

L'Avenir des traités d'investissement Axe 2

Synthèse des débats de la réunion
de l'Axe 2 du 13 avril 2022 dans le
cadre des travaux sur l'Avenir des
traités d'investissement

Note du Secrétariat

Cette note résume les discussions qui se sont tenues entre les experts en matière de traités lors de la réunion de l’Axe 2 du programme de travail sur l’*Avenir des traités d’investissement* qui a eu lieu le 13 avril 2022 dans un format virtuel.

Table des matières

1. À propos du document	3
2. Logique sous-tendant les débats menés au titre de l’Axe 2 et grandes lignes des discussions de la réunion au titre de l’Axe 2 du 13 avril 2022.....	4
3. L’interaction entre les clauses relatives à l’« expropriation indirecte » et le droit des pouvoirs publics de réglementer dans l’intérêt général.....	5
4. Approches actuellement suivies pour traiter de l’« expropriation indirecte » dans les traités d’investissement.....	10
5. Conclusions préliminaires sur les résultats et les conséquences de l’évolution de la pratique des traités concernant l’« expropriation indirecte », ainsi que sur les avantages et les perspectives offerts par la modification des accords comportant des clauses relatives à l’« expropriation indirecte » imprécises.....	12

1. 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 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 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 recentrer leurs débats sur les 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 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 et le changement climatique.
- L'Axe 2 est une initiative menée par les administrations visant à réfléchir, entre pairs du monde entier, sur les possibilités d'ajustement des traités et leur opportunité, 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 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 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 a été 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://oe.cd/foit>). Une deuxième réunion sur les travaux menés au titre de l'Axe 1 et de l'Axe 2 s'est tenue les 12 et 13 avril 2022. Les prochaines réunions devraient en principe avoir lieu les 29 et 30 novembre 2022 ainsi qu'en avril et en novembre 2023.

5. Ce document reprend les principaux éléments des débats de la réunion au titre de l'Axe 2, qui s'est tenue le 13 avril 2022. Ce compte rendu a été rédigé par le Secrétariat ; les administrations participantes ont eu la possibilité d'en commenter la première version. Sa présentation reprend la structure des débats indiquée ci-dessous. Il intègre certains éclairages et données tirés d'une note de recherche du Secrétariat (*La notion d'« expropriation indirecte » dans les traités d'investissement conclus par 88 juridictions*, [DAF/INV/TR2/WD\(2021\)2](https://oe.cd/foit), disponible publiquement sous <https://oe.cd/T2-ie>), 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 administrations ni celui de l'OCDE.

2. Logique sous-tendant les débats menés au titre de l’Axe 2 et grandes lignes des discussions de la réunion au titre de l’Axe 2 du 13 avril 2022

6. La réunion débute par un exposé succinct de la logique qui sous-tend les travaux menés au titre de l’Axe 2, présenté par la Présidente, qui ouvre la réunion en souhaitant la bienvenue à l’ensemble des participants, plus particulièrement aux juridictions non membres de l’OCDE qui ont accepté l’invitation de l’Organisation à participer au Projet sur l’Axe 2. Le Président indique que la réunion intervient à point nommé, puisque nombre d’administrations sont actuellement engagées dans des débats de fond essentiels, notamment sur la nécessité de légiférer dans des domaines importants tels que la santé publique et le changement climatique.

7. Le Secrétariat de l’OCDE rappelle ensuite le contexte dans lequel s’inscrit le programme de travail de l’Axe 2 : il souligne que les traités d’investissement sont une composante essentielle des politiques de l’investissement menées par de nombreux pays depuis un demi-siècle. Plus récemment, certaines juridictions se sont cependant interrogées sur la conception des traités anciens et de certaines clauses qu’ils contiennent, ainsi que sur l’interprétation et l’utilisation qui en sont faites, et sur le lien entre ces traités et la marge d’action ainsi que le droit de réglementer des pouvoirs publics. Des réflexions sont en cours sur la manière dont les traités d’investissement peuvent être utilisés pour relever des défis tels que le changement climatique et la santé publique.

8. La Présidente rappelle que la réunion poursuit plusieurs objectifs :

- Se pencher de plus près sur certaines questions de fond soulevées lors de la réunion au titre de l’Axe 2 portant sur l’« expropriation indirecte », qui s’est tenue les 28 et 29 octobre 2021, que plusieurs délégués ont déclaré souhaiter approfondir¹. Il s’agit des interactions entre les clauses relatives à l’« expropriation indirecte » et le droit des pouvoirs publics de réglementer dans l’intérêt général. Pour étayer et enrichir les débats, des experts de l’investissement international et du droit international ont été invités à intervenir lors d’une session consacrée spécifiquement aux acteurs non gouvernementaux afin de mettre en lumière ces interactions et d’examiner différents aspects de la notion l’« expropriation indirecte », notamment en ce qui concerne la distinction entre expropriation indemnisable et exercice non indemnisable du droit des pouvoirs publics de réglementer. De fait, l’étude du Secrétariat confirme que les traités d’investissement plus anciens ne donnent généralement pas d’indications sur l’interprétation des clauses relatives à l’« expropriation indirecte » et sur la manière dont il convient de déterminer plus précisément les limites entre une expropriation et l’exercice par un État de son droit de réglementer.
- Examiner et confronter les expériences pratiques concernant les solutions adoptées actuellement pour traiter les clauses relatives à l’« expropriation indirecte » dans les traités d’investissement.

