

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

Synthèse des débats sur l'Avenir des traités d'investissement (Axe 2) lors des réunions du 1 février 2024

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 des réunions sous l'Axe 2 qui se sont tenues le 1 février 2024. Les gouvernements qui participant aux travaux ont consenti à sa publication. Ce document a été initialement distribué sous la cote DAF/INV/TR2/WD(2024)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

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 2024.

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 discussions de la réunion du 1er février 2024

Table des matières

Contexte et objet du présent document	3
1. Approches réglementaires des clauses NPF et interactions entre les traités d’investissement... 5	
2. Expérience et choix réglementaires des juridictions en ce qui concerne les clauses NPF et l’« importation » de dispositions de fond provenant de traités tiers..... 6	
3. Conclusions préliminaires et priorités pour la poursuite des travaux sur ce sujet dans le cadre de l’Axe 2	7

Contexte et objet du présent document

1. L’OCDE anime les discussions 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 gouvernements fixent l’ordre du jour et les priorités.

2. Depuis 2011, cette communauté de régulateurs, sous l’égide de l’OCDE, 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 réglementation. 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 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 des questions importantes qui pourraient être réglées dans les traités d’investissement et permettraient probablement d’améliorer les résultats d’ensemble.

3. En mars 2021, les gouvernements ont décidé de recentrer leurs discussions 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 sur l’*Avenir des traités d’investissement* au sein d’un format inclusif articulé autour de deux axes étroitement liés.

- Les discussions au titre de l’Axe 1 portent sur les défis auxquels les traités d’investissement vont devoir répondre à l’avenir, ainsi que sur les changements qu’il serait souhaitable d’apporter aux approches actuelles. Les pouvoirs publics ont axé leurs travaux en particulier sur les traités d’investissement et le changement climatique.
- L’Axe 2 est une initiative menée par les gouvernements du monde entier visant à réfléchir entre eux au bien-fondé et aux 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 actuellement invitées à participer à ce programme de travail.¹ Il a été convenu que, dans un souci de transparence, les grandes lignes et les résultats des discussions de fond seraient publiés sur une page du site web de l'OCDE consacrée spécifiquement à cette question (<https://oe.cd/lati>).

5. Le programme de travail initialement convenu pour l'Axe 2 prévoyait des discussions sur trois dispositions de fond : l'expropriation indirecte, le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) en lien avec les modalités de règlement des différends, et les clauses de traitement juste et équitable (TJE). Ces clauses ont été identifiées en raison de leur rôle important dans les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), d'interprétations fréquentes qui ne traduisent pas les intentions des gouvernements, et de l'évolution générale des modèles de ces trois clauses vers des modèles plus récents dans de nombreuses juridictions — autant de conditions susceptibles de rendre plus efficace un accord potentiel sur le contenu d'une intervention dans les traités existants². Le programme de travail a été étendu et couvre désormais des aspects supplémentaires des clauses NPF ainsi que des clauses relatives à la protection et la sécurité intégrales (PSI). En outre, les participants ont appelé à un examen rapide des moyens pratiques permettant aux gouvernements intéressés de faire passer les clauses substantielles qui présentent des conceptions qui ne sont plus utilisées à des approches plus récentes. La clause de TJE a été suggérée comme clause test pour lancer cette réflexion, en espérant que les résultats puissent être appliqués à d'autres clauses substantielles que les gouvernements pourraient vouloir proposer.

6. En 2023, la France a fait une contribution financière au projet de l'Axe 2 pour une période de deux ans. Cette contribution permet une livraison plus rapide et la production

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, Royaume-Uni, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Portugal, Qatar, Roumanie, Sénégal, Serbie, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Tchéquie, 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.

² Les participants à l'Axe 2 ont examiné les clauses relatives à l'expropriation indirecte en octobre 2021 et avril 2022 ; les clauses portant sur la nation la plus favorisée, en ce qu'elles ont trait aux modalités de règlement des différends, en novembre 2022 ; et les clauses qui concernent le traitement juste et équitable en avril et juin 2023. Les synthèses de ces discussions sont accessibles sur le site Internet du programme de travail <https://oe.cd/lati>.

de matériel analytique supplémentaire pour le projet de l’Axe 2 et facilite la participation des représentants des pays en développement à ces travaux.

