

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

Synthèse des débats sur l'Avenir des traités d'investissement (Axe 2) lors des réunions du 12 mars 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 12 avril et le 12 mars 2024. Le document a été initialement distribué sous la cote DAF/INV/TR2/WD(2024)5. 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 12 mars 2024

Table des matières

Contexte et objet du présent document	3
1. Conceptions de clauses de « traitement juste et équitable » dans les traités d’investissement récents : inventaire des clarifications supplémentaires.....	5
2. Approches pour opérer une transition des modèles anciens de traités vers des modèles plus récents : accords ultérieurs et déclarations interprétatives.....	6

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, Tchèque, 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 12 mars 2024. Le résumé a été préparé par le Secrétariat et les gouvernements participants ont eu l’occasion de commenter le projet. La synthèse suit la structure des discussions. Les discussions de la réunion du 12 mars 2024 ont porté sur des clarifications supplémentaires concernant le champ et le contenu des clauses de « traitement juste et équitable » observées dans les traités d’investissement récents, sur les approches en vue d’effectuer une transition³ des conceptions actuellement observées dans les traités plus anciens vers les conceptions plus récentes, et sur un suivi de la poursuite des travaux de l’Axe 2, y compris sur la question de l’interaction entre les traités d’investissement par le biais des clauses de la nation la plus favorisée.

1. Conceptions de clauses de « traitement juste et équitable » dans les traités d’investissement récents : inventaire des clarifications supplémentaires

8. Le Secrétariat a présenté les principales conclusions de la note de recherche qu’il a préparée afin d’appuyer les discussions (« *Conceptions de clauses de « traitement juste et équitable » dans les traités d’investissement récents : inventaire des clarifications supplémentaires* »). La note se concentre sur les éléments linguistiques supplémentaires ajoutés dans les traités récents pour préciser le champ d’application et les effets des clauses de TJE. L’objectif de cet effort est de créer une compréhension commune de la finalité et des avantages de ces clarifications supplémentaires afin d’informer les juridictions intéressées sur les résultats possibles d’un effort potentiel de transition des clauses de TJE des traités d’investissement plus anciens.

9. Les délégués ont discuté des choix réglementaires de leurs juridictions respectives en ce qui concerne les clarifications supplémentaires et ont mis en lumière les raisons qui ont poussé leurs gouvernements à incorporer des clarifications supplémentaires et des limitations au champ d’application et à l’effet des clauses de TJE. Les échanges ont reflété une intention commune de fournir davantage d’orientations pour l’application des clauses de TJE par les tribunaux arbitraux et d’éviter les interprétations ambiguës ou extensives de la norme.

10. Les délégations ont notamment souligné les avantages de l’utilisation de descriptions négatives, précisant que la violation d’une autre disposition, d’un autre accord ou du droit national n’équivaut pas en soi à une violation du TJE. Les juridictions qui incluent déjà ce type de libellé supplémentaire ont estimé qu’il était utile pour préserver leur droit de réglementer, en particulier à la lumière de questions d’intérêt public telles que le changement climatique. Les délégués de plusieurs gouvernements qui n’incluent pas cette formulation dans leurs traités ont exprimé leur intérêt pour ces éléments supplémentaires.

11. Les délégués ont également fait part de leur expérience et de leur point de vue sur l’efficacité des mécanismes spécifiques au choix de la conception des clauses de TJE. En

³ La notion de « transition » est utilisée dans cette note comme un terme générique pour tout type d’intervention visant à aligner les conceptions de traités plus anciens sur les approches actuelles ou à améliorer les résultats de certaines clauses de traités par d’autres moyens. Une « transition » pourrait par exemple être réalisée par le biais d’un instrument interprétatif, d’une modification ou d’un amendement du texte d’un traité.

particulier, la clarification du contenu du droit international coutumier a été décrite comme contribuant à éviter une interprétation autonome des clauses de TJE, mais pas entièrement suffisante pour éviter les décisions qui, sous prétexte d'appliquer le droit international coutumier, dégagent des normes à partir de sentences arbitrales antérieures sans s'assurer que ces sentences s'appuient sur une pratique cohérente des États et sur l'*opinio juris*, ou qui étendent la norme à des protections plus larges telles que les « attentes légitimes », dont la cristallisation en droit coutumier est largement contestée par les gouvernements. Certaines délégations ont noté une cohérence croissante dans l'interprétation des dispositions relatives au TJE à cet égard.

12. Les juridictions ont accueilli favorablement l'échange d'informations sur les préférences réglementaires et les méthodes de clarification. Plusieurs délégués ont exprimé leur intérêt pour un examen spécifique des éléments textuels qui font l'objet d'un large consensus et qui pourraient être considérés comme des points d'aboutissement potentiels des transitions des clauses de TJE.

2. Approches pour opérer une transition des modèles anciens de traités vers des modèles plus récents : accords ultérieurs et déclarations interprétatives

13. Le Secrétariat a présenté les principales conclusions de la note de recherche préparée en amont de la réunion (« *Approches prévues par le droit international pour opérer une transition des modèles anciens de traités d'investissement vers des modèles plus récents – « accords ultérieurs » : le rôle des déclarations interprétatives* »). La note aborde le potentiel des déclarations interprétatives comme moyen de transition des clauses substantielles des traités dans le contexte des travaux de l'Axe 2.

14. Les juridictions ont échangé leurs points de vue sur la question de savoir si les déclarations interprétatives constituent un outil effectif et efficace pour assurer la transition entre les conceptions antérieures des clauses substantielles des traités et les conceptions actuelles, en particulier en ce qui concerne le TJE. Elles ont également exprimé leur point de vue sur la question de savoir si la transition des clauses de TJE autonomes (non spécifiées), qui représentent environ 80% des clauses de TJE dans les traités en vigueur chez les participants de l'Axe 2, vers des conceptions modernes équivaldrait à un amendement du traité.

15. Plusieurs juridictions ont souligné qu'une déclaration interprétative plurilatérale concernant la clause de TJE pourrait être utile pour clarifier les intentions des négociateurs du traité et nécessiterait des procédures plus courtes qu'un amendement. Certains délégués ont estimé qu'une interprétation conjointe pourrait être particulièrement efficace si elle était rédigée conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT) – en particulier, à la condition qu'elle ne modifie pas le sens initial du traité, ce qui équivaldrait sinon à un amendement.

16. D'autres délégations ont rappelé qu'une interprétation conjointe ne contraint pas les tribunaux arbitraux à appliquer une certaine interprétation de l'accord existant. Quelques juridictions ont exprimé leur préférence pour un amendement car il s'agit d'un instrument juridiquement plus solide et contraignant qu'une déclaration interprétative. En outre, une modification ou un amendement peut s'avérer plus utile pour modifier le contenu des dispositions pour lesquelles une interprétation conjointe pourrait ne pas suffire.

17. Certaines délégations ont également fait part des procédures qui s'appliquent dans leur législation nationale pour l'adoption des déclarations interprétatives par rapport aux amendements aux traités. Il apparaît que dans certaines juridictions, l'adoption d'une interprétation conjointe ne nécessite pas l'approbation d'un organe législatif et peut être

réalisée par un décret exécutif, tandis que dans d'autres cas, les déclarations interprétatives et les amendements doivent tous deux être ratifiés par le parlement.

18. Certaines délégations ont fait observer qu'un accord sur le contenu des clauses de TJE aiderait à décider de l'approche qui permettrait une mise en œuvre efficace d'un processus de transition.

—