Nations Unies A/CN.9/WG.III/WP.221

Assemblée générale

Distr. limitée
22 juillet 2022
Français
Original : anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États)
Quarante-troisième session
Vienne, 5-16 septembre 2022

Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)

Instrument multilatéral sur la réforme du RDIE

Note du Secrétariat

Table des matières

Page

I. Introduction . . . 2
II. Instrument multilatéral sur la réforme du RDIE . . . 3
A. Structure possible d'un instrument multilatéral . . . 3
B. Cohérence et souplesse . . . 4
C. Champ d'application et relation avec les traités existants . . . 8
D. Exemple de structure possible . . . 13

V.22-10658 (F)

Merci de recycler

I. Introduction

1. À sa trente-huitième session, en 2020, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'entreprendre des travaux préparatoires concernant les moyens de mettre en œuvre les options de réforme (appelées « éléments de réforme » dans la présente note) et, dans ce contexte, d'élaborer un document relatif à un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE (A/CN.9/1004, par. 101 et 104). En conséquence, un document exposant les questions essentielles qui se rapportent à la conception de cet instrument (A/CN.9/WG.III/WP.194) a été présenté au Groupe de travail à sa trente-neuvième session, en 2020.

2. À cette session, il a été dit que l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE devrait fournir un cadre pour la mise en œuvre de divers éléments de réforme, et qu'une approche souple et cohérente concernant les différents éléments de réforme laisserait les États parties décider si et dans quelle mesure ils adopteraient les différents éléments (A/CN.9/1044, par. 105).

3. En outre, il a été estimé que l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE devrait : i) répondre aux préoccupations recensées (notamment au souci d'uniformité et de cohérence) et favoriser la sécurité juridique dans le RDIE ; ii) établir un cadre souple, qui donne aux États la possibilité de choisir les éléments de réforme, notamment le mécanisme de RDIE et les outils procéduraux correspondants, et qui puisse s'adapter à l'évolution future du RDIE ; iii) offrir une souplesse temporelle qui permette la participation continue des États parties ; iv) favoriser la participation la plus large possible des États, aux fins d'une réforme d'ensemble du RDIE ; et v) suivre une approche globale en matière de réforme du RDIE, en fixant clairement l'objectif consistant à atteindre le développement durable à travers l'investissement international (A/CN.9/1044, par. 106).

4. Étant donné qu'il était nécessaire d'analyser de près la forme que prendrait l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, ainsi que ses implications juridiques sur le cadre existant de RDIE, on s'est déclaré favorable à la poursuite des travaux sur ledit instrument, notamment par le biais de travaux intersessions menés par les délégations intéressées (A/CN.9/1044, par. 111).

5. Depuis la trente-neuvième session tenue en 2020, deux réunions informelles ont eu lieu sur le sujet[1]. Le Secrétariat a également sollicité l'assistance de la Section des traités du Bureau des affaires juridiques de l'ONU ainsi que de spécialistes du droit international public et du droit conventionnel, qui ont été invités à exprimer leurs vues sur le document A/CN.9/WG.III/WP.194 et à recenser les questions nécessitant un examen plus approfondi[2].

6. Selon le plan de travail (A/CN.9/1054, annexe I), le Groupe de travail devrait donner au Secrétariat des orientations concernant l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE à la présente session. La présente note complète donc le document A/CN.9/WG.III/WP.194 et soulève un certain nombre de questions à examiner par le Groupe de travail, en vue d'obtenir des orientations sur les travaux que le Secrétariat

---

[1] Des réunions informelles se sont tenues les 9 et 10 décembre 2021 et le 10 juin 2022. Les résumés de ces réunions peuvent être consultés respectivement aux adresses suivantes : https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/summary_informal_meetings_6-10_december_final.pdf et https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/wg_iii_-_summary_informal_meetings_7-10_june_2022_final.pdf.

[2] Le Secrétariat tient à remercier M^me^ Danae Azaria (University College London, Faculté de droit), M. Duncan Hollis (Temple University, Beasley School of Law), M. Jan Klabbers (Université d'Helsinki, Faculté de droit), M. Makane Mbengue (Université de Genève, Faculté de droit) et M^me^ Malgosia Fitzmaurice (Queen Mary University of London, Faculté de droit) pour leurs observations et contributions. Le Secrétariat serait heureux de recevoir les contributions que d'autres spécialistes du droit international public et du droit conventionnel souhaiteraient lui faire parvenir.

devra mener sur le sujet. Elle contient également un exemple de la manière dont l'instrument multilatéral pourrait être structuré.

II. Instrument multilatéral sur la réforme du RDIE

A. Structure possible d'un instrument multilatéral

7. Comme on l'a vu plus haut, il a été demandé que l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE offre une approche souple et cohérente concernant les différents éléments de réforme (voir par. 2 ci-dessus). Le Groupe de travail voudra peut-être se pencher sur la façon dont il convient de structurer l'instrument pour parvenir à un équilibre entre la cohérence de la réforme du RDIE et la souplesse à laisser aux États parties audit instrument.