9. La réunion a pour objectif général de tirer des conclusions préliminaires sur les clauses relatives à l’« expropriation indirecte » et d’inviter les pouvoirs publics à formuler un avis sur les prochaines étapes potentielles du programme de travail de l’Axe 2, ainsi que sur les possibilités qui s’offrent à eux en matière d’action publique en 2022 et 2023.

¹ Le compte rendu de la réunion au titre de l’Axe 2 qui s’est tenue les 28 et 29 octobre 2021 figure dans le document [DAF/INV/TR2/WD\(2021\)3](#), également disponible publiquement sur la page suivante du site web de l’OCDE : <https://oe.cd/foit>.

3. L'interaction entre les clauses relatives à l'« expropriation indirecte » et le droit des pouvoirs publics de réglementer dans l'intérêt général

10. Pour situer le contexte, la Présidente rappelle que la note statistique rédigée par le Secrétariat et présentée lors de la réunion au titre de l'Axe 2 qui s'est tenue les 28 et 29 octobre 2021 indiquait que les traités plus récents, dont les clauses relatives à l'« expropriation indirecte » sont formulées de manière plus lisible, contiennent des références spécifiques à des mesures non discriminatoires prises de bonne foi pour réglementer dans l'intérêt général. Dans l'ensemble, ces clauses excluent ces mesures du champ de ce qui peut être considéré comme étant une « expropriation indirecte ». En outre, nombre de ces traités récents admettent des exceptions « dans de rares circonstances ». En réponse aux différents délégués qui, lors de la réunion inaugurale au titre de l'Axe 2, se sont déclarés intéressés par une analyse plus en détail de ces questions de fond, le Secrétariat a fait appel à trois experts, aux domaines de spécialité divers et issus de traditions juridiques différentes, pour aborder les aspects techniques de l'interaction entre le droit de réglementer et l'« expropriation indirecte ». Les intervenants partagent les conclusions de l'étude empirique du Secrétariat, à savoir que les dispositions relatives à l'expropriation figurant dans les traités d'investissement anciens se caractérisent par leur imprécision. Chacun d'entre eux présente des idées et des propositions sur la manière dont les États pourraient remédier à cette incertitude et à cette imprévisibilité en formulant avec plus de précision les clauses relatives à l'« expropriation indirecte » au regard de l'interaction entre les droits des investisseurs et le droit de réglementer. Les exposés des trois intervenants suscitent ensuite des débats de fond, entre les administrations, sur la question de l'interaction entre les clauses relatives à l'« expropriation indirecte » et le droit des pouvoirs publics de réglementer dans l'intérêt général.

11. Dans le premier exposé, le **Professeur Yannick Radi**² se penche spécifiquement sur la doctrine des pouvoirs de police (« police powers doctrine ») pour mettre en lumière les interactions entre l'« expropriation indirecte » et le droit de réglementer. L'une des questions centrales est de savoir dans quelle mesure et dans quelles circonstances les États peuvent adopter des mesures réglementaires prises de bonne foi (c'est-à-dire des mesures non discriminatoires prises dans le respect de la régularité de la procédure en vue de protéger l'intérêt général), exerçant, ce faisant, leur droit souverain de réglementer, sans qu'elles soient considérées comme une « expropriation indirecte » indemnisable.

12. Le Professeur Radi indique que cette question en soulève une autre : comment reconnaître les cas d'« expropriation indirecte » ? Dans leur interprétation et leur application des traités d'investissement, les États et les tribunaux arbitraux s'appuient de plus en plus sur la doctrine des pouvoirs de police, souvent opposée à la doctrine du seul effet (« sole effect doctrine »). Si la première considère l'objectif général d'une mesure pour déterminer si l'« expropriation indirecte » peut être établie, on peut affirmer de la seconde qu'elle se concentre sur l'effet de la mesure en question.

13. Le Professeur Radi expose les deux principales approches de la doctrine des pouvoirs de police suivies par la pratique de l'arbitrage et des traités. La première approche considère que les mesures réglementaires prises de bonne foi ne doivent jamais être

² Le Professeur Yannick Radi est actuellement professeur de droit international public à l'Université de Louvain, en Belgique, et professeur invité d'arbitrage international en matière d'investissement à l'École de droit de Sciences Po, à Paris. Ses domaines de recherche sont notamment l'arbitrage international, le droit international de l'investissement, le développement durable ainsi que les entreprises et les droits de la personne.

considérées comme expropriatoires, quelles que soient leurs répercussions sur les investisseurs. La seconde approche, nuancée, considère que les mesures réglementaires prises de bonne foi ne doivent pas être considérées comme expropriatoires, sauf si leurs répercussions sur l'investissement sont trop graves au regard de l'objectif qu'elles poursuivent. Il ajoute que les deux approches sont désormais considérées comme faisant partie du droit international coutumier dans la pratique arbitrale. À cet égard, il souligne les risques liés aux clauses d'« expropriation indirecte » qui renvoient vaguement au droit international coutumier sans autre précision : l'appréciation de leur contenu est alors laissée aux tribunaux arbitraux selon des modalités qui ne cadrent pas forcément avec l'intention initiale des parties aux traités d'investissement.

