



Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. générale
17 décembre 2014
Français
Original: anglais

Conseil du commerce et du développement

Commission de l'investissement, des entreprises
et du développement

Réunion d'experts sur la transformation du régime
des accords internationaux d'investissement:
les perspectives

Genève, 25-27 février 2015

Point 3 de l'ordre du jour provisoire

Transformation du régime des accords internationaux d'investissement

Note du secrétariat

Résumé

Pour le régime des accords internationaux d'investissement (AII), le moment est décisif. Le nombre de ces accords conclus chaque année ne cesse de croître, tout comme celui des différends entre investisseurs et États qui sont portés devant les mécanismes de règlement prévus par bon nombre d'entre eux. Ces différends ont notamment soulevé les importantes questions de l'interprétation des dispositions souvent vagues et générales des AII et de la marge d'action que ces accords permettent, ou non, aux pays de conserver. Dans le même temps, un débat de plus large portée sur le rôle et les répercussions du régime des AII s'est engagé entre les parties concernées. D'un côté, on continue de considérer que les AII sont importants pour protéger et attirer les investissements étrangers directs, en ce qu'ils aident à créer un environnement stable et prévisible pour les entreprises. D'un autre côté, on s'accorde généralement sur la nécessité de réformer tout à la fois le réseau des AII et le système de règlement des différends.

La présente note aborde plusieurs points liés à la transformation du régime des accords internationaux d'investissement: l'évolution des AII et des procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, les cinq options de réforme du système de règlement des différends relatifs aux investissements, les quatre solutions pour réviser le régime des AII dans son ensemble et la voie à suivre à cet effet. L'annexe jointe renseigne sur l'expiration des accords et les possibilités de mettre fin à des AII existants. La présente note vise à aider les experts à définir clairement les moyens d'améliorer la contribution du régime des AII à un développement durable.



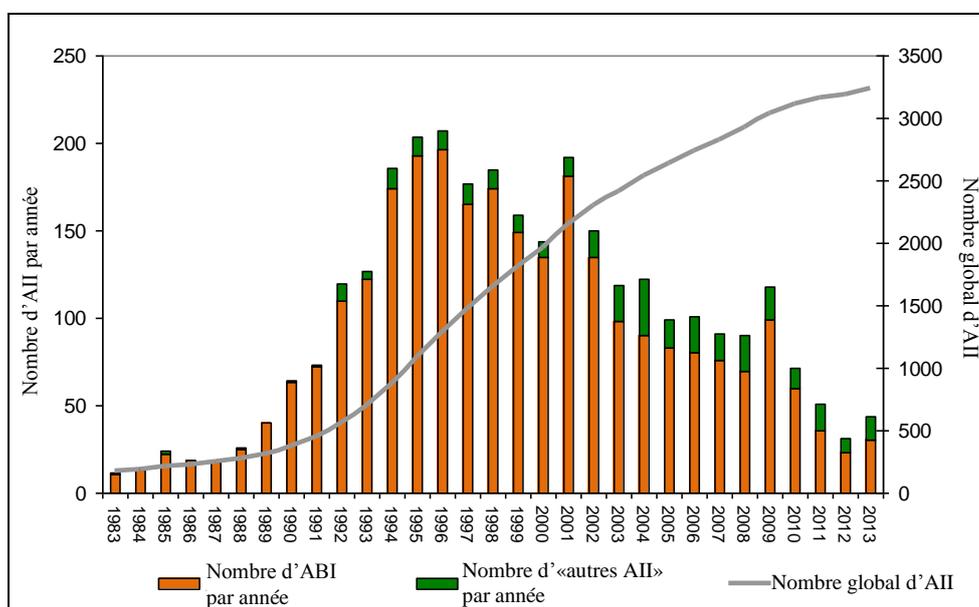
I. Évolution des accords internationaux d'investissement et des procédures de règlement des différends entre investisseurs et États

A. Une dichotomie de plus en plus marquée dans le régime des accords d'investissement

1. Avec les 44 nouveaux accords conclus (30 accords bilatéraux d'investissement (ABI) et 14 «autres AII»¹), le nombre total des AII a approché 3 240 à la fin de 2013 (fig. 1). Des tendances récentes sont à l'origine d'une dichotomie de plus en plus marquée dans le régime des accords d'investissement. De plus en plus de pays en développement d'Afrique, d'Asie et d'Amérique latine se désengagent du système, tandis que les nouveaux accords conclus se multiplient (un plus grand nombre de pays participent à des cycles de négociation et ces cycles se succèdent à un rythme toujours plus rapide) et portent sur des questions d'une ampleur et d'une importance croissantes.

Figure 1

Évolution des accords internationaux d'investissement signés entre 1983 et 2013



Source: CNUCED, d'après la base de données sur les AII.

Sigles: ABI = accord bilatéral d'investissement; AII = accord international d'investissement.

2. De plus en plus, les négociateurs abordent les dispositions des AII existants selon de nouvelles approches et inscrivent de nouvelles questions à leur programme de travail. Les dispositions visant à introduire un volet de libéralisation dans les AII et/ou à renforcer certains éléments touchant à la protection des investissements en sont des illustrations.

3. La nouvelle génération d'AII témoigne de la tendance grandissante à élaborer des accords qui répondent aux objectifs de développement durable. Il ressort de l'examen des 118 AII conclus en 2013 dont les textes sont disponibles (11 ABI et 7 accords de

¹ Selon la définition de la CNUCED, les «autres AII» sont les accords contenant des dispositions en matière d'investissement, par exemple, les accords de libre-échange et les accords de partenariat économique.

libre-échange avec des dispositions de fond en matière d'investissement) que la plupart des accords contiennent des dispositions qui s'inscrivent dans une optique de développement durable, comme celles énoncées dans le Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable et dans les livraisons 2013 et 2014 du *World Investment Report*.

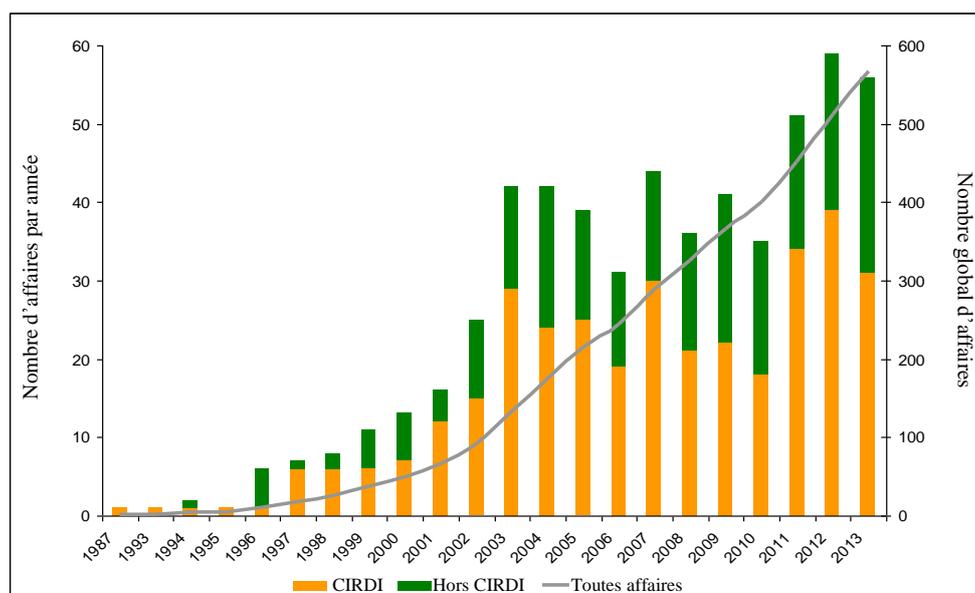
B. Évolution des procédures de règlement des différends entre investisseurs et États

4. L'année 2013 arrive en deuxième position pour ce qui est du nombre de procédures d'arbitrage en matière d'investissement (56), ce qui porte le nombre des affaires enregistrées à 568 au total (fig. 2). À titre de comparaison, 474 différends avaient été portés devant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) à la fin de 2013.

5. Plus de 40 % des nouvelles plaintes ont été déposées contre des États membres de l'Union européenne – toutes, à une exception près, opposaient un investisseur d'un État membre à un autre État membre. Les investisseurs ont continué de remettre en cause un grand nombre de mesures dans des domaines divers, en particulier dans le secteur des énergies renouvelables.