Convention-cadre assortie de protocoles

8. L'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE pourrait prendre la forme d'une convention-cadre accompagnée d'un ou de plusieurs protocoles. Une convention-cadre est un traité juridiquement contraignant qui définit les objectifs, les principes fondamentaux, la structure institutionnelle ou de gouvernance et les engagements d'ordre général contractés par les États parties, les aspects spécifiques étant régis par des protocoles plus détaillés. Les protocoles peuvent fonctionner comme des traités à part entière et remplir un certain nombre de fonctions[3]. Cette structure peut offrir une certaine souplesse puisqu'un État peut devenir partie à la convention-cadre sans devenir partie à ses protocoles[4].

9. Cette structure est illustrée par la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1992, complétée par le Protocole de Kyoto de 1997 et l'Accord de Paris de 2015, qui fixent tous deux des règles et des objectifs plus spécifiques[5]. D'autres exemples notables de conventions-cadres sont la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone de 1985, la Convention sur la diversité biologique de 1992 et la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Convention du Cap).

---

[3] Les protocoles peuvent modifier des traités antérieurs. Ainsi, le protocole de 1972 porte modification de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, et la Convention pour la répression de la traite des femmes et des enfants de 1921 a été modifiée par un protocole datant de 1947. Les protocoles peuvent également compléter les traités existants. Par exemple, le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone de 1989 développe l'obligation générale de protéger la couche d'ozone imposée par la Convention de Vienne de 1985. Les protocoles peuvent rendre caducs des engagements conventionnels antérieurs et peuvent également contenir des dispositions concernant les réserves, les déclarations d'exclusion ou d'acceptation expresse, les procédures de modification ou les conditions d'entrée en vigueur qui diffèrent de celles de la convention-cadre. Par exemple, un protocole pourrait énumérer les traités antérieurs ou existants que le nouvel instrument entend remplacer ou modifier.

[4] Il est également possible pour un État de devenir partie à un protocole sans devenir partie à la convention-cadre. Par exemple, deux protocoles à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1990 sont ouverts à l'adhésion d'États parties même si ces derniers ne sont pas parties à la Convention elle-même [voir le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2171, p. 227) ; et le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2173, p. 222)]. La plupart des conventions-cadres ne permettent toutefois pas à un État d'adhérer aux protocoles sans être partie à la convention-cadre.

[5] Par exemple, le Protocole de Kyoto engage les pays industrialisés et les pays en transition à limiter et à réduire les émissions de gaz à effet de serre selon des objectifs fixés pour chacun, tandis que l'Accord de Paris énonce des obligations plus strictes en matière de lutte contre les changements climatiques. L'article 17 de la Convention-cadre sur les changements climatiques dispose que seules les Parties à un protocole prennent des décisions en vertu dudit protocole.

10. Bien que les protocoles puissent être un moyen pratique de présenter les réformes du RDIE et de permettre aux États de consentir à leur application, certaines garanties pourraient être nécessaires pour assurer la cohérence du régime de RDIE. En effet, une convention-cadre assortie de protocoles ayant chacun des États parties différents pourrait accroître la fragmentation et poser des difficultés, en particulier lorsque les réformes prévues doivent s'appliquer également aux accords d'investissement existants liant ces États parties.

Convention unique assortie d'annexes

11. L'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE pourrait aussi prendre la forme d'une convention unique assortie d'une ou de plusieurs annexes. Tout comme les protocoles, les annexes pourraient traiter différents aspects de la convention, tels que les obligations de fond et la structure institutionnelle. En devenant partie à la convention, l'État pourrait décider d'être lié ou non par les annexes.

12. À titre d'illustration, les principales obligations des parties à la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL) sont énoncées dans le corps de la convention, tandis que des obligations plus spécifiques figurent dans les six annexes techniques, dont deux sont obligatoires pour tous les États parties[6]. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer comporte neuf annexes, dont l'annexe V, qui régit la conciliation, l'annexe VI, qui contient le Statut du Tribunal international du droit de la mer, et l'annexe VII, qui régit l'arbitrage.

Résumé

13. Bien qu'une distinction ait été établie entre les deux types de structures, il est possible qu'en fonction de son contenu, l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE comporte à la fois des protocoles et des annexes. Par exemple, le Code de conduite pourrait être inclus en tant que protocole, tandis que la liste des accords d'investissement auxquels s'appliquent les éléments de réforme pourrait figurer en annexe. Des protocoles additionnels pourraient également être négociés après la conclusion de la convention principale et la liste des accords d'investissement figurant en annexe pourrait être mise à jour à mesure que de nouveaux États deviendront parties à l'instrument multilatéral. Le Groupe de travail voudra peut-être tirer parti de la souplesse offerte par les deux types de structures.

B. Cohérence et souplesse

14. Le Groupe de travail avait dégagé deux caractéristiques susceptibles d'orienter les travaux relatifs à l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, à savoir la cohérence et la souplesse. Une autre caractéristique méritant son attention est la facilité d'utilisation, étant donné que ce sont les parties aux différends qui utiliseront l'instrument.

Cohérence et fonctionnement de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE

15. Un ensemble de dispositions fondamentales contraignantes pour tous les États parties permettrait d'assurer la cohérence de l'application des réformes du RDIE.

