



La CNUDCI et la réforme du RDIE: Un cadre souple

par

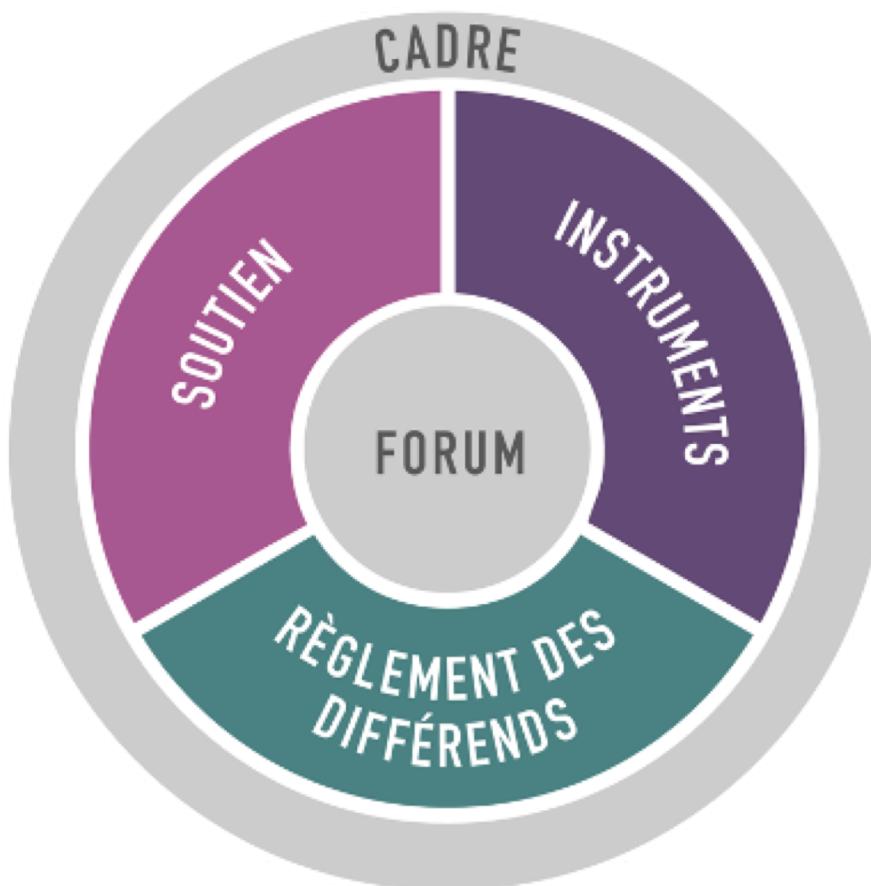
**Anthea Roberts, Taylor St John
et Wolfgang Alschner**



Principes généraux

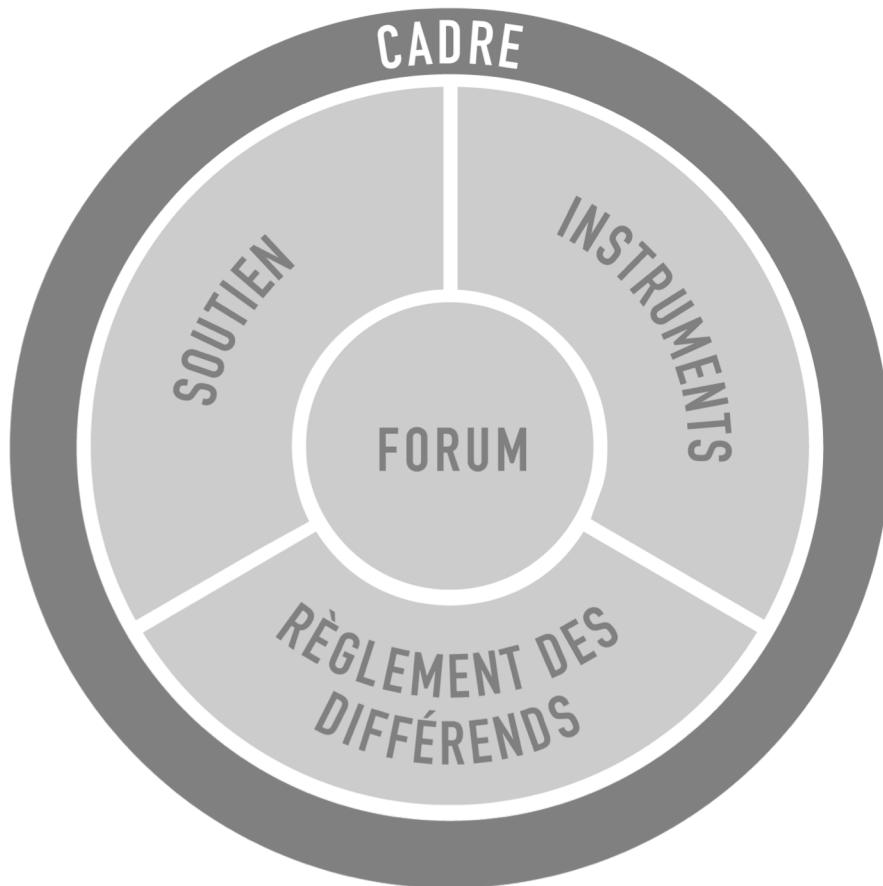
- Ecouter les délégués de la CNUDCI
- Egalité des préoccupations
- Une certaine centralisation et des normes minimales
- Mais souple et adaptable

