

Non classifié

Français - Or. Anglais

2 mars 2026

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE L'INVESTISSEMENT****L'interaction entre les obligations des traités d'investissement et le « droit de réglementer »****Note exploratoire**

La présente note introduit des réflexions préliminaires sur l'interaction entre les traités d'investissement et le « droit de réglementer » des États parties ; elle propose également une typologie préliminaire des principales dispositions et spécifications des traités que les rédacteurs de traités ont élaborées afin de délimiter le droit de réglementer dans les traités d'investissement. Des discussions sur cette note ont eu lieu le 20 octobre 2025.

Cette note est rendue publique afin de garantir la transparence des discussions menées par les gouvernements dans le cadre du programme de travail sur la Modernisation des traités d'investissement. Les délégués ont eu la possibilité de formuler des observations sur cette note avant sa publication. La note ne préjuge pas des résultats des discussions menées dans le cadre du programme de travail.

Le travail sur la *Modernisation des traités d'investissement* est documenté à l'adresse suivante : <https://oe.cd/lati2>.

[investment@oecd.org](mailto:investment@oecd.org)

**JT03581957**

## *Table des matières*

<b>Contexte, objet et structure de la présente note .....</b>	<b>3</b>
<b>Questions à considérer .....</b>	<b>4</b>
<b>1. Qu'est-ce que le « droit de réglementer » et comment interagit-il avec la protection de l'investissement ? .....</b>	<b>5</b>
<b>2. « Dispositions relatives au droit de réglementer » dans les traités d'investissement : typologie préliminaire .....</b>	<b>7</b>
2.1. Réaffirmations du droit de réglementer des États parties .....	7
2.2. Clarifications de certaines normes spécifiques concernant les mesures réglementaires .....	9
2.3. Exceptions générales et de sécurité.....	11
<b>Remerciements.....</b>	<b>14</b>

## Contexte, objet et structure de la présente note

1. Les traités d'investissement visent intrinsèquement à limiter l'exercice par l'État de son droit de réglementer à certaines fins et selon certaines modalités convenues par les parties au traité. Les obligations découlant du traité déterminent les limites convenues en prévoyant que certaines « réglementations » sont incompatibles avec les obligations du traité (par exemple, les réglementations qui établissent une discrimination fondée sur la nationalité ou qui exproprient illégalement, c'est-à-dire sans indemnisation ou sans objectif d'intérêt public).
2. L'interaction entre les obligations découlant des traités d'investissement et le droit de réglementer fait l'objet d'une attention croissante, car il semble que, dans certains cas, les tribunaux aient indûment restreint la marge de manœuvre réglementaire des États par leur interprétation et leur application des obligations substantielles prévues par les traités.
3. Différentes approches peuvent contribuer à encadrer l'interaction entre les obligations conventionnelles et le droit de réglementer. Les réformes des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) actuellement examinées par le Groupe de Travail III de la CNUDCI pourraient influencer cette interaction. Une formulation plus précise des obligations substantielles – telle qu'elle ressort de la pratique conventionnelle récente de la plupart des juridictions – contribue également à préserver le droit de réglementer en délimitant les obligations des États parties et en empêchant les interprétations imprévues par les tribunaux arbitraux.
4. Certains traités récents contiennent également des dispositions explicites sur la manière dont les obligations des parties interagissent avec leur droit de réglementer. Dans le cadre de leurs travaux sur la conception des traités d'investissement d'ancienne génération, les participants aux travaux menés dans le cadre de l'Axe 2 sur l'*Avenir des traités d'investissement* ont appelé à réfléchir à la manière dont ces dispositions relatives à l'interaction entre les obligations des parties et le droit de réglementer peuvent être conçues.
5. La présente note contient des réflexions préliminaires sur la conception du « droit de réglementer » et examine les dispositions traitant de son interaction avec les obligations découlant des traités d'investissement (**Section 1**). Elle propose également une typologie préliminaire des principales dispositions et spécifications des traités que les négociateurs ont élaborées pour délimiter le droit de réglementer dans les traités d'investissement (**Section 2**).