16. *Objectifs* – Ces dispositions fondamentales pourraient porter sur l'objectif et les principes qui sous-tendent l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE et

[6] La Convention MARPOL a été adoptée le 2 novembre 1973. Le protocole de 1978 a été adopté à la suite d'une série d'accidents de navires-citernes survenus en 1976 et 1977. Comme la Convention de 1973 n'était pas encore entrée en vigueur, le Protocole MARPOL de 1978 a intégré la convention mère. L'instrument qui en résulte est entré en vigueur le 2 octobre 1983. En 1997, un protocole modifiant la Convention a été adopté et une nouvelle annexe VI, qui est entrée en vigueur le 19 mai 2005, a été ajoutée. La Convention MARPOL a été mise à jour par des amendements au fil des années.

consacrer l'engagement des États parties de réformer le mécanisme de RDIE dans le cadre des accords d'investissement existants et futurs. Le Groupe de travail voudra peut-être indiquer certains des principes qui devraient être pris en compte, par exemple la protection des droits de l'investisseur, dont le droit procédural d'introduire des demandes, la transparence et l'efficacité des procédures, le droit de l'État de réglementer et les objectifs de développement durable, entre autres.

17. *Modes de RDIE* – Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les dispositions fondamentales devraient comprendre une disposition prévoyant la détermination par les États parties du mode de RDIE qu'ils accepteraient, ou auquel ils consentiraient[7]. Cette disposition pourrait s'inspirer de la disposition générique figurant dans les accords d'investissement qui offre aux investisseurs la possibilité de recourir à divers mécanismes de règlement des différends. Ces mécanismes pourraient par exemple inclure la médiation, les recours internes, l'arbitrage international ainsi que tout nouveau mécanisme que le Groupe de travail serait amené à élaborer, comme le mécanisme permanent de première instance ou un mécanisme d'appel. Les règles génériques applicables à l'ensemble de ces mécanismes pourraient être énoncées dans la disposition fondamentale, tandis que les règles spécifiques aux différents mécanismes de règlement des différends (par exemple, l'appel, l'annulation ou la rectification de la sentence) pourraient être contenues dans les protocoles pertinents.

18. *Gouvernance/institution* – La gouvernance de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE pourrait être traitée dans les dispositions fondamentales car le bon fonctionnement de l'instrument nécessiterait probablement un certain appui institutionnel. À cette fin, dans la pratique conventionnelle, on confie généralement à un organe ou à une institution spécifique le soin de gérer le fonctionnement du traité. Cela pourrait prendre la forme d'une conférence des parties, composée de tous les États parties à l'instrument multilatéral[8]. Une conférence des parties pourrait offrir un cadre permanent de communication entre tous les États parties, qui permettrait à ces derniers d'échanger leurs vues et leurs expériences concernant la mise en œuvre des éléments de réforme contenus dans l'instrument. Cette responsabilité pourrait également être confiée à un organe administratif ou à un secrétariat, qu'il s'agisse d'une institution existante ou nouvelle[9]. Quelle qu'en soit la forme, l'organe pourrait être chargé de superviser les actes accomplis en rapport avec l'instrument, d'en contrôler l'application par les États parties, de prendre en charge toute modification, y compris la négociation éventuelle de nouveaux protocoles ou annexes, d'interpréter l'instrument[10] ainsi que d'en réunir et d'en expliciter les éléments de réforme applicables aux procédures de RDIE.

19. Les règles relatives à la modification de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE (y compris des éventuels protocoles ou annexes s'y rapportant) pourraient faire partie des dispositions fondamentales. Si l'instrument nécessite que des ressources financières soient mises à disposition (par exemple pour la création et le fonctionnement d'un organe chargé de surveiller l'application du traité, d'un centre consultatif ou d'un mécanisme permanent), ces aspects pourraient également faire l'objet des dispositions fondamentales.

---

[7] Voir l'article 287-1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

[8] Conférence des parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, ou États parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

[9] Comme l'Organisation maritime internationale, qui administre la Convention MARPOL. Une autre option pourrait consister à créer un comité d'experts juridiques indépendants semblable à celui de la Commission du droit international (CDI). Les fonctions de surveillance concernant la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale sont assurées par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale.

[10] La capacité d'un tel organe d'émettre des observations ou recommandations interprétatives générales au fil du temps (interprétations contextuelles) garantirait, par exemple, que les dispositions de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE restent applicables dans un contexte moderne et continuent de remplir leur objet et leur but.

20. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail voudra peut-être se demander comment l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE fonctionnerait et quels aspects pertinents devraient être inclus dans les dispositions fondamentales.

Souplesse

21. Une autre caractéristique mise en évidence par le Groupe de travail est la souplesse que doit revêtir l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE. C'est ce qui ressort des propositions qui tendaient à adopter une approche en « suite » visant à élaborer une liste de solutions pertinentes entre lesquelles les États pourraient choisir (A/CN.9/WG.III/WP.194, par. 10)[11] et à élaborer un instrument unique comprenant des groupes d'éléments de réforme (A/CN.9/WG.III/WP.194, par. 3 et 8). Il existe en effet plusieurs moyens d'offrir une telle souplesse aux États lorsqu'ils deviennent parties à l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, souplesse qu'il convient de distinguer de celle dont devraient bénéficier les parties aux différends lorsqu'elles utilisent l'instrument (voir par. 27 ci-dessous). Ce dernier devrait également être suffisamment souple pour s'adapter aux évolutions futures, tout en résistant à l'épreuve du temps.