14. Enfin, le Professeur Radi avance une série d'idées et de propositions qui, selon lui, pourraient être reprises par les pouvoirs publics, individuellement ou conjointement, lors de l'ajustement des traités en vigueur et dans le cadre des réflexions portant sur leur pratique des traités. À titre de remarque préliminaire, il fait observer que, d'un point de vue juridique, l'apport de l'approche nuancée de la doctrine des pouvoirs de police à la pratique actuelle est négligeable. En effet, dans le cadre des dispositions relatives à l'expropriation que contiennent généralement les traités d'investissement de l'ancienne génération, on considère déjà les mesures réglementaires prises de bonne foi comme des expropriations indirectes uniquement si elles entraînent de graves répercussions sur les investissements. En outre, le Professeur Radi estime que l'approche nuancée de la doctrine des pouvoirs de police met trop l'accent sur les répercussions des mesures, sans tenir compte d'autres éléments pertinents. Il évoque, par exemple, la prise en compte de l'obligation de vigilance des investisseurs et de leurs attentes dans la définition des droits de propriété et de l'investissement.

15. Pour cette raison, le Professeur Radi recommande une autre approche, qui établirait explicitement et prévoirait directement les éléments fondamentaux à prendre en compte dans le cadre d'une enquête axée sur les faits et menée au cas par cas visant à établir l'existence d'une « expropriation indirecte ». Parmi ces éléments, il cite le fait que les droits de propriété sont intrinsèquement limités, que les risques commerciaux sont inhérents à la notion d'investissement, que les investisseurs sont soumis à des obligations de vigilance concernant leur investissement, et que leurs attentes doivent être raisonnables. Le Professeur Radi insiste sur le fait que des listes explicites d'éléments de ce type devraient être intégrées à la pratique des traités, car il estime qu'une simple référence au contexte est trop vague.

16. Dans le deuxième exposé, le **Professeur Shotaro Hamamoto**³ expose les arguments spécifiques en faveur de l'inclusion d'une obligation relative à l'« expropriation indirecte » dans les traités d'investissement. Il présente un aperçu de la pratique arbitrale récente ayant formulé et/ou affiné les définitions de la notion d'« expropriation indirecte » dans le contexte de traités d'investissement spécifiques, en faisant observer que, dans certains cas, les effets d'une mesure réglementaire particulière ont constitué l'élément décisif de la définition et de l'interprétation d'une clause d'« expropriation indirecte ». À cet égard, il souligne que la question du transfert de propriété est centrale pour comprendre la notion d'« expropriation directe ».

³ Le Professeur Shotaro Hamamoto est actuellement professeur à la Faculté de droit de l'Université de Kyoto, au Japon, où il enseigne le droit des organisations internationales et le droit international. Ses domaines de recherche sont notamment le droit international de l'investissement, les procédures internationales de règlement des différends, le droit de la mer et le droit institutionnel de l'Union européenne.

17. Le Professeur Hamamoto ajoute qu'à son sens, le fait de ne définir la notion d'« expropriation indirecte » qu'au regard de ses effets sur l'investissement peut poser problème, puisque l'« expropriation directe » suppose d'effectivement saisir la propriété de l'investissement ou du bien et de la transférer à l'État, ce qui nécessite ensuite d'indemniser l'investisseur.

18. Dans les cas d'« expropriation indirecte », toutefois, le Professeur Hamamoto fait remarquer que les mesures réglementaires — qui privent l'investisseur de son investissement et/ou n'enrichissent pas l'État — ne soulèvent pas de questions relatives au transfert de propriété, ce qui, selon lui, conduit à s'interroger sur le fondement réel de l'indemnisation. Autrement dit, est-il possible de contraindre les États à indemniser les investisseurs dans les cas d'« expropriation indirecte » sans transfert de propriété ?

19. À cet égard, le Professeur Hamamoto signale que des tribunaux arbitraux ont, dans des cas où une « expropriation indirecte » était établie, également déclaré des États responsables de violations d'obligations découlant du droit international, le plus souvent la norme de traitement « juste et équitable », en vue d'établir un fondement pour l'indemnisation de l'investisseur. Les recherches du Professeur Hamamoto ont abouti à la conclusion que les tribunaux arbitraux ont considéré que la présence d'éléments illégaux était essentielle pour constater une « expropriation indirecte » et que, dans le passé, la notion d'« expropriation indirecte » n'est apparue que dans des cas où le recours à la norme de traitement « juste et équitable » n'était pas possible.