Figure 2

Procédures de règlement des différends entre investisseurs et États enregistrées entre 1987 et 2013



Source: CNUCED, d'après la base de données sur les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États.

Sigles: CIRDI = Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

II. Cinq grandes options de réforme du système de règlement des différends relatifs aux investissements

6. Les différends entre investisseurs et États ne cessant d'augmenter, le débat sur l'utilité et la légitimité de leur système de règlement a pris de l'ampleur, notamment dans les pays et les régions qui font figurer ce système au programme des négociations d'AII de premier plan.

7. À l'origine, le système de règlement des différends se voulait un cadre neutre, qui offrirait aux investisseurs une procédure équitable devant un tribunal indépendant et compétent et permettrait de résoudre de façon rapide, économique et souple les litiges en matière d'investissement. Ce système accorde aux parties en conflit une influence considérable, par exemple, en les autorisant à choisir les membres du tribunal arbitral. Les plaintes des investisseurs portant sur le comportement d'États souverains, le traitement des différends en dehors de la sphère nationale de l'État mis en cause garantit dans une large mesure aux investisseurs lésés que les sentences seront rendues de manière indépendante et impartiale. En outre, il est d'usage qu'une instance internationale veille à l'application des droits consacrés par des accords internationaux.

8. Dans la pratique, cependant, le système de règlement des différends entre investisseurs et États prévu par les accords d'investissement peut démentir bon nombre des avantages théoriques de l'arbitrage. Ses carences ont d'ailleurs été mises au jour².

a) **Légitimité.** Peut-on confier à trois personnes, désignées ponctuellement, la responsabilité d'apprécier le bien-fondé de lois nationales, surtout lorsque celles-ci concernent des questions de politique publique? Le coût pour les finances publiques³ et les obstacles potentiels aux réglementations d'intérêt général peuvent freiner les pays sur la voie d'un développement durable;

b) **Transparence⁴.** Bien que la transparence du système se soit améliorée depuis le début des années 2000, les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États peuvent encore rester totalement confidentielles si les deux parties concernées le souhaitent, même lorsque leur différend porte sur des questions d'intérêt général⁵;

c) **Nationalité de l'investisseur.** Les investisseurs peuvent structurer leurs activités de manière à accéder au système de règlement des différends, c'est-à-dire faire transiter leurs investissements par une entreprise située dans un pays intermédiaire à seule fin de pouvoir invoquer les dispositions d'un AII conclu entre ce pays et le pays d'accueil;

d) **Cohérence des décisions arbitrales.** Les conclusions contradictoires qui, à plusieurs reprises, ont été formulées par des tribunaux d'arbitrage ont conduit à des divergences dans l'interprétation de dispositions identiques ou similaires et dans l'examen

² Les carences du système ont été bien documentées dans la littérature spécialisée et résumées dans le *World Investment Report 2012*; M. Waibel et al., éd., 2010, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Alphen-sur-le-Rhin, Pays-Bas, Kluwer Law International); D. Gaukrodger et K. Gordon, 2012, *Investor-State dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community*, OCDE, Documents de travail sur l'investissement international, n° 2012/03, disponible à l'adresse: http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf; C. Olivet, 2012, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom* (Bruxelles/Amsterdam/Corporate Europe Observatory et the Transnational Institute), disponible à l'adresse: <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>.

³ En juillet 2014, un tribunal statuant sur trois affaires d'arbitrage connexes a rendu la plus lourde sentence à ce jour, en réclamant le versement d'un total de 50 milliards de dollars de dommages-intérêts. *Hulley Enterprises Ltd. c. Fédération de Russie* (Cour permanente d'arbitrage (CPA), affaire n° AA 226), *Veteran Petroleum Ltd. c. Fédération de Russie* (Cour permanente d'arbitrage (CPA), affaire n° AA 228) et *Yukos Universal Ltd. c. Fédération de Russie* (Cour permanente d'arbitrage (CPA), affaire n° AA 227). Sentences finales rendues le 18 juillet 2014.

⁴ CNUCED, 2012, *Transparency: A Sequel*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II (New York et Genève, publication des Nations Unies).

⁵ Il est révélateur que des 85 affaires relevant du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international qui ont été administrées par la CPA, seulement 18 avaient été rendues publiques à la fin de 2012. (*Source*: Bureau international de la CPA.)

au fond d'affaires concernant les mêmes faits. D'où des incertitudes quant au sens des principales obligations découlant des accords et une difficulté à prévoir de quelle manière elles seront interprétées dans des affaires ultérieures⁶;

e) Décisions erronées. Les mécanismes de recours existants ne permettent pas de corriger comme il convient les erreurs qui pourraient avoir été commises sur le fond par des tribunaux d'arbitrage. Les comités d'annulation relevant du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), en particulier, outre que leurs pouvoirs sont extrêmement limités⁷, sont établis pour un différend donné et peuvent ne pas être d'accord entre eux;

f) Indépendance et impartialité des arbitres. Si l'on en juge par le nombre croissant d'arbitres qui sont récusés, les parties en conflit ne les estimeraient pas exempts de préjugés ou de préférences. Il est particulièrement préoccupant de constater que chaque partie semble désigner des arbitres sensibles à sa cause. Le fait que ces arbitres trouvent un intérêt à occuper de nouveau cette fonction dans d'autres affaires et changent souvent de «casquette» – étant parfois arbitres, parfois conseillers – ajoute à ces inquiétudes⁸;

g) Enjeux financiers. Le coût élevé des procédures d'arbitrage peut être un problème, à la fois pour les États et pour les investisseurs, en particulier les petites et moyennes entreprises. Même si un État obtient gain de cause, il se peut que les investisseurs à l'origine de la demande ne soient pas condamnés aux dépens, de sorte que les honoraires des avocats et des arbitres, évalués à 8 millions de dollars en moyenne, viennent grever les finances publiques et que la somme correspondante ne peut être consacrée à d'autres fins⁹.

9. Ces questions ont donné lieu à un débat sur les enjeux et les perspectives du système de règlement des différends entre investisseurs et États, entre autres, dans le cadre de la Commission de l'investissement et des réunions d'experts de la CNUCED, du Forum mondial de l'investissement¹⁰, des «discussions au coin du feu» de la CNUCED¹¹ et des tables rondes de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur la liberté d'investissement¹².

10. Il en est résulté cinq grandes options de réforme, qui ont été passées en revue lors de la Conférence sur les AII du Forum mondial de l'investissement 2014:

- a) Promouvoir les méthodes de règlement extrajudiciaire des différends;
- b) Adapter le système actuel;

⁶ Dans certains cas, des interprétations contradictoires peuvent s'expliquer par une différence de formulation dans les accords. Dans la plupart des cas, cependant, elles sont le fait de divergences de vues entre les arbitres.

⁷ Il convient de noter que, même si des «erreurs manifestes de droit» ont été repérées dans une sentence arbitrale, un comité d'annulation du CIRDI peut être dans l'incapacité d'annuler cette sentence ou de corriger ces erreurs. *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/8, Décision du Comité ad hoc sur la demande d'annulation présentée par la République argentine, 25 septembre 2007.

⁸ Pour de plus amples renseignements, voir Gaukrodger et Gordon, 2012, p. 43 à 51.

⁹ Les honoraires des avocats, qui peuvent atteindre jusqu'à 1 000 dollars par heure pour des associés de grands cabinets juridiques, constituent le principal poste des dépenses: on estime qu'ils représentent en moyenne 82 % environ du coût total d'une procédure. Voir Gaukrodger et Gordon, 2012, p. 19.

¹⁰ <http://unctad-worldinvestmentforum.org/>.

¹¹ Discussions informelles, organisées ou coorganisées par la CNUCED, au cours desquelles différentes parties prenantes se réunissent en petit groupe en vue de trouver des manières concrètes d'améliorer le système de règlement des différends entre investisseurs et États.

¹² <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/foi.htm>.

- c) Limiter l'accès des investisseurs au système de règlement des différends;
- d) Établir un mécanisme de recours;
- e) Créer un tribunal international permanent de l'investissement.