Elaborer une architecture souple



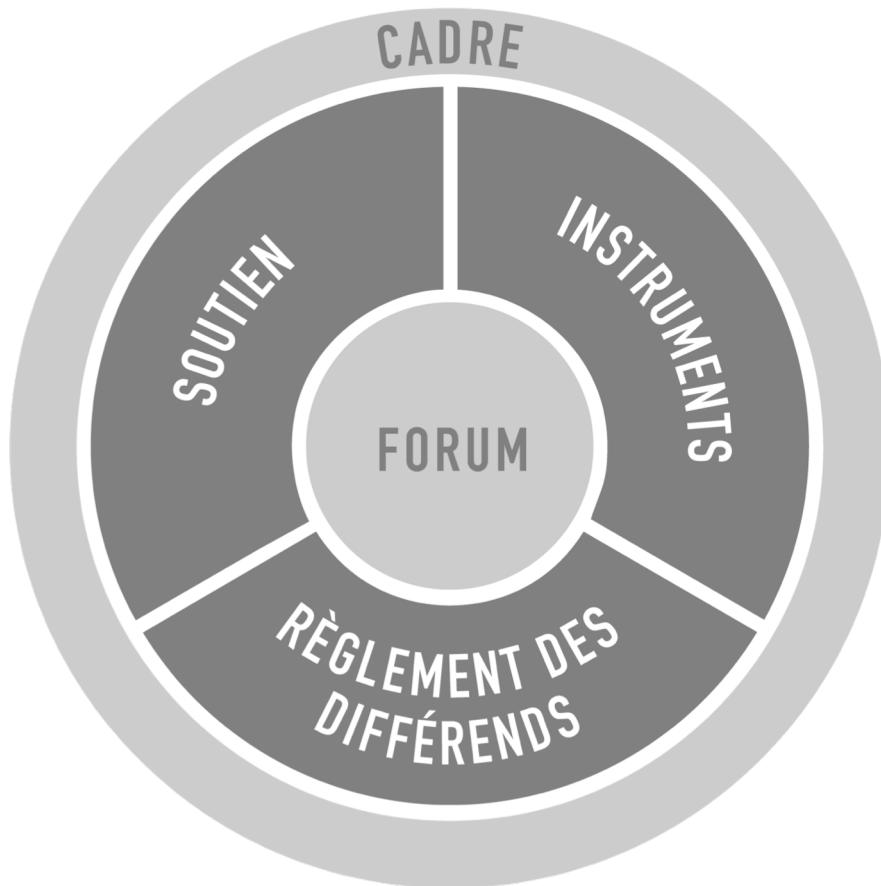


Elaborer une architecture souple



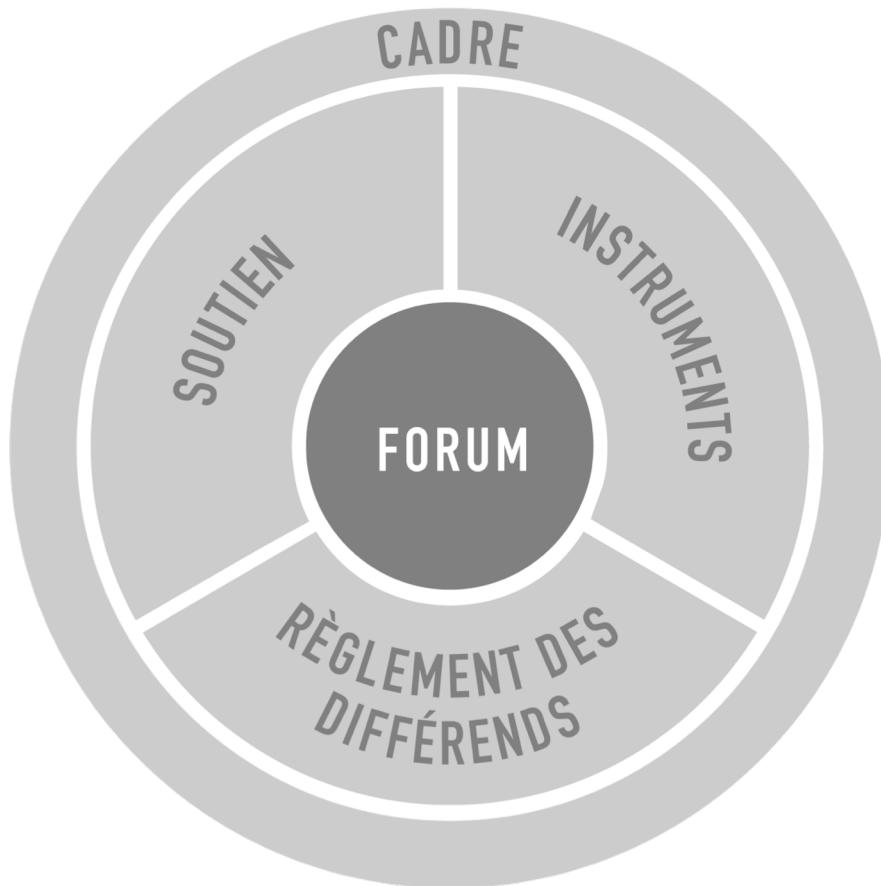
1. Convention cadre

Elaborer une architecture souple

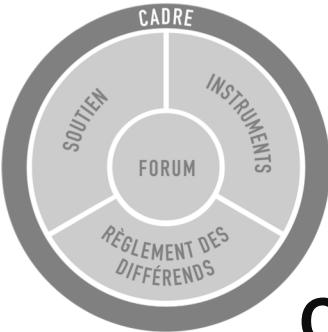


1. Convention cadre
2. Protocoles séparés

Elaborer une architecture souple



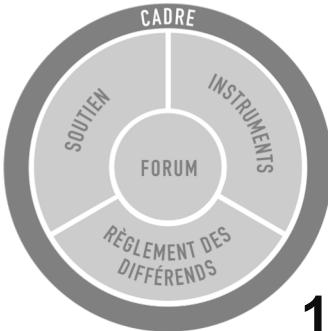
1. Convention cadre
2. Protocoles séparés
3. Forum central



1. Convention cadre

Convention + Modèle de protocole

- a. Assure la cohérence mais aussi la souplesse
- b. Nombreux exemples dans d'autres domaines
 - La Convention cadre des Nations Unies sur le changement climatique
 - La Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac
 - Les accords multilatéraux et plurilatéraux de l'OMC



Convention cadre: Considérations de conception

1) Quel est le degré de détail dans la convention cadre ?



