



Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. générale
31 juillet 2017
Français
Original : anglais

Conseil du commerce et du développement Commission de l'investissement, des entreprises et du développement Réunion d'experts pluriannuelle sur l'investissement, l'innovation et l'entrepreneuriat pour le renforcement des capacités productives et un développement durable

Cinquième session

Genève, 9-11 octobre 2017

Point 3 de l'ordre du jour provisoire

L'investissement, l'innovation et l'entrepreneuriat pour le renforcement des capacités productives et un développement durable

Réforme du régime des accords internationaux d'investissement : Phase 2

Résumé

Comme la présente note le souligne, il est temps de passer à la deuxième phase de la réforme du régime des accords internationaux d'investissement (AII), c'est-à-dire de moderniser les accords de première génération en vigueur. La phase 1 de la réforme du régime des AII, qui s'inscrit dans une optique de développement durable, se traduit par l'élaboration de nouveaux modèles et de nouveaux accords plus actuels. Les décideurs doivent à présent porter leur attention sur la modernisation des accords de première génération (phase 2).

Les pays ont de nombreuses possibilités pour actualiser leurs accords de première génération et réduire la fragmentation du régime des AII. Dans la présente note, la CNUCED expose et analyse 10 moyens d'action que les pays peuvent adopter et adapter à leurs objectifs de réforme, ainsi que les résultats et les difficultés de leur mise en œuvre. Pour déterminer lequel de ces moyens d'action est adapté à la situation d'un pays donné, il est nécessaire de procéder à une analyse coûts-avantages minutieuse et factuelle, tout en traitant plusieurs difficultés plus générales.

Une réforme globale du régime aurait à gagner d'un soutien multilatéral renforcé. Dans ses trois domaines d'action, à savoir les travaux de recherche et d'analyse directive, l'assistance technique et la formation de consensus intergouvernemental, la CNUCED peut jouer un rôle crucial en sa qualité de principal organisme du système des Nations Unies chargé de l'investissement international et d'instance internationale servant de cadre à des discussions de haut niveau et ouvertes à tous sur le régime stratifié et multiforme des AII d'aujourd'hui.



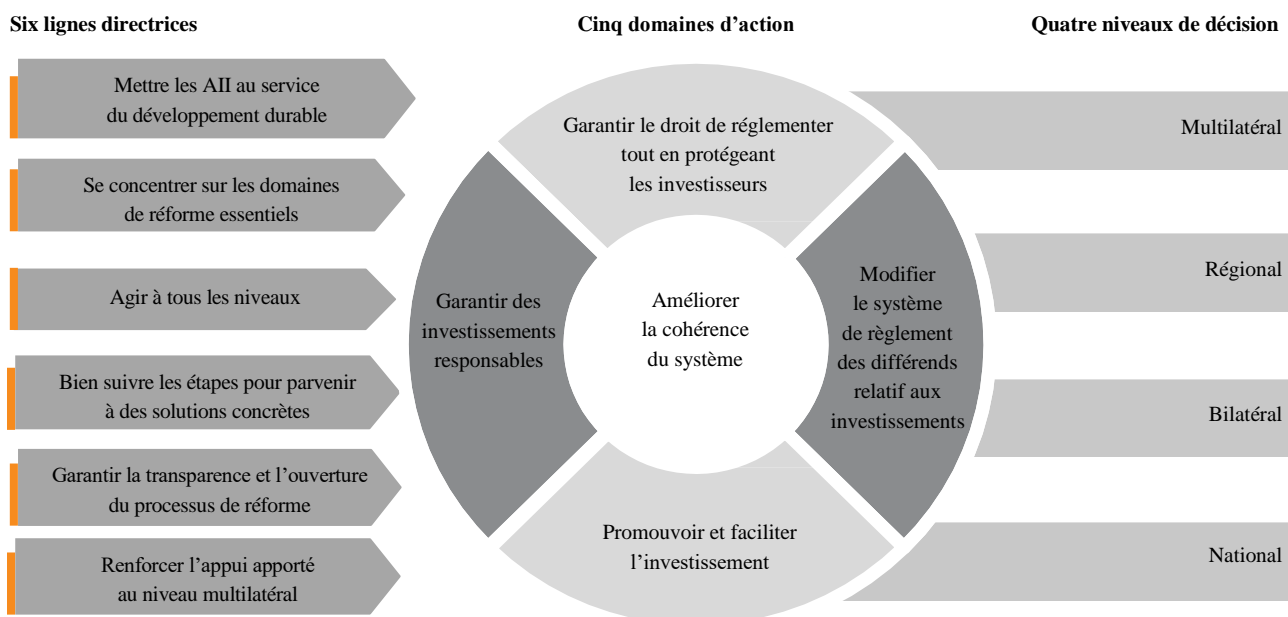
I. Introduction

1. La présente note se fonde sur les outils déjà élaborés par la CNUCED et porte sur les politiques internationales de l'investissement et le développement durable, conformément au thème de la cinquième session de la réunion d'experts pluriannuelle sur l'investissement, l'innovation et l'entrepreneuriat pour le renforcement des capacités productives et un développement durable, approuvé par le Conseil du commerce et du développement à sa trente et unième session extraordinaire¹. Plus précisément, la note fait fond sur les progrès réalisés dans la réforme du régime des AII axée sur le développement durable, et présente et analyse les résultats et les difficultés de la mise en œuvre des 10 moyens d'action proposés pour actualiser les accords existants.

II. Prochaine phase de la réforme

2. La réforme des AII, qui s'inscrit dans une optique de développement durable, est désormais au cœur de la politique internationale en matière d'investissement². Pendant la première phase de la réforme des AII, les pays sont parvenus à un consensus sur la nécessité d'engager cette réforme et ont défini des domaines d'action et des stratégies, revu leurs réseaux d'AII, élaboré de nouveaux modèles d'accord et commencé à négocier de nouveaux AII, plus actuels. La plupart des nouveaux accords sont conformes à la feuille de route de la CNUCED pour la réforme du régime des AII (voir figure), qui recense cinq domaines d'action³, ou incluent des clauses énoncées dans le Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable élaboré par la CNUCED en 2012 et mis à jour en 2015.

Feuille de route de la CNUCED pour la réforme du régime des accords internationaux d'investissement



Source : CNUCED, 2016.

¹ TD/B(S-XXXI)/2.

² CNUCED, 2016, « World Investment Report 2016: Investor Nationality – Policy Challenges » (*Rapport sur l'investissement dans le monde 2016 : Nationalité des investisseurs – Enjeux et politiques – Vue d'ensemble*) (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.16.II.D.4, Genève) ; CNUCED, 2017, « World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy » (*Rapport sur l'investissement dans le monde 2017 : L'investissement et l'économie numérique – Vue d'ensemble*) (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.17.II.D.3, Genève).

³ CNUCED, 2015, « World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance » (*Rapport sur l'investissement dans le monde 2015 : Réformer la gouvernance de l'investissement international – Vue d'ensemble*) (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.15.II.D.5, New York et Genève) ; CNUCED, 2016.

3. En dépit des progrès notables accomplis, beaucoup reste à faire. Pour être complète, la réforme doit reposer sur deux volets : la négociation de nouveaux AII et l'actualisation des accords de première génération en vigueur. Il est urgent de s'y atteler, pour les trois raisons suivantes :

a) Les accords de première génération sont très nombreux : plus de 2 500 AII en vigueur aujourd'hui (soit 95 % de tous les accords en vigueur) ont été conclus avant 2010, et près de 700 accords ne sont pas encore entrés en vigueur ;

b) Les accords de première génération ne sont pas sans risques : presque toutes les affaires connues de règlement de différends en cours entre investisseurs et États portent sur des accords conclus avant 2010, dans lesquels les clauses sont le plus souvent formulées en termes vagues ;

c) Les accords de première génération perpétuent les incohérences. Leur maintien en vigueur entraîne des chevauchements, une fragmentation des relations conventionnelles et des problèmes de compatibilité.