11. Ces cinq options sont décrites ci-après.

A. Promouvoir les méthodes de règlement extrajudiciaire des différends

12. Il s'agit d'inciter à recourir de plus en plus à des méthodes de règlement extrajudiciaire et à des politiques de prévention, les unes et les autres s'inscrivant dans les services d'assistance technique et de conseil sur les AII fournis par la CNUCED. Ces méthodes de règlement et politiques de prévention peuvent figurer dans les AII ou être mises en œuvre au niveau national, sans être expressément mentionnées dans un AII.

13. Les méthodes de règlement extrajudiciaire des différends, comme la conciliation et la médiation, mettent moins l'accent sur les droits et obligations prévus par la loi que l'arbitrage. Elles font intervenir une tierce partie neutre, dont le principal objectif n'est pas d'assurer l'application stricte de la loi, mais de trouver une solution qui serait jugée équitable par chacune des parties. Elles peuvent aider à économiser du temps et de l'argent, à trouver une solution mutuellement acceptable, à empêcher une aggravation du litige et à maintenir une relation potentiellement viable entre les parties en conflit. Cependant, rien ne garantit que le différend pourra être réglé et, dans le cas où celui-ci persisterait, le coût de la procédure qu'il faudrait alors engager viendrait s'ajouter aux frais déjà supportés. De plus, selon la nature de la loi nationale contestée par l'investisseur (par exemple, une loi d'application générale), le différend ne pourra peut-être pas toujours être réglé par la voie extrajudiciaire.

14. Les méthodes de règlement extrajudiciaire des différends peuvent aller de pair avec un renforcement des politiques de prévention et de gestion des différends au niveau national. Ces politiques (par exemple, des politiques de suivi des investissements) visent à créer des canaux de communication efficaces et à améliorer les mécanismes institutionnels entre les investisseurs et les organismes compétents et entre les différents ministères chargés des questions d'investissement. En cas de litige avec un investisseur, un bureau du médiateur ou un organisme ad hoc pourra non seulement aider à trouver rapidement une solution, mais aussi apprécier les perspectives d'arbitrage international et, si nécessaire, préparer la procédure¹³.

15. Cette approche est relativement simple à mettre à œuvre et beaucoup a déjà été fait en ce sens à travers le monde. Il est important de signaler que chaque pays peut adopter des méthodes de règlement extrajudiciaire et des politiques de prévention sans qu'il lui faille obtenir l'assentiment de ses partenaires à l'accord. Toutefois, les méthodes de règlement extrajudiciaire ne permettent pas, à elles seules, de remédier à certains grands problèmes posés par le système de règlement des différends entre investisseurs et États. Au mieux, les différends pourront être évités, ce qui fera de cette option de réforme un élément indispensable, mais non point suffisant, pour réviser le système.

¹³ Voir CNUCED, 2010, *Différends entre investisseurs et État: Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement (New York et Genève, publication des Nations Unies); CNUCED, 2011, *Best Practices in Investment for Development: How to Prevent and Manage Investor-State Disputes – Lessons from Peru*, Investment Advisory Series, séries B, n° 10, (New York et Genève, publication des Nations Unies).

B. Adapter le système actuel

16. L'idée est de conserver les principales caractéristiques du système actuel de règlement des différends entre investisseurs et États et de laisser chaque pays en modifier certains aspects dans ses nouveaux AII, sous la forme de «correctifs rapides». Un certain nombre de pays se sont déjà engagés sur cette voie¹⁴. D'un point de vue procédural, les innovations – dont beaucoup figurent dans le Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable – ont notamment consisté à¹⁵:

a) Fixer des délais pour le dépôt des plaintes, de manière à limiter le risque de mise en cause des États et à empêcher la résurgence de plaintes «anciennes» (par exemple, trois ans après les faits à l'origine de la plainte);

b) Intensifier le rôle des parties contractantes dans l'interprétation des accords afin d'éviter que les interprétations données par les tribunaux n'outrepassent les intentions initiales desdites parties (par exemple, tenir compte des interprétations conjointes et contraignantes établies par les parties, imposer aux tribunaux de se référer aux parties contractantes pour l'interprétation de certains points, faciliter les interventions des parties contractantes qui ne sont pas parties au différend)¹⁶;

c) Instaurer un dispositif de regroupement des plaintes, qui pourra aider à résoudre le problème des procédures connexes, à uniformiser l'application de la loi (et, de ce fait, à rendre les décisions plus cohérentes et plus homogènes) et à réduire les frais de procédure;

d) Rendre plus transparent le système de règlement des différends entre investisseurs et États, par exemple, en permettant l'accès du public aux documents et aux audiences et la participation de tierces parties intéressées;

e) Prévoir un dispositif de traitement accéléré des demandes manifestement infondées afin de ne pas gaspiller des ressources dans de longues procédures.

17. Cette option, dans laquelle les pays apportent des «correctifs» ciblés par l'intermédiaire de leurs AII, débouche sur des solutions sur mesure et très variables, les pays pouvant, par exemple, choisir de faire figurer dans leurs accords les questions et les préoccupations qu'ils estiment les plus importantes. Dans le même temps, bon nombre des problèmes fondamentaux du règlement des différends entre investisseurs et États ne sont pas abordés.

18. Cette option nécessitera d'intensifier les activités de formation et de renforcement des capacités afin de mieux faire connaître et comprendre les questions relatives au règlement des différends entre investisseurs et États¹⁷. Il serait également souhaitable que des moyens juridiques de défense soient fournis à un prix raisonnable aux pays en développement.

¹⁴ Par exemple, le Canada, la Colombie, les États-Unis d'Amérique et le Mexique.

¹⁵ Les moyens d'action sur différents aspects du système de règlement des différends entre investisseurs et États sont analysés plus en détail dans CNUCED, 2014, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II (New York et Genève, publication des Nations Unies).

¹⁶ Sur les différents moyens que les États peuvent utiliser, voir CNUCED, 2011, *Interpretation of IIAs: What States can do*, IIA Issues Note, n° 3, disponible à l'adresse: http://unctad.org/en/docs/webdiaeia2011d10_en.pdf.

¹⁷ Ces activités de renforcement des capacités sont notamment mises en œuvre par la CNUCED et des organisations partenaires. Les pays latino-américains, par exemple, ont bénéficié tous les ans, depuis 2005, de cours régionaux de formation avancée sur le règlement des différends entre investisseurs et États. Voir [http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/IIA-Technical-Cooperation.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/IIA-Technical-Cooperation.aspx).

19. Cette option est relativement facile à mettre en œuvre puisque seulement deux parties contractantes (ou plus, dans le cas d'un accord plurilatéral) doivent donner leur assentiment. Son efficacité est toutefois limitée: à moins que le nouvel accord ne résulte de la renégociation d'un accord antérieur, les «correctifs» s'appliquent uniquement aux AII qui viennent d'être conclus, les 3 000 AII préexistants restant en l'état. L'un des principaux avantages de cette option – à savoir, la possibilité pour les pays de pouvoir choisir de traiter ou non de certaines questions – est aussi l'un de ses principaux inconvénients, car il la rend lacunaire et l'empêche de déboucher sur une stratégie globale et intégrée.

C. Limiter l'accès des investisseurs au système de règlement des différends

20. Il s'agit de réduire le nombre de situations où les investisseurs peuvent utiliser le système de règlement des différends. Pour ce faire, deux méthodes sont envisageables: l'une est de restreindre les domaines dans lesquels des plaintes sont recevables, l'autre, d'imposer que les voies de recours locales aient été épuisées avant de pouvoir engager une procédure d'arbitrage international. Poussée à l'extrême, cette option consisterait à abandonner complètement le système de règlement des différends entre investisseurs et États pour revenir à des procédures d'arbitrage interétatiques.

21. Plusieurs pays ont opté pour la première méthode, excluant certains types de plaintes de la juridiction du tribunal arbitral¹⁸. Cette méthode a été utilisée par le passé pour limiter le champ de compétence des tribunaux d'arbitrage, par exemple, aux seules affaires d'expropriation¹⁹. Dans certains accords récents, aucun mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États n'est plus prévu²⁰.

22. En droit public international, l'accès aux instances judiciaires internationales est subordonné à l'épuisement des voies de recours locales. Or, ce prérequis est absent de la plupart des AII, ce qui fait des investisseurs étrangers une classe de privilégiés pouvant échapper aux autorités judiciaires nationales. Imposer aux investisseurs d'épuiser les voies de recours locales ou, à défaut, de démontrer l'inefficacité ou le parti pris manifeste des tribunaux nationaux rétablirait l'équilibre et rendrait le recours à l'arbitrage international plus exceptionnel.