20. En conclusion, le Professeur Hamamoto estime que les traités d'investissement qui prévoient des clauses d'« expropriation indirecte » ne présentent pas de valeur ajoutée dans les cas où ils prévoient une protection « juste et équitable », mais qu'il est en revanche justifié de prévoir une clause d'expropriation détaillée, faisant spécifiquement référence aux pouvoirs réglementaires légitimes de l'État, dans les cas où les traités d'investissement ne contiennent aucune clause relative au traitement « juste et équitable ».

21. Dans le troisième et dernier exposé, la **Professeure Caroline Henckels**⁴ aborde la technique judiciaire du contrôle de proportionnalité dans le contexte de l'« expropriation indirecte ». À titre d'introduction, la Professeure Henckels rappelle les différentes approches de l'« expropriation indirecte » qui se sont dégagées de la pratique arbitrale, comme l'a évoqué le Professeur Radi dans son exposé, et propose une troisième méthode qui prend en considération à la fois l'objectif et les effets des mesures. La Professeure Henckels indique que, même si aucune approche ne prédomine dans la pratique arbitrale, les décisions récentes ont, dans l'ensemble, mis en évidence une tendance plus marquée à prendre en considération l'objectif d'une mesure ainsi que ses effets, en faisant référence à la nécessité, pour les mesures, de parvenir à un équilibre entre les intérêts de l'État et ceux des investisseurs.

22. À cet égard, la Professeure Henckels souligne le fait qu'un certain nombre de tribunaux ont recours au contrôle de proportionnalité pour évaluer le lien entre l'objectif d'une mesure et ses effets sur un investisseur. Cette technique judiciaire est particulièrement appliquée aux traités de plus anciens qui ne précisent pas ce qui constitue une « expropriation indirecte ». Bien qu'il n'y ait pas qu'une seule manière d'effectuer un contrôle de proportionnalité, la Professeure Henckels en présente les quatre éléments

⁴ La Professeure Caroline Henckels est actuellement maîtresse de conférences à la Faculté de droit de l'Université Monash, en Australie. Ses travaux de recherche portent sur le droit international public, en particulier le droit international économique, le droit international de l'investissement et le droit public comparé.

classiques : la légitimité d'une mesure ; son adéquation par rapport à l'objectif recherché ; un élément de nécessité ; et un exercice de mise en balance des intérêts concurrents visant à déterminer si les répercussions d'une mesure sont proportionnées au gain qu'elle cherche à obtenir. Selon cette approche, l'exercice de pouvoirs de police par un État n'est pas considéré comme une « expropriation indirecte », sauf si les effets de la mesure sur l'investisseur sont disproportionnés. La Professeure Henckels préfère cette approche aux méthodes plus anciennes, qui ne tenaient compte que des effets de la mesure réglementaire sans tenir compte de son objectif.

23. Il subsiste néanmoins un certain degré d'incertitude et d'imprévisibilité, puisque, jusqu'à présent, les raisonnements des tribunaux arbitraux et la manière dont ils appliquent ce contrôle manquent de cohérence d'un point de vue méthodologique : les tribunaux arbitraux peuvent agir à leur discrétion pour effectuer l'exercice de mise en balance consistant à apprécier l'importance d'une mesure réglementaire par rapport aux intérêts concurrents d'un investisseur. La Professeure Henckels estime que cette façon de procéder pourrait conduire à remplacer le point de vue du tribunal par celui des autorités nationales compétentes. À ce titre, le contrôle de proportionnalité a suscité des critiques pour avoir permis une évaluation trop intrusive de l'autonomie des États dans le contexte d'un différend en matière d'investissement. La Professeure Henckels fait observer que ces critiques soulèvent des questions quant au niveau approprié de retenue dont les tribunaux doivent faire preuve à l'égard des États, et au rôle des États, en tant qu'architectes des traités, dans l'établissement de la norme de contrôle applicable, car les traités d'investissement peuvent en effet fournir des orientations supplémentaires aux tribunaux à cet égard.

24. À cet égard, la Professeure Henckels propose aux États quelques orientations à prendre en considération pour définir le contrôle de proportionnalité dans leur pratique des traités. Elle propose par exemple d'exclure l'étape de mise en balance du contrôle ou de préciser que seul un manque manifeste de proportionnalité rend une mesure expropriatoire (comme c'est le cas dans certains des traités récents, qui contiennent des formules telles que « [la privation du bien] doit être si grave, au regard de sa finalité, qu'elle ne peut être raisonnablement considérée comme ayant été adoptée et appliquée de bonne foi », « [la mesure est] extrêmement grave ou disproportionnée au regard de sa finalité », ou « [la mesure est] si grave, au regard de sa finalité, qu'elle semble manifestement excessive »). Ce type de précisions permettraient d'orienter les tribunaux quant à la norme de contrôle à appliquer. La Professeure Henckels propose par ailleurs que les clauses d'« expropriation indirecte » se passent du contrôle de proportionnalité, en veillant à ce que les mesures conçues et appliquées pour protéger des objectifs légitimes d'intérêt général ne soient jamais considérées comme expropriatoires (cette approche a également été évoquée par le Professeur Radi).

