

Non classifié

Français - Or. Anglais

21 mars 2025

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE L'INVESTISSEMENT****Traitement juste et équitable : établissement de l'étendue de l'accord sur ses contours et son contenu****Note du Secrétariat de l'OCDE**

Les dispositions relatives au « traitement juste et équitable » (TJE) ont été identifiées comme un sujet prioritaire à examiner dans le cadre de l'Axe 2 du programme de travail de l'OCDE sur l'*Avenir des traités d'investissement*. Il a été suggéré que la clause de TJE soit considérée comme une clause test pour mener la réflexion sur les modalités pratiques dont disposent les gouvernements intéressés pour mettre en œuvre une transition de leurs traités d'investissement contenant des conceptions anciennes vers des modèles plus récents. La présente note soutient ces efforts en visant à établir l'étendue de l'accord parmi les participants à l'Axe 2 sur les contours et le contenu des obligations de TJE afin que les juridictions intéressées puissent évaluer les bénéfices d'une éventuelle interprétation conjointe plurilatérale pour clarifier les obligations de TJE dans un grand nombre de traités d'investissement contenant une référence non-spécifiée au standard et potentiellement ceux qui contiennent d'autres modèles. Cette note a été discutée lors de la réunion de l'Axe 2 qui s'est tenue le 30 mai 2024.

Cette note est rendue publique afin d'assurer la transparence des discussions gouvernementales dans le cadre de l'Axe 2. Les délégués ont eu l'occasion de commenter son contenu avant sa publication. Cette note ne préjuge pas des résultats des discussions dans le cadre du programme de travail de l'Axe 2.

Les travaux sur l'*Avenir des traités d'investissement* sont documentés sur <https://oe.cd/lati2>.

investment@oecd.org

Cette note est publiée sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions exprimées et les arguments employés ici ne reflètent pas nécessairement les vues officielles des pays Membres de l'OCDE.

JT03562660

Table des matières

Contexte et objet de la présente note	3
Questions à considérer	5
1. Liste « négative » d'éléments qui ne constituent pas une violation du TJE	6
1.1. L'illégalité d'une mesure ne constitue pas en soi une violation du TJE.....	6
1.2. La frustration des attentes de l'investisseur ne constitue pas en soi une violation du TJE.....	7
1.3. Une modification de la réglementation ne constitue pas en soi une violation du TJE.....	8
2. Liste « positive » d'éléments susceptibles de constituer une violation du TJE	10
2.1. Déni de justice	10
2.2. Violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi.....	11
2.3. Arbitraire manifeste	13
2.4. Discrimination fondée sur des motifs illicites tels que le sexe, la race ou les convictions religieuses.....	13
2.5. Harcèlement, coercition ou abus de pouvoir.....	14
Remerciements.....	15

Contexte et objet de la présente note

1. La conception des clauses de « traitement juste et équitable » (TJE) dans les traités d'investissement a connu des changements substantiels depuis le début des années 2000, et de nouvelles conceptions qui définissent plus clairement les obligations au titre du TJE sont désormais utilisées de manière presque universelle et cohérente.¹ Des éléments linguistiques supplémentaires qui clarifient davantage la manière dont le concept de TJE doit être interprété sont apparus et se sont répandus.² Malgré les différences dans le langage des traités et dans l'approche de la clarification de la norme, les nouvelles conceptions des dispositions relatives au TJE suggèrent des points communs dans les intentions actuelles des participants sur les contours du TJE.³ De nombreux traités plus anciens ne contiennent aucune ou presque aucune orientation interprétative sur les contours du TJE – environ 80% des traités auxquels les participants à l'Axe 2 sont parties ne contiennent aucune clarification textuelle du concept (TJE « autonome »).

2. Les participants à l'Axe 2 des travaux menés sous l'égide de l'OCDE sur l'*Avenir des traités d'investissement* ont demandé que soient examinés les moyens pratiques disponibles pour effectuer une transition des traités plus anciens vers les approches actuelles, et que la clause de TJE soit utilisée comme exemple pour évaluer les options disponibles. Lors de la réunion du 12 mars 2024, les participants ont discuté des implications des interprétations conjointes comme moyen de réaliser une transition.⁴ Lors de la même réunion, ils ont discuté des éléments linguistiques supplémentaires apparaissant dans les traités récents qui clarifient davantage les contours du TJE.

3. La présente note, préparée pour la réunion prévue le 30 mai 2024, s'appuie sur les deux éléments de la discussion du 12 mars 2024. Son objectif est d'explorer l'étendue du consensus actuel sur les contours de la clause de TJE parmi les participants à l'Axe 2, qui pourrait éclairer une évaluation des bénéfices de l'utilisation d'une interprétation conjointe plurilatérale entre les juridictions intéressées pour assurer la transition des clauses de TJE.⁵ La connaissance de l'étendue du consensus sur les contours de la clause de TJE permettrait de montrer le potentiel – et les limites – d'une éventuelle interprétation conjointe plurilatérale sur laquelle les juridictions intéressées pourraient se mettre d'accord pour clarifier les contours de la clause de TJE, en particulier dans les traités contenant des clauses de TJE autonomes ainsi qu'éventuellement dans les traités avec des

¹ [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, avril 2023.

