



Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. générale
2 septembre 2019
Français
Original : anglais

Conseil du commerce et du développement

Commission de l'investissement, des entreprises et du développement

Onzième session

Genève, 11-15 novembre 2019

Point 4 b) de l'ordre du jour provisoire

L'investissement et l'entreprise au service du développement :

Mettre le cadre de l'investissement au service du développement durable

Évolution récente du régime de l'investissement international : Bilan de l'action menée dans le cadre de la deuxième phase de la réforme

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Face aux nouveaux impératifs mondiaux en matière d'investissement et de développement, les décideurs doivent mettre au point des politiques publiques qui facilitent le développement durable et, à cette fin, renforcent les cadres directeurs de l'investissement. Au niveau international, le développement durable est désormais au centre de l'élaboration des politiques relatives aux investissements internationaux. La réforme des accords internationaux d'investissement (AII) ayant beaucoup progressé, il est temps de faire le bilan de l'action menée et de déterminer les activités futures.

L'élaboration des politiques relatives à l'investissement international connaît actuellement une phase dynamique, qui a de profondes répercussions. Dans la présente note, le secrétariat de la CNUCED fait le point sur les 10 moyens d'action proposés dans le cadre de la deuxième phase de la réforme des AII, qui a été lancée dans le *Rapport sur l'investissement dans le monde 2017*. Les pays peuvent adopter ces moyens d'action et les adapter à leurs priorités de politique générale. Grâce à ces moyens d'action, la modernisation des accords d'ancienne génération s'est accélérée. De plus en plus, les pays interprètent, modifient, remplacent ou dénoncent les instruments obsolètes.

La réforme des AII progresse, mais il reste encore beaucoup à faire. Il y a 10 fois plus d'accords d'ancienne génération que d'accords réformateurs modernes, et les investisseurs continuent de s'appuyer sur les accords d'ancienne génération lorsqu'ils saisissent les tribunaux pour régler leurs différends avec les États. Les mesures prises pour réformer les AII ne vont toutefois pas sans créer de nouvelles difficultés. Pour que les relations internationales en matière d'investissement puissent servir le développement durable, il faut une réforme globale et synchronisée menée dans le cadre d'un processus inclusif et transparent. La CNUCED peut jouer un important rôle de facilitation à cet égard.



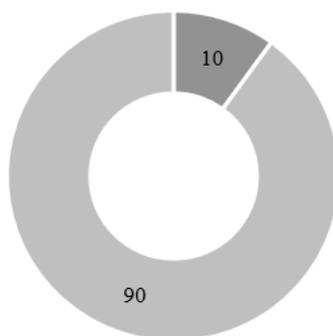
I. Introduction

1. La réforme des accords internationaux d'investissement (AII) est en bonne voie. Tous les accords conclus en 2018 contiennent plusieurs éléments qui sont conformes à l'ensemble de réformes en faveur du régime international d'investissement de la CNUCED (2018) ou au Cadre de politique de l'investissement pour le développement durable¹.
2. Vingt-sept des 29 AII conclus en 2018 dont les textes sont disponibles contiennent au moins six éléments de réforme². Des dispositions considérées comme novatrices dans les AII antérieurs à 2012 sont désormais courantes. Les accords modernes mettent souvent l'accent sur le développement durable, le maintien d'une marge d'action réglementaire et l'amélioration ou l'omission du règlement des différends entre investisseurs et États. Le maintien de la marge d'action réglementaire est la disposition qui revient le plus souvent. Certains AII ou modèles d'accord récents font expressément référence à l'égalité des sexes. L'arbitrage entre investisseurs et États est également un sujet qui est au cœur de la réforme des AII et qui continue de soulever la controverse dans les milieux de l'investissement et du développement ainsi que parmi le grand public. Environ 75 % des AII conclus en 2018 contiennent au moins un élément relevant de la réforme du règlement des différends, et ils sont nombreux à en contenir plusieurs.
3. Les instruments mis au point par la CNUCED ont également donné de l'élan à la modernisation des accords d'ancienne génération. De plus en plus, les pays interprètent, modifient, remplacent ou dénoncent les accords obsolètes. Ces réformes ne concernent jusqu'à présent qu'un nombre relativement restreint d'AII, aussi est-il urgent de les poursuivre. À l'heure actuelle, il y a 10 fois plus d'accords d'ancienne génération que d'accords réformateurs modernes (fig. 1), et la plupart des affaires connues de règlement de différends entre investisseurs et États concernent des accords d'ancienne génération.

Figure 1

Accords internationaux d'investissement anciens (1959-2011) et récents (2012-2018)

(En pourcentage)



- Accord internationaux d'investissement récents
- Accord internationaux d'investissement d'ancienne génération

Source : CNUCED, 2019, « World Investment Report 2019: Special Economic Zones » (*Rapport sur l'investissement dans le monde 2019 : Zones économiques spéciales – Vue d'ensemble*) (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.19.II.D.12, Genève).

¹ Voir <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1437> et <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1190/unctad-s-reform-package-for-the-international-investment-regime-2018-edition->.

² En 2018, les pays ont conclu au moins 40 AII, dont 30 accords bilatéraux d'investissement (ABI) et 10 accords comportant des dispositions relatives aux investissements. Au moment de la rédaction du présent rapport, les textes de 29 AII étaient disponibles.