25. Les experts des traités et les délégués remercient les intervenants pour leurs exposés et orientations riches d'enseignements, et le Secrétariat pour son organisation. Un certain nombre de délégués, après les interventions, posent des questions aux intervenants afin de mieux comprendre les sujets abordés, ce qui contribue à enrichir le débat.

26. Un expert des traités demande si la proposition formulée par le Professeur Hamamoto, consistant à se passer des clauses d'« expropriation indirecte » dans les cas où les traités contiennent une clause sur le traitement juste et équitable, s'applique indépendamment de la portée de ces clauses ou seulement dans les cas où ces clauses sont formulées en termes larges (par opposition, par exemple, à des dispositions restreintes relatives à une « norme minimale de traitement »). Le Professeur Hamamoto confirme que son analyse s'applique à tous les types de clauses sur le traitement juste et équitable, sauf lorsqu'elles excluent expressément la protection d'attentes légitimes. Il précise que lorsque

ces clauses manquent de clarté, les clauses relatives à l'« expropriation indirecte » doivent alors être maintenues.

27. S'agissant des « rares circonstances », un délégué fait observer que l'on ne trouve que quelques références à cette précision dans les textes des traités et dans la pratique arbitrale. Dans ce contexte, il se demande dans quelle mesure les formulations des traités pourraient influencer l'interprétation des dispositions sur l'expropriation dans le cadre des différends relatifs aux traités. La Professeure Henckels indique qu'aucune décision n'a, à ce jour, pris en compte le contrôle de proportionnalité au titre des « rares circonstances ». Elle fait en outre remarquer qu'il n'existe aucune référence au contrôle de nécessité dans le contexte de l'expropriation, ce qui souligne, encore une fois, le risque que l'analyse puisse également ouvrir la voie à une mise en balance plus marquée et à une intrusion potentielle des tribunaux⁵. Pour conclure, la Professeure Henckels souligne une nouvelle fois que tout contrôle de proportionnalité doit s'accompagner d'une culture de la retenue, et que les tribunaux en font de plus en plus preuve lorsqu'ils examinent les mesures prises par les États.

28. Une autre juridiction s'interroge sur la nécessité de prévoir des clauses d'« expropriation indirecte » dans les traités, car cette norme risque de créer des tensions et des incohérences par rapport à d'autres normes de traitement, notamment la clause du traitement « juste et équitable » et le droit des pouvoirs publics de réglementer dans l'intérêt général. Le Professeur Radi fait part de ses réflexions sur les traités qui interdisent « l'expropriation indirecte » illégale tout en précisant que les mesures réglementaires non discriminatoires visant à protéger l'intérêt général ne sont pas expropriatoires. Il fait observer que les traités qui n'envisagent pas d'exceptions pour les mesures réglementaires ayant des répercussions trop graves sur les investissements au regard de leur objectif peuvent être considérés comme non conformes au droit de l'« expropriation indirecte » en fonction de l'interprétation donnée à celle-ci. Le Professeur Radi propose que les États parties examinent cette question afin d'éviter que les tribunaux ne puissent donner aux traités une interprétation en contradiction avec l'intention initiale des parties.

29. À ce sujet, une juridiction exprime un point de vue divergent : elle fait observer qu'il n'existe, en réalité, aucun conflit inhérent entre le droit de réglementer et l'« expropriation indirecte », puisque ce droit est, de par sa nature, limité dans les traités internationaux ; elle ajoute que l'« expropriation » et l'« expropriation indirecte » ne sont pas interdites par les traités, mais autorisées sous réserve d'une indemnisation.

30. Une autre juridiction partage le point de vue du Professeur Hamamoto selon lequel les traités ne doivent pas contenir de clauses d'« expropriation indirecte », et ajoute que le droit de réglementer est un droit souverain dont les tribunaux doivent tenir compte lorsqu'ils cherchent à établir l'existence d'une « expropriation indirecte ». Néanmoins, le délégué reconnaît l'avantage supplémentaire que présente cette norme de protection pour les droits des investisseurs et fait remarquer qu'une telle approche pourrait s'avérer contraire à l'intention initiale des parties et à l'objectif des traités d'investissement. Le Professeur Radi souligne, à cet égard, que si le droit de réglementer est en effet un droit souverain, il est dans l'intérêt des États de préciser le contenu du *droit international coutumier* en ce qui concerne l'interaction entre la notion d'« expropriation indirecte », le droit de réglementer et la doctrine des pouvoirs de police.

⁵ Sur ce point en particulier, une juridiction fait observer par la suite que l'un des traités d'investissement qu'elle a récemment conclus prévoyait à la fois un contrôle de nécessité et de proportionnalité.

31. S'agissant du manque de cohérence de l'interprétation et de l'application des normes de protection et des techniques judiciaires, une juridiction fait observer que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut donner des orientations, notamment en ce qui concerne le contrôle de proportionnalité.

