

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



## Orientations pour les travaux de l'Axe 2 du programme de travail portant sur l'Avenir des traités d'investissement Priorités, délimitation et séquencage des travaux à venir

Note de recherche du secrétariat de l'OCDE  
7 novembre 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 7 novembre 2023 et a été initialement distribué sous la cote DAF/INV/TR2/WD(2023)3/REV1. Les travaux sont documentés sur la page <https://oe.cd/laji> (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

<b>Contexte, objet et structure de la présente note.....</b>	<b>3</b>
<b>1. Approche générale.....</b>	<b>4</b>
<b>2. Priorités à court terme .....</b>	<b>4</b>

### Contexte, objet et structure de la présente note

1. Le programme de travail de l'OCDE portant sur l'Avenir des traités d'investissement a été lancé lors de la 6<sup>e</sup> Conférence annuelle sur les traités d'investissement, qui s'est déroulée les 29 et 30 mars 2021. Ce projet s'articule autour de deux Axes et son programme de travail initial s'étendait jusqu'à la fin de 2023.

2. Dans le cadre de l'Axe 1, les différents participants, gouvernementaux et non-gouvernementaux, ont lancé le premier grand effort multilatéral soutenu visant à envisager des politiques climatiques pour les traités d'investissement, en réponse aux demandes croissantes de prendre des mesures sur les impacts climatiques du régime des traités d'investissement. Les travaux de l'Axe 1 se focalisent sur l'alignement des traités d'investissement sur l'Accord de Paris et les objectifs de neutralité en gaz à effet de serre.

3. L'Axe 2 examine l'opportunité et la manière d'apporter d'éventuelles modifications aux dispositions de fond d'un grand nombre de traités, principalement de génération plus ancienne, afin de mieux les aligner sur les formulations et perspectives actuelles. Dans le cadre du programme de travail dont la durée s'étendait initialement jusqu'à la fin de 2023, les travaux prévus au titre de l'Axe 2 devaient porter sur trois dispositions de fond : l'expropriation indirecte, le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) en ce qui concerne les modalités de règlement des différends, et le traitement juste et équitable (TJE). Ces clauses ont été identifiées au début du programme de travail parce qu'elles jouent un rôle important dans les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, qu'elles sont souvent interprétées d'une manière qui ne reflète pas les intentions des juridictions, et que la pratique des traités concernant ces trois clauses a largement évolué vers de nouvelles conceptions dans de nombreuses juridictions. Ces conditions ont été jugées propices à la conclusion d'un accord potentiel sur le fond de toute intervention dans les traités existants.

4. Les cinq cycles de discussions qui ont eu lieu entre octobre 2021 et juin 2023 ont mis en évidence un intérêt considérable pour les travaux menés au titre de l'Axe 2, pour leur poursuite au-delà de 2023, en particulier pour un approfondissement des réflexions sur les dispositions des traités initialement examinées, et pour un élargissement des travaux sur le plan thématique. Ce dernier point concerne à la fois l'élargissement du champ des discussions à d'autres dispositions de fond des traités et une réflexion sur les approches opérationnelles qui permettraient de mettre en œuvre de manière efficace et efficiente tout ajustement souhaitable d'un nombre potentiellement élevé de traités.

5. La durée initiale du programme de travail touche à sa fin et les juridictions participantes se sont penchées, lors de la réunion du 27 juin 2023, sur la manière dont il convient de poursuivre, de délimiter, de séquencer et de classer par ordre de priorité les travaux menés au titre de l'Axe 2. Cet examen s'est fondé sur une note du Secrétariat qui s'appuyait sur les manifestations d'intérêt exprimées par les participants lors de précédentes réunions sur l'Axe 2. Le présent document synthétise l'accord auquel sont parvenus les participants à l'Axe 2 lors de la réunion du 27 juin 2023 concernant le

classement par ordre de priorité, la délimitation et le séquençage des travaux à venir. Le programme de travail présenté dans cette note définit les domaines de travail prévus pour les deux prochaines années ; les participants à l’Axe 2 peuvent toutefois décider d’y apporter des ajustements si les priorités évoluent ou si des occasions favorables se présentent.

