

## L'Avenir des traités d'investissement Axe 2

Synthèse des débats de la réunion de  
l'Axe 2 du 28-29 octobre 2021 dans le  
cadre des travaux sur l'Avenir des  
traités d'investissement

Note du Secrétariat

En mars 2021, la communauté de la politique de l'investissement international de l'OCDE a lancé un nouveau programme de travail portant sur l'*Avenir des traités d'investissement*, qui s'articule en deux Axes étroitement liés. L'Axe 2 de ce programme de travail est consacré à l'examen de la question de savoir s'il serait préférable que certaines dispositions de fond utilisées dans la pratique des traités antérieurs ressemblent davantage à des conceptions plus récentes de ces clauses qui sont maintenant utilisées de manière systématique et, dans l'affirmative, comment cela pourrait être réalisé. Quatre-vingt-huit juridictions sont invitées à participer à ces discussions.

Cette note résume les discussions que les experts en matière de traités de ces juridictions ont menées lors de la réunion inaugurale qui s'est tenue les 28 et 29 octobre 2021 dans un format virtuel.

*Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.*

## À propos du document

1. L'OCDE anime des débats sur les politiques de l'investissement international depuis plus de soixante ans. Actuellement, près de 100 juridictions de tous les continents participent à différents volets de ces échanges, que le Secrétariat de l'OCDE appuie par des travaux de recherche indépendants et dont les administrations fixent l'ordre du jour et les priorités.
2. Depuis 2011, ce vaste ensemble de décideurs a intensifié son action sur les traités d'investissement, leur conception, leur interprétation par les utilisateurs, les mécanismes institutionnels qui y sont liés, ainsi que leurs répercussions sur la formulation des politiques au sens large. Ces répercussions inquiètent de plus en plus depuis quelques années, notamment parce que les traités sont utilisés pour remettre en cause des mesures prises par les pouvoirs publics pour lutter contre la crise climatique ou d'autres actions généralement considérées comme légitimes, parce que le déroulement et l'issue de certains différends révèlent des interprétations et utilisations non voulues des traités, et parce que des questions importantes, qui pourraient être réglées dans les traités d'investissement, ce qui permettrait probablement d'améliorer les résultats d'ensemble, n'y sont pas abordées.
3. En mars 2021, les administrations ont décidé de focaliser les débats sur ces aspects des traités d'investissement et de la politique en matière de traités, de leur impulser un nouvel élan et de demander à l'OCDE d'organiser cette réflexion au sein d'un format inclusif<sup>1</sup> articulé autour de deux axes étroitement liés. L'Axe 1 porte sur le dialogue intergouvernemental concernant les objectifs que les traités d'investissement à venir pourraient permettre de réaliser, ainsi que sur les éléments que ceux-ci devraient contenir pour ce faire. Les réflexions menées au titre de l'Axe 2 portent sur la question de savoir s'il serait préférable que certaines dispositions de fond<sup>2</sup> utilisées dans les nombreux traités anciens se calquent davantage sur des modèles plus récents de clauses de ce type, désormais utilisés systématiquement et, dans l'affirmative, comment y parvenir.
4. La durée initiale de ce programme de travail est de deux ans ; les réunions devraient en principe avoir lieu en avril et en octobre 2022, ainsi qu'en mars et en octobre 2023.

---

<sup>1</sup> Les juridictions invitées à participer aux débats de la réunion inaugurale étaient les suivantes : Afrique du Sud, Albanie, Algérie, Allemagne, Angola, Arabie saoudite, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Bénin, Bosnie-Herzégovine, Brésil, Bulgarie, Burkina Faso, Cameroun, Canada, Chili, République populaire de Chine, Colombie, Corée, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croatie, Danemark, Égypte, Espagne, Estonie, États-Unis, Éthiopie, Fédération de Russie, Finlande, France, Géorgie, Ghana, Grèce, Guinée, Hongrie, Inde, Indonésie, Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Jordanie, Kazakhstan, Kenya, Kosovo\*, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malaisie, Mali, Maroc, Maurice, Mexique, Moldavie, Monténégro, Mozambique, Namibie, Nouvelle-Zélande, Nigeria, Macédoine du Nord, Norvège, Paraguay, République tchèque, Royaume-Uni, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Portugal, Roumanie, Sénégal, Serbie, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Ukraine et Uruguay.

\* Cette désignation est sans préjudice des positions sur le statut et est conforme à la résolution 1244/99 du Conseil de sécurité des Nations unies ainsi qu'à l'avis consultatif de la Cour internationale de justice sur la déclaration d'indépendance du Kosovo.

<sup>2</sup> Étant donné les débats en cours au sein de la CNUDCI concernant ce domaine, les aspects liés au règlement des différends ne sont pas abordés dans le cadre de l'Axe 2.

