Nations Unies A/CN.9/WG.III/WP.194

Assemblée générale

Distr. limitée
16 janvier 2020
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)
Trente-neuvième session
New York, 30 mars-3 avril 2020

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 . . . 2
A. Structure possible d'un instrument multilatéral . . . 2
1. Un cadre pour la mise en œuvre de multiples options de réforme . . . 2
2. Un cadre souple . . . 4
B. Relation entre l'instrument multilatéral et les traités d'investissement . . . 6
1. Traités d'investissement existants et/ou futurs . . . 6
2. Modèle envisageable pour une application aux traités d'investissement existants . . . 6
3. Illustration de diverses situations possibles . . . 8
C. Questions à examiner . . . 9

V.20-00316 (F)

Merci de recycler

I. Introduction

1. De sa trente-quatrième à sa trente-septième session, le Groupe de travail a entrepris des travaux concernant une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), conformément au mandat que lui avait confié la Commission à sa cinquantième session, en 2017[1]. À ces sessions, le Groupe de travail a recensé et examiné les préoccupations exprimées au sujet du RDIE, et en a conclu qu'une réforme était souhaitable.

2. À sa trente-huitième session, le Groupe de travail est convenu d'un calendrier de projet concernant l'examen des options de réforme (A/CN.9/1004, par. 16 à 27 et 104)[2].

3. En outre, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'entreprendre des travaux préparatoires concernant les moyens possibles de mettre en œuvre les options de réforme et, dans ce contexte, d'élaborer un document relatif à un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE (A/CN.9/1004, par. 104). En conséquence, la présente note vise à exposer les questions essentielles qui se rapportent à la conception d'un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, en indiquant quelle pourrait être sa structure afin d'intégrer les différentes options de réforme qui seraient élaborées par le Groupe de travail (A/CN.9/1004, par. 101 et 104). Elle ne porte donc pas sur les options de réforme, mais sur leur mise en œuvre au moyen d'un instrument unique qui fournirait un cadre global.

4. À l'instar d'autres documents soumis au Groupe de travail, la présente note a été établie à partir d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet[3] et ne vise pas à exprimer un point de vue quant aux options de réforme possibles et à leur mise en œuvre, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner.

II. Instrument multilatéral sur la réforme du RDIE

A. Structure possible d'un instrument multilatéral

1. Un cadre pour la mise en œuvre de multiples options de réforme

Communications

5. Le Groupe de travail se souviendra peut-être qu'il est convenu d'examiner et de mettre au point plusieurs solutions de réforme possibles simultanément (A/CN.9/970, par. 81) pendant la troisième phase de son mandat. Des propositions de réforme ont été soumises par les gouvernements en vue de préparer les délibérations sur la troisième phase du mandat (« Communications »). Les options de réforme envisagées

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 17* (A/72/17), par. 263 et 264. Il est rendu compte des délibérations tenues et des décisions prises de ses trente-quatrième à trente-septième sessions dans les documents A/CN.9/930/Rev.1 et additif, A/CN.9/935, A/CN.9/964 et A/CN.9/970, respectivement.

[2] Il est rendu compte des délibérations et décisions de sa trente-huitième session dans le document A/CN.9/1004 ; le document A/CN.9/WG.III/WP.166 donne une vue d'ensemble des options de réforme.

[3] On peut notamment citer : l'étude du Geneva Center for International Dispute Settlement, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap*, Section VII, p. 75 à 93, de Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, disponible à l'adresse : https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_research_paper_mauritius.pdf ; *Designing Investment Dispute Settlement à la carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis*, de Stephan W. Schill et Geraldo Vidigal, Université d'Amsterdam, disponible à l'adresse : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3519259 ; *UNCITRAL and ISDS Reform: Visualising a Flexible Framework*, d'Anthea Roberts et Taylor St. John, EJIL: Talk!, 24 octobre 2019 ; voir aussi les références bibliographiques publiées par le Forum académique, disponibles sous « Additional resources », à l'adresse : https://uncitral.un.org/en/library/online_resources/investor-state_dispute, et à l'adresse : https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/.

dans ces communications sont variées. Elles sont présentées dans le document A/CN.9/WG.III/WP.166 et son additif.