## 1. Approche générale

6. Au cours de leur examen des priorités des travaux qui seront menés au titre de l’Axe 2 à l’avenir, les participants ont exprimé leur intérêt pour la poursuite de ceux-ci selon plusieurs Axes :

- Certaines délégations ont estimé qu’il était important de consolider les conclusions des discussions sur les clauses de fond ayant déjà fait l’objet d’un examen — expropriation indirecte, NPF en ce qui concerne les modalités de règlement des différends et TJE — et de faire progresser la réflexion sur la façon dont les juridictions intéressées pourraient traduire ces conclusions en mesures concrètes afin de faire évoluer des traités ou groupes de traités vers de nouveaux modèles ;<sup>1</sup> certaines délégations ont exprimé le souhait que les travaux portant sur certaines clauses hautement prioritaires progressent de manière accélérée et ont proposé d’appliquer cette approche, à titre d’essai, à la clause TJE (en raison de son importance) ou aux clauses relatives à l’expropriation indirecte ou à la NPF (en raison du consensus plus large qui semble se dégager quant au contenu qu’il est souhaitable de leur donner).
- Certains délégués ont estimé que toutes les clauses de fond des traités d’investissement devraient, en définitive, être examinées au titre de l’Axe 2 et que les travaux ne devraient pas se limiter aux clauses pour lesquelles il existe déjà un quasi-accord implicite quant aux nouvelles approches à adopter. Parmi celles-ci, certaines clauses ont été mentionnées plus fréquemment, telles que celles relatives à la NPF au-delà de leur interaction avec les modalités de règlement des différends ; les clauses relatives à la « protection et à la sécurité intégrales » ; ainsi que les clauses d’exception générales et les instruments visant à garantir le droit de réglementer des économies d’accueil liées par un traité.

7. Les délégués considèrent que ces approches sont complémentaires. Elles sont le reflet de priorités différentes, compte tenu des contraintes de temps et de capacités, tant au niveau des juridictions participantes que du Secrétariat, ainsi que des calendriers implicites différents pour la réalisation des travaux envisagés au titre de l’Axe 2.

## 2. Priorités à court terme

8. **Approfondir la réflexion sur les trois clauses initiales.** Lors de précédentes réunions, les délégués ont exprimé leur intérêt pour un approfondissement de la réflexion sur les trois clauses de fond initialement incluses dans le périmètre des travaux menés au titre de l’Axe 2. La compréhension des évolutions et de leurs répercussions

---

<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.

potentielles s'est certes affinée, mais des travaux supplémentaires sont néanmoins nécessaires pour étudier le degré de distance ou de proximité entre les approches actuellement suivies en matière de conception et de résultats, pour déterminer si les différences qui subsistent peuvent être surmontées ou si ces approches doivent être considérées comme des solutions parallèles, et pour régler les nombreux points de détail des différentes formulations. Ces travaux sont une condition préalable à toute avancée significative permettant de faire évoluer des traités ou groupes de traités anciens vers de nouveaux modèles, si tant est que des juridictions souhaitent s'engager dans cette voie.

9. Les travaux menés dans ce domaine permettraient de consolider les progrès accomplis au cours des deux premières années des travaux sur l'Axe 2 en ce qui concerne ces trois clauses spécifiques. Ils permettraient par ailleurs d'apporter des éclairages d'ordre méthodologique quant à la manière dont il conviendrait de traiter les clauses n'ayant pas encore été couvertes à ce jour.

10. **Élaborer des moyens pratiques pour assurer la transition.** Les délégués ont également souligné qu'il était nécessaire, dans le cadre de la consolidation des progrès accomplis concernant les trois clauses initiales, d'envisager les moyens pratiques d'assurer une transition. De fait, l'Axe 2 a été conçu dès le départ comme un moyen pour les juridictions intéressées d'aborder leurs nombreux traités de génération plus ancienne comportant des modèles obsolètes de clauses de fond, les juridictions estimant qu'il serait préférable que ces traités soient davantage calqués sur des modèles correspondant aux pratiques actuelles.

11. Dans ce domaine, des premiers échanges ont eu lieu en juin 2023 en ce qui concerne la clause, et d'autres devraient suivre en novembre 2023. Ces travaux portent sur les instruments juridiques permettant d'assurer une transition ainsi que les premiers éléments de réflexion qui devraient être pris en compte afin d'opérer un choix entre ces instruments dans un cas de figure donné. Bien qu'ils portent, pour l'heure, spécifiquement sur les clauses TJE, ces éclairages peuvent probablement être transposés à d'autres clauses.

12. **Élargissement prudent du champ des clauses à l'étude.** Le mécontentement suscité par les modèles anciens des traités d'investissement s'étend au-delà des trois clauses envisagées initialement, et il existe un large consensus sur l'opportunité d'aborder d'autres dispositions de fond dans le cadre de l'Axe 2. En revanche, les avis divergent davantage quant à la manière de séquencer cet élargissement thématique et aux clauses à traiter en priorité.