22. Alors que les États parties à l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE seraient liés par les dispositions fondamentales, ledit instrument pourrait contenir des éléments facultatifs, par lesquels les États pourraient choisir d'être liés ou non en les acceptant ou en les excluant expressément (A/CN.9/1044, par. 108). Comme indiqué dans la section A, ces éléments pourraient figurer dans un protocole ou une annexe.

23. Dans un mécanisme d'acceptation expresse, les États devraient exprimer par une démarche active leur consentement à être liés. Ce mécanisme a l'avantage de préserver la souplesse dont bénéficie l'État, mais il lui impose de prendre une mesure supplémentaire pour exprimer de manière positive son consentement à être lié par les éléments facultatifs, au-delà de son consentement initial à être lié par les dispositions fondamentales. Par exemple, un État partie à la convention-cadre devra faire une déclaration pour être lié par les protocoles s'y rapportant.

24. Dans un mécanisme d'exclusion expresse, les États n'auraient pas besoin de consentir séparément aux éléments facultatifs, mais ils devraient manifester, le cas échéant, leur intention de ne pas être liés par eux, généralement dans un délai prescrit suivant leur adhésion à la convention principale. Ce mécanisme a l'avantage de ne pas conditionner le consentement à des démarches supplémentaires et garantirait l'efficacité de l'expression d'un engagement général envers les éléments de réforme[12].

25. Un autre mécanisme assurant une certaine souplesse est celui des réserves, qui peuvent répondre aux intérêts ou préoccupations spécifiques des États lors de leur adhésion (A/CN.9/WG.III/WP.194, par. 18). Bien que le recours aux réserves soit fermement établi dans le droit international des traités, il convient de faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit d'utiliser celles-ci comme principal vecteur de souplesse, car elles pourraient également créer une insécurité juridique. Par exemple, en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les réserves doivent être compatibles avec l'objet et le but du traité, lesquels ne sont pas nécessairement très clairs ou évidents[13]. Dans ces conditions, il pourrait être difficile de déterminer si une réserve est autorisée par le traité. Il conviendrait également de se pencher sur les conséquences des réserves non autorisées[14].

---

[11] A/CN.9/WG.III/WP.182, communication des Gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien.

[12] Voir l'article 22 de la Constitution de l'OMS. Les règlements adoptés entrent en vigueur lorsque leur adoption a été dûment notifiée aux membres, exception faite pour les membres qui auront fait connaître leur refus dans les délais prescrits par la notification.

[13] Articles 19 à 23 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

[14] Par exemple, en vertu de l'article 21 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les États qui formulent une objection à une réserve peuvent refuser d'entrer en relations conventionnelles avec l'État auteur de la réserve, mais lorsqu'un État qui a formulé une objection à une réserve ne s'est pas opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'État auteur de la réserve, les

26. Si l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE autorise les réserves, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de prévoir les types de réserves qui seront autorisées, et de déterminer à l'égard de quels dispositions, protocoles ou annexes elles le seront[15]. Par exemple, alors que les obligations fondamentales ou les normes minimales ne devraient pas faire l'objet de réserves[16], un État pourrait éventuellement formuler une réserve sur l'applicabilité d'une certaine disposition ou d'un mode de règlement des différends décrit dans l'un des protocoles.

27. Un autre aspect à examiner par le Groupe de travail est l'étendue de la souplesse que l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE offrirait aux parties au différend, plus précisément aux investisseurs demandeurs, par exemple le point de savoir si elles seraient autorisées à choisir parmi les mécanismes de règlement des différends prévus dans ledit instrument ou à s'écarter de certaines dispositions de ce dernier (voir par. 24 à 26 du document A/CN.9/WG.III/WP.216 sur la mesure dans laquelle les parties au différend pourraient modifier l'application du Code de conduite).

Facilité d'utilisation

28. Bien qu'il ait été question ci-dessus des moyens d'assurer une certaine souplesse, celle-ci ne doit pas être totale, au risque de compliquer le fonctionnement de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, car il pourrait être difficile de déterminer si et de quelle manière les éléments de réforme s'appliqueraient à un différend donné. Cela est d'autant plus vrai que les parties à l'accord d'investissement pourraient adopter des positions différentes à l'égard des éléments facultatifs de l'instrument, surtout si celui-ci devait permettre une offre unilatérale d'application, comme c'est le cas du Règlement sur la transparence (voir A/CN.9/WG.III/WP.194, par. 32 à 37). La cohérence de l'application des éléments de réforme risque de s'en trouver réduite ou compromise.

