



DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIERES ET DES ENTREPRISES

DOCUMENTS DE TRAVAIL DE SUR L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL
Numéro 2004/1

**RELATIONS ENTRE LES ACCORDS INTERNATIONAUX
SUR L'INVESTISSEMENT**

Mai 2004

La présente étude a été établie par Marie-France Houde, Administrateur principal, et Katia Yannaca-Small, Conseiller juridique, de la Division de l'investissement, OCDE, avec le concours de la Direction juridique. Elle ne saurait être interprétée comme reflétant nécessairement les vues de l'OCDE ou de ses gouvernements Membres ou comme préjugant de négociations ou de différends actuels ou futurs relatifs à des accords internationaux concernant l'investissement.

RELATIONS ENTRE LES ACCORDS INTERNATIONAUX SUR L'INVESTISSEMENT

Les accords bilatéraux, régionaux et multilatéral se sont multipliés ces dix à vingt dernières années et de nouveaux accords sont actuellement négociés. Il est donc quasiment certain que, pendant quelque temps encore, il continuera de coexister des accords relatifs à l'investissement international présentant des modalités différentes et conclus par des groupes de pays différents, qui se chevaucheront plus ou moins. Il importe par conséquent de comprendre comment ces accords continueront d'interagir et comment gérer harmonieusement ces chevauchements et ces différences.

La présente étude, compte dûment tenu de la complexité des questions, a pour but de faire mieux comprendre les relations entre les accords internationaux sur l'investissement (AII) à partir d'une analyse des principaux accords de ce type et de l'expérience accumulée par l'OCDE concernant la relation entre ses propres instruments et les autres accords existants.¹

Le plan de l'étude est le suivant. La section 1 expose de façon générale les questions abordées dans le document. La section 2 recense les points de chevauchement et les différences parmi un échantillon représentatif d'accords sur l'investissement (à savoir les traités bilatéraux en matière d'investissement, l'ALENA, les instruments de l'OCDE relatifs à l'investissement et les accords de l'OMC). La section 3 fait ressortir les principaux domaines dans lesquels des problèmes de compatibilité peuvent se poser et examine les règles fondamentales du droit international afin d'évaluer la compatibilité mutuelle des accords. La section 4 récapitule les principaux points de l'étude. On trouvera en annexe 1 un rappel des discussions qui ont eu lieu lors des négociations menées à l'OCDE au sujet de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) et, en annexe 2, les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'annexe 3 présente un tableau synoptique des principaux éléments des AII et des dispositions qui se chevauchent.

1. Quel est l'enjeu ?

Après l'abandon en 1950 du projet de création de l'Organisation internationale du commerce (OIC) aux termes de la Charte de La Havane – laquelle contenait tout un ensemble de règles multilatérales concernant l'investissement –, les pays hôtes et les pays d'accueil ont cherché à protéger leurs intérêts respectifs en concluant des accords bilatéraux, régionaux et multilatéraux liés à l'investissement. On estime aujourd'hui qu'il existe plus de 2 200 TBI et plus de 175 accords commerciaux régionaux (ACR)². L'OCDE a joué un rôle de premier plan en élaborant des « règles du jeu » plurilatérales concernant les mouvements de capitaux, dès l'époque de la reconstruction de l'Europe occidentale au lendemain de la guerre. Plus récemment, au milieu des années 1990, les négociations d'Uruguay ont introduit une dimension « investissement » dans les règles commerciales multilatérales en ce sens que quelques unes au moins des nouvelles disciplines s'appliquaient à l'investissement étranger. Des questions liées à l'investissement étranger sont évoquées dans au moins cinq des Accords de l'OMC : l'AGCS, l'Accord sur les MIC, l'Accord sur les ADPIC, l'AMP et l'Accord SMC³.

Cela a conduit à la mise en place d'un cadre international de plus en plus complexe pour l'investissement international, les gouvernements devant en conséquence faire face à des ensembles d'obligations différents et très diversifiés et en assurer la cohérence. Les règles du droit des traités et les clauses particulières figurant dans les différents accords régissent traditionnellement la relation entre ces différents ensembles d'obligations. Il n'est cependant pas certain que les conséquences juridiques d'obligations qui se chevauchent soient comprises dans tous les cas. Chaque accord a sa propre architecture, ses propres objectifs, et ses spécificités culturelles et juridiques. Etant donné le

nombre grandissant de dispositions liées à l'investissement, il est de plus en plus difficile de se faire une idée de la situation d'ensemble.

De très nombreux accords sur l'investissement, notamment les TBI, défendent des concepts très proches (traitement national, traitement NPF, traitement juste et équitable, protection intégrale et sécurité) mais avec des variations juridiques et/ou rédactionnelles, parfois très subtiles. Il pourrait en résulter des interprétations divergentes de la même obligation générale dans le cadre de plusieurs accords différents.

D'autres questions ont été soulevées concernant la « cohabitation » de diverses procédures de règlement des différends investisseurs-Etat et inter-Etats, ou la recherche du « forum le plus favorable » dans le cadre de laquelle un investisseur peut engager des procédures multiples au sujet de la même question afin de tirer parti des dispositions figurant dans divers accords en matière de règlement des différends qui sont potentiellement les plus favorables. Il convient de garder présent à l'esprit le fait que le niveau des obligations contractées par les différentes parties à un accord ne peut être dissocié du champ d'application de leurs exceptions/réserves aux dispositions de fond et de procédures dudit accord.