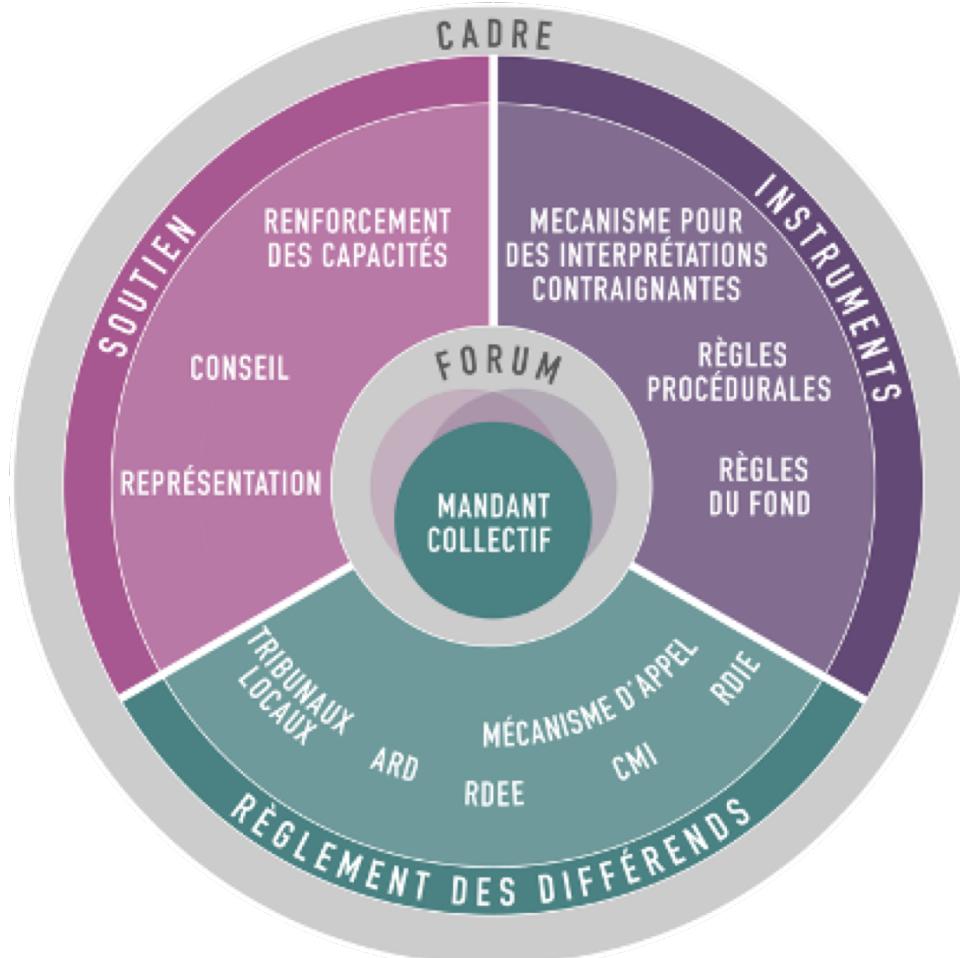
2) Quel est le degré d'autonomie des protocoles?

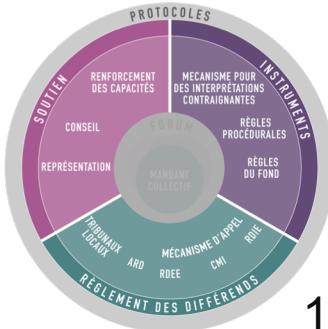


3) Quel niveau d'accord est nécessaire pour ajouter un protocole?



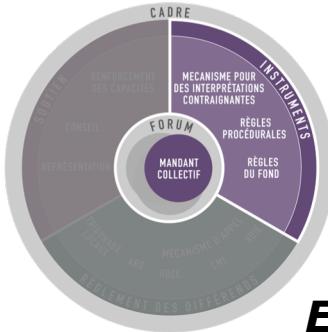
2 Protocoles séparés





2. Protocoles séparés: Considérations de conception

1. Les protocoles avec une clause d'acceptation expresse assurent une souplesse aux états.
2. Différents protocoles peuvent être adoptés à différent moments
3. Le processus BEPS et l'IM constituent un bon modèle
 - droit mou (directives) + droit dur (IM)
 - normes minimales, mais aussi les clauses d'acceptation/exclusion expresse
 - possibilité d'inclure de nouveaux éléments



2. Protocoles séparés:

Elaborer un protocole sur les règles de procédure

Ex Ante

Gérer la centralisation

Comment identifier la convergence pour les normes minimales?

Ex Post

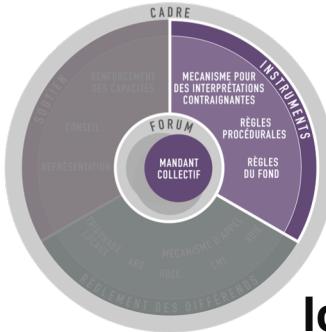
Gérer la décentralisation

Comment garantir l'ordre et la prévisibilité parmi les couches parallèles de traités interagissants?



La **technologie** peut identifier en temps réel de façon fiable et efficace des domaines de consensus normatif dans les AII récents pour tous les Etats.