29. Étant donné que l'on s'attend à ce que l'application des différents éléments de réforme soit complexe, et particulièrement subtile lorsqu'il s'agit de les appliquer à un grand nombre de traités d'investissement existants, il faudrait que l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE soit clair et facile à utiliser. Les parties aux différends, les personnes appelées à les trancher et les autres participants à ces procédures devraient être en mesure de comprendre pleinement les droits et obligations que leur confère l'instrument et la manière dont les litiges doivent être réglés. La technologie pourrait certes aider à appréhender les dispositions fondamentales et les différents éléments de réforme, ainsi qu'à déterminer si et comment ceux-ci s'appliquent à certains accords d'investissement, mais il pourrait être nécessaire que l'instrument lui-même soit rédigé d'une façon qui le rende simple à appliquer. Cela pourrait répondre à certaines des préoccupations exprimées par la société civile et d'autres parties prenantes au sujet du RDIE.

Résumé

30. En résumé, le Groupe de travail souhaitera peut-être réfléchir à la meilleure façon d'assurer cohérence et souplesse dans la conception de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE tout en apportant clarté et sécurité juridique aux parties aux différends (facilité d'utilisation).

---

dispositions sur lesquelles porte la réserve ne s'appliquent pas entre les deux États dans la mesure prévue par la réserve.

[15] Voir l'article 3 de la Convention de Maurice sur la transparence, dont le paragraphe 4 dispose qu'il n'est autorisé aucune réserve autre que celles expressément autorisées par l'article. Voir également l'article 42 de la Convention de Budapest sur la cybercriminalité et l'article 309 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

[16] En ce qui concerne le droit international de l'investissement, voir par exemple la liste des réserves autorisées en vertu de l'article 3 de la Convention de Maurice sur la transparence, qui prévoient l'exclusion d'un traité d'investissement spécifique, l'exclusion des arbitrages conduits sur la base d'un ensemble spécifique de règles d'arbitrage et l'exclusion du mécanisme d'« offre unilatérale » visé à l'article 2-2 de la Convention.

C. Champ d'application et relation avec les traités existants

31. Une préférence s'est dégagée en faveur de l'application de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE à la fois aux accords d'investissement existants et aux accords futurs, l'un des principaux objectifs dudit instrument étant de rendre certains des éléments de réforme en cours d'élaboration par le Groupe de travail, voire tous, applicables aux accords d'investissement existants (A/CN.9/1044, par. 109). Cela pourrait apporter une certaine uniformité au régime de RDIE.

Application aux accords d'investissement futurs

32. S'agissant de l'application éventuelle de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE aux accords d'investissement futurs, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'instrument devrait prévoir un ensemble complet de dispositions régissant les différends entre investisseurs et États, ce qui permettrait aux États de se référer plus facilement audit instrument dans tout accord d'investissement qu'ils négocieraient à l'avenir. Une autre solution consisterait à concevoir la structure de l'instrument de manière que les dispositions qu'il contient s'appliquent parallèlement aux dispositions des futurs accords d'investissement relatives au RDIE. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner les interactions que l'instrument pourrait avoir avec les futurs accords d'investissement qui traitent des mêmes aspects procéduraux, mais d'une manière incompatible, en particulier ceux qui auront été négociés par des États parties à l'instrument.

Relation avec les accords d'investissement existants

33. Au cours de ses délibérations, le Groupe de travail avait accordé une plus grande attention à l'application de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE aux accords d'investissement existants. La Convention de Vienne sur le droit des traités devrait être le point de départ de toute réflexion ultérieure sur cette question (A/CN.9/1044, par. 95).

34. La Convention de Vienne sur le droit des traités est un instrument flexible qui offre aux États une grande souplesse dans l'organisation de leurs relations conventionnelles. La plupart de ses dispositions sont considérées comme des codifications du droit international coutumier qui font autorité et s'appliquent donc même aux États non parties à la Convention. Cette dernière repose sur deux principes fondamentaux : le consentement des États et le principe *pacta sunt servanda*. Cela signifie que ce n'est que lorsqu'un État a expressément consenti à un traité que celui-ci se cristallise en un engagement ferme liant cet État. La Convention de Vienne sur le droit des traités consacre également le principe *res inter alios acta*, selon lequel un traité n'a d'effet qu'à l'égard des parties. On fait souvent observer que les États sont maîtres de leurs traités et qu'ils peuvent adopter des solutions pour organiser et contrôler leurs relations conventionnelles comme ils l'entendent.

35. La Convention de Vienne sur le droit des traités offre donc aux États un large éventail d'options pour ce qui est d'envisager la relation entre un nouveau traité et un traité antérieur. Dans le contexte de la réforme du RDIE, il s'agirait de la relation entre l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE et les accords d'investissement existants, principalement de première et de deuxième générations, contenant des dispositions sur le règlement des différends entre investisseurs et États. Ces accords peuvent compter plusieurs États parties, dont l'un ou plusieurs pourraient être parties à l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, et le Groupe de travail voudra peut-être se demander comment ce dernier interagirait avec eux dans de telles circonstances.

