

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

Synthèse des débats sur l'Avenir des traités d'investissement (Axe 2) lors des réunions du 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 synthétise les débats des réunions sous l'Axe 2 qui se sont tenues le 7 novembre 2023. Les gouvernements qui participent aux travaux ont consenti à sa publication. Ce document a été initialement distribué sous la cote DAF/INV/TR2/WD(2023)6. 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 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>.

L’Avenir des traités d’investissement : Synthèse des discussions de la réunion du 7 novembre 2023

Table des matières

Contexte et objet du présent document	3
1. Poursuite des discussions sur l’évolution des conceptions et des approches des clauses de TJE dans les traités d’investissement	5
2. Dispositions relatives au TJE dans les traités d’investissement : une tentative de quantification des instruments disponibles pour effectuer une transition des conceptions antérieures vers les approches actuelles.....	9
3. Méthodes de transition des conceptions anciennes vers les approches actuelles des clauses de TJE : amendements aux traités.....	9
4. Thèmes et priorités pour la poursuite des travaux dans le cadre de l’Axe 2	11

Contexte et objet du présent document

1. L’OCDE anime des 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 d’une durée initiale de deux ans. La réunion inaugurale du Projet sur l’Axe 2, rassemblant experts des traités et régulateurs issus de nombreuses juridictions, s’est tenue à distance du 27 au 29 octobre 2021. 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, 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.

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 de

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>.

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 tenue dans le cadre de l’Axe 2 le 7 novembre 2023. Le résumé a été préparé par le Secrétariat et les gouvernements participants ont eu l’occasion de commenter le projet. Le résumé suit la structure des discussions. Les discussions de la réunion du 7 novembre 2023 ont poursuivi les discussions entamées lors de la réunion de l’Axe 2 d’avril 2023, elles ont poursuivi l’examen des clauses de traitement juste et équitable (TJE) telles que prévues dans les traités d’investissement et ont été appuyées par des interventions d’experts. Elles ont également porté sur l’identification préliminaire des instruments qui pourraient être nécessaires pour assurer la transition des clauses de TJE dans les traités d’ancienne génération vers les approches actuelles, ainsi que les amendements aux traités en tant que mécanisme de mise en place de transitions au sein des traités d’investissement.³

1. Poursuite des discussions sur l’évolution des conceptions et des approches des clauses de TJE dans les traités d’investissement

8. Lors des précédentes réunions de l’Axe 2 du 12 avril et du 27 juin 2023, plusieurs délégations avaient exprimé le souhait de mieux comprendre les implications de l’évolution de la conception des clauses de TJE vers les approches qui sont désormais presque systématiquement utilisées dans les juridictions, et les implications pratiques, le cas échéant, que l’utilisation de ces approches plus récentes pourrait avoir. Trois experts ont été invités à donner leur avis sur la question : le professeur Patrick Dumberry (professeur à l’Université d’Ottawa, Canada), le professeur Jansen Calamita (Centre for International Law, Université nationale de Singapour) et Mme Roslyn Ng’eno (Experte Senior en Investissement, Secrétariat de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECA)).

9. **Le professeur Patrick Dumberry** a présenté ses recherches et ses conclusions sur l’interprétation et les résultats des différentes conceptions de clauses de TJE – y compris les clauses de TJE autonomes et les nouvelles approches des clauses de TJE – dans le cadre du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), en se basant sur les sentences arbitrales investisseur-État accessibles au public.⁴ L’étude se concentre sur trois points :

- le raisonnement et les conclusions des tribunaux arbitraux sur la relation entre le standard de traitement des clauses de TJE autonomes, d’une part, et les normes du « droit international », le « standard minimum de traitement » (SMT) et le droit international coutumier (DIC) d’autre part ;
- les conclusions des tribunaux arbitraux sur le contenu de la norme de TJE dans le cadre des différents modèles de traités ; et

³ La notion de « transition » est utilisée comme un terme générique pour tout type d’intervention qui cherche à aligner les anciennes conceptions des traités sur les approches actuelles ou à améliorer les résultats de certaines clauses des traités d’une autre manière. Une « transition » pourrait par exemple être réalisée par le biais d’un instrument d’interprétation ou d’un amendement du texte d’un traité.