III. Phase 2 de la réforme : 10 moyens d'action

4. Les pays qui souhaitent mettre leurs accords existants en conformité avec leurs nouveaux objectifs de politique publique ont à leur disposition 10 moyens d'action au moins, qui ne sont pas mutuellement exclusifs et qui peuvent être utilisés de manière complémentaire. Ces moyens d'action diffèrent à plusieurs égards ; certains sont plus techniques (interprétation ou modification des dispositions des accords) ou plus politiques (engagement multilatéral), d'autres mettent l'accent sur la procédure (modification ou remplacement des accords) ou sur le fond (référence à des normes internationales), et d'autres encore supposent la prolongation du régime des AII (modification ou remplacement d'accords ou engagement multilatéral) ou le retrait (dénonciation sans remplacement ou retrait des accords multilatéraux). Ces moyens d'action ont pour but de modifier le régime des AII et non de définir le contenu des accords.

5. Les 10 moyens d'actions et les résultats de leur mise en œuvre sont les suivants⁴ :

a) Interprétation conjointe des dispositions des accords : Clarifie le contenu d'une disposition et réduit le pouvoir discrétionnaire des tribunaux ;

b) Modification des dispositions des accords : Modifie le contenu d'un accord existant par l'introduction de nouvelles dispositions, ou la modification ou la suppression de dispositions en vigueur ;

c) Remplacement des accords « obsolètes » : Remplace un accord de première génération par un nouvel accord ;

d) Consolidation du réseau d'AII : Abroge au moins deux accords bilatéraux d'investissement (ABI) de première génération et les remplace par un nouvel AII plurilatéral ;

e) Gestion des relations entre les divers accords existants : Établit des règles qui déterminent lequel des AII parallèles s'applique dans une situation donnée ;

f) Référence aux normes mondiales : Renforce la cohérence du régime des AII et améliore les interactions entre les AII et d'autres domaines du droit international et de l'action internationale ;

g) Engagement multilatéral : Définit une conception commune ou de nouvelles règles communes à un très grand nombre de pays, ainsi qu'un mécanisme qui apporte le changement en une fois ;

h) Abandon des accords de première génération non ratifiés : Indique l'intention d'un pays de ne pas devenir partie à un accord qui a été signé mais non encore ratifié ;

⁴ Cette classification est donnée à des fins d'illustration et n'établit aucun ordre de priorité.

i) Dénonciation des accords de première génération : Libère les parties de leurs obligations découlant d'un accord ;

j) Retrait des accords multilatéraux : Libère les parties qui se retirent de la force obligatoire de l'instrument, mais l'accord reste en vigueur pour les parties qui ne se sont pas retirées.

6. Pour déterminer lequel de ces moyens d'action est adapté à la situation d'un pays donné, il est nécessaire de procéder à une analyse coûts-avantages minutieuse et factuelle, tout en traitant des difficultés plus générales. Parmi les défis stratégiques à relever, il faut parvenir à un résultat global et équilibré et éviter que la réforme n'aille trop loin, ce qui serait contraire à l'objectif de protection et de promotion des investissements du régime des AII. Des difficultés systémiques découlent des incohérences créées par les lacunes, les chevauchements et la fragmentation des accords. Du fait des difficultés de coordination, il est nécessaire de hiérarchiser les actions de réforme, de trouver les bons partenaires pour leur mise en œuvre, et de veiller à la cohérence des efforts faits aux différents niveaux décisionnels. En raison de leurs problèmes de capacités, les pays en développement, en particulier les pays les moins avancés, ont du mal à remédier aux déficiences des AII d'ancienne génération.

7. Des choix doivent être faits pour déterminer la meilleure combinaison possible des 10 moyens d'action. La combinaison retenue devrait refléter les orientations de la politique internationale d'investissement définie par un pays en fonction de sa stratégie nationale de développement. De plus, les décideurs devront s'interroger sur l'effet combiné des moyens d'action qui, selon la manière dont ils sont associés, pourraient déboucher sur un régime en grande partie privé de sa raison d'être – protéger les investissements – ou sur une sortie complète du régime en question. Les réformes, en particulier les plus complètes, devraient tirer parti des avantages découlant de l'état de droit et répondre aux attentes des investisseurs en matière de prévisibilité, de stabilité et de transparence dans l'élaboration des politiques.

8. Dans leur choix, les décideurs devraient tenir compte des difficultés juridiques et des difficultés pratiques. Les premières portent principalement sur trois points : la clause de la nation la plus favorisée⁵, la clause de survie⁶ et la gestion de la transition entre les accords obsolètes et les nouveaux accords. Les décideurs doivent également garder à l'esprit les nombreuses autres difficultés politiques et pratiques qui pourraient se poser et se préparer à y faire face.

1. Interprétation conjointe des dispositions des accords

9. Les dispositions des AII formulées en termes généraux peuvent donner lieu à des interprétations inattendues et contradictoires lors des procédures de règlement des différends entre investisseurs et États. Les interprétations concertées, visant à clarifier le sens des obligations prévues par les accords, contribuent à réduire l'incertitude et à accroître la prévisibilité pour les investisseurs, les parties contractantes et les tribunaux (tableau 1).

⁵ La clause de la nation la plus favorisée interdit de manière générale tout traitement moins favorable des investisseurs d'un État signataire par rapport aux investisseurs similaires d'un pays tiers.

⁶ En règle générale, les clauses de survie couvrent les mesures gouvernementales adoptées avant et après la date d'extinction de l'accord (pour la durée de la période de survie), mais ne s'appliquent qu'aux investissements réalisés avant la date d'extinction.

Tableau 1

Moyen d'action : Interprétation conjointe des dispositions des accords^a

<i>Résultats</i>	<i>Difficultés</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Elle permet aux parties de préciser une ou plusieurs dispositions spécifiques sans modifier ou renégocier l'accord (pas de ratification nécessaire, diminution des coûts et des délais). • Elle est particulièrement utile si l'accord dispose que l'interprétation conjointe par les parties (ou leurs organes communs) s'impose aux tribunaux. • Elle peut être utilisée dès son adoption, y compris pour le règlement des différends en instance devant les tribunaux. • Elle fait autorité étant donné qu'elle est établie par les parties à l'accord. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ses effets sont limités car elle ne peut pas donner un sens complètement nouveau à une disposition. • Des doutes peuvent apparaître quant à sa véritable nature juridique (il n'est pas toujours facile de distinguer une interprétation d'une modification). • Elle peut laisser aux tribunaux une certaine marge discrétionnaire. • Son authenticité pourrait être difficile à établir si l'une ou l'autre partie a systématiquement agi de manière contraire à l'interprétation. • Elle pourrait être difficile à négocier dans le cas où un différend en instance devant un tribunal porte sur l'application des dispositions concernées.

Source : CNUCED.

^a Clarifie le contenu d'une disposition et réduit le pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière d'interprétation.

10. La clarification des clauses des AII peut contribuer à réduire les incertitudes découlant de la formulation en termes généraux de certaines dispositions des ABI de première génération. L'établissement d'une déclaration interprétative conjointe qui fait foi donne des informations très précises, indispensables pour les investisseurs, les pays d'accueil et les arbitres. Cet instrument de réforme pourrait bien être le plus facile à appliquer dans la pratique : il permet aux parties à l'accord de se prononcer sur une clause spécifique, sans avoir à lancer de procédures de modification ou de renégociation comparativement plus coûteuses et plus longues (les déclarations interprétatives n'ont pas besoin d'être ratifiées). En indiquant expressément dans l'accord que la déclaration interprétative conjointe s'impose aux tribunaux, les parties peuvent lever tout doute quant à son effet juridique⁷. Cela étant, même en l'absence d'une telle disposition, la Convention de Vienne sur le droit des traités oblige les arbitres à tenir compte, en même temps que du contexte, « de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité » (art. 31.3 a)).

11. Plusieurs pays ont entrepris de formuler des déclarations interprétatives conjointes. En 2001, la Commission du libre-échange de l'Accord de libre-échange nord-américain a fait sienne l'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11, qui précisait le paragraphe 1) de l'article 1105 sur la norme minimale de traitement. En 2013, Singapour et la Colombie ont clarifié plusieurs dispositions (relatives notamment au traitement de la nation la plus favorisée et au traitement juste et équitable) de leur ABI de 2013 au moyen d'une déclaration interprétative conjointe. En janvier 2016, les parties à l'Accord de partenariat transpacifique ont publié une note interprétative au sujet de l'expression « dans des circonstances analogues », applicable aux dispositions relatives au traitement de la nation la plus favorisée et au traitement national.