4. Dans la présente note, le secrétariat de la CNCUED fait le point sur les 10 moyens d'action proposés dans le cadre de la deuxième phase de la réforme des AII, qui a d'abord été lancée dans le *Rapport sur l'investissement dans le monde 2017*, puis intégrée dans l'ensemble de réformes en faveur du régime international d'investissement de 2018³. Il passe en revue les réformes les plus récentes menées dans le cadre de cette deuxième phase et conclut en examinant quatre problèmes auxquels la communauté internationale des investisseurs doit répondre pour que la réforme porte ses fruits.

II. Dix moyens d'action pour la deuxième phase de la réforme des accords internationaux d'investissement : Problèmes et solutions possibles

5. 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 CNCUED 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 des difficultés plus générales.

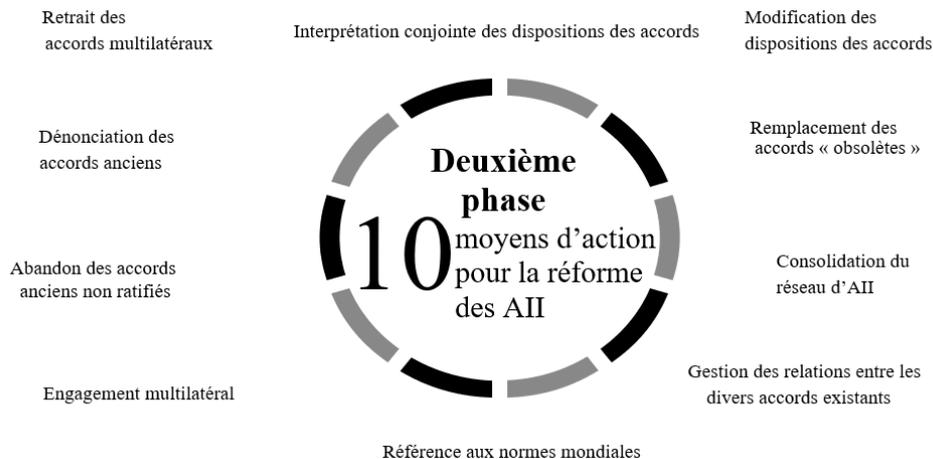
6. Les pays qui souhaitent modifier des accords existants pour les mettre en conformité avec leurs nouveaux objectifs et priorités politiques et résoudre les problèmes liés à la fragmentation du régime des AII (fig. 2) ont à leur disposition 10 moyens d'action au moins, qui ne sont pas incompatibles et peuvent être utilisés de manière complémentaire, en particulier par les pays qui disposent de vastes réseaux d'AII.

7. Les 10 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 des accords ou engagement multilatéral) ou le retrait (dénonciation sans remplacement ou retrait des accords multilatéraux). Ils comptent parmi les moyens qui existent d'apporter des changements au régime des AII (le « comment » de la réforme), même s'il est nécessaire de les envisager et de les considérer en même temps que l'on réfléchit au contenu des accords (le « quoi » – ou première phase – de la réforme des AII).

8. 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. Les impératifs sont notamment de parvenir à un résultat global et équilibré et d'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 mesures 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.

³ CNCUED, 2017, «World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy» (*Rapport sur l'investissement dans le monde : L'investissement et l'économie numérique – Vue d'ensemble*) (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.17.II.D.3, Genève).

Figure 2
Dix moyens d'action pour moderniser les accords internationaux d'investissement d'ancienne génération



Source : CNUCED, 2017.

9. Des choix doivent être faits pour déterminer la meilleure combinaison possible des 10 moyens d'action. Par exemple, la dénonciation d'un accord est souvent suivie par un remplacement ou une consolidation. 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, lorsqu'ils mettent en œuvre la réforme des AII, 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.

10. Dans leur choix, les décideurs devraient tenir compte des difficultés juridiques et des difficultés pratiques qu'il entraînera. Les premières portent principalement sur trois points : la clause de la nation la plus favorisée, la clause de survie et la gestion de la transition entre les anciens accords et les nouveaux accords. Chacune de ces difficultés est plus particulièrement liée à l'un ou l'autre des moyens d'action, ainsi :

- La clause de la nation la plus favorisée a pour but de prévenir la discrimination fondée sur la nationalité. En règle générale, elle interdit de réserver un traitement moins favorable aux investisseurs d'un État signataire qu'aux investisseurs similaires originaires d'un pays tiers quel qu'il soit. De nombreux tribunaux ont interprété les dispositions relatives à la nation la plus favorisée formulée en termes généraux comme l'autorisation donnée aux investisseurs d'importer les dispositions plus favorables figurant dans les AII signés par l'État d'accueil avec des pays tiers. La controverse qui en est résulté a incité à davantage de prudence dans la rédaction des accords, qui limitent désormais le champ d'application de la disposition considérée. Le fait d'intégrer une clause de la nation la plus favorisée formulée en termes généraux dans un nouvel accord peut compromettre les efforts de réforme, car les investisseurs peuvent choisir les clauses qui leur sont le plus avantageuses dans des accords qui n'ont pas fait l'objet d'une réforme. Pour les AII en vigueur, les difficultés liées à la clause de la nation la plus favorisée se posent plus particulièrement lorsqu'il est fait appel aux moyens d'action suivants : l'interprétation conjointe, la modification, le remplacement et la gestion des relations conventionnelles ;
- La clause de survie qui figure dans la plupart des accords bilatéraux d'investissement (ABI) a pour but de prolonger l'application de l'accord après qu'il a pris fin (parfois pour une durée de cinq ans, mais le plus souvent pour une durée de

dix, quinze ou même vingt ans). Selon la manière dont elle est formulée, la clause de survie s'applique soit uniquement dans le cas d'une dénonciation unilatérale, soit éventuellement aussi dans le cas d'une dénonciation concertée (y compris en cas de remplacement par un nouvel accord). Si l'application d'un accord d'ancienne génération (non réformé) se prolonge longtemps après qu'il a expiré ou qu'il a été dénoncé, les efforts de réforme sont compromis, en particulier si ledit accord est appliqué parallèlement à un nouvel accord. La clause de survie est donc susceptible de devoir être neutralisée dans les anciens accords qui sont dénoncés ou remplacés de manière concertée (y compris par consolidation). Les difficultés liées à la clause de survie sont particulièrement importantes s'agissant des moyens d'action que sont la dénonciation, le remplacement ou la consolidation ;