⁴ « Le coût de l’inaction : pratique arbitrale concernant les clauses de TJE d’ancienne génération et les approches actuelles des clauses de TJE » ([DAF/INV/TR2/RD\(2023\)1/REV1](#)). Présentation du professeur Patrick Dumberry (Université d’Ottawa, Canada (actualisée), 19 décembre 2023.

- si les clauses de TJE conçues différemment dans les traités d'investissements sous-jacents aboutissent à des résultats différents en ce qui concerne la responsabilité des États défendeurs dans le cadre du RDIE et le quantum.

10. Le professeur Dumberry a noté qu'une majorité de tribunaux avaient interprété les clauses de TJE autonomes – le modèle observé dans environ 80% des traités d'investissement en vigueur⁵ – par une référence explicite à leur caractère « autonome ». Cela signifiait l'inclusion d'éléments tels que des obligations de transparence et la protection des attentes légitimes des investisseurs, ce qui se traduisait par un degré de protection plus élevé en vertu des clauses de TJE autonomes par rapport à la protection en vertu du SMT du DIC. Une minorité de sentences arbitrales n'ont pas spécifiquement abordé la question du statut d'une clause de TJE par rapport à sa relation avec le droit international, la coutume ou le SMT, mais les tribunaux ont, dans ces cas, également interprété la norme de TJE de manière tout aussi large. Dans environ 50% des 120 sentences de l'échantillon fondées sur des traités comportant des clauses de TJE autonomes, les tribunaux se sont prononcés en faveur des demandeurs en ce qui concerne les plaintes fondées sur le TJE (des violations d'autres normes avaient également été alléguées dans ces affaires). Le professeur Dumberry a conclu que les clauses de TJE autonomes étaient souvent interprétées de manière large, ce qui conduisait les tribunaux à se prononcer en faveur des demandeurs.

11. Le professeur Dumberry a examiné une deuxième catégorie de clauses dans le cadre de ses recherches, à savoir les clauses de TJE lorsque le TJE est associé au « droit international » ou aux « principes du droit international ».⁶ Il a constaté que les clauses de TJE qui exigent que le traitement accordé aux investisseurs soit « conforme » au droit international étaient pratiquement interprétées dans toutes les sentences comme ne faisant pas référence au SMT en vertu du DIC et comme constituant une norme de traitement minimum ou « plancher ». En conséquence – et conformément aux sentences rendues en ce qui concerne les clauses de TJE autonomes – les tribunaux arbitraux ont, dans ces cas, donné raison aux plaignants et accordé des indemnités importantes. En revanche, lorsque les clauses de TJE prévoient que le traitement accordé aux investisseurs doit être « non inférieur » à celui requis par le droit international, les tribunaux ont été divisés de manière égale dans leurs conclusions : environ la moitié d'entre eux ont estimé que cette approche offrait le même niveau de protection que les clauses de TJE autonomes (une norme de type « plancher »), ce qui a donné lieu à l'engagement de la responsabilité de l'État et à une indemnisation. L'autre moitié a estimé que ce modèle se référait au SMT au sens du DIC, et a donc accordé aux investisseurs le même niveau de protection que celui offert par le SMT au sens du DIC. Dans les décisions qu'ils ont rendues, ces tribunaux ont adopté une interprétation plus étroite du contenu du TJE, et la grande majorité d'entre eux n'ont constaté aucune violation sur cette base. Le professeur Dumberry a conclu sur cette base que les tribunaux arbitraux adoptaient généralement, sur la base de plaintes déposées en vertu de clauses de TJE autonomes mais aussi de clauses faisant référence au « droit international », des interprétations larges de la norme et donnaient ainsi raison aux plaignants sur cette base.⁷

⁵ « Dispositions relatives au traitement « juste » et « équitable » figurant dans les traités d'investissement – Étude à large échantillon des dispositions des traités », Note de recherche du Secrétariat de l'OCDE, 12 avril 2023, accessible au public à l'adresse <https://oe.cd/lati-tje>.

⁶ Voy., « Le coût de l'inaction : pratique arbitrale concernant les clauses de TJE d'ancienne génération et les approches actuelles des clauses de TJE » (DAF/INV/TR2/RD(2023)1/REV1). Présentation du professeur Patrick Dumberry (Université d'Ottawa, Canada (actualisée), 19 décembre 2023, section 2.