⁷ CNUCED, 2013, « World Investment Report 2013 – Global Value Chains: Investment and Trade for Development » (*Rapport sur l'investissement dans le monde 2013 : Les chaînes de valeur mondiales : l'investissement et le commerce au service du développement – Vue d'ensemble*) (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.13.II.D.5, New York et Genève).

12. Il convient de noter deux évolutions politiques récentes, distinctes mais proches du concept traditionnel des interprétations conjointes. En février 2016, l'Inde a proposé une déclaration interprétative conjointe à 25 pays auxquels elle est liée par des AII dont la période initiale de validité n'est pas encore achevée ; elle y expose son interprétation de plusieurs dispositions des accords, relatives notamment aux définitions d'investisseur et d'investissement, à la clause de la nation la plus favorisée, au traitement juste et équitable, au traitement national, aux clauses d'expropriation et au règlement des différends entre investisseurs et États. En octobre 2016, le Canada et l'Union européenne (UE) et ses États membres ont publié une interprétation conjointe sur l'Accord économique et commercial global, conclu entre le Canada et l'UE en 2016, qui rend compte de l'accord des parties au sujet d'un certain nombre de dispositions, tels le droit de réglementer et celui d'être indemnisé, qui suscitent des préoccupations et font l'objet d'un débat public.

13. Il faut aussi signaler que des organes communs chargés de formuler des interprétations sont souvent créés pour les AII récents, comme l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE (2016) et les ABI entre le Chili et Hong Kong (Chine) (2016) et entre le Maroc et le Nigéria (2016).

2. Modification des dispositions des accords

14. Les obligations formulées en termes généraux qui apparaissent communément dans les AII de première génération peuvent parfois s'avérer difficiles à modifier par une déclaration interprétative conjointe. La modification des dispositions des accords permet aux parties d'aboutir à une transformation de plus grande ampleur qui reflète l'évolution de leurs préférences en matière de politiques (tableau 2).

Tableau 2

Moyen d'action : Modification des dispositions des accords^a

Résultats	Difficultés
<ul style="list-style-type: none"> Elle constitue un moyen d'intervention plus large et plus ambitieux que l'interprétation ; elle permet d'incorporer de nouvelles règles plutôt que de clarifier seulement le sens des règles existantes. Elle aborde de façon ciblée la plupart des questions importantes sur lesquelles les parties ont la même position. Il peut être plus facile de négocier une modification et de s'entendre avec les autres parties que de renégocier de l'accord dans son ensemble. 	<ul style="list-style-type: none"> Il faut généralement ratifier les modifications au niveau national pour qu'elles prennent effet. Elle ne s'applique pas rétroactivement ; elle n'influe pas sur les différends en instance devant les tribunaux. Elle n'entraîne pas de changement global dans la conception et l'esprit de l'accord. Elle peut conduire à des négociations difficiles dans lesquelles les modifications ne sont obtenues que par concessions réciproques.

Source : CNUCED.

^a Modification du contenu d'un accord existant par l'introduction de nouvelles dispositions, ou la modification ou la suppression des dispositions existantes.

15. En règle générale, les modifications sont en nombre limité et n'ont pas d'incidences sur la conception générale et l'esprit d'un accord⁸. Si certaines dispositions particulières (relatives par exemple au traitement de la nation la plus favorisée et au traitement juste et équitable) préoccupent les parties, il peut être préférable d'effectuer des modifications ponctuelles plutôt que de renégocier l'accord dans son ensemble ; une renégociation peut en effet prendre beaucoup de temps et, selon les parties en présence, s'avérer éprouvant. Les procédures de modification varient d'un accord à l'autre. En l'absence de dispositions spécifiques, ce sont habituellement les règles générales de la Convention de Vienne sur le

⁸ Ibid.

droit des traités qui s'appliquent. Toutefois, beaucoup d'AII récents contiennent leurs propres dispositions en la matière. Ceci est particulièrement important dans le cas des accords plurilatéraux ou multilatéraux, où le grand nombre de parties concernées complique le processus. Les modifications apportées aux AII sont généralement formalisées par des accords séparés (protocoles, échanges de lettres ou de notes), qui prennent effet à l'issue d'une procédure similaire à celle suivie pour l'accord initial, c'est-à-dire après leur ratification par les pays.

16. On ne dispose pas encore de données détaillées sur les modifications. Tout indique que, jusqu'à présent, les États y ont eu recours avec parcimonie, hormis les États membres de l'UE en Europe orientale (Bulgarie, Croatie, Estonie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Tchéquie) qui ont apporté des modifications à leurs AII par des protocoles avant et après leur adhésion à l'UE. Des 84 AII assortis de protocoles conclus par ces pays, plus de 60 portent sur des ABI signés avec des pays non membres de l'UE et modifiés, notamment, pour mettre leurs obligations internationales en conformité avec la législation de l'UE. Certains protocoles prévoient des exceptions à la clause de la nation la plus favorisée pour les organisations d'intégration économique régionale ou des exceptions pour raisons de sécurité nationale, tels les protocoles conclus en 2007 et 2010 respectivement, dans le cadre des ABI entre la Bulgarie et l'Inde (1998) et entre la Tchéquie et le Maroc (2001). Plusieurs États membres ont introduit des exceptions pour difficultés de balance des paiements dans certaines dispositions relatives au libre transfert des fonds. C'est le cas des protocoles conclus en 2009, 2011 et 2013, respectivement, concernant les ABI entre la Tchéquie et le Guatemala (2003), entre la Bulgarie et Israël (1993) et entre la Lituanie et le Koweït (2001). Ces modifications répondaient également à l'arrêt rendu par la Cour européenne de Justice en 2009 selon lequel les dispositions relatives aux transferts de fonds contenues dans certains ABI entre des États membres et des pays tiers étaient contraires au droit européen.

17. D'autres pays ont eu recours aux modifications de façon plus sporadique pour apporter des aménagements aux mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États, par exemple par le biais d'un échange de notes en 1997 concernant l'ABI entre le Paraguay et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (1981) et de protocoles conclus en 2000 et 2003, respectivement, au titre des ABI entre le Panama et les États-Unis d'Amérique (1982) et entre l'Allemagne et la République de Moldova (1994). Des modifications ont également été apportées récemment, en mai 2016, à l'accord de libre-échange (ALE) entre Singapour et l'Australie (2003), d'entente entre les parties à l'issue du troisième examen de l'accord. Le chapitre sur l'investissement, tel que révisé, contient de nombreuses modifications portant sur les définitions et les obligations de fond, et prévoit des exceptions concernant le règlement des différends entre investisseurs et États, notamment en ce qui concerne les mesures de lutte antitabac. La ratification de ces modifications est en cours.

18. Enfin, en août 2016, les membres de la Communauté de développement de l'Afrique australe ont modifié l'annexe I du Protocole de la Communauté sur la finance et l'investissement. La version modifiée ne contient plus les dispositions relatives au traitement juste et équitable et au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, elle précise les définitions des termes « investisseur » et « investissement », introduit des exceptions à la disposition relative à l'expropriation et clarifie la clause de traitement national, les responsabilités des investisseurs ainsi que le droit des pays d'accueil de réglementer l'investissement. La ratification de ces modifications est en cours.

3. Remplacement des accords « obsolètes »

19. Le remplacement d'un accord est l'occasion d'examiner l'instrument dans sa totalité au lieu d'en modifier seulement certaines clauses (tableau 3). Ce moyen de réforme consiste à remplacer un accord « obsolète » par un nouvel accord. Le nouvel AII peut être conclu par les mêmes partenaires (remplacement d'un ABI par un nouvel ABI) ou par un groupe plus large de pays (remplacement de plusieurs ABI par un accord plurilatéral (voir moyen d'action 4)). En considérant un accord sous un angle nouveau, les parties peuvent procéder à des transformations de plus grande ampleur s'agissant des modifications apportées et être plus rigoureuses et plus conceptuelles dans l'élaboration d'un AII qui reflète leur nouvelle vision commune.