- Les dispositions transitoires délimitent le champ d'application temporel de l'accord. Elles précisent dans quelles conditions et pendant combien de temps après la fin de l'accord, celui-ci peut être invoqué par un investisseur dans une procédure de règlement des différends engagée contre un État. Si le nouvel accord contient de telles dispositions, celles-ci contribuent à assurer une transition en douceur en limitant les cas dans lesquels les deux accords s'appliquent simultanément (ou en précisant les conditions de l'abandon progressif de l'ancien accord). De fait, les dispositions transitoires modifient le fonctionnement de la clause de survie de l'accord qui arrive à son terme ; elles sont particulièrement pertinentes en ce qui concerne les moyens d'action que sont le remplacement des anciens accords, notamment par la consolidation.

11. En plus des difficultés juridiques, les décideurs doivent aussi garder à l'esprit les nombreuses difficultés pratiques et politiques qui peuvent surgir et s'y préparer, comme on le verra dans le chapitre suivant.

III. Dix moyens d'action pour la deuxième phase de la réforme des accords internationaux d'investissement : Vue d'ensemble et inventaire

1. Interprétation conjointe des dispositions des accords

12. 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.

13. Des interprétations conjointes faisant autorité peuvent contribuer à réduire l'incertitude et à améliorer la prévisibilité pour les investisseurs, les parties contractantes et les tribunaux (tableau 1). Cet instrument de réforme est 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. 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 juridique. 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)).

14. En 2018, la Colombie et l'Inde ont signé une déclaration interprétative conjointe concernant leur ABI 2009. La déclaration précise des dispositions clefs de cet accord afin de prendre en compte les objectifs de développement durable, de renforcer le droit des parties de réglementer dans l'intérêt public et de clarifier les dispositions sur le traitement juste et équitable, l'expropriation, le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et le règlement des différends entre investisseurs et États.

15. En 2017, le Bangladesh et l'Inde ont signé une déclaration conjointe similaire concernant leur ABI 2009. En outre, en 2017, la Colombie et la France ont signé une

déclaration interprétative commune concernant leur ABI 2014. Cette dernière précise que l'article 16 relatif aux autres dispositions ne doit pas être interprété comme étant une clause de stabilisation et que la violation d'un contrat entre un investisseur et une partie ne constitue pas une violation de l'accord.

16. Plusieurs AII et modèles récents prévoient aussi la création d'organes communs chargés de donner des interprétations contraignantes des dispositions des accords (par exemple l'Accord de libre-échange entre l'Australie et le Pérou, 2018 ; l'ABI entre le Bélarus et l'Inde, 2018 ; l'Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale et la République de Corée, 2018 ; l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste, 2018 ; l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour, 2018 ; l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et le Viet Nam, 2019 ; l'Accord de libre-échange entre les États-Unis d'Amérique et la République de Corée (2007), modifié en 2018 ; l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, 2018 ; le modèle d'ABI des Pays-Bas, 2018).

Tableau 1

Moyen d'action : Interprétation conjointe des dispositions de l'accord

<i>Précise le contenu d'une disposition et réduit le pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière d'interprétation.</i>	
<i>Résultats (avantages)</i>	<i>Difficultés (inconvenients)</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, 2017.

2. Modification des dispositions des accords

17. Les obligations formulées en termes généraux qui apparaissent couramment dans les anciens AII 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.

18. En règle générale, les modifications sont en nombre limité et n'ont pas d'incidences sur la conception générale et l'esprit d'un accord⁴. 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

⁴ UNCTAD, 2013, World Investment Report 2013: Global Value Chains – Investment and Trade for Development (*Rapport sur l'investissement dans le monde : 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).

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 (tableau 2).

19. 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 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.

20. En 2018, il a été fait appel aux procédures de modification dans les contextes bilatéraux et régionaux. Dans les AII mégarégionaux, les parties ont eu recours aux protocoles et aux échanges de lettres ou de notes. Les 11 parties à l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste sont convenues de conserver les éléments de base du texte, assortis de modifications pour certains domaines. En ce qui concerne l'investissement (chap. 9), les parties sont convenues de suspendre l'application des dispositions relatives aux contrats entre investisseur-État et aux autorisations d'investissement.

21. En septembre 2018, la République de Corée et les États-Unis ont signé une modification à leur accord de libre-échange (2007). La modification apporte des précisions sur ce qui est entendu par norme minimale de traitement et exclut les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée. Elle charge également le comité commun d'examiner les améliorations à la disposition sur le règlement des différends entre investisseurs et États, qui répondent aux objectifs des deux pays (par exemple les moyens de régler les différends et d'éliminer les réclamations abusives).

22. En 2019, la Conférence de la Charte de l'énergie a approuvé le calendrier des discussions sur la mise à jour du Traité sur la Charte de l'énergie et est convenue d'un ensemble de sujets à examiner, dont le droit de réglementer, le développement durable, la responsabilité sociale des entreprises, le traitement juste et équitable et l'expropriation indirecte⁵. Les moyens d'action possibles pour chacun des sujets énumérés seront analysés. Les membres du sous-groupe de la conférence entameront des négociations pour moderniser l'accord, selon les thèmes proposés et les moyens d'action définis.