⁷ Voy., « Le coût de l'inaction : pratique arbitrale concernant les clauses de TJE d'ancienne génération et les approches actuelles des clauses de TJE » (DAF/INV/TR2/RD(2023)1/REV1). Présentation du

12. La troisième et dernière catégorie de clauses de TJE examinées par le professeur Dumberry dans ses recherches concerne les clauses de TJE liées au SMT du DIC.⁸ Il a constaté que les tribunaux de l'ALENA, conformément à la note d'interprétation de 2001 de la Commission du libre-échange, ont confirmé que la clause de TJE se référait directement au SMT, et que cette norme devait être définie de manière étroite et n'incorporait qu'un nombre limité d'éléments de protection. En conséquence, les tribunaux de l'ALENA n'ont conclu à une violation du TJE que dans 25% des plaintes déposées par des investisseurs pour violation de cette norme. Par ailleurs, les sentences rendues à la suite de plaintes déposées pour violation des clauses de TJE liées au SMT dans le cadre d'autres traités d'investissement témoignent également d'une interprétation restrictive du standard. Il a conclu que les clauses de TJE explicitement associées au SMT réduisent considérablement la possibilité que les tribunaux adoptent une interprétation large de la clause de TJE et accordent une indemnisation importante. A cet égard, répondant à une question d'une délégation, il a noté que, d'après ses recherches, les tribunaux arbitraux ont généralement considéré que les clauses de TJE autonomes incluent une obligation pour l'État hôte de protéger les attentes légitimes des investisseurs, alors que les tribunaux saisis de litiges découlant de clauses de TJE liées au SMT considèrent généralement les attentes d'un investisseur comme un facteur à prendre en compte plutôt que comme une obligation en soi.

13. Une délégation a fait remarquer, à la suite de la présentation du professeur Dumberry, que le coût élevé de l'inaction, mis en évidence par le grand nombre de traités d'ancienne génération comportant des clauses de TJE autonomes, confirmait la nécessité de moderniser ces traités à la lumière des nouvelles approches en matière de normes de protection.

14. **Le professeur Jansen Calamita** a apporté des éclaircissements sur la distance matérielle effective ou le chevauchement entre les deux principales approches des clauses de TJE dans les traités plus récents, à savoir : l'approche par liste fermée et l'association du TJE avec le SMT dans le cadre du DIC. Le professeur Calamita a présenté les positions des États concernant les dispositions relatives au TJE fondées sur le SMT et celles des tribunaux arbitraux. Il a noté que la pratique constante des États de l'ALENA en matière de litiges – en tant que défendeurs et dans le contexte des soumissions de tierces parties – a façonné une conception de la clause de TJE fondée sur le SMT à la portée restreinte, et qui est étroitement liée à des règles ou principes spécifiques cristallisés dans le cadre du DIC, à savoir le déni de justice dans les procédures juridictionnelles pénales, civiles ou administratives et, séparément, l'arbitraire manifeste. L'évolution textuelle et la diffusion de ces clauses ont mis en évidence la manière dont la disposition et la norme ont évolué dans les traités, de l'ALENA – y compris sa note d'interprétation de 2001 – au PTPGP et au PERG.

15. La présentation du professeur Calamita s'est poursuivie par un examen et une analyse textuelle du contenu des clauses de TJE par liste fermée, en se référant à l'AECG. Il a souligné que le contenu de la disposition de l'AECG semble avoir été largement inspiré par la pratique des tribunaux de l'ALENA interprétant le SMT. Il a toutefois rappelé que les traités d'investissement présentant cette approche du TJE n'étaient pas encore en vigueur et qu'il n'existait aucune pratique arbitrale résultant de plaintes déposées dans le cadre de ces traités.

professeur Patrick Dumberry (Université d'Ottawa, Canada (actualisée), 19 décembre 2023, sections 1 et 2 et l'analyse empirique du professeur Dumberry à ce propos.

⁸ Voy., « Le coût de l'inaction : pratique arbitrale concernant les clauses de TJE d'ancienne génération et les approches actuelles des clauses de TJE » ([DAF/INV/TR2/RD\(2023\)1/REV1](#)). Présentation du professeur Patrick Dumberry (Université d'Ottawa, Canada (actualisée), 19 décembre 2023, section 3.