23. Cette option ne résout pas les problèmes liés au système de règlement des différends entre investisseurs et États, mais elle les atténue. Elle peut aider à freiner la multiplication des procédures, à limiter les obligations financières des États découlant des décisions arbitrales et à économiser des ressources. Elle peut aussi contribuer à renforcer les systèmes

¹⁸ Par exemple, les plaintes concernant le patrimoine immobilier (ABI entre le Cameroun et la Turquie), les institutions financières (accord de protection et de promotion des investissements entre le Canada et la Jordanie), l'établissement et l'acquisition d'investissements (accord de partenariat économique entre le Japon et le Mexique), certaines obligations découlant de l'accord telles que le traitement national et les obligations de résultat (accord de partenariat économique renforcé entre la Malaisie et le Pakistan) et celles motivées par des mesures de protection de la sécurité nationale (accord de partenariat économique renforcé entre l'Inde et la Malaisie). Pour une analyse plus détaillée, voir CNUCED, 2014, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II (New York et Genève, publication des Nations Unies).

¹⁹ Par exemple, les ABI conclus par la Chine dans les années 1980 (accord avec la Bulgarie en 1989) et au début des années 1990 (accord avec l'Albanie en 1993) ne permettaient aux investisseurs de recourir à l'arbitrage international qu'en cas de contestation du montant des indemnités pour expropriation d'un investissement.

²⁰ C'est le cas pour l'accord de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis (2004), l'accord de partenariat économique entre le Japon et les Philippines (2006) et l'accord de libre-échange entre l'Australie et la Malaisie (2012).

judiciaires nationaux et inciter la communauté juridique de l'État hôte à jouer un plus grand rôle. Dans une certaine mesure, cependant, cette option marquerait un retour au système précédent, dans lequel les investisseurs pouvaient saisir uniquement les tribunaux de l'État hôte, négociaient avec ce dernier les conditions d'arbitrage dans le cadre de contrats spécifiques ou demandaient à leur État d'origine une protection diplomatique.

24. Cette option, comme la première qui a été présentée, ne requiert pas l'action coordonnée d'un grand nombre de pays et peut être appliquée par les parties accord par accord. Elle serait simple à mettre en œuvre dans le cas des AII à venir, mais les accords antérieurs devraient être modifiés, renégociés ou résiliés unilatéralement²¹. Comme la première option, elle aboutit à une réforme parcellaire.

D. Établir un mécanisme de recours

25. Cette option suppose²² de mettre en place un organe permanent ayant compétence pour examiner sur le fond les sentences rendues par les tribunaux d'arbitrage. Elle a été proposée dans le but d'améliorer la cohérence de la jurisprudence, de corriger les erreurs des tribunaux de première instance et de rendre l'application de la loi plus prévisible²³. Elle est actuellement envisagée par plusieurs pays²⁴. S'il était composé de membres permanents, désignés par les États parmi les juristes les plus dignes de confiance, un mécanisme de recours pourrait faire autorité et émettre des avis cohérents – et plus objectifs, ce qui permettrait de remédier à la crise de légitimité du système actuel de règlement des différends entre investisseurs et États.

26. Ces avis solidement fondés sur des points de droit éclaireraient les deux parties en conflit (au moment d'apprécier la force de leurs argumentaires respectifs) ainsi que les arbitres chargés de statuer sur le différend. Même si le système actuel des tribunaux de première instance restait inchangé, ce contrôle efficace de deuxième niveau permettrait de dissiper les inquiétudes. En résumé, un mécanisme de recours remettrait de l'ordre dans le système actuel, décentralisé, sans hiérarchie et sans caractère permanent.

27. On ne saurait toutefois chasser toute incertitude et toute incohérence d'un corpus juridique riche d'environ 3 000 textes; certains accords applicables, par leur formulation, risquent encore de donner lieu à des interprétations divergentes. De plus, la mise en place

²¹ La résiliation des AII est compliquée par des clauses de maintien en vigueur, selon lesquelles les dispositions continueront de s'appliquer, généralement pendant une période de dix à quinze ans, après la fin de l'accord.

²² En 2004, le secrétariat du CIRDI avait lancé l'idée d'un mécanisme de recours, qui n'avait alors pas reçu un appui suffisant de la part des États. Il est possible que bon nombre d'entre eux aient depuis revu leurs positions. Voir CIRDI, 2004, Possible improvements of the framework for ICSID arbitration, ICSID Discussion Paper, partie VI et annexe, disponible à l'adresse: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_Announcement14.

²³ Pour une analyse du sujet, voir C. Tams, 2006, An appealing option? A debate about an ICSID appellate structure, Essays in Transnational Economic Law Working Paper No. 57.

²⁴ Il est question dans plusieurs AII conclus par les États-Unis de la possibilité d'établir une instance permanente qui serait chargée de se prononcer en appel sur les sentences arbitrales de différends entre investisseurs et États. L'accord de libre-échange entre le Chili et les États-Unis a été le premier à «préparer le terrain» pour accueillir un mécanisme de recours s'il en était créé un dans le cadre d'un accord multilatéral distinct (art. 10.19(10)). L'accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis et l'Amérique centrale (2004) est allé plus loin en instituant un groupe de négociation en vue de la création d'un organe d'appel ou d'un mécanisme similaire (annexe 10-F). Pour autant, aucune négociation en ce sens n'a été annoncée et rien n'a été publié concernant l'établissement d'un organe d'appel.

d'un mécanisme de recours rendrait les procédures plus longues et plus coûteuses, même si des délais précis pouvaient être fixés, comme c'était le cas avec l'Organe d'appel de l'OMC²⁵.

28. Pour que cette option soit efficace, sa mise en œuvre doit être appuyée par un grand nombre de pays. Outre un accord de principe, un certain nombre de choix importants devraient être faits: le mécanisme de recours serait-il uniquement utilisé dans le cadre du système du CIRDI ou étendu à d'autres règlements d'arbitrage? Par qui et comment ses membres seraient-ils élus? Comment serait-il financé²⁶? Cette option de réforme s'annonce donc très difficile à mettre en œuvre.

E. Créer un tribunal international permanent de l'investissement

29. Cette option suppose de remplacer le système actuel de tribunaux d'arbitrage ad hoc par un tribunal international qui serait composé de juges désignés par les États à titre permanent (par exemple, pour un mandat de durée déterminée non renouvelable) et qui pourrait comprendre une cour d'appel.

30. Pour certains, un système privé de règlement judiciaire (arbitrage) n'est pas adapté aux questions relevant du droit public²⁷. Celles-ci réclament des garanties concrètes de l'indépendance et de l'impartialité des juges, qui ne peuvent être apportées que par la stabilité d'emploi – c'est-à-dire en faisant en sorte que les juges ne soient pas mus par des intérêts extérieurs, notamment par la volonté d'être reconduits dans leurs fonctions et de faire perdurer le commerce de l'arbitrage. Selon ce raisonnement, seul un tribunal composé de juges titulaires établirait un système juste, qui serait largement considéré comme impartial²⁸.

²⁵ À l'OMC, la procédure d'appel dure quatre-vingt-dix jours.