Tableau 3

Moyen d'action : Remplacement des accords « obsolètes »^a

<i>Résultats</i>	<i>Difficultés</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Il permet de réaliser une réforme globale par le biais d'une révision complète de l'accord, conforme à l'évolution des objectifs des parties. • Il permet de revoir l'esprit et la conception générale de l'accord et d'y intégrer des questions nouvelles. • Il peut intervenir à tout moment pendant l'application de l'accord. 	<ul style="list-style-type: none"> • Les partenaires doivent avoir des points de vue similaires. • Il peut être coûteux et long à mettre en place puisqu'il faut négocier un accord entièrement nouveau. • La prise en compte des éléments de réforme n'est pas garantie (dépend des résultats de la négociation). • Il faut qu'il y ait une transition effective entre l'ancien accord et le nouveau.

Source : CNUCED.

^a Remplace un accord de première génération par un nouvel accord.

20. Pour que le remplacement soit effectif, les pays doivent tenir compte des dispositions mettant fin à l'accord énoncées dans l'ancien AII, y compris des dispositions relatives à la transition entre accords et aux clauses de survie.

21. À ce jour, quelque 130 ABI ont été remplacés, principalement par d'autres accords du même type ou par des accords bilatéraux contenant des dispositions relatives à l'investissement. Les pays actifs dans ce domaine durant les vingt dernières années sont l'Allemagne, suivie par la Chine, l'Égypte, la Roumanie et le Maroc. Les accords de remplacement n'intègrent pas tous des éléments de réforme axés sur le développement durable. Parmi les accords de remplacement en discussion, on peut citer la renégociation en cours entre le Mexique et la Suisse sur l'ABI qui remplacera l'accord antérieur de 1995.

22. Sur un échantillon de 167 accords contenant des dispositions relatives à l'investissement, 16 seulement (10 %) ont remplacé au moins un ABI avec lequel il y avait des chevauchements⁹. Le Pérou a ainsi remplacé trois ABI par des ALE avec le Chili (2006), Singapour (2008) et la République de Corée (2010). Chacun des trois accords contient un chapitre sur l'investissement, prévoit expressément l'extinction de l'ancien ABI au moment de leur entrée en vigueur et établit des règles de transition.

23. Dans quelques rares cas, il arrive que les États suspendent tout ou partie d'un ABI pendant la période d'application d'un nouvel AII, ainsi les ALE entre le Maroc et les États-Unis (2004) et entre le Canada et le Panama (2010) et l'accord d'investissement entre la République de Corée et l'Association européenne de libre-échange (AELE) (2005). Il ne s'agit pas d'un remplacement proprement dit mais plutôt d'un remplacement sous condition que laisse la possibilité de réactiver l'ABI en cas de dénonciation du nouvel AII.

4. Consolidation du réseau d'AII

24. L'abrogation de plusieurs ABI et leur remplacement par un nouvel accord plurilatéral contribue à mettre à jour le contenu de l'accord tout en réduisant la fragmentation du réseau d'AII (tableau 4). La consolidation est une forme de remplacement (voir moyen d'action 3). Elle consiste à abroger plusieurs anciens accords et à les remplacer par un nouvel accord unique, moderne et axé sur le développement durable. Du point de vue de la réforme, c'est une solution intéressante puisqu'elle a deux effets positifs : elle permet à la fois de mettre à jour le contenu des accords et de réduire la fragmentation du réseau des AII en fixant des règles uniformes applicables dans plus de deux pays.

⁹ CNUCED, 2017, figure III.23.

Tableau 4

Moyen d'action : Consolidation du réseau d'AII^a

<i>Résultats</i>	<i>Difficultés</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Elle permet une mise à jour de tous les aspects de l'AII par le biais d'une révision intégrale de l'accord. • Elle réduit la fragmentation du réseau des AII en réduisant le nombre d'accords existants. • Elle peut être moins coûteuse et plus rapide que les négociations bilatérales avec de multiples partenaires. 	<ul style="list-style-type: none"> • Elle exige la participation de toutes les parties aux accords antérieurs. • La prise en compte des éléments de réforme n'est pas garantie (dépend des résultats de la négociation). • Il peut être plus difficile d'obtenir des résultats dans une négociation plurilatérale que dans une négociation bilatérale.

Source : CNUCED.

^a Abroge au moins deux ABI de première génération et les remplace par un nouvel AII plurilatéral.

25. Par exemple, lorsque l'UE signe un AII avec un pays tiers, le nouvel accord remplace tous les ABI antérieurs conclus à titre individuel par les États membres de l'UE avec ce pays. L'Accord économique et commercial global conclu entre le Canada et l'UE (2016), par exemple, remplacera les huit ABI qui liaient précédemment le Canada à des États membres de l'UE (art. 30.8). Il existe des dispositions à cet effet dans les ALE récemment négociés entre, d'une part, Singapour et l'UE (remplacera 12 ABI) et, d'autre part, le Viet Nam et l'UE (remplacera 22 ABI).

26. Un autre exemple est l'ALE conclu entre le Mexique et cinq États d'Amérique centrale (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras et Nicaragua, 2011) qui a remplacé trois ALE antérieurs – entre le Mexique et le Costa Rica (1994), le Mexique et le Nicaragua (1997), et le Mexique et El Salvador, le Guatemala et le Honduras (2000).

27. Cela dit, la plupart des AII plurilatéraux n'ont pas été consolidés, d'où l'application parallèle d'accords obsolètes et de nouveaux accords. Cette situation ajoute à la complexité et à l'incohérence d'un système déjà très compliqué¹⁰. Certains de ces AII contiennent des clauses de conflit destinées à gérer les relations conventionnelles qui se chevauchent (voir moyen d'action 5). Dans d'autres, le parallélisme est la modalité par défaut, mais les parties ont la possibilité de se déterminer d'un commun accord. Par exemple, dans le contexte de l'Accord de partenariat transpacifique, l'Australie a conclu un accord séparé selon lequel l'entrée en vigueur de cet instrument mettrait fin à ses ABI avec le Mexique, le Pérou et le Viet Nam. D'autres parties ont, pour le moment, décidé de maintenir leurs anciens AII (il existe plus de 20 AII dont les parties, également parties à l'Accord de partenariat transpacifique, ont pris des engagements mutuels relatifs à l'investissement qui font double emploi avec ce dernier). Dans certaines négociations plurilatérales en cours, la question est encore à l'étude. Par exemple, en Afrique, l'ALE tripartite entre le Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe, la Communauté d'Afrique de l'Est et la Communauté de développement de l'Afrique australe pourrait remplacer une centaine d'ABI entre les États participants.

28. Lorsqu'ils optent pour la consolidation – ou, généralement, pour le remplacement –, les pays devraient avoir à l'esprit les dispositions d'extinction contenues dans les AII antérieurs et veiller à ce que la transition entre l'ancien et le nouveau régime d'accords soit effective (voir moyen d'action 3).

¹⁰ CNUCED, 2014, « World Investment Report 2014: Investing in the SDGs [Sustainable Development Goals] – An Action Plan » (*Rapport sur l'investissement dans le monde 2014 : L'investissement au service des objectifs de développement durable – Un plan d'action, Vue d'ensemble*) (Publication des Nations Unies, numéro de vente E.14.II.D.1, New York et Genève).

5. Gestion des relations entre les divers accords existants

29. Lorsque les pays décident de maintenir les accords de première génération parallèlement aux nouveaux accords, les objectifs de la réforme des AII ne pourront être réalisés que si les nouveaux AII, plus actuels, prévalent en cas de conflit ou d'incohérence (tableau 5).

Tableau 5

Moyen d'action : Gestion des relations entre les divers accords existants^a

<i>Résultats</i>	<i>Difficultés</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Elle permet de veiller à ce que les pays ne soient pas tenus simultanément par des obligations résultant d'accords qui se chevauchent. • Elle peut contribuer aux efforts de réforme en veillant à ce que l'accord le plus récent l'emporte sur les autres. • Tout en maintenant l'ancien accord (parallélisme), elle clarifie les relations entre celui-ci et le nouvel accord. 	<ul style="list-style-type: none"> • Elle ne met pas fin à l'ancien accord. • Elle ne fait qu'atténuer les incidences négatives de la coexistence des accords ; elle ne fait pas avancer la réforme effective et globale en faveur d'un nouveau régime des AII. • Son impact dépend du libellé de la clause de conflit.

Source : CNUCED.

^a Établit les règles qui déterminent lequel des AII parallèles s'applique dans une situation donnée.