La **technologie** peut voir comment les accords sont modifiés par l'interaction, suivre la mise en oeuvre des réformes et des résultats types.



2. Protocoles séparés:

Elaborer un protocole sur les règles de procédure

Identifier convergences et divergences dans les conventions récentes.

Cf. A/CN.9/WG.III/WP.182 – Communications des gouvernements du Chili, d'Israël, du Japon, du Mexique et du Pérou

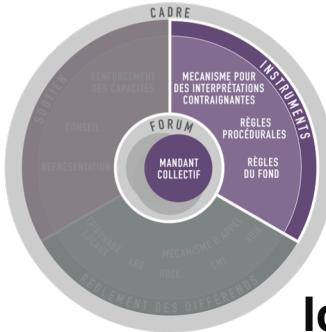
REFORM MEASURE	CPTPP	EU-MEX FTA	USMCA
<i>Concerns related to the lack of consistency, coherence, predictability and correctness of arbitral decisions by ISDS tribunals</i>			
Special expertise requirements for arbitrators for certain claims (e.g., financial services)	X	X	X
Non-disputing Party submissions on treaty interpretation	X	X	X
Other third-party submissions (not limited to issues of treaty interpretation)	X	X	X
Binding joint interpretations by treaty Parties of treaty provisions	X	X	X
Tribunal-appointed experts	X	X	X



Utiliser la technologie pour ajouter

Portée

Détails



2. Separate Protocols:

Elaborer un protocole sur les règles de procédure

Identifier convergences et divergences dans les conventions récentes

See A/CN.9/WG.III/WP.182 - Submission from the Governments of Chile, Israel, Japan, Mexico and Peru

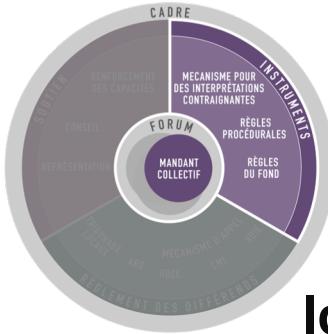
REFORM MEASURE	CPTPP	EU-MEX FTA	USMCA
<i>Concerns related to the lack of consistency, coherence, predictability and correctness of arbitral decisions by ISDS tribunals</i>			
Special expertise requirements for arbitrators for certain claims (e.g., financial services)	X	X	X
Non-disputing Party submissions on treaty interpretation	X	X	X
Other third-party submissions (not limited to issues of treaty interpretation)	X	X	X
Binding joint interpretations by treaty Parties of treaty provisions	X	X	X
Tribunal-appointed experts	X	X	X



Utiliser la technologie
pour ajouter

Portée

Détails



2. Protocoles séparés:

Elaborer un protocole sur les règles de procédure

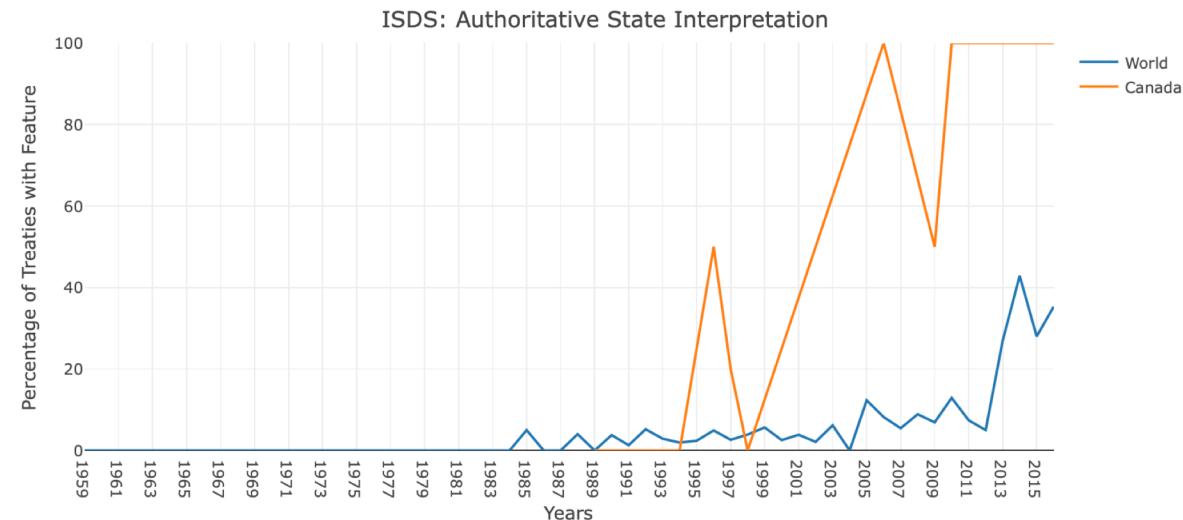
Identifier les convergences et les divergences dans les conventions récentes - Ajouter l'échelle

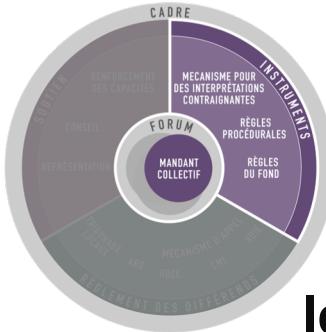
Investment Treaty Feature Analytics

Select a Feature:

ISDS: Authoritative State Interpretation

Based on UNCTAD Data





2. Protocoles séparés:

Elaborer un protocole sur les règles de procédures

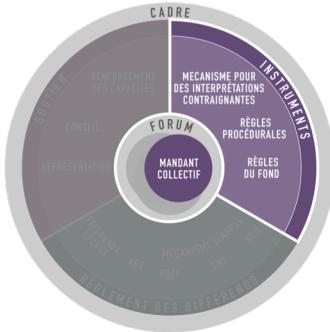
Identifier les convergences et les divergences dans les conventions récentes - Ajouter des détails

CPTPP Article 9.27 rapport d'experts

Without prejudice to the appointment of other kinds of experts when authorised by the applicable arbitration rules, a tribunal, on request of a disputing party or, unless the disputing parties disapprove, on its own initiative, may appoint one or more experts to report to it in writing on any factual issue concerning scientific matters raised by a disputing party in a proceeding, subject to any terms and conditions that the disputing parties may agree.

