

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



Réflexions concernant les solutions permettant d'améliorer les résultats des formulations des clauses de traitement « juste et équitable » dans les traités d'investissement

Note de recherche du secrétariat de l'OCDE  
27 June 2023

---

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 a été élaboré pour soutenir la réunion sous l'Axe 2 qui s'est tenu le 27 juin 2023 et a été initialement distribué sous la cote DAF/INV/TR2/WD(2023)2. 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](mailto: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>.

## Table des matières

Contexte, objectif et structure de la note.....	3
1. La transition des modèles plus anciens aux modèles plus récents : considérations, options et limites.....	4
2. Questions proposées pour la discussion .....	6

### Contexte, objectif et structure de la note

1. Les discussions de l’Axe 2 qui se sont tenues le 12 avril 2023 dans le cadre des travaux portant sur l’Avenir des traités d’investissement ont porté sur l’évolution des clauses de traitement « juste et équitable » (TJE) dans les juridictions participantes. Une note du Secrétariat documente les approches plus anciennes et plus récentes de la formulation des clauses associées au TJE et décrit : comment plusieurs approches plus anciennes de formulation de la clause ont été progressivement abandonnées, comment de nouvelles formulations textuelles ont émergé et dominent maintenant la formulation des clauses TJE dans les traités plus récents, et comment plusieurs approches sont utilisées et coexistent dans la pratique actuelle des traités.

2. Au cours de cette réunion, un certain nombre de participants ont suggéré que des discussions initiales soient organisées afin d’examiner les possibilités de transition<sup>1</sup> des traités dont la formulation ne correspond plus aux pratiques actuelles vers des formulations et des approches plus récentes en matière de TJE. Cette réflexion exploratoire a été suggérée pour tester des réflexions plus générales concernant des efforts plus larges pour mettre en œuvre une transition en ce qui concerne des dispositions de traités supplémentaires et distinctes. La présente note vise à appuyer une discussion exploratoire sur cette question lors de la réunion du 27 juin 2023.

3. La présente note ne soulève intentionnellement que la structure des questions. Elle n’est pas exhaustive et n’aborde notamment pas le cadre juridique, le poids ou l’effet contraignant de certaines approches. Elle ne traite pas non plus des options de fond spécifiques des clauses TJE, car les questions et considérations exposées ci-dessous pourraient également être déployées pour une réflexion sur des travaux futurs portant sur les clauses d’expropriation indirecte et les clauses de la nation la plus favorisée en ce qui concerne les modalités de règlement des différends, entre autres. Une version révisée de la présente note pourrait aborder ces questions si cela est jugé utile. Des questions qui sont proposées pour la discussion se trouvent dans la section 2 de la présente note.

---

<sup>1</sup> Le terme « transition » est employé dans le cadre de cette note comme un terme général englobant tout type d’intervention qui vise à aligner des formulations plus anciennes des clauses de traités sur des approches actuelles, ou à améliorer les résultats de certaines clauses des traités par d’autres moyens. Une « transition » pourrait par exemple être réalisée par le biais d’un instrument d’interprétation ou d’un amendement du texte d’un traité.

## 1. La transition des modèles plus anciens aux modèles plus récents : considérations, options et limites

4. Environ 1 600 traités d'investissement conclus par les juridictions participant aux travaux de l'Axe 2 contiennent des modèles de clauses TJE qui ne sont plus utilisés dans la pratique actuelle des traités. De nombreuses juridictions qui participent dans ces travaux comptent des dizaines de traités de ce type dans leurs échantillons, et certaines juridictions disposent de traités affichant diverses approches d'ancienne génération.

5. Le droit des traités offre aux États parties plusieurs moyens de clarifier ou d'ajuster les accords conclus entre eux. Il s'agit par exemple d'amendements, d'interprétations conjointes et de déclarations unilatérales, entre autres.<sup>2</sup> Lorsqu'un gouvernement envisage une action en rapport avec un ou plusieurs de ses traités, il pourra tenir compte de plusieurs aspects juridiques et pratiques, notamment :

- Est-ce qu'un moyen ou outil donné est **pertinent** passer d'un point de départ donné à un point d'arrivée donné ?
- Quelle est l'**efficacité** d'une solution pour atteindre le résultat souhaité ?
- Dans quelle mesure une approche donnée est-elle **onéreuse** en termes de procédures internationales et nationales ?
- Les mêmes moyens peuvent-ils être utilisés pour **plusieurs traités**, y compris si le point de départ ou le résultat souhaité de ces traités sont différents ?
- La solution peut-elle être appliquée de manière **plurilatérale** ?
- Est-ce que certaines solutions peuvent être appliquées de manière **échelonnée** afin d'obtenir un résultat intermédiaire ?
- D'**autres processus**, en particulier les travaux entrepris au sein du Groupe de travail III de la CNUDCI, pourraient-ils permettre de mettre en œuvre une ou plusieurs solutions ?

6. Les réponses à ces questions déterminent quel instrument de droit international peut être approprié, efficace et efficient en vue de réaliser la transition souhaitée entre le point de départ des clauses TJE dans un ou plusieurs traités plus anciens et un ou plusieurs points d'arrivée souhaités.

