

# ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/WGTI/W/139

11 septembre 2002

(02-4798)

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

Original: anglais

## COMMUNICATION DU JAPON

La Mission permanente du Japon a fait parvenir au Secrétariat la communication ci-après, datée du 9 septembre 2002.

### CONSULTATIONS ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE LES MEMBRES

#### I. INTRODUCTION

1. La présente note n'a pas pour objet de proposer quelque mécanisme de règlement des différends que ce soit dans le cadre d'un éventuel accord de l'OMC sur l'investissement, mais plutôt de soulever un certain nombre de points qu'il pourrait être utile d'examiner en liaison avec un ensemble de règles sur l'investissement.

2. La plupart des accords internationaux comportent des mécanismes pour traiter les litiges nés d'interprétations différentes des dispositions des textes ou de la violation des obligations énoncées dans les accords. L'OMC a mis au point un mécanisme détaillé dans le cadre du Mémoire sur le règlement des différends (Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends), qui couvre tous les Accords de l'OMC. Les traités bilatéraux sur l'investissement et les accords commerciaux régionaux comportent aussi des mécanismes pour traiter les différends liés aux accords.

3. Les différends nés de l'interprétation ou de l'application d'un accord éventuel futur de l'OMC sur l'investissement devraient également être couverts par le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC. C'est important, entre autres pour assurer l'efficacité de l'accord futur, accroître l'objectivité et l'équité, et améliorer la prévisibilité. L'application du mécanisme actuel fournira à tous les Membres de l'OMC la possibilité de demander un jugement objectif et équitable sur les questions relatives à l'interprétation ou à l'application d'un accord futur sur l'investissement.

#### II. LES MÉCANISMES ACTUELS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

##### A. OMC

4. Fondé sur la reconnaissance qu'un mécanisme bien conçu de règlement des différends est indispensable pour préserver la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral, le mécanisme prévu par le Mémoire sur le règlement des différends a, dans l'ensemble, servi son objectif initial, qui était d'instituer un système permettant de régler rapidement les litiges.

5. Les mécanismes fondamentaux que décrit le Mémoire sur le règlement des différends sont les suivants. Premièrement, des consultations entre les Membres concernés auront lieu. Les bons offices, la conciliation et la médiation sont des procédures possibles, auxquelles les parties peuvent avoir volontairement recours. Si le différend ne peut être réglé à l'amiable, un groupe spécial sera constitué. Après que le groupe spécial a rédigé un rapport indiquant si la mesure en question annule ou compromet les avantages que les Accords de l'OMC procurent au Membre, l'Organe de règlement des différends (ORD) adopte le rapport du groupe spécial par un "consensus négatif". Les questions de droit couvertes dans le rapport du groupe spécial et les interprétations du droit données par celui-ci peuvent faire l'objet d'un appel.

6. L'ORD peut recommander au Membre concerné de mettre la mesure en conformité avec les dispositions de l'accord. Lorsque le groupe spécial de la mise en conformité (article 21:5) établit que les recommandations ne sont pas appliquées par ledit Membre, l'ORD peut autoriser la suspension de concessions ou d'autres obligations par le(s) Membre(s) plaignant(s). Le principe général est que les concessions ou autres obligations devraient être suspendues dans le secteur où la violation ou une annulation ou réduction d'avantages ont été constatées. Si cela n'est pas possible ou efficace, la suspension de concessions ou d'autres obligations au titre d'un autre accord de l'OMC peut être autorisée.

7. Il convient d'appeler l'attention sur plusieurs caractéristiques. Premièrement, le mécanisme de règlement des différends couvre toutes les dispositions des Accords de l'OMC. Deuxièmement, toute question qui affecte le fonctionnement des Accords ou qui conduit à annuler ou compromettre les avantages d'un Membre peut être réglée par le mécanisme de règlement des différends. Troisièmement, seuls les différends qui ne peuvent être réglés par des consultations peuvent être soumis à un groupe spécial. Quatrièmement, l'ORD peut émettre des recommandations, qui sont juridiquement contraignantes, concernant la mise en conformité de la mesure, mais il ne dispose d'aucun moyen pour assurer l'application de ses recommandations. Cinquièmement, le principal objectif du système actuel de règlement des différends n'est pas d'obtenir la réparation d'un préjudice, mais d'éliminer les mesures incompatibles avec les dispositions de l'accord.

