminer vers un règlement de type gagnant-gagnant

fondé sur l'intérêt et les besoins mutuels (Salacuse, 2007). En revanche, le juge ou l'arbitre doit statuer sur la plainte en fonction strictement des droits juridiques prévus par la convention/le contrat et le droit international, avec le choix limité de recours que cela implique automatiquement (Wälde, 2006; Franck, 2008b). Dans les approches extrajudiciaires, on dispose d'une certaine souplesse quant aux obligations juridiques concernées et aux faits précis du litige; la solution ne sera pas fondée nécessairement sur l'interprétation de dispositions conventionnelles ou sur l'établissement de l'existence d'une violation ou d'un préjudice mais sera axée sur la recherche d'un règlement acceptable et applicable même s'il faut à cette fin s'écarter du cadre juridique qui régit les faits de la cause. Ainsi, lorsqu'un tribunal arbitral doit déterminer si une décision ou un acte particulier de l'État équivaut à une expropriation, s'il répond aux conditions exigées pour qu'une expropriation soit licite et s'il ouvre droit à une compensation monétaire, un règlement négocié peut offrir plus de souplesse s'agissant de préserver les intérêts des deux parties en litige. Ce règlement peut tenir compte davantage de la nature de la relation entre les parties que du libellé proprement dit du contrat négocié entre elles ou des termes de l'AII conclu entre les États concernés à une époque où aucun des négociateurs de l'accord n'avait prévu la naissance d'éventuels problèmes. Plus concrètement, les parties peuvent décider entre elles ou avec l'aide d'un tiers neutre d'une autre forme de dédommagement pour compenser le refus d'un permis ou d'une licence

d'exploitation d'un investissement donné en suggérant de faire l'investissement dans un lieu différent ou de l'affecter à un projet différent. Elles peuvent échanger des propositions portant sur d'autres types de contrats d'investissement ou d'obligations contractuelles. On peut renégocier les conditions d'un projet de concession, réévaluer le rendement d'un projet et proposer des garanties ou des sources de revenus additionnelles. Les gouvernements peuvent avoir à faire une autocritique et à réévaluer des mesures problématiques qu'ils ont prises. Toutefois, ces méthodes ne sont pas valables dans le cas des lois ou politiques d'application générale, encore que parfois elles peuvent avoir des effets bénéfiques, particulièrement sur la relation entre l'État hôte et l'investisseur étranger.

- Le RED s'accompagne de la *possibilité de conclure «un marché»* entre l'investisseur et l'État. Beaucoup plus que l'arbitrage, le RED (ainsi que les politiques de prévention des différends) peut incorporer dans le marché des éléments qui vont au-delà du simple versement d'une compensation, car bien souvent, d'autres facteurs peuvent être plus importants pour l'investisseur que la perception d'une indemnité. En outre, le RED et particulièrement les politiques de prévention des différends peuvent avoir plus d'impact sur la mesure contestée que l'arbitrage, et peuvent donc aboutir à une solution qui règle la totalité du problème et ne conduit pas uniquement au versement d'une indemnité sans rien changer au problème de fond.

- Les approches extrajudiciaires présentent un autre avantage qui est de produire un *règlement plus rapide et moins coûteux*, à plus forte raison si l'on s'attaque au problème à un stade précoce avec l'intention expresse d'éviter une escalade. Ces approches permettent aussi de faire l'économie d'heures de travail intense pour l'établissement des faits, les contributions d'experts, l'interrogation de témoins, les audiences et l'échange de documents.
- Un autre avantage potentiel des moyens extrajudiciaires est qu'ils *n'excluent pas le droit pour les parties de recourir à d'autres formes de résolution du différend* et qu'ils peuvent être menés parallèlement à l'arbitrage investisseur-État. La convention de règlement qui en résulte peut en définitive être incorporée dans la sentence du tribunal d'arbitrage, possibilité qui est expressément prévue à l'article 43(2) du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du CIRDI. Ainsi, dans une affaire soumise au CIRDI, le Président du tribunal a joué pendant quelques mois, à la demande des parties, le rôle de médiateur pour les aider dans leurs négociations. Les parties ont fini par s'entendre sur certains points et demandé au tribunal de trancher les autres questions (Onwuamaegbu, 2005).
- Par ailleurs, les investisseurs étrangers et les pays hôtes *évitent le risque d'obtenir une sentence arbitrale qui pourrait constituer un précédent fâcheux* en encourageant d'autres investisseurs étrangers à contester le même genre de décision ou de règlement

gouvernemental. Un des avantages du RED est qu'il permet le respect des données privées et la confidentialité, ce qui peut paraître contradictoire a priori. Pourtant, on comprend facilement que des affaires nombreuses ou interminables, donnant lieu à diverses contestations, annulations et autres manœuvres dilatoires, puissent avoir un effet néfaste sur le climat d'investissement et la réputation du pays hôte.

- Les moyens extrajudiciaires peuvent *améliorer la gouvernance et les pratiques réglementaires des États*, qui doivent revoir certaines de leurs décisions ou lois après un processus de RED ou dans le cadre d'une politique de prévention des différends. Ainsi, à l'issue d'un RED, l'État peut être amené à réévaluer certaines mesures appliquées dans le passé et à améliorer ses procédures internes, en les réaménageant à la lumière d'un règlement négocié. Les investisseurs peuvent aussi s'adresser simplement à l'État hôte pour faire valoir que certaines mesures défavorables ou problématiques prises dans le passé ne devraient pas se reproduire, ce qui peut aboutir à modifier la réglementation.

En revanche, les approches extrajudiciaires présentent de nombreuses difficultés qui varient avec la nature du litige, de même que les moyens de le résoudre. Ces difficultés sont les suivantes:

- Chose la plus importante, le résultat d'une négociation, médiation ou conciliation *ne lie pas obligatoirement les parties* et n'est pas toujours exécutoire en vertu d'une règle internationale contraignante.

- Dans le contexte du RDIE, à l'exception des négociations, *ni les investisseurs ni les États ne sont versés dans les techniques que mettent en jeu les méthodes extrajudiciaires*, ce qui explique en bonne partie que ces méthodes sont rarement utilisées dans la pratique.
- Actuellement, il est très difficile *de trouver des intervenants neutres* qui soient familiers à la fois de chacune des deux méthodes extrajudiciaires, du droit des investissements et des différends investisseur-État.
- Les méthodes extrajudiciaires peuvent aboutir à *une perte de temps et d'argent*. C'est le cas lorsque les parties en litige s'engagent dans un processus de RED puis qu'elles entament une procédure d'arbitrage lorsqu'il apparaît à l'évidence que l'une d'elles n'est pas de bonne foi et qu'elle n'est pas disposée ou apte à chercher une solution négociée. De même, si l'on met en œuvre une PPD qui se révèle finalement incapable de prévenir le recours à l'arbitrage par l'investisseur, la mise en œuvre de cette politique peut constituer un gaspillage de ressources. Pourtant, même si les moyens extrajudiciaires ne se soldent pas par un succès immédiat, ils peuvent aider à obtenir un règlement négocié plus tard et à sensibiliser les décideurs à des problèmes qui pourraient se poser ultérieurement avec d'autres investisseurs.
- Les approches extrajudiciaires *ne conviennent pas pour tous les types de différends*. Ainsi, il n'est pas possible à

un État souverain de négocier, et de transiger, sur l'application ou les effets de règles ou de lois d'application générale (telles que les lois sur l'environnement, les lois du domaine social ou d'autres lois d'intérêt public qui ont été mises en œuvre conformément à un choix démocratique) en faisant des exceptions pour les investisseurs étrangers. De même, l'application de mesures fiscales à tous les investisseurs n'est pas négociable. Plus généralement, la possibilité de prendre des voies extrajudiciaires varie d'un cas à l'autre et selon les faits. Certaines affaires impliquant des investissements à long terme, par exemple, peuvent appeler un règlement extrajudiciaire afin de garantir que le projet ne soit pas interrompu pendant que l'on négocie la solution du différend.

- Les méthodes extrajudiciaires peuvent tout simplement ne pas être possibles ou être soumises à trop *de contraintes lorsqu'un État souverain est en cause*. L'État hôte doit généralement agir dans les limites des lois et règlements en vigueur. En outre, les obstacles stratégiques et tactiques peuvent être renforcés et demander un RED peut être considéré comme une faiblesse ou être utilisé comme moyen de pression pour obtenir un règlement, ce qui n'est pas «la bonne motivation» pour envisager le RED. En raison de problèmes politiques, de l'action de groupes de pression et de la publicité faite autour du RED, il peut être impossible aux autorités de s'engager dans une solution négociée.

- *L'obligation de disposer d'un pouvoir ou d'un mandat pour négocier* est un autre facteur qui milite contre le RED, surtout lorsque plusieurs organismes publics sont impliqués dans le litige et qu'aucun d'entre eux n'est habilité à mener des négociations au nom du gouvernement pour parvenir à un règlement (Legum, 2006).
- Le recours aux méthodes extrajudiciaires peut faire naître *l'idée erronée que les investisseurs étrangers bénéficient d'un traitement spécial* et qu'il n'y a pas d'égalité face aux actes ou à la politique des pouvoirs publics. Les investisseurs du pays peuvent se sentir défavorisés par rapport aux investisseurs étrangers.
- Les méthodes et procédures de RED sont parfois *longues*. Or, comme on le verra plus en détail au chapitre suivant, les dispositions des AII en vigueur qui encouragent la négociation et la consultation fixent généralement un délai qui n'est pas propice à un bon RED. En effet, les États ont souvent besoin d'un certain temps pour élucider l'origine du désaccord et déterminer quelles sont les institutions responsables parmi une foule d'organismes publics (Legum, 2006). Les quelques mois de répit prévus à cet effet dans les AII sont souvent trop courts pour faire du bon travail.
- *La difficulté de l'emploi des techniques RED tient parfois à la nature de la disposition d'un AII* qui a suscité le différend. Le RED permet de trancher efficacement les questions qui se prêtent à une certaine

souplesse dans la prise des décisions, par exemple concernant le montant d'une indemnisation «suffisante». En revanche, d'autres questions, telles que le point de savoir si une expropriation a eu lieu ou non, peuvent uniquement donner lieu à confirmation ou infirmation, sans pratiquement aucune possibilité de compromis. Autrement dit, le RED n'est un moyen viable de régler un litige que si les dispositions de l'AII concerné laissent une certaine latitude dans leur application.

- On peut critiquer le caractère confidentiel de beaucoup de procédures de RED, à cause du *manque de transparence* concernant la manière dont les litiges impliquant un organisme d'État sont résolus.
- Les PPD peuvent elles aussi *provoquer des conflits interinstitutionnels* à cause de décalages entre priorités au sein de l'État. Ainsi, des désaccords peuvent surgir quant au point de savoir s'il convient de privilégier la protection des investisseurs étrangers ou bien la protection de l'environnement. On peut trouver des exemples de ce genre dans de nombreux domaines où s'exerce le pouvoir de réglementation de l'État.
- Pour l'État hôte, il y a *un risque politique élevé à rechercher un règlement négocié* et à s'y conformer sans être obligé de le faire. Ainsi, le règlement rapide d'une affaire par le paiement à l'investisseur étranger d'une indemnité de plusieurs millions de dollars peut ne pas être plus favorable qu'une sentence arbitrale qui ne sera vraisemblablement prononcée que dans deux ans. En outre, le caractère très confidentiel de ces négociations

implique en définitive un manque de transparence qui suscitera d'autres formes de critique. Dans chaque différend portant sur les investissements, la nature, le degré et l'ampleur de ces difficultés sont différents. Les difficultés sont encore exacerbées par le fait qu'une des parties est un État souverain.

Notes

- ¹ Il existe plusieurs autres formes de RED telles que l'arbitrage «bounded», l'arbitrage «baseball», l'évaluation objective rapide et l'arbitrage-médiation.
- ² Le lecteur trouvera d'autres informations dans ces ouvrages. Voir particulièrement Coe, 2005, à propos de la conciliation dans les litiges investisseur-État; et Kolb, 1983.

III. MODES DE RÈGLEMENT AUTRES QUE L'ARBITRAGE DANS LE RÉGIME D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL

Le précédent chapitre portait sur d'autres modes de règlement des différends disponibles et sur la possibilité de recourir à ces outils plutôt qu'à l'arbitrage international dans les différends en matière d'investissement. Il convient à présent d'analyser la situation eu égard au régime d'investissement international. Le présent chapitre examinera donc si les AII, et notamment les ABI et les accords de libre-échange, contiennent des dispositions relatives à d'autres modes de règlement des différends, si les règles et les mécanismes internationaux qui encadrent l'investissement au niveau mondial, telles la Convention du CIRDI et les règles de la CNUDCI, proposent des solutions autres que l'arbitrage, et s'ils encouragent leur utilisation ou simplement la facilitent.

A. Divers moyens négociés dans les accords internationaux d'investissement

Les questions qui se posent sont les suivantes: les AII proposent-ils aux investisseurs d'autres méthodes de règlement des différends et quelle forme prennent ces dispositions? Les dispositions incitent-elles les parties à recourir à ces méthodes? Les AII contiennent généralement des dispositions qui permettent aux parties à un différend de rechercher d'abord un règlement à l'amiable par des négociations et des consultations sérieuses et de bonne foi et, seulement en cas d'échec, de recourir à l'arbitrage international (CNUCED 2003a, 2003b). C'est pourquoi, la plupart des accords comportent une clause qui encourage, et dans certains cas oblige, les parties à engager des consultations et des

négociations. Dans le cas d'un litige opposant un investisseur à un État, les formules classiques seront par exemple: «[...] *les Parties cherchent d'abord à régler le différend par la consultation et la négociation*» [ABI de 1991 entre l'Australie et le Viet Nam de 1991, article 12 1)], ou «[...] *le différend est, autant que possible, réglé à l'amiable par négociation entre les Parties*» (ABI de 1986 entre la Chine et Singapour), ou encore «[...] *Tout différend ... est autant que possible réglé à l'amiable entre les deux Parties concernées*» (ABI de 1982 entre la France et le Panama). Malheureusement, compte tenu du caractère généralement confidentiel de ces règlements à l'amiable, il n'existe pas de statistiques précises et complètes sur le règlement négocié des différends opposant un investisseur à un État.

Les AII stipulent habituellement le délai – entre trois et six mois – dans lequel le règlement à l'amiable doit intervenir. Or, cette «période de réflexion» figure dans les accords sans doute plus pour inciter les parties à peser soigneusement l'opportunité d'engager une procédure d'arbitrage international que pour les amener à envisager le recours à une autre méthode de règlement, au-delà de la consultation ou de la négociation. La «période de réflexion» est en outre généralement trop courte pour que ces méthodes puissent être efficacement mises en œuvre. Le seul fait que cette période est appelée «période de réflexion» plutôt que «période de négociation» est éloquent et doit être considéré à la lumière de l'objectif des ABI de permettre à l'investisseur d'accéder à l'arbitrage international sans délai inutile (voir aussi l'encadré 3).

Encadré 3. Affaires relatives au règlement de différends entre investisseurs et État portant sur l'absence de tentative de règlement à l'amiable préalable à l'arbitrage

Rares sont les affaires relatives au règlement d'un différend entre un investisseur et un État qui traitent de l'absence de tentative de règlement à l'amiable comme condition préalable au dépôt d'une plainte par un investisseur. Toutefois, deux affaires récentes ont abordé cette question et montrent que les décisions peuvent varier selon les cas:

- Dans l'affaire *Western NIS Enterprise Fund c. Ukraine*, le tribunal arbitral a publié une ordonnance indiquant que le préavis était un élément important du consentement de l'État à l'arbitrage puisqu'il permettait à l'État, par l'intermédiaire de ses organes compétents, d'examiner et, éventuellement, de régler le différend par la négociation (affaire CIRDI n° ARB/04/2, par. 5). La procédure a donc été suspendue pour permettre à l'investisseur de se conformer à la procédure en donnant un préavis à l'État. L'affaire a par la suite été abandonnée (Polasek, 2006).
- Dans l'affaire *Occidental Petroleum Corporation/Occidental Exploration and Production Company (OPEC) c. Équateur* (affaire CIRDI n° ARB/06/11), le tribunal arbitral a adopté une approche toute différente. Bénéficiaire d'un contrat lui conférant des droits exclusifs de prospection et d'exploitation dans une zone déterminée, l'investisseur avait présenté une requête d'arbitrage deux jours seulement après l'annulation du contrat, malgré les dispositions prévues aux paragraphes 2 et 3 de l'article VI de l'ABI conclu entre l'Équateur et les États-Unis l'encourageant à recourir à d'autres modes de règlement des différends et à observer une «période d'attente» de six mois.