2. Traits caractéristiques et points de chevauchement

La section qui suit vise à indiquer globalement les caractéristiques les plus courantes des AII existants ainsi que leur degré de compatibilité et de complémentarité.

2.1. Traités bilatéraux en matière d'investissement (TBI)

Ainsi que leur titre le précise généralement, l'objectif général des TBI est la « promotion et la protection » des investissements d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante. La plupart des TBI ont été conclus entre des pays développés exportateurs de capitaux et des pays en développement importateurs de capitaux, mais un nombre grandissant de ces accords sont actuellement négociés entre pays en développement, ce qui témoigne de l'élargissement et de la diversification de la communauté d'intérêts. Des économies en développement influentes comme la Chine, l'Inde, et la Malaisie ont conclu un certain nombre de TBI avec des pays développés et en développement.

Bien qu'il existe des variantes, deux types de TBI sont utilisés jusqu'à présent : (a) le « modèle européen » fondé sur le modèle de projet de Convention Abs-Shawcross approuvé par les Ministres de l'OCDE en 1962 ; et (b) le « modèle des Etats-Unis » élaboré au début des années 80⁴. Ces deux modèles couvrent les grands domaines suivants :⁵ admission et traitement, transferts, personnel essentiel, expropriation, et règlement des différends. La principale distinction entre les deux modèles tient à ce que les dispositions du premier concernant le traitement ne s'appliquent à un investissement qu'après son établissement, tandis que les dispositions comparables du second concernent aussi l'investissement au stade du pré-établissement. Dans l'un et l'autre modèle, chaque partie peut néanmoins introduire ou conserver des exceptions, normalement en utilisant la méthode de « l'exclusion » ou approche « négative » (en ce sens que toutes les mesures non conformes doivent être notifiées), dans le cadre de l'un des secteurs ou des domaines énumérés dans une Annexe au traité ou du fait de lois et de réglementations applicables à la date d'entrée en vigueur du traité. De plus, les deux types de TBI peuvent contenir des exemptions générales pour faire face à certaines situations (problèmes de balance des paiements, fiscalité) ou préoccupations (sécurité nationale ou ordre public). Cependant, le libellé de ces engagements varie tout comme la portée des obligations.

Une autre distinction importante tient à ce que le modèle des Etats-Unis régleme l'imposition d'un certain nombre de prescriptions de résultats aux investisseurs ou à leurs investissements, et à ce qu'il comporte des dispositions plus élaborées que le modèle européen concernant certaines questions (telles que le droit d'entrée et le séjour d'étrangers). Les deux modèles contiennent plus ou moins les mêmes concepts concernant la protection des investissements établis : traitement national et traitement NPF⁶, libre transfert de fonds, indemnisation rapide, adéquate et effective en cas d'expropriation, traitement juste et équitable et protection et sécurité intégrales. Ils prévoient également des mécanismes de règlement des différends qui apparaissent entre les Etats ou entre un investisseur et un Etat. Les investissements comprennent dans la plupart des cas « tous les types d'actifs »⁷.

Les chevauchements les plus fréquents entre les TBI et les autres accords internationaux sur l'investissement concernent le traitement des investisseurs et des investissements après l'établissement, par exemple l'application d'un traitement non discriminatoire (traitement NPF et/ou traitement national), les obligations concernant la « protection » des actifs, à savoir les garanties contre les risques d'expropriation et de nationalisation, et les procédures de règlement des différends, qu'il s'agisse de différends inter-Etats ou de différends entre investisseurs et Etats. Comme le montre le tableau récapitulatif présenté à l'Annexe 3, il existe, semble-t-il, des zones potentielles de chevauchement entre plusieurs accords.

2.2. *Les instruments de l'OCDE relatifs à l'investissement*

Considérés conjointement, le Code de la libération des mouvements de capitaux et la Déclaration sur l'investissement international couvrent la totalité de l'éventail des opérations d'investissement : « droit d'entrée » et « établissement » pour les investisseurs non résidents et les transferts de capitaux correspondants dans le cadre du Code ; et « traitement non moins favorable » des entreprises établies à capitaux étrangers qui se trouvent « dans les mêmes circonstances » que les entreprises nationales dans le cadre de l'Instrument relatif au traitement national. Ces deux textes prévoient la suppression progressive du traitement discriminatoire à l'encontre des investisseurs non résidents/à capitaux étrangers. C'est là une obligation juridiquement contraignante dans les Codes, et un « engagement politique » dans la Déclaration. Dans les deux cas, les parties⁸ sont autorisées à formuler des réserves ou des exceptions (selon la méthode de « l'exclusion »). Ces réserves/exceptions et les mesures connexes sont soumises à des « examens mutuels » qui peuvent aboutir à la formulation de recommandations d'action en faveur d'une plus grande libéralisation. Les instruments de l'OCDE ne contiennent pas de dispositions juridiquement contraignantes concernant le règlement des différends. Néanmoins, dans la mesure où les Codes contiennent des obligations juridiques, les différends concernant leur application peuvent être portés devant d'autres mécanismes généraux de règlement des différends acceptés par les parties au différend (par exemple la Cour internationale de justice) ou devant un mécanisme *ad hoc* que les parties ont décidé d'accepter pour un différend déterminé.