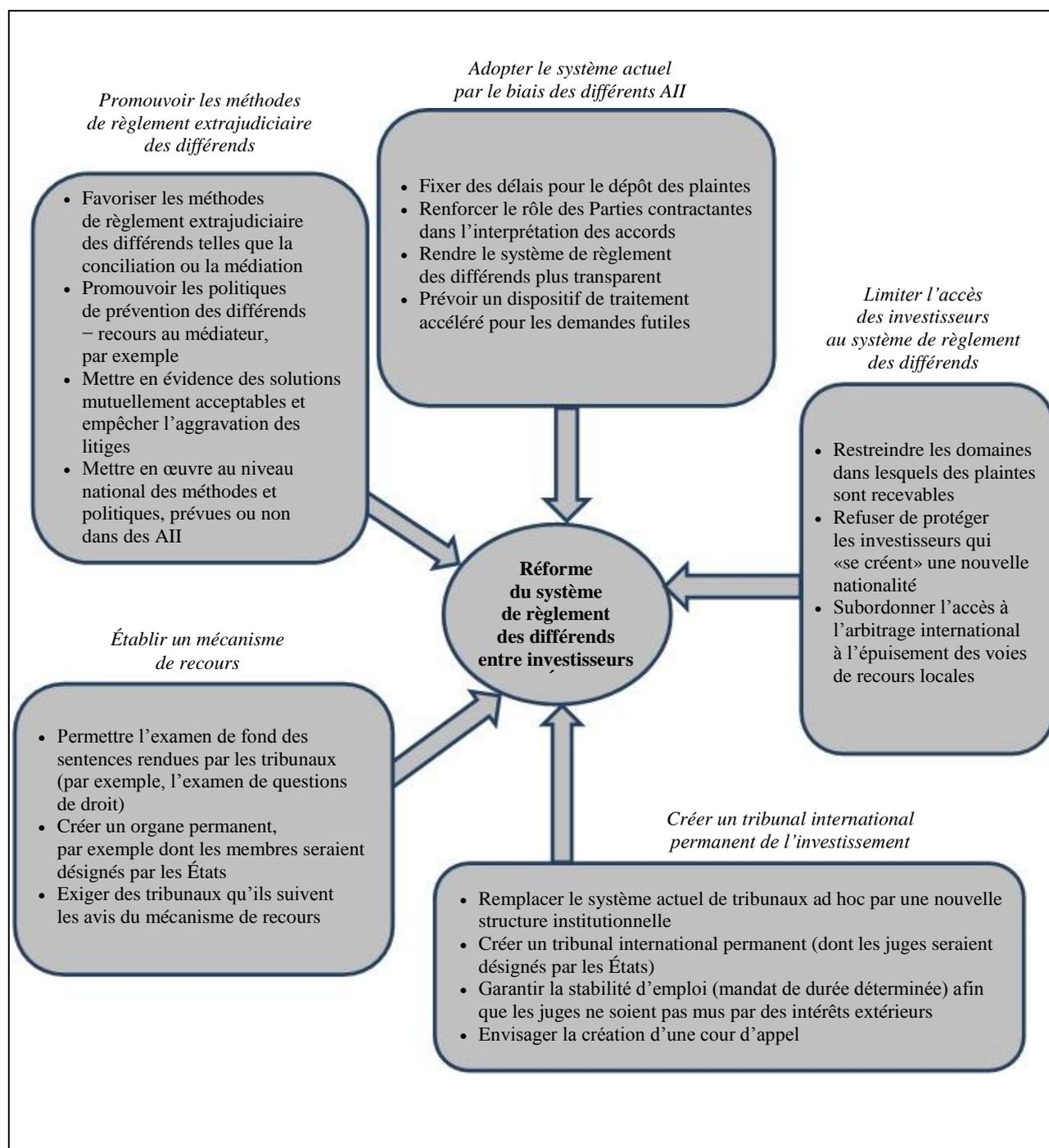
²⁶ D'autres questions importantes devraient aussi être posées: l'instance de recours statuerait-elle uniquement en droit ou aussi en fait? Aurait-elle le pouvoir de corriger des décisions ou simplement un droit de renvoi au tribunal de première instance? La mise en place d'une instance de recours impliquerait-elle la suppression progressive du mécanisme d'annulation du CIRDI et du recours devant les juridictions nationales? Comment l'application du nouveau mécanisme de recours aux AII existants serait-elle assurée?

²⁷ Cette approche repose sur l'idée que l'arbitrage des différends relatifs aux investissements est comparable au contrôle juridictionnel interne en droit public en ce qu'il «fait intervenir un organe juridictionnel ayant qualité pour déterminer, en réponse à une plainte déposée par une personne physique, si l'autorité souveraine est exercée conformément au droit et pour décider de sanctions dans le cas où le comportement de l'État est contraire à la loi». G. Van Harten, 2008, A Case for an International Investment Court, Society of International Economic Law Inaugural Conference 2008, disponible à l'adresse: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424.

²⁸ Voir G. Van Harten, 2008.

Figure 3

Cinq options de réforme du système de règlement des différends entre investisseurs et États



Source: CNUCED, *World Investment Report 2013*.

31. Le tribunal permanent de l'investissement serait une institution ayant valeur de bien public, qui servirait les intérêts des investisseurs, des États et des autres parties prenantes. Il traiterait de la plupart des problèmes déjà mentionnés, contribuant dans une large mesure à garantir la légitimité et la transparence du système et à favoriser la cohérence et la justesse des décisions ainsi que l'indépendance et l'impartialité des juges²⁹.

32. Cette option serait la plus difficile à mettre en œuvre car elle exigerait l'action coordonnée d'un grand nombre d'États afin de revoir entièrement le système actuel. Néanmoins, un accord unanime ne serait pas nécessaire. Un tribunal permanent de l'investissement pourrait tout à fait être créé dans le cadre d'une initiative plurilatérale, à laquelle les États qui le souhaitent se joindraient ultérieurement.

33. Un autre problème serait de déterminer si cette nouvelle instance conviendrait à un régime fragmenté, composé de nombreux accords d'investissement, pour la plupart bilatéraux. Il semble que cette option fonctionnerait mieux avec un corpus juridique unifié.

34. Au vu des nombreuses questions soulevées, il semble que le temps soit venu pour les États de faire le point sur le système actuel de règlement des différends relatifs aux investissements, de confronter les options de réforme et de décider de la meilleure voie à suivre.

35. Certaines des cinq options de réforme présentées peuvent être mises en œuvre unilatéralement, d'autres supposent l'action conjointe d'un grand nombre de pays. Ces dernières apporteront peut-être une réponse plus efficace, mais elles seront plus difficiles à appliquer et nécessiteront l'accord d'un plus grand nombre d'États sur des points importants. Un dialogue multilatéral sur le règlement des différends relatifs aux investissements pourrait faciliter l'émergence d'un consensus sur l'option de réforme à privilégier et la manière de la mettre en œuvre.

36. Il importe de garder à l'esprit que le système de règlement des différends relatifs aux investissements est garant de l'application du droit. En conséquence, les améliorations qui lui seront apportées devraient s'accompagner d'une réforme du régime des AII, exposée ci-après.

III. Réforme du régime des accords internationaux d'investissement: quatre solutions et une voie à suivre

37. Le régime des accords internationaux d'investissement (AII) fait actuellement l'objet d'un processus de réflexion, d'examen et de réforme. La plupart des pays sont parties à un ou plusieurs AII, mais peu sont satisfaits du régime actuel, en raison du malaise croissant que suscitent les effets réels de ces accords dans les domaines suivants: la promotion de l'investissement étranger direct, réduction de la marge d'action en matière de politique et de réglementation, recours accru au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États et absence de contribution spécifique à la réalisation des objectifs de développement durable. En outre, les points de vue sur les AII sont très divers, y compris au sein d'un même pays. S'ajoutent à cela la complexité et le caractère multiforme du régime, ainsi que l'absence d'institution multilatérale jouant un rôle similaire à celui de l'OMC dans le domaine du commerce. Pour toutes ces raisons, il est difficile de réformer de façon systématique l'ensemble des AII et le système de règlement des différends relatifs aux investissements. Cela explique pourquoi les tentatives de réforme des AII restent pour l'instant relativement limitées.

²⁹ Un système dans lequel les juges sont commis d'office, et non pas désignés par les parties au différend, permettra d'économiser des dizaines, si ce n'est des centaines, de milliers de dollars habituellement dépensés par des juristes pour l'examen des candidatures à la fonction d'arbitre.

38. De nombreux États ont dans ce domaine une attitude attentiste. Leur manque d'empressement à mettre en œuvre une réforme plus globale et plus ambitieuse traduit le dilemme auquel ils sont confrontés: les pays qui apporteront des modifications plus profondes risquent de paraître moins attrayants aux investisseurs étrangers et les premiers à le faire pourraient particulièrement en souffrir. Qui plus est, des questions se posent quant à la teneur d'un nouveau modèle d'AII et l'on craint que certaines approches n'aggravent la complexité actuelle du régime et la confusion qui le caractérise.