Le tribunal a statué en faveur de l'investisseur, faisant valoir que la procédure de *caducidad* [annulation de contrat] en cause en l'espèce avait, en fait, été engagée en 2004 et qu'au cours des quelque dix-huit mois précédant la publication du décret de *caducidad*, le 15 mai 2006, l'OIEC avait présenté, sans effet, un certain nombre d'arguments visant à réfuter les allégations sur la base desquelles la procédure d'annulation avait été engagée; il a ajouté, sans toutefois préjuger du fond, que les tentatives faites pour parvenir à une solution négociée étaient en effet inutiles en l'espèce.

Il est rare que les AII mentionnent expressément la possibilité d'utiliser des moyens de règlement des différends plus complexes, telle la médiation ou la conciliation. Les quelques accords qui proposent ou reconnaissent expressément le recours à de tels moyens contiennent généralement une clause spécifique autorisant l'utilisation d'autres méthodes de règlement au titre de la procédure de négociation et de consultation. Par exemple, l'article 23 de l'ABI type des États-Unis, élaboré en 2004, dispose que:

*«Dans le cas où un différend en matière d'investissement survient, le demandeur et le défendeur cherchent d'abord à régler le différend par la consultation et la négociation, **qui peuvent comprendre le recours à des procédures non exécutoires faisant intervenir un tiers.**»*
(caractères gras ajoutés).

Les ABI conclus par les États-Unis avant cette date contenaient déjà des clauses de ce type, comme l'ABI conclu

en 1990 avec la Pologne ou encore celui conclu en 1985 avec la Turquie, qui prévoyait également le recours à des moyens autres de règlement des différends, mais seulement après l'échec des tentatives de négociation:

«Article VI(2)

[...] si ... les négociations échouent, le différend peut être réglé par le recours à des procédures non exécutoires faisant intervenir un tiers, qui sont convenues d'un commun accord...».

Il est plus courant d'y trouver une simple mention de la conciliation en parallèle ou en remplacement de l'arbitrage, systématiquement indiquée avant ce dernier dans divers accords. Par exemple, l'article pertinent de l'ABI conclu en 1988 entre la Chine et le Japon dispose que:

*«Si un différend relatif au montant de l'indemnité [...] n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle le ressortissant ou l'entreprise de l'une des Parties contractantes [...] a demandé des consultations à cette fin, le différend, à la demande de ce ressortissant ou de cette entreprise, est soumis à une **commission de conciliation** ou à une commission d'arbitrage, [...]. Tout différend relatif à d'autres questions [...] peut être soumis, d'un commun accord, à une **commission de conciliation** ou à une commission d'arbitrage, selon les modalités prévues ci-dessus.»* (caractères gras ajoutés).

L'ABI conclu entre la Géorgie et les Pays-Bas en 1998 met aussi sur le même plan conciliation et arbitrage:

*«Chaque Partie contractante s'engage par le présent Accord à soumettre tout différend juridique survenant entre elle-même et un ressortissant de l'autre Partie contractante au sujet d'un investissement réalisé par ce dernier sur son territoire au Centre international de règlement des différends en matière d'investissement en vue d'un règlement **par conciliation** ou par arbitrage au titre de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965.»* (caractères gras ajoutés).

Le chapitre 5 relatif à l'investissement de l'Accord de partenariat économique conclu en 2007 entre le Japon et la République d'Indonésie offre à cet égard un exemple plus récent. L'article 69 relatif au règlement des différends entre une Partie contractante et les investisseurs de l'autre Partie contractante comprend en effet des dispositions détaillées sur le recours à la conciliation ou à l'arbitrage:

«4. Si un différend relatif à un investissement n'a pas pu être réglé par la consultation ou par la négociation [...], l'investisseur peut le soumettre à l'une des procédures de conciliation ou d'arbitrage internationales ci-après:

a) La procédure de conciliation ou d'arbitrage relevant de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États [...];

b) *La procédure de conciliation ou d'arbitrage relevant du Règlement du Mécanisme supplémentaire du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements [...]*».

Seuls quelques accords d'investissement subordonnent le droit de l'investisseur de soumettre le différend à arbitrage à l'ouverture d'une procédure de conciliation. À titre d'exemple, on peut citer l'ABI de 2000 entre l'Inde et la Suède dont l'article 9 dispose que:

«2. *Si le différend n'a pas été réglé à l'amiable dans un délai de six mois, l'investisseur qui est partie au différend peut le soumettre pour règlement:*

a) *Aux tribunaux ou aux tribunaux administratifs de la Partie contractante qui est partie au différend;*

b) *À toute procédure de règlement des différends applicable, convenue au préalable;*

c) *À une procédure de conciliation internationale au titre du Règlement de conciliation de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.*

3. *Si l'investisseur n'a eu recours à aucun des mécanismes prévus aux alinéas a et b du paragraphe 2 u présent article ou si la procédure de conciliation menée au titre de l'alinéa c de l'article 2 du présent paragraphe s'est conclue autrement que par la signature d'un accord de règlement, le différend est soumis à une procédure d'arbitrage international*

exécutoire conformément aux dispositions ci-après [...]»
(caractères gras ajoutés).

S'il est rare que les AII fassent expressément mention d'autres méthodes de règlement des différends au-delà de la négociation et de la consultation, il faut tout de même signaler qu'ils ne les excluent pas. Par ailleurs, les dispositions des accords ne précisant pas comment ces consultations et ces négociations doivent être menées, rien n'empêche les parties de demander l'assistance de tiers. Cela étant, des dispositions encourageant ou autorisant clairement le recours à des méthodes autres que la négociation ou la consultation seraient une indication supplémentaire pour les deux parties qu'elles sont une voie possible qui mérite d'être envisagée sérieusement. Il est difficile d'évaluer dans quelle mesure l'absence de dispositions explicites a pu faire obstacle à une utilisation plus fréquente de ces autres modes de règlement des différends.

Pour remplacer l'arbitrage, il est également possible d'intégrer dans les AII des dispositions qui renforcent le rôle de la coopération entre États pour la prévention et le règlement des différends. Un certain nombre d'AII récents traduisent le regain d'intérêt pour les procédures entre États. Il s'agit essentiellement d'améliorer la communication et l'échange d'informations entre les autorités du pays de l'investisseur et celles du pays hôte sur les différends en cours et ceux qui surgissent afin de parvenir à une solution. Autrement dit, on pourrait envisager de donner un rôle beaucoup plus important à l'État hôte dans le règlement des différends en matière d'investissement, et des dispositions à cet effet pourraient être

plus fréquemment incorporées dans les futurs AII. Bien que cela constitue au fond une «repolitisation», la nature des relations qui lient les États parties dans ce type d'accord est plus coopérative que conflictuelle.

L'accord de libre-échange conclu récemment entre le Canada et la Colombie offre un excellent exemple de l'intérêt commun qui lie les deux Parties contractantes à un AII; ainsi, l'article 815 qui établit un comité de l'investissement:

«3. Le Comité se réunit à tout moment convenu par les Parties et s'emploie à promouvoir la coopération et à faciliter des initiatives conjointes portant sur des questions telles que:

a) Le renforcement, dans la mesure des ressources disponibles, des compétences juridiques en matière de règlement des différends entre investisseurs et État, de négociations sur l'investissement et d'avis juridiques associés;

b) La promotion de la responsabilité sociale des entreprises;

c) D'autres questions concernant l'investissement considérées comme prioritaires par les Parties.».

Outre qu'ils renforcent la coopération entre les Parties contractantes, les commissions mixtes et autres mécanismes bilatéraux peuvent aussi participer à l'échange d'informations, à l'application de mesures préventives ou même à la facilitation du règlement des différends en matière d'investissement.

Plusieurs exemples tirés d'AII récents qui permettraient ce type d'approche méritent d'être examinés. Certes, ces dispositions renvoient à la coopération entre États au sens le plus général, mais les développer et les préciser pour y incorporer le traitement des différends en matière d'investissement pourrait être une solution d'avenir. Par exemple, les ABI conclus par la Chine comportent souvent une disposition analogue à celle figurant à l'article 13 de l'accord bilatéral conclu en 2004 entre ce pays et la Lettonie et qui est libellé ainsi:

«1. Les représentants des Parties contractantes tiennent périodiquement des réunions pour:

- a) Examiner l'application du présent accord;*
- b) Échanger des informations juridiques et des informations sur les possibilités d'investissement;*
- c) **Régler les différends** en matière d'investissement [...].*

2. Lorsqu'une Partie contractante demande l'ouverture de consultations sur une question relevant du paragraphe 1 ci-dessus, l'autre Partie contractante répond rapidement [...].» (caractères gras ajoutés).

La constitution d'un «comité mixte» ou d'un «sous-comité» de l'investissement, prévue dans les chapitres relatifs à l'investissement des accords de partenariat économique conclus par le Japon, est une autre approche possible, comme l'illustrent l'article 93 du chapitre 7 de l'Accord de 2005 entre

le Japon et la Malaisie et l'article 88 du chapitre 8 d'un accord semblable entre le Japon et Singapour. Ces comités sont composés de représentants des deux gouvernements parties à l'accord et se réunissent à intervalles convenus d'un commun accord. Leurs fonctions sont diverses – échange d'informations, suivi de l'application de l'accord, examen des possibilités de coopération en matière de promotion et de facilitation de l'investissement, et toute autre tâche qui leur est confiée. Ils peuvent également être chargés de renforcer la coopération entre les États dans le domaine de la gestion et de la prévention des différends.

Les accords d'intégration économique régionale prévoient également la constitution de comités chargés de superviser et de traiter certaines questions liées à ces accords. C'est ainsi que l'article 2001 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA, 1992) prévoit la création de la Commission du libre-échange qui est responsable, entre autres choses, de diriger la mise en œuvre de l'Accord, de régler les différends qui peuvent survenir relativement à son interprétation ou à son application, et d'étudier toute autre question liée à son fonctionnement. La Commission se réunit au moins une fois par an. Elle dirige les travaux de tous les comités et groupes de travail établis dans le cadre de l'Accord. Cette Commission ou l'un des sous-comités de l'ALENA ou d'un autre accord similaire pourrait être chargé de traiter les questions liées aux différends en matière d'investissement ou simplement de les examiner ou de fournir des conseils à leur sujet.

Le Protocole de Olivos pour la solution des controverses dans le Mercosur, signé en 2002, est un autre exemple

d'accord d'intégration régionale qui aborde de façon concrète la question du règlement au niveau des États des différends impliquant des particuliers. Les articles 39 à 44 du chapitre XI du Protocole, qui traitent des recours des particuliers, prévoient une approche en deux temps, constituée d'un premier temps de consultation et d'examen à l'issue duquel le différend peut avoir trouvé une solution, suivi, en cas d'échec, de l'ouverture d'une procédure entre États. Les articles pertinents sont formulés comme suit:

«Article 39. Champ d'application

La procédure établie au présent chapitre s'applique aux recours formés par des particuliers (personnes physiques ou morales) contre l'adoption ou l'application par tout État partie de mesures d'ordre juridique ou administratif ayant pour effet d'exercer une restriction, une discrimination ou une concurrence déloyale [...].

Article 40. Début des recours

1. Les particuliers concernés forment leur recours auprès de la section nationale du Groupe du marché commun de l'État partie où ils ont leur résidence habituelle ou le siège de leurs affaires.

2. [...]

Article 41. Procédure

[...] la section nationale du Groupe du marché commun qui a accueilli le recours en application de l'article 40

du présent chapitre engage des consultations avec la section nationale du Groupe du marché commun de l'État partie à qui la violation est attribuée afin de trouver une solution immédiate à la question soulevée [...].

Article 42. Intervention du Groupe du marché commun

[...]

2. Si le Groupe du marché commun ne rejette pas le recours, le recours sera considéré comme accepté. Dans ce cas, le Groupe convoquera immédiatement un groupe d'experts [...].

Article 43. Groupe d'experts

1. Le Groupe d'experts dont il est question à l'article 42.2 est formé de trois membres désignés par le Groupe du marché commun [...].

Article 44. Opinion du Groupe d'experts

1. Le Groupe d'experts rend son avis au Groupe du marché commun.

i) Si un avis unanime établit le bien-fondé du recours formé contre un État partie, tout autre État peut requérir l'adoption de mesures de redressement ou l'annulation des mesures contestées. Si la requête n'aboutit pas dans un délai de quinze jours, l'État partie requérant peut recourir directement à la procédure arbitrale dans

les conditions établies au chapitre VI du présent Protocole.»¹.

Ces dispositions sont intéressantes en ce sens qu'un recours formé par un particulier – par exemple, un investisseur – devient une procédure entre États. Après le temps des consultations où les parties cherchent une solution rapide au différend, le Groupe du marché commun examine la recevabilité du recours du point de vue procédural avant de convoquer un groupe d'experts composé de personnes connaissant la question litigieuse. Ce Groupe décide alors du bien-fondé du recours avant que la procédure arbitrale entre États ne s'engage. Cette méthode est semblable à la procédure en deux temps.

Les méthodes décrites ci-dessus ont en commun que les problèmes sont abordés immédiatement et que des tentatives sont faites pour les régler avant que l'investisseur n'engage une procédure de règlement des différends entre investisseurs et État prévue par le Protocole. Ces mécanismes visent à éviter que l'une des parties bénéficie d'une protection diplomatique ou que l'autre subisse des pressions. En pratique, toutefois, lorsqu'un différend survient, l'ambassadeur de l'État d'origine de l'investisseur prend généralement contact avec les autorités de l'État hôte pour demander que l'affaire soit examinée en détail. Une clause prévoyant expressément la participation de l'État d'origine de l'investisseur dans le règlement du différend pourrait être interprétée comme un retour à la politisation des différends que toutes les parties s'efforcent, au contraire, depuis quelques années de dépolitiser. Mais on pourrait aussi y voir une tentative de renforcer la coopération

entre les États parties, qui l'un comme l'autre s'inquiètent des différends qui pourraient surgir avec un investisseur de l'autre État. Une telle coopération pourrait contribuer à prévenir les conflits, à éviter qu'ils ne dégèrent en différend et à régler les problèmes à un stade précoce.

B. Règles internationales et institutions de règlement des différends mentionnées dans les AII

Comme il en existe pour l'arbitrage, il peut être utile de disposer de règles relatives aux autres modes de règlement des différends afin que les parties et les tiers neutres puissent mener les procédures à leur terme aisément et efficacement. Ces règles permettent à la partie demanderesse de choisir en connaissance de cause le moyen auquel elle va recourir et garantir la prévisibilité de la procédure, d'autant plus lorsque le défendeur est un État souverain; de la même manière, elles permettent à l'État défendeur de décider en connaissance de cause s'il est préférable d'opter pour la médiation ou la conciliation. Le régime d'investissement international compte au moins trois corps de règles auxquelles se référer ou recourir pour régler un différend autrement que par l'arbitrage. Il s'agit des règles énoncées dans la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, du Règlement de conciliation de la CNUDCI et du Règlement ADR de la CCI. La première partie de cette section sera consacrée à l'analyse de ces règles et de quelques autres et de leur utilisation dans les différends opposant des investisseurs et des États.

On verra par ailleurs s'il existe un cadre institutionnel capable d'offrir l'appui et les services nécessaires aux

investisseurs et aux États qui souhaitent recourir à un mode autre de règlement des différends. Plusieurs institutions – non seulement les secrétariats du CIRDI et de la CCI, mais aussi d'autres instituts ou centres d'arbitrage au niveau régional ou national – fournissent des services tels que la désignation des tiers neutres qui interviendront dans les procédures de conciliation ou la mise à disposition de salles où les parties à un différend pourront tenir leurs réunions.

La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États représente le principal corps de règles de référence des AII, utilisé dans les différends opposant investisseurs et États. Elle est complétée par le Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage), qui s'applique aux procédures d'arbitrage courantes, et le Règlement de procédure relatif aux instances de conciliation (Règlement de conciliation), qui énonce les règles en la matière (CIRDI, 2006a). Le Règlement de conciliation et le Règlement d'arbitrage du CIRDI ont été adoptés dès 1967 pour le règlement des différends impliquant des États contractants du CIRDI et des investisseurs originaires de ces États. En 1978, le Règlement de conciliation (Mécanisme supplémentaire) a été adopté pour les cas où l'une des parties au différend n'est pas un État contractant ou un investisseur d'un État contractant du CIRDI et pour les cas où le différend ne résulte pas directement d'un investissement (Onwuamaegbu, 2005). Récemment, le CIRDI avait aussi envisagé de promouvoir la médiation, mais il semble y avoir renoncé, probablement en raison de la charge que fait peser sur

ses ressources humaines et financières l'augmentation du nombre de cas d'arbitrage.

Le *Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* décrit la principale différence entre arbitrage et conciliation selon les règles du CIRDI en ces termes: «Les différences entre les deux séries de dispositions reflètent la distinction fondamentale entre la procédure de conciliation dont le but consiste à essayer de rapprocher les parties et la procédure d'arbitrage dont l'objet est d'obtenir une décision du Tribunal s'imposant aux parties au différend.» (CIRDI, 2006a).