*À moins qu'une traduction officielle ne soit accessible au public, la version française de la présente note ne contient pas de traduction des dispositions conventionnelles et des extraits de sentences cités à titre d'exemple.*

## Questions à considérer

- Votre gouvernement a-t-il inclus certaines des dispositions et spécifications décrites dans la présente note ?
- Quelle était la raison qui a motivé la décision de votre gouvernement d'inclure, de clarifier ou de modifier des dispositions visant à encadrer l'interaction entre les obligations conventionnelles et le droit de réglementer ?
- Comment votre gouvernement évalue-t-il l'efficacité des dispositions et des spécifications conventionnelles présentées dans la Section 2 ?
- Quelles dispositions et spécifications conventionnelles présentées dans la Section 2 de la présente note votre gouvernement souhaiterait-il explorer plus en détail lors de futures discussions de l'Axe 2 ?

## 1. Qu'est-ce que le « droit de réglementer » et comment interagit-il avec la protection de l'investissement ?

6. Bien que les références au « droit de réglementer » soient de plus en plus fréquentes dans les traités d'investissement, leur signification et leurs implications juridiques restent largement incertaines, tant dans la littérature que dans les décisions arbitrales.<sup>1</sup> En particulier, le « droit de réglementer » semble recouvrir deux conceptions distinctes qui, toutes deux, manquent de fondement juridique clair :

- Le « droit de réglementer » est généralement considéré comme une composante de la souveraineté des États telle que reconnue par le droit international coutumier. À ce titre, il constitue le fondement de **toute activité réglementaire nationale que les États peuvent entreprendre**. Dans cette perspective, les États ont *toujours* le droit de réglementer, même lorsque cette réglementation est incompatible avec les obligations découlant des traités d'investissement. Dans le même temps, certaines réglementations peuvent entraîner une violation du traité et une obligation d'indemnisation, ce qui peut à son tour donner lieu à ce que l'on appelle communément un « gel réglementaire » (*regulatory chill*), c'est-à-dire la réticence d'un gouvernement à modifier la réglementation dans des domaines où cela pourrait donner lieu à des demandes d'indemnisation de la part d'investisseurs étrangers.
- Le « droit de réglementer » peut également être conçu comme une référence à la capacité des États parties à **adopter des mesures sans avoir à indemniser les investisseurs étrangers lésés** protégés par un traité d'investissement. Cette capacité est limitée aux **mesures réglementaires légitimes**, c'est-à-dire aux mesures conçues et appliquées pour protéger des objectifs légitimes d'intérêt public tels que la santé, la sécurité ou la protection de l'environnement.

7. Les dispositions substantielles contenues dans les traités d'investissement fixent les limites entre les mesures incompatibles – et donc indemnissables – et les mesures réglementaires compatibles et non indemnissables.

8. Cependant, des plaintes remettant en cause des réglementations d'intérêt public et certaines interprétations des traités par les tribunaux arbitraux, qui ont parfois entravé le droit de réglementer, ont conduit les négociateurs des traités à inclure plus fréquemment des références explicites à l'interaction entre la protection des investissements et le droit de réglementer.

9. La présente note propose une typologie préliminaire des éléments textuels généralement insérés afin de mieux préserver et délimiter le droit des États parties à

---

<sup>1</sup> Des travaux antérieurs menés par les gouvernements au sein de l'OCDE ont exploré comment les traités d'investissement pourraient s'appliquer à un large éventail de mesures gouvernementales et ont mis en évidence l'impact multidimensionnel des traités d'investissement sur la politique réglementaire. Voy. D. Gaukrodger, "[The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: a scoping paper](#)", *OECD Working Papers on International Investment*, 2017/02. La problématique du droit de réglementer a également été examinée dans le cadre de l'Axe 1 à travers l'interaction entre les traités d'investissement et le développement durable ; voy. D. Gaukrodger, "*The Future of Investment Treaties – Track 1 Sustainability Cluster. Illustrative case study on goals and challenges in treaty policy – exceptions clauses*" [[DAF/INV/TR1/WD\(2021\)1](#)], 11 octobre 2021.