Tableau 2

Moyen d'action : Modification des dispositions des accords

<i>Modifie le contenu d'un accord existant par l'introduction de nouvelles dispositions, ou la modification ou la suppression de dispositions en vigueur</i>	
<i>Résultats (avantages)</i>	<i>Difficultés (inconvenients)</i>
<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, 2017.

⁵ Voir <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2017>.

3. Remplacement des accords « obsolètes »

23. Le remplacement d'un accord est l'occasion d'examiner l'instrument dans sa totalité au lieu d'en modifier seulement certaines dispositions.

24. 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).

25. De plus en plus d'AII conclus en 2018 sont venus remplacer des accords d'ancienne génération, généralement en se substituant à eux. Sur les 30 ABI signés en 2018, quatre ont remplacé des ABI plus anciens entre deux pays (ainsi, l'ABI entre le Bélarus et la Turquie a remplacé l'ABI de 1995 ; l'ABI entre le Kirghizistan et la Turquie a remplacé l'ABI de 1992 ; l'ABI entre la Lituanie et la Turquie a remplacé l'ABI de 1994 ; et l'ABI entre la Serbie et la Turquie a remplacé l'ABI de 2001).

26. Chacun des trois accords conclus en 2018 qui comportent des dispositions relatives à l'investissement, a remplacé ou remplacera un ancien accord. L'accord de libre-échange entre Singapour et Sri Lanka a remplacé l'ABI de 1980, et l'accord de libre-échange entre l'Australie et le Pérou (2018) prévoit, quant à lui, de remplacer l'ABI de 1995, à moins qu'il ne soit lui-même remplacé à l'entrée en vigueur de l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste dans ces deux pays. Une fois en vigueur, l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique (2018) remplacera l'Accord de libre-échange nord-américain (1992). Trois autres accords comportant des dispositions relatives à l'investissement ont remplacé plusieurs accords à la fois (voir moyen d'action 4).

27. Le passage effectif à un nouvel accord peut être assuré par des clauses transitoires. Trois accords récents comportant des dispositions relatives à l'investissement prévoient une période de transition de trois ans après leur entrée en vigueur (à savoir l'accord de libre-échange entre l'Australie et le Pérou (2018), l'accord de libre-échange entre Singapour et Sri Lanka (2018) et l'accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique (2018))⁶. Les clauses transitoires sont une disposition relativement nouvelle, qui figurent de plus en plus souvent dans les AII régionaux et plurilatéraux récents. Les parties connues pour avoir utilisé au moins une fois les dispositions transitoires sont l'Australie, le Canada, le Chili, le Mexique, le Panama, le Pérou, la République de Corée, Singapour, le Viet Nam et l'Union européenne.

⁶ Des données empiriques suggèrent que seule une minorité d'AII de remplacement contiennent des clauses transitoires, mais que le nombre de ces clauses est en augmentation dans les AII régionaux et plurilatéraux conclus récemment. Il existe des exemples de clauses transitoires à l'annexe 10-E de l'Accord de libre-échange entre l'Australie et le Chili (2008), à l'article 30.8 de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (2016), à l'article 10.20 de l'Accord de libre-échange entre le Pérou et Singapour (2008) ainsi que dans d'autres accords. Le Mexique, le Panama, la République de Corée et le Viet Nam comptent parmi les autres pays signataires d'accords ayant eu recours au moins une fois à des dispositions transitoires.

Tableau 3

Moyen d'action : Remplacement des accords « obsolètes »

<i>Remplace un accord de première génération par un nouvel accord</i>	
<i>Résultats (avantages)</i>	<i>Difficultés (inconvénients)</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, 2017.

4. Consolidation du réseau d'AII

28. De plus en plus d'AII régionaux comportent des dispositions prévoyant le remplacement des accords entre les parties. L'abrogation de deux ou plusieurs accords anciens par la création d'un seul nouvel accord peut contribuer à moderniser le contenu de ces instruments et à éviter la fragmentation du réseau des AII.

29. 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 (tableau 4).

30. Lorsqu'ils optent pour la consolidation – ou, généralement, pour le remplacement –, les pays doivent 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).

31. Parmi les accords comportant des dispositions relatives aux investissements conclus en 2018, trois ont remplacé plus d'un ancien ABI. Les remplacements sont consignés dans une disposition spécifique du texte du nouvel AII ou prennent la forme de lettres d'accompagnement relatives à la dénonciation et au remplacement. Par exemple, l'accord de libre-échange entre Singapour et l'Union européenne (2018) remplacera 12 anciens ABI entre les États membres de l'Union européenne et Singapour. L'accord de libre-échange entre l'Amérique centrale et la République de Corée (2018) remplacera cinq ABI.

32. Dans l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste, certaines parties prévoient le remplacement d'ABI préexistants (par exemple, l'ABI entre l'Australie et le Viet Nam, 1991 ; l'ABI entre l'Australie et le Pérou, 1995 ; et l'ABI entre l'Australie et le Mexique, 2005), selon les termes énoncés dans les lettres d'accompagnement correspondantes.

33. Le protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine, qui doit être négocié dans le cadre de la phase 2 des négociations sur l'intégration du continent, pourrait remplacer plus de 170 ABI intra-africains.