36. Il existe plusieurs façons dont l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE pourrait avoir un effet sur les accords d'investissement antérieurs, sous réserve que certaines conditions soient remplies. L'une des conditions serait que les États parties audit instrument et ceux parties aux accords d'investissement existants soient

identiques, ou du moins se recoupent partiellement. Quant à l'effet éventuel sur les accords d'investissement antérieurs, l'instrument pourrait :

- Constituer un accord entre les parties au sujet de l'interprétation de l'accord d'investissement antérieur ou de l'application de ses dispositions (article 31-3 a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités) ;
- Amender des accords d'investissement antérieurs (articles 39 et 40 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) ;
- Modifier des accords multilatéraux d'investissement antérieurs entre certaines parties seulement, mais dans des conditions restrictives (modification *inter se*, article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités)[17] ;
- Suspendre, totalement ou en partie, l'application d'un accord d'investissement antérieur (articles 57, 58 et 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) ;
- Éteindre des accords d'investissement antérieurs (articles 54 et 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités)[18] ; ou
- Supplanter des accords d'investissement antérieurs (article 30-3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités)[19].

37. Il convient également de noter que les options énumérées ci-dessus ne s'excluent pas mutuellement. L'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE pourrait ainsi modifier un accord d'investissement existant, en éteindre un autre ou en suspendre l'application, et constituer un accord interprétatif de ces accords[20].

38. En ce qui concerne l'application éventuelle de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE aux accords d'investissement existants, il avait été fait référence à la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (« Convention de Maurice sur la transparence ») et à la Convention multilatérale de l'OCDE pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (voir A/CN.9/WG.III/WP.194, par. 25 à 30 et A/CN.9/1044, par. 102). En substance, la Convention de Maurice sur la transparence offre aux États un mécanisme efficace pour appliquer le Règlement sur la transparence aux accords d'investissement conclus avant l'entrée en vigueur de ce dernier. Les accords d'investissement conclus après cette date comportent souvent une référence

---

[17] L'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose que ces modifications *inter se* sont autorisées seulement « a) si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité ; ou b) si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle : i) ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations ; et ii) ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble. » Bien que l'article 41 de la Convention de Vienne n'ait pas été utilisé dans la pratique, des modifications *inter se* sont prévues dans des traités multilatéraux, par exemple à l'article 311-3 et 311-4 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

[18] Cela peut se faire de manière expresse par consentement de toutes les parties, après consultation des autres États contractants (article 54), ou de manière implicite s'il ressort du traité postérieur ou de l'intention des parties que ce traité devrait s'appliquer et si les dispositions du traité postérieur sont incompatibles avec celles du traité antérieur à tel point qu'il est impossible d'appliquer les deux traités en même temps (article 59).

[19] Cela découlerait logiquement du principe de la *lex posterior*, à condition que l'accord d'investissement antérieur et l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE traitent du même sujet. La question de savoir si les accords d'investissement antérieurs et l'instrument multilatéral traitent du même sujet et dans quelle mesure leurs dispositions sont compatibles est parfois sujette à contestation et peut être source d'insécurité juridique. Un traité peut cependant contenir des clauses spécifiques concernant ses relations avec d'autres traités antérieurs ou postérieurs, telles que des clauses de conflit, de sauvegarde ou de compatibilité (voir par. 42 à 48). Le principe de la *lex posterior* ne serait alors pas applicable.

[20] Voir par exemple l'article 22 de l'Accord de transport aérien du 30 avril 2007 entre les États-Unis et l'Union européenne.

audit règlement. La Convention multilatérale s'applique en parallèle avec les conventions fiscales existantes dont elle modifie l'application afin de mettre en œuvre les mesures visant à lutter contre l'érosion de la base d'imposition intérieure et le transfert de bénéfices.

39. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner d'autres exemples d'accords multilatéraux modifiant des traités bilatéraux existants. Par exemple, la Convention européenne d'extradition de 1957 dispose qu'elle abroge les traités, conventions ou accords bilatéraux antérieurs qui, entre deux Parties contractantes, régissent la matière de l'extradition, et que les Parties contractantes ne peuvent prendre de nouvel engagement que pour compléter la Convention ou faciliter l'application des principes contenus dans celle-ci[21]. Même si la Convention est limitée à une zone géographique particulière comportant des systèmes juridiques nationaux similaires, les accords bilatéraux antérieurs sont abrogés par un nouvel instrument multilatéral, qui peut également être complété par d'autres accords.

Relations avec d'autres traités

40. Alors qu'il a jusqu'ici été question de l'applicabilité de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE aux accords d'investissement existants, un autre aspect à examiner est la manière dont cet instrument interagirait avec d'autres régimes conventionnels existants, faisant éventuellement intervenir plusieurs parties.

41. Un exemple serait l'interaction entre l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE et la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (« Convention CIRDI »), notamment dans le cas où une option de réforme prévue par l'instrument multilatéral ne serait pas compatible avec la Convention CIRDI (parce que la sentence fait l'objet d'un appel, par exemple)[22]. Étant donné que la Convention CIRDI contient des règles régissant les amendements, qui exigent l'acceptation de tous les États contractants[23], on pourrait envisager la possibilité d'une modification *inter se* en application de l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (voir A/CN.9/WG.III/WP.202, par. 45 à 55).