² *Conceptions de clauses de « traitement juste et équitable » dans les traités d'investissement récents : inventaire des clarifications supplémentaires*, note du Secrétariat de l'OCDE, mars 2024, [DAF/INV/TR2/WD\(2024\)3/REV1](#).

³ [L'Avenir des traités d'investissement – Axe 2 : Synthèse des discussions de la réunion du 12 mars 2024](#), Note du Secrétariat de l'OCDE, mars 2024.

⁴ *Approches prévues par le droit international pour opérer une transition des modèles anciens vers des modèles plus récents – « accords ultérieurs » : le rôle des déclarations interprétatives*, note du Secrétariat de l'OCDE, mars 2024, [DAF/INV/TR2/WD\(2024\)4/REV1](#).

⁵ Il est entendu que l'examen de ces questions ne préjuge en rien de la suite qui sera donnée à une telle interprétation ou à une autre intervention au sein de l'OCDE, ni des gouvernements qui pourraient adhérer à une telle interprétation.

conceptions actuelles du TJE qui ne contiennent pas tous les éléments qui décrivent l'intention des gouvernements.⁶

4. Si l'on en juge par la pratique récente en matière de traités, l'intention des gouvernements concernant le champ d'application et le contenu du TJE est probablement mieux décrite par des éléments « positifs » et « négatifs ».⁷ Une liste de descriptions « négatives » qui délimitent le champ d'application du TJE et sur lesquelles de nombreuses juridictions semblent s'accorder est présentée dans la section 1, tandis que la section 2 contient une liste d'éléments « positifs » qui semblent refléter les éléments d'une description largement, mais probablement pas universellement, partagée du standard de TJE.*

5. L'objectif de cette note est d'explorer le degré de consensus pour un potentiel exercice prospectif. Elle rassemble des informations sur l'intention des gouvernements à partir d'éléments apparaissant dans les textes de traités relativement récents,⁸ d'expressions de l'intention des gouvernements dans les soumissions de tierces-parties et les mémoires en défense, et d'informations partagées au cours des discussions des réunions de l'Axe 2 lorsque celles-ci ont révélé une certaine convergence de vues entre les juridictions participantes.

6. Afin de faciliter la référence aux éléments linguistiques présentés au cours de la discussion, les éléments « positifs » et « négatifs » sont numérotés. Lorsque plusieurs options pour un même élément ont été trouvées dans la pratique conventionnelle, elles sont regroupées sous le même numéro et distinguées par des lettres. Dans certains cas, ces options s'excluent mutuellement ; dans d'autres cas, plusieurs options peuvent être combinées pour mieux définir le champ d'application du TJE.

⁶ Par exemple, l'utilisation de descriptions « négatives » comme indiqué dans la section 1 de la présente note peut sembler pertinente pour les clauses de TJE liées au SMT qui définissent le contenu de la norme mais n'abordent pas nécessairement les limites du champ d'application de l'obligation.

⁷ Pour une illustration de cette structure au sein d'une interprétation conjointe, voir [India-Bangladesh BIT \(2009\) - Joint Interpretive Agreement \(2017\)](#) et [India-Colombia BIT \(2009\) – Joint Interpretative Declaration \(2018\)](#).

* Les composants textuels figurant dans la note en anglais sont inspirés de la rédaction de traités conclus par les participants à l'Axe 2. Lorsque cela était possible, ces composants ont été retranscrits dans la version française de la note à partir de traductions officielles des textes conventionnels. Lorsqu'aucun texte équivalent n'a été trouvé, une traduction non-officielle en français a été effectuée par le Secrétariat.

⁸ Les données de la section 1 proviennent principalement d'une note discutée lors de la réunion de l'Axe 2 du 12 mars 2024, [DAF/INV/TR2/WD\(2024\)3/REV1](#) ; les données qui étayent la section 2 ont été initialement développées pour [l'enquête sur les traités](#). Dans la mesure où les données ne sont pas déjà incluses dans cette note, elles proviennent de l'échantillon de 2 617 traités et documents connexes qui a été utilisé pour cette note de recherche. Les explications méthodologiques contenues dans cette note s'appliquent à la présente note.

Questions à considérer

- Les délégués conviennent-ils que pour une éventuelle interprétation conjointe plurilatérale, une description idéalement uniforme du contenu du TJE serait nécessaire ?
- La section 1 contient une liste de descriptions « négatives » utilisées dans les traités d'investissement récents pour délimiter le champ d'application et l'effet des clauses de TJE. Laquelle de ces options fait partie de la description des contours du TJE que votre gouvernement serait susceptible d'accepter s'il était intéressé par une clarification des clauses de TJE dans les traités existants ?
- La section 2 contient une liste « positive » d'éléments sur lesquels au moins certains participants pourraient se mettre d'accord. Parmi ces options, lesquelles font partie de la description des contours du TJE que votre gouvernement serait susceptible d'approuver s'il était intéressé par une clarification des clauses de TJE dans les traités existants ?