Tableau 4
Moyen d'action : Consolidation du réseau d'AII

<i>Abroge au moins deux ABI de première génération et les remplace par un nouvel AII plurilatéral</i>	
<i>Résultats (avantages)</i>	<i>Difficultés (inconvenients)</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Elle permet une mise à jour de tous les aspects de l'AII par 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, 2017.

5. Gestion des relations entre les divers accords existants

34. 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.

35. 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 (tableau 5). 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. 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.

36. Les pays parties à certains accords récents comportant des dispositions relatives à l'investissement continuent d'être liés par des accords préexistants qui font double emploi. Trente-sept AII antérieurs restent en vigueur et coexistent avec l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste. Par exemple, l'Australie et Singapour ont un accord de libre-échange qui recouvre l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste. Le Japon et le Viet Nam sont liés par deux accords plus anciens qui sont toujours en vigueur (l'ABI entre le Japon et le Viet Nam, 2003 ; et l'Accord de partenariat économique entre le Japon et le Viet Nam, 2008, dans lequel l'ABI de 2003 est intégré).

37. Au moins 12 ABI signés en 2018 sont des accords parallèles. Par exemple, l'ABI entre l'Azerbaïdjan et le Turkménistan (2018) et l'ABI entre le Bélarus et la Turquie (2018) recouvrent le Traité sur la Charte de l'énergie (1994) pour le secteur en question. L'ABI entre l'Indonésie et Singapour (2018) coexiste avec l'Accord général de l'ASEAN (Association des nations de l'Asie du Sud-Est) sur l'investissement (2009). L'ABI entre les Émirats arabes unis et le Kazakhstan (2018) et l'ABI entre la Mauritanie et la Turquie (2018), entre autres, font double emploi avec l'Accord sur l'investissement de l'Organisation de coopération islamique (1981).

38. Les parties à l'Accord de partenariat économique global entre l'Australie et l'Indonésie restent liées par l'ABI entre l'Australie et l'Indonésie (1992) et par l'accord de libre-échange entre l'ASEAN, l'Australie et la Nouvelle-Zélande (2009). L'Accord de partenariat économique global entre l'Australie et l'Indonésie contient une disposition établissant les relations entre les traités qui, lorsque l'une des parties estime qu'il existe une incohérence entre les accords, prévoit la tenue de consultations entre les parties en vue de parvenir à une solution satisfaisante pour toutes.

39. Pour limiter les conséquences potentiellement négatives de cette situation, les États peuvent introduire des dispositions qui précisent les relations entre les AII existants. Par exemple, une clause de conflit peut préciser lequel des accords prévaut en cas de conflit ou

d'incohérence. La clause établissant les relations entre les accords qui figure dans l'Accord de libre-échange entre l'Australie et le Pérou (2018) dispose que les parties doivent se consulter dans le cas où les accords présentent des incohérences.

Tableau 5

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

<i>Établit des règles qui déterminent lequel des AII parallèles s'applique dans une situation donnée</i>	
<i>Résultats (avantages)</i>	<i>Difficultés (inconvénients)</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, 2017.

6. Référence aux normes mondiales

40. 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.

41. 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.

42. La norme 26000 de l'Organisation internationale de normalisation relative à la responsabilité sociétale et le Pacte mondial des Nations Unies figurent parmi les nombreuses initiatives volontaires et réglementaires qui visent à promouvoir les normes et les directives relatives à la responsabilité sociale des entreprises en faveur du développement durable. 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'années.

43. 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 mettre ces normes internationales au service de la réforme du régime des AII, en y faisant référence (tableau 6). Ils peuvent, par exemple, prendre les mesures suivantes :

- Incorporer les normes et instruments internationaux dans leurs nouveaux AII, par exemple au moyen de 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 ;
- 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 ;

- 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.

44. Les accords font de plus en plus référence aux normes mondiales pour faire en sorte que les investissements soient plus responsables et mieux réglementés. Sur les 29 accords signés en 2018 dont les textes sont disponibles, au moins 18 font référence à la réalisation d'objectifs de développement durable. Au moins quatre font référence à une ou plusieurs normes mondiales spécifiques liées à la promotion du développement durable. La Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme sont toutes deux mentionnées trois fois. Le Pacte mondial des Nations Unies, les obligations liées à la qualité de membre de l'Organisation internationale du Travail et les Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques à l'intention des entreprises multinationales sont mentionnés dans deux accords.

45. Surtout, l'Accord de partenariat économique entre l'Association européenne de libre-échange et l'Indonésie (2018) fait expressément référence au Programme de développement durable à l'horizon 2030. (Il est le deuxième accord à le faire, après l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (2016).) Ce sont les accords de l'Association européenne de libre-échange qui font référence au plus grand nombre de normes mondiales – jusqu'à sept normes dans l'Accord de partenariat économique entre l'Association européenne de libre-échange et l'Indonésie (2018), suivies de quatre dans l'Accord de partenariat économique entre l'Association européenne de libre-échange et l'Équateur (2018).

Tableau 6

Moyen d'action : Référence aux normes mondiales

<i>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</i>	
<i>Résultats (avantages)</i>	<i>Difficultés (inconvenients)</i>
<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. • 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"> • 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. • Elle ne donne aux parties aucun contrôle sur l'évolution future des instruments concernés.

Source : CNUCED, 2017.

7. Engagement multilatéral

46. L'engagement multilatéral est potentiellement le moyen le plus efficace mais aussi le plus difficile de réformer les AII préexistants. 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.

47. 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 d'accords constituant le régime actuel. L'action multilatérale est toutefois loin d'être simple, notamment lorsqu'il s'agit d'en définir les modalités (tableau 7).

48. 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.