39. À certains niveaux de décision, la réforme a pourtant déjà commencé. Au niveau national, certains pays ont modifié leurs accords types, parfois dans le cadre de processus multipartites ouverts à tous et transparents. Au moins 40 pays et 5 organisations régionales sont actuellement en train d'examiner et de revoir leur politique de réglementation de l'investissement international. Certains pays continuent également, aux niveaux bilatéral et régional, à négocier de nouvelles dispositions ou à renégocier des dispositions existantes, par exemple dans le cadre de méga-accords régionaux. Quelques pays se sont désengagés, soit en mettant fin à des accords bilatéraux d'investissement, soit en dénonçant des conventions internationales d'arbitrage. À l'échelon multilatéral, des pays se sont réunis pour examiner certains aspects de la réforme des AII.

40. L'examen de ces faits récents permet de distinguer quatre principales solutions pour réformer le régime de l'investissement international (voir tableau ci-après):

- a) Le maintien du statu quo;
- b) Le désengagement du système;
- c) L'ajustement sélectif;
- d) La réforme systématique.

Tableau

Quatre solutions pour réformer le régime des accords internationaux d'investissement: vue d'ensemble

<i>Solution</i>	<i>Description</i>	<i>Niveau d'intervention</i>
Statu quo	Pas de modification de fond des dispositions des AII ou des obligations contractées à l'échelle internationale dans le domaine de l'investissement	Agir aux niveaux bilatéral et régional: <ul style="list-style-type: none"> • Poursuite de la négociation d'AII en s'appuyant sur les modèles existants • Maintien des accords actuellement en vigueur
Désengagement	Retrait d'accords internationaux relatifs aux investissements	Agir à différents niveaux de décision ou concernant différents aspects de l'élaboration des politiques d'investissement: <ul style="list-style-type: none"> • Niveau national (par exemple: annulation des dispositions de la législation nationale autorisant le règlement des différends entre investisseurs et États et dénonciation de contrats d'investissement) • Niveaux bilatéral ou régional (par exemple: dénonciation

Solution	Description	Niveau d'intervention
Ajustement sélectif	<p>Poursuite de la politique de changements sélectifs sur un mode non contraignant pour:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Intégrer la dimension du développement durable aux AII (par exemple dans le préambule) • Aller vers un rééquilibrage des droits et des obligations (par exemple en faisant figurer dans le préambule des dispositions non contraignantes relatives à la responsabilité sociale des entreprises) • Modifier certaines modalités du règlement des différends entre investisseurs et États (par exemple: le classement rapide des plaintes abusives) • Traiter de façon sélective les interactions entre les différents instruments (par exemple en ne réduisant pas la portée des clauses générales) 	<p>d'AII en vigueur)</p> <p>Agir de manière sélective aux trois niveaux décisionnels suivants:</p> <ul style="list-style-type: none"> • National (par exemple: modification du modèle d'AII) • Bilatéral/régional (par exemple: négociation des AII sur la base de modèles remaniés ou formulation d'interprétations conjointes) • Multilatéral (par exemple: l'échange de données d'expérience)
Réforme systématique	<p>Mise au point d'engagements de portée internationale:</p> <ul style="list-style-type: none"> • S'appuyant sur des AII promouvant le développement durable (par exemple en favorisant les investissements dans la réalisation des objectifs de développement durable); • Rééquilibrant efficacement les droits et obligations prévus par les AII (par exemple en augmentant les responsabilités des investisseurs et en préservant la marge d'action des États); • Réformant de fond en comble le système de règlement des différends entre investisseurs et États (en suivant les cinq grandes options présentées au chapitre II de la présente note et dans le <i>World Investment Report 2013</i>) • Gérant comme il convient les interactions et en assurant la cohérence entre les différents niveaux décisionnels ainsi qu'entre les politiques d'investissement et les autres politiques publiques (par exemple dans le cadre d'un examen associant les différentes parties prenantes) 	<p>Agir simultanément ou successivement aux trois niveaux décisionnels suivants:</p> <ul style="list-style-type: none"> • National (par exemple: création d'un nouveau modèle d'AII) • Bilatéral ou régional: (re)négociation des AII à partir d'un nouveau modèle • Multilatéral (recherche d'un consensus entre les différentes parties prenantes)

Source: CNUCED.

41. Chacune de ces solutions présente des avantages et des inconvénients et répond de façon spécifique à différentes préoccupations (voir tableau). En fonction de leurs objectifs, certaines parties prenantes peuvent considérer comme un avantage ce que d'autres jugent problématique. De plus, dans la pratique, ces différentes approches ne s'excluent nullement les unes les autres; on peut en effet retrouver des éléments de l'une ou de plusieurs d'entre elles dans la politique d'un pays comme dans les dispositions d'un AII.

42. On examinera ci-après les quatre solutions dans l'optique d'une réforme stratégique du régime. On envisagera d'abord les deux approches les plus opposées, à savoir le maintien du statu quo et le désengagement du régime, avant d'aborder les deux voies intermédiaires, qui consistent à le réformer, quoique à des degrés divers.

43. On considérera préalablement comme acquise la nécessité d'une réforme. Avec son processus dynamique d'élaboration des décisions, qui évolue en permanence l'efficacité des politiques, le Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable en est un exemple parmi d'autres. Aujourd'hui, la question n'est pas de savoir s'il faut réformer les politiques relatives à l'investissement international, mais de déterminer la voie à suivre. Il ne s'agit pas seulement de modifier tel ou tel aspect d'un accord donné, mais de remodeler complètement le régime des AII afin de concilier la protection des investisseurs et les considérations relatives au développement durable.

A. Le maintien du statu quo

44. L'une des deux solutions les plus radicales consiste à maintenir le statu quo. Lorsqu'un pays n'apporte aucun changement de fond à la politique qu'il suit dans le domaine des AII, les investisseurs le considèrent comme stable et accueillant. Cela est particulièrement le cas lorsque les nouveaux AII sont négociés sur la base des modèles existants. Cette option devrait tout spécialement intéresser les pays qui investissent beaucoup à l'étranger et ceux qui n'ont pas souvent eu à faire face à des différends – très politisés – avec des investisseurs.

45. Cette solution semble a priori la plus facile et la plus simple à mettre en œuvre. Elle mobilise en effet peu de ressources, puisqu'il n'est pas nécessaire de procéder à des évaluations, à des examens nationaux ou à des consultations multipartites. Elle présente également l'avantage d'éviter les effets pervers, parfois lourds de conséquences, pouvant découler de clauses d'accords innovantes.

46. Toutefois, non seulement le maintien du statu quo ne résout pas les problèmes du régime actuel, mais il peut être la cause d'un rejet encore plus grand des AII. Alors qu'un nombre croissant de pays entreprend de réformer ces accords, il peut en outre se révéler de plus en plus difficile de maintenir le statu quo, c'est-à-dire de conserver les accords bilatéraux d'investissement existants et d'en négocier de nouveaux à partir des modèles existants.

B. Le désengagement du régime des accords internationaux d'investissement

47. La solution à l'opposé du maintien du statu quo consiste, pour un pays, à se désengager du régime des AII, qu'il s'agisse d'accords spécifiques, de conventions multilatérales d'arbitrage ou du système dans son ensemble. Le fait de dénoncer unilatéralement des AII manifeste une profonde insatisfaction vis-à-vis du système actuel. Cette solution pourrait particulièrement tenter les pays où la question des AII occupe une place centrale dans le débat politique.

48. Le désengagement du régime des AII peut à première vue paraître la solution la plus résolue ou la plus radicale. Il a néanmoins pour conséquence de priver les investisseurs étrangers de moyens de protection et de ne pas exposer les États aux risques liés au mécanisme de règlement des différends avec les investisseurs.

49. Cependant, la plupart des avantages attendus ne se font jour qu'au fil du temps et accord par accord. Le fait de se retirer du système ne protège pas immédiatement un État des procédures de règlement des différends avec les investisseurs, puisque les AII prévoient généralement le maintien en vigueur, pendant un certain temps, des engagements contractés. Il pourrait en outre se révéler nécessaire de revoir la législation nationale et les contrats conclus par l'État, qui prévoient parfois une procédure de règlement des différends (notamment l'arbitrage du CIRDI) même lorsqu'il n'existe pas d'AII. En outre, en cas de désaccord entre les parties, les États n'ont guère la possibilité de dénoncer un AII. Leur marge de manœuvre, qui dépend des termes de l'accord conclu, peut en outre être limitée dans le temps.