A la différence des Codes, l'Instrument relatif au traitement national ne recommande pas explicitement le traitement NPF alors qu'en règle générale les TBI prévoient l'application du traitement NPF ou du traitement national selon celui qui est le plus favorable. Comme on l'a déjà vu, certains TBI couvrent aussi les questions « d'accès aux marchés » liées à l'établissement. L'approche de l'OCDE vise à promouvoir une « libéralisation progressive » par le biais de la transparence, du statu quo et de la suppression progressive des mesures discriminatoires. L'Instrument sur les stimulants et obstacles à l'investissement direct international encourage les parties à la Déclaration à veiller à ce que leurs incitations à l'investissement soient aussi transparentes que possible pour que l'on puisse facilement juger de leur ampleur et de leur portée. Ces questions sont rarement évoquées dans les TBI. En revanche, les TBI et certains accords régionaux (mais non les instruments de l'OCDE) prévoient la restitution ou l'indemnisation en cas de pertes dues à une guerre ou un conflit armé, à des situations

d'urgence nationale ou à une expropriation. Ils comportent aussi des mécanismes obligatoires de règlement en cas de différends entre parties contractantes ainsi qu'en cas de différends entre investisseurs et Etats, tandis que les instruments de l'OCDE tablent essentiellement sur la recherche d'un consensus et des procédures de consultation.

Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales font de la Déclaration un instrument différent des autres instruments internationaux en matière d'investissement. Il s'agit de recommandations adressées aux entreprises multinationales opérant sur le territoire de pays Membres ou originaires de pays Membres ; ils recommandent aux entreprises d'exercer leurs activités de manière responsable dans un certain nombre de domaines, notamment l'emploi et les relations professionnelles, les droits de l'homme, l'environnement, la publication d'informations, la lutte contre la corruption, les intérêts des consommateurs, la science et la technologie, la concurrence et la fiscalité. En juin 2000, les procédures de mise en œuvre des Principes directeurs ont été renforcées. Un réseau de points de contact nationaux contribue à les diffuser largement. Les points de contact nationaux servent également de relais pour discuter des problèmes qui peuvent se poser à propos de l'interprétation ou de l'application des Principes directeurs.

2.3. *L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)*

L'ALENA (chapitre 11) codifie les disciplines et procédures les plus actuelles concernant l'investissement international et sert de plus en plus de modèle à d'autres accords⁹. Il prévoit des niveaux élevés de protection et de libéralisation à l'instar d'autres accords liés à l'investissement et du droit coutumier international et offre un mécanisme de règlement pour les différends, qu'ils opposent deux Etats ou un investisseur et un Etat. A la différence des TBI qui utilisent le plus souvent une liste d'actifs assez générale pour « définir » l'investissement, l'ALENA présente une liste d'actifs étroitement liés à une entreprise ou à l'activité des entreprises, avec des exclusions spécifiques. Les investisseurs couverts sont généralement, à condition que ces investisseurs mènent, ou cherchent à mener, des activités industrielles ou commerciales sur le territoire de la partie, toutes les entreprises constituées conformément à la législation d'une autre partie quelle que soit la nationalité des propriétaires ultimes. Aussi bien les investisseurs que leurs investissements ont droit à bénéficier du traitement national ou du traitement NPF, selon celui qui est le plus favorable, et il est prévu pour les investissements « un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales » (article 1105 de l'ALENA)¹⁰, la liberté des transferts, et une protection contre l'expropriation sans indemnisation. S'agissant de l'indemnisation des expropriations, l'ALENA contient une définition plus détaillée de la norme traditionnelle d'indemnisation « prompte, adéquate et effective ». Plusieurs types de prescriptions de résultats sont interdites ; certaines d'entre elles (obligations d'exportations, transfert de technologie) viennent s'ajouter à celles figurant dans l'accord sur les MIC. Des dispositions particulières interdisent en outre les obligations de nationalité pour les cadres de direction mais autorisent une partie à exiger que la majorité des membres du conseil d'administration soit d'une nationalité donnée.

De plus, l'ALENA contient à la fois des exceptions générales et des exceptions par pays concernant les obligations de libéralisation, le traitement national, le traitement NPF et les règles de prescriptions de résultats, les cadres de direction et les conseils d'administration ainsi que la présence locale – toutes exceptions énumérées selon la méthode de « l'exclusion ».

Outre le chapitre relatif à l'investissement, l'ALENA comprend des chapitres sur l'entrée temporaire d'hommes et de femmes d'affaires, les services financiers, la politique de la concurrence, les monopoles et les entreprises d'Etat, et la propriété intellectuelle.

Il semble qu'il y ait un assez grand nombre de points communs et une cohérence assez étroite entre les dispositions de l'ALENA relatives à l'investissement, négociées pendant les travaux du Cycle d'Uruguay, et les accords de l'OMC décrits ci-après.