Bien qu'il soit centré sur cette procédure, le Règlement d'arbitrage du CIRDI, prévoit tout de même la possibilité de parvenir à un règlement amiable. Comme le précise l'article 21 du chapitre III, les parties peuvent demander la convocation d'une conférence préliminaire entre le Tribunal et les parties:

«(2) À la requête des parties, une conférence préliminaire entre le Tribunal et les parties, dûment représentées par leurs représentants autorisés, peut être organisée en vue d'examiner les questions faisant l'objet du différend et de parvenir à un règlement amiable.».

Le Règlement de conciliation du CIRDI, qui traite exclusivement de ce moyen de règlement, précise le mode de sélection des conciliateurs par les parties et explique en détail le mode de constitution de la Commission de conciliation, dont il régit également le fonctionnement et l'exécution du mandat. Enfin, il définit les procédures suivies par la Commission et

les parties pendant la conciliation et les règles de clôture de l'instance (CIRDI, 2006a). Il propose donc un ensemble de procédures relativement formelles et confère à la Commission de conciliation un pouvoir assez important. Celle-ci peut, par exemple: a) à tout moment de l'instance, «... *recommander [aux parties] d'accepter un règlement particulier ou de s'abstenir de certains actes susceptibles d'aggraver le différend ... et ... [leur] indique[r] ... les arguments à l'appui de ses recommandations*» (CIRDI, 2006a); b) leur demander des exposés écrits; c) décider de sa propre compétence; d) se prononcer sur les demandes en récusation des conciliateurs; e) organiser les audiences et recueillir les preuves sous la forme de documents écrits ou de dépositions de témoins; et f) dresser un procès-verbal à la clôture de l'instance. La conciliation, telle qu'elle est conçue dans le cadre du CIRDI, s'apparente à une procédure d'arbitrage non contraignante, ce qui pourrait expliquer en partie le manque d'intérêt qu'elle suscite et qui est examiné en détail plus loin.

Enfin, dans le cadre du Règlement du Mécanisme supplémentaire, le CIRDI dispose aussi d'un Règlement de constatation des faits (annexe A). Ces règles ont été élaborées pour éviter les différends en fournissant aux parties une évaluation impartiale de l'affaire (Onwuamaegbu, 2005). Ce type de procédure requiert la constitution d'un comité qui conduit l'enquête et qui, à la clôture de la procédure, établit un rapport sur les faits constatés (CIRDI, 2006b).

On trouve un ensemble de règles similaires, applicables aux conciliations «ad hoc», dans la **Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale de 2002**

(CNUDCI, 2004), qui complète le Règlement de conciliation de la CNUDCI de 1980 (CNUDCI, 1980). La Loi type offre un bon exemple d'approche codifiée de la conciliation. En résumé, la procédure est la suivante:

Une partie fait une demande de conciliation auprès d'une institution compétente. Si celle-ci obtient l'accord de l'autre partie au différend, elle nomme un conciliateur. Bien que les conciliateurs disposent d'un pouvoir discrétionnaire étendu pour la conduite de la procédure, ils invitent les deux parties à faire connaître leur point de vue sur le différend et établissent ensuite un rapport proposant un règlement que les parties peuvent accepter ou rejeter, auquel cas, l'une ou l'autre d'entre elles peut recourir à l'arbitrage. Les parties ont aussi la possibilité de poursuivre les négociations sur la base de la proposition du conciliateur. La procédure de conciliation est une procédure confidentielle et volontaire dont chacune des parties peut se retirer à tout moment.

La **Chambre de commerce internationale (CCI)** propose également un ensemble de règles sur les autres modes de règlement des différends – Règlement ADR – qui sont applicables à tous les différends commerciaux (CCI, 2001), mais dont il faut encore déterminer s'il peut s'appliquer aux différends entre un investisseur et un État. Dans l'ensemble, les règles de la CCI sont proches des règles présentées plus haut – modalités d'engagement de la procédure et de choix du tiers neutre, dispositions relatives aux frais et honoraires, définition de la conduite, modalités de clôture de la procédure.

En plus du Règlement ADR, la CCI encourage également le recours aux «dispute boards» (conseils des différends), qui

sont constitués au moment de la conclusion d'un contrat à moyen terme ou à long terme entre deux parties. Ces conseils restent en fonction pendant toute la durée du contrat et peuvent être saisis par l'une ou l'autre des parties en cas de conflit. Ils sont généralement composés d'une à trois personnes qui connaissent parfaitement le contrat et qui ont pour mandat d'aider les parties à résoudre les conflits qui surviennent pendant son exécution, en formulant des recommandations ou même des décisions. Comme pour la conciliation, la CCI a publié un Règlement relatif aux «dispute boards» qui définit leur fonctionnement. Le Centre des «dispute boards» de la CCI aide à les constituer. Comme les règles relatives à la conciliation, les règles relatives aux «dispute boards» prévoient la possibilité de recourir à l'arbitrage en cas d'échec (CCI, 2004). Ce mécanisme tente notamment d'anticiper les différends dont un contrat peut faire l'objet dès son entrée en vigueur. Il présente sans doute cet avantage que les parties contractantes qui conviennent de la constitution d'un «dispute board» savent qu'un désaccord peut surgir et sont prêtes à tenter de le régler par des méthodes autres que l'arbitrage, qu'elles pourront peut-être ainsi éviter. Aussi pourrait-il être intéressant d'examiner plus avant la possibilité d'appliquer ce mécanisme des «dispute boards» aux relations entre investisseurs et États et peut-être même d'intégrer des dispositions allant dans ce sens dans les AII. Par exemple, on pourrait constituer des «dispute boards» chaque fois qu'un gros investisseur investit dans un pays hôte ou lorsqu'un contrat public est passé avec des investisseurs étrangers.

Une autre institution importante en ce qui concerne les autres modes de règlement des différends est le **Centre**

international de règlement des différends de *l'American Arbitration Association* (AAA), dont les Procédures internationales de résolution des différends sont semblables aux règles de conciliation des institutions décrites ci-dessus et portent sur les mêmes points – ouverture de la procédure de médiation, désignation et responsabilités du médiateur, confidentialité, clôture de la procédure de médiation, frais et honoraires. Ces procédures visent, elles aussi, d'abord les différends commerciaux, et il convient d'en examiner l'applicabilité aux différends entre un investisseur et un État (AAA, 2007). Cela dit, il existe certainement des organismes s'occupant de différends autres que commerciaux qui pourraient être intéressés par ces procédures et qui pourraient envisager de les utiliser.

L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) est aussi dotée de règles d'arbitrage et de médiation. Comme les procédures ci-dessus, le *Règlement de médiation de l'OMPI* (entré en vigueur le 1^{er} octobre 2002) contient des dispositions sur la désignation et le rôle du médiateur, la représentation et la participation des parties aux réunions, le déroulement et la clôture de la procédure de médiation, la confidentialité et les questions financières. Ces règles sont particulièrement pertinentes en cas d'arbitrage commercial international dans des affaires de propriété intellectuelle (OMPI, 2006).

Outre les règles relatives aux procédures de conciliation et de médiation, de nombreuses institutions fournissent également aux parties qui engagent ce type de procédure les services nécessaires correspondants, assumant ainsi le rôle d'organisation d'appui. C'est ainsi qu'elles apportent une aide

organisationnelle, administrative et logistique aux parties et aux tiers neutres durant toute la procédure et leur offrent un espace neutre pour le bon déroulement de leurs travaux. Les parties peuvent obtenir les renseignements dont elles ont besoin, telle une liste de conciliateurs agréés, ou bénéficier des infrastructures de l'organisation pendant le déroulement de la procédure. L'institution peut, par exemple, mettre à leur disposition des salles de réunion.

Les institutions offrant ce type de services sont aujourd'hui nombreuses et on n'en donnera ici que quelques exemples. Parmi les institutions mentionnées, le CIRDI, la CCI, l'AAA et l'OMPI fournissent les services décrits aux parties engagées dans une procédure de conciliation et de médiation. À ces institutions s'ajoutent un certain nombre de centres nationaux et régionaux. Ainsi, plusieurs centres d'arbitrage régionaux ont été créés dans le cadre de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), organisation intergouvernementale fondée, notamment, pour conseiller ses États membres sur diverses questions liées au droit international. Le *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* (KLRCA) et le *Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration* (CRCICA) en sont deux exemples, qui proposent des règles et des services pour des procédures de conciliation et de médiation. Le KLRCA met à disposition des installations et fournit une assistance pour le bon déroulement de ces procédures, tandis que le CRCICA assure aux parties un appui administratif². Plusieurs organismes nationaux d'arbitrage proposent aussi des services analogues pour des procédures de règlement des différends autres que l'arbitrage.

Le recours aux règles et aux mécanismes de conciliation et de médiation dans les différends entre investisseurs et États reste toutefois modeste. Ainsi, le Règlement d'arbitrage et le Règlement de conciliation du CIRDI ont tous deux été adoptés en 1967, mais c'est principalement le Règlement d'arbitrage qui est utilisé aujourd'hui. Sur les 280 affaires qui avaient été portées devant le CIRDI à la fin de 2008, six seulement étaient des affaires de conciliation, selon le site Web de l'organisation³, et aucune n'était régie par le Règlement du Mécanisme supplémentaire, ni par le Règlement de constatation des faits, qui existent pourtant depuis trente ans.

Même si l'objectif d'une instance de conciliation est d'amener les parties à un accord, la nature non exécutoire du rapport rédigé en fin de procédure est souvent citée comme l'une des raisons pour lesquelles les parties ont eu tendance à éviter la procédure de conciliation du CIRDI, laquelle peut être aussi longue et aussi coûteuse qu'une procédure d'arbitrage qui se termine, elle, par une sentence exécutoire.

De plus, le sentiment général est qu'une procédure de consultation ne diffère pas considérablement d'une procédure d'arbitrage et qu'elle n'est ni plus simple, ni plus rapide. Par ailleurs, l'absence de transparence et la confidentialité d'un processus non contraignant, qui peut entraîner le paiement volontaire de sommes considérables, sont aussi parfois jugées dissuasives.

Une autre raison invoquée pour expliquer le faible nombre de recours à la procédure de conciliation du CIRDI est que ses usagers potentiels ignorent son existence. Le Centre du CIRDI a parfois tenté de remédier à cette situation. Il a

également examiné la possibilité de proposer un mécanisme de médiation. Dans un effort conjoint avec l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA), plusieurs différends impliquant la MIGA en qualité d'assureur contre les risques politiques ont été réglés par la médiation. Mais, récemment, ces efforts ont été stoppés. De même, entre 1988 et 1993, la CCI a traité plus de 2 000 affaires d'arbitrage, mais seulement 54 demandes de conciliation. Seules 16 d'entre elles se sont conclues par un accord et 10 conciliateurs seulement ont été désignés, soit parce que les six autres différends ont été réglés par une autre voie, soit parce que la demande de conciliation a été retirée. Sur les 10 affaires de conciliation, dans lesquelles aucune des parties n'était un État, 9 étaient achevées en 1994 – 5 ayant abouti à un règlement complet (Schwartz, 1995).

Même si les règles en matière de conciliation ont été spécialement conçues pour qu'un État puisse être partie à la procédure, on pourrait conclure du faible recours à ces règles que le mécanisme n'est pas adapté aux affaires impliquant des États. Si ce n'est pas le cas, le problème tient peut-être aux règles elles-mêmes, qui sont presque aussi complexes que les règles d'arbitrage sans en avoir les effets contraignants et sans que la procédure soit plus rapide et moins onéreuse. D'aucuns ont fait valoir que les parties désireuses d'éviter l'arbitrage pourraient appliquer un ensemble de règles simples et élémentaires, qui permettraient de simplifier la procédure tout en l'inscrivant dans un cadre structuré.

Les procédures de conciliation étant confidentielles, les informations sont peu nombreuses. Toutefois, comme l'expérience du CIRDI le montre, il semble que les

investisseurs et les États n'y aient pas souvent fait appel. Il ne faudrait pas pour autant en conclure que l'intervention d'une tierce partie en qualité de conciliateur ou de médiateur est rare dans les différends commerciaux internationaux et les différends en matière d'investissements internationaux. Il est très possible que des parties tierces – qui ne sont pas formellement désignées comme «conciliateurs» – aient beaucoup contribué au règlement de ces différends.

Le présent chapitre a montré comment des modes de règlement des différends autres que l'arbitrage avaient été intégrés dans divers types d'AII et l'usage limité qui en était fait. Le principal constat est que, malgré l'existence de ces modes de règlement et le fait que la conciliation est l'une des options possibles, le recours à l'arbitrage reste la voie généralement choisie par les investisseurs et les États. Toutefois, compte tenu des nombreux défauts de l'arbitrage, relevés au chapitre I, il serait peut-être judicieux d'envisager d'intégrer dans les futurs AII des dispositions relatives aux autres modes de règlement des différends qui soient plus détaillées et, pourquoi pas, plus contraignantes, et de recourir plus fréquemment aux règles de conciliation en vigueur.

Notes

- ¹ Traduit de la version originale espagnole.
- ² Voir: site Web de l'AALCO: <http://www.aalco.int/>; site Web du KLRCA: <http://www.rcakl.org.my/conciliation-mediation/>; et site Web du CRCICA: http://www.crcica.org.eg/adr_rules.html.
- ³ Voir le site Web du CIRDI. Les six affaires de conciliation sont les suivantes: a) *SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. c. Madagascar* (Affaire n° CONC/82/1); b) *Tesoro Petroleum Corp. c. Trinité-et-Tobago* (Affaire n° CONC/83/1); c) *SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. c. Madagascar* (Affaire n° CONC/94/1); d) *TG World Petroleum Ltd. c. Niger* (Affaire n° CONC/03/1); e) *Togo Electricité c. République du Togo* (Affaire n° CONC/05/1); et f) *Actionnaires de SESAM c. République centrafricaine* (Affaire n° CONC/07/1).

IV. POLITIQUES DE PRÉVENTION DES DIFFÉRENDS: EXPÉRIENCES ET BONNES PRATIQUES

L'existence de modes de règlement autres que l'arbitrage, leur incorporation dans les AII et la possibilité de recourir aux règles internationales sont certes importantes pour résoudre les différends à l'amiable, mais le seul fait qu'un différend éclate entre un investisseur et un État peut être considéré comme un échec. En effet, lorsque des mesures sont prises seulement après que le préjudice a été causé et que des différends difficiles à régler apparaissent, c'est que certaines dispositions n'ont pas été prises à temps. Il serait donc préférable que les États anticipent les causes possibles de différends avec les investisseurs et se mobilisent beaucoup plus tôt; ils pourraient ainsi s'épargner les problèmes et les coûts, y compris les coûts politiques, d'une procédure d'arbitrage international ou d'un autre mode de règlement.

De fait, c'est généralement *avant* que le litige entre un investisseur et un organisme public ne se transforme en différend au sens de l'accord d'investissement que les chances de le régler sont les meilleures (Legum, 2006). Pour l'État hôte, le moyen le plus efficace d'éviter les différends ou de les régler rapidement est d'adopter une stratégie qui conjugue l'information, la prévention et la coopération institutionnelle. Permettre à un investisseur qui s'estime lésé de prendre contact rapidement avec des interlocuteurs qualifiés au sein du gouvernement est aussi une bonne approche. Plusieurs pays se sont engagés sur cette voie, et le présent chapitre examine l'expérience acquise dans certaines régions et les bonnes pratiques qui s'en sont dégagées. Il convient de noter que ces «bonnes pratiques» ne mettent pas les États complètement à l'abri des différends; elles représentent plutôt des mesures

concrètes prises pour prévenir les conflits et éviter qu'ils ne dégénèrent en différends au sens des accords d'investissement. Plusieurs États ont déjà entrepris d'élaborer des programmes très complets de prévention des différends ou ont mis en place des instruments institutionnels ou juridiques de portée plus limitée. Le secrétariat de la CNUCED a fourni une assistance technique active aux gouvernements pour l'application de politiques de prévention des différends et contribue aux échanges d'expériences et de bonnes pratiques, avec le concours de différents investisseurs internationaux.

A. Partage de l'information

Une première série de dispositions vise à empêcher l'État, qu'il s'agisse d'organismes publics ou d'entités publiques infranationales, de prendre des mesures ou des décisions susceptibles d'être contraires à ses engagements internationaux et de porter préjudice à un investisseur étranger. L'examen d'affaires récentes montre que près de la moitié d'entre elles sont liées à des décisions prises par des autorités municipales ou provinciales ou par des organismes publics chargés de certains secteurs de l'économie. Ainsi, dans la plupart des affaires liées à des concessions ou à des privatisations de services publics, le défendeur invoque la violation des accords par une entité infranationale – autorité municipale ou provinciale, par exemple. Celles-ci, agissant souvent sans connaître l'existence de ces engagements internationaux, ne mesurent pas pleinement les conséquences de leurs décisions ou refusent de trancher en faveur d'un investisseur étranger. Les accords internationaux d'investissement sont généralement négociés au plus haut

niveau de l'État, et, souvent, leur contenu et les obligations auxquelles ils donnent lieu ne sont pas communiqués aux autorités qui traitent avec les investisseurs étrangers. Si les gouvernements ont déployé des efforts considérables, par l'intermédiaire des agences de promotion de l'investissement, pour informer les investisseurs étrangers des initiatives de promotion, de protection ou de libéralisation de l'investissement, ils n'ont en revanche pris quasiment aucune mesure pour informer les agents publics de ce qu'il fallait faire et ne pas faire dans leurs transactions avec les investisseurs en question.