16. Le professeur Calamita a ensuite présenté une comparaison structurelle entre le TJE fondé sur le SMT et l'approche par liste fermée. Il a fait remarquer que les parties à l'ALENA avaient défendu avec succès leurs demandes et maintenu une interprétation étroite de la norme de l'ALENA grâce à une pratique contentieuse vigoureuse et cohérente. Il a également noté qu'une seule interprétation conjointe avait été faite dans le cadre de l'ALENA, ce qu'il a comparé au mécanisme d'examen intégré de la liste fermée disponible dans le cadre de l'AECG, à titre d'exemple, pour contrôler et corriger les interprétations de la clause de TJE.

17. Plusieurs délégations ont posé des questions complémentaires aux présentations des experts concernant l'étendue effective de la couverture de l'approche fondée sur une liste fermée. Les experts ont noté que cette approche présentait moins de « risques » pour les États défendeurs que les clauses de TJE autonomes.

18. Une autre délégation a demandé à cet égard si une approche par liste fermée du TJE, en énumérant spécifiquement les éléments qui constituent le champ d'application de la norme, réduisait effectivement l'insécurité juridique et l'imprévisibilité dans le contexte du RDIE. Le professeur Calamita a noté que la question restait ouverte, car l'approche par liste fermée n'a pas encore donné lieu à une pratique arbitrale. Il a également indiqué que les tribunaux arbitraux pourraient en effet finir par s'appuyer sur le SMT par référence au DIC lorsqu'ils sont appelés à comprendre les éléments de la liste fermée et à interpréter et appliquer les clauses de TJE par liste fermée telles que celles de l'AECG. À cet égard, un certain nombre de délégations ont estimé que les deux approches convergent largement vers le même objectif – à savoir limiter le pouvoir discrétionnaire des tribunaux arbitraux – et que, sur le fond, les deux approches présentent des caractéristiques communes, par exemple le respect de l'État de droit ou l'accès à la justice et l'établissement d'un seuil de gravité minimal pour établir une violation. Ils ont fait remarquer à cet égard que la coexistence des deux approches ne devrait pas être considérée comme un obstacle à la poursuite des discussions sur les clauses de TJE et sur la manière dont les anciennes conceptions des clauses de TJE, telles que les clauses autonomes, devraient être traitées dans les traités d'ancienne génération.

19. **Mme Roslyn Ng'eno** a présenté l'approche de l'Union africaine en la matière, telle que reflétée dans le Protocole sur l'investissement à l'Accord portant création de la ZLECA, adopté en février 2023. Mme Ng'eno a noté que le Protocole modernisait les traités d'investissement des États africains, en équilibrant les intérêts de développement des pays avec les intérêts des investisseurs, tout en affirmant également les droits des États de réglementer les investissements dans l'intérêt public. Elle a expliqué que la solution répondait également aux préoccupations de ces pays, fondées sur l'expérience acquise dans le cadre de leurs accords d'investissement existants.

20. Mme Ng'eno a souligné que la formulation par le Protocole de la norme du « Traitement Administratif et Judiciaire » reflétait les bonnes pratiques et les tendances de la politique d'investissement raisonné telles que formulées par les communautés économiques régionales. Mme Ng'eno a décrit cette approche comme une « déviation » par rapport à la norme de TJE qui était considérée par les parties au traité comme trop large et incluant les attentes légitimes des investisseurs. Mme Ng'eno a expliqué que le Protocole visait à assurer une plus grande prévisibilité et une plus grande clarté et qu'il limitait les clarifications à la protection substantielle. La norme prend en compte les aspects fondamentaux de la protection des investisseurs et des investissements, y compris les droits de la défense dans les procédures pénales, civiles et administratives. Se référant à la présentation du professeur Dumberry, Mme Ng'eno a noté que la clause du protocole « mélangeait » les éléments d'une liste tout en se référant également au SMT conformément au DIC, avec l'intention de limiter la marge d'appréciation dans les litiges.