Note : Si les délégués ne sont pas en mesure d'exprimer le point de vue officiel de leur gouvernement sur une éventuelle interprétation conjointe, ils sont néanmoins invités à faire part de leur niveau de convergence sur le fond pour chacun des éléments 1 à 8.

1. Liste « négative » d'éléments qui ne constituent pas une violation du TJE

7. La pratique conventionnelle récente des participants à l'Axe 2 semble refléter une compréhension largement partagée des descriptions « négatives » spécifiques qui indiquent quelles circonstances ne constituent pas en elles-mêmes une violation du TJE. Ces limitations pourraient être utiles pour délimiter les contours du standard dans une éventuelle interprétation conjointe. Ces clarifications peuvent être regroupées en trois catégories, dans lesquelles différentes formulations peuvent être observées. Ces trois catégories concernent le lien entre l'illégalité d'une mesure et le TJE (1.1), le lien entre les attentes d'un investisseur et le TJE (1.2), et l'interaction entre les changements de réglementation ou les décisions administratives et le TJE (1.3).

1.1. L'illégalité d'une mesure ne constitue pas en soi une violation du TJE

8. Des traités récents conclus par un nombre croissant de juridictions précisent que l'illégalité d'une mesure n'équivaut pas en soi à une violation du TJE. Les violations d'autres dispositions d'un même traité, d'autres traités et du droit interne de l'une des parties sont mentionnées.

1a	La constatation d'un <u>manquement à une autre disposition du présent accord ou d'un accord international distinct</u> n'établit pas un manquement à la clause de traitement juste et équitable.
-----------	--

9. Une formulation semblant exprimer la même intention que le texte présenté ci-dessus au point **1a** apparaît dans 147 traités d'investissement conclus par les juridictions participant à l'Axe 2. La pratique conventionnelle récente suggère une compréhension largement répandue du fait qu'une violation d'une disposition ou d'un accord distinct n'équivaut pas en soi à une violation du TJE : parmi les 99 juridictions participantes, 76 ont inclus cet élément dans au moins un de leurs traités d'investissement.⁹

1b	Le fait qu'une mesure viole le <u>droit interne</u> n'établit pas une violation du traitement juste et équitable.
-----------	---

10. Les traités d'investissement contenant une spécification similaire au texte présenté au point **1b** comprennent plusieurs accords conclus par le Canada, à commencer par l'[AECG](#)¹⁰ en 2016. Le Canada, l'Ukraine, le Royaume-Uni, le Chili et tous les États membres de l'UE incluent cette formulation dans au moins un de leurs traités.

⁹ Argentine, Australie, Autriche, Bangladesh, Belgique, Bénin, Brésil, Bulgarie, Burkina Faso, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croatie, Danemark, Égypte, Équateur, Estonie, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Guinée, Hongrie, Inde, Indonésie, Irlande, Israël, Italie, Japon, Jordanie, Kazakhstan, Kenya, Corée, Koweït, Lettonie, Lituanie, Tchécoslovaquie, Luxembourg, Malaisie, Mali, Maurice, Mexique, Moldavie, Mongolie, Maroc, Nouvelle-Zélande, Nigeria, Oman, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, Qatar, Roumanie, Sénégal, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Afrique du Sud, Espagne, Suède, Thaïlande, Türkiye, Ukraine, Émirats arabes unis, Royaume-Uni, États-Unis, Uruguay, Ouzbékistan, Viet Nam, Union européenne.

¹⁰ Cette position avait été exprimée antérieurement par les parties à l'ALENA dans des mémoires en défense et des soumissions de tierce-parties. Voir, par exemple, *Glamis Gold, Ltd. v. United States*, [US Counter-Memorial](#), 19 septembre 2006, pp. 223-226; *ADF Group v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, [Second Submission of Mexico](#), 22 juillet 2002, p.18.

1c	La constatation d'un <u>manquement à une autre disposition du présent accord, d'un accord international distinct ou du droit interne</u> n'établit pas un manquement à la clause de traitement juste et équitable.
-----------	--

11. Le texte présenté au point **1c** combine les deux propositions (**1a** et **1b**) qui apparaissent dans des traités récents dans le contexte de la délimitation du TJE.¹¹ Ces trois éléments figurent dans des accords conclus par le Canada, le Chili, le Royaume-Uni, l'Ukraine et tous les États membres de l'UE.

1.2. La frustration des attentes de l'investisseur ne constitue pas en soi une violation du TJE

12. La mesure dans laquelle les attentes de l'investisseur constituent un élément pertinent du TJE, si tant est qu'elles en constituent un,¹² n'est pas claire, et les tribunaux arbitraux comme les parties contractantes expriment des avis divergents. Les traités conclus par un certain nombre de juridictions précisent que la frustration des attentes d'un investisseur ne constitue pas en soi une violation du TJE.