30. Au lieu d'opter pour le remplacement, certaines parties à un accord décident de maintenir côte à côte l'accord de première génération et le nouvel accord. C'est souvent le cas lorsque le nouvel accord est plurilatéral, par exemple un ALE régional contenant un chapitre sur l'investissement, et que les accords antérieurs sous-jacents sont des accords bilatéraux. Par exemple, sur 167 accords contenant des dispositions relatives à l'investissement, plus des deux tiers (119) coexistent avec les anciens AII qui contiennent des dispositions semblables¹¹. Généralement, ce parallélisme complique le système et n'est pas propice à la réforme du régime des AII. Aux fins d'une réforme effective et globale, il vaudrait mieux éviter d'appliquer en parallèle des AII coexistants liant les mêmes parties. Toutefois, les États peuvent avoir des raisons particulières d'agir ainsi.

31. Pour limiter les conséquences potentiellement négatives de cette situation, les États peuvent introduire des dispositions qui précisent les relations entre les AII existants¹². Par exemple, une clause de conflit peut préciser lequel des accords prévaut en cas de conflit ou d'incohérence. Sur les 119 accords mentionnés plus haut, seulement 35 environ (à peu près un tiers) contiennent une clause précisant lequel de l'accord ancien ou nouveau a la priorité.

32. Dans la mesure où elles mettent en avant les accords nouveaux, plus modernes, les clauses de conflit peuvent être un outil utile pour réformer le régime des AII. Par exemple, sur les 35 accords contenant des dispositions relatives à l'investissement et des clauses de conflit, plus de la moitié (20) donnent la priorité à l'accord le plus récent en cas d'incohérence ; il en va ainsi des ALE entre le Panama et la province chinoise de Taiwan (2003 ; art. 1.03(2)), entre le Mexique et le Pérou (2011 ; art. 1.3(2)) et entre la Colombie et la République de Corée (2013 ; art. 1.2(2)).

¹¹ CNUCED, 2017, figure III.23.

¹² Dans le cas où un nouveau traité contient des dispositions qui font double emploi avec des dispositions énoncées dans un autre traité sans prévoir de clause établissant les relations entre les traités, cette relation est régie par la Convention de Vienne sur le droit des traités, notamment par ses articles 30 et 59, selon qu'il convient.

33. Toutefois, il arrive aussi souvent que les États décident d'incorporer des clauses qui donnent expressément la priorité à l'ancien accord (souvent moins réformateur), tels l'ALE entre l'Australie et la Malaisie (2012 ; art. 21.2(2)) et l'accord d'investissement tripartite entre la Chine, le Japon et la République de Corée (2012 ; art. 25). Des 35 accords mentionnés plus haut, 15 donnent la priorité à l'ancien accord.

34. Les États intègrent aussi parfois des clauses qui donnent la priorité à l'accord le plus favorable aux investisseurs (lettres d'accompagnement complétant l'Accord de partenariat transpacifique, signées par la Nouvelle-Zélande avec l'Australie, le Brunéi Darussalam, le Chili, la Malaisie, Singapour et le Viet Nam) ou qui ne font pas toute la lumière sur la question du statut de l'ancien accord mais la laissent ouverte (ainsi l'ALE entre la Chine et la République de Corée (2015 ; art. 1.3)). Ces clauses établissant les relations entre les accords ne participent guère à la promotion de la réforme du régime des AII.

35. Il est difficile aussi de gérer les relations existant entre les AII dont les champs d'application diffèrent mais se chevauchent ainsi qu'entre les différents chapitres d'un AII. Comme, en général, les règles sur les services et celles sur l'investissement sont en interaction et, dans une certaine mesure, se recoupent (par exemple l'article 1.2 de l'Accord général sur le commerce des services, relatif à la fourniture de services relevant du mode 3), il peut être nécessaire de réglementer ces interactions. Les États ont plusieurs solutions. Ils peuvent opter pour le chevauchement des textes et adopter une clause de conflit, qui permettrait, en cas d'incohérence entre le chapitre sur l'investissement et les autres chapitres d'un ALE, de faire en sorte que les dispositions des autres chapitres l'emportent, ainsi dans l'ALE entre les États-Unis et l'Australie (2004 ; art. 11.2). Une autre solution consiste à traiter de l'investissement dans les services à la fois dans le chapitre consacré à l'investissement et dans celui consacré aux services, mais de faire en sorte que certaines obligations en matière de protection de l'investissement ne s'appliquent pas à l'investissement dans les services (généralement les dispositions relatives à la nation la plus favorisée et celles relatives au traitement national), comme cela a été fait dans l'ALE entre Singapour et l'AELE (2002 ; art. 38(2) et 38(3)). Les États peuvent aussi incorporer dans le chapitre sur les services une clause liant services et investissement, qui précise quelles obligations en matière d'investissement s'appliquent *mutatis mutandis* aux mesures touchant la fourniture de services, ainsi dans l'Accord général de coopération économique entre l'Inde et Singapour (2005 ; art. 7.24). Ils peuvent également définir le champ d'application, en réglementant l'interaction soit dans le chapitre sur les services soit dans celui sur l'investissement, comme ils l'ont fait à l'article 10.1 de l'Accord de partenariat transpacifique, qui exclut le mode 3 du champ d'application du chapitre sur les services.

6. Référence aux normes mondiales

36. Dans leurs efforts de réforme des AII, les pays peuvent se référer aux normes et instruments reconnus de manière multilatérale, qui témoignent d'un consensus large sur les sujets en question. Cette référence permet de réduire la fragmentation entre les AII et les autres instruments de droit et de politique internationaux (tableau 6).

Tableau 6

Moyen d'action : Référence aux normes mondiales^a

Résultats	Difficultés
<ul style="list-style-type: none"> Elle peut contribuer à définir l'esprit d'un accord (tels ses buts et objectifs) et influencer sur son interprétation par les tribunaux arbitraux. Elle peut éclairer la mise à jour des accords existants et l'élaboration de nouveaux accords. 	<ul style="list-style-type: none"> Selon la norme mondiale en cause, elle peut être considérée comme surchargeant le régime des AII avec des questions qui ne sont pas essentielles à son objectif traditionnel qui est de protéger les investissements étrangers. Elle n'apporte pas forcément davantage de clarté juridique ni ne limite le pouvoir discrétionnaire des tribunaux arbitraux en matière d'interprétation.

<i>Résultats</i>	<i>Difficultés</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Elle peut rapprocher différents groupes de règles internationales. • Elle est peu coûteuse et rapide à mettre en œuvre (les pays peuvent se référer à des instruments déjà approuvés par les parties). 	<ul style="list-style-type: none"> • Elle ne donne aux parties aucun contrôle sur l'évolution future des instruments concernés.

Source : CNUCED.

^a Renforce la cohérence et améliore l'interaction entre les AII et d'autres domaines du droit international et de l'action internationale.

37. Les AII sont actuellement les principaux outils traitant de l'investissement étranger aux niveaux bilatéral, régional, plurilatéral et multilatéral. Toutefois, des décisions prises au niveau international ont aussi abouti à l'élaboration d'une multitude d'autres normes et instruments, contraignants ou non, qui concernent directement ou indirectement l'investissement international. En septembre 2015, la communauté mondiale a adopté les objectifs de développement durable, et plusieurs de leurs 169 cibles pointent le rôle important de l'investissement dans la réalisation de ces objectifs (par exemple les cibles 7.a et 10.b) ou concernent les politiques d'investissement (par exemple les cibles 1.b, 17.14, 17.15 et 17.16). De même, dans le Programme d'action d'Addis-Abeba, document final de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement, les États membres ont déclaré que (par. 91) : « La volonté de protéger et d'encourager l'investissement ne doit pas compromettre notre capacité de poursuivre des objectifs de politique publique. Nous nous efforcerons de rédiger des accords relatifs au commerce et à l'investissement comportant des garanties appropriées de façon à ne pas empêcher l'adoption de politiques et de lois allant dans le sens de l'intérêt général. ».

38. Le Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable de la CNUCED, cadre non contraignant élaboré en 2012, a pour objectif de mettre l'investissement au service du développement durable et d'une croissance inclusive. Le cadre a été actualisé en 2015 et relancé durant la troisième Conférence internationale sur le financement du développement. Depuis, il est une référence pour les décideurs de plus de 130 pays.

