

LE REGLEMENT DES DIFFERENDS EN MATIERE
D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL DANS LE
CADRE DE LA ZONE DE LIBRE ECHANGE DES
AMERIQUES - ZLEA
(Un regard sur le troisième avant-projet)

HECTOR MAURICIO MEDINA CASAS*

RÉSUMÉ

En ce qui concerne les investissements internationaux, les flux des échanges entre les pays formant la future Z.L.E.A. constituent 44,9% des investissements internationaux du monde, ce qui exige des règles juridiques claires sur la matière ainsi qu'un système de règlement des différends répondant à la nouvelle réalité économique. En effet, la Zone de Libre Echange des Amériques coexistera avec les règles de l'O.M.C. et avec d'autres accords d'intégration économique infra-régionaux, bilatéraux ou multilatéraux, possédant ses propres systèmes de règlement des différends. C'est pourquoi, il faudra se demander comment le système de règlement des différends de la Z.L.E.A. va fonctionner et s'articuler avec celles-ci, et analyser, si les États et les

Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2004

* Avocat, Pontificia Universidad Javeriana, Colombie. D.E.A. en droit international économique, université de Paris 1 (Pantheon - Sorbonne). Professeur de droit international privé, Universidad del Rosario, Colombie.

investisseurs pourraient manœuvrier parmi les divers forums existants avec le but de choisir celui qui est le plus favorable pour eux (*forum shopping*).

Mots clés: ZLEA, OMC, ALENA, CIRDI, Forum Shopping, Investissements Internationaux, Règlement des Différends.

RESUMEN

En materia de inversiones internacionales, los flujos de capital entre los países que formaran el A.L.C.A. constituirán el 44,9% de las inversiones mundiales, situación que exige el establecimiento de reglas jurídicas claras sobre la materia y un sistema de solución de controversias adaptado a la nueva realidad económica. El A.L.C.A. coexistirá con la Organización Mundial de Comercio (O.M.C.) y con otros acuerdos de integración económica de carácter regional, bilaterales o multilaterales, que tienen sus propios procedimientos de solución de controversias. Así las cosas, es necesario preguntarse cómo el sistema de solución de diferencias del A.L.C.A. se articulará con estos otros, y analizar si los Estados y los inversionistas podrán maniobrar entre los diversos foros existentes, con el objeto de elegir aquel que les sea mas favorable (*forum shopping*).

Palabras clave: ALCA, OMC, NAFTA, CIADI, Forum Shopping, Inversiones Internacionales, Solución de Controversias.

SOMMAIRE

Introduction

1. Le forum pour régler les différends: application du principe de libre choix

- 1.1. La ZLEA, L'OMC et les accords infra-régionaux américains: quelle enceinte choisir pour régler les différends?
 - A. Règles de choix du forum
 - B. Les effets du choix du forum
- 1.2. La ZLEA: plusieurs alternatives pour l'investisseur
 - A. Le choix entre les tribunaux nationaux et l'arbitrage international
 - B. L'arbitrage international pour le règlement des différends
2. Un système de règlement des différends à double visage
 - 2.1. La procédure générale: un règlement inter-étatique
 - A. Le champ d'application et les diverses phases de la procédure
 - B. Une procédure de nature politique et juridictionnelle
 - 2.2. La procédure spéciale: un règlement à caractère mixte
 - A. Les conditions d'utilisation de la procédure
 - B. Le droit applicable

INTRODUCTION

Actuellement, on assiste à la négociation de la plus grande zone de libre échange¹ au monde. Il s'agit de la *Zone de Libre Echange des Amériques (ZLEA)* qui regroupera les économies de 34 pays de l'hémisphère américain². Du Canada jusqu'à la Terre de Feu, la future zone de libre échange comptera une population de plus de

1 En vertu d'une zone de libre échange les pays membres suppriment les droits de douane et les restrictions quantitatives à leurs échanges commerciaux, mais chaque pays reste libre de sa politique douanière à l'égard de pays tiers. V. CARREAU, DOMINIQUE et JULLIARD, PATRICK, *Droit International Economique*, Paris, LGDJ, 4e éd., 1998. pp. 26 et BREMOND, JANINE et GELEDAN, ALAIN. *Dictionnaire économique et social*, Paris, Hatier, 1982, p. 240.

2 Cuba c'est le seul pays d'Amérique exclu du projet. Le projet vise l'intégration des gouvernements démocratiques.

800 millions de personnes et un produit intérieur brut (PIB) estimé en 13 milliards de dollars³.

Concernant les investissements internationaux, les flux des échanges entre les pays formant la future ZLEA constituent 44,9% des investissements internationaux du monde⁴, ce qui exige des règles juridiques claires sur la matière ainsi qu'un système de règlement des différends répondant à la nouvelle réalité économique.

Les négociations relatives à la ZLEA ont commencé à Miami en décembre 1994 lors du sommet des Amériques. À cette occasion, les chefs d'Etat et de gouvernement des pays du continent américain ont convenu de mettre en place une zone de libre échange, en fixant comme échéance pour conclure les négociations le mois de janvier 2005. L'entrée en vigueur de l'accord est prévue en décembre de la même année.

Huit réunions ministérielles ont déjà eu lieu ainsi que deux sommets des Amériques, l'un au Chili en avril 1998 (où les négociations ont été ouvertes officiellement) et l'autre au Canada en avril 2001⁵. A ce jour, les négociations ont abouti à l'élaboration d'un troisième avant-projet d'accord sur l'organisation institutionnelle et le droit de matériel de la ZLEA (ci-après le projet) qui a été publié en novembre 2003⁶; ce projet comprend encore de plusieurs crochets exprimant les différents points de vue des Etats sur les dispositions.

3 Source: La Banque mondiale, 2001, voir le site Internet du Ministère de Commerce de l'industrie et de tourisme de la Colombie.

www.mincomercio.gov.co/vbecontent/documentos/negociaciones/alca/cifras/2004/pibalca.pdf.

4 Source: World investment report, 1999. Voir:

www.mincomercio.gov.co/vbecontent/documentos/negociaciones/alca/cifras/inversion.pdf.

5 Sur le processus historique de la ZLEA voir le site Internet officiel: www.ftaa-alca.org/alca_f.asp

6 Le texte complet du troisième avant projet se trouve en: www.ftaa-alca.org/alca_f.asp.

La Zone de Libre Echange des Amériques sera un accord d'intégration économique conforme aux règles de l'Organisation Mondiale du Commerce⁷. Cet accord coexistera avec les règles de L'OMC et avec d'autres accords d'intégration économique infra-régionaux, bilatéraux ou multilatéraux⁸. Par ailleurs, elle comprendra un champ d'application très étendu dans la mesure où elle vise à couvrir l'agriculture, les marchés publics, l'accès aux marchés, les subventions, les droits antidumping et compensateurs, les services, la propriété intellectuelle, la politique de concurrence et l'investissement international.

En ce qui concerne l'investissement international, le projet comporte des règles qui cherchent à protéger et à promouvoir les investissements entre les pays membres de la zone. Le chapitre des investissements vise à inclure le traitement national, la clause de la nation la plus favorisée, le traitement juste et équitable, le libre transfert des capitaux, ainsi que des garanties d'indemnisation en cas d'expropriation, des normes sur le travail du personnel-clé des entreprises et une procédure de règlement des différends en la matière.

S'agissant du règlement des différends relatifs aux investissements internationaux, la ZLEA prévoit une procédure générale réservée aux différends entre les Etats membres⁹ (règlement interétatique) et une procédure spéciale par laquelle un investisseur pourra attirer l'Etat d'accueil de l'investissement devant une juridiction nationale ou internationale (règlement mixte).