À cet égard, l'ALENA est un modèle intéressant de communication au sein d'États fédéraux. Conscients de la nécessité de fournir des informations aux partenaires intéressés dans leurs États fédérés ou leurs provinces, les États parties à l'ALENA ont organisé des réunions sur les avantages que la libéralisation du commerce et de l'investissement pouvait apporter à différents acteurs économiques. À l'origine, ces réunions d'information n'étaient pas conçues pour informer les autorités des États fédérés et des provinces des conséquences qu'il y aurait à violer les dispositions de l'Accord et des incidences que leurs décisions en matière de permis, d'autorisations et de contrats d'investissement pouvaient avoir sur les droits des investisseurs. Toutefois, lorsque les organes gouvernementaux ont peu à peu eu connaissance des procédures de règlement des différends en matière d'investissement engagées contre les États-Unis, ils se sont mis à consulter plus fréquemment l'administration chargée de la gestion des différends pour mesurer les incidences possibles de telle loi ou de tel règlement.

Dès les premières années de l'ALENA, des réunions décentralisées ont été organisées avec les services concernés à divers niveaux de l'administration publique pour les informer des engagements pris au titre de l'Accord. En plus des ministères qui sont généralement en contact avec les investisseurs étrangers, il est conseillé d'informer aussi les autorités chargées de certains secteurs ou qui risquent de prendre des mesures contraires aux dispositions de l'Accord. C'est ce qu'ont fait plusieurs pays d'Amérique latine¹ après la conclusion de l'Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République dominicaine (CAFTA-DR), et le Pérou après la signature d'un accord de libre-échange avec les États-Unis.

Pour faciliter le partage de l'information dès le début de la négociation d'un accord, certains pays invitent un représentant du bureau du Procureur général à se joindre à l'équipe de négociation. C'est ce qu'ont fait, par exemple, la Malaisie ou les Philippines. De plus, des consultations étendues avec les organismes publics dès la phase de négociation peuvent réduire sensiblement le risque de voir ces organismes et les ministères prendre des mesures ou des décisions potentiellement contraires aux dispositions de l'accord.

Récemment, le Gouvernement péruvien a promulgué une loi et mis en place un système d'information élaboré qui poursuit les trois objectifs ci-après:

- Premièrement, il vise à tenir les autorités municipales et provinciales ainsi que les organismes publics informés

des engagements internationaux pris par l'État, par exemple, en leur fournissant des détails sur le contenu de l'accord de libre-échange signé avec les États-Unis ou des ABI qui ont été conclus récemment.

- Deuxièmement, il permet à ces entités publiques d'informer le gouvernement central des difficultés ou des problèmes qu'elles rencontrent avec des investisseurs étrangers et de lui demander d'intervenir. Le système, qui fait l'objet d'un site Web créé et géré par le Ministère de l'économie, est accessible à partir de la page d'accueil de celui-ci. En plus de ce site et de l'information mise à disposition, plusieurs réunions ont été organisées dans les provinces. Le système d'information mis en place par le Pérou a aussi une fonction d'alerte rapide qui permet à la Commission interministérielle chargée de la réponse de l'État d'intervenir dès le début d'un litige.
- Troisièmement, le système est aussi un portail d'accès qui permet aux investisseurs étrangers de prendre contact avec les autorités de l'État, et plus particulièrement avec la Commission interministérielle, pour attirer l'attention sur les problèmes rencontrés ou obtenir qu'il soit fait droit à une réclamation.

Le Pérou a connu son premier différend en matière d'investissement en 2003; depuis, il a reçu plusieurs plaintes au titre soit d'accords d'investissement, soit de contrats conclus avec des investisseurs, tels les contrats de stabilisation signés avec plus de 300 sociétés. En décembre 2006, la loi n° 28933 portant création du système de coordination et de

réponse de l'État face aux différends internationaux en matière d'investissement a été promulguée². Elle a pour principaux objectifs de renforcer autant que possible les moyens de défense de l'État péruvien dans les différends en matière d'investissements internationaux, de centraliser l'information sur les AII auxquels il est partie, de créer un système d'alerte pour prévenir les différends, de centraliser l'information sur les différends, d'assurer une meilleure coordination des procédures suivies par les entités publiques engagées dans un même différend, et de renforcer la normalisation des dispositions relatives au règlement des différends en matière d'investissement dans les AII conclus par le Pérou. La loi concerne les autorités publiques aux niveaux national, régional et local, ainsi que les entreprises d'État et autres organismes à financement public. Elle est donc largement appliquée à tous les niveaux de gouvernement.

Selon cette loi, le Ministère de l'économie et des finances est le coordonnateur auquel l'information sur les AII et autres accords analogues doit être communiquée. Les entités publiques doivent aussi lui transmettre les informations qu'elles reçoivent sur les différends qui surviennent. La loi porte création d'une Commission spéciale, relevant du Ministère de l'économie et des finances, qui représente l'État dans les règlements des différends en matière d'investissement. Présidée par un représentant du Ministère de l'économie et des finances, cette Commission est composée de représentants du Ministère des affaires étrangères, du Ministère de la justice et de Proinversión, organisme péruvien de promotion de l'investissement. Deux membres non permanents au plus peuvent aussi être invités à y siéger selon la nature de l'affaire.

Il s'agit d'un représentant de l'entité publique partie au différend et d'un représentant du Ministère du commerce extérieur et du tourisme (MCET) dans le cas où le différend est lié à un accord de libre-échange. La Commission spéciale est notamment chargée: d'évaluer les chances de parvenir à un accord à l'amiable et d'étudier la stratégie à suivre; d'obtenir des rapports et des renseignements techniques auprès des entités publiques engagées dans le différend; de participer aux négociations de règlement; de proposer le recrutement de juristes; au besoin, de désigner des arbitres; d'apporter son appui aux conseillers extérieurs chargés de la défense de l'État; d'approuver l'utilisation des ressources nécessaires aux procédures de conciliation ou d'arbitrage; et de déterminer la responsabilité de l'entité publique engagée dans le différend en vue de l'imputation des dépenses et des indemnités.

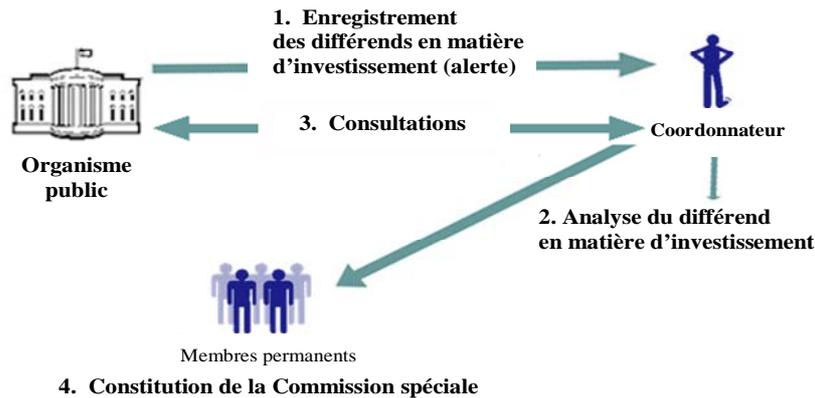
La loi énonce des lignes directrices concernant la négociation des dispositions relatives au règlement des différends ainsi que les dispositions devant figurer dans les AII – période de négociation à l'amiable obligatoire de six mois avant le recours à l'arbitrage international, possibilité de recourir à des mécanismes de règlement des différends qui soient neutres, répartition des coûts des procédures d'arbitrage et de conciliation entre les parties, et obligation faite à l'investisseur de notifier le coordonnateur du système.

Ce cadre légal présente deux caractéristiques intéressantes en ce qui concerne l'échange précoce d'informations. Premièrement, la loi fait obligation de signaler et de notifier à un organisme central désigné la conclusion de tout accord conclu avec un investisseur et de tout AII contenant une clause relative au règlement des différends en matière

d'investissement. Cette centralisation de l'information a pour but la constitution d'une base de données unique et le suivi des engagements pris par l'État, et présente également cet avantage que l'information peut être consultée par tous les services de l'État auprès d'une seule source. Deuxièmement, la loi crée un système d'alerte rapide qui permet à l'État péruvien d'avoir connaissance très tôt des problèmes intéressant des investisseurs étrangers qui risquent de déboucher sur un arbitrage international et de prendre des mesures promptes et coordonnées. Les autorités compétentes disposeront de plus de temps pour préparer le dossier et pourront mener les négociations de règlement à l'amiable d'une manière plus efficace pour trouver une solution avant d'être contraintes de recourir à l'arbitrage.

Les autorités péruviennes ont pris une mesure forte et courageuse lorsqu'elles ont décidé d'adopter une loi organisant la coordination des différends et la défense des parties qui avait pour but premier de garantir la coordination des mesures et la disponibilité de l'information. Les questions budgétaires et l'imputation des dépenses sont également mieux encadrées par une loi. Toutefois, le système pourrait pâtir du fait que la collecte de l'information et la gestion des différends ne sont pas prises en charge par la même institution. Cette coordination collégiale interinstitutions risque aussi de nuire à l'efficacité de la prise de décisions au moment des négociations et de compliquer la constitution d'une cellule spécialisée dans le traitement des différends en matière d'investissement au sein d'une institution unique.

Figure 3. Système d'alerte péruvien



Source: Gouvernement péruvien.

La pratique des États montre qu'il existe différents outils de partage de l'information. S'étant engagés à respecter certaines normes de transparence et d'information dans les chapitres relatifs à l'investissement d'accords de libre-échange conclus récemment (dispositions sur la transparence des procédures arbitrales du CAFTA-DR et des accords de libre-échange signés entre les États-Unis et le Pérou et entre Singapour et le Chili), plusieurs gouvernements fournissent des informations sur les accords et les affaires de règlement des différends en matière d'investissement sur leurs sites Web officiels. Souvent, ils créent – comme le Pérou – des pages Web contenant des renseignements utiles à l'intention des investisseurs (coordonnées complètes de l'institution chef de file, mesures à prendre en cas de différend). Malheureusement, rares sont ceux qui s'adressent aussi aux acteurs étatiques; il serait possible de les améliorer en y affichant des directives détaillées, des listes de personnes de référence, des conseils

sur la manière de traiter avec un investisseur en cas de problème ou même en donnant quelques indications sur ce qu'il faut faire et ne pas faire.

Les ateliers ciblés sont un autre outil d'information. Plusieurs pays y ont recours pour sensibiliser certains secteurs ou certains départements au sein du gouvernement, mais aussi plus concrètement pour former leurs propres fonctionnaires à gérer l'application des accords et les différends entre investisseurs et État (par exemple, la Colombie et le Maroc).

L'important est de veiller à ce que l'information continue de circuler, en particulier dans les ministères où les fonctionnaires sont appelés à changer et où les circuits d'information peuvent se déliter. L'organisation d'ateliers de mise à niveau, de suivi des activités et de mise à jour des listes de personnes de référence est une mesure qu'il serait utile d'intégrer dans un programme de partage de l'information.

Enfin, que le programme soit volontaire ou obligatoire, qu'il soit fondé sur l'assistance et le dialogue ou sur l'obligation faite à une certaine catégorie de personnes d'établir des rapports et de communiquer des informations, il faut le concevoir de telle manière que l'objectif, à savoir empêcher des différends de survenir ou de dégénérer, soit atteint.

B. Priorité aux secteurs sensibles

On a constaté que les investissements étrangers réalisés dans certains secteurs et certaines branches d'activité étaient plus sujets que d'autres aux différends entre investisseur et État hôte. De la même manière, certaines formes d'accord

juridique, tels les contrats publics complexes portant sur des concessions de service public, les contrats de construction-exploitation-transfert (CET) ou les contrats de privatisation, étaient plus souvent que d'autres à l'origine de différends, dépendant aussi de l'étendue des obligations de l'État.

Nombreux sont en effet les différends qui ont éclaté autour de contrats de concession de service public, par exemple dans les secteurs de la distribution de l'eau ou de la collecte des déchets. Les projets d'extraction minière et pétrolière font aussi plus souvent l'objet de différends que l'investissement étranger dans d'autres secteurs de l'économie.

L'expérience des pays en matière de stratégies de prévention des différends montre qu'il est important d'identifier les secteurs économiques ou les accords contractuels dits «sensibles», qui peuvent être fondés aussi bien sur les lois, les règlements et la pratique contractuelle du pays que sur les engagements pris dans le cadre d'accords d'investissement, par exemple les engagements en matière de préétablissement. Cette expérience peut aussi être utile pour déterminer quels sont les secteurs et les activités les plus sensibles à la réglementation de l'État hôte.

Une fois identifiées, répertoriées, analysées et contrôlées, les mesures préventives peuvent être appliquées à ces secteurs afin de prévenir toute violation des engagements pris ou autre type de désaccord. L'information, la prévention et une coordination axée sur la promotion des bonnes pratiques ont d'autant plus de chances d'être efficaces que l'on est averti des problèmes potentiels.

À titre d'exemple, on peut citer l'enquête sur les plaintes d'investisseurs menée actuellement par l'Institut de promotion de l'investissement de la République dominicaine dans le cadre de l'application du CAFTA-DR. L'examen de la politique d'investissement réalisé par la CNUCED à la demande de ses États membres peut aussi être une source de conseils utiles pour aider les pays à concentrer leurs efforts et leurs ressources sur des stratégies de prévention des différends plus efficaces.

C. Renforcement des procédures institutionnelles et des procédures à l'amiable – recours administratif

Pour éviter que les différends ne dégénèrent, l'État hôte peut aussi créer des mécanismes institutionnels permettant à un investisseur qui s'estime lésé de former un recours contre une loi ou une mesure qu'il considère contraire aux dispositions de l'accord. L'avantage de ces recours, c'est qu'ils peuvent permettre de régler facilement un problème que les autorités nationales, centrales ou locales, ont d'abord refusé de reconnaître. Le recours administratif peut amener l'État hôte à reconnaître le caractère controversé d'une mesure et le décider à la modifier, voire à l'annuler, et ce rapidement. L'État peut aussi prendre des mesures pour remédier aux effets négatifs de la mesure. Grâce à ce type d'approche, il peut à terme s'épargner une longue procédure d'arbitrage et le versement d'indemnités à l'investisseur. Ces mesures n'entraînent donc pas toujours un allongement de la procédure précédant l'ouverture de la procédure d'arbitrage mais peut, au contraire, souvent hâter sensiblement le règlement définitif du problème. Le recours à une procédure institutionnelle ou à une

procédure à l'amiable profite tant aux gouvernements, qui peuvent améliorer leur cadre juridique et administratif, qu'aux investisseurs, qui se félicitent de la rapidité avec laquelle leur réclamation est examinée par l'État hôte.

Certains AII récents prévoient la possibilité d'ouvrir une procédure de recours administratif avant d'engager une procédure d'arbitrage. Par exemple, l'ABI conclu en 2004 entre la Chine et la Lettonie stipule que:

*«La République de Lettonie prend note de la déclaration selon laquelle la République populaire de Chine exige que l'investisseur concerné **épuise les voies de recours administratif nationales** prévues par les lois et règlements de celle-ci avant de soumettre le différend au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, selon les dispositions du paragraphe 2 de l'article 9.»* (Caractères gras ajoutés).

De même, la disposition concernant le règlement des différends en matière d'investissement contenue dans l'ABI conclu en 2009 entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Colombie est énoncée comme suit:

*«En ce qui concerne les actes d'une autorité gouvernementale lorsqu'il s'agit de soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu du présent Article, ou à un tribunal local ou un tribunal administratif, **les voies de recours administratives locales devront d'abord être épuisées**, si la législation de la Partie Contractante l'exige. Cette procédure n'excédera en aucun cas six mois depuis la date de son lancement par l'investisseur...»* (Caractères gras ajoutés).