4. Approches actuellement suivies pour traiter de l'« expropriation indirecte » dans les traités d'investissement

32. Les discussions entre administrations portent ensuite sur les approches actuellement suivies pour traiter de l'« expropriation indirecte » dans les traités d'investissement. Pour commencer, la Présidente rappelle que lors de la réunion d'octobre 2021, les experts des traités et les délégués ont présenté et partagé leurs points de vue sur la définition de la notion d'« expropriation indirecte » dans leur pratique des traités.

33. Le Secrétariat résume brièvement les principales pratiques actuelles relatives aux clauses d'« expropriation indirecte », en expliquant que ces éclairages proviennent des descriptions statistiques établies et présentées par le Secrétariat à la réunion d'octobre 2021, ainsi que des exposés des juridictions sur leur pratique des traités et des discussions qu'ils ont suscitées. Pour rappel, l'analyse statistique a mis en évidence une évolution constante, au cours des vingt dernières années, vers l'inclusion de précisions concernant la notion d'« expropriation indirecte » dans les traités d'investissement. L'utilisation de clauses plus précises s'observe dans la quasi-totalité des traités récents et certains pays appliquent cette pratique systématiquement depuis plusieurs années. Les discussions entre administrations lors de la réunion d'octobre 2021 et les exposés d'un certain nombre de juridictions sur leur pratique des traités ont montré, d'une part, que les juridictions ont pour intention commune de clarifier la notion d'« expropriation indirecte » et, d'autre part, que les moyens textuels employés pour atteindre cet objectif sont similaires.

34. Le Secrétariat fait valoir que son analyse a permis de dégager *quatre grandes approches*, dans la pratique actuelle des traités, suivies par les administrations pour gérer le champ que recouvrent les clauses d'« expropriation indirecte » :

- Premièrement : une mesure réglementaire non discriminatoire prise dans l'intérêt général ne constitue pas une « expropriation indirecte » dans des conditions déterminées, « sauf dans de rares circonstances » ;
- Deuxièmement : l'approche ci-dessus associée à une référence au droit international coutumier ;
- Troisièmement : un ensemble de conditions excluant totalement qu'une mesure réglementaire non discriminatoire prise dans l'intérêt général puisse constituer une « expropriation indirecte » ; et
- Quatrièmement : l'exclusion totale de l'« expropriation indirecte » du champ des garanties offertes par les traités.

35. Le Secrétariat indique que les modèles antérieurs sont progressivement abandonnés au profit de nouvelles approches du fait d'une intention commune de préciser la notion d'« expropriation indirecte ». Les solutions ou les approches adoptées par les administrations pour atteindre l'objectif consistant à préciser les garanties qu'elles offrent au titre de la notion d'« expropriation indirecte » sont, en réalité, assez similaires, et couvrent l'ensemble des traités de l'échantillon considéré.

36. La Présidente invite les délégués à donner leur avis sur la manière dont ces approches sont définies et, en particulier, à répondre aux deux questions suivantes : un ou

plusieurs de ces modèles de formulation des clauses d'« expropriation indirecte » correspondent-ils à la pratique d'une juridiction spécifique ? Existe-t-il d'autres approches qui méritent d'être mentionnées en plus des quatre modèles répertoriés ?

37. Les délégués félicitent le Secrétariat pour son travail, pour avoir élaboré une synthèse efficace des pratiques des traités et pour avoir dressé un inventaire utile des modèles sur lesquels s'appuient les juridictions dans le cadre de leur pratique. Par ailleurs, ils retrouvent, parmi ces quatre approches, les modèles qu'ils utilisent le plus couramment, et constatent que l'étude menée par le Secrétariat rend compte de manière détaillée et exhaustive de l'ensemble des modèles utilisés dans la pratique des traités. Les délégués partagent l'analyse du Secrétariat selon laquelle il existe une tendance à rendre les clauses d'« expropriation indirecte » plus claires, ainsi qu'un degré important de recoupement entre les quatre approches adoptées par les juridictions.

38. Un certain nombre de juridictions confirment qu'elles suivent la première des approches répertoriées par le Secrétariat (ce dernier ayant observé, dans son étude empirique, qu'il s'agit de l'approche prédominante). Les délégués de plusieurs juridictions formulent des observations supplémentaires concernant la pratique des traités adoptée et suivie par leur administration :