2a	Le simple fait qu'une Partie <u>prenne ou omette de prendre une mesure, d'une manière qui qui portent atteinte aux attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation du traitement juste et équitable</u> , même si cela a pour effet d'entraîner une perte ou un dommage à l'investissement visé.
-----------	---

13. Une description « négative » faisant référence à la frustration des attentes de l'investisseur, telle que celle présentée au point **2a**, apparaît fréquemment dans les traités d'investissement australiens, mais aussi dans au moins un traité d'investissement conclu par l'Argentine, Singapour, Hong Kong (Chine), le Canada, le Chili, l'Indonésie, le Pérou, le Royaume-Uni, l'Uruguay, le Japon, la R.P. de Chine, Singapour, la Corée, les Etats-Unis, la Nouvelle-Zélande, le Mexique, et tous les États membres de l'UE. Une description « négative » similaire faisant référence aux « attentes légitimes » figure également dans [l'Accord de protection des investissements UE-Singapour \(2018\)](#).¹³

¹¹ Par exemple, un texte similaire à celui présenté ici apparaît dans le [Canada-Ukraine Modernized FTA \(2023\)](#) dans les paragraphes suivants de l'article 17.9 : « 2. La détermination positive de l'existence d'une violation d'une autre disposition du présent accord ou d'un accord international distinct n'établit pas qu'il y a eu une violation du présent article. 3. Le fait qu'une mesure viole le droit interne n'établit pas une violation du présent article. »

¹² Certaines juridictions, comme les Etats-Unis et le Canada, ne considèrent pas les attentes des investisseurs étrangers, légitimes ou non, comme une composante du TJE. Voir, par exemple, *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, [Counter-Memorial of the Government of Canada](#), 31 mai 2008, p. 153; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, [Counter-Memorial of Respondent United States of America](#), 22 décembre 2008, p. 96; *Riverside Coffee, LLC v. Republic of Nicaragua*, ICSID Case No. ARB/21/16, [Submission of the United States of America](#), 15 March 2024, para. 17.

¹³ L'article 2.4.3 est accompagné d'une note de bas de page qui dispose la chose suivante : « Il est entendu que l'atteinte aux attentes légitimes au sens du paragraphe ci-dessus ne constitue pas en elle-même une violation du [traitement juste et équitable], et qu'une telle atteinte doit intervenir dans le contexte des mêmes événements ou circonstances que ceux dans lesquels s'inscrit la violation du [traitement juste et équitable] ».

2b	Lorsqu'il applique l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable précitée, le Tribunal peut tenir compte du fait qu'une Partie a fait ou non des <u>déclarations spécifiques</u> à un investisseur en vue d'encourager un investissement visé, <u>lesquelles ont créé une attente légitime et motivé la décision de l'investisseur d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé</u> , mais auxquelles la Partie n'a pas donné suite.
-----------	--

14. Le texte présenté au point **2b** figure à l'article 8.10.4 de l'[AECG](#) et est complété par le [Projet de déclaration interprétative](#) récemment publié par les parties à l'AECG.¹⁴ Bien que cette description ne soit pas rédigée « négativement », elle a pour effet d'exclure les représentations non-spécifiques et ambiguës des origines possibles des « attentes légitimes » ; elle est associée à une clause de TJE sous forme de liste fermée qui ne comprend pas de référence aux « attentes légitimes ».

1.3. Une modification de la réglementation ne constitue pas en soi une violation du TJE

15. Certains éléments de clarification supplémentaire ont été inclus pour tenir compte des changements affectant le cadre juridique applicable dans lequel l'investisseur opère, tels que les changements de réglementation ou les changements de pratiques administratives, y compris en ce qui concerne le retrait des subventions.

3a	A <u>change of the regulation</u> of a Contracting Party does not constitute by itself a violation of fair and equitable treatment.
-----------	---

16. La formulation présentée ci-dessus au point **3a** s'inspire des spécifications contenues dans un petit nombre de traités d'investissement, tels que le [TBI Colombie-Japon \(2011\)](#), le [Accord Inde-Taipei chinois \(2018\)](#) ou le [TBI Japon-Maroc \(2020\)](#). Elle confirme que les changements réglementaires ne sont pas suffisants en eux-mêmes pour enfreindre la clause de TJE.

3b	<u>Les mesures législatives ou réglementaires non discriminatoires et non arbitraires adoptées par l'une ou l'autre partie pour protéger des objectifs de politique publique, tels que l'ordre public, la santé publique, la sécurité publique, la protection de l'environnement et la politique économique, ne sont pas considérées comme une violation du traitement juste et équitable.</u>
-----------	--

17. La disposition présentée au point **3b** semble empêcher que des mesures poursuivant des objectifs de politique publique qui respectent certains critères soient interprétées comme une violation du TJE. Les traités d'investissement qui contiennent un tel libellé prévoient généralement que la mesure prise en application de ces objectifs doit être « non discriminatoire » et « non arbitraire ».¹⁵ Un certain nombre de participants à l'Axe 2 ont indiqué qu'ils souhaitaient s'assurer

¹⁴ Le [Projet de déclaration interprétative](#) dispose que « [d]es attentes légitimes ne peuvent pas découler de déclarations si un investisseur prudent et avisé ne se serait raisonnablement pas fié aux déclarations pour effectuer l'investissement, notamment parce que les déclarations n'étaient pas suffisamment précises et dépourvues d'ambiguïté et qu'elles n'avaient pas le degré de formalité requis, par exemple parce qu'elles n'ont pas été faites par écrit par l'autorité compétente d'une Partie ».

¹⁵ [Colombia-Israel FTA \(2013\)](#), [Colombia-Türkiye BIT \(2014\)](#), [Argentina-United Arab Emirates BIT \(2018\)](#). Plus rarement, certains traités d'investissement contiennent une clarification similaire mais qui n'exclut pas la violation du TJE. Au lieu de cela, elle exclut le droit à l'indemnisation au titre des dommages causés par la mesure. Voir, par exemple, [India-Colombia BIT \(2009\) – Joint Interpretative Declaration \(2018\)](#) qui dispose la chose suivante : “For further clarification, “fair and equitable treatment” standard under Article 3 does not require compensation for measures designed or applied to further public policy objectives including but not limited to: a. protection or improvement of national resources and the environment; b. human animal or plant life or health; c. human capital conditions of work and human

que des normes conventionnelles telles que le TJE ne soient pas interprétées comme limitant leur capacité à modifier le cadre réglementaire afin d'introduire de nouvelles réglementations liées au climat.¹⁶

3c	Le simple fait pour une partie de <u>ne pas accorder, renouveler ou maintenir une subvention ou une contribution, ou de la modifier ou de la réduire</u> ne constitue pas une violation du traitement juste et équitable, même si cela a pour effet d'entraîner une perte ou un dommage à l'investissement visé.
-----------	--

18. Les descriptions « négatives » relatives à l'émission, au renouvellement ou au maintien d'une subvention, similaires au texte présenté au point **3c**, sont souvent associées à d'autres clarifications, notamment en ce qui concerne la frustration des attentes d'un investisseur,¹⁷ et reflètent l'intention exprimée dans les traités d'investissement conclus par l'Australie, le Brunei, le Canada, le Chili, Hong Kong (Chine), le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour, le Royaume-Uni, les Etats-Unis, l'Uruguay et le Viet Nam.¹⁸

rights; d. protection or improvement of economic conditions and the integrity of the financial system; e. implementation of fiscal policy measures, including taxation”.

¹⁶ Pour une description négative liée à la prévisibilité objective d'une mesure, voir [Argentina-United Arab Emirates BIT \(2018\)](#) qui dispose la chose suivante : “[n]on-discriminatory and non-arbitrary legislative or regulatory measures adopted by either Party to protect general welfare objectives, such as public order, public health, public security, environmental protection and economic policy, and which give an investor of the other Party the same treatment as that accorded to its own investors or to investors of third States in like circumstances, shall not be deemed to breach the minimum standard of treatment”.

¹⁷ Par exemple, l'article 8.6 de l'[Australia-Peru FTA \(2018\)](#) dispose la chose suivante : « 3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article. 4. For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result. 5. For greater certainty, the mere fact that a subsidy or grant has not been issued, renewed or maintained, or has been modified or reduces, by a Party, does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result ».

¹⁸ Cette clarification apparaît dans les accords suivants : [Australia-Peru FTA \(2018\)](#), [Australia-Singapore FTA \(revised version of 2016\)](#), [Australia-United Kingdom FTA \(2021\)](#), [Australia-Uruguay BIT \(2019\)](#), [Canada-Chile FTA \(1996\) - Amendment \(2017\)](#), [CPTPP \(2018\)](#), [Mexico-Hong Kong \(China\) BIT \(2020\)](#), [New Zealand-Singapore CEPA Protocol \(2019\)](#).

2. Liste « positive » d'éléments susceptibles de constituer une violation du TJE

19. Sur la base de la pratique conventionnelle des participants à l'Axe 2, certains éléments peuvent être identifiés comme des composantes du TJE, soit parce qu'ils sont caractérisés comme faisant partie du droit international coutumier, soit parce qu'ils sont expressément inclus dans une liste d'éléments dans les traités contenant une clause de TJE sous forme de liste fermée. Si les participants à l'Axe 2 conviennent que certains de ces éléments décrivent au moins une partie du contenu du TJE, cet accord pourrait servir de base au contenu du standard dans une éventuelle interprétation conjointe. Les éléments des clauses de TJE qui apparaissent le plus souvent dans la pratique conventionnelle sont l'interdiction du déni de justice (2.1) et la violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi (2.2). D'autres composantes apparaissent moins fréquemment mais ont été ajoutées dans des traités récents contenant de nouvelles conceptions de clauses de TJE, ce qui pourrait indiquer qu'un certain nombre de participants à l'Axe 2 reconnaissent l'inclusion de ces composantes comme faisant partie du TJE. Ces éléments sont l'interdiction de l'arbitraire manifeste (2.3), de la discrimination fondée sur des motifs illicites (2.4) et du harcèlement, de la coercition et de l'abus de pouvoir (2.5).

2.1. Déni de justice

4a	Une Partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue un <u>déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives</u> .
-----------	---

20. Le déni de justice tel que défini dans le texte présenté au point **4a** est considéré comme une composante du traitement juste et équitable, quelle que soit l'approche choisie pour l'élaboration des clauses de TJE. Il a été explicitement reconnu dans les traités d'investissement conclus par la plupart des participants à l'Axe 2, que ce soit au sein de clauses de TJE liées au SMT¹⁹ ou dans les clauses de TJE sous forme de liste fermée.²⁰ Dans l'ensemble, 55 participants à l'Axe 2 ont conclu

¹⁹ Les participants à l'Axe 2 qui ont conclu un traité d'investissement dans lequel une clause de TJE liée au SMT contient une référence au déni de justice sont les suivants : Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Colombie, Costa Rica, Croatie, Tchécoslovaquie, Danemark, Équateur, Estonie, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Inde, Indonésie, Irlande, Italie, Japon, Corée, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malaisie, Maroc, Maurice, Mexique, Nouvelle-Zélande, Oman, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, Roumanie, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Espagne, Suède, Thaïlande, Émirats arabes unis, Royaume-Uni, États-Unis, Uruguay, Viet Nam, et Union européenne. Cela représente 53 juridictions sur 99 participants au programme de travail. Voir, par exemple, les traités suivants : [Australia-United Kingdom FTA \(2021\)](#), [Canada-Chile FTA \(1996\) - Amendment \(2017\)](#), [China-Singapore FTA \(2008\) - Protocol \(2018\)](#), [New Zealand-Singapore CEPA Protocol \(2019\)](#), [ASEAN-Hong Kong \(China\) Investment Agreement](#), [ASEAN-Korea FTA](#).

²⁰ Les participants à l'Axe 2 qui ont conclu un traité d'investissement dans lequel une clause de TJE sous forme de liste fermée contient une référence au déni de justice sont les suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Canada, Chine, Colombie, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Indonésie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malaisie, Pays-Bas, Oman, Philippines, Pologne, Portugal, Roumanie, Serbie, Singapour, Slovaquie, Suède, Thaïlande, Turquie, Émirats arabes unis, Viet Nam. Voir, par exemple, les traités suivants : [CETA](#), [EU-Singapore Investment Protection Agreement](#), [Czech-Iran BIT \(2017\)](#), [Hungary-Oman BIT \(2022\)](#), [Türkiye-Serbia BIT \(2018\)](#).

au moins un traité d'investissement contenant une clause de TJE qui fait expressément référence au déni de justice en tant que composante du standard. Certains traités qui excluent explicitement le TJE du champ des garanties en matière d'investissement prévoient une protection contre le déni de justice.²¹ Dans la plupart des cas, la notion de déni de justice est liée à la conduite des procédures pénales, civiles ou administratives.

4b	Le traitement juste et équitable comprend l'obligation de ne pas dénier justice dans les instances décisionnelles pénales, civiles ou administratives, <u>conformément au principe de l'application régulière de la loi.</u>
-----------	--

21. Dans un certain nombre de cas, l'obligation de ne pas commettre de déni de justice comprend une référence au principe de l'application régulière de la loi (**4b**).²²

4c	For greater certainty, the mere fact that <u>the covered investor's claim has been rejected, dismissed or unsuccessful</u> does not in itself constitute a denial of justice.
-----------	---

22. Dans certains traités d'investissement tels que [l'Accord de protection des investissements UE-Singapour \(2018\)](#), une description « négative » précise en outre que le simple fait de rejeter, d'écarter ou de ne pas faire aboutir la plainte d'un investisseur dans le cadre d'une procédure pénale, civile ou administrative n'équivaut pas en soi à un déni de justice (**4c**).²³

2.2. Violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi*

23. Selon la conception des clauses de TJE, cette composante peut être associée à l'interdiction du déni de justice²⁴ ou constituer une composante distincte du TJE.²⁵

²¹ Voir, par exemple, [AfCFTA Protocol on Investment](#).

²² Voir, par exemple, [Australia-United Kingdom FTA \(2021\)](#), [Canada-Chile FTA \(1996\) - Amendment \(2017\)](#), [China-Singapore FTA \(2008\) - Protocol \(2018\)](#), [New Zealand-Singapore CEPA Protocol \(2019\)](#), [ASEAN-Hong Kong \(China\) Investment Agreement](#), [Mexico-Central America FTA](#), [Pacific Alliance FTA](#).

²³ Des clarifications supplémentaires apparaissent également dans un nombre limité d'instruments tels que le [Projet de déclaration interprétative](#) publié par les Parties de l'AECG qui dispose la chose suivante : « une plainte pour déni de justice [...] nécessite l'épuisement préalable des voies de recours locales, sauf s'il n'existe pas de voies de recours locales raisonnablement disponibles pour offrir une réparation effective, ou si les voies de recours locales n'offrent aucune possibilité raisonnable de réparation. Pour déterminer s'il y a déni de justice, le Tribunal devrait garder à l'esprit qu'il n'agit pas comme une cour d'appel des décisions de justice nationales et il ne devrait pas examiner le bien-fondé des décisions de justice nationales ».

* La version française de certains traités d'investissement conclus par les participants à l'Axe 2 traduit l'expression « fundamental breach of due process » par « violation fondamentale des droits de la défense ». L'expression « violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi » a été préférée dans la présente note.

²⁴ Voir, par exemple, [CAFTA-DR \(2004\)](#), [Australia-United Kingdom FTA \(2021\)](#), [Mexico-Hong Kong \(China\) BIT \(2020\)](#), [New Zealand-Singapore CEPA Protocol \(2019\)](#), [USMCA](#), [Pacific Alliance FTA](#) and [Japan-Morocco BIT \(2020\)](#).

²⁵ Voir par exemple, [CETA](#), [Colombia-France BIT \(2014\) with Joint Interpretative Declaration \(2020\)](#), [EU-Viet Nam Investment Protection Agreement](#), [Türkiye-Serbia BIT \(2018\)](#), and the [India-Colombia BIT \(2009\) – Joint Interpretative Declaration \(2018\)](#). Elle apparaît également comme une composante distincte dans des traités d'investissement qui excluent le TJE du champ des protections accordées aux investissements, tels que le [AfCFTA Protocol on Investment](#).

5a	Une partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable lorsqu'une mesure ou une série de mesures constituent une <u>violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi</u> dans les procédures judiciaires ou administratives.
-----------	--

24. Une intention similaire au texte affiché ci-dessus au point **5a** apparaît dans [l'Accord de protection des investissements UE-Singapour \(2018\)](#) et un nombre assez élevé de traités d'investissement conclus par les participants à l'Axe 2 contiennent une référence au principe de l'application régulière de la loi, qu'il soit associé au déni de justice ou qu'il s'agisse d'un élément autonome.²⁶ Au total, 52 participants à l'Axe 2 ont conclu au moins un traité d'investissement dans lequel le TJE fait référence au principe d'application régulière de la loi.²⁷ Dans la plupart des cas, les traités d'investissement qui incluent le principe d'application régulière de la loi en tant qu'élément autonome du TJE font référence à ce principe dans le contexte des procédures administratives et judiciaires.²⁸

5b	Une Partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue une violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi, <u>y compris une violation fondamentale de la transparence</u> , dans les procédures judiciaires et administratives.
-----------	---

25. Contrairement au texte présenté au point **5a**, le texte présenté au point **5b** fait référence à la transparence. Bien que la transparence ne soit généralement pas considérée comme un élément autonome du standard de TJE,²⁹ certaines juridictions la considèrent comme un élément pouvant être pris en considération dans l'établissement d'une violation du principe d'application régulière de la loi.³⁰

²⁶ Voir, par exemple, [Argentina-Chile FTA \(2017\)](#), [Argentina-Japan BIT \(2018\)](#), [Argentina United Arab Emirates BIT \(2018\)](#), [Australia-United Kingdom FTA \(2021\)](#), [Australia-Uruguay BIT \(2019\)](#), [CAFTA-DR, Canada-Chile FTA-Amendment \(2017\)](#), [CETA](#), [China-Mauritius FTA \(2019\)](#), [China-Singapore FTA \(2008\) – Protocol \(2018\)](#), [Colombia-France BIT \(2014\) with Joint Interpretative Declaration \(2020\)](#), [Colombia-Singapore BIT \(2013\)](#), [Costa Rica-United Arab Emirates BIT \(2017\)](#), [CPTPP](#), [EU-Viet Nam Investment Protection Agreement](#), [EU-Singapore Investment Protection Agreement](#), [Hungary-Oman BIT \(2022\)](#), [Hungary-United Arab Emirates BIT \(2021\)](#), [Japan-Morocco BIT \(2020\)](#), [Mexico-Hong Kong \(China\) BIT \(2020\)](#), [New Zealand-Singapore CEPA Protocol \(2019\)](#), [Singapore-Myanmar BIT \(2019\)](#), [Singapore-Rwanda BIT \(2018\)](#), [Singapore-Sri Lanka FTA \(2018\)](#), [Slovakia-Iran BIT \(2016\)](#), [Türkiye-Serbia BIT \(2018\)](#), [Uruguay-United Arab Emirates BIT \(2018\)](#), [USMCA](#), [Colombia-Northern Triangle FTA](#), [Korea-Central America FTA](#), [Mexico-Central America FTA](#), [Pacific Alliance FTA](#), [First Protocol to amend the ASEAN-Japan CEPA](#), [PACER](#) plus.

²⁷ Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Colombie, Costa Rica, Croatie, Corée, Danemark, Estonie, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Indonésie, Irlande, Italie, Japon, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malaisie, Maroc, Maurice, Mexique, Nouvelle-Zélande, Oman, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, Serbie, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Espagne, Suède, Émirats arabes unis, Royaume-Uni, États-Unis, Uruguay, Thaïlande, Türkiye, Viet Nam, Union européenne.

²⁸ [AfCFTA Protocol on Investment](#), [CETA](#), [Colombia-France BIT \(2014\) with Joint Interpretative Declaration \(2020\)](#), [EU-Viet Nam Investment Protection Agreement](#), [Türkiye-Serbia BIT \(2018\)](#).

²⁹ Par exemple, le Canada considère que l'obligation de transparence ne constitue pas une composante autonome faisant partie du SMT. Voir *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, [Counter-Memorial of the Government of Canada](#), 31 mai 2008, p. 159.

³⁰ Une formulation en ce sens peut être observée dans les accords suivants : [CETA](#), [Czechia-Iran BIT \(2017\)](#), [Hungary-Oman BIT \(2022\)](#), [Hungary-United Arab Emirates BIT \(2021\)](#).

2.3. Arbitraire manifeste

26. La plupart des traités n'incluent pas explicitement l'arbitraire manifeste dans le cadre du TJE, et de nombreux traités plus anciens l'incluent parallèlement à la norme de TJE en tant qu'obligation autonome.³¹ Toutefois, un certain nombre de traités récents semblent inclure l'arbitraire manifeste en tant que composante du TJE.

6a	Une Partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue <u>un cas d'arbitraire manifeste</u> .
-----------	--

27. La plupart des participants à l'Axe 2 qui incluent expressément la notion d'arbitraire manifeste comme composante du TJE ne définissent pas le sens de cette notion, comme le montre le texte présenté au point **6a**.³²

6b	Une mesure est manifestement arbitraire lorsqu'il est évident qu'elle n'a <u>pas de lien rationnel avec un objectif légitime en matière de politique</u> , par exemple lorsqu'une mesure est fondée sur un préjugé ou un parti pris plutôt que sur la raison ou les faits.
-----------	--

28. Le texte présenté ci-dessus au point **6b** contient une définition de la notion d'« arbitraire manifeste ». Bien que cette notion ne soit généralement pas définie dans les traités d'investissement récents des participants à l'Axe 2, elle a été clarifiée dans le [Projet de déclaration interprétative](#) publié par les parties à l'AECG.

2.4. Discrimination fondée sur des motifs illicites tels que le sexe, la race ou les convictions religieuses

29. La discrimination fondée sur des motifs illicites tels que le sexe, la race ou les convictions religieuses reflète une intention exprimée dans un certain nombre de traités d'investissement récemment conclus par les participants à l'Axe 2.³³

7	Une Partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue une <u>discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses</u> .
----------	--

³¹ Si un traité d'investissement contient une disposition autonome interdisant les mesures manifestement arbitraires et, parallèlement, une clause de TJE, l'inclusion de l'« arbitraire manifeste » en tant que composante du TJE pourrait sembler redondante. Dans ce cas, l'insertion d'une description « négative » telle que celle contenue dans le point **1a** est susceptible de créer une situation confuse dans laquelle l'« arbitraire manifeste » ne peut constituer une violation du TJE en tant que disposition autonome, mais peut constituer une violation du TJE en tant que composante du standard.

³² C'est le cas dans les accords suivants : [Colombia-France BIT \(2014\) with Joint Interpretative Declaration \(2020\)](#), [Colombia-United Arab Emirates BIT \(2017\)](#), [Czech-Iran BIT \(2017\)](#), [Hungary-United Arab Emirates BIT \(2021\)](#), [Slovakia-Iran BIT \(2016\)](#). Cette composante apparaît également dans les textes suivants : [AfCFTA Protocol on Investment](#), [Modernisation Project of the EU-Mexico Global Agreement](#), [India-Colombia BIT \(2009\) – Joint Interpretative Declaration \(2018\)](#).

³³ Cette composante apparaît dans les accords suivants : [CETA](#), [Colombia-France BIT \(2014\) with Joint Interpretative Declaration \(2020\)](#), [Czechia-Iran BIT \(2017\)](#), [Hungary-Oman BIT \(2022\)](#), [Türkiye-Serbia BIT \(2018\)](#), [Modernisation Project of the EU-Mexico Global Agreement](#), [India-Colombia BIT \(2009\) – Joint Interpretative Declaration \(2018\)](#).

30. Lorsqu'elle est incluse dans le TJE, la référence à la discrimination est généralement rédigée avec soin afin d'éviter toute redondance avec d'autres dispositions relatives à la discrimination, telles que le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée. Pour cette raison, une discrimination ne peut constituer une violation du TJE que si elle est liée à des motifs spécifiquement identifiés, tels que ceux illustrés dans le texte présenté ci-dessus (7).

2.5. Harcèlement, coercition ou abus de pouvoir

8	Une Partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue un traitement abusif des investisseurs, tel que <u>la coercition, la contrainte et le harcèlement</u> .
----------	---

31. Le texte présenté ci-dessus (8) apparaît dans quelques traités qui couvrent également les traitements abusifs, tels que la coercition, la contrainte et le harcèlement. Cette formulation ne fait référence à aucun « comportement de mauvaise foi » afin d'éviter l'utilisation d'éléments de bonne foi controversés, et ne fait référence qu'à des éléments spécifiques.³⁴

³⁴ Cette formulation apparaît dans les accords suivants : [CETA](#), [EU-Viet Nam Investment Protection Agreement](#), [Hungary-Oman BIT \(2022\)](#), [Türkiye-Serbia BIT \(2018\)](#), [Modernisation Project of the EU-Mexico Global Agreement](#), [India-Colombia BIT \(2009\) – Joint Interpretative Declaration \(2018\)](#).

Remerciements

Cette note a été rédigée par Anne-Charlotte Cervello et Joachim Pohl du Secrétariat de l'OCDE (Division de l'investissement).