Or, compte tenu de l'existence des procédures spéciales de règlement des différends au sein de L'OMC et d'autres accords d'intégration économique existant dans le continent américain (accords infra-régionaux), on peut se demander comment le système de règlement des différends de la ZLEA va fonctionner et s'articuler avec celles-ci.

7 Article XXIV de l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce.

8 Pour nommer quelques: L'ALENA, Le Mercosur, La Communauté andine et le Caricom.

9 La procédure générale établie par le projet ne se bornera pas aux règlement des différends en matière des investissements internationaux. Elle comprendra tous les domaines d'action de la ZLEA qui ont été nommés.

En effet, il est important d'analyser si les États et les investisseurs pourraient manœuvrier parmi les divers forums existants avec le but de choisir celui qui est le plus favorable pour eux. Nous verrons, alors, si le projet ZLEA permet cette pratique, dénommée *forum shopping*¹⁰, ou s'il a des dispositions visant à l'éviter.

Avec cette perspective l'on abordera l'étude du système de règlement de différends du projet ZLEA en faisant une comparaison, dans la mesure du possible, avec d'instruments internationaux sur la matière. Notamment, nous ferons appel du système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce, de l'Accord de Libre Échange Nord-Américain et de la Charte de l'Énergie.

Il conviendra d'examiner successivement l'application que fait la Zone de Libre Échange des Amériques du principe de libre choix du mode de régler les différends (I) et la portée de ce système de règlement des différends (II).

1. LE FORUM POUR RÉGLER LES DIFFÉRENDS: APPLICATION DU PRINCIPE DE LIBRE CHOIX

Le libre choix du mode de règlement des différends est un principe de droit international fortement établi¹¹. Il est posé par l'article 33 alinéa 1 de la Charte de l'Organisation des Nations Unies selon lequel:

Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales, doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de

10 On peut comprendre pour *forum shopping* la "stratagème pour échapper à l'application d'un loi et consistant, pour les plaideurs, à porter leur litige devant une juridiction étrangère, qui ne sera pas obligée d'appliquer cette loi". *Lexique de termes juridiques*, Paris, DALLOZ, 13 éd. 2002. Sur ce point voir MAYER PIERRE. *Droit International Privé*, Paris, Montchrestien, 6 ed. 2000, pp. 20, 21, 171, 172, 173, 174.

11 COMBACAU, JEAN et SUR, SERGE, *Droit International Public*, Paris, Montchrestien, 1995, pp. 571-572.

conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens politiques de leur choix"¹².

Ce principe n'est pas inconnu en droit international économique. En effet, il est prévu dans le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement de différends de L'OMC¹³. De plus, en matière d'investissements internationaux certains instruments l'ont étendu au profit des investisseurs, particulièrement dans le choix du forum pour régler le différend¹⁴.

C'est ainsi que le projet de Zone de Libre Echange des Amériques prévoit pour les Etats la possibilité de rechercher une solution amiable grâce aux bons offices, à la conciliation et à la médiation. Ces modes alternatifs pourront être utilisés à tout moment¹⁵. Également, le projet donne le choix aux États d'utiliser une procédure générale qui comprend des consultations et ensuite un passage devant un groupe spécial neutre qui tranchera le différend. En outre, les États pourront choisir, dans certains cas, entre la procédure de règlement des différends de la ZLEA et des procédures externes à l'accord d'intégration.

Quant aux différends entre les États et les investisseurs, le projet prévoit une première étape obligatoire de négociation. S'ils n'arrivent pas à trouver une solution, alors il y aura une deuxième étape dans laquelle les investisseurs pourront saisir directement l'État d'accueil de l'investissement parmi plusieurs forums préalablement déterminés¹⁶, ce qui inscrit le projet ZLEA dans une tendance moderne du droit international des investissements.

Ainsi, il semble que les États se réserveront un choix de modes de règlement plus étendu vis-à-vis des investisseurs.

12 Ce principe peut être limité dans la mesure où les parties se sont engagées à l'avance par la voie conventionnelle à se soumettre à une procédure déterminée de règlement.

13 Articles 5 et 25 du mémorandum. V., *op. cit.* CARREAU, DOMINIQUE et JULLIARD, PATRICK, pp. 74-76.

14 Par exemple la Charte de l'Energie, article 26 et l'ALENA, article 1120. V. aussi. Les principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger de la Banque Mondiale et le commentaire du professeur JULLIARD. *AFDI*, 1992, pp. 779-807.

15 Article 44, chapitre sur le règlement des différends. Projet ZLEA.

16 Article 27, chapitre sur l'investissement. Projet ZLEA.

Cela étant, on se bornera à analyser, d'une part, l'articulation des mécanismes de règlement des différends en matière d'investissement international entre la ZLEA, L'OMC et les accords infra-régionaux américains et, d'autre part, à analyser les alternatives données aux investisseurs.

1.1. LA ZLEA, L'OMC ET LES ACCORDS INFRA-RÉGIONAUX AMÉRICAINS: QUELLE ENCEINTE CHOISIR POUR RÉGLER LES DIFFÉRENDS?

Pour lever le doute généré par la coexistence des accords d'intégration économique et l'Organisation Mondiale du Commerce, il convient d'aborder les règles qui sont établies pour le projet ZLEA permettant de déterminer le forum, puis d'en voir ses effets.

A. RÈGLES DE CHOIX DU FORUM

Le projet d'accord de la ZLEA prévoit des dispositions qui permettent de choisir le forum où sera tranché le différend. En premier lieu, nous examinerons le choix entre le forum de L'OMC et celui de la ZLEA et en deuxième lieu, le choix entre la ZLEA et les forums infra-régionaux.

- a. *À propos de la procédure de règlement des différends dans le cadre de L'OMC et de la ZLEA*, le projet permet aux États de choisir entre l'un et l'autre forum au gré de la partie plaignante¹⁷.

Cette possibilité existait déjà dans le cadre de l'accord de libre échange des États Unis et du Canada (ALE) et de l'accord de libre échange nord-américain (ALENA)¹⁸; ce qui montre par ailleurs, l'influence de ces instruments sur la ZLEA

17 Article 8, chapitre sur le règlement des différends. Projet ZLEA.

18 Sur ce point: Turp Daniel. "L'accord de libre échange nord-américain et sa procédure générale de règlement des différends", *AFDI*, 1992, pp. 808-822.

Compte tenu de la latitude laissée aux États, concernant les litiges en matière d'investissement international, il convient de se demander quel sera le forum le plus approprié pour les États entre L'OMC et la ZLEA¹⁹.

Le droit de L'OMC n'aborde pas *in extenso* les investissements internationaux. Il existe, principalement, un accord relatif aux "*mesures concernant les investissements et liées au commerce*" (MIC)²⁰. Cet accord interdit aux États membres d'appliquer toute mesure, liée aux investissements, qui affecte le commerce international de marchandises en violation du traitement national et de l'élimination des restrictions quantitatives. Une telle mesure²¹ peut porter une atteinte au commerce ainsi qu'à l'investissement international.

Au contraire, le projet ZLEA vise à couvrir toutes les étapes de l'investissement international, c'est-à-dire la constitution, le traitement, la protection et la liquidation.

Il en résulte que le droit des investissements internationaux de la ZLEA serait plus développé que celui de OMC, ce qui pourrait inciter les États à choisir le forum de la ZLEA. Toutefois, il faudrait tenir compte du fait que le droit de OMC est en négociation continue, ce qui pourrait, dans l'avenir, changer cette orientation²².