5. Les réunions inaugurales des travaux menés au titre des deux axes, rassemblant experts des traités et décideurs issus de nombreuses juridictions, se sont tenues à distance du 27 au 29 octobre 2021. Il est convenu que, dans un souci de transparence, les grandes lignes des débats de fond soient publiées sur une page du site web de l'OCDE spécifiquement consacrée à cette question (<https://www.oecd.org/investment/investment-treaties.htm>).

6. Ce document reprend les principaux éléments des débats de la réunion au titre de l'Axe 2, qui s'est tenue les 28 et 29 octobre 2021. Cette synthèse a été élaborée par le Secrétariat de l'OCDE ; les administrations participantes ont eu la possibilité d'en commenter la première version. Sa présentation reprend la structure des débats indiquée ci-dessous. Ce document comprend certains éclairages et données tirés d'une note de recherche du Secrétariat sur laquelle les débats se sont appuyés lors de la réunion.

### Présentation des éléments soumis à examen

<b>1. Logique sous-tendant les débats menés au titre de l'Axe 2.....</b>	<b>4</b>
<b>2. Évolution des politiques nationales concernant la formulation des clauses relatives à l'« expropriation indirecte » dans les traités d'investissement .....</b>	<b>5</b>
<b>3. Éléments de conception des clarifications de la notion d'« expropriation indirecte » dans les traités d'investissement.....</b>	<b>9</b>
<b>4. Conclusions préliminaires sur la voie à suivre.....</b>	<b>11</b>
<b>5. Réflexions sur la poursuite des débats.....</b>	<b>12</b>

## 1. Logique sous-tendant les débats menés au titre de l’Axe 2

7. La réunion inaugurale des travaux sur l’avenir des traités d’investissement au titre de l’Axe 2 débute par un exposé succinct, présenté par le Président, de la logique qui sous-tend les travaux menés au titre de l’Axe 2.

8. Les traités d’investissement sont une composante essentielle des politiques de l’investissement international de nombreux pays depuis plus d’un demi-siècle. Au cours de cette période, les administrations ont adopté différentes approches pour la conception des traités conclus par elles. Dans un premier temps, les traités comportaient des dispositions moins nombreuses et peu détaillées. Au fil du temps, en particulier lorsque la pratique du contentieux s’est mise à influencer la conception et la négociation des traités, le libellé a évolué pour devenir plus précis et détaillé.

9. De nombreux pays ont émis de plus en plus de doutes concernant les répercussions de certains modèles, l’interprétation et l’application de clauses spécifiques et, dans ce contexte, les résultats d’ensemble du système des traités. La nécessité, pour les pouvoirs publics, de répondre à des défis inédits, en particulier la crise climatique, la pandémie de COVID-19 et d’autres grands enjeux d’action publique, est venue éclairer d’un jour nouveau l’interprétation de certaines dispositions des traités. La stabilité institutionnelle des traités et les difficultés pratiques à en modifier ou à en remplacer le contenu ont pour l’heure entravé les efforts visant à ajuster les traités sur la base de ces enjeux et nouveaux éclairages.

10. Les nouvelles analyses détaillées réalisées par le Secrétariat de l’OCDE révèlent que le libellé de différentes dispositions de fond des traités d’investissement a évolué depuis le début du siècle et que les traités conclus depuis lors répondent à des modèles largement appliqués dans un nombre important de juridictions. Ces évolutions se constatent actuellement en ce qui concerne trois dispositions spécifiques, à savoir celles qui portent sur l’« expropriation indirecte », le traitement « juste » et « équitable », ainsi que le champ d’application des dispositions relatives à la nation la plus favorisée (NPF) dans le cadre des accords de règlement des différends.

11. Ces nouveaux éclairages conduisent à se demander s’il ne serait pas préférable que certaines dispositions de fond qui figurent principalement dans les traités anciens se calquent davantage sur des modèles plus récents de clauses de ce type, désormais utilisés systématiquement et, dans l’affirmative, comment y parvenir. L’importante similitude structurelle des traités récents, en ce qui concerne ces clauses spécifiques, et l’adoption quasi universelle de ces modèles par de nombreuses juridictions sont considérées comme un avantage qui pourrait permettre la modification de centaines de traités anciens dans lesquels ne figurent pas les éléments qui sont désormais utilisés systématiquement. En outre, le fait de concentrer les réflexions, question par question, sur les clauses spécifiques des traités fréquemment invoquées comme fondement des prétentions dans le cadre de litiges est considéré comme propice à un débat ciblé sur les principales priorités des administrations.