réglementer. Aux fins de cette exploration préliminaire, trois catégories de « dispositions relatives au droit de réglementer »<sup>2</sup> peuvent être distinguées :

- **Réaffirmations du droit de réglementer.** Les États réaffirment leur droit de réglementer, soit dans le préambule, soit dans des dispositions autonomes. Ces réaffirmations ne sont pas rédigées comme des exceptions et ne décrivent généralement pas leurs possibles effets juridiques.
- **Clarifications sur la (non-)responsabilité des parties au traité en vertu de standards spécifiques de protection des investissements pour les mesures poursuivant des objectifs légitimes de politique publique.** De nombreuses clauses de protection prévues par les traités d'investissement contiennent des clarifications spécifiques qui déterminent si une mesure réglementaire est légitime ou si elle constitue une violation de ladite obligation. Par exemple, les dispositions relatives à l'« expropriation indirecte » précisent dans certains cas qu'une réglementation non discriminatoire, de bonne foi, et poursuivant un objectif d'intérêt public, ne constitue pas une expropriation. Si une mesure répond aux critères fixés par une clarification contenue dans une norme spécifique, aucune violation de l'obligation n'est établie.
- **Exceptions générales et de sécurité.** Les exceptions générales et de sécurité constituent un outil supplémentaire ou un « filet de sécurité » visant à protéger l'exercice des pouvoirs réglementaires de l'État dans la poursuite des objectifs de politique publique identifiés dans les exceptions. Elles peuvent entrer en jeu lorsqu'une violation d'une obligation conventionnelle est établie *prima facie*.

10. Des exemples de dispositions pour ces trois catégories sont présentés dans la Section 2. Certaines spécifications présentées dans la note ont déjà été examinées lors de précédentes réunions de l'Axe 2.<sup>3</sup> D'autres approches, telles que les exclusions de certains secteurs ou types de mesures,<sup>4</sup> les réserves insérées dans des obligations substantielles ou les filtres procéduraux, ne sont pas abordées dans la présente note.

---

<sup>2</sup> La présente note traite les exceptions générales et de sécurité comme faisant partie de la catégorie plus large des « dispositions relatives au droit de réglementer », tout en reconnaissant qu'elles peuvent également être considérées comme des mécanismes distincts visant à préserver la marge de manœuvre réglementaire dans les traités d'investissement.

<sup>3</sup> Les clarifications insérées dans certaines clauses spécifiques réaffirment le droit de réglementer en ce qui concerne les dispositions relatives au « traitement juste et équitable », à l'« expropriation indirecte » et au « traitement national ». Ces clarifications ont été décrites dans les notes suivantes : « *Conceptions de clauses de « traitement juste et équitable » dans les traités d'investissement récents : inventaire des clarifications supplémentaires* » [DAF/INV/TR2/WD(2024)3/REV1], note du Secrétariat, 29 février 2024; « *Étendue d'un accord probable sur l'« expropriation indirecte » : opportunités de clarification des traités antérieurs par une interprétation conjointe* » [DAF/INV/TR2/WD(2025)3], note du Secrétariat, 18 mars 2025; « *Les clauses de « traitement national » dans les traités d'investissement : examen préliminaire des spécifications textuelles récentes* » [DAF/INV/TR2/WD(2025)7], note du Secrétariat, 27 mai 2025.

<sup>4</sup> Les exclusions sectorielles ont été discutées dans le cadre de l'Axe 1 en ce qui concerne les mesures relatives au changement climatique. Voy. « *Methods to align investment treaty benefits for energy investment with the Paris Agreement and net zero* » [DAF/INV/TR1/WD(2024)1/REV2], note du Secrétariat, 12 mars 2025.