19 Les professeurs CARREAU et JUILLARD ont mis en lumière cette problématique concernant le droit OMC et le droit du projet AMI en investissement et de l'OMPI en matière de propriété intellectuelle, *op. cit.* p. 78.

20 Au-delà du MIC certains accords de L'OMC intéressent les investissements internationaux, ainsi l'accord général sur le commerce des services, l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires et l'accord sur les marchés publics. V. Koulen Mark. "Dispositions de L'OMC concernant l'investissement", in *Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre ?*, SFDI. Paris, Pedone, 1999, pp. 101-110.

21 Il s'agit pour l'essentiel, des prescriptions relatives à la teneur en produits nationaux, des prescriptions relatives à l'équilibrage des échanges et des mesures ayant pour effet de restreindre les exportations, *op. cit.* KOULEN, MARK. p. 104.

22 En effet, conformément à la conférence ministérielle de l'Organisation Mondiale du Commerce tenue à Doha en novembre 2001, le groupe de travail des liens entre commerce et investissement devra travailler sur certains sujets qui ne font pas partie actuellement des accords de l'OMC.

b. *Quant aux procédures de règlement des différends établies au sein des accords infra-régionaux du continent américain*, la faculté pour les États parties à un accord infra-régional de saisir le forum dans le cadre d'un tel accord et de recourir à ses procédures de règlement est encore entre crochets. Si les négociateurs retiennent effectivement cette possibilité, alors les différends entre membres d'un accord infra-régional sur des questions relevant exclusivement du champ d'application de l'accord de la ZLEA seraient réglés en vertu de ce système. Au contraire, si la question est régie à la fois par un accord infra-régional et par l'accord ZLEA, la partie plaignante pourra choisir entre ces deux forums²³. Autrement dit, le fait que le différend relève ou non d'une matière traitée exclusivement dans l'Accord ZLEA et de son champ d'application déterminerait ou non le choix du forum par la partie plaignante.

Cependant, la possibilité de saisir L'OMC demeurera toujours ouverte aux Etats membres de la ZLEA

B. LES EFFETS DU CHOIX DU FORUM

D'après l'article 8 du projet ZLEA une fois qu'une procédure a été engagée, soit l'OMC, soit la ZLEA, soit un accord infra-régionaux, elle est définitive. En d'autres termes, le forum choisi exclut les autres automatiquement.

Cette règle est souvent utilisée dans les accords d'intégration économique. Au-delà de l'ALE et de l'ALENA²⁴, cette dernière source d'inspiration directe de la ZLEA, des accords américains l'ont envisagé, par exemple le marché commun du sud (MERCOSUR) et

23 Il serait intéressant d'analyser les accords infra-régionaux qui prévoient l'exclusivité de leur système de règlement des différends comme dans le cadre de la Communauté Andine. Quelle sera l'articulation de ce systèmes avec celui de la ZLEA?

24 Article 2005 paragraphe 6 de l'ALENA. V. aussi l'article 1801 de l'ALE.

le traité de libre échange du Mexique, la Colombie et le Venezuela (G3)²⁵.

L'incorporation de cette règle vise à donner de sécurité juridique au système. Elle cherche à éviter l'existence des procédures proches sur le même litige; d'une part, la saisine concomitante de deux forums, et d'autre part, l'utilisation d'un forum comme organe d'appel de l'autre²⁶, particulièrement celui de L'OMC, ce qui entraînerait la possibilité d'aboutir à deux décisions contradictoires.

Par ailleurs, heureusement les négociateurs ont supprimé deux dispositions du projet qui pourraient affecter l'efficacité du système, en particulier l'exclusivité du forum choisi.

La première de ces dispositions envisageait que le choix d'un forum n'exclurait pas celui d'un autre si, pour une même question, une partie faisait reposer sa plainte non pas sur la base de l'Accord de la ZLEA, mais en se fondant sur le droit de L'OMC ou un accord infra-régional. La deuxième disposition, quant à elle, prévoyait que la procédure de règlement des différends en vertu de l'accord de la ZLEA serait réputée ne pas avoir été engagée lorsque la partie plaignante aurait engagé postérieurement à celle-ci, une procédure de règlement des différends fondée sur l'accord de L'OMC ou d'un accord infra-régional²⁷.

25 Article 1 alinea 2 du Protocole d'Olivos. Sur le règlement des différends dans le MERCOSUR V. BAPTISTA, LUIZ OLAVO. *Le Mercosul, ses institutions et son ordonnancement juridique*, Paris, Cedin Paris I - Perspectives internationales, 2001, p. 155-182. Sur le règlement des différends dans le cadre du traité de libre échange entre le Mexique, la Colombie et le Venezuela voir: MARCANO, LUIS HERRERA. "La solución de controversias en el tratado de libre comercio entre Colombia, México y Venezuela (Grupo de los 3)" in *Estudio de los métodos de solución de controversias el los esquemas regionales y subregionales de integración o libre comercio en el hemisferio*. Compilation du Comité Juridique Interaméricain, 1995.

26 *Op. cit.* TURP, DANIEL, Voir aussi: Bureau Geneviève. "La diversification des procédures de règlement des différends", in *Actualités des conflits internationaux*, Paris, Pedone, 1993, p. 169.

27 Dans la première version de cet article, ces dispositions nous amenaient à faire quelques commentaires. D'abord, il était de notre avis que la possibilité laissée à une partie de choisir un autre forum en invoquant un fondement juridique différent pourrait mettre en cause la sécurité juridique du système. Ceci, dans la mesure où

Quant à l'alternative qu'auraient les États parties de la ZLEA de choisir entre la procédure de règlement des différends qu'elle prévoit et celle de L'OMC, nous considérons que cette possibilité pourrait entraîner un développement jurisprudentiel isolé et divergent entre les divers organes de décision de chaque forum²⁸.

En effet, il n'existe pas une manière de faire un contrôle sur les décisions de chaque forum. Ainsi, chacun restera libre d'appliquer ses normes ayant été inspirées dans des situations différents.

Cette situation pourrait empêcher la formation d'une jurisprudence de la ZLEA, ce qui pourrait aussi ralentir l'évolution de l'accord d'intégration et par ricochet celle du droit international économique.

Par ailleurs, la divergence de jurisprudence entre les divers forums serait susceptible de créer de l'insécurité juridique et pourrait nuire à l'efficacité tant du système de règlement de différends de la ZLEA qu'à celui de l'OMC.

1.2. LA ZLEA: PLUSIEURS ALTERNATIVES POUR L'INVESTISSEUR

Conformément au projet ZLEA les investisseurs pourraient soumettre leurs différends avec les États d'accueil soit aux tribunaux nationaux soit à l'arbitrage international et, dans ce dernier cas, ils pourront choisir entre divers forums²⁹.

une affaire déjà tranchée pourrait être l'objet d'une nouvelle étude dans un autre forum. Quant à la deuxième disposition, elle nous paraissait contradictoire vis-à-vis de l'exclusivité du forum choisi. En effet, si le choix du forum était définitif et s'il excluait les autres procédures, on ne trouvait pas la raison par laquelle la procédure de la ZLEA pourrait être abandonnée.

28 *Op. cit.* BURDEAU, GENEVIÈVE, L'auteur posait cette problématique à propos des procédures de l'ALE et du GATT.

29 Il faut dire qu'il n'y a pas encore de consensus entre les négociateurs sur le rôle des investisseurs dans le choix du forum. Or, ce qu'on montre ici s'avère comme la position la plus plausible d'après les négociations et les instruments qui servent de base à la ZLEA.