Clause de compatibilité ou de conflit

42. Pour que les éléments de réforme soient correctement mis en œuvre, il pourrait être nécessaire de clarifier la relation entre l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE dans lequel ils figurent et les accords d'investissement antérieurs. Même si la Convention de Vienne sur le droit des traités offre aux États une grande souplesse dans l'organisation de leurs relations conventionnelles, il convient de laisser peu de place à l'interprétation. Il s'agit en particulier du cas où une disposition de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE est en conflit ou n'est pas compatible avec une disposition d'un accord d'investissement antérieur[24], cette situation pouvant être résolue grâce aux outils conventionnels. Par exemple, l'article 1-7 du Règlement de la CNUDCI sur la transparence et l'article 2-4 de la Convention de Maurice sur la transparence traitent des éventuels conflits entre le Règlement sur la transparence d'une part, et les règles d'arbitrage applicables et traités existants d'autre part.

43. La clause dite de compatibilité ou de conflit résout le problème en indiquant la ou les dispositions qui prévaudraient, et dans quelles circonstances. Toutefois, afin de

---

[21] Série des traités européens (STE), nº 24, article 28 (disponible à l'adresse suivante : https://rm.coe.int/168006459c). Voir également l'article 26 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959 (STE, nº 30) et l'article 27 de la Convention européenne sur le rapatriement des mineurs de 1970 (STE, nº 71).

[22] Voir l'article 53-1 de la Convention CIRDI, qui se lit comme suit : « La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention ».

[23] Article 66 de la Convention CIRDI.

[24] La même question peut se poser en ce qui concerne les dispositions de tout accord d'investissement futur.

rédiger correctement cette clause, le Groupe de travail voudra peut-être indiquer si les dispositions de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE sont destinées à remplacer les dispositions correspondantes des accords d'investissement existants dans le cadre du processus de réforme. À l'inverse, il voudra peut-être n'appliquer les dispositions dudit instrument que dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions des traités existants.

44. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE pourrait être considéré comme supplantant les traités existants portant sur la même matière, conformément à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et que les accords d'investissement existants peuvent eux-mêmes comporter une clause de compatibilité ou de conflit.

45. Un aspect similaire est traité dans le contexte de l'article 2-2 du projet de code de conduite (A/CN.9/WG.III/WP.216, par. 18)[25]. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question plus largement, car il doit encore déterminer si et comment le Code de conduite pourrait être appliqué par l'intermédiaire de l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, en établissant notamment s'il s'agirait d'un élément facultatif que les États pourraient choisir d'adopter. L'instrument multilatéral pourrait être « l'instrument sur lequel repose le consentement au règlement des différends » visé à l'article 2-2 du projet de code.

46. On peut aussi citer l'exemple de la réglementation du financement par des tiers (voir A/CN.9/WG.III/WP.219, section E). Il se peut que différentes règles contradictoires soient prévues dans l'accord d'investissement existant, l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE et les règles applicables à la procédure. Alors que la disposition conventionnelle l'emporterait généralement sur celle des règles applicables, une clause de conflit permettrait de préciser si la disposition qui s'appliquerait au litige est celle de l'accord d'investissement existant ou celle de l'instrument multilatéral. Ce dernier pourrait ainsi prévoir que les dispositions qu'il contient ne s'appliquent que dans la mesure où il n'existe aucune disposition traitant des mêmes questions dans le traité existant (A/CN.9/WG.III/WP.194, par. 31). Toutefois, cette approche limiterait la portée de l'application de la réforme. L'instrument pourrait également prévoir que les dispositions qu'il contient prévalent sur celles des traités existants ou ne prévalent que dans la mesure où il y a incompatibilité[26].

47. Dans un souci de clarté, les accords d'investissement existants que l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE modifierait pourraient être énumérés, comme cela a été fait pour la Convention du travail maritime de 2006[27]. L'instrument pourrait

---

[25] Ledit article se lit actuellement comme suit : « Si l'instrument sur lequel repose le consentement au règlement des différends contient des dispositions relatives à la conduite d'une personne appelée à trancher des différends ou d'une personne candidate dans le cadre d'une procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux, le Code [est interprété comme complétant] [complète] ces dispositions. En cas d'incompatibilité entre le Code et de telles dispositions, ces dernières prévalent dans la mesure de l'incompatibilité. »