D. Application des engagements relatifs au règlement des différends en matière d'investissement: accès à l'information, arrangements interinstitutionnels et pouvoir de régler les différends

Les gouvernements peuvent prendre une autre série de mesures préventives lors de la signature et de la conclusion d'un accord d'investissement, en particulier d'un accord de libre-échange. Dans la grande majorité des accords sur la protection des investissements, les États prennent des engagements en matière de règlement des différends et donnent à l'investisseur la possibilité de recourir à l'arbitrage international. À la signature de l'accord, les États feront normalement le nécessaire pour abroger les mesures non conformes à l'instrument et harmoniser les lois et les règlements avec ses dispositions fondamentales, telles que les dispositions concernant le traitement national, les contraintes d'exploitation, l'accès aux mesures incitatives, etc. Les dispositions en matière de règlement des différends peuvent en outre être assorties de mesures d'application particulières qui permettent à l'État d'être prêt à se conformer à ces dispositions pour le cas où un investisseur déciderait d'engager une procédure d'arbitrage. Cette approche a des incidences sur la gouvernance, car elle améliore la prévisibilité pour l'État qui conclut des accords d'investissement et lui permet de respecter ses engagements.

C'est l'approche retenue par le Gouvernement colombien qui l'applique en parallèle à la négociation des accords d'investissement. La Colombie vient de commencer de conclure des AII et, ces derniers mois, a négocié deux

accords de libre-échange, avec les États-Unis et le Canada, qui l'un et l'autre comprennent un chapitre relatif à l'investissement. Presque simultanément, le Ministère du commerce, avec l'appui de l'Agence des États-Unis pour le développement international (USAID), a lancé un programme de préparation aux différends entre investisseurs et État en désignant une institution chef de file et en créant des mécanismes institutionnels pour éviter les différends et y être mieux préparé. Un décret, qui doit encore entrer en vigueur, autorisera l'institution chef de file à réunir et à établir des preuves provenant de toutes les sources pertinentes au sein du Gouvernement colombien.

Cette institution sera au centre du dispositif institutionnel colombien chargé de faire respecter les engagements de l'État en matière de règlement des différends et d'assurer sa défense dans les arbitrages l'opposant à un investisseur. Elle sera partie prenante dans le traitement de tout ce qui concerne les relations entre l'investisseur et l'État dans le contexte d'un différend en matière d'investissement, recevant notification des différends, coordonnant les consultations entre l'investisseur, l'organisme partie au différend en question et les autres organismes concernés, et en gérant la procédure d'arbitrage proprement dite. Autrement dit, l'institution chef de file sera l'autorité chargée de centraliser tout ce qui a trait aux différends entre un investisseur et l'État et de réunir tous les renseignements s'y rapportant. Ce type d'approche simplifie considérablement la répartition des responsabilités entre les services gouvernementaux, améliorant ainsi la transparence générale.

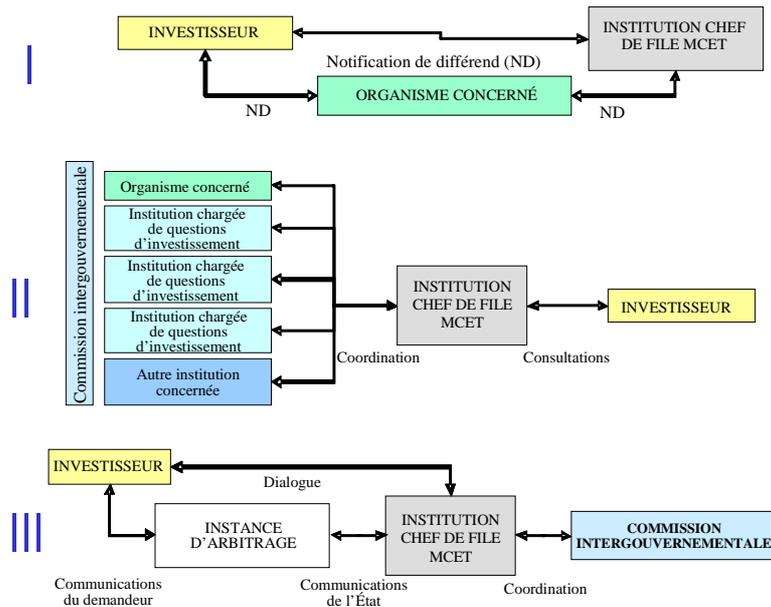
La figure 4 montre plus précisément le rôle que joue l'institution chef de file, notamment par rapport à l'investisseur et à l'autorité concernée qui sont les deux autres principales parties prenantes. L'autorité concernée est l'autorité publique responsable de l'application de la mesure à l'origine du différend entre l'investisseur et l'État. La figure illustre les trois fonctions de l'institution chef de file; premièrement, elle est la destinataire de l'information relative aux différends; deuxièmement, elle coordonne la réponse de l'État pendant les consultations; et troisièmement, elle est la principale représentante de l'État dans la procédure d'arbitrage.

La première fonction de l'institution chef de file – destinataire de l'information relative aux différends – permet au gouvernement de s'assurer que l'information sur les réclamations d'investisseurs alléguant des violations des engagements pris en vertu des AII est bel et bien adressée aux autorités compétentes. Généralement, c'est à l'autorité concernée – souvent une autorité locale, voire une autorité gouvernementale décentralisée – que l'investisseur s'adressera directement pour communiquer ses griefs. Il importe donc de faire savoir à cette autorité comment réagir. En désignant une institution chef de file qui centralise cette information et en notifiant cette désignation à tous les organismes publics susceptibles d'être parties à un différend relatif à l'investissement, le gouvernement s'assure que l'information sera envoyée par l'autorité concernée à l'administration publique compétente. L'institution chef de file sera alors chargée de coordonner l'action des autorités concernées. Les investisseurs peuvent également être informés directement de

l'existence de cette institution à laquelle ils peuvent s'adresser lorsqu'il leur semble qu'un différend va survenir.

L'État aura sans doute intérêt à régler le différend pendant la phase des consultations actives, avant qu'il ne donne lieu à une procédure d'arbitrage. L'institution chef de file peut y contribuer en faisant office d'intermédiaire entre l'investisseur et l'autorité gouvernementale concernée. Tout d'abord, quelle que soit l'autorité gouvernementale en cause, l'institution sera le principal interlocuteur de l'investisseur pendant les consultations. Elle désignera parmi ses fonctionnaires des personnes qualifiées qui participeront à toutes les consultations avec l'investisseur, accumulant ainsi une précieuse expérience sur la bonne gestion de ces entretiens. Elle regroupera toute l'information sur le différend reçue par l'autorité concernée et par les autres organismes intéressés par l'affaire et l'utilisera dans le cadre des consultations. Cette centralisation des connaissances améliorera l'efficacité du gouvernement qui pourra réagir de manière avisée et compétente.

Figure 4. Le système institutionnel colombien



Source: Gouvernement colombien.

Note: Partie I: connaître le différend – l'institution chef de file centralise les notifications et coordonne la réponse de l'État. Partie II: coordonner les consultations entre l'investisseur et l'État – l'institution chef de file coordonne l'action des autorités gouvernementales engagées dans le différend et fait office d'agent de liaison chargé des relations entre l'investisseur et l'administration. Partie III: procédure arbitrale – même pendant la procédure arbitrale, l'institution chef de file continue d'assumer les mêmes fonctions que précédemment, et tout règlement extrajudiciaire est approuvé par le Comité intergouvernemental.

Troisièmement, même si un différend finit par faire l'objet d'une procédure d'arbitrage, l'institution chef de file

restera saisie de l'affaire. Elle continuera d'assurer la coordination avec les autorités gouvernementales concernées, tout en poursuivant le dialogue avec l'investisseur, et fournira l'information qu'elle a réunie aux avocats qui défendent les intérêts de l'État.

La Colombie a déjà pris un certain nombre de mesures pour mettre ce système sur pied. Par exemple, elle a entrepris de recenser toutes les autorités réglementaires susceptibles d'être impliquées dans un différend. Pour faciliter la communication entre organismes, des fonctionnaires chargés des questions liées à l'investissement ont été désignés dans chacun d'eux. L'institution chef de file aura toute autorité pour réunir et fournir les preuves provenant de toutes les sources pertinentes au sein du Gouvernement colombien.

Le Guatemala envisage aussi de nouvelles méthodes institutionnelles pour gérer les différends en matière d'investissement. C'est ainsi qu'il a adopté le décret spécial n° 128-2009 du 5 mai 2009 portant création d'une commission interinstitutions provisoire chargée de traiter deux affaires qui sont en cours d'instance, et désignant le Ministère de l'économie comme autorité chargée de la coordination.

Bien qu'il ait pour principal objectif d'organiser la défense de l'État dans les affaires de différends en matière d'investissement, le programme a d'autres fonctions qui sont directement liées à la prévention de ces différends et au traitement rapide des réclamations des investisseurs. Le choix et la désignation d'une institution chef de file permettent d'engager rapidement des discussions avec l'investisseur qui s'estime lésé, d'obtenir tout aussi rapidement la coopération et

l'appui requis de l'autorité gouvernementale ou de l'entité infranationale qui a pris la mesure en cause, et de confier l'affaire à l'autorité compétente qui négociera et, si possible, parviendra à un règlement. À cet égard, il convient de noter que les agents de l'État n'ont généralement pas autant de pouvoir et de latitude pour mener des négociations et convenir d'un règlement que les cadres supérieurs du secteur privé. Plus particulièrement dans les cas qui font intervenir une autre institution ou entité infranationale, il sera difficile d'agir sans y être expressément autorisé, y compris peut-être par la loi.

**E. Pouvoir de négocier et de régler les différends
– autorité budgétaire**

Donner aux fonctionnaires le pouvoir de mener des discussions avec les investisseurs, de proposer ou de répondre à des demandes d'entrevue et d'engager des négociations soit directement, soit avec le concours de tiers neutres est au cœur du dispositif mis en place par l'État pour éviter les conflits avec les investisseurs étrangers et est une conséquence directe de la désignation d'une institution chef de file ou d'une commission de coordination.

Dans certains pays, les règles régissant la responsabilité des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions prévoient la responsabilité personnelle et la responsabilité financière des agents. Les fonctionnaires chargés de l'application des accords d'investissement ou des programmes de prévention des différends doivent non seulement être dotés des pouvoirs nécessaires, mais aussi obtenir des garanties quant aux procédures qui pourraient être ouvertes contre eux.

Idéalement, ces dispositions devraient faire partie intégrante du programme de prévention des différends et fournir des directives et des règles strictes aux fonctionnaires qui mènent des négociations de règlement ou qui participent à une procédure de médiation pouvant aboutir à une décision.

Comme l'a laissé entendre Legum (2006), après avoir désigné l'institution chef de file et l'avoir mandatée pour négocier et éventuellement régler un différend, il faudra lui octroyer une autorisation budgétaire réglementaire ou spéciale permettant aux fonctionnaires d'utiliser l'argent public. En général, ces autorisations existent pour les cas où l'État est condamné par des tribunaux nationaux, mais pas nécessairement lorsqu'une décision d'indemnisation résulte d'une procédure arbitrale internationale. Dans ce cas, le pouvoir législatif devra délivrer une autorisation spéciale pour que le paiement puisse être effectué. L'incertitude quant à savoir si l'indemnisation décidée dans le cadre du règlement d'un différend opposant un investisseur à l'État est officiellement autorisée suffira souvent à décourager les fonctionnaires d'envisager la conciliation comme un mode de règlement possible.

Le fait de ne pas savoir exactement quel organisme acquittera l'indemnité résultant du règlement est un autre facteur d'incertitude qui rend les décisions des fonctionnaires chargés d'autoriser le règlement d'un différend plus difficiles à prendre (Legum, 2006). Les demandes d'indemnisation dans le cadre d'accords d'investissement étant un phénomène encore relativement nouveau pour la plupart des États, les gouvernements auront peut-être du mal à déterminer si l'indemnité doit être prise en charge par l'organisme responsable de la violation de l'accord ou du contrat,

l'organisme responsable de la négociation de l'AII, l'organisme responsable de la défense de l'État ou un autre organisme. Cette question n'est pas sans importance, car l'organisme payeur sera peut-être contraint de renoncer à d'autres dépenses, déjà inscrites dans son budget annuel.

F. Évaluation de la demande: communication rapide de tous les documents pertinents à l'institution chef de file

Le professeur Coe note qu'au début, les institutions qui viennent d'être chargées d'un différend n'ont pas assez d'information pour en évaluer correctement le bien-fondé (Coe, 2005: 41). L'institution chef de file ou la commission chargée de l'affaire doit donc obtenir sans délai toutes les preuves documentaires et tous les documents juridiques pour se faire une idée précise du problème, évaluer le risque de voir le différend dégénérer, prendre connaissance du calendrier et prendre les mesures et engager la procédure prévues dans l'accord d'investissement ou le contrat. L'ampleur potentielle de l'affaire, les risques encourus et les effets possibles d'un règlement rapide ne sont pas évalués seulement en fonction de la nature des problèmes juridiques qui se posent et pour lesquels il est possible de solliciter l'avis de conseillers juridiques extérieurs, mais aussi en fonction d'une analyse plus politique de la situation et de la recherche d'une décision qui soit la bonne décision au bon moment.

En général, au début d'une affaire, l'information circule lentement. Les demandes d'information présentées par l'institution chef de file ou la commission chargée de la défense

de l'État ou mandatée pour régler le différend à l'amiable doivent passer par les voies officielles et réglementaires. Les fonctionnaires chargés de l'affaire se heurteront souvent à la réticence de l'organisme gouvernemental ou de l'entité concernée, voire à la dissimulation de faits et de documents. Ce manque de coopération crée des tensions et empêche les fonctionnaires chargés du dossier d'évaluer l'affaire comme il le faudrait pour engager une négociation ou parvenir à un règlement à l'amiable avec l'investisseur.

Les mécanismes interinstitutions prévus par la loi ou érigés en système au sein du gouvernement de l'État hôte, tels que la commission créée par la loi péruvienne ou le système mis en place par le Gouvernement colombien, sont destinés à faciliter un règlement rapide des différends grâce à un échange systématique et rapide de l'information, à une délégation de pouvoirs appropriée et à l'octroi de l'autorité budgétaire requise. Ils aident aussi l'investisseur qui s'estime lésé à choisir rapidement la procédure la plus adaptée pour engager des discussions à l'amiable en vue de parvenir à un règlement. L'investisseur peut donc agir avant que les parties aient commencé à investir des sommes importantes dans l'organisation de leur défense, évitant ainsi à tous de perdre du temps et de voir le conflit s'envenimer. La création d'un tel système par la voie législative améliore aussi la transparence et accroît la responsabilité des acteurs gouvernementaux.

Dernièrement, plusieurs gouvernements d'Amérique latine ont commencé à élaborer des politiques d'envergure dans le domaine du règlement des différends en matière d'investissement. Après avoir aidé le Gouvernement péruvien à élaborer la loi n° 28933, le secrétariat de la CNUCED fournit

actuellement une assistance aux Gouvernements guatémaltèque, panaméen et dominicain. L'échange d'expériences dans ce domaine participe à l'assistance technique de la CNUCED et constitue un point fort des cours annuels sur la gestion des différends en matière d'investissement³.

G. Réponse institutionnelle: médiateur et services de médiation

Outre les services «après-vente» classiques fournis aux investisseurs, dont l'aide apportée par les organismes de promotion de l'investissement aux investisseurs étrangers une fois l'investissement réalisé et opérationnel (CNUCED, 2007a), un certain nombre d'États hôtes apportent un appui institutionnel aux investisseurs qui rencontrent des problèmes en mettant à leur disposition un médiateur ou un service de médiation. La création d'un bureau du médiateur ou la désignation d'un médiateur faisant office de guichet unique pour la présentation des réclamations peut donner de bons résultats. Selon l'acception la plus courante, le médiateur est un fonctionnaire désigné par le pouvoir législatif pour traiter les recours formés contre des décisions administratives et judiciaires et qui exerce en même temps des fonctions de surveillance dans un esprit caractérisé par l'indépendance, la compétence, l'impartialité, l'accessibilité et la force de persuasion plutôt que la contrainte (Wiegand, 1996: 98).

Pour les investisseurs, le bureau du médiateur est un interlocuteur institutionnel auquel s'adresser, une voie officielle par laquelle s'attaquer aux problèmes à un stade précoce. Les contacts peuvent rester informels, mais ils

peuvent aussi constituer une démarche officielle auprès du gouvernement de l'État hôte et une demande de règlement. Le bureau du médiateur peut représenter une voie règlementaire ou une possibilité supplémentaire offerte à l'investisseur. Il peut agir selon des procédures plus ou moins strictes. Mais quoi qu'il en soit, il peut être un moyen pour l'investisseur qui rencontre un problème de tenter de le régler à l'amiable d'une manière rapide, précoce et peu onéreuse.