- Une juridiction indique avoir ajouté un élément supplémentaire au premier modèle, à savoir une référence au critère de la « nature manifestement excessive de la mesure », dans le but de le compléter et d'en accroître la précision.
- Une autre juridiction fait savoir qu'elle s'appuie sur le premier modèle, auquel elle ajoute un élément consistant à énumérer les facteurs permettant de déterminer si une « expropriation indirecte » peut être établie.
- Une autre juridiction indique qu'elle s'appuie principalement sur la première approche, dans le cadre des traités qu'elle a conclus récemment, tout en tenant compte de listes de circonstances de nature à exclure la présence d'une « expropriation indirecte ». Elle estime que cette méthode apporte de la souplesse et permet de bénéficier d'une certaine marge de manœuvre, en particulier si les tribunaux doivent déterminer les domaines et l'étendue de la mesure prise par l'administration.
- Un expert fait remarquer que son administration a intégré des dispositions plus précises dans les traités d'investissement qu'elle a conclus récemment (y compris en ce qui concerne l'« expropriation indirecte »), sous plusieurs formes, parmi lesquelles des observations, systématiquement adressées aux tribunaux, relatives à l'interprétation des formulations figurant dans les traités (par exemple sur les éléments constitutifs de l'exercice légitime des pouvoirs réglementaires de l'État, le droit de réglementer par opposition à l'« expropriation indirecte »), mais aussi aux annexes et aux textes des traités. L'expert fait par ailleurs observer que les formulations sur lesquelles s'appuie sa juridiction traduit le plus souvent son interprétation du droit international coutumier et de la doctrine des pouvoirs de police. À cet égard, le délégué indique que la formulation employée par sa juridiction, dans sa pratique récente, pour préciser la notion d'« expropriation indirecte », renvoie au droit de réglementer de l'État, afin de renforcer l'idée que les obligations de fond imposées par le traité doivent être interprétées d'une manière conforme à ce principe.
- Une autre juridiction constate que sa pratique des traités correspond à la première des approches répertoriées par le Secrétariat. Elle indique que la logique qui sous-tend sa pratique consiste à expliquer, de manière descriptive, ce qui constitue (et ne

constitue pas) une « expropriation indirecte », dans l'intention d'orienter les tribunaux plutôt que d'exclure la norme de traitement des obligations prévues par le traité.

- Un autre délégué explique que son administration a récemment entrepris des efforts visant à préciser les obligations imposées par les traités qu'elle a conclus en matière d'« expropriation indirecte », par exemple au moyen d'annexes aux accords commerciaux, notamment dans le but de donner de meilleures orientations aux tribunaux dans le cadre des arbitrages entre investisseurs et États. Il indique que les modèles sur lesquels s'appuie son gouvernement correspondent à la première et à la troisième des approches répertoriées par le Secrétariat.

39. Dans l'ensemble, les juridictions liées par de nombreux traités anciens dépourvus de toute précision concernant la notion d'« expropriation indirecte » admettent que les clauses plus précises sont utiles et préférables aux modèles plus anciens et vagues, y compris pour ce qui est de donner des orientations aux tribunaux. Plusieurs délégués font remarquer, à cet égard, que les modèles vagues des traités anciens peuvent être remplacés par l'une des quatre approches répertoriées par le Secrétariat.

5. Conclusions préliminaires sur les résultats et les conséquences de l'évolution de la pratique des traités concernant l'« expropriation indirecte », ainsi que sur les avantages et les perspectives offerts par la modification des accords comportant des clauses relatives à l'« expropriation indirecte » imprécises

40. Les discussions s'achèvent par des conclusions préliminaires et les conséquences de l'évolution de la pratique des traités concernant les clauses d'« expropriation indirecte ». La Présidente propose un certain nombre de points de départ pour encadrer le débat. Les délégués sont par ailleurs invités à faire connaître leur point de vue sur les prochaines étapes potentielles et sur les possibilités d'action qui s'offriront aux pouvoirs publics lors des prochaines phases du programme de travail de l'Axe 2.

41. La Présidente indique que les administrations qui participent au Projet sur l'Axe 2 sont d'accord pour dire que la conception des clauses relatives à l'« expropriation indirecte » a évolué depuis l'ancienne génération de traités, dont les formulations ne précisaient pas la notion d'« expropriation indirecte » (de fait, les traités conclus depuis le début des années 2000 sont structurés de manière très similaire dans un grand nombre de juridictions). La Présidente rappelle en outre qu'il existe un large consensus, parmi les juridictions participantes, sur la nécessité de définir clairement et précisément les clauses des traités offrant des garanties contre l'« expropriation indirecte » (en particulier eu égard aux interactions de cette norme de protection avec le droit de régler). La Présidente constate également une volonté commune d'examiner et de traiter collectivement la question de savoir s'il serait préférable que des dispositions de fond spécifiques (que contiennent un grand nombre de traités anciens) soient alignées sur des modèles plus récents, désormais utilisés systématiquement, par exemple à travers un exercice de modernisation des traités anciens en vigueur.