#### B. TRAITÉS D'INVESTISSEMENT BILATÉRAUX ET ACCORDS COMMERCIAUX RÉGIONAUX

8. La plupart des traités d'investissement bilatéraux et des accords commerciaux régionaux comportent des dispositions pour le règlement des différends, mais, dans bien des cas, ils ne décrivent pas le détail des procédures. Souvent, ces traités et ces accords s'appuient sur un tribunal d'arbitrage pour résoudre les différends et non pas sur un groupe spécial comme c'est le cas avec l'OMC, et les règles et les procédures du tribunal d'arbitrage ne sont pas définies à l'avance dans les détails. Les tribunaux d'arbitrage se fondent par exemple sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI<sup>1</sup> ou sur tout ensemble de règles et procédures convenues entre les parties contractantes. Dans certains accords récents, tels que l'Accord de partenariat économique conclu entre le Japon et Singapour, les règles et procédures d'arbitrage sont décrites en détail. Habituellement, toutes les dispositions de l'accord sont assujetties au tribunal d'arbitrage.

9. Certains traités d'investissement bilatéraux et accords commerciaux régionaux, tels que le Traité d'investissement conclu entre le Japon et la Corée ou l'ALENA, comportent un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États. C'est un mécanisme qui permet aux investisseurs d'une partie d'engager une procédure devant un tribunal d'arbitrage lorsqu'une autre partie a manqué à une obligation et leur a causé un préjudice. Il y a là une différence fondamentale par rapport au mécanisme intergouvernemental mis en place par l'OMC.

---

<sup>1</sup> Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a été adopté par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en 1976. Ce règlement a été rédigé pour être utilisé pour les arbitrages commerciaux internationaux portant sur les différends liés à des transactions internationales.

### **III. MÉCANISMES ENVISAGEABLES DANS LE CADRE D'UN ACCORD FUTUR DE L'OMC SUR L'INVESTISSEMENT**

10. En principe, le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC s'applique aux différends liés à l'accord futur éventuel de l'OMC sur l'investissement. Si les litiges relatifs à la présence commerciale dans le secteur des services et les litiges relatifs aux investissements étrangers directs dans le secteur manufacturier devaient être résolus par des mécanismes différents, ce serait difficile à justifier. S'il était décidé d'adopter un nouveau mécanisme pour l'accord sur l'investissement, cela ajouterait un coût supplémentaire et il faudrait aussi penser à la difficulté qu'il y aurait à parvenir à des solutions rationnelles dans les différends se rapportant à l'accord sur l'investissement et à d'autres Accords de l'OMC. Il est donc tout à fait logique d'appliquer le mécanisme actuel de l'OMC au règlement des différends relatifs aux investissements. En outre, le caractère intergouvernemental du système de l'OMC devrait être préservé.

11. Le mécanisme actuel de règlement des différends couvre tous les Accords de l'OMC, et il n'y a apparemment aucune raison d'exclure certaines dispositions de l'accord futur sur l'investissement étant donné que n'importe quel accord peut donner lieu à des différends. Théoriquement, toutes les dispositions de l'accord futur sur l'investissement devraient être assujetties au mécanisme de règlement des différends. Il convient aussi de souligner qu'il faut maintenir, et si possible renforcer, le rôle que jouent les consultations dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Dans tous les autres domaines, une solution amiable est souhaitable pour les différends relatifs aux investissements.

12. Le mécanisme actuel de règlement des différends prévoit des procédures particulières pour les litiges impliquant des Membres appartenant au groupe des pays les moins avancés. Les Membres sont invités à "faire preuve de modération" lorsqu'ils soulèvent des questions ou qu'ils demandent une compensation ou l'autorisation de prendre des mesures de rétorsion dans le cadre d'un différend impliquant un des pays les moins avancés Membres. Entre outre, le Directeur général ou le Président de l'Organe de règlement des différends doit offrir ses bons offices, sa conciliation et sa médiation aux pays les moins avancés Membres à certaines conditions et si la demande en est faite. Ces procédures spéciales sont importantes pour l'assistance qu'elles apportent aux pays les moins avancés Membres et elles joueraient un rôle important pour les différends dans le cadre d'un accord futur sur l'investissement.