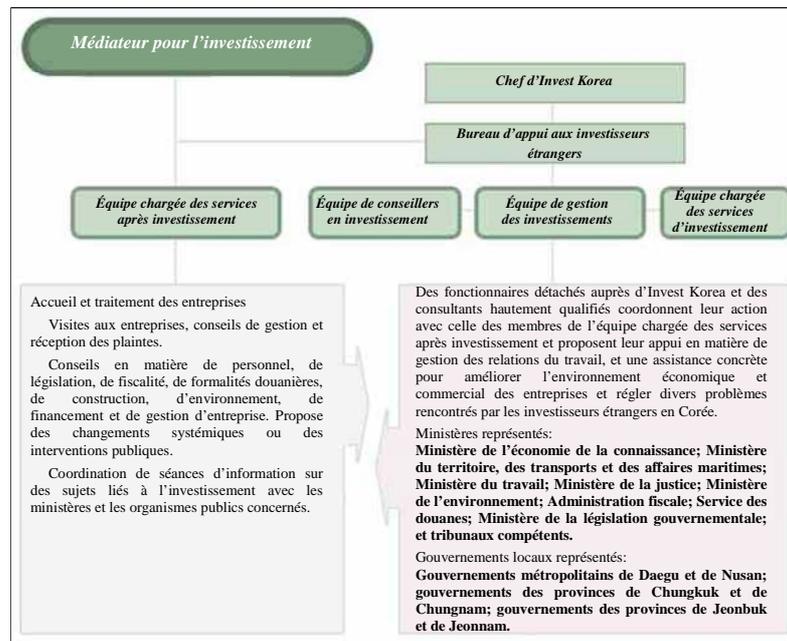
Pour les États hôtes, le médiateur ou le bureau du médiateur est un premier point de contact ou un portail d'accès permettant de répondre au problème d'un investisseur étranger. Le bureau du médiateur est en mesure de fournir rapidement des informations aux autorités afin qu'elles puissent évaluer la situation. Il permet aussi, s'il le faut, d'intervenir sans délai, les autorités remédiant aux problèmes avant qu'ils ne s'aggravent.

La capacité du médiateur ou du bureau du médiateur de prendre lui-même des mesures correctives ou d'en confier la responsabilité à un autre organisme ou à une autorité infranationale dépendra de sa position au sein du gouvernement. En pratique, le bureau du médiateur est rattaché à l'organisme de promotion de l'investissement, au niveau central ou régional, à un ministère ou constitue une entité séparée sous l'autorité directe du Premier Ministre ou du Président. Il peut prendre la forme d'une autorité unique ou d'une commission composée de plusieurs organismes. Il peut aussi être créé en vertu d'un traité et prendre la forme d'une commission mixte composée de représentants des parties contractantes au traité. Par exemple, la Commission de coopération environnementale, qui est chargée d'éviter les conflits commerciaux et

environnementaux potentiels liés à l'application de l'ALENA, peut être modifiée pour s'occuper des risques de différends en matière d'investissement. Comme indiqué dans le chapitre précédent, on trouve dans plusieurs ABI conclus par la Chine des commissions mixtes qui sont, dans une certaine mesure, chargées de jouer ce rôle préventif.

Le bureau de la médiation créé par la République de Corée illustre bien cette approche. Stratégiquement situé dans les locaux de la KOTRA, organisme national de promotion de l'investissement, dont il est toutefois entièrement indépendant puisqu'il rend compte uniquement et directement au Premier Ministre, le Bureau du Médiateur pour l'investissement étranger a été créé en octobre 1999 après l'adoption, l'année précédente, de la loi sur la promotion de l'investissement étranger. C'est une organisation à but non lucratif qui a pour principaux objectifs, d'une part d'aider les investisseurs étrangers qui rencontrent des problèmes concernant leurs activités en République de Corée, d'autre part d'œuvrer sans relâche à l'amélioration de l'environnement de l'investissement dans le pays (fig. 5).

Figure 5. Bureau du Médiateur pour l'investissement étranger de la République de Corée



Source: Site Web du Bureau du Médiateur chargé de l'investissement étranger.

Le Bureau du Médiateur compte aussi une équipe composée d'experts des divers secteurs industriels du pays, qui s'occupe des investisseurs après que l'investissement a été réalisé et apporte une aide personnalisée aux investisseurs étrangers qui rencontrent des difficultés. Il est également doté d'une équipe des services d'investissement qui veille à ce que l'environnement de l'investissement soit attrayant pour les investisseurs étrangers, notamment en répondant aux

préoccupations quotidiennes et individuelles des cadres et autres personnels étrangers.

Le mandat du Bureau du Médiateur est consacré par la législation de la République de Corée qui fait obligation à toutes les institutions concernées du Gouvernement de coopérer avec ce Bureau. Le paragraphe 3 de l'article 21-3 du décret d'application de la loi sur la promotion de l'investissement étranger dispose en effet que:

«Le Médiateur peut demander à l'administration concernée ou à l'organisme chargé de l'investissement étranger de coopérer au règlement des problèmes rencontrés par les entreprises à capitaux étrangers et de s'acquitter des tâches correspondantes. Dans ce cas, l'institution sollicitée notifie son avis sur la question à l'étude dans un délai de sept jours à compter de la date à laquelle la demande lui en a été faite⁴.».

Le Bureau du Médiateur est également membre de deux organes gouvernementaux qui s'occupent de l'investissement: le Comité de l'investissement étranger, qui est l'autorité principale chargée de l'élaboration des politiques en matière d'investissement, et le Comité des réformes de la réglementation. En sa qualité de membre de ces deux organes, il est bien placé pour attirer leur attention sur les problèmes juridiques et réglementaires qui touchent les investisseurs étrangers en République de Corée ou leur apporter des conseils sur l'environnement de l'investissement.

Les statistiques montrent que les investisseurs étrangers font fréquemment appel aux services du Bureau du Médiateur

pour l'investissement étranger. Entre 2000 et 2007, celui-ci a reçu plus de 3 200 réclamations, portant sur un large éventail de questions liées à divers secteurs industriels. En 2007, 370 réclamations ont été enregistrées, dont 298 ont été réglées par les experts locaux, soit 80,5 % des réclamations présentées cette année-là.

Selon la nature de la réclamation, le Bureau du Médiateur suit l'une ou l'autre de deux procédures particulières. D'une part, le problème peut être réglé dans le cadre des services de conseil aux entreprises qui consistent à fournir aux investisseurs étrangers des services consultatifs et des services d'appui concernant l'application de la législation nationale, les problèmes de gestion, etc., pour les aider à surmonter les problèmes qu'ils rencontrent en République de Corée. D'autre part, lorsque la réclamation est liée au caractère inadapté de la législation ou à des obstacles administratifs imposés par le Gouvernement, le Bureau du Médiateur peut alors s'adresser aux autorités et aux organismes gouvernementaux compétents pour demander une amélioration de la politique d'investissement, des procédures administratives, des lois et des règlements. Dans ces situations, le rôle du Médiateur, mais aussi son indépendance sont essentiels. Il semble aussi que le succès de l'initiative coréenne doive beaucoup à la compétence et à la qualité des personnes⁵.

Le service de la médiation pour l'investissement peut constituer une approche similaire. Le gouvernement de l'État hôte peut en effet créer un service de la médiation ouvert aux investisseurs étrangers ou désigner un médiateur qui aura pour fonctions de recevoir les réclamations, de réunir les parties, de faciliter le dialogue et, éventuellement, de régler le problème

avant qu'il ne se transforme en différend ne pouvant être réglé que par les tribunaux ou l'arbitrage international. Le concept est identique à celui de médiateur. Le médiateur chargé de l'investissement devrait être «au-dessus» du différend (ou du différend potentiel). Le service de la médiation devrait avoir des fonctions de communication, de conseil et de facilitation – et non pas une fonction d'administrateur ou de juge – et il peut, en théorie, répondre aux demandes aussi bien du gouvernement que des investisseurs.

Plusieurs États ont créé des institutions chargées d'assurer des services de médiation interne ou désigné des médiateurs officiels auxquels les investisseurs étrangers peuvent faire appel. Là encore, il peut s'agir d'une commission ou d'un individu. Par exemple, le Royaume du Maroc a créé des services de médiation à l'intention des investisseurs, au niveau régional avec les centres d'investissement régionaux décentralisés, et au niveau du gouvernement central avec la Commission des investissements dans laquelle siègent ou sont représentés des ministres clefs et qui est présidée une fois par mois par le Premier Ministre lui-même. Le secrétariat de cette Commission est confié à l'Agence marocaine de développement des investissements (AMDI), entité gouvernementale chargée des projets et des politiques d'investissement. L'AMDI porte les problèmes et les affaires à l'attention de la Commission, dont elle applique ensuite les décisions.

L'impartialité, la compétence et la fiabilité ainsi que l'aptitude à effectivement régler les problèmes constituent des garanties pour l'investisseur et pour le gouvernement.

H. Coopération entre États pour la prévention des différends

Une autre façon d'empêcher les différends de s'envenimer au point de justifier l'ouverture d'une procédure d'arbitrage est de renforcer la coopération entre États. Il existe depuis longtemps déjà un certain niveau de communication et d'échange entre les États sur les questions liées aux accords d'investissement et aux différends entre investisseurs et État, dont il est possible de tirer des enseignements utiles pour déterminer la manière de formaliser davantage une telle pratique. En même temps, il convient d'imaginer de nouveaux modes de coopération entre États afin de ne pas donner l'impression que l'on revient à la protection diplomatique du passé.

Il est important de noter que les pays importateurs de capitaux ne sont pas les seuls à chercher des moyens de régler les différends avant de devoir recourir à l'arbitrage international. Il arrive également aux pays exportateurs de capitaux d'intervenir au nom de leurs investisseurs pour la même raison. En général, l'investisseur a tout intérêt à ce le problème soit résolu au plus vite et le plus simplement possible, car cela est préférable à des procédures de règlement des différends qui sont longues et coûteuses.

La procédure d'arbitrage international destinée à régler les différends entre investisseurs et États dans le cadre de la Convention du CIRDI a été conçue pour soustraire les différends aux pressions politiques et les régler dans un cadre légal. Toutefois, comme indiqué plus haut, les États ont eu coutume de charger leurs diplomates de présenter au

gouvernement de l'État hôte les réclamations d'un investisseur qui s'estimait lésé. L'article 27 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (CIRDI, 2006a) permet expressément aux diplomates d'intervenir mais dans des limites précises:

«1) Aucun État contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention [...]

2) Pour l'application de l'alinéa 1), la protection diplomatique ne vise pas les simples démarches diplomatiques tendant uniquement à faciliter le règlement du différend.».

Cela dit, les échanges diplomatiques concernant les différends en matière d'investissement s'apparentent d'une façon générale à des procédures spéciales qui n'ont de fondement ni dans la législation ni dans les accords internationaux en vigueur. Si les contacts diplomatiques et une intervention de diplomates de haut rang offrant leurs bons offices en faveur d'un investisseur peuvent avoir quelque influence sur le gouvernement de l'État hôte, ils ont tout de même de fortes chances de tourner court, car ils pourraient être pris pour des pressions diplomatiques proches de la politisation et de la diplomatie de la canonnière évoquée plus haut. Par ailleurs, ces efforts diplomatiques ne sont pas de

même nature que les procédures institutionnelles, plus officielles, qui existent entre États et qui précisent les modalités de traitement d'une réclamation. Ainsi, s'il est fait appel aux voies diplomatiques pour régler un différend possible entre un investisseur et un État hôte, il faut veiller à ce que ces démarches s'inscrivent dans le cadre de procédures préalablement convenues et fondées sur la coopération plutôt que sur l'affrontement.

Il est peut-être utile d'ajouter que si l'objectif est de dépolitiser un différend, le recours aux mécanismes de règlement correspondants risque d'être inopérant dans certaines affaires. Certains différends sont de nature politique et il sera impossible de ne pas en tenir compte. C'est le cas des différends concernant des transactions fondées sur des accords intergouvernementaux entre les États parties. Généralement, il est préférable de régler ces différends au niveau des États et d'éviter d'aboutir à des situations où il y a un gagnant et un perdant comme à l'issue d'une procédure arbitrale.

Par ailleurs, les pays développés exportateurs de capitaux défendent aussi les intérêts de leurs investisseurs par des voies autres que diplomatiques. Ainsi, le Gouvernement allemand, par l'intermédiaire de son plan d'assurance pour les investisseurs à l'étranger (Hermes), vient en aide à toutes les entreprises allemandes assurées qui investissent dans des pays avec lesquels il a conclu un AII. Le Gouvernement des États-Unis fait de même pour les investissements assurés par l'Overseas Private Investment Corporation (OPIC). Il semble que ces services comprennent divers types d'intervention auprès des gouvernements des États hôtes. Toutefois, comme ces affaires ne sont pas du domaine public, il est impossible de

savoir si elles sont fréquentes, mais il y a tout lieu de penser qu'elles ne sont pas rares.

La contribution des commissions interétatiques mixtes ou d'institutions comparables créées aux fins de traiter les réclamations des investisseurs et de les transmettre aux agences gouvernementales compétentes pour un examen plus approfondi est peut-être plus prometteuse. Comme indiqué plus haut, le but et les responsabilités de ces commissions mixtes peuvent même être énoncés dans les AII. L'investisseur pourrait prendre contact avec le représentant de la commission mixte dans son pays d'origine, lequel représentant pourrait ensuite engager les consultations nécessaires avec son homologue du pays hôte pour essayer de trouver une solution avant que le différend ne s'aggrave. Cette procédure constituerait un autre dispositif d'alerte rapide qui dépasserait le cadre des institutions nationales pour s'étendre au niveau international.

I. Capacité de régler un différend pendant la procédure d'arbitrage

Compte tenu du caractère confidentiel de la plupart des affaires, il n'existe pas de chiffres exacts et complets sur le règlement négocié de différends entre investisseurs et États. Cependant, selon des estimations portant sur les vingt dernières années, ces règlements ont été infiniment plus nombreux que les 317 cas connus d'arbitrage enregistrés à la fin de 2008. Parmi ces affaires, la procédure a été abandonnée dans 48 cas après qu'une solution négociée a été trouvée, ce qui signifie que le tribunal n'a pas eu à imposer de décision

exécutoire aux parties (CNUCED, 2009). On estime que 30 % des affaires enregistrées par le CIRDI sont réglées par la négociation plutôt que par une sentence arbitrale exécutoire rendue par un tribunal d'arbitrage (Coe, 2005). Environ deux tiers des cas d'arbitrage enregistrés auprès de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale sont réglés par la négociation avant qu'une sentence arbitrale soit rendue (Schwartz, 1995).

Les négociations peuvent même se poursuivre après l'ouverture d'une procédure d'arbitrage. Ainsi, en 2006, dans une affaire portée devant le CIRDI opposant la Western NIS Enterprise Fund à l'Ukraine, la procédure a été abandonnée lorsque les deux parties ont trouvé un accord selon lequel l'Ukraine rembourserait la Western NIS Enterprise Fund de certains prêts qu'elle avait faits. Plusieurs affaires concernant l'Argentine, l'État plurinational de Bolivie, la République bolivarienne du Venezuela et l'Équateur ont été réglées pendant la procédure d'arbitrage, directement entre les parties, sans recours à une procédure parallèle de médiation ou de conciliation. Des travaux de recherche récents suggèrent qu'on assiste peut-être à la naissance d'une norme internationale sur cette question, où l'arbitre cherche à obtenir le consentement éclairé des deux parties au différend et s'assure, en tant qu'acteur impartial, que le droit des parties à une procédure équitable et régulière est garanti (Kaufmann-Kohler, 2009).

Notes

- ¹ Costa Rica, Guatemala et République dominicaine.
- ² La loi est complétée par le Décret suprême n° 125-2008-EF qui en précise les modalités d'application.
- ³ Voir le site Web de la CNUCED: www.unctad.org/iaa.
- ⁴ Voir: <http://www.investkorea.org/InvestKoreaWar/work/ombsman/eng/au/index.jsp?num=3>; consulté le 28 juin 2010.
- ⁵ Ibid.; CNUCED 2002.

V. CONCLUSION

La présente étude a mis en lumière un certain nombre d'inconvénients et de problèmes rencontrés par les Parties engagées dans une procédure d'arbitrage en matière d'investissement, faisant ressortir la nécessité d'explorer et d'élaborer d'autres modes de règlement, voire de prévention, des différends dans ce domaine. Y ont ensuite été présentées et examinées quelques-unes des solutions dont les États et les investisseurs disposent pour régler ces différends. Une distinction a été établie entre les moyens qui peuvent être mis en œuvre pour résoudre des différends en cours (mode de règlement autre que l'arbitrage, tel que la médiation ou la conciliation) et les nouvelles méthodes visant à désamorcer les différends (politiques de prévention des différends). Si tous les acteurs du secteur de l'investissement international doivent être encouragés à considérer ces nouvelles méthodes avec plus d'attention à l'avenir, la nature de leur action dans ce domaine présentera de nombreuses différences. Les paragraphes qui suivent recensent les méthodes et les options qui s'offrent aux uns et aux autres.