2.4. Accords de l'OMC¹¹

De tous les Accords de l'OMC, l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) est celui qui traite le plus directement des questions d'investissement. Le Mode 3 concerne l'offre d'échanges de services par le biais d'une « présence commerciale », ce qui est fondamentalement une activité d'investissement. Le Mode 4 peut également être considéré comme lié à l'investissement parce qu'il concerne notamment l'entrée temporaire de cadres de gestion et autres personnels de catégorie supérieure. Conformément à l'obligation NPF, les parties à l'AGCS s'engagent à accorder aux services et fournisseurs de services d'un Membre un traitement non moins favorable que celui qu'elles accordent à des services ou à des fournisseurs de services similaires de tout autre pays en ce qui concerne les mesures touchant aux échanges de services. Il s'agit là d'une obligation « immédiate » et « sans condition »¹². Les exemptions spécifiques d'un Membre à cette obligation, autorisées lors de l'entrée en vigueur de l'Accord, ne peuvent en principe durer plus de dix ans.¹³ Néanmoins, le traitement national n'est pas automatiquement accordé dans tous les domaines. Il s'applique uniquement aux secteurs inscrits sur des listes lorsque des parties acceptent d'accorder le traitement national dans le contexte d'engagements spécifiques d'accès aux marchés, formulés selon une approche « hybride » comportant des éléments à la fois d'inclusion et d'exclusion. L'AGCS prévoit le recours au Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends.

Cette description (voir aussi l'Annexe 3) donne à penser qu'il n'existe qu'un chevauchement partiel entre les TBI et l'AGCS pour ce qui est des secteurs de services. Dans les TBI rédigés sur le modèle européen, ce chevauchement paraît concerner essentiellement le traitement NPF/traitement national, et le règlement des différends entre Etats concernant des actifs générés par le biais d'une « présence commerciale ». Dans les TBI conçus sur le modèle des Etats-Unis, le chevauchement peut aller jusqu'à l'établissement d'une présence commerciale. Il existe aussi des chevauchements entre les instruments de l'OCDE et l'AGCS.

A partir des conventions existantes relatives à la propriété intellectuelle¹⁴, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) prévoit le traitement national et le traitement NPF pour protéger des catégories déterminées de propriété intellectuelle (droits d'auteur, brevets, marques de fabrique ou de commerce, etc.). Des exceptions spécifiques sont prévues mais les pays ne peuvent formuler aucune réserve à l'application de ce traitement. En fait, la mise en œuvre de l'accord repose largement sur la transparence : les gouvernements Membres sont tenus de publier (ou de faire connaître autrement) les informations pertinentes concernant le régime qu'ils appliquent à la propriété intellectuelle, notamment « les accords bilatéraux dans le domaine des droits de propriété intellectuelle ». L'accord relève également du Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends. Les détenteurs privés de droits peuvent en outre bénéficier de certaines règles concernant l'application interne des droits de propriété intellectuelle et leurs droits en termes d'accès aux procédures judiciaires civiles. Cette disposition (voir aussi l'Annexe 3) suggère l'existence d'un important chevauchement entre les TBI et l'accord sur les ADPIC concernant la protection d'actifs intangibles et le règlement de différends inter-Etats. Bien que cette question ne semble pas avoir fait l'objet d'un examen systématique¹⁵, il semblerait que les deux types d'accords soient compatibles.

L'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord sur les MIC) interdit certaines mesures concernant les investissements qui sont liés au commerce de marchandises. Il s'agit de mesures qui sont incompatibles avec les obligations de traitement national

du GATT (qui concernent le traitement des produits importés par rapport à celui des produits locaux) ou de dispositions interdisant les restrictions quantitatives (Article XI du GATT). A l'heure actuelle cependant, toutes les mesures non conformes devraient avoir été éliminées. Les pays les moins avancés avaient jusqu'à la fin de 2002 pour satisfaire à cette obligation¹⁶. Un certain nombre de prolongations ou de dérogations ont néanmoins été accordées à certains pays¹⁷.

Les différends relatifs aux mesures concernant les investissements et liées au commerce sont gérés dans le cadre du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends. Le principal objectif de l'accord sur les MIC est d'interdire toute discrimination entre les produits importés et les produits locaux (par opposition à une discrimination *de jure* entre les entreprises étrangères et les entreprises locales). Les prescriptions de résultats font en général l'objet, dans les TBI sur le modèle des Etats-Unis, de dispositions distinctes. Dans un cas comme dans l'autre, il ne semble pas qu'il y ait de problèmes d'incompatibilité important avec l'accord sur les MIC. Ainsi, la formulation habituelle des TBI sur le modèle des Etats-Unis, en particulier dans leur dernière version, s'inspire en général de celle de l'Accord sur les MIC.

Bien que l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC), couvre, dans sa définition des subventions, un certain nombre d'incitations fréquemment utilisées pour encourager l'investissement, il ne traite pas cette question en termes de discrimination entre investissement étranger et investissement local¹⁸. Pour cette raison, et parce que les incitations à l'investissement ne sont pas un sujet habituellement couvert par les TBI, même lorsque ces derniers comportent des dispositions relatives à la réalisation d'un investissement, il ne semble pas y avoir de chevauchement important – et donc pas de problèmes d'incompatibilité entre l'Accord SMC et les TBI.

L'Accord « plurilatéral » sur les marchés publics porte sur les marchés passés par des « entités » spécifiquement couvertes par l'Accord. Il exige à la fois transparence et traitement non discriminatoire dans les procédures d'attribution des marchés publics. Ces obligations ne s'appliquent pas seulement aux achats de produits ou de services étrangers mais aussi aux achats de produits ou de services produits par des fournisseurs étrangers installés localement. L'AGCS ne porte pas sur les marchés publics de services et, à ce jour, les discussions tendant à élargir la couverture de l'AGCS à cet égard n'ont guère avancé¹⁹. En revanche, l'instrument de l'OCDE relatif au traitement national couvre les traitements discriminatoires concernant les achats publics auprès d'entreprises établies sous contrôle étranger. Le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales a précisé la façon dont il convenait de comprendre la relation entre l'AMP et l'Instrument relatif au traitement national²⁰.