39. Il existe en outre de nombreuses initiatives volontaires et réglementaires qui visent à promouvoir des normes et des principes relatifs à la responsabilité sociale des entreprises axés sur le développement durable, par exemple le Pacte mondial des Nations Unies et la norme 26000 de l'Organisation internationale de normalisation sur la responsabilité sociale. Ces instruments sont rapidement devenus une caractéristique unique du droit non contraignant. Ils se concentrent généralement sur les activités des entreprises multinationales et, ce faisant, exercent leur influence sur les politiques d'investissement depuis quelques dizaines d'années¹³.

40. Si des incertitudes demeurent sur le rôle et le poids que les tribunaux internationaux d'arbitrage voudront accorder à ces instruments, les décideurs disposent de quelques moyens pour utiliser ces normes internationales en faveur de la réforme du régime des AII. Ils peuvent, par exemple, prendre les mesures suivantes :

a) Incorporer les normes et instruments internationaux dans leurs nouveaux AII, par exemple par le biais des références, comme cela se fait déjà dans un nombre encore faible mais croissant d'accords. Ces clauses serviraient au moins à souligner l'importance de la durabilité dans les relations entre investisseurs et États. Elles pourraient aussi sensibiliser les investisseurs à leurs responsabilités en matière de développement durable et fournir aux tribunaux chargés du règlement des différends entre investisseurs et États des orientations générales pour l'interprétation ;

¹³ CNUCED, 2013.

b) Adopter une déclaration commune rappelant les engagements pris par les pays à l'égard d'un certain nombre de normes et d'instruments internationaux désignés, et indiquant que les relations des pays participants en ce qui concerne les politiques d'investissement doivent être comprises à la lumière de ces engagements. Les effets seraient les mêmes que ceux des références, à ceci près qu'ils concerneraient non seulement les nouveaux accords mais aussi les anciens. Plus le groupe de pays participants (et, peut-être, la liste des normes internationales) serait important, plus les effets seraient puissants ou leur portée étendue ;

c) Mieux intégrer les questions liées à la durabilité dans les grands débats sur la gouvernance économique internationale et le cadre réglementaire international de l'investissement.

41. Le système des références peut être très utile pour faire en sorte que les différents instruments juridiques et processus décisionnels soient moins fragmentés et isolés les uns des autres ; il peut aussi servir à renforcer les liens entre les AII et les normes internationales relatives à la durabilité. Tout cela contribuerait à l'élaboration d'une conception mondiale applicable non seulement aux orientations futures en matière d'investissement mais également aux accords existants.

42. Par exemple, plusieurs AII récents font référence aux normes relatives à la responsabilité sociale des entreprises en termes généraux, évoquant les normes internationalement reconnues dans des domaines tels que les droits de l'homme, le travail, l'environnement, la lutte contre la corruption et autres, ainsi l'ABI entre le Burkina Faso et le Canada (2015) et l'ALE entre la Colombie et le Panama (2013). D'autres sont plus spécifiques et se réfèrent à des normes internationales telles que les objectifs de développement durable (ABI entre le Maroc et le Nigéria (2016)), la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et/ou les instruments de l'Organisation internationale du Travail (ALE entre la Géorgie et l'AELE (2016) et Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE (2016)) ; ou les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales et les Principes de gouvernement d'entreprise de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) (Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE (2016) et ALE entre la Bosnie-Herzégovine et l'AELE (2013)).

43. Les principes directeurs pour l'élaboration de politiques d'investissement à l'échelle mondiale, définis par le Groupe des 20 (G-20) en juillet 2016 et approuvés en septembre 2016, sont un exemple récent de normes élaborées dans une cadre plurilatéral. Si ces principes directeurs sont déjà une norme en eux-mêmes, ils renvoient également à d'autres normes internationales, et en particulier le principe VIII selon lequel : « Les politiques d'investissement devraient promouvoir et faciliter le respect par les investisseurs des meilleures pratiques internationales et des instruments applicables relatifs au comportement responsable des entreprises et à la gouvernance des entreprises ».

7. Engagement multilatéral

44. L'engagement multilatéral est le moyen le plus efficace mais aussi le plus difficile de réformer le régime des AII. Il faudrait comparer les processus multilatéraux passés et présents et analyser ce qui les distingue sur le plan de l'intensité, de la profondeur et du niveau d'engagement (tableau 7). Une réforme multilatérale de niveau mondial, dès lors qu'elle est un succès, serait la meilleure solution pour remédier aux incohérences, aux chevauchements et aux problèmes relatifs au développement qui caractérisent les milliers de traités constituant le régime actuel. L'action multilatérale est toutefois loin d'être simple, notamment lorsqu'il s'agit d'en définir les modalités¹⁴.

¹⁴ UNCTAD, 2015 : UNCTAD, 2016.

Tableau 7

Moyen d'action : engagement multilatéral^a

<i>Résultats</i>	<i>Difficultés</i>
<ul style="list-style-type: none"> De tous les moyens d'action, il est le mieux à même de traiter les questions de portée mondiale (tel le développement durable) ou les questions systémiques (telle la clause de la nation la plus favorisée). Dès lors qu'il aboutit, il est le plus efficace puisqu'il apporte le changement à un très grand nombre de pays et de relations conventionnelles en une fois. Il peut contribuer à éviter une fragmentation accrue du régime due aux mesures ponctuelles prises par des pays à titre individuel. 	<ul style="list-style-type: none"> C'est la voie la plus étroite puisqu'il est d'autant plus difficile d'obtenir un consensus que les pays sont nombreux. Il peut déboucher sur une situation dans laquelle les pays ayant un moindre pouvoir de négociation ou partenaires tardifs se voient imposer les règles. Il débouchera plus vraisemblablement, pour le moment au moins, sur des instruments non contraignants ou sur des instruments ayant un champ d'application réduit (par exemple : certains aspects du règlement des différends entre investisseurs et États) ; il n'a donc que peu d'impact sur le régime des AII dans leur globalité.

Source : CNUCED.

^a Définit une conception commune ou de nouvelles règles communes à un très grand nombre de pays, ainsi qu'un mécanisme qui apporte le changement en une fois.

45. Il y a eu récemment un certain nombre de développements aux niveaux multilatéral ou plurilatéral, qui peuvent être une source d'inspiration pour les futures initiatives visant à réformer le régime des AII. La manière dont les nouvelles règles ont été élaborées, de même que les procédures ou les outils utilisés pour les appliquer aux accords existants, peuvent en effet être utiles. À cet égard, les processus multilatéraux d'élaboration des règles dans des domaines autres que celui des AII, tels que le projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfiques (BEPS) de l'OCDE, peuvent également être instructifs.

46. En considérant dans quelle mesure il est possible de s'inspirer de ces initiatives, il faudrait prêter attention aux caractéristiques des différents processus multilatéraux. Ils peuvent présenter des différences du point de vue, notamment, de l'ampleur de leur champ d'application, du nombre de pays impliqués (pendant la phase d'élaboration des règles puis lors de leur application), de la nature juridique (des règles elles-mêmes ainsi que des mécanismes employés pour en étendre l'application) et de la mesure dans laquelle ces processus sont institutionnalisés ou hébergés par une organisation intergouvernementale.

47. Par exemple, la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États (Convention de Maurice sur la transparence) encourage une plus large application des règles de transparence de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) aux AII conclus avant le 1^{er} avril 2014. La Convention modifie effectivement le nombre d'accords de première génération des pays qui l'ont ratifiée et devient de fait un moyen de réforme collective. Les futures réformes du régime des AII pourraient s'inspirer des négociations multilatérales qui ont abouti aux règles d'arbitrage de la CNUDCI et à la Convention de Maurice sur la transparence, ainsi que du mécanisme de consentement exprès prévu dans cet instrument, qui modifie certains aspects des AII existants.