Les États parties à des AII qu'un différend oppose ou pourrait opposer à un investisseur disposent de plusieurs solutions pour régler les problèmes sans recourir à une procédure d'arbitrage classique:

- Les États pourraient faire une plus large place aux méthodes de règlement des différends autres que la procédure d'arbitrage classique en veillant à ce qu'elles soient disponibles et à ce que les gouvernements aient les capacités et les pouvoirs de les appliquer correctement. Il faudrait notamment que les fonctionnaires ou les autorités administratives concernés bénéficient d'une délégation

de pouvoir, y compris en matière budgétaire, pour pouvoir faire droit à une réclamation par un règlement à l'amiable, une procédure de conciliation, de médiation ou autre, ainsi que de la protection et des garanties légales nécessaires. Ce type d'approche indiquerait aux investisseurs que la médiation ou la conciliation peuvent valablement remplacer l'arbitrage et ne sont pas de nouveaux obstacles bureaucratiques à un règlement rapide d'un problème rencontré avec les autorités.

- Les États pourraient envisager de faire figurer dans les textes des AII des dispositions qui facilitent le règlement à l'amiable et encouragent le recours à la médiation ou à la conciliation. Cela permettrait en outre aux parties d'afficher leur position sur cette question dès la phase de négociation des AII; ceux-ci pourraient aussi prévoir des délais à respecter avant l'ouverture d'une procédure d'arbitrage afin de permettre à l'investisseur et aux autorités compétentes de l'État d'engager des discussions; ils pourraient également comporter des dispositions visant à encourager une meilleure coopération entre les États parties en matière d'information, d'examen ou de recherche de solutions appropriées aux problèmes résultant de l'application des accords.
- Les pays en développement qui concluent des AII auraient avantage à ce que des politiques actives de prévention des différends soient intégrées dans les engagements pris en vertu de ces instruments ou dans les programmes de coopération résultant des négociations. Avec de telles dispositions, il serait plus facile pour

l'État de prendre des mesures appropriées et l'autre partie contractante pourrait être amenée à apporter un appui plus soutenu à la conception et à l'application de ces politiques, par exemple en échangeant des informations ou en mettant des fonds à disposition.

- Les pays, développés ou en développement, qui concluent des AII pourraient s'attacher à promouvoir la coopération internationale en matière de prévention des différends. Cela vaut surtout pour les pays qui ont intérêt à ce que ces accords contribuent davantage à leur développement. Si la contribution des AII au développement des pays d'accueil a souvent été débattue, il est incontestable que la multiplication des différends en matière d'investissement ne peut que lui nuire. Elle donne en effet une image négative des conditions d'investissement dans un pays et risque de réduire les IED que celui-ci cherche à attirer en conformité avec ses objectifs de développement. On pourrait également faire valoir qu'à long terme, les coûts découlant des procédures de règlement des différends relatifs à l'investissement pourraient l'emporter, dans beaucoup de pays, sur les entrées de capitaux servant au financement de grands projets d'investissement, parfois dans le cadre d'un AII. En effet, les indemnités élevées versées aux investisseurs et les frais de défense liés aux procédures pèsent lourd sur le budget des États. Ces fonds seraient plus utiles pour financer des projets de développement économique et des projets de mise en valeur des ressources humaines dans les pays en développement. Des mesures de prévention appropriées prises par le pays d'accueil, de préférence avec l'appui

de l'autre partie contractante de l'AII, auraient des effets très positifs.

- L'État qui accueille des investissements étrangers pourrait élaborer un programme global de prévention des différends comprenant des mesures destinées à prévenir l'apparition de conflits avec les investisseurs et à empêcher qu'ils ne dégénèrent en différends formels. Ce programme pourrait aussi prévoir la création d'un mécanisme institutionnel chargé de traiter les différends relatifs aux investissements. Comme la présente étude l'a montré, la première mesure de prévention active consiste à informer tous les acteurs étatiques qui sont en contact avec les investisseurs des engagements contenus dans les AII. Tous doivent avoir connaissance des conséquences que leurs décisions et leurs actes ou, au contraire leur inaction, peuvent avoir sur ces engagements. Se donner les moyens d'informer tous les services et les organismes gouvernementaux concernés devrait donc être une priorité. La présente étude a également démontré l'utilité de créer une structure institutionnelle capable de faciliter la circulation de l'information et la mise en place de mécanismes d'alerte rapide, et de désigner un interlocuteur auquel les investisseurs peuvent s'adresser en cas de problème.
- L'État pourrait informer les investisseurs, plus directement et au moment où ils réalisent leur investissement, des nouveaux mécanismes mis en place par le gouvernement. C'est particulièrement important s'agissant des politiques de prévention des différends.

Les investisseurs doivent connaître l'existence de mécanismes tels que les services de médiation, l'organisme chef de file ou les dispositions relatives aux modes de règlement des différends autres que l'arbitrage. C'est seulement ainsi que l'État les encouragera à en faire usage pour que les différends puissent être réglés à l'amiable, à un stade précoce. Les organismes de promotion de l'investissement pourraient par exemple s'acquitter de cette tâche et informer les investisseurs de l'existence de ces différents instruments.

- Les organismes de promotion de l'investissement pourraient se voir confier un rôle plus important dans la prévention des différends relatifs aux investissements. Aujourd'hui, beaucoup sont non seulement chargés d'attirer et d'aider les nouveaux investisseurs étrangers, mais aussi d'assurer des services de suivi de l'investissement de façon que les investisseurs et les dirigeants d'entreprises étrangères soient satisfaits des conditions d'investissement (CNUCED, 2007a). Ces services de suivi pourraient comporter une aide aux investisseurs insatisfaits ou nourrissant d'autres griefs. Ces investisseurs pourraient avoir la possibilité de prendre contact avec les organismes de promotion de l'investissement en cas de problème, afin que ceux-ci puissent réagir rapidement en coopération avec les organismes publics concernés. Il serait possible ainsi de désamorcer les conflits avant qu'ils ne dégénèrent en différends. Les organismes de promotion de l'investissement pourraient aussi conseiller et renseigner les investisseurs qui sont déjà engagés dans un différend sur les modes de règlement autres que l'arbitrage.

Toutefois, les mesures prises par l'État ne suffiront pas. Les **investisseurs** devront également se mobiliser:

- La présente étude a exposé les raisons pour lesquelles les investisseurs auraient avantage à recourir à des modes de règlement des différends autres que l'arbitrage. Les investisseurs engagés dans un différend ou ceux qui s'estiment lésés par une mesure gouvernementale pourraient donc envisager plus sérieusement d'y faire appel. En particulier, les petites et moyennes entreprises qui n'ont pas les moyens de se lancer dans une procédure d'arbitrage international auraient peut-être plus de chance d'obtenir gain de cause en saisissant les institutions mises en place pour prévenir les différends.
- En recourant activement aux institutions de prévention des différends mises en place par le gouvernement du pays d'accueil, les investisseurs assureraient le succès des politiques de prévention des différends qui visent à réduire le nombre d'affaires. Ils ne devraient pas hésiter à faire appel aux organismes de promotion de l'investissement, aux services de médiation, aux organismes chefs de file et autres institutions compétentes dès qu'une mesure gouvernementale leur pose un problème, car tout problème, si mineur soit-il, peut s'aggraver, et son règlement à un stade précoce devrait être privilégié tant par l'investisseur que par le gouvernement.

Les **juristes** spécialisés en droit international de l'investissement, à savoir ceux qui conseillent les investisseurs

ou défendent les États, ainsi que les arbitres, peuvent aussi peser sur le choix de méthodes autres que l'arbitrage pour régler les différends. En tant qu'avocats de l'investisseur ou de l'État chargés de parvenir à un règlement, ils constituent un trait d'union entre les deux parties, et leur intervention dans le processus peut donc être particulièrement importante:

- Les juristes peuvent informer les investisseurs et les États des moyens autres que l'arbitrage permettant de régler un différend en matière d'investissement, surtout lorsque les parties ne connaissent pas toutes les institutions et les règles existant dans ce domaine. Ils peuvent même encourager leurs clients à recourir à l'un ou l'autre de ces moyens dans les cas où cela leur semble particulièrement indiqué. Des plaidoyers plus fréquents en faveur de ces autres moyens, illustrés de quelques affaires qui ont été réglées avec succès par la médiation, la conciliation ou les outils de prévention des différends, pourraient faire évoluer les mentalités des spécialistes du droit international de l'investissement vers plus d'ouverture aux nouvelles méthodes de règlement des différends.
- Les juristes devraient renforcer leur capacité de faire face à un recours croissant à des modes de règlement des différends autres que l'arbitrage, et donc se familiariser avec les particularités de la médiation, de la conciliation, etc. À côté des arbitres actuellement en exercice doit se constituer une nouvelle classe de spécialistes qui soient à la fois compétents en droit international de l'investissement et dotés d'une expérience pratique approfondie des modes de règlement des différends autres que l'arbitrage.

Les institutions d'arbitrage¹ auront aussi un rôle à jouer pour que les méthodes de règlement des différends autres que l'arbitrage soient plus couramment utilisées par les praticiens du droit international de l'investissement:

- S'agissant des méthodes de règlement des différends autres que l'arbitrage, les institutions d'arbitrage pourraient proposer des règles simplifiées ou prévoir plus de souplesse en ce qui concerne les règles relatives à la conciliation, à la médiation et à la constatation des faits afin de rendre ces méthodes plus intéressantes pour ceux qui seraient tentés de les utiliser dans une procédure juridique relative à l'investissement;
- Les institutions d'arbitrage pourraient rendre les procédures de règlement des différends selon des méthodes autres que l'arbitrage plus faciles d'accès en formant de nouveaux experts à ces méthodes ou en encourageant ceux qui pratiquent déjà à s'inscrire sur leurs listes, où pourraient également figurer des personnalités de renom susceptibles de participer à des procédures de médiation;
- Les institutions d'arbitrage pourraient également développer les services qu'elles fournissent aux parties souhaitant engager une procédure selon une méthode autre que l'arbitrage. Ces services pourraient, par exemple, être d'ordre logistique ou administratif, ou encore consister à mettre à disposition un fichier d'experts.

Enfin, **les organisations internationales** pourraient faire beaucoup pour sensibiliser la communauté juridique internationale et surtout les États aux avantages que pourraient présenter les modes de règlement des différends relatifs à l'investissement autres que l'arbitrage. Elles pourraient le faire dans le cadre des activités de renforcement des capacités et en intensifiant l'assistance technique qu'elles fournissent dans ce domaine:

- L'assistance technique pourrait comporter une information sur l'utilisation souhaitable des modes de règlement des différends relatifs aux investissements autres que l'arbitrage;
- Des conseils pour la conception, l'élaboration et l'application de politiques de prévention des différends pourraient aussi faire partie de l'assistance technique. Les États seraient ainsi en mesure de renforcer leurs outils institutionnels pour la prévention des différends relatifs aux investissements.

* * *

La présente étude montre que la communauté du droit international de l'investissement est aujourd'hui à la croisée des chemins pour ce qui est des méthodes de règlement des différends relatifs aux investissements internationaux. Deux voies s'ouvrent devant elle: d'un côté, l'arbitrage international, qui peut s'imposer comme le moyen de recours dominant, les autres restant à la marge; de l'autre, l'émergence d'un environnement et d'un mouvement général favorable à l'examen simultané, dès l'apparition d'un conflit entre un investisseur et un État, des différents modes de règlement

possibles, dont l'arbitrage, mais aussi d'autres méthodes et des mesures de prévention des différends. Il appartient aux différents acteurs du droit de l'investissement de déterminer laquelle des deux voies prévaudra. Toutefois, compte tenu de l'augmentation sensible du nombre d'affaires à laquelle on assiste actuellement, la seconde voie pourrait se révéler plus économique et plus favorable aux objectifs de développement des pays en développement qui accueillent l'investissement étranger et qui, pour ce faire, concluent de nombreux AII.

Note

- ¹ Des institutions de médiation telles que l'International Mediation Institute (IMI) peuvent jouer des rôles similaires.

RÉFÉRENCES

American Arbitration Association (AAA) (2007). *Mediation: An Informal et Effective Approach to Settlement*. Accessible à l'adresse: <http://www.adr.org/si.asp?id=4424>.

Arrow K., Mnookin R., Ross L., Tversky A. et Wilson R. (éd.) (1995). *Barriers to Conflict Resolution*. New York, W. W. Norton.

Bjorklund A. K. (2008). "Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante". UC Davis Legal Studies Research Paper No. 158.

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) (2006a). *Convention et règlements du CIRDI*. Washington.

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) (2006b). *CIRDI Règlement du Mécanisme supplémentaire*. Washington.

Chambre de commerce internationale (CCI) (2001). *Règlement ADR* (Paris). Accessible à l'adresse: http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/reglement_adr_fr.pdf.

Chambre de commerce internationale (CCI) (2004). *Règlement relatif aux Dispute Boards* (Paris). Publication CCI n° 829. Accessible à l'adresse: [http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/db_reglement_2004\(1\).pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/db_reglement_2004(1).pdf).

CNUCED (2002). *World Investment Report 2002: Transnational Corporations & Export Competitiveness*. Publication des Nations Unies. numéro de vente: E.02.II.D.4. New York et Genève.

CNUCED (2003a). *Dispute Settlement: Investor-State*. Publication des Nations Unies. numéro de vente: E.03.II.D.5. New York et Genève.

CNUCED (2003b). *Dispute Settlement: State-State*. Publication des Nations Unies. Numéro de vente: E.03.II.D.6. New York et Genève.

CNUCED (2003c). *World Investment Report 2003: FDI Policies For Development: National and International Perspectives*. Publication des Nations Unies. Numéro de vente: E.03.II.D.8. New York et Genève.

CNUCED (2004). *State Contracts*. Publication des Nations Unies. Numéro de vente: E.05.II.D.5. New York et Genève.

CNUCED (2005a). *World Investment Report 2005: Transnational Corporations and the Internationalization of R&D*. Publication des Nations Unies. Numéro de vente: E.05.II.D.10. New York et Genève.

CNUCED (2005b). "Latest developments in investor-State dispute settlement". *IIA Monitor*, No. 4. Accessible à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/webiteit20052_en.pdf.

CNUCED (2006a). "Latest developments in investor-State dispute settlement". *IIA Monitor No. 4*.

CNUCED (2006b). *World Investment Report 2006: FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*. Publication des Nations Unies. Numéro de vente: E.06.II.D.11. New York et Genève.

CNUCED (2007a). *Aftercare: A Core Function in Investment Promotion*. Investment Advisory Series, Series A, No. 1. Publication des Nations Unies. New York et Genève.

CNUCED (2007b). *Investor–State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*. Publication des Nations Unies. Numéro de vente: E.07.II.D.10. New York et Genève.

CNUCED (2008a). “Latest developments in investor–State dispute settlement”. *IIA Monitor No. 1*.

CNUCED (2008b). *Identification des aspects essentiels des accords d’investissement dans la région de l’APEC*. Publication des Nations Unies. Numéro de vente: F.08.II.D.27. New York et Genève.

CNUCED (2009). “Latest developments in investor–State dispute settlement”. *IIA Monitor No. 1*.

CNUDCI (2004). *Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et Guide pour son incorporation dans le droit interne et son utilisation 2002*. Publication des Nations Unies. numéro de vente: F.05.V.4. New York. Nations Unies.

Coe J. J. Jr. (2005). “Toward a complementary use of conciliation in investor–State disputes: A preliminary sketch”. *Journal of International Law and Policy*. (University of California, Davis), Vol. 12: 7-46.

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) (1980). Règlement de conciliation de la CNUDCI. Accessible à l'adresse: <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-f.pdf>.

Franck S. (2005). "The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions". *Fordham Law Review*. Vol. 73: 1521.

Franck S. (2007). "Integrating investment treaty conflict and dispute settlement design". *Minnesota Law Review*. Vol. 92: 161.

Franck S. (2008a). "Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration". *North Carolina Law Review*. Vol. 86: 1.

Franck S. (2008b). "Challenges facing investment disputes: reconsidering dispute resolution in international investment agreements". Dans Sauvant K. et Chiswick-Patterson M. (éd.). *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*. Oxford University Press: 143–192.

Harvard Business School (2001). *GE's Early Dispute Resolution Initiative*. Harvard Business School Case N9-801-395 (Boston: Harvard Business School).

Kaufmann-Kohler G. (2007). "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture". *Arbitration International*. Vol. 23, No. 3: 357–378.

Kaufmann-Kohler G. (2009). “When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard”. *Arbitration International*. Vol. 25, No. 2: 187–205.

Kolb D. (1983). *The Mediators*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.

Legum B. (2006). “The difficulties of conciliation in investment treaty cases: A comment on Professor Jack C. Coe’s ‘Toward a complementary use of conciliation in investor-State disputes—A preliminary sketch’”. 21:4 *Mealey’s Arbitration Rep.* 72 (2006), reprinted in 2:2 *Mediation Committee Newsletter* 27 (International Bar Association 2006).

Menkel-Meadow C., et al. (2006). *Negotiation: Processes for Problem Solving*. Aspen, Colorado: Aspen Publishers.