13. Toutefois, certaines questions doivent être examinées avec attention du fait même de la nature particulière de l'investissement. Lorsque des différends relatifs aux investissements seront soumis à un groupe spécial, la question de savoir comment assurer l'application des recommandations ou des décisions devra être étudiée de façon plus approfondie. La suspension de concessions par le Membre plaignant est un élément très important du mécanisme de règlement des différends pour contraindre les Membres concernés à mettre la mesure en conformité avec les dispositions de l'accord, et elle peut se justifier pour autant que le degré de suspension n'excède pas le degré d'annulation ou de réduction d'avantages. Le problème qui se pose à nous dans le domaine de l'investissement est de savoir comment déterminer le degré d'annulation ou de réduction des avantages, en particulier si la phase préalable à l'établissement doit être incluse dans l'accord futur sur l'investissement. Par exemple, si les règles futures en matière d'investissement comportent des dispositions concernant les engagements préétablissement, et si un investisseur s'est vu refuser l'admission/l'établissement dans un certain secteur qu'un Membre s'était engagé à libéraliser, ce sera une tâche complexe de déterminer le niveau d'annulation ou de réduction des avantages qu'implique le refus d'admission/d'établissement.

14. Toutefois, avec le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC, l'importance du préjudice causé par les litiges relatifs à l'établissement d'une présence commerciale dans le secteur des services (mode 3 de l'AGCS) doit être déterminée par les arbitres (Mémorandum sur le règlement des différends, article 22:7), et il n'y a aucune raison de penser que la tâche qu'on exigera d'eux sera plus

complexe dans le cadre de l'accord futur sur l'investissement. La suspension des concessions continuera de jouer un rôle important en tant que solution de dernier recours dans le cadre du mécanisme de règlement des différends, pour exercer des pressions sur le Membre concerné et l'amener à mettre la mesure en conformité.

15. La deuxième question porte sur la protection des investissements et la compensation appropriée en cas d'expropriation. Ce sont là des éléments importants pour instaurer un climat favorable à l'investissement, et ils sont repris dans un grand nombre de traités d'investissement bilatéraux et d'accords commerciaux régionaux. S'ils devaient être inclus dans le champ d'un accord futur de l'OMC, la question se posera alors de savoir comment le mécanisme de règlement des différends de l'OMC devrait traiter les litiges dans ces domaines. Le mécanisme actuel ne comporte aucun dispositif pour octroyer directement une compensation à l'investisseur qui a subi des pertes du fait de l'expropriation. Cela tient au fait que les Accords de l'OMC établissent des règles commerciales entre les pays, et que la finalité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC n'est pas de prévoir des mesures correctives pour les pertes subies, mais de mettre les mesures incompatibles avec les dispositions des Accords de l'OMC en conformité avec celles-ci. Les investisseurs étrangers devraient donc chercher une solution dans les procédures judiciaires de leur pays. Lorsque les procédures judiciaires de leur pays ne leur permettent d'obtenir un règlement suffisant, les Membres peuvent demander que la situation soit corrigée en faisant jouer le mécanisme de règlement des différends de l'OMC afin que la mesure soit mise en conformité, mais pas dans le but d'obtenir une compensation pour les investisseurs.

16. Certains traités d'investissement bilatéraux et accords commerciaux régionaux comportent des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États, afin de protéger les investisseurs. Mais, compte tenu du caractère intergouvernemental de l'OMC, le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation ne devrait traiter que les différends entre les Membres.

17. Enfin, les Membres souhaiteront peut-être examiner la question de la recherche de l'instance la plus favorable. Selon le champ d'application de l'accord futur de l'OMC sur l'investissement, certaines mesures faisant l'objet de différends pourront relever à la fois de l'accord sur l'investissement et d'autres traités d'investissement bilatéraux ou accords commerciaux régionaux. La question de savoir si la recherche de l'instance la plus favorable entre l'OMC et les traités d'investissement bilatéraux/accords commerciaux régionaux devrait être autorisée ou non mérite un examen plus approfondi.

#### **IV. CONCLUSIONS**

18. Le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC devrait être appliqué à l'accord futur de l'OMC sur l'investissement. Compte tenu du caractère particulier de l'investissement, il sera peut-être nécessaire d'examiner certaines questions de façon plus approfondie, mais il convient de souligner que les différences entre le mécanisme de règlement des différends pour l'investissement et les mécanismes que comportent d'autres Accords de l'OMC (l'AGCS en particulier) doivent être aussi minimales que possible. Toutes les dispositions de l'accord sur l'investissement devraient être assujetties au mécanisme de règlement des différends et le traitement spécial en faveur des pays les moins avancés prévu dans le système actuel devrait être lui aussi maintenu afin qu'une certaine flexibilité soit introduite. Tous les Membres devraient en tirer avantage.

---