7. Le présent document contient la synthèse des discussions de la réunion qui s’est tenue dans le cadre de l’Axe 2 le 1^{er} février 2024. La synthèse a été préparée par le Secrétariat et les gouvernements participants ont eu l’occasion de commenter le projet. La synthèse suit la structure des discussions. Elle inclut des informations et des données provenant d’une note de recherche du Secrétariat sur *L’interaction entre les traités d’investissement fondée sur les dispositions relatives au traitement de la nation la plus favorisée*, préparée pour soutenir les discussions de la réunion, et qui sera également disponible sur la page web dédiée au programme de travail <https://oe.cd/lati>. Les interventions mentionnées dans ce document ne représentent pas nécessairement le point de vue officiel des gouvernements ou de l’OCDE.

1. Approches réglementaires des clauses NPF et interactions entre les traités d’investissement

8. Le Secrétariat a présenté les principales conclusions de la note de recherche préparée en amont de la réunion, « L’interaction entre les traités d’investissement fondée sur les dispositions relatives au traitement de la nation la plus favorisée ». La note aborde la question de savoir dans quelle mesure un traité d’investissement permet une interaction avec d’autres traités, par l’inclusion d’une clause NPF, ainsi que les obligations qui résultent de cette interaction.

9. La note souligne que diverses approches ont émergé dans la pratique conventionnelle quant à la question de savoir si, et dans quelle mesure, un traité autorise des interactions avec d’autres traités, à savoir : l’inclusion d’une clause NPF large, l’exclusion de toute interaction avec un traité tiers en raison de l’absence d’une clause NPF ; et une interaction limitée à certains traités spécifiques.

10. De même, les recherches du Secrétariat montrent que plusieurs approches ont émergé en ce qui concerne les obligations résultant de l’interaction d’un traité d’investissement avec un traité tiers. Cette interaction prescrit une égalité de traitement entre les investisseurs, qui a parfois été interprétée comme accordant aux investisseurs le droit de bénéficier de dispositions substantielles plus favorables contenues dans des traités tiers. Cette pratique, parfois qualifiée d’« importation » ou d’« incorporation » de dispositions de fond, est abordée de différentes manières dans la pratique conventionnelle : une approche privilégiée par les traités consiste à interdire l’application de la clause NPF aux dispositions substantielles contenues dans des traités tiers, notamment en circonscrivant le champ d’application du terme « traitement ». Une deuxième approche consiste à restreindre l’application de la clause NPF à des dispositions substantielles spécifiques, autorisant ainsi l’importation de dispositions qui ne sont pas spécifiquement exclues. Toutefois, de nombreux traités, y compris des traités récents, semblent laisser cette question ouverte, soit parce qu’ils contiennent une clause NPF large, soit parce qu’ils contiennent une spécification qui n’aborde pas clairement la question de l’application de la clause NPF aux dispositions de fond contenues dans les traités tiers.

11. Bien qu’il semble que la question relative à l’« incorporation » de dispositions substantielles provenant de traités tiers ait été identifiée par plusieurs juridictions, les recherches menées par le Secrétariat ne révèlent pas de signes d’un consensus sur la question dans leur pratique conventionnelle. La Présidente a rappelé que l’objectif de la réunion était de déterminer les intentions des juridictions concernant la mesure dans laquelle les dispositions NPF peuvent être utilisées pour « importer » le contenu substantiel

de traités tiers. Cette option particulière se présente dans deux scénarios : lorsque le libellé du traité est différent dans un traité tiers, et lorsque le traité tiers contient une disposition que le traité de base n'inclut pas. Une troisième possibilité, qui ne semble pas encore s'être présentée dans la pratique, est celle où un autre traité offre un accès au marché plus avantageux que celui offert par le traité à l'origine du différend.

2. Expérience et choix réglementaires des juridictions en ce qui concerne les clauses NPF et l'« importation » de dispositions de fond provenant de traités tiers

12. Les délégués ont échangé leurs points de vue sur les choix réglementaires et l'expérience de leurs juridictions respectives en vue d'éclairer leurs pratiques conventionnelles en matière de clauses NPF en ce qui concerne l'importation de dispositions substantielles de traités tiers.

13. Plusieurs juridictions ont souligné que leur choix d'exclure l'« incorporation » de dispositions de fond avait été effectué par le biais d'une clarification du terme de « traitement » comme excluant les obligations de fond contenues dans des traités tiers. Elles ont indiqué à cet égard que ce choix avait été motivé par l'expérience du RDIE, où les investisseurs avaient cherché à importer des dispositions substantielles plus favorables d'autres traités, ou avait résulté d'une décision visant à fournir un meilleur cadre pour l'interprétation du contenu substantiel des traités d'investissement, tout en abordant la question du « *treaty shopping* » et en affirmant le droit de réglementer des gouvernements.