3. Approches juridiques du chevauchement des accords relatifs à l'investissement

On verra, dans la section qui suit, comment le droit international, ainsi que différents types d'accords concernant l'investissement, traitent le problème du chevauchement. L'intention, cependant, n'est pas de donner une analyse détaillée des conséquences possibles du chevauchement ou des différences dans la portée ou le fonctionnement des diverses disciplines ou des engagements particuliers en matière d'accès aux marchés. La question du chevauchement avec le régime NPF n'est pas non plus abordée dans cette section car elle fait l'objet d'une étude séparée dans le cadre de cette publication.

3.1. Principes généraux du droit international

La règle générale d'interprétation des traités est énoncée à l'article 31 de la Convention sur le droit des traités (Convention de Vienne) (voir Annexe 2), qui stipule qu'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 ». Une clause d'un accord international doit donc être interprétée suivant le sens ordinaire de son libellé.

Sur cette base, la lecture conjointe des articles 30 et 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités donne les règles fondamentales régissant l' « application des traités successifs » portant sur la même matière et conclus entre quelques-unes ou la totalité des mêmes parties. Pour simplifier l'analyse de ces dispositions, on distinguera les deux situations suivantes :

- a) Les parties aux traités antérieur et postérieur sont les mêmes : dans ce cas, le traité antérieur prend fin soit si les parties le décident soit si les dispositions des deux traités sont incompatibles (article 59.1). S'il n'a pas pris fin, le traité antérieur s'applique toujours dans la mesure où ses dispositions "sont compatibles avec celles du traité postérieur" (article 30.3).
- b) Les parties aux traités antérieur et postérieur sont partiellement les mêmes : dans ce cas, deux types de relations doivent être distinguées :
 - i. les relations entre les parties aux deux traités, qui sont régies par les règles énoncées à l'alinéa a) ;
 - ii. les relations entre un Etat partie aux deux traités et un Etat partie à l'un de ces traités seulement : dans ce cas "le traité auquel les deux Etats sont parties régit leurs droits et obligations réciproques" (article 30.4.b). Si les traités contiennent des obligations incompatibles, des questions de responsabilité internationale peuvent se poser pour l'Etat qui est partie aux deux traités par rapport à l'Etat qui est partie au traité dont les dispositions ne sont pas respectées.

En outre, la solution au problème de compatibilité entre traités peut résider dans leur formulation. L'article 30.2 dispose que : « lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent ».

Lorsque l'intention n'est pas expressément énoncée, il n'y a pas de solution automatique. Cependant, un traité postérieur contenant des dispositions moins généreuses n'est pas nécessairement incompatible avec un traité antérieur plus généreux. Le Président du Comité de rédaction de la Convention de Vienne sur le droit des traités a donné l'exemple suivant : « si un petit nombre d'Etats a conclu une convention consulaire accordant de larges privilèges et immunités et si ces mêmes Etats ont conclu ultérieurement avec d'autres Etats une convention consulaire comptant un nombre de parties beaucoup plus important mais prévoyant un régime plus restreint, la convention antérieure continuera de régir les relations entre les Etats parties à celle-ci si les circonstances ou l'intention des parties justifie son maintien en vigueur »²¹.

Il s'agit là de règles générales. Comment s'appliquent-elles dans le cas des accords internationaux concernant l'investissement ?²² La question des accords successifs est susceptible de se poser essentiellement entre un accord multilatéral postérieur et des accords bilatéraux antérieurs, ou entre des accords multilatéraux qui se chevauchent mais dont les signataires ne sont pas exactement identiques. Dans le cas des négociations de l'OCDE sur l'AMI, la plupart des participants semblent avoir cherché à élargir des protections antérieures par le biais d'un traité multilatéral, et non à mettre sur pied un régime de remplacement qui prévaudrait en général sur tout TBI plus favorable que les parties à l'AMI pourraient avoir conclu entre elles. Si un accord postérieur concernant l'investissement conclu dans cet esprit contient des dispositions moins détaillées ou des règles moins strictes que celles qui figurent dans un accord antérieur, le traitement plus favorable prévu par l'accord antérieur ne sera

pas rendu caduc (voir articles 30.2 et 30.3 de la Convention de Vienne). Il peut cependant y avoir des cas dans lesquels les parties à un traité postérieur ont l'intention de limiter la portée des dispositions d'un accord antérieur et de faire prévaloir le second accord sur le premier. Ainsi, des dispositions en matière de garanties, telles que les dispositions concernant la balance des paiements contenues dans un accord multilatéral peuvent avoir pour objet d'annuler une clause concernant des transferts illimités figurant dans un accord bilatéral antérieur²³. En pareil cas, le traité postérieur prévaut²⁴. Cela étant, il conviendrait d'évaluer précisément l'intention exacte des parties, afin de vérifier si elles ont véritablement cherché à annuler des dispositions antérieures plus généreuses prévues au niveau de leurs relations bilatérales (ou d'autres relations multilatérales).