50. En outre, la dénonciation d'accords internationaux au cas par cas ne contribue guère à réformer le régime des AII dans son ensemble, puisqu'elle ne porte que sur les relations entre les parties contractantes concernées. Seule une renégociation est susceptible de contribuer à la réforme complète du régime.

C. L'ajustement sélectif

51. Les ajustements sélectifs ou limités portant sur des points précis sont une solution qui gagne rapidement du terrain. Ils peuvent intéresser les pays désireux de résoudre les problèmes posés par les AII et témoignent de l'attachement de ces pays au système. Ils peuvent être axés sur le développement durable ou viser d'autres objectifs.

52. Cette solution présente de nombreux avantages. Les modifications sélectives donnent la possibilité de hiérarchiser les objectifs en fonction de leur pertinence et de leur urgence tout en préservant l'essentiel de l'accord en question. L'ajustement sélectif permet également de s'adapter aux besoins de chaque partie à la négociation afin de préserver des relations économiques particulières et de mettre à l'essai différentes solutions. Les modifications peuvent aussi être mises en œuvre directement (par les parties aux négociations) dans l'optique des accords à venir. En outre, le fait de procéder à des modifications «souples» ou non contraignantes réduit les risques au minimum. Un changement progressif, en douceur, risque moins d'être perçu comme une diminution de la valeur protectrice de l'accord. La modification sélective de nouveaux accords peut, qui plus est, apparaître comme une option tentante, voire comme la plus réaliste, pour atténuer les critiques croissantes à l'égard des AII.

53. Les ajustements sélectifs de futurs AII ne suffiront cependant pas à résoudre tous les problèmes résultant de la masse des accords existants³⁰. Cette méthode ne permet guère de gérer les interactions entre les différents accords et peut donner lieu, s'il n'est pas prévu de clause de la nation la plus favorisée (NPF), à du «picorage» ou à la recherche de l'accord le plus avantageux³¹. Une telle situation est susceptible de mécontenter certaines parties prenantes et, en fin de compte, d'amener d'autres changements, ce qui risque d'être source d'incertitude plutôt que de stabilité.

³⁰ Les modifications ne s'appliquent qu'aux nouveaux AII et n'ont aucune incidence sur ceux qui sont en vigueur, sauf lorsque le nouvel accord est la version renégociée d'un instrument antérieur (ou annule le précédent).

³¹ Il arrive que des engagements contractés vis-à-vis de certains partenaires au titre de certains AII s'appliquent à des accords ultérieurs par le jeu d'une clause NPF (en fonction de son libellé), ce qui peut avoir des conséquences inattendues.

D. La réforme systématique

54. Pour procéder à une réforme systématique, il faut définir des engagements internationaux qui soient compatibles avec la réorientation du paradigme de l'investissement et du développement (*World Investment Report 2012*) et qui contribuent au développement durable. Cette solution, qui prévoit des mesures à tous les échelons de la gouvernance, est celle qui permet de réformer le régime actuel des AII de la façon la plus complète.

55. Une telle approche suppose la mise au point d'un nouveau modèle d'accord remédiant aux trois problèmes mentionnés précédemment³² et promouvant résolument l'investissement au profit du développement durable. Il convient également de réformer de fond en comble le système de règlement des différends entre investisseurs et États, ainsi qu'il a été mentionné au chapitre II.

56. À première vue, cette tâche est ardue à plus d'un titre. Elle peut demander beaucoup de temps et de ressources; le meilleur équilibre des AII vers lequel elle tend peut donner l'impression que les accords concernés sont moins protecteurs et créer un climat moins favorable à l'investissement. Pour aller jusqu'au bout de cette démarche, il convient de régler la question des AII existants, au risque de donner l'impression que l'on remet en question les droits acquis des investisseurs. Il peut d'autre part être nécessaire, pour toute modification ou renégociation, de s'assurer la coopération d'un grand nombre de partenaires.

57. Cette approche est cependant la seule à même de conduire à une réforme complète et cohérente. Elle est également la plus susceptible d'inciter la communauté internationale à adopter une approche commune pour promouvoir l'investissement en faveur de la réalisation des objectifs de développement durable.

58. À cet égard, la Conférence sur les AII qui s'est tenue en octobre 2014 dans le cadre du Forum mondial de l'investissement a été riche d'enseignements. On y a souligné, par exemple, que la réforme des AII devait être progressive et complète, que chaque pays ne pourrait en mener à bien que certains aspects et que seule une action commune et multilatérale aurait une réelle efficacité. La Conférence a également élaboré un document définissant les grandes lignes d'un projet de réforme complète. Un tel document pourrait servir de fil conducteur aux autorités nationales et aux organisations régionales et intergouvernementales. Les participants à la Conférence ont aussi demandé à la CNUCED, en coopération avec d'autres acteurs tels que le CIRDI, l'OCDE et la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, de servir de cadre multilatéral à l'action menée dans le domaine de l'investissement.

59. Les experts sont invités à préciser le projet de réforme et à proposer des idées et des solutions concrètes pour que le régime des AII contribue davantage au développement durable.

³² Intégrer davantage la dimension du développement durable, rééquilibrer les droits et les obligations et simplifier le régime des AII.

Annexe

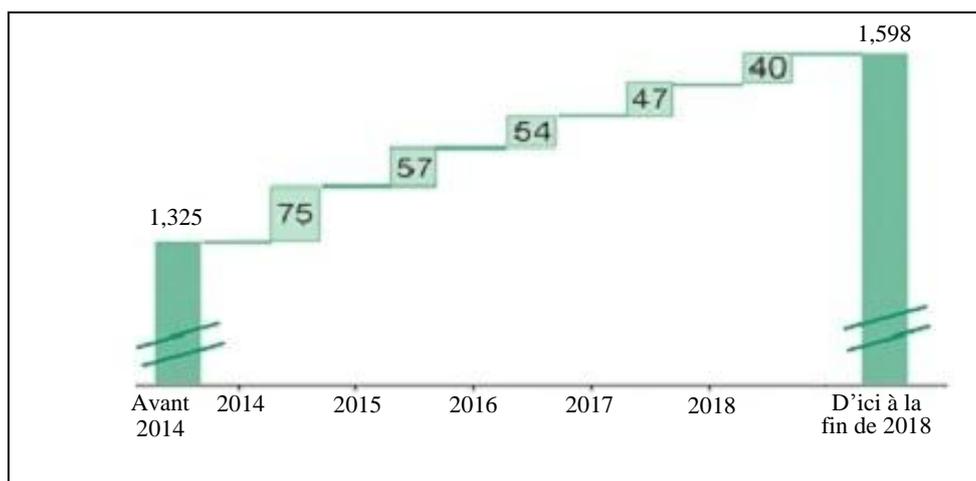
La transformation du régime des accords internationaux d'investissement: possibilités offertes à l'expiration desdits accords

1. Le régime des AII se trouve à un tournant propice au changement. La signature d'ABI a battu son plein dans les années 1990. Quinze ans après la fin de cette décennie, le rythme a fortement diminué (voir fig. A1.1), ce qui permet d'envisager une refonte effective du système³³. Lorsque la date d'expiration d'un accord approche, une partie peut souhaiter sa prorogation automatique ou signifier à l'autre partie son intention de s'en dégager³⁴. Dans le deuxième cas, il est possible de revoir les termes de l'accord en tenant compte des expériences passées et de nouveaux objectifs.

2. L'expiration effective ou prochaine d'un grand nombre d'ABI représente autant d'occasions de les modifier. Au 1^{er} janvier 2014, plus de 1 300 accords étaient susceptibles d'être dénoncés à tout moment par l'une de leurs parties contractantes (voir fig. A1.1).

Figure A1.1

Nombre total d'accords bilatéraux d'investissement susceptibles de prendre fin à tout moment



Source: CNUCED.