2. Dispositions relatives au TJE dans les traités d'investissement : une tentative de quantification des instruments disponibles pour effectuer une transition des conceptions antérieures vers les approches actuelles

21. Le Secrétariat a présenté les principales conclusions d'une note d'information sur les moyens susceptibles d'être disponibles pour effectuer une transition des conceptions de TJE d'ancienne génération vers des approches plus récentes. La note fournit une estimation quantitative des instruments de droit international qui seraient probablement disponibles pour effectuer une transition sur la base d'une approche traité par traité. Sur la base d'une série d'hypothèses préliminaires exposées dans la note, environ 85% des traités d'investissement actuellement en vigueur et conclus par les juridictions participant à l'Axe 2 et qui présentent des conceptions de TJE qui ne sont plus utilisées pourraient probablement faire l'objet d'une transition par le biais d'un instrument interprétatif. Les 15% restants des traités actuellement en vigueur nécessiteraient probablement un amendement pour assurer une transition vers une approche plus récente.

22. La Présidente a rappelé le caractère préliminaire et général de ces conclusions, et que les questions spécifiques telles que le contenu de toute interprétation potentielle détermineraient probablement aussi les moyens disponibles pour faire évoluer le contenu des traités afin de refléter des conceptions plus récentes.

23. Les délégués ont noté les avantages de cette approche qui fournit un ordre de grandeur, les juridictions devant également garder à l'esprit les spécificités de chaque traité individuel lors de la mise en œuvre d'une transition. La spécificité de chaque négociation de traité d'investissement, la discrétion de la partie dans le choix d'effectuer ou non une transition, ainsi que les moyens de réaliser une transition ont été rappelés.

24. Plusieurs délégations ont souligné les avantages d'une approche plurilatérale de transition des clauses de TJE et, plus généralement, de la modernisation du contenu des traités d'investissement. Certaines ont déclaré que l'élaboration d'une solution commune serait plus efficace que des transitions individuelles pour chaque traité d'investissement par le biais d'amendements ou d'interprétations conjointes. Il a également été mentionné qu'il était urgent de procéder à la transition des traités qui présentent des approches et des conceptions plus anciennes des clauses de TJE, et qu'une solution multilatérale pourrait prendre plus de temps que les transitions de traités individuels. Il a également été souligné que ces deux approches – multilatérale et individuelle – ne s'excluaient pas mutuellement et pouvaient être envisagées et menées en parallèle.

3. Méthodes de transition des conceptions anciennes vers les approches actuelles des clauses de TJE : amendements aux traités

25. Lors de la précédente réunion de l'Axe 2 du 27 juin 2023, plusieurs délégations ont exprimé leur intérêt pour la poursuite des discussions sur les instruments juridiques potentiellement disponibles pour mettre en œuvre une transition des conceptions anciennes vers des approches plus récentes, en mettant particulièrement l'accent sur les amendements plurilatéraux aux traités. Ces discussions ont été considérées comme permettant une meilleure compréhension des implications et de l'expérience de leur utilisation, ainsi que des leçons tirées de cette expérience. Deux experts ont apporté leur contribution, Mme Claire Marguerettaz (Direction des affaires juridiques de l'OCDE) et M. José Angelo Estrella Faria (Juriste principal, Secrétariat de la CNUCDI).

26. **Mme Claire Marguerettaz** a présenté la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base

d'imposition et le transfert de bénéfices (l'[IM BEPS](#)). Elle a rappelé que l'objectif de la convention était de lutter contre les stratégies d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices, qui visent à exploiter les lacunes et les disparités des règles fiscales pour déplacer artificiellement les bénéfices vers des lieux à fiscalité faible ou nulle, où l'activité économique est faible ou inexistante, afin de réduire l'impôt global sur les sociétés, et que les efforts pour lutter contre le BEPS comprenaient un certain nombre de mesures, dont l'une était liée aux conventions fiscales et visait à établir un certain nombre de normes minimales. Elle a souligné que de nombreuses questions actuellement examinées par les participants à l'Axe 2 étaient similaires à celles que les négociateurs fiscaux avaient examinées au début des discussions sur le BEPS, à savoir les considérations sur la manière de traiter les questions découlant de milliers de conventions fiscales bilatérales existantes (plus anciennes).