3.2. *Clauses des TBI et autres accords internationaux*

Les TBI prévoient souvent une disposition particulière pour traiter la question de la compatibilité, appelée clause de « préservation des droits », qui simplifie l'évaluation de l'intention^{25,26}. Cette clause vise à protéger les droits d'un investisseur lorsque les dispositions d'autres accords internationaux²⁷ sont plus favorables que les dispositions du TBI. Elle dispose habituellement que les autres lois ou accords donnant à l'investissement un traitement plus favorable devront prévaloir. Cette clause peut s'appliquer aux obligations existantes ainsi qu'aux obligations futures.

Les clauses de préservation des droits peuvent cependant différer, selon les types de lois ou d'accords auxquels elles s'appliquent : elles peuvent s'appliquer à des dispositions du droit international ; à des dispositions du droit national du pays d'accueil ; et à des accords entre l'investisseur et le pays d'accueil. On trouve des dispositions relevant des deux premières catégories dans les TBI conclus par la Finlande, l'Allemagne, la Suède²⁸ et le Royaume-Uni²⁹. Certaines dispositions ne s'appliquent qu'à la troisième catégorie – accords entre l'investisseur et le pays d'accueil (par exemple plusieurs TBI conclus par la Suisse). La disposition de ce type figurant dans les TBI conclus par les Pays-Bas et les Etats-Unis et dans certains autres accords s'applique aux trois catégories.

Le traitement des clauses de préservation des droits dans les AII examinés plus haut peut se résumer comme suit :

- *Codes de l'OCDE*. Les Codes de libération de l'OCDE prévoient à l'article 4, consacré aux obligations résultant d'accords multilatéraux en vigueur sur le plan international, qu'« aucune disposition du présent Code ne doit être considérée comme modifiant les obligations assumées par un Membre en tant que signataire des articles de l'Accord relatif au Fonds monétaire international ou de tout autre accord multilatéral en vigueur sur le plan international ». L'article 4 ne donne la primauté qu'aux accords internationaux conclus avant l'adoption des Codes, en 1961. Cette interprétation a été confirmée au début des années 90³⁰.
- *ALENA*. Dans le cadre de l'ALENA, un article général (article 103) dispose qu'en cas d'incompatibilité entre l'ALENA et d'autres accords auxquels les parties à l'ALENA sont également parties, l'ALENA, sauf disposition contraire, prévaudra dans la mesure de l'incompatibilité. L'article 104 contient cependant des dispositions différentes concernant les obligations commerciales prévues dans les accords en matière d'environnement et de conservation.
- *Traité sur la Charte de l'énergie*. Le Traité sur la Charte de l'énergie contient une disposition nouvelle qui se place dans une perspective différente, à savoir qu'aucune disposition moins favorable d'autres accords ne doit être interprétée comme dérogeant au Traité sur la Charte

de l'énergie. Cette formulation répond à une préoccupation à laquelle les rédacteurs de TBI n'ont pas jugé nécessaire de répondre dans leurs clauses relatives à la préservation des droits.

- *AGCS*. L'AGCS ne contient aucune disposition particulière relative à la préservation des droits.

4. Résumé

La présente étude a attiré l'attention du lecteur sur la prolifération et la complexité accrue des accords relatifs à l'investissement conclus par les gouvernements du monde entier au cours de la décennie passée. Elle fait ressortir aussi un degré élevé de cohérence entre ces accords, dû à d'importantes zones de chevauchement. En même temps, le document souligne qu'il importe de respecter les règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour évaluer les multiples interfaces entre ces accords. Ces observations sont étayées par les principaux points suivants :

4.1. *Points de chevauchement potentiels des principaux types d'accords internationaux concernant l'investissement*

- Après l'établissement, le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) et le traitement national sont généralement prévus dans tous les accords internationaux concernant l'investissement.
- Des dispositions relatives au pré-établissement et à l'accès aux marchés ne figurent habituellement que dans les TBI établis sur le modèle de ceux des Etats-Unis et dans les chapitres relatifs à l'investissement de certains accords bilatéraux de libre-échange conclus récemment, dans des accords régionaux généraux tels que l'ALENA et dans l'AGCS.
- La promotion et la protection de l'investissement relèvent principalement des traités bilatéraux en matière d'investissement (TBI) ainsi que des accords régionaux qui visent une étroite intégration économique (ALENA).
- Pratiquement tous les TBI prévoient des exceptions de diverses natures au traitement de la nation la plus favorisée et au traitement national, et des exceptions générales pour répondre à des préoccupations de sécurité nationale. Certains peuvent contenir des exceptions générales motivées par des considérations relatives à l'ordre public ou à la balance des paiements.
- Des mécanismes de règlement des différends existent dans tous les cas pour les différends inter-Etats. Des mécanismes de règlement des différends entre un investisseur et un Etat ne sont prévus que dans les TBI et dans certains accords régionaux.

4.2 *Règles de droit international*

La Convention de Vienne dispose que dans le cas d'accords successifs portant sur le même objet et ayant les mêmes signataires :

- L'accord le plus récent des deux s'applique si les deux accords sont incompatibles, c'est-à-dire s'ils ne peuvent être appliqués conjointement.
- Cependant, un accord antérieur comportant des normes de traitement plus exigeantes ne sera pas nécessairement considéré comme incompatible avec un accord postérieur

prévoyant des normes moins strictes, en particulier si l'intention visée par le second est d'énoncer les obligations minimales des signataires et non d'exclure un autre traitement, plus favorable. Ce qui est ici en cause est essentiellement une question de formulation et d'intention.