13. Les contraintes de capacités empêchent un élargissement immédiat et considérable, sur le fond, du champ des discussions au titre de l'Axe 2, en particulier si les réflexions portant sur les trois clauses initiales et l'élaboration des moyens pratiques d'assurer les transitions doivent, elles aussi, progresser en parallèle. Quelques domaines dans lesquels un élargissement thématique pourrait néanmoins être envisagé ont été mentionnés explicitement. Il s'agit notamment de la clause NPF en général, de la clause de « protection et sécurité pleine et entière » et des règles relatives aux exceptions générales et au droit de réglementer — domaines qui ont joué un rôle considérable dans les différends, à l'instar des autres clauses qui avaient été identifiées précédemment. Il semble possible de mener des travaux dans ces domaines à court terme.

14. Lors des discussions 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, les participants ont suggéré que les clauses NPF soulèvent des aspects plus larges que ceux exclusivement liés à leur interaction avec les modalités de règlement des différends. Ces questions concernent en particulier l'interprétation de la notion de « traitement » et la question de savoir si le simple fait qu'un traité avec un pays tiers comporte une norme de protection de niveau plus élevée constitue en soi un « traitement » qui pourrait être intégré au traité de base au moyen d'une clause NPF.

Certains tribunaux arbitraux ont autorisé les investisseurs à importer des dispositions d'un ou de plusieurs traités tiers conclus par l'État défendeur, une pratique parfois reprise sous l'expression *cherry picking* ou *treaty shopping*.<sup>2</sup> Seuls quelques traités récents contiennent des clarifications explicites qui visent à empêcher une telle interprétation<sup>3</sup> et les intentions des Parties pourraient être précisées au moyen de formulations explicites. L'examen de cette question pourrait se fonder sur la pratique récente en matière de traités et sur des informations empiriques concernant l'intention des administrations, en se fondant principalement sur les soumissions des parties dans le cadre de litiges. Cela fournirait des informations sur le degré d'accord en la matière et sur les solutions textuelles qui pourraient apporter une certaine clarté.

15. Séparément, la plupart des traités d'investissement comportent une obligation d'accorder une « **protection et sécurité pleine et entière** » aux investisseurs de l'autre partie. Cette clause est parfois interprétée de manière à couvrir également ce que l'on appelle la protection « juridique » (par exemple, l'accès à un recours judiciaire effectif), en plus d'une protection « physique ». De nombreux traités récents contiennent des précisions spécifiques qui (1) limitent les obligations prévues par la clause à la norme minimale internationale de traitement en droit international coutumier et/ou (2) précisent que la protection et la sécurité ne s'appliquent qu'à une protection physique. Certains traités récents excluent explicitement la protection et la sécurité pleine et entière du champ d'application des obligations du traité. Il pourrait être souhaitable de clarifier la notion et les obligations prévues par ces clauses dans les traités qui ne contiennent pas actuellement de telles clarifications explicites, ce qui pourrait être envisagé dans le cadre de l'Axe 2 si les juridictions participantes se montraient intéressées.

16. Enfin, *les exceptions générales et le droit de réglementer* sont un autre domaine explicitement retenu dans le cadre des discussions sur l'Axe 2. À la différence d'autres sujets actuellement couverts par les travaux menés au titre de l'Axe 2, le droit de réglementer n'est pas directement associé à une clause conventionnelle traditionnelle, tandis que les clauses d'exception générales ne sont que l'un des instruments qui peuvent permettre de préserver le droit des États parties de réglementer. Dans ces circonstances, il semble difficile d'aborder le sujet selon les mêmes modalités que celles qui ont été appliquées dans le cas des clauses plus traditionnelles telles que le TJE, l'expropriation (indirecte) et la NPF. Une analyse du niveau actuel d'entente en la matière devrait donc être précédée par l'élaboration d'un document exploratoire exposant l'interaction entre les clauses d'exception générales, les autres clauses et le droit de réglementer.

---

<sup>2</sup> Voir OCDE (2018), [Treaty shopping and tools for reform. Conference agenda and background material](#), p. 9-11 (analyse de la recherche de la convention la plus avantageuse dans le cadre du règlement des différends à travers les clauses NPF).

<sup>3</sup> Voir par exemple [AECG](#), article 8.7, qui dispose ceci : « Les obligations de fond contenues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords commerciaux ne constituent pas en elles-mêmes un "traitement", et ne peuvent donc pas donner lieu à une violation du présent article, en l'absence de mesures adoptées ou maintenues par une Partie au titre de ces obligations. »