49. Parmi les faits nouveaux intervenus au niveau multilatéral en 2018 dans le domaine de l'élaboration des politiques d'investissement, on peut citer les débats au titre du Traité sur la Charte de l'énergie et, par exemple, les discussions dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, de l'Organisation de coopération et de développement économiques, de l'Organisation mondiale du commerce, de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et du Groupe de travail de l'Organisation des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme. Pourtant, il est peu probable que les initiatives actuelles débouchent sur des résultats d'envergure qui permettent d'actualiser les accords d'investissement d'ancienne génération de telle manière qu'ils servent le développement durable.

50. 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 bénéfices, élaborée dans le cadre d'un projet de l'Organisation de coopération et de développement économiques et du Groupe des 20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices, offre des enseignements importants pour les réformes de la deuxième phase (encadré).

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 bénéfices : Enseignements pour la deuxième phase de la réforme

Pour la suite de la réforme des AII, les pays pourraient s'inspirer du processus multilatéral entre parties prenantes qui a conduit à l'adoption de l'ensemble final des mesures visant à prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices (« BEPS »), ainsi que de l'architecture de l'instrument, qui est similaire à celle de la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, mais plus complexe.

L'Ensemble final des rapports BEPS vise à mettre à jour les règles fiscales internationales et à réduire les possibilités de fraude fiscale/évitement fiscal dont les entreprises multinationales disposent ; il traite aussi d'un certain nombre de sujets de préoccupation (par exemple les dispositifs hybrides, l'utilisation abusive des conventions fiscales et la simplification du règlement des différends). L'objectif de 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 bénéfices est la mise en œuvre rapide des mesures relatives aux conventions fiscales de l'Ensemble final.

La Convention encourage la mise en œuvre par les États des mesures relatives aux conventions fiscales et la modification éventuelle de plus de 3 000 conventions fiscales bilatérales conclues à ce jour. Elle se veut souple, à la carte, autorisant les déclarations unilatérales et les réserves ou les modifications aux conventions fiscales qui existent déjà. Par exemple, la Convention s'appliquera uniquement aux conventions fiscales désignées par ses parties ; elle utilise des mécanismes qui permettent aux parties de ne pas appliquer certaines dispositions ou d'en modifier les effets juridiques. La possibilité qui est donnée aux parties d'opter pour une disposition alternative ou une disposition facultative permet aussi de prendre des engagements supplémentaires.

Les négociations relatives à la Convention, qui ont réuni plus de 100 parties, se sont achevées en novembre 2016. Au moment de la signature de la Convention par l'Albanie (mai 2019) et le Maroc (juin 2019), respectivement, la Convention s'appliquait dans 89 juridictions. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019 et s'applique actuellement à 51 conventions fiscales conclues entre les 28 parties qui avaient ratifié la Convention au 25 juin 2019. En juillet 2019, le Cadre inclusif sur le BEPS comptait 131 membres représentant des pays de tous les continents et de tous les niveaux de développement.

Source : CNUCED, 2019, d'après la Brochure d'information de l'Organisation de coopération et de développement économiques, disponible à l'adresse <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/convention-multilaterale-pour-la-mise-en-oeuvre-des-mesures-relatives-aux-conventions-fiscales-pour-prevenir-le-beps.htm> ; et <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/le-maroc-signe-un-accord-historique-pour-renforcer-ses-conventions-fiscales.htm>.

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 le forum du Conseil économique et social sur le suivi du financement du développement, qui ont chargé 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.

Tableau 7

Moyen d'action : 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

Résultats (avantages)

- 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.

Difficultés (inconvenients)

- 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 les 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, 2017.

8. Abandon des anciens accords non ratifiés

52. Un nombre relativement important d'ABI, dont beaucoup sont anciens, 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 le réseau de ses AII et de promouvoir la négociation de nouveaux accords plus actuels.

53. Un pays peut décider de ne pas être lié par des accords d'ancienne génération qui ne sont pas encore entrés en vigueur. En vertu du droit international, les pays 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. Si les mesures visant explicitement à abandonner les accords non ratifiés ont été rares, on peut citer parmi les exemples notables la dénonciation par l'Inde de plusieurs ABI qui avaient été signés mais qui n'étaient pas encore entrés en vigueur (par exemple, les ABI avec l'Éthiopie (2007), le Ghana (2002), le Népal (2011) et la Slovénie (2011)). Près de 480 AII signés il y a plus de dix ans ne sont pas encore entrés en vigueur. Il se peut que les États aient renoncé à les ratifier (tableau 8).

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. En règle générale, les AII prévoient une procédure permettant de mettre fin à l'application provisoire de l'accord, qui peut aussi déclencher l'application d'une clause de survie.

Tableau 8

Moyen d'action : Abandon des anciens accords non ratifiés

<i>Indique l'intention d'un pays de ne pas devenir partie à un accord qui a été signé mais non encore ratifié</i>	
<i>Résultats (avantages)</i>	<i>Difficultés (inconvénients)</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 la notifier aux autres parties. • Il peut adresser un message de réforme aux autres partis et au public. 	<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. • 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, 2017.

9. Dénonciation des anciens accords

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.

57. Le fait de dénoncer un accord libère les parties de l'obligation de continuer de l'appliquer (tableau 9) ; la dénonciation diffère de l'abrogation 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 prévoient une première période d'application de dix à vingt ans qui doit être échue avant qu'une partie puisse les dénoncer d'une façon unilatérale.