- Il peut y avoir des cas où l'intention des signataires est de faire prévaloir le second accord, qui contient des dispositions plus détaillées et plus restrictives, sur le premier.
- Pour juger de l'incompatibilité de deux accords ou de la préséance de l'un sur l'autre, les divers indicateurs de l'intention des parties aux accords doivent être analysés.

Notes

1. La présente étude ne couvre pas les dispositions de l'Union européenne.
2. Voir « Etude sur la relation entre le commerce et l'investissement direct étranger », [TD/TC/WP(2002)14/FINAL et « L'architecture du dispositif de l'OMC en matière d'investissement », TD/TC/WP(2002)41, toutes deux disponibles sur <http://www.oecd.org/ech>] et « Expériences d'approches bilatérales et régionales de la coopération multilatérale dans le domaine des investissements internationaux à long terme, en particulier l'investissement direct étranger », UNCTAD/TD/B/COM.2/EM.11/2.
3. L'Accord général sur le commerce des services (AGCS), l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord sur les MIC), l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC), l'Accord sur les marchés publics et l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC). On considère généralement que ces accords forment l'infrastructure des obligations « de fond » touchant l'investissement contractées dans le cadre de l'OMC. Le *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC* – qui s'applique à toutes les disciplines de l'OMC – peut être considéré comme l'élément procédural de cette infrastructure.
4. Les expressions « TBI sur le modèle des Etats-Unis » ou « TBI sur le modèle européen » renvoient essentiellement aux traits distinctifs introduits initialement par le Canada ou les Etats-Unis, d'une part, et les pays d'Europe dans leurs traités bilatéraux en matière d'investissement. Elles ne visent pas à exclure les TBI non américains ou non européens, d'autre part, ayant des caractéristiques analogues à celles des accords des Etats-Unis ou des pays européens. Par exemple, les chapitres relatifs à l'investissement des accords de libre-échange conclus récemment par le Japon avec la Corée et Singapour couvrent la phase de pré-établissement. Le Canada et les Etats-Unis ont récemment entrepris un examen de leurs modèles de TBI (les derniers projets de ces accords sont disponibles sur <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/fipa-en.asp> et www.state.gov/e/eb/rls/prsl/28923.htm).
5. Le champ d'application est aussi fonction de la définition habituellement donnée dans un article distinct à l' « investissement » étranger et/ou à l' « investisseur » étranger.
6. On notera dès le départ que de même que dans le cadre d'autres accords internationaux, y compris ceux examinés dans la présente étude, aussi bien le traitement NPF que le traitement national sont des normes « relatives ». Cela signifie qu'ils ne fixent pas une norme déterminée mais établissent la norme par référence à la pratique existante à l'égard des autres investisseurs. La notion de relativité est encore renforcée dans certains accords par la précision supplémentaire « dans des circonstances similaires » ou « dans des situations similaires ».
7. Le modèle des Etats-Unis applique la formule suivante : « L'investissement » signifie tous les types d'investissement, sur le territoire de l'une des parties qui appartient ou qui est directement ou indirectement contrôlé par des ressortissants ou des entreprises de l'autre partie, tels que titres de capital, titres de créances, contrats de service et contrats connexes. Le modèle allemand de TBI (qui est l'un des plus anciens modèles d'Europe) définit l'investissement comme comprenant tous les types d'actifs, en particulier (a) les biens mobiliers et immobiliers ainsi que tous autres droits *in rem*, tels que les hypothèques, sûretés et nantissements, (b) les actions de sociétés et autres types d'intérêts dans des sociétés ; (c) les créances liquides au titre de fonds utilisés pour créer une valeur économique ou au titre de toute réalisation ayant une valeur économique ; (d) les droits de propriété intellectuelle, en particulier les droits d'auteur, brevets, brevets de modèles d'utilité, dessins déposés, marques, appellations commerciales, secrets commerciaux et professionnels, procédés techniques, savoir-faire, et les actifs incorporels, et les concessions industrielles et commerciales de droit public, y compris les

concessions d'exploration, d'extraction et d'exploitation des ressources naturelles. Voir CNUCED, *Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s*, 1998, page 259.