14. D'autres délégations ont indiqué qu'elles avaient choisi de restreindre l'applicabilité de la clause NPF. Dans certains cas, cette restriction est assurée par une triple approche, à savoir : une clause NPF prospective qui n'autorise que l'« incorporation » du contenu d'accords ultérieurs, excluant ainsi les traités antérieurs au traité de base ; l'exclusion des définitions et des mécanismes de RDIE du champ d'application de la clause NPF, considérant que les traités sont conçus sur mesure pour les besoins d'un accord spécifique ; et l'obligation pour les investisseurs de démontrer qu'ils ont subi un dommage réel. Selon certaines délégations, cette triple approche permet de trouver un équilibre entre le maintien de l'essence de la clause NPF et les intérêts de l'État d'accueil.

15. Dans d'autres cas, les juridictions ont choisi d'exclure les demandes de RDIE fondées sur des dispositions plus favorables de traités tiers et d'utiliser des listes de mesures non-conformes pour limiter le champ d'application de leurs clauses NPF aux traités conclus ultérieurement, conformément à une approche prospective.

16. Enfin, d'autres juridictions ont expliqué qu'elles avaient publié des déclarations interprétatives sur l'expression « circonstances similaires » afin d'exiger des investisseurs qu'ils identifient une mesure d'une partie qui est plus favorable aux investisseurs d'un État tiers, par opposition à une stipulation sur la manière dont une mesure hypothétique aurait pu s'appliquer aux investisseurs d'un État tiers. Ils ont expliqué que l'objectif de ces déclarations interprétatives était de souligner que le gouvernement n'accorde pas de traitement au titre de la clause NPF par la simple existence de dispositions substantielles plus favorables dans ses autres accords.

17. Certaines délégations ont souligné l'importance de restreindre le champ d'application des clauses NPF pour résoudre la problématique du « *treaty shopping* », en insistant sur le fait que les traités d'investissement sont soigneusement négociés entre les parties au traité et répondent à des objectifs distincts. Certaines délégations ont indiqué que leur gouvernement examinerait cette question de manière plus spécifique dans le cadre des futures négociations de traités. D'autres délégués ont également souligné l'importance d'examiner la clause NPF en même temps que les clauses de traitement juste et équitable,

à la lumière de l'expérience du RDIE et des demandes des investisseurs qui s'appuient sur les clauses NPF pour importer des dispositions plus favorables en matière de traitement juste et équitable contenues dans des traités tiers.

3. Conclusions préliminaires et priorités pour la poursuite des travaux sur ce sujet dans le cadre de l'Axe 2

18. La Présidente a souligné, à la lumière des discussions entre les délégations, que bien que les juridictions semblent aller dans la même direction – c'est-à-dire résoudre la problématique de l'importation substantielle par le biais de clauses NPF – elles le font par le biais d'approches distinctes. La Présidente a invité les délégués à considérer l'opportunité de continuer la discussion sur cette problématique en priorité, en parallèle des autres sujets prioritaires identifiés pour l'Axe 2, ou de ne pas poursuivre ce travail à court terme.

19. Alors que certaines juridictions ont observé que la diversité des approches sur la question pourrait compliquer la recherche d'un consensus sur ce point, d'autres ont noté une tendance générale, comme le souligne la note de recherche du Secrétariat, à limiter et à clarifier la portée de la clause NPF afin de restreindre la pratique du « *treaty shopping* » et une interprétation excessivement – et indûment – large de ce type de clauses. À la lumière de cette tendance, elles ont noté que le Secrétariat pourrait fournir des données supplémentaires sur les approches identifiées dans la note de recherche, et proposer un projet de texte sur les approches adoptées dans les traités les plus récents, en vue de guider les réflexions des juridictions sur l'approche qui conviendrait le mieux pour faire avancer les travaux de l'Axe 2. Ces délégations ont estimé que les discussions de la réunion ont mis en évidence les principes clés des approches privilégiées dans les traités les plus récents, sur lesquels les travaux en vue d'une approche commune pourraient s'appuyer.

20. Certaines délégations ont également noté que, bien que les travaux sur la clause de TJE soient peut-être plus urgents, cette clause interagit avec plusieurs autres clauses substantielles dans les traités, telles que la clause NPF – ce qui rend les discussions sur la clause NPF également importantes. Une réflexion plus approfondie sur la marche à suivre en la matière a été programmée pour la prochaine réunion, le 12 mars 2024.