12. Il a été convenu que les réflexions menées au sein d’un format inclusif au cours du programme de travail initial, d’une durée de deux ans, porteraient sur les clauses relatives à l’« expropriation indirecte » (en octobre 2021 et avril 2020), sur le champ et l’application des dispositions relatives à la nation la plus favorisée (NPF) dans le cadre des accords de règlement des différends (discussions prévues en octobre 2022), ainsi que sur « le traitement juste et équitable » (discussions prévues en mars 2023 et octobre 2023).

## 2. Évolution des politiques nationales concernant la formulation des clauses relatives à l'« expropriation indirecte » dans les traités d'investissement

13. Les discussions de fond entre administrations au sujet des tendances observées dans la formulation des clauses relatives à l'« expropriation indirecte », ainsi que des conséquences et perspectives qui peuvent en résulter, débutent par un exposé introductif du Secrétariat de l'OCDE sur les éléments recueillis au travers d'une analyse approfondie des éléments de conception de 762 traités d'investissement conclus, entre 2003 et 2021, par au moins deux des 88 juridictions invitées à participer au processus de l'Axe 2<sup>3</sup>.

14. L'échantillon comprend des accords bilatéraux et plurilatéraux, des versions révisées et des traités de remplacement, ainsi que des accords parallèles, échanges de lettres et documents similaires. La date de début a été fixée à 2003 à la suite d'une analyse d'envergure ayant révélé que c'est à ce moment que sont apparues les précisions de fond concernant la notion d'« expropriation indirecte ».

15. La description statistique de l'évolution des traités concernant les clauses d'« expropriation indirecte » a notamment mis en lumière les faits suivants<sup>4</sup> :

- La première occurrence, en termes explicites, d'une formulation visant à préciser la notion d'« expropriation indirecte »<sup>5</sup> ou à déduire l'existence d'une « expropriation indirecte » intervient en 2003, dans un accord interprétatif contenu dans un échange de lettres. Cette formulation, intégrée peu après dans le corps d'un traité, est progressivement devenue la norme dans les nouveaux traités d'investissement conclus depuis lors. Au mois d'octobre 2021, 178 traités et neuf documents connexes (notamment des révisions ou des interprétations communes) contenaient des formulations de ce type ; à l'exception de quatorze d'entre elles, toutes les juridictions invitées à prendre part au projet sur l'Axe 2 les employaient dans au moins un des traités qu'elles ont conclus<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Cet échantillon englobe l'ensemble des traités d'investissement et des documents connexes conclus entre mai 2003 et la mi-octobre 2021 pour lesquels un texte intégral faisant foi avait pu être obtenu par le Secrétariat de l'OCDE à la mi-octobre 2021, qu'ils aient été en vigueur à cette date ou à une date antérieure. L'expression « traités d'investissement » désigne les traités bilatéraux ou plurilatéraux dont le contenu porte sur l'investissement, notamment les traités d'investissement bilatéraux ou plurilatéraux et les chapitres consacrés à l'investissement des accords commerciaux préférentiels. Cette étude devrait être publiée une fois que les débats entre administrations à ce sujet seront achevés.

<sup>4</sup> Toutes les constatations n'ont pas été abordées ou examinées lors de la réunion. C'est en particulier le cas de l'exclusion explicite des garanties relatives à l'« expropriation indirecte » figurant dans certains traités, en raison du faible nombre de traités intégrant cet élément et du nombre encore plus faible de pays en faisant usage.

<sup>5</sup> Le terme employé varie d'un traité à l'autre. Les termes « expropriation », « nationalisation », « privation » ou « aliénation » sont ceux que l'on rencontre dans la version française des textes, pour autant qu'elle fasse foi, celui d'« expropriation » étant, de loin, le plus souvent utilisé. Cette note emploie systématiquement le terme d'« expropriation ». Ce choix a été fait pour des raisons de commodité ; il n'emporte aucune interprétation quant aux chevauchements ou aux différences entre les termes rencontrés dans les traités.

<sup>6</sup> La description de la méthodologie présentée à l'annexe A indique les modalités d'attribution et de comptabilisation des occurrences dans les accords plurilatéraux pour les pays qui sont parties à un accord donné.

- Si près de 50 % des relations pour lesquelles des accords ont été conclus depuis mai 2003 prévoient une spécification concernant la notion d'« expropriation indirecte », cet élément est rare dans l'ensemble des relations conventionnelles : parmi les traités en vigueur au mois d'octobre 2021 ou dont il était attendu qu'ils prennent effet après cette date, seuls 18 %, environ, comportent une clarification. Par conséquent, 82 % des traités en vigueur en octobre 2021 prévoient des garanties contre l'« expropriation indirecte » sans préciser le champ de cette notion et les conditions qui y sont rattachées.
- Le foisonnement des spécifications concernant la notion d'« expropriation indirecte » tient essentiellement à la conclusion de nouveaux traités couvrant des relations qui ne l'étaient pas jusque-là. Les remplacements et les révisions de traités existants n'ont joué, à cet égard, qu'un rôle secondaire. Lorsque des occasions se présentent, par exemple lorsque les États décident de réviser d'autres éléments de traités existants, elles ne sont pas systématiquement mises à profit pour clarifier le concept d'« expropriation indirecte », y compris par les pays qui ont pourtant tendance à intégrer des précisions à ce sujet dans les nouveaux traités.

16. Une série d'exposés présentant l'évolution de la pratique des traités dans cinq juridictions a permis d'obtenir des informations qualitatives détaillées sur l'évolution et la formulation des références à la notion d'« expropriation indirecte » au fil du temps, sur les facteurs qui ont pesé sur ces variations et sur les enseignements qui peuvent être tirés de l'utilisation des traités, en particulier dans le contexte du contentieux.

17. Dans le premier exposé, le représentant de l'une des juridictions fait observer que les traités conclus par cette dernière comportaient des références explicites à l'expropriation indirecte depuis des dizaines d'années, mais sans pour autant apporter de précisions explicites allant au-delà de l'expression « équivaloir » à une expropriation indirecte. À partir du milieu des années 1990, l'« expropriation indirecte » a été très régulièrement invoquée dans le cadre d'actions visant cette juridiction, et les tribunaux ont surtout retenu la gravité de l'impact économique de mesures spécifiques, ainsi que d'autres facteurs, notamment les aspects temporels.

18. À la lumière de l'expérience acquise dans le cadre d'actions arbitrales, notamment, le libellé des traités ultérieurs de cette juridiction a été ajusté, à partir du début des années 2000, afin de préciser explicitement que les garanties offertes contre l'« expropriation indirecte » ne visaient pas à aller au-delà de la norme établie par le droit international coutumier, un principe que la juridiction avait également retenu à l'égard de ses traités antérieurs. En outre, la notion d'« expropriation indirecte » a été exposée de manière plus détaillée dans le texte des traités et, à l'exception de quelques précisions supplémentaires ajoutées au texte par la suite, cette formulation a depuis lors été employée sans grande variation dans les nouveaux accords conclus par la juridiction.

19. Le nombre de cas de contentieux portant sur cette nouvelle formulation plus précise de la clause d'« expropriation indirecte » demeure limité. Il convient toutefois de relever que les tribunaux ont méthodiquement appliqué le critère factoriel figurant dans le texte des traités susmentionné pour déterminer si une « expropriation indirecte » avait eu lieu.

20. Dans l'ensemble, on estime que cette formulation plus précise de la notion d'« expropriation indirecte » permet de mieux prévoir les modalités d'évaluation des mesures réglementaires, tant pour les investisseurs dont les investissements sont couverts par le traité que pour l'administration.

21. Le deuxième exposé présente la logique qui sous-tend la formulation spécifique de la notion d'« expropriation indirecte » dans la nouvelle pratique des traités de la juridiction

en question. La politique d'investissement de cette juridiction cherchait à atteindre un juste équilibre entre les prérogatives réglementaires de l'administration et la protection des investisseurs.

22. Dans cette optique, la juridiction fait savoir qu'une annexe avait été ajoutée à ses derniers accords d'investissement (c'est désormais systématiquement le cas pour ses accords d'investissement récents) indiquant, entre autres, des précisions supplémentaires sur ce qui constitue ou non une « expropriation indirecte » sur la base de quatre critères cumulatifs. En outre, cette annexe donne des orientations aux tribunaux, dans le cadre de procédures arbitrales, quant à l'interprétation et à l'application de la notion d'« expropriation indirecte », notamment en ce qui concerne l'importance de l'impact économique de la mesure, son caractère et sa durée. Enfin, elle prévoit une disposition relative au « droit de réglementer » renvoyant à une liste d'« objectifs légitimes de politique publique », notamment le changement climatique et la santé publique.

23. Le troisième exposé porte sur l'évolution de la pratique des traités d'une autre juridiction en ce qui concerne les références à l'« expropriation indirecte ». Cette juridiction est signataire d'un nombre considérable de traités d'investissement, conclus dans les années 1990 pour nombre d'entre eux. Or, seuls 5 % environ de ces traités précisent de manière détaillée la notion d'« expropriation indirecte ».

24. L'expérience de cette juridiction en matière contentieuse a souligné les insuffisances et les inconvénients de l'imprécision du libellé des traités concernant l'« expropriation indirecte ». Cette notion a été invoquée par des investisseurs requérants dans à peu près la moitié des actions intentées contre la juridiction au titre de ses traités d'investissement. Bien qu'il ait été extrêmement rare qu'une violation soit constatée, différentes méthodes visant à déterminer la présence d'une « expropriation indirecte » dans des affaires aux faits quasi identiques ont mis en lumière les inconvénients de ces clauses imprécises. Dans ces affaires, plusieurs tribunaux, en l'absence de précisions concernant la notion d'« expropriation indirecte », se sont forgé leur propre doctrine sur la base de deux traités comportant des formulations légèrement différentes mais imprécises de l'« expropriation indirecte ». L'application par les tribunaux de ces différentes doctrines a donné lieu à des issues contradictoires, ce qui aurait probablement pu être évité si les traités avaient posé plus clairement les conditions d'une violation constituant une « expropriation indirecte ».

25. La juridiction estime dès lors qu'il est nécessaire de clarifier la notion d'« expropriation indirecte » dans ses traités existants afin d'accroître la sécurité juridique et de garantir la cohérence des décisions en cas de litige. En effet, si les traités conclus récemment par la juridiction et le modèle de texte qu'elle emploie comportent des précisions concernant cette notion, le libellé des traités anciens demeure imprécis. Des contraintes d'ordre pratique, en particulier les efforts nécessaires à la renégociation des traités, ont fait obstacle à une actualisation rapide de ces traités anciens, dans le cadre d'une approche traité par traité, perpétuant ainsi le problème.

26. Un quatrième exposé fait également état d'une évolution progressive de la pratique des traités concernant la précision de la notion d'« expropriation indirecte » au fil du temps, et souligne l'adoption de formulations élaborées par des partenaires conventionnels pour leur pratique à venir.

27. L'« expropriation indirecte » n'avait pas été précisée dans les traités anciens de cette juridiction. Cependant, des négociations avec un partenaire ayant pris pour habitude d'inclure de telles précisions ont marqué un tournant : depuis lors, les traités conclus par la juridiction clarifient systématiquement cette notion. Des orientations interprétatives ont en outre été ajoutées lors de négociations ultérieures, en particulier en précisant les



circonstances dans lesquelles une mesure constitue une « expropriation indirecte ». On peut s'attendre à ce que cette évolution se poursuive par la suite dans la mesure où les traités qui seront conclus par cette juridiction à l'avenir pourraient purement et simplement exclure la survenance d'une « expropriation indirecte » dans certaines circonstances – une approche qu'ont d'ailleurs adoptée d'autres juridictions.

28. Par ailleurs, cette juridiction a mené une réflexion sur l'actualisation de ses traités anciens dépourvus de toute clarification concernant la notion d'« expropriation indirecte ». Les solutions envisagées consistaient notamment en des interprétations communes ou des révisions décidées de manière bilatérale. Il s'est toutefois avéré, compte tenu de l'apparente urgence des modifications nécessaires et du nombre considérable de traités à actualiser, que ces approches présentaient des inconvénients. Les travaux menés au titre de l'Axe 2 ont permis de trouver un moyen de résoudre le problème dans les traités anciens.

29. Un cinquième exposé met en avant la pratique de la juridiction concernée, consistant à réviser et à remplacer, au cas par cas, les traités qui, à l'origine, ne précisaient pas la notion d'« expropriation indirecte ». Ces actualisations étaient jugées importantes au regard de la fréquence à laquelle les actions intentées au titre des traités se fondaient, entre autres, sur des moyens invoquant l'« expropriation indirecte ».

30. Les références figurant dans les traités conclus ou révisés (au moyen d'annexes) par cette juridiction comprenaient des orientations de plus en plus détaillées, au fil du temps, quant à la manière d'apprécier la nature d'une mesure au regard des clauses d'« expropriation indirecte » de ces traités.

31. La juridiction n'avait, à ce stade, connu que très peu de litiges au titre de ses traités et l'expérience dont elle disposait était plutôt récente. Elle s'était attachée à clarifier le libellé de ses traités, y compris les clauses relatives à l'« expropriation indirecte », de manière indépendante et avant de se voir intenter des actions.

32. Les intervenants suivants et les experts des traités font écho à bon nombre d'expériences des intervenants précédents et de difficultés soulevées par ceux-ci concernant la présence de références imprécises à l'« expropriation indirecte » dans les traités conclus par leur juridiction (notamment les anciens). Ils font part de leur point de vue sur les évolutions qu'ont connues leurs juridictions respectives s'agissant de la formulation des « clauses d'expropriation indirecte » dans leurs traités d'investissement. Un consensus semble se dégager sur le fait qu'une évolution de la formulation a été amorcée en 2003 ou autour de cette date et que celle-ci, bien qu'elle ait été graduelle, a conduit à la mise en place d'un nouveau modèle tendant à se généraliser dans les traités conclus depuis lors. Il apparaît également que les moteurs de cette transition étaient différents d'une juridiction à l'autre, par exemple l'harmonisation avec les garanties et la législation nationales, le désir de pallier le manque ressenti de sécurité juridique et les enjeux relatifs à la possibilité, pour l'administration, de réglementer dans l'intérêt général.

33. Plusieurs experts, représentant un ensemble divers de juridictions, indiquent disposer d'au moins deux ensembles de traités : l'un contenant des références imprécises à l'« expropriation indirecte » ; l'autre comportant des précisions détaillées de cette notion. Ces experts confirment par ailleurs que leur juridiction s'attelait actuellement à actualiser les traités anciens ne contenant pas de clarifications concernant la notion d'« expropriation indirecte ».

34. Cependant, les experts de plusieurs juridictions soulignent que les variations dans la formulation utilisée dans les différentes générations de traités n'indiquent pas, généralement, une évolution de l'intention des administrations au fil du temps. En effet, ces clarifications textuelles cherchent plutôt à corriger les interprétations faites par les utilisateurs des traités, en particulier les tribunaux, qui ne traduisaient pas l'intention des

administrations. Un expert fait observer que certaines administrations expriment cette continuité sémantique par des expressions introductives telles que « pour plus de clarté ».

35. La discussion porte également sur les avantages et les inconvénients de l'inclusion de l'« expropriation indirecte » dans le champ d'application des garanties offertes par les traités de manière plus générale. Une juridiction fait savoir qu'après une période durant laquelle elle s'est attelée à faire figurer dans ses traités de nouvelles clarifications concernant la notion d'« expropriation indirecte », elle se demandait désormais s'il était en fait opportun d'inclure l'« expropriation indirecte » dans le champ d'application des garanties offertes par ses nouveaux traités.

36. À ce sujet, un expert d'une autre juridiction s'interroge sur la nécessité de prévoir des garanties contre l'« expropriation indirecte » dans les futurs traités d'investissement compte tenu de la doctrine élaborée par les tribunaux arbitraux, qu'il considère comme extensive (et donc, implicitement, comme peu fiable) à l'égard de cette norme de protection, citant, dans ce contexte, son expérience récente avec un partenaire conventionnel en particulier.

37. Plusieurs juridictions partagent le point de vue selon lequel une exclusion pure et simple permettrait d'apaiser les craintes que les garanties offertes par les traités puissent limiter le droit des administrations de réglementer, mais cette opinion ne fait pas l'unanimité parmi les experts des traités. Plusieurs juridictions font savoir qu'elles estiment souhaitable de prévoir des clauses d'« expropriation indirecte » dans les traités d'investissement et soulignent que le fait de prévoir des garanties contre l'« expropriation indirecte » traduit l'équilibre des intérêts, voulu par les juridictions, entre les droits des investisseurs, les intérêts des administrations et leur droit de réglementer. Les experts des traités poursuivent le débat sur cette équation particulière dans le cadre des discussions relatives aux éléments de conception des clarifications de la notion d'« expropriation indirecte » (voir ci-dessous au paragraphe 45).

38. Par ailleurs, une juridiction soutient qu'une exclusion totale de l'« expropriation indirecte » du champ d'application des garanties offertes par les traités permettrait de régler la question des discriminations entre les investisseurs nationaux et les investisseurs étrangers couverts par les traités, car, contrairement à celle d'autres juridictions, la législation de cette juridiction particulière n'offre pas de garanties contre l'« expropriation indirecte » aux investisseurs nationaux. Un autre expert des traités estime, pour sa part, que les traités d'investissement devraient en fait chercher à offrir des garanties supplémentaires aux investisseurs étrangers.

### **3. Éléments de conception des clarifications de la notion d'« expropriation indirecte » dans les traités d'investissement**

39. Les débats se concentrent ensuite sur la manière dont les clarifications de la notion d'« expropriation indirecte » ont été mises en œuvre dans les traités d'investissement et sur la question de savoir si les différences de formulation constituent des différences sémantiques<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Les traités retenus représentent un sous-échantillon de près de 200 traités d'investissement qui circonscrivent la notion d'expropriation indirecte.

40. Une introduction du Secrétariat, s'appuyant à nouveau sur l'analyse des formulations figurant dans les traités d'investissement, précède le débat et fait ressortir les observations suivantes :

- La structure des éléments linguistiques permettant de préciser la notion d'« expropriation indirecte » est très homogène dans l'ensemble du sous-échantillon des traités contenant des spécifications. La structure de la quasi-totalité des traités analysés comprend jusqu'à quatre composantes principales qui établissent la spécification de manière cumulative. La plupart de ces composantes sont ensuite précisées par des spécifications de deuxième, troisième et quatrième ordre au sein d'une structure hiérarchique.
- Ces quatre composantes essentielles sont les suivantes : la détermination des actifs qui peuvent faire l'objet d'une « expropriation indirecte » ; la formulation d'une désignation positive des éléments susceptibles de constituer une « expropriation indirecte » ; les critères à prendre en compte pour déterminer si une mesure constitue une « expropriation indirecte » ; et les conditions dans lesquelles une mesure ne constitue pas ou ne constitue habituellement pas une « expropriation indirecte ».
- Les détails des spécifications de la notion d'« expropriation indirecte » sont complexes et divers. Au fil du temps, d'autres éléments sous-structurels sont venus s'ajouter aux quatre composantes essentielles pour préciser encore davantage la notion d'« expropriation indirecte ». De ce fait, les différentes combinaisons des composantes et sous-composantes de l'échantillon entraînent un foisonnement de spécifications nominale différentes de l'expression « expropriation indirecte ». On répertorie ainsi, parmi les 186 traités et accords connexes contenant des formulations se rapportant à l'« expropriation indirecte », 87 combinaisons uniques en ne retenant que les éléments de premier, deuxième et troisième ordre, et en ignorant les nuances mineures. Chaque variante unique est utilisée à peu près deux fois en moyenne et 67 variantes ne le sont qu'une seule fois dans l'échantillon.
- Les pays utilisent des formulations différentes pour préciser la notion d'« expropriation indirecte » au sein de l'ensemble des traités qu'ils ont conclus. En effet, plus de la moitié des pays ayant conclu plusieurs traités comportant une spécification ne reproduisent pas systématiquement la formulation initialement choisie dans les autres traités qu'ils concluent. De nouvelles combinaisons de facteurs continuent d'apparaître et le rythme auquel les variantes se multiplient ne cesse de s'accroître. Toutefois, si les détails varient considérablement, même au regard des normes constatées dans les traités d'investissement en général, l'écart par rapport au cadre structurel inauguré en 2003 est, lui, quasi nul.

41. L'analyse du Secrétariat soulève un certain nombre de questions, notamment : « pourquoi les détails circonscrivant la notion d'« expropriation indirecte » varient-ils à ce point ? » ; « ces variations dans la conception viennent-elles moduler les obligations internationales des juridictions ? » ; « les différentes conceptions des clauses d'« expropriation indirecte » donnent-elles effectivement lieu à des issues différentes en matière de contentieux ? ». Bien que les aspects pratiques relatifs au lien entre la conception des traités et le contentieux fondé sur les traités n'aient pas été examinés dans le cadre de l'analyse du Secrétariat, le Secrétariat et le Président invitent néanmoins les délégués à faire connaître leurs expériences et leur point de vue sur ces questions.

42. Les experts des traités de plusieurs juridictions font le point sur l'analyse descriptive du Secrétariat, qui souligne que les composantes essentielles communes à la conception des clauses d'« expropriation indirecte » présentent un degré significatif de

cohérence et d'homogénéité, tout en constatant les variations et les nuances figurant dans le détail de celles-ci. Un large consensus semble également se dégager sur la nécessité de doter les traités offrant des garanties contre l'« expropriation indirecte » de clauses bien définies et précises.

43. À cet égard, plusieurs experts font remarquer que l'homogénéité de ce cadre structurel de base pourrait résulter de l'objectif poursuivi par les juridictions qu'ils représentent, à savoir l'inscription, dans le texte des traités, de leur interprétation d'une norme de droit international coutumier de la notion d'« expropriation indirecte ». Par ailleurs, les experts des traités se demandent si les variations dans le détail et les formulations résultent de réelles différences d'interprétation et de position, parmi les juridictions, concernant le droit international coutumier régissant l'« expropriation indirecte » (ce qui implique que ces variations déterminent les types de mesures protégées contre l'expropriation indirecte et peuvent donner lieu à différentes applications par les tribunaux d'investissement), ou s'il convient de les interpréter comme de simples préférences linguistiques visant à corriger les interprétations faites par les utilisateurs des traités et les tribunaux arbitraux. Ils font remarquer, à cet égard, que des discussions approfondies, clause par clause, seront nécessaires pour vérifier ces hypothèses.

44. En outre, plusieurs experts des traités relèvent que la jurisprudence des tribunaux d'investissement retient généralement la doctrine des « pouvoirs de police », qui consacre le droit des administrations de réglementer. À cet égard, un expert des traités se demande si l'apparente imprécision de la notion d'« expropriation indirecte » ne risque pas d'accroître la marge de manœuvre des administrations en matière de réglementation. Une majorité d'experts des traités expriment toutefois leur vif intérêt pour la poursuite des discussions sur les critères tendant à exclure la présence d'une « expropriation indirecte », y compris en ce qui concerne ce qui devrait constituer des mesures réglementaires de bonne foi adoptées par les administrations à des fins publiques légitimes (l'expression « sauf dans de rares circonstances » figurant dans les clauses d'« expropriation indirecte »).