A. LE CHOIX ENTRE LES TRIBUNAUX NATIONAUX
ET L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

D'après l'article 29 du chapitre sur l'investissement, lorsqu'un différend entre un investisseur et un État ne peut pas être réglé à travers des consultations, le différend pourra être soumis aux tribunaux nationaux ou à l'arbitrage international.

Sur ce point, le projet ZLEA suit des instruments tels que la Charte de l'Energie et les principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger de la Banque Mondiale, qui prévoient la possibilité de choisir tantôt les tribunaux nationaux tantôt l'arbitrage international³⁰. C'est ainsi que le libre choix s'avère être un élément fondamental du système de règlement des différends de la ZLEA

De plus, conformément au même article, les États s'abstiendront de faire valoir les droits de ses investisseurs devant les États d'accueil de l'investissement. De telle sorte, ce mécanisme, dénommé protection diplomatique³¹, ne sera pas utilisé dans le cadre de la ZLEA. Donc, les investisseurs auront la maîtrise du différend³², car sa plainte ne dépendra pas de la volonté de son État d'origine.

En ce qui concerne la saisine des tribunaux nationaux, il faut préciser qu'elle entraîne une certaine réticence aux yeux des investisseurs.

Parce que les investisseurs ne font pas toujours confiance aux tribunaux nationaux. Il semblerait exister chez les investisseurs le sentiment que l'Etat pourrait influencer ses juges quant à la décision à prendre. En effet, l'État est à la fois juge et partie, source de droit et détenteur de la contrainte juridique³³. On peut songer, par

30 Article 26 charte de l'énergie. V. aussi, *op. cit* "Les principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger de la Banque Mondiale" JULLIARD.

31 Sur la protection diplomatique voir CARREAU, DOMINIQUE. *Droit international*, Paris, Pedone, 2001, pp. 460, 462 et 463. Concernant les aléas de la protection diplomatique voir AMADIO, MARIO. *Le Contentieux International de l'Investissement Privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965*, LGDJ, Paris, 1967, pp. 23-24.

32 LEMAIRE, AXELLE, "Le nouveau visage de l'arbitrage entre Etat et investisseur étranger: Le chapitre 11 de l'ALENA", *Revue de l'arbitrage*, 2001, 1, p. 52.

33 *Op. cit.* AMADIO, MARIO, p. 21.

conséquent, que le principe d'égalité de traitement devant un tribunal impartial ne soit pas toujours assuré. Cette situation nous fait croire que les investisseurs pourraient se pencher sur l'arbitrage international.

De plus, les juridictions nationales ne rendent pas toujours de façon rapide leur décision. Au contraire, normalement dans l'arbitrage international les délais sont sérieusement respectés, situation que bénéficie aux parties. D'ailleurs, dans le contexte actuel de mondialisation un processus long et une décision tardive peuvent être dommageables pour les États et pour les investisseurs.

Enfin, parce que normalement les juges des tribunaux nationaux ne sont des experts ni en droit international ni en droit international des investissements, ce qui fait qu'ils ne soient pas les juges les plus aptes à ce type des différends.

Néanmoins, il est nécessaire de remarquer deux éléments qui, dans le cadre de la ZLEA, pourraient jouer à faveur de la juridiction nationale. D'un part, la saisine des tribunaux nationaux est plus économique que la saisine de l'arbitrage international, ce qui pourrait être décisif pour les investisseurs des pays en développement et, d'autre part, quelques systèmes juridiques des pays américains admettent contester les décisions des juges de première instance, situation qui n'est pas possible dans l'arbitrage international.

Quoi qu'il en soit, il s'avère que l'arbitrage international est l'instrument le plus utilisé et qu'il comble les défauts attribués aux tribunaux nationaux.

B. L' ARBITRAGE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Suivant la tendance la plus actuelle du droit international des investissements le projet ZLEA établit au profit des investisseurs la saisine de l'arbitrage international pour régler les différences. Cette alternative marque une avance importante du droit international des investissements dans la mesure où les pays de l'Amérique Latine se sont

montré souvent méfiants à l'égard des procédures internationales. En effet, ces pays les ont considéré contraires à sa souveraineté³⁴.

C'est ainsi que, fortement inspiré sur le droit de l'A.L.E.N.A., dans le cadre de la ZLEA sera possible de choisir entre les forums du Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)³⁵ et de la Commission de Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)³⁶ pour régler leurs différends avec les États.

Le CIRDI ne pourra être saisi que si plusieurs conditions sont remplies. Ainsi, la procédure de la Convention CIRDI sera utilisée à condition que l'État contestant et l'État de l'investisseur y adhèrent. Ensuite, le règlement du mécanisme supplémentaire³⁷ du CIRDI pourrait être utilisé si seulement un État adhère à la Convention, soit l'État contestant soit l'État de l'investisseur.

Il ne va pas de même dans le cadre de l'arbitrage du CNUDCI. En effet, cet arbitrage n'est assujéti à aucune condition. Sa fonction principale dans le cadre de la ZLEA c'est celle d'être le forum utilisé par les États membres qui n'ont pas adhéré à la Convention de Washington. Sous la même idée cette alternative a été introduite au

34 Sur ce point voir RAMBAUD, PATRICK, "Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI", *AFDI*, 1982, p. 475.

35 Le Centre International du Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) a été créé sous les auspices de la Banque Mondiale en application de la Convention faite à Washington le 18 mars 1965. Sur le CIRDI voir notamment AMADIO, MARIO, M., *op. cit.* et Delaume Georges. "Le Centre International pour le règlement des différends relatifs aux Investissements", *Clunet*, 1982, p. 775.

36 La Commission de Nations Unies pour le Droit Commercial International - CNUDCI est le principal organe juridique du système de Nations Unies dans le domaine du droit commercial international. La commission a été créée par l'Assemblée Générale à travers la résolution 2205 du 17 décembre 1966. Pour obtenir d'information détaillée de la CNUDCI voir www.uncitral.org/french.htm

37 Ce mécanisme a été adopté par le Conseil Administratif du CIRDI le 27 septembre 1978. Sur ce point voir Rambaud Patrick. "Note sur l'extension du 'Système CIRDI'", *AFDI*, 1983.

sein de l'ALENA³⁸ puisque ni le Mexique ni le Canada n'étaient parties de cette Convention.

En somme, dans le cadre de la ZLEA, les différends soulevant l'investisseur d'un État avec l'État d'accueil de l'investissement lorsque ces deux États n'ont pas adhéré à la Convention de Washington devront être tranchés par le biais de l'arbitrage CNUDCI; par exemple, les litiges entre un investisseur du Brésil avec le Canada ou le Mexique devront être résolus par cette voie, car aucun de ces deux pays n'ont adhéré à la Convention³⁹.

Cependant, il faut souligner que l'arbitrage de la CNUDCI pourra être utilisé pour trancher un différend, même si tous les États ont ratifié ladite Convention.

Cela étant, théoriquement il existe un libre choix du forum étendu à faveur de l'investisseur surtout compte tenu de l'absence de hiérarchie entre les trois alternatives, mais dans la pratique, la vérification des conditions citées restreint cette liberté. Donc, avant de démarrer une telle procédure l'investisseur devra analyser la situation de son État d'origine et de l'État d'accueil de son investissement.