48. Au-delà du régime d'investissement, la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfiques (Instrument multilatéral) favorise l'application par les États de ces mesures, et donc la modification possible de plus de 3 000 conventions fiscales bilatérales conclues à ce jour. L'Instrument multilatéral aborde un certain nombre de sujets de préoccupation (dispositifs hybrides, utilisation abusive des conventions fiscales et amélioration du règlement des différends) et apporte un changement qui est fondé sur le choix et la flexibilité. Par exemple, il ne s'appliquera qu'aux conventions fiscales désignées

par les parties à la Convention et recourt à des mécanismes qui permettent aux parties d'exclure ou de modifier les effets juridiques de telle ou telle disposition. Parce qu'il est possible de choisir entre les dispositions alternatives et d'opter pour des dispositions facultatives, il est possible aussi de prendre des engagements supplémentaires. La future réforme des AII pourrait s'inspirer du processus multilatéral multipartite qui a conduit à l'adoption de l'Ensemble final BEPS, ainsi que de la structure de l'instrument qui est similaire à celle de la Convention de Maurice sur la transparence, mais plus complexe, et qui permet de faire des déclarations unilatérales et d'émettre des réserves vis-à-vis de telle ou telle disposition d'une convention fiscale existante ou d'y apporter des modifications.

49. Les discussions en cours sur la mise en place d'un tribunal et/ou d'un mécanisme d'appel multilatéraux de l'investissement pourraient déboucher sur l'élaboration d'un instrument qui modifie les dispositions relatives au règlement des différends entre investisseurs et États contenues dans les accords plus anciens. Le mécanisme du consentement exprès prévu dans la Convention de Maurice sur la transparence est aussi examiné dans le processus en cours entre la CNUDCI et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) qui porte sur la création d'un tribunal ou d'un mécanisme d'appel spécialisé permanent.

50. Les principes directeurs du Groupe des 20 (G-20) pour l'élaboration de politiques d'investissement à l'échelle mondiale, adoptés avec l'appui de la CNUCED, constituent un autre exemple des initiatives prises. Bien qu'ils ne soient pas contraignants, ces principes sont censés constituer un texte de référence important pour la négociation des nouveaux AII et la modernisation des accords existants. Ils pourraient servir de référence pour la réforme du régime des AII au niveau mondial et pour la formulation d'une nouvelle génération d'AII, mieux en phase avec les préoccupations et les priorités du XXI^e siècle. Ils peuvent être une source d'inspiration en ce sens qu'ils ne donnent pas des orientations seulement sur la rédaction des accords mais sur l'interprétation des accords existants à la lumière de la conception commune énoncée par le G-20 des priorités actuelles en matière d'élaboration de politiques d'investissement ; de plus, ces principes peuvent être appliqués par des pays non membres du G-20.

51. Enfin, les plateformes et les processus multipartites tels que le Forum mondial de l'investissement de la CNUCED, forum international participatif de haut niveau où il est question de la nature stratifiée et multiforme de l'actuel régime des AII, et la troisième Conférence internationale des Nations Unies sur le financement du développement, qui a demandé à la CNUCED de poursuivre ses consultations avec les États membres sur les AII, sont utiles pour la recherche, l'analyse, les mesures d'appui et les échanges sur la manière de faire avancer la réforme.

8. Abandon des accords de première génération non ratifiés

52. Un nombre relativement important d'ABI, dont beaucoup sont de première génération, ne sont pas encore entrés en vigueur. Un pays peut signifier formellement sa décision de ne pas être lié par ces accords afin de mettre de l'ordre dans l'ensemble de ses AII et de promouvoir la négociation de nouveaux accords plus actuels (tableau 8).

Tableau 8

Moyen d'action : Abandon des accords de première génération non ratifiés^a

<i>Résultats</i>	<i>Difficultés</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Il peut contribuer à mettre de l'ordre dans le réseau d'AII d'un pays. • La procédure est simple ; il suffit de notifier les autres parties. 	<ul style="list-style-type: none"> • Il peut être perçu comme préjudiciable au climat d'investissement du pays. • Il peut perturber les relations avec les autres parties.

<i>Résultats</i>	<i>Difficultés</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Il peut adresser un message de réforme aux autres partis et au public. 	<ul style="list-style-type: none"> • Il peut ne pas avoir d'incidences sur les affaires en cours liées à l'application provisoire. • Il peut ne pas avoir d'incidences sur les futurs demandes de règlement de différends entre investisseurs et États (déposées pendant la période visée par la clause de survie) si l'État a accepté d'appliquer l'accord à titre provisoire en attendant sa ratification.

Source : CNUCED.

^a Fait part de l'intention d'un pays de ne pas devenir partie à un accord qui a été signé mais non encore ratifié.

53. En vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les pays signataires ont « l'obligation de s'abstenir d'actes qui priveraient la Convention de son objet et de son but », même avant l'entrée en vigueur de l'instrument (art. 18). L'abandon formel de l'accord (le terme « abandon » étant utilisé dans son sens familier et juridiquement neutre) garantirait qu'un pays s'est libéré de cette obligation. Cette procédure est généralement simple car l'accord n'est pas encore entré en vigueur.

54. Jusqu'à présent, rares semblent être les pays à avoir choisi cette solution, bien que les cas n'aient peut-être pas tous été portés à l'attention du public. Le Brésil a abandonné 14 ABI signés dans les années 1990 après que certains ont été rejetés par son Congrès qui a jugé certaines de leurs dispositions contraires à la Constitution. En 2008, l'Équateur a notifié son intention de dénoncer deux ABI non ratifiés avec le Honduras et le Nicaragua. Tout récemment, en janvier 2017, les États-Unis ont annoncé leur intention de se retirer de l'Accord de partenariat transpacifique¹⁵.

55. Toutefois, dans le cadre de certains accords, les pays conviennent d'une application à titre provisoire qui signifie que l'accord ou une partie de l'accord est appliqué après sa signature mais avant son entrée en vigueur. Il est généralement plus compliqué de se retirer d'un accord appliqué à titre provisoire puisqu'il s'agit d'une démarche similaire à celle qui consiste à mettre fin à un accord en vigueur. Généralement, les AII prévoient une procédure qui permet à un pays de mettre fin à l'application provisoire de l'accord ; cela peut aussi déclencher l'application d'une clause de survie. La ratification par des parties multiples étant souvent un processus de longue haleine, l'application provisoire est plus courante dans les AII plurilatéraux, tels le Traité sur la Charte de l'énergie (1994) et l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (2016), dont certaines parties seulement du chapitre consacré à l'investissement seront appliquées à titre provisoire. Par exemple, en 2009, la Fédération de Russie a mis fin par notification à son application provisoire du Traité sur la Charte de l'énergie. Le traité contient une clause de survie distincte de vingt ans pour les signataires qui mettent fin à l'application provisoire.

9. Dénonciation des accords de première génération

56. La dénonciation des AII « obsolètes » – qu'elle soit unilatérale ou concertée – est une façon directe, quoique pas toujours immédiate, de libérer les parties de leurs obligations (tableau 9). Le fait de dénoncer un accord libère les parties de l'obligation de continuer de l'appliquer ; cela diffère de l'extinction d'un accord due à son remplacement par un autre accord conclu ultérieurement (voir moyens d'action 3 et 4). Un accord peut être dénoncé unilatéralement s'il contient des dispositions à cet effet ou, à tout moment, par consentement mutuel. Les règles de dénonciation unilatérale sont souvent énoncées dans l'ABI lui-même. En règle générale, les accords de ce type établissent une première période

¹⁵ États-Unis d'Amérique, Office of the Press Secretary, 23 janvier 2017, Note présidentielle concernant le retrait des États-Unis des négociations et de l'Accord de partenariat transpacifique.

d'application de dix à vingt ans qui doit être échue avant qu'une partie puisse les dénoncer d'une façon unilatérale. La dénonciation unilatérale déclenche les clauses de survie prévues dans l'accord dont l'application est prolongée pour une période déterminée. À des fins de clarté, les pays peuvent envisager de neutraliser la clause de survie lorsqu'ils mettent fin à un accord par consentement mutuel.

Tableau 9

Moyen d'action : Dénonciation des accords de première génération^a

<i>Résultats</i>	<i>Difficultés</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Elle peut être unilatérale ou concertée (sans remplacement par un nouvel accord). • Elle envoie un signal fort aux parties prenantes et aux critiques qui, dans le pays, sont favorables à une réforme des AII. • Elle peut promouvoir une réforme favorable au développement durable si elle s'inscrit dans une stratégie de remplacement conjointe et coordonnée. 	<ul style="list-style-type: none"> • Elle pourrait être perçue comme une dégradation du climat d'investissement dans le ou les pays qui dénoncent l'accord. • Les investissements des nationaux pourraient ne plus être protégés sur le territoire des autres parties. • Elle pourrait ne pas être immédiate en cas de déclenchement d'une clause de survie (l'exposition au risque de demande de règlement de différend entre investisseur et État demeure pendant la durée prévue par la clause de survie).