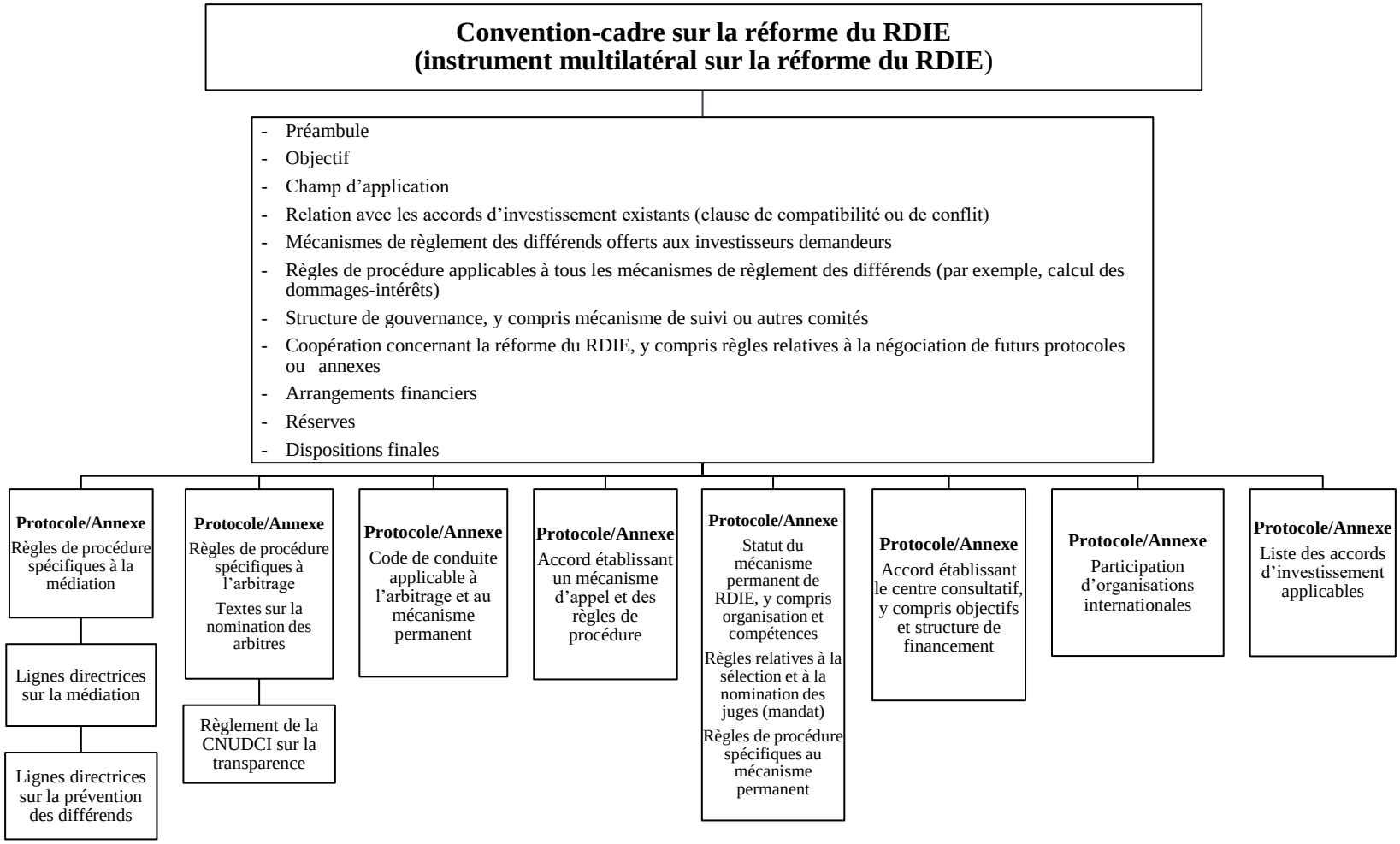
[26] Par exemple, l'article 311-1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dispose que la Convention « l'emporte, entre les États Parties, sur les Conventions de Genève du 29 avril 1958 sur le droit de la mer », tandis que l'article 311-2 précise que la Convention « ne modifie en rien les droits et obligations des États Parties qui découlent d'autres traités compatibles avec elle, et qui ne portent atteinte ni à la jouissance par les autres États Parties des droits qu'ils tiennent de la Convention, ni à l'exécution de leurs obligations découlant de celle-ci ». 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 de bénéfices contient également une clause qui prévoit qu'en cas d'incompatibilité avec les dispositions d'une convention fiscale, les dispositions de la Convention l'emportent.

[27] La liste des 36 Conventions maritimes et du Protocole révisés par la Convention du travail maritime peut être consultée à l'adresse suivante : https://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/text/WCMS_150642/lang--fr/index.htm.

également prévoir que ses dispositions s'appliquent sans préjudice des droits et obligations conférés aux États parties par d'autres accords spécifiques[28].

48. En résumé, les clauses de compatibilité ou de conflit pourraient s'avérer essentielles compte tenu de la diversité et de la complexité des éléments de réforme à arrêter et du nombre important de traités susceptibles de se chevaucher.

[28] Voir par exemple l'article 4 de l'Accord des Nations Unies sur les pêches : « [a]ucune disposition du présent Accord ne porte atteinte aux droits, à la juridiction et aux obligations des États en vertu de la Convention [des Nations Unies sur le droit de la mer]. Le présent Accord est interprété et appliqué dans le contexte de la Convention [des Nations Unies sur le droit de la mer] et d'une manière compatible avec celle-ci. » Voir également l'annexe IV du Protocole relatif à la protection de l'environnement en Antarctique, qui établit la compatibilité avec la Convention MARPOL.

D. Exemple de structure possible

49. Le schéma suivant illustre la manière dont l'instrument multilatéral sur la réforme du RDIE pourrait être structuré. Il ne s'agit que d'un exemple destiné à être examiné par le Groupe de travail.