Quel que soit le forum choisi, les règles de procédure applicables à l'arbitrage international méritent aussi notre attention. En effet, d'après l'article 29 du chapitre sur l'investissement du projet ZLEA, l'arbitrage est régi par les prescriptions propres de chaque forum sauf si elles sont modifiées par ce chapitre, ainsi par exemple, le projet considère des dispositions spéciales sur l'élection des arbitres qui prévaudraient sur la procédure de chaque forum. Donc, le choix du forum ne comporterait pas l'application totale de sa procédure car il faudra l'articuler avec les dispositions de la ZLEA.

38 Conformément à l'article 1120 - 1 de l'ALENA les investisseurs ont le choix entre la procédure CIRDI, ou son mécanisme supplémentaire ou l'arbitrage de la CNUDCI.

39 Des 34 pays formant la ZLEA la Belize, le Guatemala, l'Haïti, la République Dominicaine et Saint-Vincent et Grenadines ont déjà signé la Convention de Washington mais n'ont pas déposé les instruments de ratification. Le Brésil, le Canada, le Mexique, la Dominique, la Suriname et l'Antigua-et-Barbuda n'ont pas signé la Convention. Tous les autres pays de l'Amérique font partie de la Convention de Washington.

Etant donné l'application du principe de libre choix dans le cadre du règlement des différends de la ZLEA il convient d'examiner les aspects propres du système.

2. UN SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS À DOUBLE VISAGE

Nous avons déjà signalé que le projet ZLEA comporte un système de règlement des différends à caractère double. Ainsi, pour régler les différends en matière d'investissement international, le projet comprend, d'une part, une procédure pour les litiges entre États (inter-étatique) et d'autre part, une procédure pour les litiges entre les investisseurs et les États (mixte).

Ce système à double visage est présent dans d'autres instruments internationaux, soit des accords d'intégration économique, soit des conventions de protection des investissements internationaux, notamment, l'Accord de libre échange nord-américain, la charte de l'énergie, et certaines conventions bilatérales d'investissements⁴⁰.

Le système a un double objectif selon que le différend soit inter-étatique ou soit mixte. Il s'agit, dans le premier cas, d'offrir sécurité et prévisibilité aux États parties à l'accord et, dans l'autre cas, de garantir un traitement égal aux investisseurs des États parties conformément au principe de la réciprocité internationale ainsi qu'à une procédure régulière devant un tribunal impartial.

Par ailleurs, chaque procédure du système de règlement des différends de la ZLEA, est conçue pour traiter des différentes hypothèses. S'agissant de la procédure inter-étatique, elle est appelée à résoudre les différends qui peuvent survenir entre les États parties à propos de l'interprétation ou de l'application de l'accord

40 Ainsi, toutes les conventions bilatérales d'investissement conclues entre les pays de l'Amérique contiennent ce double système. Voir: *Acuerdos sobre inversión en el hemisferio occidental: un compendio*, article qui se trouve sur le site Internet de la ZLEA: www.ftaa-alca.org/alca_f.asp. V. aussi JULLIARD, PATRICK. "Les Conventions bilatérales d'investissement conclues par la France", *Clunet*, 1979, pp. 288 et ss.

ZLEA, ainsi qu'à propos de l'adoption des mesures qui sont incompatibles avec lui⁴¹.

Concernant la procédure mixte, elle est conçue pour régler les différends entre États et investisseurs, «*consécutifs ou liés à une entente d'investissement ou à une violation alléguée d'un droit conféré, créé ou reconnu par l'accord ZLEA relatif à un investissement visé*»⁴².

Enfin, suivant l'article 25 du projet ZLEA, l'application du système de règlement des différends concernant les investissements internationaux sera limitée aux actes ou aux événements survenant après l'entrée en vigueur de l'accord.

Ceci étant, nous apprécierons les traits essentiels de chaque procédure. D'abord, la procédure générale ou inter-étatique, ensuite, la procédure spéciale ou mixte.

2.1. LA PROCÉDURE GÉNÉRALE: UN RÈGLEMENT INTER-ÉTATIQUE

Quant à la procédure générale nous envisagerons d'un côté son champ d'application et les diverses phases de la procédure et d'un autre côté sa nature juridique.

A. LE CHAMP D'APPLICATION ET LES DIVERSES PHASES DE LA PROCÉDURE

- a. *Quant au champ d'application*, l'article 23 du chapitre sur l'investissement renvoie à la procédure du chapitre sur le règlement des différends (la procédure générale) comme procédure applicable pour régler les différends entre États en matière d'investissement international relatifs à l'application ou l'interprétation de l'accord. Ainsi, en suivant l'article 2 du chapitre sur le règlement des différends, la procédure générale sera utilisée en prenant en

41 Articles 23 du chapitre sur l'investissement et 2 du chapitre sur le règlement des différends du Projet de la ZLEA.

42 Article 24 du chapitre sur l'investissement. Projet de la ZLEA.

considération, d'abord, du contenu de la mesure prise par un État, ensuite, des effets qu'elle pourrait entraîner.

Cela étant, dans le premier cas nous parlerons d'un *critère matériel*, et dans le deuxième d'un *critère finaliste*.

A partir du *critère matériel* la procédure générale s'avérera applicable aux différends relatifs à une mesure adoptée par une partie dont l'autre partie estime que ladite mesure est ou serait incompatible avec les obligations découlant de la ZLEA. Le projet vise à inclure aussi les mesures envisagées, mais à ce jour cette proposition se trouve encore entre crochets⁴³.

À l'égard du *critère finaliste*, la procédure générale pourra jouer dans les différends relatifs à une mesure adoptée (ou envisagée) par une partie, dont l'autre partie estime qu'elle annule ou compromet un avantage.

b. *Au sujet des phases de la procédure*, le projet établit une première phase des négociations et une seconde phase contentieuse.

La première phase est celle des consultations. Tout État partie qui estime qu'une mesure adoptée (ou envisagée) par une autre partie pourrait avoir une incidence sur le fonctionnement ou l'application de l'Accord ZLEA pourra commencer la procédure. La demande des consultations sera faite par écrit et indiquera la mesure qui fait l'objet de la plainte et les dispositions de l'Accord que la partie plaignante estime pertinentes. De plus, les consultations ne sont pas réservées exclusivement aux États consultants, en effet, des tierces États parties ayant un intérêt légitime pourront y participer si les autres parties ne s'opposent pas.

43 Le champ d'application de l'Accord de libre échange nord-américain inclut autant les mesures adoptées que les mesures envisagées.

À ce jour, la durée exacte des consultations n'a pas été définie par les négociateurs⁴⁴. De la même façon que la procédure de L'OMC ou de L'ALENA⁴⁵, les consultations auront un délai maximum à la fin duquel, s'il n'y a pas une solution amiable au différend, il sera possible d'entamer la phase contentieuse. Également, si la partie qui a reçue la demande des consultations ne les répond pas, la partie qui les a demandée pourra commencer la phase contentieuse.

La deuxième phase, celle du contentieux, débute avec l'établissement d'un groupe spécial neutre, qui sera établi à l'initiative de la partie qui a demandé les consultations⁴⁶, en suivant ainsi les dispositions du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de L'OMC⁴⁷.

En outre, il n'a pas été défini devant qui serait présentée la plainte d'établissement du groupe spécial neutre. Or, en principe, elle serait présentée devant un organe chargé d'administrer la procédure de règlement des différends dénommé Organe Exécutif de Règlement des Différends⁴⁸.

Quant aux formalités de cette demande, il est établi dans le projet que la demande d'établissement d'un groupe spécial neutre sera présentée par écrit et indiquera les fondements juridiques et factuels sur lesquels repose la plainte.