Accord de protection des investissements EU-Vietnam Article 3.52 Rapport d'experts

The Tribunal, at the request of a disputing party or, after consulting the disputing parties, on its own initiative, may appoint one or more experts to report to it in writing on any factual issue concerning environmental, health, safety, or other matters raised by a disputing party in a proceeding.



2. Protocoles séparés:

Elaborer un protocole sur les règles de procédure

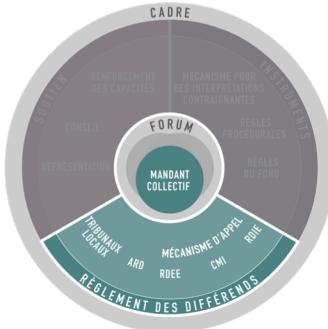
Ex post: Utiliser les technologies pour gérer la complexité

Normes minimales, clauses opt-in et opt-out, notifications:

- Différentes “concordances” selon les choix des Etats
- Les accords s’appliquent en parallèle
→ Usage de la technologie pour rendre les résultats transparents, accessibles et prévisibles

MLI Matching Database beta © OECD 2017-20		Select jurisdictions:	Australia	Canada
Status as of 30 April 2020		Australia	Canada	
Signature MLI		07/06/2017	07/06/2017	
Ratification instrument deposited		26/09/2018	29/08/2019	
Mock-up date of ratification				
Status of List		Definitive	Definitive	
Synthesised text	published by Australia	Not available yet	Not available yet	
	published by Canada			Notification mismatch. Need to check whether both j the same agreement.
Article 2 Covered Tax Agreement				
Article 3 Transparent Entities			Article 3 would not apply.	
Article 4 Dual Resident Entities				The last sentence of Article 4(1) would be re described in Article 4(3)(e). A.4(4) would be 4(1).

Exemple:
BEPS MLI Matching Database



2. Protocoles séparés: Elaborer un protocole sur le règlement des différends

1ère étape: Identifier les options pour le
règlement des différends

Mécanisme d'appel

Tribunaux
nationaux

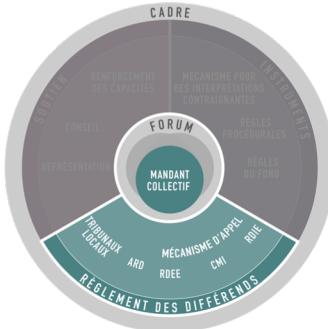
Mode
alternatif
de
règlement
des litiges

RDEE

Tribunal
de 1ère
Instance

RDIE
réformé

RDIE



2. Protocoles séparés: Elaborer un protocole pour le réglement des différends

2ème étape: Déterminer les options pour la sélection et la nomination

Qui désigne? Quelle est la durée de la nomination?

Tribunal de 1ère instance



Nomination par les parties au traité uniquement pour une durée déterminée

*RDIE réformé
(liste)*

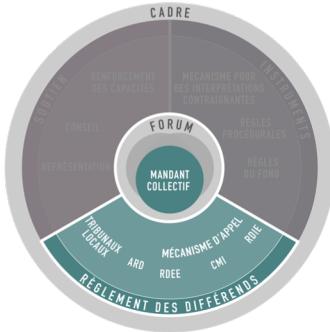


Les parties au traité établissent la liste pour une durée déterminée, les parties au litige nomment hors liste pour une seule affaire

RDIE



Nomination uniquement par les parties au litige pour une seule affaire



2. Protocoles séparés: Elaborer un protocole sur le réglement des différends

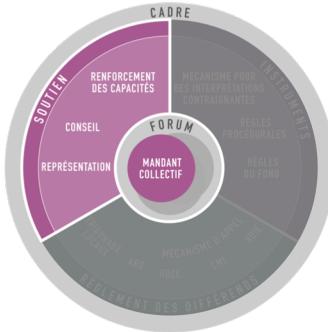
3ème étape: Définir la jurisdicition et les relations entre les options

3.1 Architecture ouverte

- Définir les relations entre les options de premier niveau p.ex., choix de RDEE, RDIE, RDIE réformé, TPI ou en combinaison
- Définir les relations entre le premier niveau et le mécanisme d'appel par ex. facultative pour les parties qui veulent le rajouter; lorsque le mécanisme est disponible

3.2 Règles par défaut

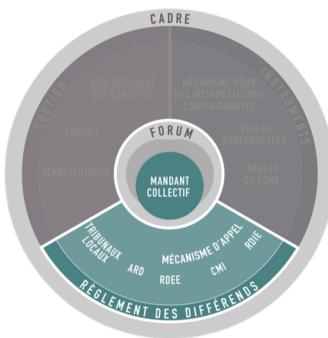
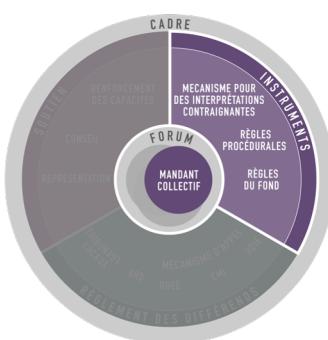
- Définir les règles à appliquer s'il n'y a pas de concordance entre les deux parties au litige lors de la première instance



3. Forum central

Réunion au moins une fois par an

- Assemblée CCI des Etats parties
- Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques
- Cadre inclusif du projet BEPS



Différents groupes d'états se réunissent

- Réunions de la Banque Mondiale
- Réunions de la CCCC



Autres ressources

- Appendice 1: Cadres, protocoles et forum
- Appendice 2: L'IM type du projet BEPS
- Appendice 3: Comment la technologie peut aider

Emails: Anthea.Roberts@anu.edu.au

Taylor.Stjohn@st-andrews.ac.uk

Wolfgang.Alschner@uOttawa.ca

Note: We would like to thank Karina Pelling at CartoGIS, ANU for helping us to develop these visualisations.