58. La dénonciation unilatérale déclenche la clause de survie (dès lors qu'elle est prévue dans l'accord), qui prolonge l'application de l'accord pour une période déterminée après sa dénonciation. Les clauses de survie s'appliquent aux investissements effectués avant la date de dénonciation de l'accord, mais couvrent les mesures gouvernementales adoptées avant et après cette date (pour la durée de la période de survie). Il existe deux principaux types de clauses de survie. Certaines s'appliquent uniquement en cas de dénonciation unilatérale

(type 1) ; d'autres ne précisent pas si elles s'appliquent uniquement dans ce cas ou si elles s'appliquent également à une dénonciation concertée par les parties (type 2). La dénonciation unilatérale déclenche invariablement la clause de survie. Pour ce qui concerne les dénonciations concertées, la situation est moins claire ; la clause de survie peut ou non être déclenchée, selon sa formulation (type 1 ou 2) et selon qu'elle a été neutralisée par les parties à l'accord au moment de la dénonciation.

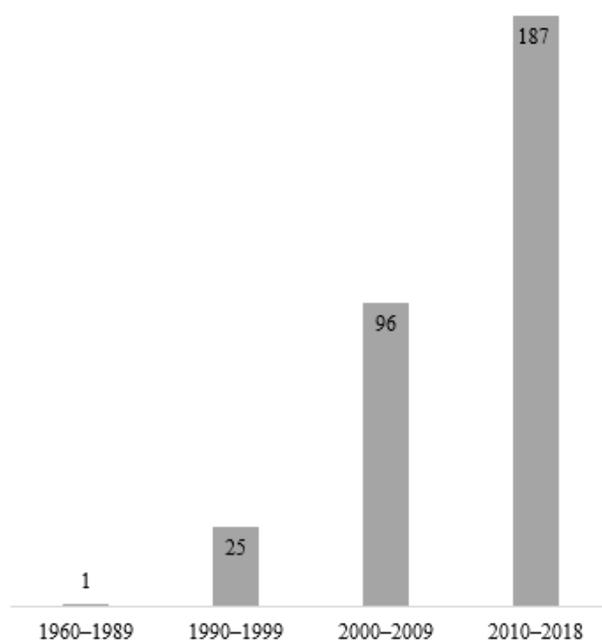
59. Par souci de clarté, les pays peuvent envisager de neutraliser la clause de survie lorsqu'ils mettent fin à un accord par consentement mutuel. La clause de survie a été neutralisée d'entente expresse entre les parties dans le contexte de la dénonciation concertée de l'ABI entre l'Argentine et l'Indonésie (1995), ainsi que de la dénonciation concertée de plusieurs ABI entre la Tchéquie et plusieurs autres États membres de l'Union européenne.

60. Dans l'ensemble, le nombre de dénonciations d'AII est en hausse. Rien qu'entre 2010 et 2018, 187 dénonciations ont pris effet (fig. 3), dont 128 dénonciations unilatérales. Au moins 24 dénonciations sont entrées en vigueur en 2018 et au moins 10 pendant le premier semestre de 2019.

Figure 3

Dénonciation effective d'accords internationaux d'investissement

(Nombre d'accords pour chaque période)



Source : CNUCED, 2019.

Note : Ce chiffre comprend les accords qui ont été dénoncés unilatéralement, dénoncés par consentement mutuel et remplacés par un nouvel accord et les accords qui sont arrivés à expiration.

61. Au moins deux dénonciations d'ABI entre pays de l'Union européenne ont pris effet en 2017 et six autres au début de 2019. Un certain nombre de notifications de dénonciation ont été envoyées en 2017 et 2018 (par exemple par la Pologne), qui doivent encore entrer en application.

62. Le nombre de dénonciations d'accords devrait augmenter dans les années à venir, comme suit :

- Il est prévu que le rythme des dénonciations d'ABI entre pays de l'Union européenne – soit quelque 190 accords – sera plus rapide que par le passé. Dans une déclaration datant de janvier 2019, 22 États membres de l'Union européenne ont annoncé leur intention de mettre fin à tous les ABI conclus entre eux avant le

6 décembre 2019. Dans des déclarations distinctes, les six États membres restants ont repris, pour l'essentiel, la déclaration sur les ABI intra-européens ;

- Lorsque plusieurs accords régionaux, plurilatéraux ou mégarégionaux récemment signés (par exemple l'Accord de protection des investissements entre Singapour et l'Union européenne) entreront en vigueur, ils remplaceront de fait d'anciens ABI, qui seront abrogés.

63. Le fait de dénoncer un AII ne signifie pas nécessairement qu'un pays envisage de se désengager complètement du système. Les dénonciations peuvent s'inscrire dans le cadre de l'approche globale adoptée par un pays pour recalibrer sa politique d'investissement international, et s'accompagner de l'élaboration d'un modèle d'accord révisé et de l'ouverture de nouvelles négociations. Deux pays, à savoir l'Inde et l'Indonésie, qui ont récemment dénoncé un grand nombre de leurs AII, dont beaucoup de manière unilatérale, ont conclu de nouveaux ABI en 2018 (par exemple, les ABI entre le Bélarus et l'Inde et entre l'Indonésie et Singapour).

64. De surcroît, les dénonciations ne libèrent pas toujours immédiatement les parties de leurs obligations. Elles peuvent déclencher l'application d'une clause de survie, qui figure généralement dans les AII, à moins que cette clause ne soit neutralisée par les parties au moment de la dénonciation.

Tableau 9

Moyen d'action : Dénonciation des anciens accords

<i>Libère les parties de leurs obligations découlant de l'accord</i>	
<i>Résultats (avantages)</i>	<i>Difficultés (inconvenients)</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 qui, dans le pays, sont favorables à une réforme des AII et aux critiques. • Elle peut promouvoir une réforme favorable au développement durable dès lors qu'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, 2017.

10. Retrait des accords multilatéraux

65. Le retrait unilatéral d'un mécanisme multilatéral lié à l'investissement (par exemple la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI)) 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.

66. Un retrait unilatéral d'un mécanisme multilatéral lié à l'investissement libère la partie qui se retire des obligations découlant de l'accord et, selon l'instrument en cause, peut aider le pays à minimiser son exposition aux revendications des investisseurs (tableau 10). 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.

67. À ce jour, deux pays se sont retirés du Traité sur la Charte de l'énergie. 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. (Contrairement à la Fédération de Russie,

l'Italie avait ratifié le Traité dont elle était partie à part entière.) Le traité contient deux clauses de survie distinctes de vingt ans pour les signataires qui ont appliqué le traité à titre provisoire et pour les parties à part entière.

68. 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. Des investisseurs avaient déposé de nombreuses plaintes, représentant des enjeux financiers élevés, contre chacun de ces États auprès du CIRDI.

69. Il n'y a pas eu de nouvel exemple pour illustrer ce moyen d'action, ce qui donne à penser que le retrait des accords multilatéraux d'investissement n'est à l'heure actuelle pas un moyen de réforme privilégié.

Tableau 10

Moyen d'action : Retrait des accords multilatéraux

<i>Libère les parties qui se retirent de la force obligatoire de l'instrument</i>	
<i>Résultats (avantages)</i>	<i>Difficultés (inconvenients)</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Il peut contribuer à limiter l'exposition du pays aux (futures) 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 à l'accord 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, 2017.

IV. Conclusions

70. Le développement durable fait aujourd'hui partie de la réforme dans l'élaboration des politiques d'investissement. Des mesures ont été prises à tous les niveaux (national, bilatéral, régional et multilatéral). La réforme couvre les cinq domaines d'action énoncés dans l'ensemble des réformes du régime de l'investissement international de la CNUCED (2018) et, de plus en plus, les 10 moyens d'action sont mis en œuvre dans le cadre de la deuxième phase de la réforme des AII.

71. Il reste toutefois encore beaucoup à faire. Pour que la réforme porte ses fruits, la communauté internationale de l'investissement doit répondre à quatre problèmes.

72. Premièrement, la modernisation des accords d'ancienne génération reste une priorité. Malgré les efforts en cours, plus de 3 000 AII d'ancienne génération ne comportent toujours aucun élément de réforme (soit 10 fois plus que le nombre d'AII modernes conclus depuis 2012). Ce chiffre illustre l'ampleur de la tâche à accomplir pour faire en sorte que le régime des AII soit plus équilibré, plus gérable et plus favorable au développement durable.

73. Deuxièmement, la réforme doit considérer le régime des AII dans sa globalité. Bien que les efforts convergent vers le même objectif qui est de faire en sorte que les AII soient davantage axés sur le développement durable, les pays n'agissent que de façon intermittente et se concentrent sur des aspects particuliers du régime qui sont souvent traités isolément.

La réforme du règlement des différends relatifs aux investissements, par exemple, qui a récemment retenu l'attention du monde entier, n'est pas synchronisée avec la réforme des règles de fond contenues dans les AII. Or, pour réorienter les politiques d'investissement vers le développement durable, il est nécessaire de réformer les règles relatives au règlement des différends et les règles de fond des accords.

74. Troisièmement, certains éléments de réforme n'ont pas encore été mis à l'épreuve. Il est trop tôt pour évaluer l'efficacité de certains libellés novateurs utilisés dans les AII pour protéger le droit des pays de réglementer. Bon nombre des améliorations apportées aux AII n'ont pas encore été testées dans les différends relatifs aux investissements, et des doutes subsistent quant à la manière dont les arbitres sont susceptibles de les interpréter dans les affaires opposant investisseurs et États. Il en va ainsi des nouvelles dispositions qui sont largement utilisées comme de celles qui n'ont été que peu utilisées jusqu'à présent.

75. Quatrièmement, les efforts doivent être inclusifs et ne pas être limités par des problèmes de capacité. Pour être concluante, la réforme doit s'appuyer sur un processus transparent et inclusif. Les gouvernements et les instances internationales doivent veiller à ce que les parties prenantes puissent participer utilement aux travaux et renforcer les compétences et l'expérience des négociateurs et des responsables politiques. Les programmes bilatéraux ou régionaux d'assistance technique peuvent répondre aux besoins de renforcement des capacités recensés par les gouvernements. L'échange de données d'expérience et de pratiques optimales sur la réforme des AII peut favoriser l'apprentissage entre pairs sur les moyens d'action centrés sur le développement durable.

76. En sa qualité d'institution ayant pour mandat, au sein du système des Nations Unies, d'assurer le traitement intégré du commerce et du développement et des questions associées dans les domaines du financement, de la technologie, de l'investissement et du développement durable, la CNUCED apporte son concours aux processus d'élaboration des politiques en cours dans le cadre de la réforme des AII axée sur le développement durable. Elle appuie cette réforme dans le cadre de ses trois grands domaines d'action, à savoir l'élaboration d'outils fondée sur la recherche et l'analyse, l'assistance technique, y compris le renforcement des capacités et les services consultatifs, et la formation de consensus intergouvernemental. Les participants à la onzième session de la Commission de l'investissement, des entreprises et du développement souhaiteront peut-être faire le bilan des efforts déployés à ce jour, recenser les enseignements qui peuvent en être tirés et déterminer les activités futures.