7. La **pertinence** d'un moyen ou outil se réfère à la possibilité pour un instrument juridique donné d'effectuer une transition d'une expression d'« ancienne génération » à une approche « désormais privilégiée ». Par exemple, une interprétation conjointe ou multilatérale ou des accords d'interprétation entre les parties à un traité peuvent se prêter à la clarification d'un texte ambigu lorsque l'interprétation est compatible avec le sens ordinaire du texte du traité qui est interprété.<sup>3</sup> Cet outil peut ne pas convenir lorsque l'approche « désormais privilégiée » est textuellement incompatible avec la formulation actuelle du traité, entre autres (par exemple, une clause TJE non spécifiée peut difficilement être interprétée comme correspondant à une liste exhaustive d'éléments qui spécifie le champ d'application de l'obligation d'accorder un TJE). Les

---

<sup>2</sup> Cf. Gordon, K. et J. Pohl (2015), "*Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World*", *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2015/02, <https://doi.org/10.1787/5js7rhd8sq7h-en>.

<sup>3</sup> Pour des plus amples informations sur les interprétations conjointes cf. Gaukrodger, D. (2016), "*The legal framework applicable to joint interpretive agreements of investment treaties*", *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2016/01, <https://doi.org/10.1787/5jm3xgt6f29w-en>.

amendements au traité sont probablement appropriés pour mettre en œuvre les transitions qui ne peuvent pas être réalisées par des moyens interprétatifs.

8. L'**efficacité**, au sens du terme utilisé ici, décrit le degré auquel un moyen donné permet d'obtenir avec certitude le résultat souhaité. Différents instruments juridiques ont des effets différents quant à l'interprétation des traités : certains instruments peuvent être contraignants pour les interprètes des traités, tandis que d'autres doivent (seulement) être pris en compte (et ce parmi d'autres éléments qui soutiennent une interprétation donnée).

9. Différents instruments juridiques requièrent différentes procédures juridiques nationales pour donner effet à l'intervention. Certaines procédures peuvent être plus **onéreuses**, prendre plus de temps et présenter des incertitudes quant à leur succès, par exemple lorsque la ratification ou l'approbation parlementaire de l'intervention par les parties est requise pour que l'intervention prenne effet. Ces coûts jouent un rôle en particulier si une intervention doit être effectuée dans de nombreux traités individuels.

10. Comme l'a démontré l'étude de la pratique des traités relative aux clauses FET, la clause a été formulée différemment au fil du temps. Les échantillons de traités de plusieurs pays reflètent différentes approches quant à la formulation de la clause. En outre, les juridictions individuelles sont susceptibles de vouloir mettre en œuvre des approches différentes pour les traités individuels dans leurs ensembles – par exemple pour tenir compte des préférences différentes de leurs contreparties respectives. Ces choix et contraintes se réfèrent à l'utilisation d'un instrument donné pour une modification de **plusieurs traités** par une juridiction donnée, ce qui peut être une option souhaitable pour faciliter ou accélérer les procédures nationales. Les instruments individuels peuvent être plus ou moins polyvalents pour répondre à cet aspect.

11. Étant donné qu'environ 1 600 traités conclus par les participants à l'Axe 2 comportent des modèles qui ne sont plus utilisés, une **solution plurilatérale** pourrait présenter des avantages pour assurer une transition plus efficace. Là encore, il convient de gérer les différents points de départ et d'arrivée. Différents instruments de droit international peuvent être plus ou moins adaptés et économiques pour réaliser une transition pour un plus grand nombre de traités dans une constellation plurilatérale.

12. En outre, il peut être souhaitable de procéder à une transition par **étapes et de manière échelonnée**, en procédant à une démarche préliminaire mais potentiellement partielle, tandis qu'une intervention ultérieure, par exemple une intervention plus complète ou contraignante sur les utilisateurs de traités, prend plus de temps et est effectué plus tard et séparément. Il peut donc être souhaitable que la transition d'un ou de plusieurs traités se fasse par étapes. Une telle intervention séquencée peut faire appel à différents instruments de droit international qui seraient utilisés cumulativement plutôt que de manière alternative.

13. Enfin, des travaux sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États sont actuellement menés au sein du groupe de travail III de la CNUDCI. Ces travaux sont complémentaires aux travaux menés sous l'égide de l'OCDE dans le cadre de l'Axe 2. Les considérations du Groupe de travail III de la CNUDCI sur la mise en œuvre des modifications des accords de règlement des différends peuvent fournir **un outil** qui permettrait d'appliquer également les ajustements des dispositions de fond dans le cadre du même processus. L'utilisation du même cadre procédural pour les ajustements procéduraux et de fond peut apporter des gains d'efficacité considérables, à condition qu'un cadre soit conçu pour permettre ces ajustements dans les deux domaines.

## 2. Questions proposées pour la discussion

14. Les participants aux travaux de l’Axe 2 pourrait considérer les aspects suivants sur la manière dont les réflexions sur la transition entre les formulations plus anciennes et les formulations actuelles pourraient être avancées :

- Les questions exposées dans la section 1. de cette note reflètent-elles les aspects pertinents qui devraient être pris en compte pour mettre en œuvre une transition entre les formulations anciennes et actuelles spécifiquement pour les clauses TJE dans les traités d’investissement ?
- Les réflexions doivent-elles se poursuivre dans un premier temps sur une clause spécifique du traité – telle que la clause TJE – ou doivent-elles être élargies à d’autres clauses ?
- Comment organiser le travail pour faire avancer ces réflexions ? Plus précisément, des notes de recherche sur des instruments juridiques particuliers, des interventions d’experts ou d’autres contributions seraient-elles utiles aux réflexions des juridictions participantes ?