6. Certaines communications abordent non seulement les options de réforme mais aussi leur mise en œuvre[4], soulignant la nécessité d'une approche souple et cohérente de la réforme globale du RDIE, de manière à permettre à chaque État de choisir s'il souhaite adopter les options de réforme concernées et dans quelle mesure.

7. Comme l'indiquent les communications, un moyen de procéder à la réforme pourrait passer par un instrument multilatéral, qui engloberait les différentes options et les intégrerait dans un cadre multilatéral unique[5]. Cet instrument permettrait de proposer aux États les options de réforme à mettre en œuvre, tendant ainsi à promouvoir la sécurité juridique et la cohérence du RDIE. Une communication souligne également la nécessité d'une réforme qui s'appliquerait à un nombre important d'accords en vigueur et futurs au moyen d'un instrument multilatéral[6].

8. Certaines communications recommandent d'élaborer une ébauche de traité multilatéral comprenant des groupes de mesures à considérer comme faisant partie des normes minimales[7], ainsi que des éléments essentiels et des clauses d'acceptation expresses. Dans une communication, il est proposé qu'un tel instrument ne couvre que les questions de procédure, et non les questions de fond[8].

9. Une communication prévoit l'élaboration d'un instrument portant création d'un mécanisme multilatéral permanent constitué d'un tribunal de première instance et d'un tribunal d'appel, et associé à une procédure de notification particulière (« acceptation préalable »), en vertu de laquelle un traité d'investissement en vigueur ou futur relèverait de la compétence dudit mécanisme permanent. Elle propose en outre l'adoption d'une structure flexible pour mettre en œuvre l'option de réforme, qui permettrait aux États d'avoir recours au mécanisme permanent en tant que tel ou de limiter son utilisation, en l'appliquant par exemple uniquement au règlement des différends entre États, ou en recourant uniquement au mécanisme d'appel[9].

10. Une autre communication propose une approche en « suite », visant à élaborer une liste de solutions pertinentes dont la forme pourrait varier. Cela fait, les États incorporeraient dans leurs traités d'investissement une ou plusieurs des dispositions proposées, soit dans leur intégralité, soit dans la combinaison qu'ils préfèrent, en tenant compte de leurs propres préoccupations et intérêts politiques et stratégiques[10].

Architecture possible

11. Sur la base des propositions de réforme actuellement présentées dans les communications[11], à titre purement illustratif et sans préjuger du résultat final des options de réforme que retiendra la Commission, un instrument multilatéral pourrait

---

[4] Les communications qui se rapportent à la mise en œuvre de multiples options de réforme sont les suivantes : A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres ; A/CN.9/WG.III/WP.173, Communication du Gouvernement colombien ; A/CN.9/WG.III/WP.175, Communication du Gouvernement équatorien ; voir aussi A/CN.9/WG.III/WP.182, Communication des Gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien, qui propose une approche en « suite » pour mettre en œuvre les options de réforme.

[5] Voir en particulier la Communication du Gouvernement colombien publiée sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.173.

[6] Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres, publiée sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, par. 35.

[7] Communication du Gouvernement colombien publiée sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.173, par. 29.

[8] Communication du Gouvernement équatorien publiée sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.175, par. 28 à 33.

[9] Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres, publiée sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, par. 39 ; voir également les par. 35 à 37.

[10] Communication des Gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien, publiée sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.182, p. 2 et annexe.

[11] Le document A/CN.9/WG.III/WP.166 donne une vue d'ensemble des options de réforme.

permettre aux États d'adopter les options de réforme de leur choix – qu'il s'agisse de moyens procéduraux ou de différentes formes de mécanismes de RDIE.

12. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de concevoir l'instrument multilatéral de manière à renforcer la cohérence et l'homogénéité de certaines normes communes, qu'il conviendrait dès lors de déterminer.

13. Le Groupe de travail souhaitera peut-être décider si l'instrument multilatéral est censé couvrir toutes les options de réforme[12], quelle qu'en soit la forme, en tenant compte du fait que la plupart, sinon la totalité, des propositions peuvent nécessiter l'élaboration de dispositions ou d'annexes particulières, comme des principes directeurs, des dispositions types, des instruments de nature contractuelle (par exemple, des règles) et des conventions (par exemple, les statuts des organes permanents).