Source : CNUCED.

^a Libère les parties de leurs obligations découlant d'un accord.

57. Sur les 212 ABI qui avaient pris fin en mars 2017, 19 (9 %) ont été dénoncés par consentement mutuel, sans qu'ils aient été remplacés ou consolidés, 59 (28 %) ont été dénoncés unilatéralement et 134 (63 %) ont été remplacés par un nouvel accord. Les pays semblent réceptifs à la dénonciation, mais en général seulement dans le cadre de la conclusion d'un autre AII. Il convient aussi de mentionner le processus de dénonciation des ABI entre pays de l'UE.

58. Dans les dix dernières années, plusieurs pays ont unilatéralement ou conjointement mis fin à un certain nombre d'ABI, ainsi l'État plurinational de Bolivie (10), l'Équateur (10) et l'Indonésie (au moins 20). Par exemple, en ce qui concerne l'ABI entre l'Argentine et l'Indonésie (1995), les parties sont convenues de mettre fin à l'accord et de neutraliser la clause de survie. L'Afrique du Sud a mis fin à neuf ABI dans le cadre de la révision de sa politique d'investissement conformément aux objectifs de développement durable et de croissance économique inclusive ; cette initiative englobe aussi l'adoption de la loi sur la protection des investissements, l'élaboration d'un nouveau modèle d'ABI et des dialogues aux niveaux régional, continental et multilatéral¹⁶. L'Inde a révisé son modèle d'ABI et en a publié un nouveau à la fin de 2015. En conséquence, en 2016, elle a adressé des notifications à plus de 50 partenaires avec lesquels les accords initiaux originaux étaient éteints, afin de négocier de nouveaux accords basés sur le modèle révisé. L'Inde a déjà commencé ses négociations avec différents pays. Tout récemment, en mai 2017, l'Assemblée nationale équatorienne a approuvé l'extinction de 16 ABI, et le Président signé les décrets y mettant fin formellement.

10. Retrait des accords multilatéraux

59. Le retrait unilatéral des accords multilatéraux d'investissement peut permettre à un pays d'être moins exposé aux actions en justice des investisseurs, mais peut aussi entraîner des difficultés ultérieures dans la coopération multilatérale en matière d'investissement (tableau 10). Il libère la partie qui se retire des obligations découlant de l'accord et, selon

¹⁶ UNCTAD, 2016 ; UNCTAD, 2017.

l'instrument en cause, peut aider le pays à minimiser son exposition aux revendications des investisseurs. Il peut également être le signe que le pays n'a plus confiance dans le système et souhaite s'en retirer plutôt que le réformer. Il peut aussi indiquer une préférence pour un autre mécanisme de règlement des différends, par exemple, un mécanisme régional, tel que l'Union des nations de l'Amérique du Sud.

Tableau 10

Moyen d'action : Retrait des accords multilatéraux^a

<i>Résultats</i>	<i>Difficultés</i>
<ul style="list-style-type: none"> Il peut contribuer à limiter l'exposition du pays aux (futurs) revendications d'investisseurs (sous réserve de la dénonciation de la clause de survie et sans préjudice des plaintes déposées par des investisseurs au titre d'autres AII ou devant d'autres mécanismes internationaux). Il peut réduire les dépenses annuelles (par exemple si l'accord prévoit des contributions annuelles). Il peut être un pis-aller pour les pays qui préfèrent réformer l'accord existant mais ne sont pas en mesure de le faire seuls. 	<ul style="list-style-type: none"> Il peut être perçu comme préjudiciable au climat d'investissement du pays et/ou comme un facteur de marginalisation. Il prive le pays de toute coopération avec les autres parties au traité et de la possibilité d'exprimer son point de vue sur l'évolution de l'instrument. Il n'est pas rétroactif. Comme la plupart des AII acceptent de multiples mécanismes de règlement des différends entre États et investisseurs, le risque que des plaintes soient déposées n'est pas entièrement exclu. Il peut réduire la protection dont bénéficient les nationaux qui investissent à l'étranger.

Source : CNUCED.

^a Libère les parties qui s'en retirent de la force obligatoire de l'instrument.

60. À ce jour, deux pays se sont retirés du Traité sur la Charte de l'énergie, qui compte plus de 50 signataires et qui a été invoqué plus que tout autre dans des affaires de différends entre investisseurs et États. En 2009, la Fédération de Russie a notifié sa décision de mettre fin à l'application provisoire du traité et a déclaré son intention de ne pas le ratifier. En 2014, l'Italie a notifié son intention de dénoncer le traité, avec effet le 1^{er} janvier 2016. À la différence de la Fédération de Russie, l'Italie a ratifié le traité dont elle était partie à part entière. Le traité contient deux clauses de survie distinctes, pour les signataires qui ont appliqué le traité à titre provisoire et pour les parties qui l'ont ratifié. De plus, la Convention CIRDI a été dénoncée par trois pays à ce jour, à savoir l'État plurinational de Bolivie en 2007, l'Équateur en 2009 et la République bolivarienne du Venezuela en 2012. Les investisseurs ont déposé de nombreuses plaintes, représentant des enjeux financiers élevés, contre chacun de ces États auprès du CIRDI.

IV. Conclusions

61. La réforme du régime des AII dans une optique de développement durable est désormais au cœur de la politique internationale en matière d'investissement. La deuxième phase de la réforme fait fond sur les résultats du passé et se concentre sur la modernisation des très nombreux accords de première génération.

62. La présente note recense et examine 10 moyens d'action qui pourraient être mis en œuvre pour réaliser cette deuxième phase de la réforme du régime des AII. Elle examine l'expérience des pays au regard de ces moyens d'action, les résultats obtenus et les difficultés à surmonter et les enseignements tirés. Les 10 moyens d'action ont pour but de modifier le régime des AII et non de définir leur contenu (voir le Cadre de politique de l'investissement de la CNUCED et sa feuille de route pour la réforme des AII, ainsi que le bilan de la réforme dressé par la CNUCED (2016)).

63. Si de nombreux pays ont commencé à appliquer un ou plusieurs des 10 moyens d'action proposés, il reste encore beaucoup à faire en matière de réforme, comme l'explique la CNUCED (2017). Les pays ont donc amplement le temps d'étudier chacune des options, leurs résultats, les difficultés qu'elles présentent et les enseignements qu'ils ont tirés de leur application, de les adapter à leurs besoins et d'adopter celles qui correspondent à leurs objectifs de réforme.

64. Ce faisant, les décideurs n'auront pas la tâche facile, notamment au niveau stratégique et systémique ainsi qu'en ce qui concerne les capacités et la coordination. Pour être couronnée de succès, une réforme a besoin de structures internes fortes, capables de préparer et de mener à bien les actions, dotées de procédures et de capacités de prise de décisions et d'application solides, tels que des mécanismes de coordination internes, de sensibilisation et de renforcement des capacités. C'est d'autant plus difficile pour les pays en développement et les pays les moins avancés, qui sont pénalisés en matière de pouvoir de négociation et de capacités d'application et qui sont plus vulnérables aux risques liés aux réformes.

65. Toutes ces difficultés réclament une approche coordonnée de la réforme du régime des AII, et un appui multilatéral. Dans ses trois domaines d'action, à savoir les travaux de recherche et d'analyse directive, l'assistance technique et la formation de consensus intergouvernemental, la CNUCED peut jouer un rôle crucial. En sa qualité de principal organisme du système des Nations Unies chargé de l'investissement international et d'instance internationale servant de cadre à des discussions de haut niveau et ouvertes à tous sur le régime stratifié et multiforme des AII, réaffirmé dans le Maafikiano¹⁷ de Nairobi et le Plan d'action d'Addis Abeba, la CNUCED peut contribuer à la coordination et à la cohérence des efforts de réforme. En définitive, plus la coordination sera étroite aux divers niveaux décisionnels (national, bilatéral et régional, ainsi que multilatéral), plus grandes seront les chances de créer un régime des AII prévisible et stable, moins fragmenté et plus équilibré qui ait effectivement pour but de réaliser les objectifs de développement durable.

¹⁷ TD/519/Add.2.