Moore C. W. (2003). *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflicts*. San Francisco: Wiley, John & Sons.

Muchlinski P. T. (2007). *Multinational Enterprises & the Law*. New York: Oxford University Press.

Nurick L. et Schnably S. J. (1986). “The first ICSID conciliation: *Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago*.” *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*. 1: 340–353.

O’Connell M. E. (éd.) (2003). *International Dispute Settlement*. Dartmouth: Ashgate.

Onwuamaegbu U. (2005). "The role of ADR in investor-State dispute settlement: The ICSID experience". *News from ICSID*, Vol. 22 (Winter), No. 2: 12-15.

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) (2009). *Règlements d'arbitrage et de médiation de l'OMPI*. (Genève, Suisse). Accessible à l'adresse: http://www.wipo.int/freepublications/fr/arbitration/446/wipo_pub_446.pdf.

Pawlak D. A. et Rivas J. A. (2008). "Managing investment treaty obligations and investor-State disputes: a guide for government officials"; dans: Carbonneau T. E. et Mourra M. H. (éd.). *Latin American Investment Treaty Arbitration. The Controversies and Conflicts*. Kluwer Law International 2008.

Polasek M. (2006). "The Consultation Period Requirement in Investment Treaties as a Matter of Jurisdiction, Admissibility or Procedure". *News from ICSID*. Vol. 23 (Summer), No. 1: 14-17.

Redfern A. et Hunter M. (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London: Sweet & Maxwell.

Reglamento de la Ley No. 28933 que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión. Normas legales. El Peruano. 23 octobre 2008. Lima.

Reif L. C. (1991). "Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes". *Fordham International Law Journal*, Vol. 14: 578-638.

Salacuse J. W. (1999). “From developing countries to emerging markets: A new role for law in the third world”. *The International Lawyer*. 33: 875–890.

Salacuse J. W. (2002). “Mediation in international business”, in Bercovitch J. (éd.). *Studies in International Mediation: Essays in Honor of Jeffrey Z. Rubin*. Londres et New York: Palgrave/Macmillan: 213–228.

Salacuse J. W. (2003). *The Global Negotiator: Making, Managing, and Mending Deals Around the World in the Twenty-First Century*. New York: Palgrave MacMillan.

Salacuse J. W. (2007). “Is there a better way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution”. *Fordham International Law Journal*. Vol. 31, No. 1: 138–185.

Salacuse J. W. et Sullivan N. P. (2005). “Do BITs really work: An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 46, pp. 67-130.

Sauvant K. (2002). “Mediation is the key for future investment”. *FDI Magazine*. 2 avril. Accessible à l’adresse: http://www.fdimagazine.com/news/fullstory.php/aid/108/mediation_is_the_key_for_future_investment.html.

Schwartz E. (1995). “International conciliation and the ICC”. *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*. 10: 98–119.

Smith S. et Martinez J. (2009). “An Analytic Framework for Dispute Systems Design”. *Harvard Negotiation Law Review*. Vol. 14: XX.

Sornarajah M. (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.

Stevens M. et Love B. (2010). “Investor–State Mediation: Observations on the Role of Institutions”. *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*. Vol. 3: 389–417.

Van Harten G. (2005). “Private authority and transnational governance: The contours of the international system of investor state protection”. *Review of International Political Economy*. Vol. 12, No. 4: 600–623.

Veeder V. (1998). “The Lena Goldfields arbitration: The historical roots of three ideas”. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 47: 747–792.

Wälde T. W. (2006). “Efficient management of transnational disputes: mutual gain by mediation or joint loss in litigation”. *Arbitration International*. Vol. 22, No. 2: 205–232.

Whitsitt E. (2008). “*Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*: Honesty is the Best Policy”. *InvestmentTreatyNews*. 1 October: 1–2.

Wiegand S. (1996). “A Just and Lasting Peace: Supplanting Mediation with the Ombuds Model”. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Vol. 12, No. 1: 95–145.

SELECTED UNCTAD PUBLICATIONS ON INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT

(For more information, please visit www.unctad.org/en/pub)

Joint Publications on Investment Issues

UNCTAD and OECD (2010). *Third Report on G20 Investment Measures*. 14 June 2010.
http://www.unctad.org/en/docs/unctad_oecd2010_en.pdf

UNCTAD, OECD and WTO (2010). *Report on G20 Trade and Investment Measures (September 2009 to February 2010)*. 8 March 2010.
http://www.unctad.org/en/docs/wto_oecd_unctad2010d1_en.pdf

UNCTAD, OECD and WTO (2009). *Report on G20 Trade and Investment Measures*. 14 September 2009.
http://www.unctad.org/en/docs/wto_oecd_unctad2009_en.pdf

Investment Policy Monitors

Investment Policy Monitor. A Periodic Report by the UNCTAD Secretariat. No. 2, 20 April 2010.
http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20102_en.pdf

Investment Policy Monitor. A Periodic Report by the UNCTAD Secretariat. No. 1, 4 December 2009.
http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia200911_en.pdf

IIA Monitors and Issues Notes

IIA ISSUES NOTE No. 1 (2010): Latest Developments in Investor–State Dispute Settlement.
http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20103_en.pdf

126 *Différends entre investisseurs et État: prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*

IIA MONITOR No. 3 (2009): Recent developments in international investment agreements (2008–June 2009).

http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf

IIA MONITOR No. 2 (2009): Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights.

http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20097_en.pdf

IIA Monitor No. 1 (2009): Latest Developments in Investor–State Dispute Settlement.

http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20096_en.pdf

IIA Monitor No. 2 (2008): Recent developments in international investment agreements (2007–June 2008).

http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081_en.pdf

IIA Monitor No. 1 (2008): Latest Developments in Investor– State Dispute Settlement.

http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20083_en.pdf

IIA Monitor No. 3 (2007): Recent developments in international investment agreements (2006 – June 2007).

http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20076_en.pdf

IIA Monitor No. 2 (2007): Development implications of international investment agreements.

http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20072_en.pdf

IIA Monitor No. 1 (2007): Intellectual Property Provisions in International Investment Arrangements.

http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20071_en.pdf

IIA MONITOR No. 4 (2006): Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement.

http://www.unctad.org/sections/dite_pcbb/docs/webiteiia200611_en.pdf

IIA MONITOR No. 3 (2006): The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs). http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20069_en.pdf

Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement

IIA MONITOR No. 2 (2006): Developments in international investment agreements in 2005.

http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20067_en.pdf

IIA MONITOR No. 1 (2006): Systemic Issues in International Investment Agreements (IIAs).

http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20062_en.pdf

IIA MONITOR No. 4 (2005): Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement.

http://www.unctad.org/en/docs/webiteiit20052_en.pdf

IIA MONITOR No. 2 (2005): Recent Developments in International Investment Agreements.

http://www.unctad.org/en/docs/webiteiit20051_en.pdf

IIA MONITOR No. 1 (2005): South-South Investment Agreements Proliferating.

http://www.unctad.org/en/docs/webiteiit20061_en.pdf

World Investment Reports

(For more information visit www.unctad.org/wir)

World Investment Report 2009. Transnational Corporations, Agricultural Production and Development. Sales No. E.09.II.D.15. \$80. http://www.unctad.org/en/docs/wir2009_en.pdf.

World Investment Report 2008. Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge. Sales No. E.08.II.D.23. \$80. http://www.unctad.org/en/docs/wir2008_en.pdf.

World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Extractive Industries and Development. Sales No. E.07.II.D.9. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf.

World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development. Sales No. E.06.II.D.11. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf.

128 *Différends entre investisseurs et État: prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*

World Investment Report 2005. Transnational Corporations and the Internationalization of R&D. Sales No. E.05.II.D.10. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2005_en.pdf.

World Investment Report 2004. The Shift Towards Services. Sales No. E.04.II.D.36. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2004_en.pdf.

World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives. Sales No. E.03.II.D.8. \$49. http://www.unctad.org/en/docs/wir2003_en.pdf.

World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness. 352 p. Sales No. E.02.II.D.4. \$49. http://www.unctad.org/en/docs/wir2002_en.pdf.

World Investment Report 2001: Promoting Linkages. 356 p. Sales No. E.01.II.D.12. \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir01content.en.htm>.

Ten Years of World Investment Reports: The Challenges Ahead. Proceedings of an UNCTAD special event on future challenges in the area of FDI. UNCTAD/ITE/Misc.45. <http://www.unctad.org/wir>.

World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development. 368 p. Sales No. E.99.II.D.20. \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir00content.en.htm>.

International Investment Instruments

(For more information visit <http://www.unctad.org/ia>)

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XIV. Sales No. E.05.II.D.8. 326 p. \$60.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XIII. Sales No. E.05.II.D.7. 358 p. \$60.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XII. Sales No. E.04.II.D.10. 364 p. \$60.

Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XI. 345 p. Sales No. E.04.II.D.9. \$60. http://www.unctad.org/en/docs/dite4volxi_en.pdf.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. X. 353 p. Sales No. E.02.II.D.21. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v9.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. IX. 353 p. Sales No. E.02.II.D.16. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v9.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VIII. 335 p. Sales No. E.02.II.D.15. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v8.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VII. 339 p. Sales No. E.02.II.D.14. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v7.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VI. 568 p. Sales No. E.01.II.D.34. \$60. http://www.unctad.org/en/docs/ps1dited2v6_p1.en.pdf (part one).

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. V. 505 p. Sales No. E.00.II.D.14. \$55.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. IV. 319 p. Sales No. E.00.II.D.13. \$55.

International Investment Policies for Development
(For more information visit <http://www.unctad.org/ia>)

The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries. 161 p. Sales no. E.09.II.D.20. \$22.

The Protection of National Security in IIAs. 170 p. Sales no. E.09.II.D.12. \$15.

Identifying Core Elements in Investment Agreements in the APEC Regions. 134 p. Sales no. E.08.II.D.27. \$15.

130 *Différends entre investisseurs et État: prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*

International Investment Rule-Making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward. 124 p. Sales no. E.08.II.D.1. \$15.

Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements. 103 p. Sales no. E.08.II.D.5. \$15.

Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. 110 p. Sales No. E.07.II.D.10. \$30.

Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking. 172 p. Sales No. E.06.II.D.16. \$30.

Investment Provisions in Economic Integration Agreements. 174 p. UNCTAD/ITE/IIT/2005/10.

Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations. 104 p. Sales no.: E.06.II.D.14. \$15.

International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues. 110 p. Sales No. E.06.II.D.03. \$15.

Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review. 106 p. Sales No. E.06.II.D.1 \$15

South-South Cooperation in Investment Arrangements. 108 p. Sales No. E.05.II.D.26 \$15.

International Investment Agreements in Services. 119 p. Sales No. E.05.II.D.15. \$15.

The REIO Exception in MFN Treatment Clauses. 92 p. Sales No. E.05.II.D.1. \$15.

Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement

Issues in International Investment Agreements
(For more information visit <http://www.unctad.org/ia>)

International Investment Agreements: Key Issues, Volumes I, II and III. Sales no.: E.05.II.D.6. \$65.

State Contracts. 84 p. Sales No. E.05.II.D.5. \$15.

Competition. 112 p. E.04.II.D.44. \$ 15.

Key Terms and Concepts in IIAs: a Glossary. 232 p. Sales No. E.04.II.D.31. \$15.

Incentives. 108 p. Sales No. E.04.II.D.6. \$15.

Transparency. 118 p. Sales No. E.04.II.D.7. \$15.

Dispute Settlement: State-State. 101 p. Sales No. E.03.II.D.6. \$15.

Dispute Settlement: Investor-State. 125 p. Sales No. E.03.II.D.5. \$15.

Transfer of Technology. 138 p. Sales No. E.01.II.D.33. \$18.

Illicit Payments. 108 p. Sales No. E.01.II.D.20. \$13.

Home Country Measures. 96 p. Sales No.E.01.II.D.19. \$12.

Host Country Operational Measures. 109 p. Sales No E.01.II.D.18. \$15.

Social Responsibility. 91 p. Sales No. E.01.II.D.4. \$15.

Environment. 105 p. Sales No. E.01.II.D.3. \$15.

Transfer of Funds. 68 p. Sales No. E.00.II.D.27. \$12.

Flexibility for Development. 185 p. Sales No. E.00.II.D.6. \$15.

132 *Différends entre investisseurs et État: prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*

Employment. 69 p. Sales No. E.00.II.D.15. \$12.

Taxation. 111 p. Sales No. E.00.II.D.5. \$12.

Taking of Property. 83 p. Sales No. E.00.II.D.4. \$12.

National Treatment. 94 p. Sales No. E.99.II.D.16. \$12.

Admission and Establishment. 69 p. Sales No. E.99.II.D.10. \$12.

Trends in International Investment Agreements: An Overview. 133 p. Sales No. E.99.II.D.23. \$12.

Lessons from the MAI. 52 p. Sales No. E.99.II.D.26. \$10.

Fair and Equitable Treatment. 85 p. Sales No. E.99.II.D.15. \$12.

Transfer Pricing. 71 p. Sales No. E.99.II.D.8. \$12.

Scope and Definition. 93 p. Sales No. E.99.II.D.9. \$12.

Most-Favoured Nation Treatment. 57 p. Sales No. E.99.II.D.11. \$12.

Investment-Related Trade Measures. 57 p. Sales No. E.99.II.D.12. \$12.

Foreign Direct Investment and Development. 74 p. Sales No. E.98.II.D.15. \$12.

Les publications des Nations Unies peuvent être obtenues auprès de librairies et de distributeurs partout dans le monde. Adressez-vous à votre librairie habituelle ou écrivez à:

Pour l'Afrique, l'Asie et l'Europe:

Section des ventes
Office des Nations Unies à Genève
Palais des Nations
CH-1211 Genève 10 (Suisse)
Téléphone: (41-22) 917-1234
Télécopie: (41-22) 917-0123
Courriel: unpubli@unog.ch

Pour l'Asie et le Pacifique, les Caraïbes, l'Amérique latine et l'Amérique du Nord:

Section des ventes
Bureau DC2-0853
Secrétariat de l'ONU
New York, NY 10017
États-Unis d'Amérique
Téléphone: (1-212) 963-8302 ou (800) 253-9646
Télécopie: (1-212) 963-3489
Courriel: publications@un.org

Toutes les prix sont en dollars des États-Unis.

134 *Différends entre investisseurs et État: prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*

Pour plus d'informations sur les activités de la Division de l'investissement et des entreprises de la CNUCED, écrire à:

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
Division de l'investissement et des entreprises
Palais des Nations, bureau E.10054
CH-1211 Genève 10 (Suisse)
Téléphone: (41-22) 917-5651
Télécopie: (41-22) 917-0498
Courriel: www.unctad.org

QUESTIONNAIRE

Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration

Sales No. E.10.II.D.11.

In order to improve the quality and relevance of the work of the UNCTAD Division on Investment, Technology and Enterprise Development, it would be useful to receive the views of readers on this publication. It would therefore be greatly appreciated if you could complete the following questionnaire and return it to:

Readership Survey
UNCTAD Division on Investment and Enterprise
United Nations Office at Geneva
Palais des Nations, Room E-9123
CH-1211 Geneva 10, Switzerland
Fax: 41-22-917-0194

1. Name and address of respondent (optional):

2. Which of the following best describes your area of work?

- | | | | |
|-----------------------------|--------------------------|----------------------------------|--------------------------|
| Government | <input type="checkbox"/> | Public enterprise | <input type="checkbox"/> |
| Private enterprise | <input type="checkbox"/> | Academic or research institution | <input type="checkbox"/> |
| International organization | <input type="checkbox"/> | Media | <input type="checkbox"/> |
| Not-for-profit organization | <input type="checkbox"/> | Other (specify) _____ | |

3. In which country do you work? _____

136 *Différends entre investisseurs et État: prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*

4. What is your assessment of the contents of this publication?

Excellent	<input type="checkbox"/>	Adequate	<input type="checkbox"/>
Good	<input type="checkbox"/>	Poor	<input type="checkbox"/>

5. How useful is this publication to your work?

Very useful	<input type="checkbox"/>	Somewhat useful	<input type="checkbox"/>
Irrelevant	<input type="checkbox"/>		

6. Please indicate the three things you liked best about this publication:

7. Please indicate the three things you liked least about this publication:

8. If you have read other publications of the UNCTAD Division on Investment, Enterprise Development and Technology, what is your overall assessment of them?

Consistently good	<input type="checkbox"/>	Usually good, but with some exceptions	<input type="checkbox"/>
Generally mediocre	<input type="checkbox"/>	Poor	<input type="checkbox"/>

9. On average, how useful are those publications to you in your work?

Very useful Somewhat useful
Irrelevant

10. Are you a regular recipient of *Transnational Corporations* (formerly *The CTC Reporter*), UNCTAD-DITE's tri-annual refereed journal?

Yes No

If not, please check here if you would like to receive a sample copy sent to the name and address you have given above: