

L'Avenir des traités d'investissement (Axe 2)

Synthèse des débats sur l'Avenir des traités d'investissement (Axe 2) lors de la réunion du 30 novembre 2022

Les travaux sur l'Avenir des traités d'investissement se déroulent sous l'égide du Comité de l'Investissement de l'OCDE. À l'heure actuelle, 99 juridictions sont invitées à y participer.

Ce document synthétise les débats de la réunion sous l'Axe 2 qui s'est tenue le 30 novembre 2022. Le document a été initialement distribué sous la cote DAF/INV/TR2/WD(2022)3. Les travaux sont documentés sur la page <https://oe.cd/lati> (également disponible en langue anglaise à l'adresse <https://oe.cd/foit>).

Contact: investment@oecd.org

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres. Ce document et toute carte 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.

Les données statistiques concernant Israël sont fournies par et sous la responsabilité des autorités israéliennes compétentes. L'utilisation de ces données par l'OCDE est sans préjudice du statut des hauteurs du Golan, de Jérusalem-Est et des colonies de peuplement israéliennes en Cisjordanie aux termes du droit international.

© OECD 2023.

L'utilisation de ce contenu, qu'il soit numérique ou imprimé, est régie par les conditions d'utilisation suivantes : <http://www.oecd.org/fr/conditionsdutilisation>.

**L'AVENIR DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT – AXE 2 : SYNTHÈSE DES
DÉBATS DE LA RÉUNION DU 30 NOVEMBRE 2022**

Table des matières

À propos du document	3
1. Logique et objectifs des débats de la réunion au titre de l'Axe 2 du 30 novembre 2022.....	4
2. Évolution des approches suivies par les juridictions concernant le lien entre les clauses de la « nation la plus favorisée » (NPF) et les modalités de règlement des différends.....	5
3. Expériences et choix stratégiques des juridictions en matière d'interaction entre les clauses NPF et les modalités de règlement des différends	6
4. Formulations des clauses NPF en lien avec les modalités de règlement des différends.....	7
5. Conclusions préliminaires et incidences de l'évolution de la pratique des traités concernant l'interaction entre les clauses NPF et les modalités de règlement des différends, et bien-fondé et perspectives offertes par la modification des clauses NPF non clarifiées	8

À propos du document

1. L'OCDE anime des débats sur les politiques de l'investissement international depuis plus de soixante ans. Actuellement, 99 juridictions de tous les continents sont invitées à participer à ces échanges, que le Secrétariat de l'OCDE (le « Secrétariat ») appuie par des travaux de recherche indépendants et dont les juridictions 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. Les interrogations concernant ces implications se sont multipliées depuis plusieurs années, notamment parce que les traités sont utilisés pour remettre en cause des mesures prises par les pouvoirs publics en vue de 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 les traités n'abordent pas certaines questions importantes, qui pourraient être réglées dans les traités d'investissement, ce qui permettrait probablement d'améliorer les résultats d'ensemble.

3. En mars 2021, des gouvernements ont décidé de recentrer leurs débats sur les traités d'investissement et la politique en matière de traités, de leur impulser un élan nouveau et de demander à l'OCDE d'organiser cette réflexion portant sur l'*Avenir des traités d'investissement* au sein d'un format inclusif articulé autour de deux axes étroitement liés.

- L'Axe 1 porte sur un dialogue élargi concernant les objectifs que les traités d'investissement pourraient permettre de réaliser, ainsi que sur les éléments que ceux-ci devraient contenir pour ce faire, l'accent étant mis, dans un premier temps, sur les traités d'investissement et le changement climatique.
- L'Axe 2 est une initiative menée par les juridictions visant à réfléchir, entre pairs du monde entier, sur le bien-fondé et les possibilités d'ajustement des traités portant sur des dispositions de fond spécifiques, ainsi que sur la question de savoir s'il serait préférable que certaines dispositions de fond utilisées dans les nombreux

traités anciens se calquent davantage sur des formulations plus récentes de clauses de ce type et, dans l'affirmative, comment y parvenir.

4. Quatre-vingt-dix-neuf juridictions sont invitées à participer à ce programme de travail,¹ d'une durée initiale de deux ans. La réunion inaugurale du Projet sur l'Axe 2, rassemblant experts des traités et décideurs issus de nombreuses juridictions, s'est tenue à distance du 27 au 29 octobre 2021. Il a été convenu que, dans un souci de transparence, les grandes lignes des débats de fond seraient publiées sur une page du site web de l'OCDE consacrée spécifiquement à cette question (<https://oe.cd/lati>).

5. Ce document reprend les principaux éléments des débats de la réunion au titre de l'Axe 2, qui s'est tenue le 30 novembre 2022. Cette synthèse a été élaborée par le Secrétariat ; les juridictions participantes ont eu la possibilité d'en commenter la première version. Sa présentation reprend la structure des débats. Ce document comprend des données et éclairages tirés d'une note de recherche du Secrétariat portant sur « *L'interaction entre les clauses de la nation la plus favorisée et les modalités de règlement des différends dans les traités d'investissement* », également accessible sur le site web (<https://oe.cd/lati>), sur laquelle les débats se sont appuyés lors de la réunion. Les observations figurant dans ce document ne traduisent pas nécessairement le point de vue officiel des juridictions ni celui de l'OCDE.

1. Logique et objectifs des débats de la réunion au titre de l'Axe 2 du 30 novembre 2022

6. À l'origine, le périmètre des débats menés au titre du Projet sur l'Axe 2, d'une durée initiale de deux ans, impose comme thème principal trois clauses spécifiques : les clauses sur l'expropriation indirecte (examinées lors des deux premières réunions fin 2021 et début 2022), les clauses de la nation la plus favorisée en lien avec les modalités de règlement des différends, et les clauses relatives au traitement juste et équitable. La logique qui sous-tend ce choix est triple :

- Les recherches et conclusions préliminaires du Secrétariat confirment l'existence d'une convergence dans la pratique des traités des formulations des textes portant sur ces clauses particulières, et d'une utilisation quasi systématique de ces nouvelles formulations dans les traités plus récents conclus par les participants au Projet sur l'Axe 2, avec un objectif commun de clarifier et d'encadrer les obligations conventionnelles ;
- Ces clauses sont jugées importantes au regard de leur rôle dans le contentieux fondé sur les traités ;

¹ Afrique du Sud, Albanie, Algérie, Allemagne, Angola, Arabie saoudite, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bahreïn, Bangladesh, Belgique, Bénin, Bosnie-Herzégovine, Brésil, Bulgarie, Burkina Faso, Cameroun, Canada, Chili, Colombie, Corée, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croatie, Danemark, Égypte, Émirats arabes unis, l'Équateur, Espagne, Estonie, États-Unis, Éthiopie, Finlande, France, Géorgie, Ghana, Grèce, Guinée, Hongrie, Inde, Indonésie, Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Jordanie, Kazakhstan, Kenya, Kosovo*, Koweït, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malaisie, Mali, Maroc, Maurice, Mexique, Moldavie, Mongolie, Monténégro, Mozambique, Namibie, Nouvelle-Zélande, Nigeria, Macédoine du Nord, Norvège, Oman, Ouzbékistan, Pakistan, Paraguay, Philippines, République populaire de Chine, République tchèque, Royaume-Uni, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Portugal, Qatar, Roumanie, Sénégal, Serbie, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Türkiye, Ukraine, Uruguay, Viet Nam et Union européenne.

* 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.

- La majorité, voire la totalité, des traités de la génération dits de première génération ne reflètent pas les nouvelles pratiques adoptées et appliquées au regard de ces clauses.
7. Les débats menés lors de la réunion du 30 novembre 2022 concernent spécifiquement l'interaction entre les clauses NPF et les modalités de règlement des différends, conformément à la décision initiale relative au périmètre du Projet sur l'Axe 2.²
8. La présidente expose l'ordre du jour de la réunion, qui portera successivement sur les points suivants :
- Évolution des approches suivies concernant ces clauses ;
 - Expériences et choix stratégiques des juridictions en matière de traitement de l'interaction entre les clauses NPF et les modalités de règlement des différends ;
 - Vue d'ensemble des formulations et variations linguistiques se rapportant à ces clauses ;
 - Étude des incidences de l'évolution de la pratique des traités dans ce domaine particulier, ainsi que du bien-fondé et des perspectives offertes par la modification des clauses NPF qui ne définissent pas cette interaction.

2. Évolution des approches suivies par les juridictions concernant le lien entre les clauses de la « nation la plus favorisée » (NPF) et les modalités de règlement des différends

9. Le Secrétariat présente les principales conclusions de la note d'information préparée avant la réunion (« *L'interaction entre les clauses de la nation la plus favorisée et les modalités de règlement des différends dans les traités d'investissement* ») concernant l'évolution des clauses NPF dans les traités d'investissement en lien avec les modalités de règlement des différends.

10. Les années 90 ont vu la conclusion d'un nombre relativement restreint de traités prévoyant explicitement l'inclusion des modalités de règlement des différends dans le champ d'application de la clause NPF.³ L'écrasante majorité des traités conclus à cette époque ne précisait pas l'interaction entre les clauses NPF et les modalités de règlement des différends. À partir de 2003, un nombre croissant de traités ont été conclus prévoyant l'exclusion explicite des modalités de règlement des différends du champ d'application de la clause NPF. L'émergence de cette pratique a vraisemblablement été provoquée par la sentence arbitrale *Maffezini*. Un plus petit nombre de traités n'incluaient aucune clause NPF.

11. Une tendance constante est observée depuis 2003 en faveur d'une exclusion explicite des modalités de règlement des différends du champ d'application de la clause NPF (ou bien, dans un sous-ensemble de traités nettement plus réduit et plus récemment, la non-inclusion de clauses NPF dans les traités conclus). La quasi-totalité des traités récents conclus depuis 2019 excluent explicitement les modalités de règlement des différends du champ d'application de la clause NPF. Certains ne comportent aucune clause NPF.

² Le mandat n'englobe pas d'autres aspects des clauses NPF. Par conséquent, la note statistique préparée par le Secrétariat de l'OCDE à l'appui des débats de la réunion ne traite pas des clauses NPF en général ni d'autres aspects spécifiques des clauses NPF.

³ Voir la note d'information du Secrétariat de l'OCDE (2022), [*L'interaction entre les clauses de la nation la plus favorisée et les modalités de règlement des différends dans les traités d'investissement*](#).

12. À ce jour, 84 des 99 juridictions invitées à participer au Projet sur l'Axe 2 ont adopté cette approche au moins une fois, et nombre d'entre elles l'ont ensuite appliquée systématiquement dans tous leurs traités conclus récemment. Les conclusions du Secrétariat montrent une pratique des traités cohérente et homogène concernant la relation entre les clauses NPF et les modalités de règlement des différends, qui ne laisse aucune place à l'ambiguïté.

13. Toujours est-il que la pratique plus récente en matière de traités ne concerne pas les traités en vigueur conclus par le passé. Ces traités dits de première génération représenteraient dans l'ensemble (même si tous les traités déjà conclus devaient entrer en vigueur, et si tous les traités dénoncés devaient effectivement prendre fin) environ 80 % des 2 429 traités et documents connexes qui composent l'échantillon analysé par le Secrétariat aux fins de la note d'information. Pour autant qu'il existe une ambiguïté quant à l'interprétation des clauses NPF dans ces traités de la génération antérieure, lesquels constituent la majorité de la catégorie des traités en vigueur, l'interaction entre les clauses NPF et les modalités de règlement des différends devrait être précisée afin de s'aligner sur le modèle qui est presque universellement utilisé dans les traités plus récents.

3. Expériences et choix stratégiques des juridictions en matière d'interaction entre les clauses NPF et les modalités de règlement des différends

14. Les discussions entre les délégués portent sur les choix stratégiques de leurs juridictions respectives et apportent un éclairage sur les pratiques suivies en matière de traités concernant le lien entre les clauses NPF et les modalités de règlement des différends.

15. Les raisons qui ont poussé les États à exclure explicitement les modalités de règlement des différends du champ d'application de leurs clauses NPF varient et se recoupent. Un délégué fait remarquer que son gouvernement a conclu ces dernières années un traité bilatéral d'investissement (TBI) qui met en avant cette caractéristique et explique que ce choix stratégique n'est pas tant ancré dans une quelconque expérience de règlement des différends entre investisseurs et États mais reflète plutôt la décision de lutter contre l'insécurité juridique et l'ambiguïté et le phénomène du « treaty shopping ». Un autre délégué souligne que sa juridiction a toujours cherché à s'opposer aux tentatives des investisseurs d'importer des dispositions de procédure et de fond par le biais des clauses NPF dans ses traités de base, et que, dans le cadre de sa pratique des traités à partir du début des années 2000, elle avait décidé, pour cette raison, d'exclure explicitement les modalités de règlement des différends du champ d'application des clauses NPF au sein de ses nouveaux traités.

16. Plusieurs experts des traités représentant les États membres de l'UE indiquent que les pratiques de leurs juridictions sont alignées sur celles de l'UE, à savoir : une clarification qui exclut explicitement les modalités de règlement des différends du champ d'application de la clause NPF. Quelques délégués font également remarquer que leurs juridictions respectives ont introduit d'autres exceptions au champ d'application des clauses NPF dans leurs traités les plus récents, notamment par rapport aux définitions des traités et aux dispositions de fond. Un expert des traités confirme que la pratique actuelle et à venir de l'UE vise à lutter contre la pratique du « treaty shopping » et les demandes des investisseurs qui cherchent à importer des dispositions de fond et de procédure sur la base de traités dits de première génération qui ne prévoient pas de clarification explicite du champ d'application de la clause NPF.

17. Dans le même ordre d'idées, un délégué indique que le nouveau modèle d'accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers de sa juridiction exclut à la fois les procédures de règlement des différends et les normes de fond relatives à la protection, en précisant que le traitement NPF ne vise pas les normes ou dispositions des traités. Le délégué cite des exemples récents de mise en œuvre de cette approche dans la pratique des traités de sa

juridiction. Les délégués de nombreuses juridictions ont invité le Secrétariat à prendre en compte ces innovations et caractéristiques des clauses NPF dans le cadre du Projet sur l'Axe 2.

18. Un délégué d'une autre juridiction fait observer que la pratique suivie auparavant dans sa juridiction a considérablement évolué au fil du temps, en accord avec l'évolution de la jurisprudence, et que si certains de ses traités antérieurs incluent des modalités de règlement des différends dans le champ d'application des clauses NPF (le résultat de négociations au cas par cas avec les partenaires du traité)⁴, la pratique actuelle exclut de telles modalités du champ d'application de la clause NPF. Le délégué mentionne également que ce changement vise à apporter davantage de clarté dans la pratique des traités de son pays. À cet égard, un autre délégué relève que même si le modèle de TBI de sa juridiction inclut explicitement les modalités de règlement des différends dans le champ d'application de sa clause NPF, le pays n'a conclu aucun traité sur la base de ce modèle et n'y a plus recours.

19. D'autres experts des traités évoquent également l'évolution de la pratique des traités de leur juridictions, qui n'inclut aucune disposition NPF dans les traités nouvellement conclus.

20. Un nombre significatif de délégués reconnaît néanmoins que si la nouvelle pratique consistant à exclure les modalités de règlement des différends du champ d'application de la clause NPF figure dans les traités les plus récents de leurs juridictions (et pour certaines d'entre elles, comme noté par un délégué, dans leurs modèles de TBI), cette formulation explicite n'a pas été incluse dans la vaste majorité de leurs traités antérieurs.

21. Un nombre important de délégués indiquent également qu'ils considèrent la formulation qui exclut explicitement les modalités de règlement des différends du champ d'application de la clause NPF comme une simple clarification de la formulation de leurs traités existants et confirment que les clauses NPF non clarifiées dans les traités dits de première génération de leurs juridictions ne devraient pas être interprétées comme incluant les modalités de règlement des différends dans le champ d'application de la clause NPF. À cet égard, plusieurs délégués expliquent par ailleurs que leurs juridictions n'ont pas insisté sur l'ajout systématique d'un tel libellé explicatif dans tous leurs nouveaux traités, estimant que les formulations des traités antérieurs concernant le traitement NPF – même lorsque les modalités de règlement des différends ne sont pas explicitement exclues de son champ d'application – étaient suffisamment claires.

4. Formulations des clauses NPF en lien avec les modalités de règlement des différends

22. Le Secrétariat fait la synthèse des résultats empiriques de la note concernant les formulations spécifiques de clauses NPF qui excluent explicitement les modalités de règlement des différends de leur champ d'application et les variations linguistiques observées en détail. Le Secrétariat indique que l'objectif de l'analyse était de déconstruire les clauses NPF qui excluent explicitement les modalités de règlement des différends de leur champ d'application afin d'identifier les éléments constitutifs qui pourraient être pertinents dans le contexte d'une modernisation.

23. L'analyse du Secrétariat montre qu'il existe une approche unique de l'exclusion des modalités de règlement des différends du champ d'application de la clause NPF, avec des variations linguistiques. Au total, 180 traités de l'échantillon analysé contiennent des clauses NPF qui excluent explicitement les modalités de règlement des différends de leur champ

⁴ Voir la note d'information du Secrétariat de l'OCDE (2022), [*L'interaction entre les clauses de la nation la plus favorisée et les modalités de règlement des différends dans les traités d'investissement*](#).

d'application. La terminologie des traités à cet égard se compose de trois éléments principaux : (i) la définition des types de modalités de règlement des différends qui sont exclues ; (ii) l'identification de la formulation qui exclut les modalités de règlement des différends du champ d'application de la clause NPF ; et (iii) les délimitations de l'exclusion elle-même.

24. Les variations linguistiques qui découlent de ces éléments – bien que nombreuses – sont relativement mineures et ne sont pas susceptibles de mener à des résultats significativement différents, sauf éventuellement concernant les délimitations de l'objet de l'exclusion (le type de modalités de règlement des différends, voir (i) au paragraphe 23 ci-avant). Sur les 180 accords qui excluent explicitement les modalités de règlement des différends du champ d'application des clauses NPF, 22 variations linguistiques différentes ont été identifiées définissant le *type de traité* à partir duquel les modalités de règlement des différends ne peuvent être importées, ainsi qu'un total de 33 descriptions de *modalités de règlement des différends* qui ne peuvent être importées par le biais de la clause NPF, et 36 formulations différentes présentant l'exclusion comme une « *clarification* » de l'intention d'exclure les modalités de règlement des différends du champ d'application des clauses NPF.⁵

25. Le recours à une approche unique dans l'ensemble de l'échantillon afin de clarifier le champ d'application de la clause NPF par rapport aux modalités de règlement des différends – nonobstant les variations linguistiques – est un point de départ utile si les juridictions décident d'adjoindre a posteriori une exclusion explicite des modalités de règlement des différends dans les clauses NPF de la grande majorité de leurs traités antérieurs qui eux ne clarifient pas l'interaction entre la clause NPF et les modalités de règlement des différends.

26. Plusieurs experts font référence à l'utilisation de formulations spécifiques dans les clauses NPF excluant les modalités de règlement des différends de leur champ d'application, en mentionnant explicitement le fait qu'il s'agit d'une clarification d'une pratique existante en matière de traités (par exemple, « *pour plus de certitude...* ») concernant les traités dits de première génération.

27. Par ailleurs, les experts des traités échangent sur l'*emplacement* de ces exclusions dans le texte des traités, par exemple dans des paragraphes spécifiques ou des notes de bas de page des clauses NPF, ainsi que la formulation se rapportant à l'objet exclu (par exemple, « *mécanismes* », « *procédures* », etc.). À cet égard, de nombreux délégués soulignent que leurs juridictions respectives ont fait preuve de flexibilité s'agissant de la formulation et l'emplacement de l'exclusion, tant qu'une clarification explicite sur l'interaction entre les clauses NPF et les modalités de règlement des différends est incluse dans le texte du traité, confirmant ainsi que les variations linguistiques dans les formulations permettent toutes d'atteindre le même objectif.

5. Conclusions préliminaires et incidences de l'évolution de la pratique des traités concernant l'interaction entre les clauses NPF et les modalités de règlement des différends, et bien-fondé et perspectives offertes par la modification des clauses NPF non clarifiées

28. Le document d'information du Secrétariat et les débats menés lors de la réunion confirment que si la quasi-totalité des traités conclus ces dernières années excluent explicitement les modalités de règlement des différends du champ d'application de la clause NPF ou n'incluent aucune clause de ce type dans le champ d'application des garanties post-établissement des traités, un grand nombre de traités antérieurs en vigueur ne présentent pas cette caractéristique.

⁵ Voir la note d'information du Secrétariat de l'OCDE (2022), [*L'interaction entre les clauses de la nation la plus favorisée et les modalités de règlement des différends dans les traités d'investissement*](#).

Lors de la séance de clôture de la réunion, les délégués débattent de certaines incidences de cette évolution de la pratique au sein des traités.

29. Un certain nombre de délégués prennent la parole. Tout d'abord, ils conviennent que l'exclusion explicite des mécanismes de règlement des différends du champ d'application des clauses NPF (ou la non-inclusion des clauses NPF dans les traités) reflète les pratiques actuelles et futures de leurs juridictions en matière de traités. Deuxièmement, tous les délégués s'accordent à penser que les clauses qui excluent explicitement les modalités de règlement des différends du champ d'application de la clause NPF sont similaires sur le fond et sur la forme, malgré les différences de formulation observées. Troisièmement, la grande majorité de ces délégués reconnaît également qu'il pourrait être judicieux de mettre les traités dits de première génération en conformité avec les approches et modèles employés systématiquement dans les traités dits de nouvelle génération, afin d'éviter toute ambiguïté durable par rapport aux traités plus anciens. Plusieurs délégués font remarquer que l'accord sur ces points crée un terrain fertile pour une réforme des traités existants.

30. Concernant la manière dont un tel ajustement pourrait être réalisé, une réponse plurilatérale est considérée par un certain nombre de juridictions – sans pour autant préjuger des discussions à venir ou s'engager sur une quelconque solution à ce stade – comme une voie favorable et appropriée pour concrétiser un objectif partagé (à savoir, garantir davantage de clarté dans les traités de la génération dits de première génération) et confirmer la convergence vers une ou plusieurs approches communes. Les délégués mentionnent que la possibilité de recourir notamment à une déclaration contraignante, une convention ou une interprétation conjointe uniforme pourrait être étudiée, mais que cette question nécessite un examen approfondi.

31. En conséquence, les délégués demandent au Secrétariat d'envisager de prendre des dispositions sur cette question particulière en 2023 et 2024, au-delà des débats prévus sur les dispositions de fond. Les délégués invitent également le Secrétariat à préparer des informations sur d'autres exclusions explicites du champ d'application des clauses NPF, y compris concernant les dispositions de fond, pour discussion dans le cadre du programme de travail de l'Axe 2. La Présidente clôt la réunion en proposant que la prochaine réunion au titre de l'Axe 2 des travaux sur l'*Avenir des traités d'investissement* soit consacrée aux clauses relatives au traitement juste et équitable.