Quant aux groupes spéciaux neutres, le projet prévoit qu'ils seront composés par trois personnes, choisies par les parties au différend, dont l'une exercera les fonctions de président. Le numéro d'arbitres pourra changer par décision des parties.

Une fois le groupe spécial institué, il présentera un rapport initial aux Parties au différend. Ce rapport comprendra les constatations de fait

44 Les délais ainsi que le point de départ de ceux-ci seront déterminés une fois que la structure du mécanisme aura été complètement défini.

45 Dans L'OMC l'étape des consultations a une durée de 60 jours d'après l'article 4 (7) du Mémorandum d'accord. Dans l'ALENA, les consultations sont de 15, 30 ou 45 jours conformément à l'article 2007 de l'accord.

46 Dans l'ancien projet n'était pas défini à l'initiative de quelle partie serait établie le groupe spécial neutre.

47 Article 4 alinéa 7 du Mémorandum d'accord.

48 Article 11 du chapitre sur le règlement des différends ZLEA.

de la plainte, la décision quant à la compatibilité ou incompatibilité de la mesure mise en cause avec l'accord ou, si cette mesure annule ou compromet un avantage et, le cas échéant, les recommandations pour régler le différend.

Ensuite, les parties pourront présenter des observations écrites sur le rapport initial, dans ce cas là, le groupe spécial neutre pourra réexaminer son rapport et présenter un rapport final. Ce rapport se limitera à l'objet du différend et sera motivé. Par ailleurs, actuellement les négociateurs sont en train de discuter si les parties au différend pourront demander au groupe spécial neutre des clarifications sur le rapport final.

Le projet ZLEA prévoit aussi la création d'un organe d'appel qui sera composé de sept personnes et qui connaîtrait les contestations des États parties sur les rapports finals des groupes spéciaux neutres. L'organe d'appel pourra confirmer, modifier ou infirmer la décision du groupe spécial neutre et son intervention sera limité aux questions de droit et aux interprétations du droit données par celui-ci⁴⁹.

Bref, la procédure de règlement des différends générale de la ZLEA, à travers laquelle les litiges inter-étatiques en matière d'investissement seraient réglés, est fortement inspirée des procédures de l'OMC et de l'ALENA, ce qui nous donne quelques indices à propos de sa nature.

B. UNE PROCÉDURE DE NATURE POLITIQUE ET JURIDICTIONNELLE

Avant d'analyser si la nature juridique de la procédure générale de règlement des différends de la ZLEA est politique ou juridictionnelle, nous considérons qu'il est important de réaliser quelques précisions.

D'abord, il faut préciser que nous serons en présence des différends juridiques dans la mesure où la procédure est appliquée à propos de l'interprétation ou de l'application d'un droit existant, particulièrement

⁴⁹ Il faut souligner que la mise en œuvre d'un organe d'appel n'est pas encore une décision définitive. Voir les articles 25, 26, 27 et 28 du chapitre sur le règlement des différends du projet ZLEA.

d'une disposition de l'accord ZLEA. Nous attirons ici l'attention sur la définition de différend juridique donnée par la CPJI: "*Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes*"⁵⁰.

En règle générale, les différends juridiques sont tranchés par des organes juridictionnels, mais ceci n'empêche pas l'utilisation de certains mécanismes politiques où le droit ne joue pas le rôle principal⁵¹. Le recours à des mécanismes politiques pour trancher des différends juridiques est une pratique parfois utilisée en droit international économique, ainsi par exemple dans le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce⁵².

Or, la procédure générale de règlement des différends du projet ZLEA vise à être un mécanisme comprenant autant d'éléments politiques ou non-juridictionnels que juridictionnels. De même, le projet conçoit la procédure sous la coopération des Etats parties qui s'attacheront à trouver une solution mutuellement satisfaisante⁵³.

Nous pouvons identifier dans cette procédure une première étape d'auto-composition⁵⁴ où les États cherchent eux-mêmes à trouver une solution au différend, et une seconde étape d'hétéro-composition où

50 *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, citée par CARREAU DOMINIQUE. Droit international, *op. cit.* p. 557.

51 Il est importante remarquer que le choix d'un mode politique ou d'un mode juridictionnel ne change pas la nature du différend. CARREAU, DOMINIQUE et JUILLARD, PATRICK. Droit international Economique, *Op cit.* p. 539.

52 Sur la nature juridique du système de règlement des différends de L'OMC voir RUIZ FABRI HÉLÈNE. "Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce", *Clunet*, 1997, p. 709. CANAL-FORGUES ERIC. "Le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce", *AFDI*, 1996, p. 689. BLIN OLIVIER. L'Organisation Mondiale du Commerce, Paris, Ellipses, 1999, p. 63.

53 Article 4 du chapitre sur le règlement des différends. Projet de la ZLEA.

54 Composition dans le sens "d'accord entre plusieurs personnes qui acceptent de transiger sur leurs prétentions respectives" Dictionnaire *Le Petit Robert*, Paris 1996. p. 425.

un tiers concourt au processus pour proposer ou donner une solution. La première étape c'est la phase de consultations et la deuxième c'est une phase auprès du groupe spécial neutre et l'organe d'appel. Nous analyserons par la suite, comment au fur et à mesure que la procédure avance elle devient plus juridictionnelle.

Les consultations sont le pivot du règlement politique. Il s'agit d'un moyen diplomatique à travers lequel les parties essayent de trouver une solution amiable à leur différend. De plus, elles constituent un pas obligatoire pour établir un groupe spécial neutre.

Nonobstant, à partir de l'établissement d'un groupe spécial neutre certains repères juridictionnels se révèlent.

Premièrement, l'établissement de ce groupe exige de l'État plaignant la présentation des faits et du droit fondant sa plainte⁵⁵, points qui devront être examinés par le groupe spécial neutre.

Ensuite, le projet prévoit l'existence d'un organe d'appel chargé de connaître des appels à l'encontre des décisions des groupes spéciaux neutres. L'appel serait limité aux questions de droit couvertes par la décision du groupe spécial neutre et aux interprétations du droit données par celui-ci. L'organe d'appel pourra confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial⁵⁶.

De plus, le projet introduira des délais spécifiques avec l'objectif d'avoir une procédure stricte, ces délais sont encore en train d'être négociés par les représentants des gouvernements.

Cependant, il faut remarquer que les décisions des groupes spéciaux neutres et de l'organe d'appel ne sont que des recommandations et de ce fait elles ne sont pas obligatoires pour les parties. Outre, il n'y a pas une prononciation d'un arrêt ou d'une sentence, raison pour laquelle les décisions n'ont pas l'autorité de la chose jugée.

En bref, le projet prévoit une procédure générale de nature mixte (politique et juridictionnelle) où le règlement politique est prépondérant dans la mesure où les parties doivent s'efforcer de trouver une solution

55 Article 11 du chapitre sur le règlement des différends. Projet ZLEA.

56 Articles 27 et 28 du chapitre sur le règlement des différends. Projet ZLEA.

mutuellement satisfaisante. Dans ce point le projet ZLEA suit étroitement la procédure de règlement des différends de L'OMC, dont la nature juridique a été souvent qualifiée de politique et juridictionnelle.

Enfin, un aspect particulier de la procédure qui mérite être remarqué est la possibilité pour les parties de soumettre leurs différends à l'arbitrage international⁵⁷. En effet, si les parties sont d'accord, elles pourront soumettre le litige à l'arbitrage international au lieu des groupes spéciaux neutres. Dans ce cas-là, nous serons devant d'une véritable procédure juridictionnelle où les décisions sont des sentences arbitrales ayant le pouvoir de la chose jugée.