42. Par ailleurs, la Présidente indique que les administrations ont conscience que les quatre approches ou modèles répertoriés par le Secrétariat qui sont les plus utilisés dans la pratique des traités, en ce qui concerne la formulation des clauses d'« expropriation indirecte », peuvent faire partie d'une solution pratique au sujet de ces dernières. La Présidente pose une question centrale, à savoir : *selon quelles modalités les traités anciens peuvent-ils être modernisés ?*

43. La Présidente propose différentes options envisageables, notamment une approche bilatérale qui permettrait aux administrations de réviser les traités d'investissement qu'elles ont conclus au cas par cas, ou de négocier l'ajout, aux traités en vigueur, de nouvelles annexes apportant des précisions (la Présidente rappelle toutefois, à cet égard, que certaines administrations avaient fait part de leur inquiétude à la réunion d'octobre 2021, estimant que cet exercice pourrait se révéler fastidieux et présenter des insuffisances), ou une approche plurilatérale qui permettrait aux administrations de réviser les dispositions de fond de leurs traités anciens au moyen d'un mécanisme d'adhésion volontaire présentant un « menu » permettant aux administrations de choisir des clauses de substitution à la carte, de manière synchronisée et efficace. Ce type d'approche permettrait par ailleurs aux juridictions d'opter, sur la base des quatre grands modèles répertoriés, pour la clause d'« expropriation indirecte » la plus appropriée, celle-ci pouvant varier en fonction des traités et des partenaires conventionnels concernés.

44. La Présidente précise que les discussions ne sont qu'exploratoires à ce stade et qu'elles ne visent pas à adopter une véritable décision sur une approche ou une voie à suivre en particulier. Elles doivent au contraire contribuer à définir le cadre des discussions ultérieures au titre de l'Axe 2 et faciliter la définition des prochaines étapes en 2023, année au cours de laquelle les administrations participantes réaliseront un état des lieux afin de définir la marche à suivre.

45. À ce stade, la Présidente encourage les délégués à examiner les éléments suivants pour formuler des conclusions préliminaires :

- Existe-t-il un accord sur le fait que les anciens modèles des clauses d'« expropriation indirecte » ne sont plus utilisés dans les traités récents ?
- Serait-il utile, pour les juridictions, d'avoir la possibilité de faire leur choix parmi les quatre modèles de clauses, en fonction des traités et des partenaires conventionnels concernés, lors de l'actualisation de leurs traités anciens ?
- Les juridictions peuvent-elles envisager de renégocier bilatéralement leurs traités anciens en prenant pour base l'une des quatre approches répertoriées par le Secrétariat et les délégués ? Ou préféreraient-elles plutôt envisager une solution plurilatérale qui leur permettrait de réviser les garanties de fond contenues dans leurs traités anciens à travers un mécanisme d'adhésion volontaire, en choisissant des clauses de substitution calquées sur l'un des quatre modèles ?

46. Un nombre important de délégués reconnaissent que les pratiques des traités ne doivent certes pas être classées en fonction de leur ancienneté, mais que les traités anciens et les clauses vagues manquent néanmoins de prévisibilité et de sécurité dans le contexte d'arbitrages portant sur des différends en matière d'investissement, et qu'il est nécessaire de clarifier le traitement de l'« expropriation indirecte » dans les traités plus anciens. Les délégués s'accordent également sur le fait qu'il faut cesser de s'appuyer sur les modèles de clauses figurant dans les traités anciens, ou de les utiliser, et nombre d'entre eux reconnaissent qu'une approche bilatérale de cette réforme nécessiterait beaucoup de temps et de ressources, en particulier pour les pays en développement et les pays liés par de nombreux traités anciens.

47. Une juridiction évoque la possibilité de donner des orientations aux tribunaux sans modifier les traités. D'autres juridictions font toutefois observer que cette solution risque de ne pas convenir, car les traités modernes contiennent des clauses et des principes qui ne figurent pas dans les traités anciens ; elle pourrait donc se révéler insuffisante pour donner des orientations adéquates aux tribunaux. Ainsi, un nombre important de juridictions se prononcent pour une approche plurilatérale de la réforme — tout en notant qu'il ne s'agit

que de discussions préliminaires qui nécessitent un examen et des échanges plus approfondis —, car elle présente l'avantage d'alléger de manière efficace et réaliste les ressources et les coûts liés aux négociations (une juridiction cite l'accord sur la Zone de libre-échange continentale africaine comme exemple utile à cet égard). En ce qui concerne les prochaines réunions au titre de l'Axe 2, une juridiction fait observer qu'il serait utile, s'agissant des débats futurs sur les dispositions et normes de traitement, que les experts fassent part des connaissances acquises par leur juridiction en matière de rédaction de traités afin d'alimenter la réflexion.

48. En conclusion, un nombre important de juridictions se déclarent favorables à la possibilité d'adopter une approche ou une solution plurilatérale concernant les discussions au titre de l'Axe 2 portant sur la potentielle modernisation des traités anciens sur la base de clauses modernes, et félicitent l'OCDE pour l'organisation des débats et son rôle d'impulsion dans ce domaine important. Les délégués indiquent par ailleurs qu'il peut être approprié et souhaitable d'adopter une solution consistant à faire un choix à partir d'un « menu » proposant différentes options ou différents modèles si tant est que les options proposées constituent une nette amélioration par rapport au(x) modèle(s) employé(s) jusque-là par une juridiction donnée.

49. Le Président 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 à la « nation la plus favorisée » (NPF), dans la mesure où elles se rapportent aux modalités de règlement des différends, ce que les délégués acceptent.

—