## 2. « Dispositions relatives au droit de réglementer » dans les traités d'investissement : typologie préliminaire

11. Trois catégories de dispositions et d'éléments textuels sont observées dans la pratique conventionnelle : les réaffirmations du droit de réglementer (2.1), les clarifications de normes spécifiques concernant les mesures poursuivant des objectifs légitimes d'intérêt public (2.2) et les exceptions générales et de sécurité (2.3). Pour chacune de ces catégories, la note contient une ou plusieurs illustrations de dispositions ou d'éléments textuels qui figurent dans les traités d'investissement. Ces catégories ne s'excluent pas mutuellement : les traités d'investissement contiennent généralement des exceptions et des spécifications relevant de plusieurs, sinon de l'ensemble, des trois catégories.

### 2.1. Réaffirmations du droit de réglementer des États parties

12. Un nombre croissant de traités d'investissement contiennent des réaffirmations explicites du droit des États parties à réglementer, soit dans leur préambule (2.1.1), soit dans des dispositions autonomes (2.1.2).

#### 2.1.1. Dans le préambule

Les Parties, [...]

Reconnaissant que les dispositions du présent accord maintiennent pour les Parties leur droit de fixer des règles sur leurs territoires et la latitude dont elles ont besoin pour réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que ceux visant la santé publique, la sécurité, l'environnement et la moralité publique ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle; [...].<sup>5</sup>

13. Un certain nombre de traités d'investissement contiennent une reconnaissance générale du droit de réglementer dans leur préambule. Cette reconnaissance apparaît souvent en combinaison avec des obligations clarifiées, une clause d'exceptions générales ou une réaffirmation supplémentaire du droit de réglementer dans le corps du traité.

14. Conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT), le préambule fait partie du contexte qui doit être pris en considération lors de l'interprétation des dispositions d'un traité.<sup>6</sup> Dans des affaires antérieures, les tribunaux arbitraux ont fait référence au préambule pour donner une interprétation large des standards de protection des investisseurs et des investissements.<sup>7</sup> On peut supposer que le libellé

<sup>5</sup> Préambule du [CETA \(2016\)](#). Une formulation similaire apparaît dans les préambules des accords suivants : [ALE UE-Nouvelle Zélande \(2023\)](#) et [Accord de protection de l'investissement \(API\) UE-Singapour \(2018\)](#).

<sup>6</sup> L'article 31(1) de la CVDT dispose la chose suivante : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». L'article 31(2) précise en outre que « [l]e contexte comprend [...] [le] préambule ».

<sup>7</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines*, aff. CIRDI No. ARB/02/6, [Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction](#), 29 janvier 2004, para. 116: « The BIT is a treaty for the promotion and reciprocal protection of investments. According to the preamble, it is intended "to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one

susmentionné vise à garantir une approche plus équilibrée, c'est-à-dire qui tienne également compte du droit des États à réglementer. Ce libellé du préambule fait référence à des dispositions substantielles du traité et devrait donc être associé à des obligations plus précises découlant du traité et à d'autres outils, comme présentés ci-dessous, afin de garantir un équilibre approprié.

### 2.1.2. Dans des dispositions autonomes

#### Exemple A: Disposition générale relative au droit de réglementer

Les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle.<sup>8</sup>

#### Exemple B: Clause relative au droit de réglementer liée au respect des obligations du traité

Aucune disposition du présent chapitre n'est interprétée de manière à empêcher une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer toute mesure par ailleurs conforme au présent chapitre qu'elle considère appropriée pour faire en sorte que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière qui tienne compte des objectifs en matière d'environnement, de santé, de sécurité ou d'autres objectifs réglementaires.<sup>9</sup>

#### Exemple C: Clause relative au droit de réglementer combinée à une disposition traitant de la frustration des attentes des investisseurs résultant de mesures réglementaires

The provisions of this Agreement shall not affect the right of the Contracting Parties to regulate within their territories necessary to achieve legitimate policy objectives such as the protection of public health, safety, environment, public morals, labor rights, animal welfare, social or consumer protection or for prudential financial reasons. The mere fact that a Contracting Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor's expectation, including its expectation of profits, is not a breach of an obligation under this Agreement.<sup>10</sup>

15. Les réaffirmations du droit de réglementer dans des dispositions autonomes font généralement référence à une liste non-exhaustive d'objectifs légitimes d'intérêt public. La plupart des réaffirmations du droit de réglementer ne contiennent pas de formulation spécifique quant à leurs effets et ne traitent pas de leur impact possible sur les plaintes ou leurs résultats (**Exemple A**).

16. Le libellé de l'**Exemple B** permet aux États de déterminer les mesures réglementaires appropriées tout en réaffirmant l'obligation de veiller à ce que toutes les mesures de politique publique soient conformes au traité (« *par ailleurs conforme au présent chapitre* »). La signification de dispositions similaires a fait l'objet de discussions

---

Contracting Party in the territory of the other". It is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments ».

<sup>8</sup> [CETA \(2016\)](#), art. 8.9(1); [API UE-Viet Nam \(2019\)](#), art. 2.2(1). Une formulation similaire apparaît dans les accords suivants : [ALE Argentine-Chili \(2017\)](#), art. 8.4; [API UE-Singapour \(2018\)](#), art. 2.2(1); [Modèle canadien d'APIE \(2021\)](#), art. 3; [Accord commercial interimaire \(ACI\) UE-Chili \(2022\)](#), art. 10.3; [ALE UE-Nouvelle Zélande \(2023\)](#), art. 10.1.2; et [TCE modernisé \(2024\)](#), art. 16.

<sup>9</sup> [ACEUM \(2020\)](#), art. 14.16. Une formulation similaire apparaît dans les accords suivants : [Protocole additionnel de l'Alliance Pacifique \(2014\)](#), art. 10.31.1; [CPTPP \(2016\)](#), art. 9.16.

<sup>10</sup> [Modèle de TBI des Pays-Bas \(2019\)](#), art. 2.2. Une formulation similaire apparaît dans le [CETA \(2016\)](#), arts. 8.9.1 et 8.9.2.

dans certaines affaires arbitrales, mais elles n'ont pas été reconnues comme ayant le même effet qu'une exception, c'est-à-dire en justifiant une violation d'une obligation conventionnelle.<sup>11</sup> Elles sont plutôt généralement interprétées comme un élément contextuel guidant l'interprétation des obligations conventionnelles.<sup>12</sup>

17. D'autres traités réaffirment le droit de réglementer en précisant que le simple fait de modifier une loi, qui a un effet défavorable sur les attentes de l'investisseur, ne constitue pas une violation d'une obligation de protection des investissements, comme l'illustre l'**Exemple C**.

## 2.2. Clarifications de certaines normes spécifiques concernant les mesures réglementaires

18. Diverses dispositions conventionnelles récentes contiennent des précisions sur le champ et le contenu des obligations substantielles, précisant que les mesures réglementaires visant à atteindre des objectifs d'intérêt public ne constituent pas une violation de ladite obligation. Ces précisions figurent par exemple dans les dispositions relatives au « traitement juste et équitable » (2.2.1), à l'« expropriation indirecte » (2.2.2), aux clauses de non-discrimination (2.2.3) et à l'interdiction des prescriptions de résultats (2.2.4).

19. Des précisions ont également été apportées dans des clauses spécifiques concernant d'autres objectifs légitimes, tels que la prévention de la double imposition,<sup>13</sup> la garantie de la stabilité du système financier par des mesures prudentielles,<sup>14</sup> ou la restriction des transferts dans l'exercice des pouvoirs réglementaires et de l'état de droit national.<sup>15</sup> Ces précisions supplémentaires ne sont pas abordées ici.

### 2.2.1. Dans les dispositions de « traitement juste et équitable »

Non-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

<sup>11</sup> *Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica*, aff. CIRDI No. ARB/14/5, [Award](#), 3 juin 2021, paras. 772-780.

<sup>12</sup> *Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica*, [Award](#), paras. 777-778.

<sup>13</sup> Par exemple, [IPA UE-Viet Nam \(2019\)](#), art. 4.4: « Nothing in this Agreement shall be construed as preventing the adoption or enforcement of any measure aimed at preventing the avoidance or evasion of taxes pursuant to the tax provisions of agreements to avoid double taxation or other tax arrangements or domestic fiscal legislation ».

<sup>14</sup> Par exemple, [IPA UE-Viet Nam \(2019\)](#), art. 4.5: « Nothing in this Agreement shall be construed as preventing a Party from adopting or maintaining measures for prudential reasons, such as: (a) the protection of investors, depositors, policy-holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier; or (b) ensuring the integrity and stability of a Party's financial system. 2. The measures referred to in paragraph 1 shall not be more burdensome than necessary to achieve their aim ».

<sup>15</sup> Par exemple, [TBI Canada-Moldova \(2018\)](#), art. 11: « a Party may prevent a transfer through the equitable, non-discriminatory and good faith application of its domestic law relating to: (a) bankruptcy, insolvency, or the protection of the rights of a creditor; (b) issuing, trading, or dealing in securities; (c) a criminal or penal offence; (d) financial reporting or record keeping of transfers when necessary to assist law enforcement or financial regulatory authorities; or (e) ensuring compliance with an order or judgment in judicial or administrative proceedings ».

that accorded to its own investors of third States in like circumstances, shall not be deemed to breach the minimum standard of treatment.<sup>16</sup>

20. Les dispositions relatives au « traitement juste et équitable » figurant dans les traités d'investissement récents apportent des précisions quant à l'application de l'obligation, notamment en ce qui concerne les mesures réglementaires adoptées pour protéger des objectifs d'intérêt général. De telles mesures ne constituent pas une violation de l'obligation d'accorder un « traitement juste et équitable ».<sup>17</sup>

### 2.2.2. Dans les dispositions relatives à l'« expropriation indirecte »

[Hormis dans de rares circonstances,] Les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont adoptées et appliquées de bonne foi pour poursuivre des objectifs légitimes de politiques publiques, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte.<sup>18</sup>

21. Les dispositions relatives à l'« expropriation indirecte » contenues dans certains traités d'investissement récents précisent que les mesures non discriminatoires poursuivant un objectif légitime d'intérêt public ne constituent pas une expropriation indirecte.<sup>19</sup>

### 2.2.3. Dans les dispositions relatives à la non-discrimination

Il est entendu que la question de savoir si le traitement est accordé dans des « circonstances similaires » [...] dépend de l'ensemble des circonstances, y compris la question de savoir si le traitement en cause fait une distinction entre les investisseurs ou les investissements en fonction d'objectifs légitimes de bien-être public.<sup>20</sup>

22. Certains traités d'investissement récents fournissent des orientations méthodologiques générales pour évaluer si un traitement est accordé « dans des circonstances similaires », y compris si ce traitement établit une distinction sur la base d'un objectif légitime d'intérêt public.<sup>21</sup> Selon cette clarification, aucun traitement discriminatoire ne peut être établi si une distinction est faite sur la base d'un objectif de politique publique. Ces orientations méthodologiques figurent à la fois dans les dispositions relatives au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée.

<sup>16</sup> [TBI Argentine-Emirats Arabes Unis \(2018\)](#), art. 5.4.

<sup>17</sup> « Conceptions de clauses de « traitement juste et équitable » dans les traités d'investissement récents : inventaire des clarifications supplémentaires » [[DAF/INV/TR2/WD\(2024\)3/REV1](#)], note du Secrétariat, 29 février 2024.

<sup>18</sup> Ce libellé illustratif a été proposé pour discussion sur une formulation potentielle d'interprétation conjointe sur la notion d'« expropriation indirecte ». Voy, « Étendue d'un accord probable sur l'« expropriation indirecte » : opportunités de clarification des traités antérieurs par une interprétation conjointe », [[DAF/INV/TR2/WD\(2025\)3](#)], note du Secrétariat, 18 mars 2025.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> [CPTPP \(2018\)](#), art. 9.4 [note de bas de page 14].

<sup>21</sup> « Les clauses de « traitement national » dans les traités d'investissement : examen préliminaire des spécifications textuelles récentes » [[DAF/INV/TR2/WD\(2025\)7](#)], note du Secrétariat, 3 juin 2025.

### 2.2.4. Dans les dispositions interdisant les prescriptions de résultats

À condition que ces mesures ne soient pas appliquées d'une manière arbitraire ou injustifiable et qu'elles ne constituent pas une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement international, les paragraphes 1b) [prescription de contenu national], 1c) [prescription de fourniture nationale de biens ou services], 1f) [prescription de transfert de technologie], 2a) [incitation au contenu national] et 2b) [incitation à la fourniture nationale de biens ou services] ne sont pas interprétés de manière à empêcher une Partie d'adopter ou de maintenir des mesures :

- i. nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec le présent accord ;
- ii. nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ;
- iii. se rapportant à la préservation des ressources naturelles épuisables biologiques ou non biologiques.<sup>22</sup>

23. Plus rarement, les traités d'investissement comprennent des clarifications reprenant la structure de l'article XX du GATT qui permettent aux États parties de réglementer l'accès au marché en imposant des prescriptions de résultats afin d'atteindre des objectifs identifiés comme étant d'intérêt public.

## 2.3. Exceptions générales et de sécurité

24. Les clauses d'exceptions générales et de sécurité<sup>23</sup> établissent généralement une liste d'objectifs légitimes d'intérêt public – tels que la préservation de la santé publique, de l'environnement, de l'ordre public ou de la moralité publique – et une exigence de lien entre la mesure réglementaire et lesdits objectifs. Il existe une grande variété de formulations dans les traités d'investissement que la présente note ne cherche pas à aborder.<sup>24</sup> Cette section se concentre plutôt sur les modèles les plus fréquemment observés de clauses d'exceptions générales (2.3.1) et de sécurité (2.3.2).

### 2.3.1. Exceptions générales

25. Depuis les années 2000, on observe une utilisation croissante des clauses d'exceptions dans les traités d'investissement,<sup>25</sup> qui visent à laisser une marge de manœuvre pour les réglementations protégeant la santé publique, l'environnement et d'autres intérêts publics. Cependant, de nombreux traités d'investissement plus anciens et un nombre important de traités récents ne contiennent pas de clause d'exceptions générales.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> [ACEUM \(2018\)](#), art. 14.10(3)(c).

<sup>23</sup> Les clauses d'exceptions générales et/ou de sécurité sont parfois désignées comme des clauses de « mesures non exclues » (« *non-precluded measures clauses* »).

<sup>24</sup> Une étude approfondie sur les exceptions générales a été menée par l'OCDE dans « *The Future of Investment Treaties – Track 1 Sustainability Cluster. Illustrative case study on goals and challenges in treaty policy – exceptions clauses* » [[DAF/INV/TR1/WD\(2021\)1](#)], note du Secrétariat, 27 octobre 2021.

<sup>25</sup> *Ibid.*, para. 13.

<sup>26</sup> Par exemple, le [Modèle canadien d'APIE \(2021\)](#) ne contient pas de clause d'exceptions générales.

**Exemple A: Incorporation d'une clause d'exceptions générales de type GATT/AGCS**

For the purposes of Chapter 6 and 8 [Investment], Articles XIV and XIV bis of the GATS are incorporated into and form part of this agreement, *mutatis mutandis*.<sup>27</sup>

**Exemple B: Clause d'exceptions générales inspirée des clauses d'exceptions du GATT/AGCS**

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between covered investments or investors of the other Party and other investments or investors, where like conditions prevail, or a disguised restriction on investment, nothing [...] shall prevent the adoption or enforcement by either Party of measures:

- a. Necessary to protect public morals or to maintain public order; [Note: The public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society.]
- b. Necessary to protect human, animal or plant life or health; [Note: This exception includes environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health]
- c. Necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Chapter, including those relating to: i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on a contract; ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts; or iii) safety;
- d. Imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value; or
- e. Relating to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.<sup>28</sup>

26. Comme l'illustre l'**Exemple A**, certains traités d'investissement incorporent directement les clauses d'exceptions générales du GATT ou de l'AGCS, *mutatis mutandis*. D'autres traités comprennent des clauses d'exceptions générales qui reprennent la structure et la formulation de l'article XX du GATT, parfois avec des changements mineurs qui modifient et/ou précisent davantage la liste d'objectifs (**Exemple B**).

27. Les tribunaux arbitraux examinent généralement les critères suivants pour déterminer si une clause d'exceptions générales de type GATT s'applique : i) la mesure poursuit un des objectifs énumérés dans la disposition, ii) elle respecte l'exigence de lien avec l'objectif et iii) elle remplit les conditions énoncées dans le paragraphe introductif (c'est-à-dire qu'elle ne constitue pas une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les investissements ou investisseurs, ni une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement international).<sup>29</sup> Selon la pratique arbitrale récente, l'application d'une

<sup>27</sup> [APE Japon-Inde \(2011\)](#), art. 11.2.

<sup>28</sup> [APE Australie-Japon \(2014\)](#), art. 14.15. Une formulation similaire apparaît dans les accords suivants : [ALE Australie-Malaysia \(2012\)](#), art. 12.18; [ALE Australie-Pérou \(2018\)](#), art. 8.18; and [TBI Japon-Jordanie \(2018\)](#), art. 15.1. Dans certains cas, les clauses d'exceptions générales contiennent une précision préservant l'autonomie de jugement de l'État inspirée par les clauses d'exceptions de sécurité de type GATT (par exemple, [ALE Argentine-Chili \(2017\)](#), art. 8.19).

<sup>29</sup> *Montauk Metals Inc. c. Colombie*, aff. CIRDI No. ARB/18/13, [Award](#), 7 juin 2024, para. 977.

clause d'exceptions générales ne dispense pas toujours un État de l'obligation d'indemniser l'investisseur lésé.<sup>30</sup>

### 2.3.2. Exceptions de sécurité

#### **Exemple A: Clause d'exceptions de sécurité préservant l'autonomie de jugement de l'État**

Aucune disposition du présent accord n'est interprétée comme [...] empêchant une Partie d'appliquer les mesures qu'elle estime nécessaires pour remplir ses obligations en matière de maintien ou de rétablissement de la paix ou de la sécurité internationales, ou pour protéger ses propres intérêts de sécurité essentiels.<sup>31</sup>

#### **Exemple B: Clause d'exceptions de sécurité ne préservant pas l'autonomie de jugement de l'État**

This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.<sup>32</sup>

28. Les exceptions pour des raisons de sécurité nationale ou d'intérêts essentiels de sécurité sont soit insérées au sein de la clause d'exceptions générales,<sup>33</sup> soit dans une disposition distincte, comme l'illustrent les exemples ci-dessus. Les clauses d'exceptions de sécurité s'inspirent généralement de l'article XXI du GATT et/ou de l'article XIV *bis* de l'AGCS. Dans certains cas, les clauses d'exceptions de sécurité reprennent la structure de l'article XXI du GATT, mais contiennent une liste d'objectifs distincte.<sup>34</sup>

29. Une distinction est habituellement faite entre les exceptions de sécurité qui contiennent une formulation préservant l'autonomie de jugement (*self-judging*) (**Exemple A**) et les dispositions suggérant que les tribunaux arbitraux peuvent contrôler la nécessité de la mesure au regard de l'intérêt légitime invoqué par l'État (**Exemple B**).

<sup>30</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, aff. CIRDI No. ARB/14/21, [Award](#), 30 novembre 2017, para. 477; *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombie*, aff. CIRDI No. ARB.16/41, [Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum](#), 9 septembre 2021, paras. 829-830; *Montauk Metals Inc. c. Colombie*, [Award](#), para. 976.

<sup>31</sup> [ACEUM \(2018\)](#), art. 32.2(1).

<sup>32</sup> [TBI Argentine-États-Unis \(1991\)](#), art. XI

<sup>33</sup> [APE Inde-Japon \(2011\)](#), art. 11.

<sup>34</sup> [CPTPP \(2018\)](#), art. 29.2.

## *Remerciements*

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