14. La structure effective de l'instrument multilatéral devrait être examinée une fois que les options de réforme retenues auront été clairement définies. Toutefois, le Groupe de travail pourrait déjà considérer que l'instrument multilatéral serait appelé à servir de cadre à la mise en œuvre de diverses options de réforme. En effet, l'instrument pourrait comporter des dispositions et des annexes particulières, se rapportant à diverses options de réforme, et prévoir aussi l'élaboration de protocoles tenant compte de certaines évolutions éventuelles. Une autre possibilité serait que l'instrument crée également une institution multilatérale de règlement des différends relatifs aux investissements, qui permettrait aux États de choisir entre différents modes de règlement administrés par l'institution (arbitrage réformé entre investisseurs et États, arbitrage entre États, recours à un mécanisme multilatéral permanent, recours internes). Ceux qui sont favorables à une telle structure estiment qu'elle permettrait d'intégrer dans un seul et même cadre institutionnel le paysage juridique actuellement fragmenté, tout en préservant la latitude dont jouissent les États en matière de règlement des différends et en tenant compte de leurs préférences quant à la conception du règlement des différends relatifs aux investissements[13]. Dans cette hypothèse, il pourrait être nécessaire de réfléchir soigneusement à la relation entre la nouvelle structure et les institutions existantes, comme le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et la Cour permanente d'arbitrage (CPA).

2. Un cadre souple

15. Tout en étant parties à l'instrument multilatéral, les États pourraient également conserver la capacité de mettre en œuvre la réforme de leur choix. Cette approche permettrait aux tenants de divers modèles de prendre part à la création d'un cadre de RDIE réformé, garantissant ainsi la participation la plus large possible des États à une telle réforme.

16. À cet égard, plusieurs solutions pourraient être envisagées. Si l'instrument est censé proposer divers modes de règlement des différends, par exemple l'arbitrage entre investisseurs et États, le règlement des différends entre États et un mécanisme multilatéral permanent, une structure flexible pourrait être conçue. Ainsi, pour les différends auxquels ils sont parties, les États pourraient avoir le choix d'adopter : i) uniquement l'arbitrage entre investisseurs et États tel que réformé ; ii) uniquement certains aspects d'un arbitrage réformé entre investisseurs et États (par exemple un code de conduite, ou certains nouveaux mécanismes de sélection, de nomination et de récusation des arbitres, ou encore d'autres procédures, comme le rejet des demandes abusives ou les procédures accélérées) ; iii) uniquement un mécanisme multilatéral permanent ; iv) uniquement le règlement des différends entre États ; v) un mécanisme multilatéral permanent, ou certaines de ses composantes, et un arbitrage entre

[12] A/CN.9/WG.III/WP.166 et A/CN.9/WG.III/WP.166/Add.1.

[13] *Designing Investment Dispute Settlement à la carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis*, de Stephan W. Schill et Geraldo Vidigal, Université d'Amsterdam.

investisseurs et États, ou certaines de ses composantes, combinant diverses options de réforme.

17. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer[14], qui permet aux parties contractantes de déterminer quel est, en principe, le mode de règlement des différends qu'elles acceptent, peut utilement servir de modèle à cet égard. Conformément à l'article 287, paragraphe 1, lorsqu'il signe ou ratifie la Convention ou y adhère, un État est « libre de choisir » parmi les différents arrangements institutionnels suivants pour le règlement des différends : le Tribunal international du droit de la mer (TIDM), la Cour internationale de Justice (CIJ) ou un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII de la Convention. Cette dernière option est aussi le mécanisme par défaut en l'absence de déclarations concordantes des parties contractantes[15]. Dans le cadre des options de réforme du RDIE, une approche similaire permettrait aux États de combiner éventuellement différents modes d'arbitrage et de les mettre à la disposition des investisseurs lésés et de l'autre partie.

18. La souplesse permettant aux États d'adapter leur niveau de participation aux nouvelles réformes peut également être assurée par des réserves ou des déclarations. Celles-ci répondraient à des préoccupations spécifiques, par exemple, le souhait d'un État de ne pas abandonner l'arbitrage entre investisseurs et États, tout en acceptant de prévoir également d'autres options, comme l'arbitrage combiné à un mécanisme d'appel ou aux services d'un centre consultatif.