27. Mme Marguerettaz a expliqué que la renégociation bilatérale des conventions fiscales et l'adoption d'un modèle de protocole avaient été initialement envisagées comme options pour mettre en œuvre ces mesures, mais qu'elles avaient été exclues en raison des défis importants qu'elles représentaient – des processus exigeant beaucoup de ressources et de temps qui auraient impliqué une renégociation bilatérale des conventions fiscales. Au lieu de cela, les gouvernements ont choisi de donner effet à l'accord politique visant à lutter contre le BEPS au moyen d'un instrument multilatéral novateur qui modifierait plus de 3 000 conventions fiscales. L'instrument multilatéral a été négocié relativement rapidement, bénéficiant d'un accord politique : les négociations ont commencé en 2015, l'instrument multilatéral BEPS et son exposé des motifs ont été adoptés en 2016 et sont entrés en vigueur en juillet 2018.

28. Mme Marguerettaz a expliqué le fonctionnement de l'IM BEPS. Étant donné que les négociateurs avaient demandé « une négociation, une signature et une ratification » pour modifier leurs conventions fiscales bilatérales existantes, l'IM a été interprété comme un accord autonome qui *modifie* – plutôt qu'il n'*amende* – les conventions fiscales existantes. Alors qu'un amendement change le texte du traité et cesse ensuite d'exister, l'IM « modificateur » continue de modifier l'application des traités existants. Par ailleurs, Mme Marguerettaz a souligné que l'accord de reconnaissance mutuelle offre aux parties signataires une flexibilité considérable, compte tenu du fait que les besoins et les problèmes varient d'une convention à l'autre, par exemple en ce qui concerne le respect des normes minimales. En outre, les juridictions peuvent également choisir de ne pas appliquer les dispositions qui ne sont pas liées aux normes minimales, entre autres. Elle a également expliqué les différents mécanismes permettant d'assurer la clarté et la transparence quant à l'application de l'IM BEPS aux différentes conventions fiscales bilatérales et a renvoyé au site web de l'OCDE⁹ pour des informations plus détaillées.

29. **Mr José Angelo Estrella Faria** a présenté les travaux que le Groupe de Travail III entreprend pour explorer les solutions et instruments multilatéraux permettant de mettre en œuvre les réformes des traités d'investissement. Il a souligné la diversité des options envisagées et l'étude des expériences de modifications entre parties de traités préexistants, à savoir la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (2014) (« Convention de Maurice sur la transparence ») et la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. M. Estrella Faria a donné un aperçu de la structure potentielle d'un accord multilatéral unique de réforme du RDIE, qui contiendrait des protocoles et des annexes individuels avec un mécanisme d'adhésion permettant aux gouvernements de choisir les réformes qu'ils souhaitent appliquer à leurs traités. Il a indiqué que le Groupe de Travail III de la CNUDCI avait commencé à examiner

⁹ [Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir le BEPS - OCDE \(oecd.org\)](#).

les questions et les réformes qui devraient être incluses dans l'instrument de base et celles qui seraient incluses dans les annexes, ainsi que la question des réserves, et qu'il poursuivrait l'étude de ces considérations lors des sessions de 2024.

30. Les délégués ont noté la pertinence directe de ces exemples pour les discussions de l'Axe 2.

4. Thèmes et priorités pour la poursuite des travaux dans le cadre de l'Axe 2

31. Les participants ont pris note de la note révisée sur les *Orientations pour les travaux de l'Axe 2 du programme de travail portant sur l'Avenir des traités d'investissement – Priorités, délimitation et séquençage des travaux à venir* qui intègre les points de vue que les participants à l'Axe 2 ont exprimés lors de la réunion du 27 juin 2023.¹⁰ Plusieurs délégations ont réitéré leur soutien aux travaux menés dans le cadre de l'Axe 2. Elles ont demandé :

- Que les discussions futures englobent des aspects sur lesquels la pratique conventionnelle n'a pas ou peu dégagé de consensus, tels que le droit de réglementer ;
- Une analyse plus approfondie de la manière dont les tribunaux prennent en compte les instruments d'interprétation dans leurs sentences à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; et
- Que davantage de temps soit consacré à la discussion et à l'échange dans le cadre de réunions plus fréquentes et plus longues.

—

¹⁰ Cette note est accessible au public à l'adresse <https://oe.cd/lati>.