45. Tandis que certains experts des traités estiment que l'expression « sauf dans de rares circonstances » pourrait en fait porter atteinte au droit des juridictions de réglementer, plusieurs autres expriment leur crainte que des clauses rédigées de manière approximative renforcent l'ambiguïté et compromettent ce droit. À ce sujet, un expert des traités fait observer que le droit des juridictions de réglementer ne doit pas être conçu comme une exception à la notion d'« expropriation indirecte ». Un autre expert des traités intervient, estimant que les mesures publiques non discriminatoires prises de bonne foi et dans l'intérêt général ne peuvent être qualifiées d'« expropriation indirecte » si elles sont correctement définies (renvoyant à la précision « sauf dans de rares circonstances ») et que la réglementation publique n'est pas incompatible avec la protection des investisseurs.

#### 4. Conclusions préliminaires sur la voie à suivre

46. Le Président invite les délégués à faire connaître leurs expériences et leur point de vue concernant les solutions envisageables pour harmoniser les clauses d'« expropriation indirecte » des traités anciens en vigueur avec celles des traités récents. Les experts des traités font part de leurs observations quant à l'opportunité d'actualiser les traités d'investissement anciens et, le cas échéant, aux mesures à prendre pour ce faire.

47. Si les délégués sont d'accord pour dire qu'il ne semble exister aucune solution idéale permettant de moderniser efficacement les traités existants sur la base des traités récents, les experts en matière de traités s'accordent largement sur le fait que les efforts à fournir pour harmoniser les traités anciens avec les nouveaux modèles sont plus importants

que le travail de renégociation entrepris par certaines juridictions au niveau bilatéral, au cas par cas. Ils s'accordent également sur la nécessité de ne pas se limiter à quelques garanties de fond ponctuelles, mais plutôt d'adopter une approche plus globale de la révision des traités d'investissement (notamment la révision d'un plus grand nombre de garanties de fond, les réformes structurelles du mécanisme RDIE et la rédaction de chapitres supplémentaires traitant de sujets tels que le développement durable).

48. Les experts des traités soulignent qu'une révision des traités anciens nécessitera beaucoup de temps et de ressources (tant du point de vue de la renégociation que de la rédaction et de la ratification) si elle est envisagée au cas par cas, ne serait-ce qu'en raison du nombre de traités conclus. Cette réserve est partagée par les grandes et les petites juridictions, ces dernières s'inquiétant par ailleurs de ne pas disposer des capacités administratives et des ressources nécessaires pour mener à bien ce processus. Les experts des traités font également valoir qu'un tel exercice pourrait se heurter à des contraintes politiques et présenter des difficultés au niveau national si les révisions et les réformes se limitaient à des garanties de fond sans traiter de questions telles que le développement durable.

49. Les accords ou les déclarations communs d'interprétation soulèvent les mêmes préoccupations, confirmées par un expert des traités en particulier, qui mentionne une expérience récente de sa juridiction, concernant la négociation et la signature d'un accord commun d'interprétation avec un partenaire conventionnel, et décrit ce processus comme étant long et complexe. Un autre expert des traités s'interroge pour sa part sur l'efficacité de ces documents.

50. D'autres experts des traités se demandent si une solution multilatérale et contraignante pourrait être envisagée ou si, s'agissant de l'UE, la négociation d'accords européens pourrait remplacer des traités anciens conclus par les États membres afin de résoudre la difficulté.

51. Enfin, un certain nombre d'experts des traités font savoir que les juridictions qu'ils représentent ne se sont pas, pour l'heure, attelées à la modernisation des traités anciens qu'elles ont conclus dans la mesure où elles réfléchissent encore aux avantages que présente l'inclusion de dispositions relatives à l'« expropriation indirecte » dans leurs traités d'investissement. Un autre encore signale que ni la négociation de nouveaux traités ni la modernisation des traités existants conclus par sa juridiction ne seront à l'ordre du jour tant que la voie à suivre, concernant les pistes à envisager pour réformer ses traités anciens, n'aura pas été définie.

52. Dans l'ensemble, toutefois, les experts des traités réaffirment la nature collective de cet enjeu de modernisation et la nécessité qui en découle de s'y atteler collectivement.

## 5. Réflexions sur la poursuite des débats

53. Les discussions s'achèvent sur des réflexions quant à la poursuite des débats. Le Président propose deux feuilles de route possibles pour la prochaine réunion : poursuivre et approfondir les réflexions sur l'« expropriation indirecte », notamment en ce qui concerne les incidences de la conception sur le champ d'application des obligations et le règlement des différends ; ou, séparément, commencer les travaux sur les clauses relatives à la nation la plus favorisée dans le cadre des accords de règlement des différends.