19. Pour ce qui est des réserves, la liste de celles autorisées en vertu de l'article 3 de 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 »)[16] pourrait utilement servir d'illustration. Les réserves prévoient l'exclusion d'un traité d'investissement spécifique, l'exclusion de l'arbitrage mené en application de règles spécifiques et l'exclusion du mécanisme d'« offre unilatérale » visé à l'article 2-2 de la Convention. Appliquées à l'instrument multilatéral, des réserves similaires permettraient aux États parties d'exclure certains traités d'investissement du champ d'application des réformes, d'exclure certaines options de réforme dans le domaine de l'arbitrage entre investisseurs et États et d'autoriser un État partie à appliquer les nouvelles options de règlement des différends sur la base de la réciprocité.

20. L'instrument multilatéral pourrait aussi permettre des déclarations, en autorisant par exemple les États parties à indiquer si un mécanisme réformé offre un choix supplémentaire (complétant les dispositions prévues dans leurs traités d'investissement en matière de règlement des différends entre investisseurs et États) ou un choix exclusif (remplaçant entièrement ces dispositions).

21. Il faudrait prévoir une règle par défaut dans le cas où un État partie ne ferait pas de telle déclaration. Par exemple, il pourrait être décidé qu'un État partie qui ne fait pas de déclaration sera réputé avoir opté pour un cadre déterminé de règlement des différends. En outre, l'instrument multilatéral devrait prévoir une solution par défaut dans le cas où les déclarations des États parties à un traité d'investissement, également parties à l'instrument multilatéral, ne concordent pas. Par exemple, il pourrait être décidé que, si les États parties ont fait des déclarations divergentes, les règles existantes en matière de règlement des différends continuent de s'appliquer. Une telle

---

[14] Convention des Nations unies sur le droit de la mer, adoptée le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 4.

[15] Article 287, alinéas a) à c) ; l'article 287, paragraphes 3 et 4, prévoit que, si les parties en litige ont fait des déclarations concordantes choisissant le même mode de règlement, ce mode devient obligatoire entre elles (sans toutefois les empêcher de convenir, selon les circonstances, d'un autre mécanisme pour régler leur différend). En l'absence de déclarations concordantes, un mécanisme par défaut – la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII – s'applique.

[16] Voir la résolution 69/116 adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 2014, disponible à l'adresse https://undocs.org/fr/A/res/69/116. Pour plus d'informations, voir https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/transparency et https://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jspx.

approche favoriserait la solution qui s'écarte le moins du cadre actuel de RDIE et garantirait également la sécurité juridique. La solution inverse, consistant à prévoir qu'en cas de déclarations non concordantes, certaines options de réforme prévaudraient, est bien sûr également envisageable. Une alternative aux déclarations concordantes de l'État d'origine et de l'État hôte optant pour le même mode de règlement des différends consisterait à donner la préférence au choix de l'État hôte, qui pourrait ainsi préserver l'application de ses propres politiques en matière de RDIE.

22. À l'inverse, en l'absence de cette possibilité de déclaration, les options de réforme de l'instrument multilatéral remplaceraient automatiquement les procédures existantes.

B. Relation entre l'instrument multilatéral et les traités d'investissement

1. Traités d'investissement existants et/ou futurs

23. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager la possibilité qu'un instrument multilatéral couvre à la fois les traités d'investissement existants et futurs. Cette approche excluant toute distinction dans le temps permettrait de renforcer l'uniformité du nouveau régime de règlement des différends.

24. En outre, elle soulagerait les États de la charge que représentent les procédures d'amendement potentiellement longues et complexes prévues dans leurs nombreux traités d'investissement existants. En effet, l'instrument pourrait rendre les réformes directement applicables à ces traités.

2. Modèle envisageable pour une application aux traités d'investissement existants

25. Les communications évoquent des modèles possibles pour l'élaboration d'un instrument sur la réforme du RDIE s'appliquant aux traités d'investissement existants (voir aussi A/CN.9/1004, par. 101). Ces modèles sont notamment la Convention de Maurice sur la transparence[17] et 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[18]. Ces instruments sont présentés succinctement ci-après.

Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (« Convention de Maurice sur la transparence »)

26. En 2013, la CNUDCI a adopté son règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (« Règlement sur la transparence ») ainsi qu'un nouvel article 1-4 de son règlement d'arbitrage (version révisée en 2010)[19]. Le Règlement sur la transparence, qui est entré en vigueur au 1er avril 2014, comprend un ensemble de règles de procédure garantissant la transparence et l'accessibilité au public des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Il s'applique aux différends survenant dans le cadre de traités d'investissement conclus le 1er avril 2014 ou après cette date, lorsqu'une procédure d'arbitrage entre investisseurs et États est engagée conformément au Règlement d'arbitrage de la

[17] Voir la résolution 69/116 adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 2014, disponible à l'adresse https://undocs.org/fr/A/res/69/116. Pour plus d'informations, voir https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/transparency et https://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jspx.

[18] Pour plus d'informations, voir http://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/convention-multilaterale-pour-la-mise-en-oeuvre-des-mesures-relatives-aux-conventions-fiscales-pour-prevenir-le-beps.htm.

[19] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément nº 17* (A/68/17), chap. III et annexes I et II.

CNUDCI, à moins que les parties au traité n'en décident autrement[20]. Ses dispositions s'appliquent lorsque les parties au traité d'investissement concerné (c'est-à-dire les États ou les organisations d'intégration économique régionales)[21], ou les parties au différend (c'est-à-dire un investisseur et un État ou une organisation d'intégration économique régionale)[22], conviennent de leur application.

27. Après l'adoption du Règlement sur la transparence, la CNUDCI a élaboré une convention destinée à faciliter son application aux quelque 3 000 traités d'investissement conclus avant son entrée en vigueur, offrant ainsi aux États un mécanisme efficace pour appliquer le Règlement à leurs traités d'investissement existants, s'ils le souhaitaient[23]. En effet, la Convention de Maurice sur la transparence est un instrument par lequel les parties aux traités d'investissement conclus avant le 1er avril 2014 expriment leur consentement à appliquer le Règlement sur la transparence aux arbitrages découlant de ces traités.

28. La Convention de Maurice sur la transparence permet d'appliquer le Règlement sur la transparence à tous les traités d'investissement bilatéraux, régionaux et multilatéraux existants, et dans toutes les instances arbitrales disponibles, si l'État défendeur et l'État d'origine de l'investisseur sont tous deux parties contractantes à la Convention ou, à défaut, si l'investisseur (en tant que demandeur) accepte l'offre unilatérale de l'État défendeur tendant à appliquer le Règlement sur la transparence. En substance, l'« approche de la Convention de Maurice » peut être décrite comme l'introduction des normes de transparence de fond énoncées par le Règlement sur la transparence dans le régime fragmenté composé de multiples traités individuels au moyen d'un instrument multilatéral unique. Le système proposé reste souple dans la mesure où il prévoit un nombre limité de réserves que les parties contractantes peuvent formuler (voir ci-dessus, par. 19).

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

29. 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[24] a pour objet de modifier les conventions fiscales conclues entre au moins deux de ses parties, lorsque les juridictions contractantes ont indiqué souhaiter qu'elle vise les conventions en question[25]. En ce sens, elle ne fonctionne pas

---

[20] Règlement sur la transparence, article 1-1.

[21] Règlement sur la transparence, article 1-2 b). Pour les traités multilatéraux d'investissement, il suffit que l'État du demandeur et l'État défendeur aient conclu un accord à cet effet.

[22] Règlement sur la transparence, article 1-2 a).

[23] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément nº 17* (A/68/17), par. 127.

[24] 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. Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). https://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/convention-multilaterale-pour-la-mise-en-œuvre-des-mesures-relatives-aux-conventions-fiscales-pour-prevenir-le-beps.htm. OCDE (2015), *L'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales, Action 15 – Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE. Voir également cette étude de l'OCDE, qui indique que, « dans un certain nombre de cas, les États ont adopté des conventions multilatérales dans le but d'introduire des règles et des normes internationales communes et, ce faisant, d'harmoniser le réseau des conventions bilatérales, dans le domaine de l'extradition par exemple » (OCDE (2015), annexe A, p. 33, par. 14). L'étude s'accompagne d'une annexe A, qui reflète les travaux d'un Groupe de travail composé d'experts en droit conventionnel et donne un aperçu des questions pertinentes dans ce contexte (voir OCDE (2015), p. 29 et suivantes).