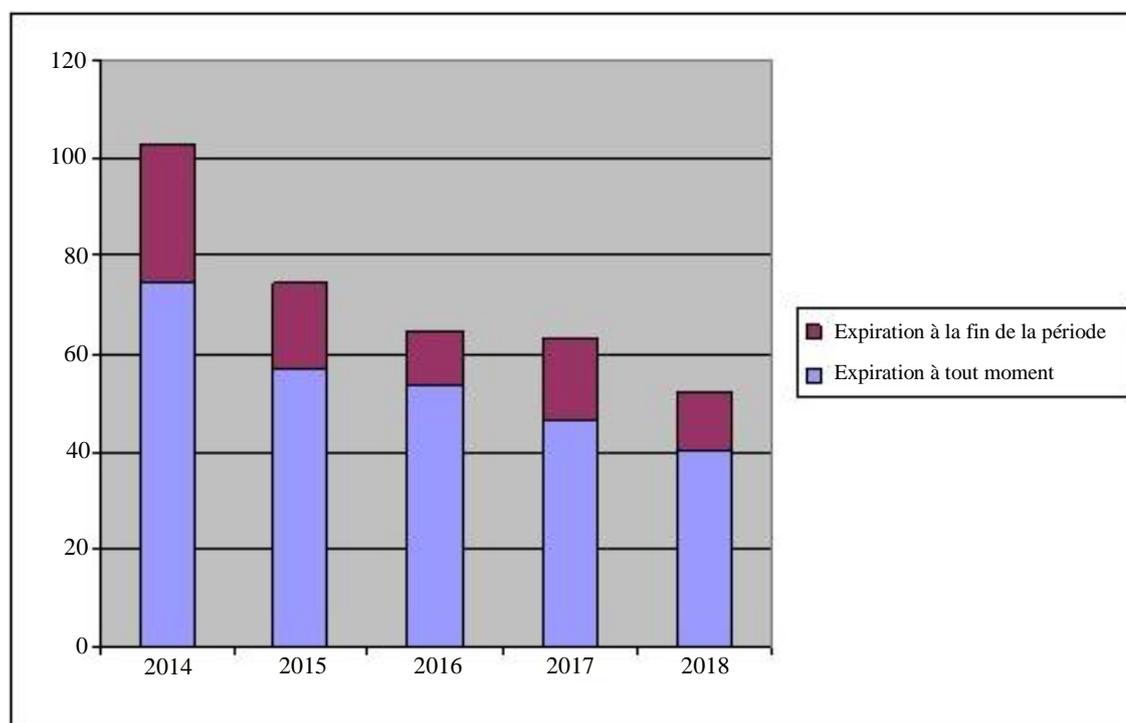
Note: Le présent tableau a été établi à partir de l'étude d'un échantillon représentatif réunissant plus de 300 ABI, dont les données ont été extrapolées à l'ensemble des AII toujours en vigueur après la période de validité initiale.

3. Qui plus est, entre 2014 et 2018, au moins 350 ABI supplémentaires auront atteint leur date de validité initiale, dont 103 pendant la seule année 2014 (voir fig. A1.2).

³³ Ce chapitre ne porte que sur les ABI et ne s'applique pas aux «autres AII», qui posent d'autres problèmes. Il est important de noter qu'il est impossible de dénoncer séparément la partie d'un accord de libre-échange traitant des investissements; lorsqu'un accord est dénoncé, il l'est dans sa totalité.

³⁴ Le droit international public dispose qu'un accord peut également être dénoncé à tout moment, même pendant la période de validité initiale, s'il y a consentement mutuel des parties contractantes (art. 54 b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

Figure A1.2
Accords bilatéraux d'investissement arrivant à échéance en 2014-2018



Source: CNUCED.

Note: Ce graphique a été établi par extrapolation à l'ensemble des accords bilatéraux d'investissement des résultats d'une étude portant sur ceux dont le texte est disponible. Les paramètres sont déterminés à partir d'un échantillon représentatif comptant plus de 300 accords bilatéraux d'investissement.

4. Il n'est pas facile de faire évoluer le régime actuel des AII en profitant de l'expiration des accords. Aussi, pour mieux saisir les occasions qui se présentent et connaître la procédure à suivre, il est important de comprendre les règles s'appliquant dans ce domaine.

Extinction des accords et clauses de prorogation

Les accords bilatéraux sont le plus souvent conclus pour une durée limitée initiale de dix à quinze ans. Seul un petit nombre d'entre eux sont dès le départ à durée indéfinie.

Ceux qui sont conclus pour une durée limitée prévoient généralement un mécanisme de prorogation. Il existe deux grandes catégories d'accord en la matière. Dans la première, l'accord devient à durée indéterminée à l'issue de la période de validité initiale, si aucune des parties n'a décidé de s'en libérer. Chacune se réserve néanmoins le droit de dénoncer l'accord par écrit, à tout moment, mais cette dénonciation n'est effective qu'à l'issue d'une période de préavis. La deuxième catégorie d'accords peut être prorogée indéfiniment, par périodes successives de durée déterminée, la dénonciation ne pouvant intervenir qu'à l'échéance d'une de ces périodes.

Selon la catégorie à laquelle appartient l'accord, on dira qu'il peut prendre fin «à tout moment» ou «à échéance».

<i>Fin de l'accord à tout moment</i>		<i>Fin de l'accord à échéance</i>	
Durée:	Durée:	Durée:	Durée:
Période de validité initiale; renouvellement automatique sans limite de durée	Période de validité initiale; renouvellement automatique par périodes successives de durée déterminée	Sans limite de validité initiale; durée indéterminée dès l'entrée en vigueur	Période de validité initiale; renouvellement automatique par périodes successives de durée déterminée
Expiration:	Expiration:	Expiration:	Expiration:
<ul style="list-style-type: none"> • À la fin de la période de validité initiale • À tout moment après la fin de la période de validité initiale 	<ul style="list-style-type: none"> • À la fin de la période de validité initiale • À tout moment après la fin de la période de validité initiale 	<ul style="list-style-type: none"> • À tout moment 	<ul style="list-style-type: none"> • À la fin de la période de validité initiale • À l'échéance de chacune des périodes successives ultérieures
Exemple:	Exemple:	Exemple:	Exemple:
ABI entre la Hongrie et la Thaïlande (1991)	ABI entre l'Islande et le Mexique (2005)	ABI entre l'Arménie et le Canada (1997)	ABI entre l'Azerbaïdjan et la Belgique et le Luxembourg (2004)

L'option permettant la dénonciation de l'accord à tout moment offre la plus grande souplesse, puisque chaque partie est libre de communiquer son intention à l'autre partie quand elle le souhaite. La dénonciation à l'échéance d'une période de validité ultérieure ne permet en revanche d'exercer ce droit qu'à date fixe. Si aucune partie n'a exprimé son intention de dénoncer l'accord avant une date limite précise (en général douze à dix-huit mois avant l'échéance), l'accord est automatiquement prorogé pour un certain nombre d'années, pendant lesquelles il sera impossible de le dénoncer unilatéralement.

Source: CNUCED.

5. La clause de maintien en vigueur qui, dans certaines conditions, empêche l'extinction de la plupart des accords bilatéraux d'investissement d'avoir un effet immédiat, est une source de problèmes supplémentaire. En application de cette clause, les investissements effectués avant la date d'échéance restent régis par l'accord concerné pendant un certain temps (dix ou quinze ans en général), ce qui a pour effet de proroger d'autant la responsabilité internationale de l'État hôte³⁵.

6. De son côté, la clause NPF risque de compromettre toute renégociation portant sur l'allègement d'obligations découlant d'un accord ou sur leur rééquilibrage. L'absence, dans le nouvel accord, de dispositions limitant l'application de cette clause, peut avoir pour effet inattendu de renforcer les droits des investisseurs, en application d'AII signés avec des pays tiers. Aussi peut-il être prévu, lors de la modification ou de la renégociation d'AII, que la clause NPF ne s'applique pas à certaines dispositions de fond d'autres accords du même type. On évite ainsi que des accords déjà conclus – ou à venir – aient des répercussions sur des accords méticuleusement négociés par le jeu d'une clause NPF non restrictive (voir le Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable)³⁶.

³⁵ Il reste à déterminer si cette clause s'applique uniquement en cas de dénonciation unilatérale de l'accord ou si elle vaut également lorsque celui-ci prend fin par consentement mutuel des parties. La réponse peut dépendre de sa formulation ou de son interprétation.

³⁶ À défaut de régler automatiquement la question des accords plus anciens non renégociés ou conservés sur les étagères, cela pourra jeter graduellement les bases de négociations en vue de l'instauration d'un réseau d'AII plus équilibré.