Appendice 1

D'autres ressources relatives au cadre, protocoles et forum

Anthea Roberts and Taylor St John, UNCITRAL and ISDS Reform:
Visualising a Flexible Framework, 24/10/2019,
<https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-visualising-a-flexible-framework/>



Ressources relatives aux conventions cadre

- Note du Secrétariat sur le concept de la convention cadre, Commission économique pour l'Europe de l'ONU:
<https://www.unece.org/fileadmin/DAM/hlm/sessions/docs2011/informal.notice.5.pdf>
- Note d'introduction sur la Convention cadre sur le changement climatique, par Laurence Boisson de Chazournes:
<https://legal.un.org/avl/ha/ccc/ccc.html>



Ressources relatives aux protocoles

- Guide à l'intention des négociateurs des accords multilatéraux sur l'environnement, préparé par le PNUE:
<https://www.cbd.int/doc/guidelines/MEAs-negotiators-guide-en.pdf>
 - This guide discusses framework-protocol structures repeatedly, since it is one of the most common structures for multilateral environment agreements.

Protocole de l'OMS pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac: <https://www.who.int/fctc/protocol/en/>

- Note recording the Chairperson's personal view of discussions from the first session of the Intergovernmental Negotiating Body on a Protocol on Illicit Trade in Tobacco Products:
https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/75623/FCTC_COP_INB_IT1_7-en.pdf



Ressources relatives au rôle d'un forum

- Conférence des Etats Parties (COP) à la Convention sur la diversité biologique : <https://www.cbd.int/cop/>
- Cadre inclusif de l'OCDE sur le projet BEPS:
<http://search.oecd.org/tax/beps/about/>
- Résumé des organes directeurs, des organes subsidiaries, des organes constitués et du processus de gestion participant la CCCC:
<https://unfccc.int/process-and-meetings/bodies/the-big-picture/what-are-governing-process-management-subsidiary-constituted-and-concluded-bodies>



Appendice 2

Leçons des IM du projet BEPS

Wolfgang Alschner, *The OECD Multilateral Tax Instrument: A Model for Reforming The International Investment Regime?*

<https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol45/iss1/1>

Wolfgang Alschner, *Squaring bilateralism with Multilateralism: What investment law reformers can learn from the international tax regime,*

<http://ccsi.columbia.edu/files/2020/02/No-272-Alschner-FINAL.pdf>



Trois leçons des IM du projet BEPS

- Mécanismes:** Traité d'acceptation expresse qui modifie mais ne remplace pas les traités parallèles.
- Normes minimales:** Actualiser les traités bilatéraux pour refléter les meilleures pratiques aussi bien en matière de procédure que de fond.
- Conception:** Concilier les normes minimales universelles avec la souplesse, la différenciation et la personalisation.



Mechanismes des IM

- IM =
 - Accord d'acceptation expresse
 - Existe en parallèle aux traités sur la fiscalité et les modifie mais ne les remplace pas.
- Différences par rapport à la Convention de Maurice
 - Liste positive (s'applique uniquement à l'accord notifié) vs Liste négative de la Convention de Maurice
 - Les relations entre les IM et les conventions fiscales dépendent de clauses spécifiques, non d'une règle générale par défaut.

See also: Bravo, Nathalie. "The Mauritius Convention on Transparency and the Multilateral Tax Instrument: Models for the Modification of Treaties?" *Transnational Corporations* 25, no. 3 (June 3, 2019): 85–109.

Normes minimales

Avant l'IM

BEPS plus les
conventions

(empêchent l'érosion de la
base d'imposition)

BEPS



BEPS moins les
conventions

(rend possible l'érosion de
la base d'imposition)