[25] Note de la Direction des affaires juridiques de l'OCDE. 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. Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). http://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/note-de-la-direction-des-affaires-juridiques-de-lOCDE.pdf.

de la même manière qu'un protocole portant modification d'une seule convention existante, qui modifierait directement le texte de la convention fiscale visée. Au lieu de cela, elle s'applique en parallèle avec les conventions fiscales existantes dont elle modifiera 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 (BEPS)[26].

30. La Convention multilatérale est un instrument souple. Elle permet à chaque partie contractante d'indiquer les conventions fiscales auxquelles elle s'applique. En outre, elle propose différentes solutions permettant de satisfaire aux dispositions qui constituent des normes minimales, sans privilégier l'une d'elle en particulier. Si une disposition de fond ne correspond pas à une norme minimale, une partie contractante peut en exclure l'application. La Convention contient un certain nombre de variantes de dispositions ou de dispositions facultatives que chaque partie contractante peut choisir d'appliquer[27].

Clauses de compatibilité ou de conflit

31. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'aborder la relation entre l'instrument multilatéral et les traités d'investissement antérieurs au moyen de clauses de compatibilité ou de conflit. Par exemple, l'instrument multilatéral pourrait prévoir que les options de réforme seront réputées incluses dans les dispositions relatives au règlement des différends entre investisseurs et États des traités d'investissement existants conclus par les États parties à l'instrument multilatéral, selon les modalités établies dans ledit instrument.

3. Illustration de diverses situations possibles

32. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'application de l'instrument multilatéral aux traités d'investissement dans les divers scénarios où les parties à chaque instrument ne sont pas nécessairement les mêmes.

i) L'État hôte défendeur et l'État d'origine de l'investisseur qui sont parties à un traité d'investissement sont également parties à l'instrument multilatéral

33. Dans ce scénario, l'instrument multilatéral modifiera le traité d'investissement entre les deux États, avec pour conséquence que l'investisseur pourra recourir à la procédure réformée de RDIE créée à la suite de cette modification. Cette approche est également évoquée dans une communication[28].

ii) L'État hôte défendeur est partie à l'instrument multilatéral, mais pas l'État d'origine de l'investisseur

34. L'article 2-2 de la Convention de Maurice sur la transparence prévoit ce scénario dans le cadre de l'« offre unilatérale d'application », selon laquelle le Règlement sur

---

[26] Note explicative portant sur 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. Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). http://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/note-explicative-convention-multilaterale-pour-la-mise-en-oeuvre-des-mesures-relatives-aux-conventions-fiscales-pour-prevenir-le-BEPS.pdf.

[27] Communication du Gouvernement colombien publiée sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.173.

[28] Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres publiée sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, qui mentionne, au paragraphe 35, qu'« [i]l est indispensable que le mécanisme permanent puisse statuer sur des différends en vertu d'un nombre important d'accords en vigueur et futurs, ce qui sera possible en associant 1) l'adhésion à l'instrument portant création du mécanisme permanent et 2) une notification particulière (« acceptation préalable »), en vertu de laquelle un accord en vigueur ou futur relève de la compétence du mécanisme permanent. Dès lors que les parties contractantes à un accord, également parties à l'instrument portant création du mécanisme permanent, adressent une notification concernant un accord donné, le mécanisme permanent statue sur les différends survenant dans le cadre dudit accord. En ce qui concerne les accords conclus après la création du mécanisme permanent, il sera possible d'insérer une mention conférant compétence au mécanisme permanent ; cette mention pourra également être ajoutée par la suite, conformément à la procédure décrite ci-avant ».

la transparence s'applique aussi dans le cas où l'investisseur d'un État qui n'est pas partie à l'instrument multilatéral en accepte l'application. La question est donc de savoir si ce mécanisme est transposable aux options de réforme couvertes par l'instrument multilatéral.

35. En vertu du principe général *pacta tertiis*, un État partie ne peut être affecté par une modification à laquelle il n'a pas consenti. Par conséquent, les réformes du RDIE ne sauraient s'appliquer à la partie au traité d'investissement qui n'est pas partie à l'instrument multilatéral sans que celle-ci y ait consenti. Dès lors que les options d'arbitrage initiales énoncées dans le traité d'investissement ne seraient pas modifiées, l'investisseur conserverait le droit d'y recourir. La question qui se pose est de savoir si, en plus de ces options existantes, un investisseur serait autorisé à recourir aux options de réforme figurant dans l'instrument multilatéral en vertu d'une offre unilatérale faite par l'État hôte défendeur dans le cadre de l'instrument multilatéral.

iii) L'État d'origine de l'investisseur est partie à l'instrument multilatéral, mais pas l'État hôte défendeur

36. Pour que les options de réforme s'appliquent dans une telle situation, l'investisseur devrait obtenir le consentement de l'État défendeur. Si, en l'occurrence, ce consentement est donné, il semblerait que rien ne s'oppose à l'application des options de réforme, puisque les deux États auraient consenti à leur application. À la différence du scénario présenté au point i), la situation décrite au point iii) n'entraîne pas de modification du traité d'investissement. Il s'agit ici simplement d'appliquer le cadre de règlement des différends à un différend précis.

iv) Ni l'État hôte défendeur ni l'État d'origine de l'investisseur ne sont partie à l'instrument multilatéral

37. Si les États souhaitent encourager le recours à certaines options de réforme, il leur est loisible d'ajouter à l'instrument multilatéral une disposition selon laquelle l'instrument est sans préjudice de l'application de la nouvelle procédure réformée de RDIE lorsque les parties au différend en conviennent. Il est à noter que les parties au différend pourraient le faire même si l'instrument multilatéral ne contient aucune disposition de ce type.

C. Questions à examiner

38. Vu ce qui précède, et compte tenu du stade préliminaire actuel de l'examen des options de réforme éventuelles, le Groupe de travail souhaitera peut-être noter qu'il est possible d'élaborer un instrument multilatéral qui appliquerait les réformes de manière souple et cohérente.

39. Les questions à examiner sont les suivantes :

i) Y a-t-il lieu de prévoir des dispositions fondamentales ou des normes minimales qui devraient figurer dans l'instrument multilatéral et que toutes les parties à cet instrument seraient tenues d'accepter ? Dans l'affirmative, sur quoi ces dispositions fondamentales ou normes minimales devraient-elles porter pour aboutir à un cadre multilatéral acceptable ?

ii) L'instrument devrait-il s'appliquer aux traités d'investissement existants et futurs ?

iii) Quels principes directeurs devraient s'appliquer pour déterminer les options de réforme à inclure dans un instrument multilatéral ? Par exemple, l'instrument devrait-il avoir pour objet de mettre en œuvre l'option de réforme en question ?

iv) Dans l'hypothèse où l'instrument multilatéral couvrirait différentes options de réforme, y a-t-il lieu de prévoir des combinaisons de plusieurs options ? Comment fonctionnerait le processus d'acceptation ou d'exclusion des

options de réforme ? L'instrument devrait-il être suffisamment souple pour permettre l'adhésion des États parties à certaines options de réforme au cours du temps ?

v) Quelle forme d'instrument multilatéral serait la plus appropriée pour que le cadre de RDIE réformé reste cohérent et relativement facile à comprendre et à invoquer pour les utilisateurs ?

40. À propos de cette dernière question, le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre note des propositions figurant dans de récents commentaires relatifs à la mise en œuvre des options de réforme du RDIE. Une proposition consiste à élaborer un instrument multilatéral sur le modèle de la Convention de Maurice sur la transparence et de 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[29]. Il est en outre proposé de créer, au moyen d'un instrument multilatéral, une institution de règlement des différends relatifs aux investissements qui offrirait un cadre institutionnel multilatéral permettant aux États de choisir entre plusieurs modes de règlement des différends administrés par l'institution (voir ci-dessus, paragraphe 14)[30].

[29] L'étude du Geneva Center for International Dispute Settlement.

[30] *Designing Investment Dispute Settlement à la carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis*, de Stephan W. Schill et Geraldo Vidigal, Université d'Amsterdam.