2.2. LA PROCÉDURE SPÉCIALE: UN RÈGLEMENT À CARACTÈRE MIXTE

Avant d'analyser le droit applicable à la procédure spéciale, il convient d'examiner les conditions devant être tenues pour sa mise en œuvre.

A. LES CONDITIONS D'UTILISATION DE LA PROCÉDURE

La procédure spéciale établie par l'accord ZLEA exige la vérification de certaines conditions relatives *aux personnes*, à *la matière* du litige et *au temps* pour être utilisée.

Quant aux personnes, la procédure spéciale est réservée aux investisseurs des États membres, aussi bien à des personnes physiques qu'à des personnes morales, réalisant des opérations d'investissement à l'intérieur des pays membres de la ZLEA. Au contraire, la procédure spéciale n'est pas étendue aux investisseurs nationaux qui font une opération d'investissement dans leur propres pays.

L'investisseur pourra agir en son propre nom ou au nom d'une entreprise ayant la nationalité d'un État partie, qu'il possède ou contrôle

57 Article 37 du chapitre sur le règlement des différends. Projet ZLEA. Il faut remarquer aussi que dans le cadre du règlement des différends de L'OMC est prévue la même alternative. Article 25 du mémorandum d'accord.

directement ou indirectement⁵⁸. Cette application étendue au profit de l'investisseur est déjà connue dans le cadre de l'ALENA⁵⁹ et elle mérite les observations suivantes:

Au premier chef, cette disposition est protectrice des investisseurs de la région dans la mesure où ils pourront agir au nom de leurs filiales nationales. Cependant, elle constitue un risque dénommé *treaty shopping* puisqu'un investisseur d'un pays étranger à la ZLEA pourra agir au nom d'une entreprise établie dans un pays membre de la zone et qu'il contrôle⁶⁰. Dans ce cas-là, un investisseur d'un État tiers profitera de la procédure spéciale.

Au deuxième chef, il faut souligner que le projet n'exige pas de prouver préalablement le contrôle qui exerce l'investisseur sur l'entreprise pour qu'il puisse démarrer la procédure. À notre avis, ce point mérite un réexamen des négociateurs afin d'éviter des difficultés de mise en œuvre au moment d'appliquer la procédure, ainsi par exemple, il serait souhaitable de connaître les moyens de preuve valides pour accréditer cette situation.

Finalement, le projet ne définit pas ce qu'est le contrôle direct et le contrôle indirect, tâche qui sera réservée à la doctrine et aux juges à travers la jurisprudence⁶¹.

Quant à la matière, la procédure spéciale sera applicable aux différends d'ordre juridique concernant les investissements. En effet, il s'agit des différends juridiques dans la mesure où les litiges seront "*liés à une entente d'investissement ou à la violation d'un droit conféré, créé ou reconnu par l'accord ZLEA*"; de ce fait, le projet exclut toutes les oppositions d'intérêts qui ne sont fondées sur

58 Article 26 du chapitre sur l'investissement du projet ZLEA.

59 Article 1117 de l'ALENA.

60 Concernant le phénomène de *treaty shopping* voir BURDEAU GENEVIÈVE. "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États", *Revue de l'arbitrage*, 1995 (1), pp. 18-19.

61 L'ancien projet prévoyait que l'investisseur possède le contrôle quand celui-ci détient plus de 50% du capital social d'une entreprise ou a le pouvoir de nommer la majorité des membres de son conseil d'administration ou de l'orienter légalement (Article 16 du chapitre sur l'investissement du projet ZLEA).

aucun droit. Bien entendu, la portée de la matière est en relation directe avec la définition d'investissement retenue par l'accord ZLEA, laquelle n'a pas été encore adoptée par les négociateurs du projet.

Quant au temps, il existe deux conditions qui doivent être remplies pour utiliser la procédure spéciale. D'une part, l'application de cette procédure sera limitée aux actes ou événements qui seront survenus après l'entrée en vigueur de l'accord ZLEA. D'autre part, l'investisseur devra déposer sa plainte dans un délai de trois ans à partir de la date à laquelle l'investisseur a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi. Cette dernière condition comportant une prescription devant le droit d'action du demandeur existe aussi dans le cadre de l'ALENA où la plainte doit être présentée dans les mêmes délais.

Étant connues les conditions pour utiliser la procédure spéciale, il est nécessaire de se pencher sur le droit applicable aux litiges concernant les États et les investisseurs.

B. LE DROIT APPLICABLE

En règle générale, en matière des litiges internationaux le libre choix du droit applicable est privilégié⁶². C'est ainsi que, conformément au principe de l'autonomie de la volonté, les parties peuvent choisir le droit qui sera applicable au règlement de leurs différends⁶³. Or, concernant la procédure spéciale de la ZLEA, il faut souligner qu'elle n'applique pas ce principe dans toute sa portée.

En effet, le projet ZLEA vise à déterminer quel sera le droit applicable à ces différends. Ainsi, il sera préalablement défini par les États membres lors de la négociation de l'accord. Ceci montre que les investisseurs, parties au litige mais non à l'accord, ne pourront pas

62 *Op. cit.* Rambaud Patrick. "Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI", p. 483.

63 Ainsi par exemple, c'est intéressant de noter que la Convention de Washington établit dans son article 42 le principe de l'autonomie de la volonté en matière de choix du droit applicable.

choisir le droit applicable, cependant, ils seront assujettis aux dispositions de l'accord. Cela étant, on pourrait dire que l'Etat choisira le droit applicable aux différends en matière d'investissement au nom de ses investisseurs, actuels ou futurs, ce qui amènerait à parler d'une autonomie de la volonté nuancée⁶⁴.

Cela étant, les négociateurs du projet ZLEA n'ont pas totalement défini quel sera le droit applicable aux litiges entre les investisseurs et les États membres, ce qui est un point fondamental dans la mesure où le droit applicable devra définir les règles en matière de protection de l'investissement et celles concernant la réparation des dommages subis.

En principe, le projet prévoit que les différends seront réglés conformément à l'accord ZLEA et aux principes et règles du droit international. Nonobstant, si le différend concerne une violation relative à une autorisation d'investissement, le droit applicable sera celui choisi par les parties dans cette autorisation et le droit de l'État d'accueil de l'investissement. Il faut remarquer que le droit du pays d'origine de l'investisseur a été écarté par les négociateurs⁶⁵.

L'appel au droit de l'État d'accueil pour trancher ce type de litiges n'est pas à l'abri des critiques. En effet, certains auteurs considèrent qu'il existe une inégalité au profit de l'Etat d'accueil dans la mesure où, d'un côté, l'État connaît et interprète mieux

64 Il est intéressant de voir l'opinion de ADRIANA ZAPATA DE ARBELÁEZ sur le point. Dans son avis, la légalité du choix du droit applicable faite par les Etats parties est douteuse, car il s'oppose à l'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux. ADRIANA ZAPATA DE ARBELÁEZ. "Acuerdos bilaterales para la promoción y protección de inversiones internacionales. La experiencia Colombiana." *Colección de Derecho Económico*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000, p. 176.

65 Le renvoi à une loi étrangère à l'État d'accueil est peu fréquent. D'ailleurs, le choix du droit du pays exportateur du capital comme le droit applicable soulève des problèmes importantes, ainsi par exemple, si les capitaux appartiennent à des investisseurs des différents États, quel sera le droit applicable ? V. AMADIO, MARIO, *op. cit.* p. 184.

son droit et, de l'autre, il est le maître de sa législation, ce qui pourrait comporter des dommages pour les investisseurs⁶⁶.

De cette façon, certains instruments multilatéraux donnant aussi la saisine directe aux investisseurs à l'encontre des États ont écarté le droit national comme droit applicable. Ainsi par exemple, la Charte de l'énergie et l'ALENA, ce dernier principale source d'inspiration de l'accord ZLEA, préfèrent faire appel au droit de chaque accord et aux règles de droit international⁶⁷.

L'exclusion de l'accord ZLEA du droit national comme droit applicable signifie l'écartement des 34 législations des pays membres, ce qui peut encourager les flux des investissements entre eux. Également, cela permettra le développement d'une jurisprudence uniforme du droit des investissements de la ZLEA, puisque les tribunaux, nationaux ou internationaux, interpréteraient le même droit.

De ce fait, à différence de la procédure inter-étatique, en cas de litige entre un État et un investisseur le choix du forum ne dépendra point du droit applicable, ce qui montre dans ce cas-là, l'impossibilité de pratiquer le *forum shopping*.

Pour conclure, nous voulons attirer l'attention sur le fait que les mécanismes de règlement des différends reflètent l'évolution d'un système juridique et économique. C'est ainsi que la Zone de Libre Echange des Amériques prévoit un système de règlement des différends en matière d'investissement international moderne entraînant pour les États une renonciation partielle du concept de souveraineté et, par ailleurs, une reconnaissance du rôle des investisseurs dans la sphère internationale. Si à cette situation s'ajoute la participation d'un nombre important des pays en développement à l'intérieur de la ZLEA, le projet semblerait marquer une avance du droit international économique.

66 AMADIO, MARIO, *op. cit.* p. 187.

67 ALENA, article 1131. Charte de l'énergie, article 26.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

- AMADIO, MARIO, *Le Contentieux International de l'Investissement Privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965*, Paris, LGDJ, 1967.
- BAPTISTA, LUIZ OLAVO, *Le Mercosul, ses institutions et son ordonnancement juridique*. Paris, Cedin Paris I - Perspectives internationales, Montchrestein, 2001.
- BLIN, OLIVIER. *L'Organisation Mondiale du Commerce*, Paris, Ellipses, 1999.
- BREMOND, JANINE et GELEDAN, ALAIN, *Dictionnaire économique et social*, Paris, Hatier, 1982.
- CARREAU, DOMINIQUE et JUILLARD, PATRICK, *Droit International Economique*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1998.
- COMBACAU, JEAN et SUR, SERGE, *Droit International Public*, Paris, Montchrestien, 1995.
- FLORY, THIEBAUT. *L'organisation internationale du commerce - Droit Institutionnel et substantiel*, Bruyant, Bruxelles, 1999.
- MAYER, PIERRE, *Droit International Privé*, Paris, Montchrestien, 6^e ed. 2000.
- Lexique de termes juridiques, DALLOZ, 13^e éd. 2002.

II. ARTICLES, RAPPORTS, CHRONIQUES

- BURDEAU, GENEVIÈVE, "La diversification des procédures de règlement des différends", in *Actualités des conflits internationaux*, Paris, Pedone, 1993.
- BURDEAU, GENEVIÈVE, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États", *Revue de l'arbitrage*, 1995 (1). pp. 3-37.
- CANAL FORGUES, ERIC, "Le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce", *AFDI*, 1996, pp. 689-707.
- CANAL FORGUES, ERIC, "Le système de différends de l'OMC", *Colloque de Nice, SFDI*, Paris, Pédone, pp. 281-292.

- DELAUME, GEORGES, “Le Centre International pour le règlement des différends relatifs aux Investissements”, *Journal de Droit International - Clunet*, 1982.
- GUYOMAR, GENEVIÈVE. “L’arbitrage concernant les rapports entre États et Particuliers”, *AFDI*, 1959. pp. 333 ss.
- JUILLARD, PATRICK, “Les Conventions bilatérales d’investissement conclues par la France”, *Clunet*, 1979, pp. 288 ss.
- KOULEN, MARK, “Dispositions de L’OMC concernant l’investissement”, in *Un accord multilatéral sur l’investissement: d’un forum de négociation à l’autre?*, *SFDI*. Paris, Pedone, 1999, pp. 101-110.
- LEMAIRE, AXELLE, “Le nouveau visage de l’arbitrage entre Etat et investisseur étranger: Le chapitre 11 de l’ALENA”, *Revue de l’arbitrage*, 2001, pp. 43-91.
- MARCANO, LUIS HERRERA, “La solución de controversias en el tratado de libre comercio entre Colombia, México y Venezuela (Grupo de los 3)” in *Estudio de los métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración o libre comercio en el hemisferio*. Compilation du Comité Juridique Interaméricain, Rio de Janeiro, 1995.
- POIRAT, FLORENCE, “L’article 26 du traité relatif à la Charte de l’Énergie: Procédures de règlement des différends et statut des personnes privées”, *RGDIP*, 1998 (1), pp. 45-73.
- RAMBAUD, PATRICK, “Note sur l’extension du “Système CIRDI”, *AFDI*, 1983, pp. 290-299.
- RAMBAUD, PATRICK, “Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI”, *AFDI*, 1982, pp. 471-491.
- RENOUF, YVES, “Garantir les “Droits de la Défense” quelques remarques préliminaires sur la nécessité de développer les règles de procédure dans le Règlement des différends de l’OMC”, *Colloque de Nice*, *SFDI*, Paris, Pédone, 1996. pp. 293-307.
- RENOUF, YVES, “Les mécanismes d’adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de L’OMC sont-ils viables ?”, *AFDI*, 1996. pp. 776-791.
- ROESSLER, FRIEDER, “Evolution du système de règlement des différends du GATT/de l’OMC”, *Colloque de Nice*, *SFDI*, Paris, Pedone, 1996. pp. 309-317.

RUIZ FABRI, HÉLÈNE, “Le règlement des différends dans le cadre de l’Organisation Mondiale du Commerce”, *Clunet*, 1997, pp. 709-748.

RUIZ FABRI, HÉLÈNE, “L’appel dans le règlement des différends de l’OMC: Trois ans après, quinze rapports plus tard”, *RGDIP*, 1999 (1), pp. 47-128.

TURP, DANIEL, “L’accord de libre échange nord-américain et sa procédure générale de règlement des différends”, *AFDI*, 1992. pp. 808-822.

ZAPATA DE ARBELÁEZ, ADRIANA, “Acuerdos bilaterales para la promoción y protección de inversiones internacionales. La experiencia colombiana”. *Colección de Derecho Económico*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000, p. 176.

Acuerdos sobre Inversión en el Hemisferio Occidental: Un Compendio. Cet article se trouve sur le site Internet de la ZLEA: www.ftaa-alca.org/alca_f.asp.

III. SITES INTERNET

Canada - Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international

<http://www.nafta-sec-A.L.E.N.A.org/french/index.htm>

Colombie – Ministère du commerce, de l’industrie et du tourisme.

<http://www.mincomercio.gov.co>

Commission de Nations Unies pour le Droit Commercial International
– CNUDCI

<http://www.uncitral.org/french.htm>

Secrétariat de l’ALENA

<http://www.dfait-maeci.gc.ca/>

Zone de Libre échange des Amériques

http://www.ftaa-alca.org/alca_f.asp

<http://www.ciberpresse.ca>

IV. DOCUMENTS OFFICIELS

Deuxième avant projet ZLEA

Troisième avant projet ZLEA

Accord de Libre Echange Nord Américain