Moment de la signature

*Anciennes conventions
de double imposition*

*Nouvelles conventions de double
imposition*

Normes minimales de l'IM

BEPS plus les
conventions

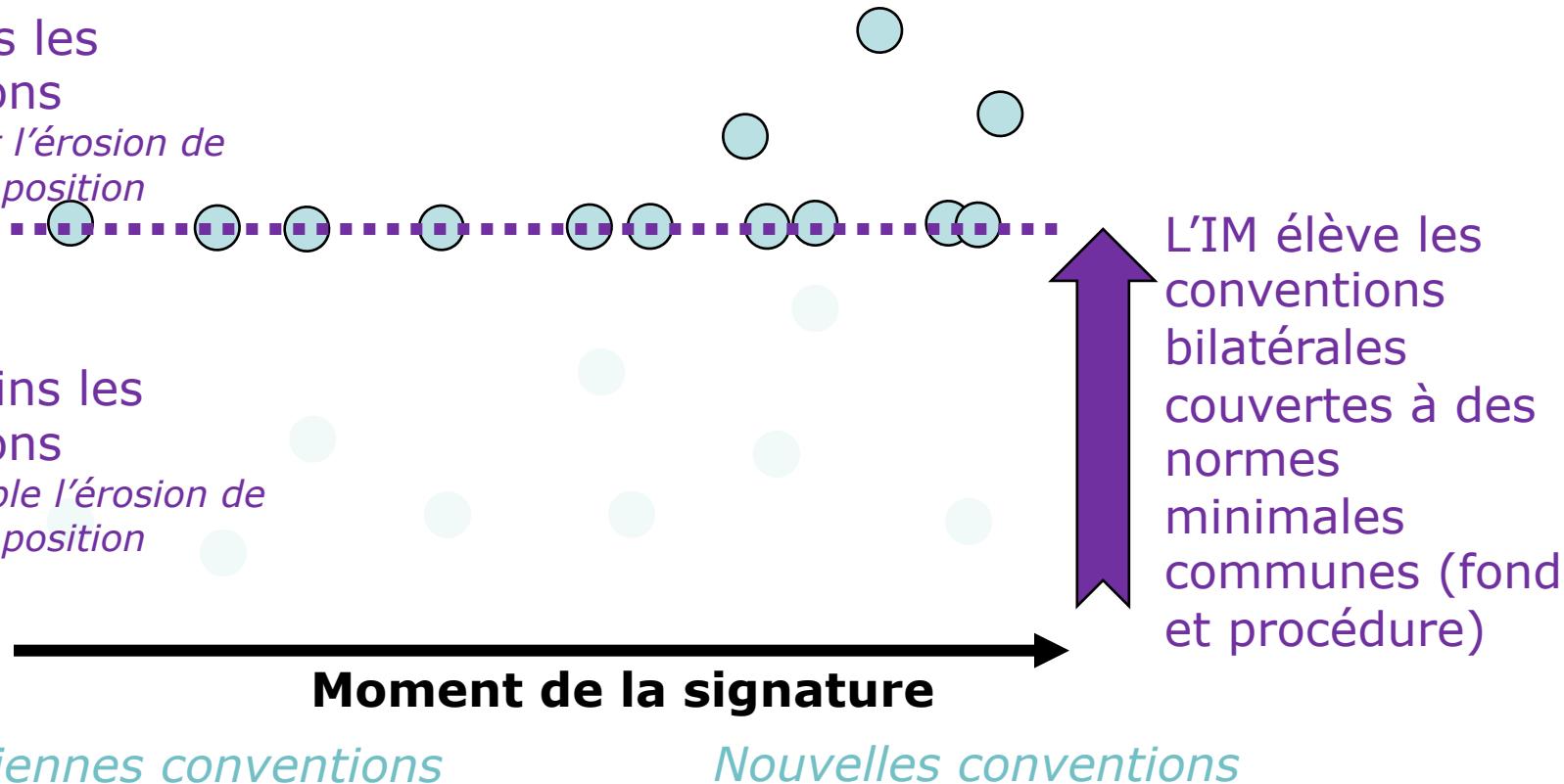
(empêchent l'érosion de
la base d'imposition)

BEPS

BEPS moins les
conventions

(rend possible l'érosion de
la base d'imposition)

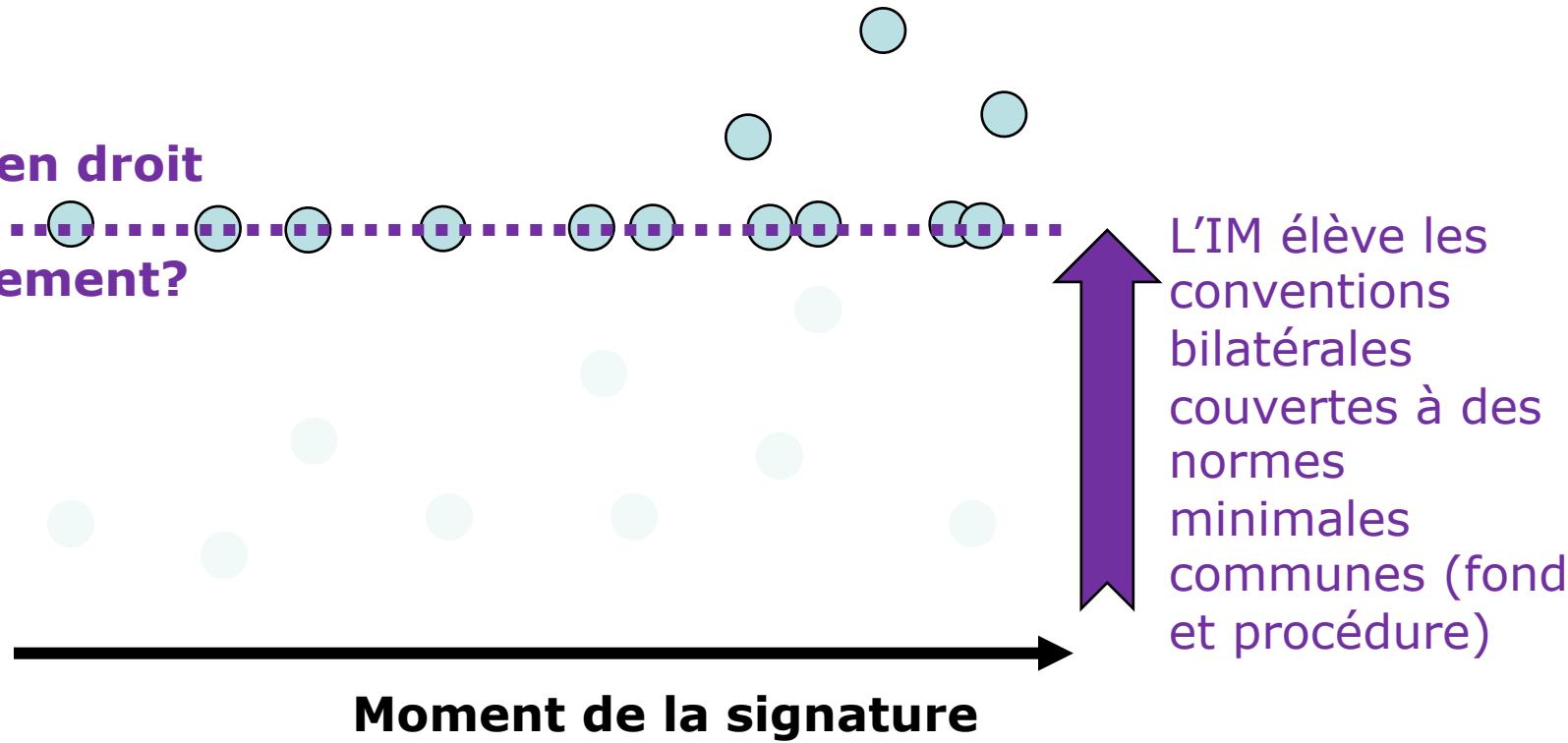
Après l'IM





Normes minimales pour les investissements?

Meilleures pratiques en droit de l'investissement?



Anciennes conventions



Concept des IM

Ampleur des réformes requises

	Moderée	Profonde
Degré de consensus int.		
Faible	Dispositifs hybrides (IM Partie II) Flexibilité: Opt-Out	Arbitrage (IM Partie VI) Flexibilité: Opt-In
Elevé	Ajout au préambule (IM Partie III, Art. 6) Obligatoire: complément	Refus d'octroi des avantages (IM Partie III, Art. 7) Obligatoire: Choix

L'IM rassemble plusieurs éléments conceptuels sous un seul traité-coupole



Concepts équivalents pour l'investissement?

Ampleur des réformes requises

Degré du consensus int.

	Moderée	Profonde
Faible	?	?
Elevé	?	?

Flexibilité: Opt-Out

Flexibilité: Opt-In

Obligatoire:
complément

Obligatoire: Choix

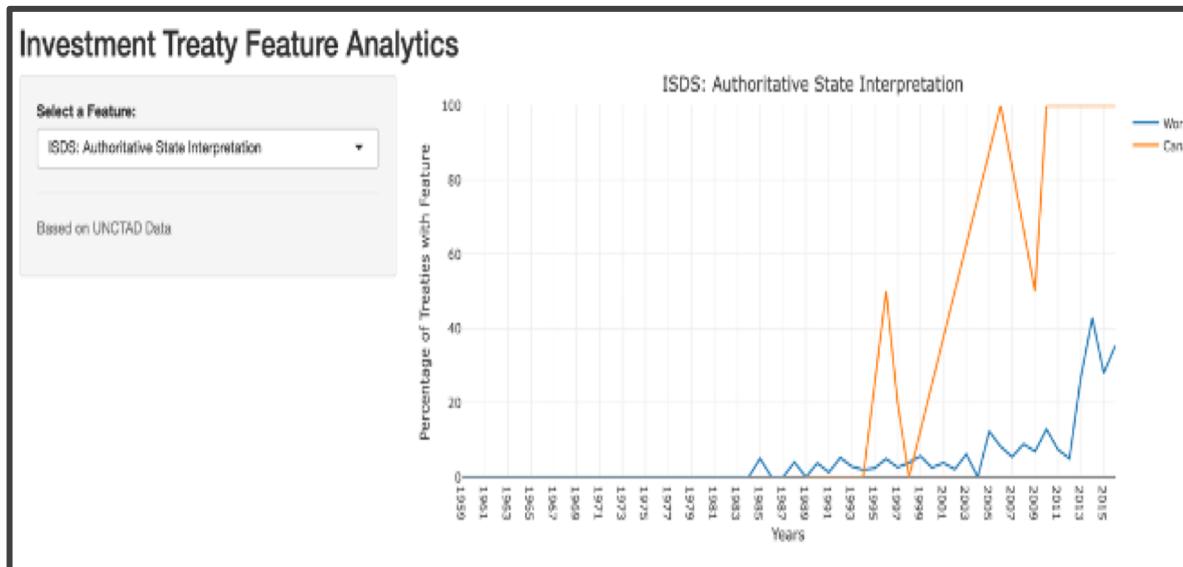


Appendice 3

Comment la technologie peut aider



Concept Ex Ante: Gérer la centralisation



Prototype Treaty Feature Tracker:

https://treaty-analytics.shinyapps.io/IIA-Feature_Tracker/



Concept *Ex Ante* : Gérer la centralisation

TPP Article 9.27 Expert Reports

Without prejudice to the appointment of other kinds of experts when authorised by the applicable arbitration rules, a tribunal, on request of a disputing party or, unless the disputing parties disapprove, on its own initiative, may appoint one or more experts to report to it in writing on any factual issue concerning scientific matters raised by a disputing party in a proceeding, subject to any terms and conditions that the disputing parties may agree.

EU VNM 2016 FTA Article 26 Expert Reports

The Tribunal, at the request of a disputing party or, after consulting the disputing parties, on its own initiative, may appoint one or more experts to report to it in writing on any factual issue concerning environmental, health, safety, or other matters raised by a disputing party in a proceeding.

Comparaison entre les clauses des conventions
<http://mappinginvestmenttreaties.com/specials/tpp/>



Application Ex Post : Gérer la décentralisation

MLI Matching Database beta © OECD 2017-20		
Select jurisdictions:		
	Australia	Canada
	Status as of 30 April 2020	Australia Canada
	Signature MLI	07/06/2017 07/06/2017
	Ratification instrument deposited	26/09/2018 29/08/2019
	Mock-up date of ratification	
	Status of List	Definitive Definitive
Synthesised text	published by Australia	Not available yet
	published by Canada	Not available yet
Article 2 Covered Tax Agreement		
Article 3 Transparent Entities		
Article 4 Dual Resident Entities		

Base de données correspondantes OCDE:

<https://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm>