

Non classifié

Français - Or. Anglais

12 mars 2026

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE L'INVESTISSEMENT****L'Avenir des traités d'investissement – Axe 2 : Synthèse des discussions de la
réunion du 20 octobre 2025****Note du Secrétariat**

Les délégations de 101 juridictions ont été invitées à participer à la 14^{ème} réunion de l'Axe 2 du programme de travail de l'OCDE sur l'*Avenir des traités d'investissement*. La réunion s'est tenue le 20 octobre 2025 en format virtuel. Cette note synthétise les discussions qui se sont tenues lors de la réunion.

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 à l'adresse suivante : <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 positions officielles des pays Membres de l'OCDE.

JT03582857

L'Avenir des traités d'investissement – Axe 2

Synthèse des discussions de la réunion du 20 octobre 2025

Table des matières

| | |
|---|-----------|
| Contexte, objet et structure du présent document | 2 |
| 1. L'interaction entre les obligations des traités d'investissement et le « droit de réglementer » | 4 |
| 1.1. Définition et référence au « droit de réglementer » des parties dans les traités d'investissement | 5 |
| 1.2. Diversité des pratiques conventionnelles relatives au « droit de réglementer » | 5 |
| 1.3. Complémentarité du travail de l'Axe 2 sur le droit de réglementer avec le Groupe de Travail III de la CNUDCI..... | 6 |
| 2. Description de la compréhension commune des obligations relatives à l'« expropriation indirecte » en vue d'une interprétation conjointe potentielle : poursuite de l'examen | 7 |
| 2.1. Définition de l'« expropriation indirecte » (para. 1 et 2)..... | 8 |
| 2.1.1. Les avantages d'une clarification du seuil d' « effet équivalent »..... | 8 |
| 2.1.2. Description textuelle possible d'une clarification de l'« effet équivalent » : la « privation substantielle » | 9 |
| 2.2. Méthodologie et facteurs à considérer dans une enquête sur l'expropriation indirecte (para. 3)..... | 9 |
| 2.3. Mesures non-discriminatoires poursuivant des objectifs légitimes de politique publique (para. 4) | 10 |
| 3. Programme de travail de l'Axe 2 pour 2026-2027 | 11 |

Contexte, objet et structure du présent document

1. L'OCDE organise depuis plus de soixante ans des discussions intergouvernementales sur les politiques d'investissement international. À l'heure actuelle, plus d'une centaine de juridictions de tous les continents sont invitées à participer à ces discussions, que le Secrétariat soutient par ses travaux de recherche. Les gouvernements fixent l'ordre du jour et les priorités de ces discussions.

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. L'attention du public à l'égard de ces répercussions s'est accrue ces dernières années, et de nombreux traités, en particulier les plus anciens, ne reflètent pas les approches rédactionnelles les plus récentes.

3. En mars 2021, les gouvernements ont décidé de donner une nouvelle orientation à leurs discussions sur les traités d'investissement et la pratique conventionnelle, et ont demandé à l'OCDE d'accueillir ces discussions sur *l'Avenir des traités d'investissement* dans un format inclusif, selon deux axes interdépendants :

- Les discussions de l'Axe 1 portent sur les défis auxquels les traités d'investissement devront faire face à l'avenir, ainsi que sur les changements souhaitables à apporter aux approches actuelles.
- L'Axe 2 est une initiative menée par les gouvernements visant à examiner entre pairs et de manière pragmatique les avantages et options pour effectuer une

transition¹ des clauses substantielles dont la conception est obsolète dans les traités existants.

4. Cent une juridictions sont actuellement invitées à participer à ce programme de travail.² Dans un souci de transparence envers le public, les résultats des discussions de fond sont publiés sur une page du [site web de l'OCDE](#) consacrée spécifiquement à cette question.

5. Depuis le début des travaux en 2021, les discussions menées dans le cadre de l'Axe 2 ont montré comment plusieurs clauses substantielles couramment utilisées dans les traités d'investissement ont évolué. La plupart des juridictions appliquent ces nouvelles approches à des clauses clés avec un degré élevé de cohérence.

6. Les réunions entre 2021 et mi-2025 ont permis d'analyser et de discuter de l'évolution de la pratique conventionnelle pour cinq clauses substantielles – le traitement juste et équitable (TJE), l'expropriation indirecte, les obligations de traitement de la nation la plus favorisée (NPF), les obligations de protection et de sécurité intégrales (PSI) et les clauses de traitement national (TN). Les gouvernements ont expliqué leurs motivations respectives à l'origine de ces nouvelles pratiques rédactionnelles pour ces clauses lors des précédentes réunions de l'Axe 2. **Les documents et les discussions sur les questions de fond dans le cadre des discussions de l'Axe 2 ne constituent pas nécessairement en eux-mêmes les interprétations officielles des dispositions de tous les gouvernements participants et ne devraient pas être cités en ce sens.**

7. Les participants à l'Axe 2 ont également discuté des moyens procéduraux permettant de remédier au caractère imprécis des formulations utilisées dans les traités plus anciens sans préjuger de l'orientation future de ce travail. Ils ont en particulier discuté du potentiel des interprétations conjointes pour clarifier leur intention dans les traités plus anciens, et des modifications plurilatérales de traités, afin de modifier la substance des droits et obligations contenues dans leurs anciens traités d'investissements.³

¹ La notion de « transition » est utilisée dans cette note comme un terme générique pour tout type d'intervention qui cherche à aligner les anciennes conceptions des traités sur des approches actuelles ou à améliorer les résultats de certaines clauses par d'autres moyens. Une « transition » peut par exemple être réalisée par le biais d'un instrument interprétatif, d'une modification ou d'un amendement du texte d'un traité.

² 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 démocratique du Congo, République populaire de Chine, Royaume-Uni, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Portugal, Qatar, Roumanie, Sénégal, Serbie, Sierra Leone, 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.

³ Voir les notes du Secrétariat : « *Les modifications de traités : régime juridique et opportunités pour les traités d'investissement* » [[DAF/INV/TR2/WD\(2024\)8/REV2](#)] et « *Options*

8. La réunion prévue le 20 octobre 2025 a permis de poursuivre l'examen de plusieurs de ces questions. Les délégués ont :

- Examiné comment le « **droit de réglementer** » des parties interagit avec les obligations substantielles des traités d'investissement, en vue d'éclairer les discussions futures sur le sujet dans le cadre de l'Axe 2 (section 1) ;
- Poursuivi leur exploration de la manière dont une **compréhension commune des obligations en matière d'« expropriation indirecte »** pourrait être formulée textuellement en vue d'une potentielle interprétation conjointe entre les juridictions intéressées (section 2) ; et
- Convenu des **priorités pour les travaux de l'Axe 2** pour 2026-2027 (section 3).

1. L'interaction entre les obligations des traités d'investissement et le « droit de réglementer »

9. Les participants à l'Axe 2 ont souvent souligné que le fait de veiller à ce que leur droit de réglementer soit correctement pris en compte et reflété dans la rédaction des traités est un facteur important qui sous-tend l'évolution de leurs pratiques conventionnelles.⁴ Les discussions ont porté sur des obligations substantielles spécifiques et sur la manière dont leurs nouvelles formulations reflètent mieux le droit des parties à réglementer. Les participants ont toutefois appelé à une discussion plus large sur la manière dont les obligations découlant des traités d'investissement interagissent en général avec le « droit de réglementer » des parties aux traités, soulignant l'émergence, dans les traités d'investissement récents, d'un langage explicite qui traite expressément de ces interactions.

10. Afin d'identifier les intérêts spécifiques des participants et de déterminer les pistes de travail possibles dans le cadre de l'Axe 2 sur la question du « droit de réglementer », le Secrétariat a préparé une note exploratoire [[DAF/INV/TR2/WD\(2025\)10](#)] qui présente une première réflexion sur la notion de « droit de réglementer » des gouvernements et une typologie préliminaire des dispositions et spécifications observées dans les traités d'investissement récents qui traitent du « droit de réglementer ».

11. Les discussions ont porté sur trois questions :

- La notion de « droit de réglementer » et l'opportunité d'inclure une disposition sur le droit de réglementer dans les traités d'investissement (section 1.1) ;
- La diversité des approches réglementaires dans les traités d'investissement récents qui traitent des interactions entre les obligations substantielles et le droit des parties à réglementer (section 1.2) ; et
- La complémentarité de ce travail avec le travail mené par le Groupe de Travail III de la CNUDCI sur la réforme du RDIE (section 1.3).

de configuration d'un accord plurilatéral pour la modification des dispositions relatives au « traitement juste et équitable » dans les traités d'investissement » [[DAF/INV/TR2/WD\(2024\)9/REV2](#)] ; ainsi que la Synthèse des discussions du 5 novembre 2024 [[DAF/INV/TR2/WD\(2024\)10/REV2](#)].

⁴ Voir, par exemple, pour l'expropriation indirecte : Synthèse des discussions – [Octobre 2021](#) et [Avril 2022](#) ; pour le TJE : Synthèse des discussions – [Mars 2024](#) ; pour NPF : Synthèse des discussions – [Février 2024](#) ; et pour le traitement national (TN) : Synthèse des discussions – Juin 2025 [[DAF/INV/TR2/WD\(2025\)9/REV1](#)].

1.1. Définition et référence au « droit de réglementer » des parties dans les traités d'investissement

12. Les délégués ont pris note de la présentation du Secrétariat, dans laquelle plusieurs précisions ont été apportées. Le Secrétariat a notamment souligné que le droit de réglementer en droit international coutumier ne reposait sur aucune base juridique formelle et que, si quelques instruments juridiques pouvaient être considérés comme des indicateurs potentiels de l'existence et la signification du droit de réglementer en droit international coutumier, leur lien avec ce droit n'avait jamais été clairement établi par les cours ou tribunaux internationaux. À cet égard, quelques délégations ont fait remarquer qu'il serait utile d'avoir davantage d'informations sur les sources juridiques du droit de réglementer en droit international coutumier.

13. Certains délégués ont indiqué qu'il était utile de faire explicitement référence au « droit de réglementer » dans les traités d'investissement. Ils ont confirmé la complémentarité entre cette référence explicite et les travaux de clarification des dispositions de fond entrepris depuis le début du processus de l'Axe 2, soulignant que des obligations mieux délimitées contribuent intrinsèquement à préserver le droit de réglementer. Les délégués ont également souligné qu'il convenait de combiner plusieurs approches pour atteindre cet objectif.

14. Les délégués ont expliqué que l'inclusion de dispositions relatives au droit de réglementer dans les traités d'investissement vise à offrir une plus grande sécurité juridique et une plus grande clarté tant aux investisseurs qu'aux États, et à garantir un équilibre approprié entre la protection des investissements et le droit souverain d'adopter des mesures visant à atteindre des objectifs de politique nationale.

1.2. Diversité des pratiques conventionnelles relatives au « droit de réglementer »

15. De nombreux délégués ont confirmé que leur juridiction inclut généralement une **réaffirmation du droit de réglementer** dans le préambule et/ou dans le cadre de dispositions autonomes dans leurs traités d'investissement récents. Ces réaffirmations sont décrites comme des *orientations interprétatives* à l'attention des tribunaux arbitraux dans l'analyse des obligations substantielles plutôt que comme une exception aux obligations de protection des investissements.

16. Les délégués ont échangé leurs points de vue sur les différentes formulations en lien avec le 'droit de réglementer' dans les traités d'investissement :

- Certains délégués ont indiqué qu'ils préféreraient réaffirmer le droit de réglementer dans une disposition autonome plutôt que dans le préambule. Lorsqu'elle est énoncée dans une disposition autonome, cette réaffirmation est généralement placée avant les obligations substantielles afin de garantir sa visibilité et sa prise en compte par les tribunaux arbitraux dans l'interprétation et l'application des dispositions du traité.
- D'autres délégués ont jugé utile de préciser que le simple fait qu'une partie adopte une réglementation qui interfère avec les attentes d'un investisseur ne constitue pas une violation du traité.
- Enfin, quelques délégués utilisent une formulation qui permet aux États de déterminer les mesures réglementaires appropriées tout en réaffirmant l'obligation de veiller à ce que toutes ces mesures soient conformes au traité (« *par ailleurs conformes* » aux obligations du traité).

17. De même, la plupart des délégations ont confirmé que les **clarifications des obligations substantielles concernant les mesures réglementaires** faisaient partie de leur pratique conventionnelle récente. Dans ce contexte, certaines délégations ont souligné l'importance de l'interaction entre une disposition relative au droit de réglementer et les clarifications des obligations substantielles. Plusieurs délégations ont en outre fait remarquer que la simple réaffirmation du droit de réglementer, bien qu'importante pour exprimer l'intention des parties au traité, a un effet pratique limité si elle n'est pas accompagnée de dispositions offrant des orientations spécifiques sur la manière d'équilibrer le droit de réglementer et les obligations de protection des investissements.

18. Dans une moindre mesure, quelques délégations ont confirmé avoir inclus des **exceptions générales** dans leurs traités d'investissement récents afin de disposer d'un outil supplémentaire pour préserver leur marge de manœuvre réglementaire. Elles ont notamment fait remarquer qu'il pourrait être nécessaire de clarifier davantage les conséquences de l'application des exceptions générales – en particulier en ce qui concerne la responsabilité de l'État et l'obligation d'indemniser les investisseurs lésés – afin de remédier à la manière dont les tribunaux arbitraux ont interprété ces dispositions dans des sentences arbitrales récentes.

19. Certaines délégations ont manifesté leur intérêt pour la poursuite des travaux sur la manière dont les tribunaux arbitraux analysent les clarifications intégrées dans les clauses substantielles et les réaffirmations du droit de réglementer, qu'elles figurent dans les préambules ou dans des dispositions autonomes. Elles ont également manifesté leur intérêt pour l'examen de l'interaction entre les dispositions relatives au droit de réglementer et les différentes obligations substantielles et pour la comparaison des techniques d'interprétation adoptées par les tribunaux dans ce contexte.

1.3. Complémentarité du travail de l'Axe 2 sur le droit de réglementer avec le Groupe de Travail III de la CNUDCI

20. La Présidente a invité le Secrétariat de la CNUDCI à présenter les travaux entrepris par le Groupe de Travail III sur le droit de réglementer. Le Secrétariat de la CNUDCI a expliqué que le Groupe de Travail avait identifié le droit de réglementer comme une question transversale, compte-tenu de sa nature hybride entre les aspects substantiels et procéduraux. Au cours des discussions initiales sur ce sujet en avril 2025, les délégations ont exprimé des points de vue divergents sur la question de savoir si le droit de réglementer devait être examiné à la CNUDCI. Si certaines délégations se sont déclarées favorables à son inclusion afin de répondre aux préoccupations liées au « gel réglementaire » (*regulatory chill*), d'autres ont estimé que cette question ne devait pas être examinée dans ce cadre en raison de son lien étroit avec les obligations substantielles. Il a également été fait mention des travaux en cours dans le cadre de l'Axe 2 à l'OCDE, que plusieurs délégations ont identifié comme le forum le plus approprié pour examiner cette question. Une discussion informelle sur le projet de dispositions relatives au droit de réglementer aura lieu lors de la réunion intersessionnelle prévue début novembre 2025.

21. Lors de la réunion de l'Axe 2, certains délégués ont déclaré qu'ils estimaient qu'il existait une complémentarité entre les travaux entrepris par le Groupe de Travail III de la CNUDCI – dont le mandat porte principalement sur les aspects procéduraux et le règlement des différends investisseur-État (RDIE) – et les travaux en cours de l'OCDE dans le cadre de l'Axe 2 sur le « droit de réglementer ». Ils ont en outre encouragé la poursuite de la collaboration entre les deux organisations sur cette question commune. Certains délégués ont exprimé leur soutien à la poursuite des travaux sur le droit de réglementer et son lien avec les obligations substantielles à l'OCDE. Ils ont également estimé que les questions de

responsabilité découlant du non-respect des obligations de fond, ainsi que celles relatives à l'indemnisation, sont des questions de nature substantielle et devraient continuer d'être traitées à l'OCDE.

2. Description de la compréhension commune des obligations relatives à l'« expropriation indirecte » en vue d'une interprétation conjointe potentielle : poursuite de l'examen

22. Lors de la réunion du 17 juin 2025, les participants de l'Axe 2 ont commencé à examiner si leur compréhension commune des obligations relatives à « l'expropriation indirecte » pouvait être exprimée textuellement en vue d'élaborer une éventuelle interprétation conjointe des anciens traités d'investissement entre juridictions intéressées. Les délégués ont discuté une première ébauche textuelle – présentée dans le document [DAF/INV/TR2/WD\(2025\)3](#) – composée de quatre éléments essentiels que de nombreux gouvernements utilisent dans leurs traités d'investissement récents afin de spécifier le champ et le contenu des obligations relatives à l'« expropriation indirecte ».

23. Plusieurs délégations ont souligné l'intérêt de clarifier les obligations en matière d'expropriation indirecte dans les anciens traités, étant donné que certains tribunaux arbitraux ont parfois interprété les traités dépourvus de telles précisions de manière non conforme à l'intention des parties contractantes ou restreignant indûment leur marge de manœuvre réglementaire pour adopter des mesures visant des objectifs légitimes de politique publique.

24. Les délégués ont généralement indiqué que les quatre éléments présentés dans l'ébauche textuelle reflétaient largement leurs pratiques conventionnelles récentes concernant l'expropriation indirecte. Ils ont échangé spécifiquement sur les formulations textuelles pour une éventuelle interprétation conjointe telles qu'illustrées dans la note. Sur la base des discussions et commentaires exprimés par les délégués – résumés dans [DAF/INV/TR2/WD\(2025\)9/REV1](#), une version révisée de l'ébauche textuelle a été discutée lors de la réunion du 20 octobre, illustrée dans la note [DAF/INV/TR2/WD\(2025\)3/REV1](#) (« *Description de la compréhension commune des obligations relatives à l'« expropriation indirecte » en vue d'une interprétation conjointe potentielle : poursuite de l'examen* »).

25. La note contenait également des conclusions préliminaires sur les pratiques conventionnelles récentes ainsi que sur l'expérience relative à l'utilisation et à l'interprétation des obligations relatives à l'« expropriation indirecte » contenues dans les traités d'investissement, afin d'éclairer les réflexions des délégués sur les mérites et les avantages potentiels des ajustements textuels. Un addendum rassemblait des extraits pertinents de jurisprudence et d'autres documents relatifs à l'interprétation de l'« expropriation indirecte », cités dans la note pour faciliter la consultation des délégués [[DAF/INV/TR2/WD\(2025\)3/REV1/ADD](#)].

26. Les discussions lors de la réunion du 20 octobre se sont principalement concentrées sur deux éléments de l'ébauche textuelle révisée :

- La définition des mesures d'« expropriation indirecte », en particulier l'inclusion d'une précision sur le degré d'atteinte porté par une mesure aux droits de propriété d'un investisseur nécessaire pour qu'elle constitue une expropriation indirecte (**section 2.1**) ; et
- L'inclusion d'indications méthodologiques ainsi que des facteurs à prendre en compte pour évaluer si une mesure constitue une expropriation indirecte (**section 2.2**).

27. Faute de temps, la discussion sur le quatrième élément textuel concernant l'inclusion d'une clarification relative à la mesure dans laquelle les mesures non-discriminatoires poursuivant des objectifs légitimes de politique publique ne constituent pas une expropriation indirecte (la doctrine dite des « pouvoirs de police ») a été reportée à la prochaine réunion de l'Axe 2, provisoirement prévue pour le premier trimestre de 2026 (section 2.3).

2.1. Définition de l'« expropriation indirecte » (para. 1 et 2)

- 2.1** Une mesure ou une série de mesures ne peut constituer une expropriation, à moins qu'elle ne porte atteinte à un droit de propriété corporel ou incorporel, ou à un intérêt de propriété, portant sur un investissement.
- 4.2** Une expropriation indirecte a lieu lorsqu'une mesure ou une série de mesures adoptée par une Partie contractante a un effet équivalent à une expropriation directe en ce qu'elle prive substantiellement l'investisseur des attributs fondamentaux de la propriété de son investissement, y compris du droit d'user, de jouir et de disposer de son investissement, en l'absence d'un transfert formel d'un titre de propriété ou d'une saisie pure et simple.

28. Les premiers éléments de l'ébauche textuelle initiale définissaient quelles mesures constituent une expropriation indirecte. Elle présentait « l'expropriation indirecte » comme une mesure ayant un « effet équivalent » à une expropriation directe, comme l'ont fait la plupart des traités d'investissement ces dernières années. Lors de la dernière réunion de l'Axe 2, certains délégués ont demandé d'inclure des éléments textuels supplémentaires afin de clarifier cette définition. Certains délégués ont considéré qu'une précision sur le seuil d'interférence requis pour qu'une mesure soit considérée comme ayant un « effet équivalent » à une expropriation directe serait particulièrement utile.

29. Les délégués ont largement convenu de l'intérêt de clarifier le seuil d'« effet équivalent » (section 2.1.1) ainsi que de la définition de cet « effet équivalent » comme exigeant une « privation substantielle » des attributs fondamentaux du droit de propriété de l'investisseur sur son investissement (section 2.1.2).

2.1.1. Les avantages d'une clarification du seuil d'« effet équivalent »

30. La note de recherche du Secrétariat [DAF/INV/TR2/WD\(2025\)3/REV1](#) a constaté que les clarifications relatives au seuil d'« effet équivalent » d'une mesure d'expropriation indirecte figurent avec une fréquence croissante dans les traités conclus au cours des dix dernières années. Un premier examen de la jurisprudence suggère également que les tribunaux ont, dans l'ensemble, évalué si une mesure ou un ensemble de mesures entraînait une « privation substantielle » des attributs fondamentaux du droit de propriété de l'investisseur pour déterminer s'il y a eu expropriation indirecte. La version révisée de l'ébauche textuelle a ainsi intégré la description la plus couramment utilisée dans les traités d'investissement récents pour clarifier la notion « d'effet équivalent » d'une mesure d'expropriation indirecte.

31. Plusieurs participants de l'Axe 2 ont estimé que la clarification incluse dans la version révisée de l'ébauche textuelle reflétait le droit international coutumier relatif au seuil applicable pour qu'une mesure ou un ensemble de mesures constitue une expropriation indirecte, et ont soutenu son intégration dans une éventuelle interprétation conjointe des anciens traités d'investissement à cet égard.

32. Une juridiction a indiqué que, bien qu'elle reconnaisse les efforts déployés par de nombreux gouvernements pour clarifier le seuil de « l'effet équivalent » dans leurs traités récents, elle n'a pas intégré de précision textuelle similaire dans sa propre pratique

conventionnelle récente. Cette juridiction a expliqué qu'à ce stade, elle considère que la définition d'une mesure d'expropriation indirecte comme requérant un « effet équivalent » à une expropriation directe – sans précisions supplémentaires sur ce seuil – était suffisante pour transmettre l'exigence d'un seuil élevé à cet égard. Elle a également exprimé des préoccupations quant au fait que l'insertion d'une clarification relative au seul d'« effet équivalent » au paragraphe 1 pourrait être mal interprétée par les utilisateurs des traités comme créant une condition supplémentaire dans l'analyse d'une expropriation indirecte qui ferait concurrence à celle préconisée par le paragraphe 3 relatif à la méthodologie et aux facteurs à considérer dans une analyse sur l'expropriation indirecte.

2.1.2. Description textuelle possible d'une clarification de l'« effet équivalent » : la « privation substantielle »

33. Les participants de l'Axe 2 ont, dans l'ensemble, estimé que la description du seuil de l'« effet équivalent » intégrée dans la version révisée de l'ébauche textuelle – à savoir l'exigence d'une « privation substantielle » des attributs fondamentaux du droit de propriété de l'investisseur sur son investissement – reflétait les règles pertinentes du droit international coutumier en la matière.

34. Une juridiction a demandé s'il ne serait pas préférable de faire référence à une « privation radicale » plutôt qu'à une « privation substantielle » pour décrire le seuil d'« effet équivalent ». Selon cette juridiction, bien que les deux expressions sont relativement proches, l'adjectif « radicale » pourrait traduire plus précisément le seuil applicable en la matière, dans la mesure où il suggérerait davantage que l'interférence de la mesure ou la série de mesures soit telle qu'elle rendrait les droits de propriété de l'investisseur caducs pour qu'elle soit considérée comme une expropriation indirecte. La Présidente a rappelé à cet égard que la jurisprudence et la pratique jurisprudentielle ont davantage fait référence à une « privation substantielle » pour exprimer le seuil applicable à l'expropriation indirecte en droit international coutumier.

35. Une autre juridiction, tout en reconnaissant que la « privation substantielle » constitue la description textuelle la plus couramment utilisée pour définir le seuil requis à partir duquel une mesure est considérée comme ayant un effet équivalent à une expropriation directe, s'est interrogée sur la capacité de cette notion à englober l'ensemble des situations susceptibles, selon elle, de relever d'une expropriation indirecte. Elle a notamment évoqué l'hypothèse dans laquelle une mesure, ou une série de mesures, entraînerait une perte totale ou quasi-totale de la valeur d'un investissement. Cette juridiction a demandé au Secrétariat de poursuivre ses travaux afin d'appuyer la réflexion des gouvernements participants sur les implications de cette formulation textuelle dans le cadre d'une éventuelle interprétation conjointe.

2.2. Méthodologie et facteurs à considérer dans une enquête sur l'expropriation indirecte (para. 3)

- 3 Pour déterminer si une mesure ou une série de mesures constitue une expropriation indirecte, il convient d'effectuer un examen au cas par cas, fondé sur les faits, en tenant notamment compte des facteurs suivants :
- i. L'impact économique de la mesure ou de la série de mesures, même si le seul fait qu'une mesure ou série de mesures ait un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffit pas à établir qu'il y a eu expropriation indirecte ;
 - ii. La nature de la mesure ou de la série de mesures ;

iii. La durée de la mesure ou de la série de mesures :

iv. L'ampleur des répercussions sur les attentes légitimes de l'investisseur.

36. Les délégués de l'Axe 2 ont convenu que la durée d'une mesure constitue un facteur pertinent dans l'examen d'une expropriation indirecte et ont estimé que la clarification relative à l'évaluation de l'impact économique d'une mesure – telle qu'incluse dans la version révisée de l'ébauche textuelle – reflète leur compréhension ainsi que leurs pratiques conventionnelles récentes.

37. Deux délégations se sont interrogées sur l'utilité d'inclure des clarifications supplémentaires concernant les facteurs énumérés au paragraphe 2, notamment en ce qui concerne la prise en compte de la **durée** et de la **nature** de la mesure dans le cadre d'un examen d'expropriation indirecte. Selon elles, des précisions permettraient de fournir des orientations additionnelles sur la portée exacte de ces évaluations et de refléter la compréhension commune des gouvernements.⁵

2.3. Mesures non-discriminatoires poursuivant des objectifs légitimes de politique publique (para. 4)

4 Pour plus de clarté, [H]ormis dans de rares circonstances – par exemple lorsque l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave ou disproportionné au regard de son but qu'elle ne peut être raisonnablement considérée comme ayant été adoptée de bonne foi – [L]es mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont adoptées et appliquées ~~de bonne foi~~ pour poursuivre des objectifs légitimes de politique publique, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte.

38. Lors de la précédente réunion de l'Axe 2, les délégués ont discuté de l'ajout d'orientations concernant la question de savoir si des mesures non-discriminatoires poursuivant des objectifs légitimes de politique publique peuvent constituer une expropriation indirecte, et ont exprimé des vues diverses quant à leur description textuelle dans une éventuelle interprétation conjointe.

39. Le paragraphe 4 tel que révisé intègre deux modifications suggérées par les délégués lors de la réunion précédente :

- **Inclusion d'éléments textuels indiquant l'intention directrice de la disposition** (« *pour plus de clarté* » et « *hormis dans de rares circonstances, par exemple...* »). Les participants de l'Axe 2 ayant utilisé cet élément textuel dans leurs traités d'investissement récents ont confirmé – lors de la dernière réunion et des réunions antérieures – que cette disposition est conçue afin de fournir des orientations aux tribunaux et ne constitue pas une « exception » aux obligations en matière d'expropriation indirecte. Elle est donc destinée à être lue conjointement avec le paragraphe précédent, qui préconise la méthodologie générale et les facteurs pertinents pour un examen d'expropriation indirecte.
- **Clarifications supplémentaires sur l'évaluation visant à déterminer si une mesure constitue un exercice valide des « pouvoirs de police ».** Lors de la précédente réunion, les participants à l'Axe 2 ont noté que la bonne foi était

⁵ À cet égard, la note du Secrétariat [DAF/INV/TR2/WD\(2025\)3/REV1](#) a présenté plusieurs points de discussion concernant de possibles éléments de clarification supplémentaires sur la pertinence de la durée de la mesure ainsi que sur la prise en compte de la nature de la mesure dans le contexte d'un examen d'expropriation indirecte.

considérée comme un facteur généralement admis comme pertinent dans l'évaluation des « pouvoirs de police ». Ils se sont ainsi interrogés sur sa relation avec l'appréciation de la *proportionnalité* d'une mesure que les tribunaux ont également mené pour l'ensemble dans ce contexte. Le paragraphe 4 tel que révisé inclut une illustration – inspirée des pratiques conventionnelles récentes de nombreux États – spécifiant à titre d'exemple que l'impact manifestement disproportionné d'une mesure au regard de son but pourrait constituer un indice d'une absence de bonne foi aux fins de l'évaluation des « pouvoirs de police ».

40. Les délégués ont été invités à échanger leurs points de vue sur les facteurs que leur juridiction considère comme pertinents pour apprécier si une mesure non-discriminatoire poursuivant des objectifs légitimes de politique publique a été adoptée et maintenue de bonne foi, ainsi que sur la question de savoir si l'ébauche textuelle telle que révisée reflétait la compréhension de leur juridiction quant à la pertinence de la proportionnalité d'une mesure dans cette évaluation. Faute de temps, les discussions sur ce quatrième élément textuel d'une éventuelle interprétation conjointe ont été reportées à la prochaine réunion de l'Axe 2, provisoirement prévue pour le premier trimestre de 2026.

3. Programme de travail de l'Axe 2 pour 2026-2027

41. Les délégués se sont généralement déclarés satisfaits du contenu du programme de travail pour 2026-2027 [[DAF/INV/TR2/WD\(2025\)8/REV3](#)]. En particulier, certains ont exprimé leur intérêt dans l'exploration d'une convergence entre les participants sur un ensemble d'obligations de fond dans une potentielle interprétation conjointe plurilatérale, tout en exprimant leur soutien à l'examen d'autres questions telles que la définition des termes « investisseur » et « investissement ». Les délégués ont également manifesté leur intérêt pour un examen plus approfondi de l'interaction entre les traités d'investissement et le droit de réglementer.

42. Les délégués ont également encouragé la poursuite de la coopération entre l'OCDE et la CNUDCI pour faire avancer les réformes du système de protection des investissements. Ils ont reconnu l'intérêt de dialoguer avec les juridictions potentiellement intéressées par le biais d'actions de communication à l'échelle régionale, rappelant que le caractère inclusif du programme de travail de l'Axe 2 était essentiel pour garantir des résultats significatifs.