8. Les Codes de libération de l'OCDE sont ouverts exclusivement aux pays Membres de l'Organisation. En revanche, s'agissant de la Déclaration, les économies non membres désireuses et capables de répondre aux obligations de ses différentes dispositions peuvent y adhérer. Huit pays non membres, l'Argentine, le Brésil, le Chili, l'Estonie, Israël, la Lettonie, la Lituanie et la Slovénie, l'ont déjà fait. Ils sont autorisés à participer aux travaux liés aux quatre éléments constitutifs de la Déclaration. A l'occasion de leur réunion annuelle de juin 2000, les Ministres de l'OCDE ont invité le Secrétariat à encourager d'autres non-membres intéressés à adhérer à la Déclaration.
9. Une étude récente réalisée par la Direction des échanges de l'OCDE sous le titre « Etude sur la relation entre les accords commerciaux régionaux et le système commercial multilatéral : investissement » [TD/TC(2002)8/FINAL] cite, à titre d'exemples, le Traité de libre-échange entre le Canada et le Chili (1997) et le projet de texte pour la Zone de libre-échange des Amériques. La Convention révisée portant création de l'Association européenne de libre-échange (2002) et l'Accord passé entre la République de Singapour et le Japon pour une nouvelle ère de partenariat économique (2001) auraient eux aussi une structure et un contenu plus ou moins identiques à ceux des dispositions de l'ALENA concernant l'investissement.
10. Le 31 juillet 2001, la Free Trade Commission de l'ALENA a adopté une déclaration interprétative contraignante sur l'article 1105. Le paragraphe 2 de cette déclaration dispose que les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » n'exigent pas de traitement supplémentaire ou allant au-delà de ce qui est requis par la norme minimale de traitement imposée par le droit international coutumier. Le paragraphe 3 stipule que le fait d'établir qu'il y a eu violation d'une autre disposition de l'ALENA, ou d'un accord international distinct, n'établit pas qu'il y a eu violation de l'article 1105.
11. Cette section, ainsi que quelques autres remarques formulées dans la Note, se fonde sur l'analyse actuellement menée par le Groupe de travail du Comité des échanges (GTCE) sur les dispositions relatives à l'investissement qui figurent dans les accords de l'OMC. [« Cadre multilatéral pour l'investissement et structure des accords de l'OMC : note exploratoire », TD/TC/WP(2002)21 et « L'architecture du dispositif de l'OMC en matière d'investissement », TD/TC/WP(2002)41/FINAL.]
12. Dans la Partie II « Obligations et disciplines générales », l'Article II relatif au traitement de la nation la plus favorisée dispose au paragraphe 1 « qu'en ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent accord, chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays ».
13. L'article V de l'AGCS sur l'intégration économique n'empêche cependant aucun de ses Membres d'être partie ou d'adhérer à un accord visant à libéraliser les échanges de services pourvu que les conditions énoncées dans l'article soient respectées. Compte tenu du paragraphe 3 de cet article, le paragraphe 6 prévoit qu'un accord d'intégration économique entre pays développés doit assurer le traitement prévu dans cet accord à une personne morale constituée conformément à la législation d'une partie à cet accord et exerçant des activités importantes sur le territoire des parties signataires.
14. Parmi ces conventions figurent la Convention de Berne de 1971 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, la Convention de Paris de 1967 pour la protection de la propriété industrielle, la Convention de Rome de 1961 sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, et la Convention de Washington de 1989 sur la protection de la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés..

15. Au cours des consultations préparatoires en vue de la présente note, le Secrétariat de l'OMC a indiqué au Secrétariat de l'OCDE qu'aucune étude spécifique n'avait apparemment comparé la protection assurée par les TBI concernant les droits de propriété intellectuelle et la protection prévue par l'Accord sur les ADPIC.
16. Il convient cependant de noter que la Décision ministérielle de Doha sur les questions et les préoccupations liées à la mise en oeuvre prie instamment le Conseil du commerce des marchandises d'examiner de manière positive les demandes qui pourraient être présentées par les pays les moins avancés au titre de l'article 5.3 de l'Accord sur les MIC ou de l'Article IX.3 de l'Accord sur l'OMC, ainsi que de prendre en considération les circonstances particulières des pays les moins avancés lorsqu'il établira les conditions et modalités, y compris les échéanciers.
17. Des prolongations ont été accordées à l'Argentine, à la Colombie, au Mexique, à la Malaisie, au Pakistan, aux Philippines et à la Roumanie. La Colombie et la Thaïlande bénéficient aussi d'une dérogation. Dans tous les cas, les mesures en question devaient être levées à la fin de 2003 au plus tard.
18. Au lieu de quoi, les subventions sont soit interdites (lorsqu'elles sont subordonnées à l'exportation de produits), soit assujetties à des disciplines particulières (si elles ont « des effets défavorables » sur le commerce).
19. L'Article XIII(2) de l'AGCS avait prévu que « des négociations multilatérales sur les marchés publics de services relevant du présent accord auront lieu dans un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC ». Cette disposition est renforcée par le fait que l'AGCS initial ne couvre pas les marchés publics de services.
20. Voir *Traitement national des entreprises sous contrôle étranger*, OCDE, 1993, pp. 35-37.
21. (Cité dans I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1984, p. 97).
22. L'analyse menée dans ce paragraphe n'est pas forcément valable pour bon nombre d'AII. De nombreux commentateurs sont d'avis que, dans le cas de traités contenant des dispositions relatives au règlement des différends, notamment l'Accord sur l'OMC et l'ALENA, les organes chargés du règlement des différends peuvent se borner à prendre en compte seulement les obligations du traité contenant les dispositions en question. La possibilité pour un organe chargé du règlement des différends de tenir compte de normes autres que celles du traité lui-même dépendra des dispositions de fond du traité et de ses règles concernant le domaine de compétence dudit organe.
23. Les exemples qui suivent illustrent les problèmes qui peuvent se poser à cet égard. A et B sont tous deux parties à deux traités sur l'investissement – l'un multilatéral et l'autre bilatéral. Les deux traités contiennent une disposition relative à la « liberté des transferts » ; mais l'un contient également une clause relative à la balance des paiements, à savoir une clause prévoyant une exception à l'obligation touchant la « liberté des transferts » au titre de la balance des paiements. Si la clause relative à la balance des paiements figure dans le traité antérieur, le droit coutumier international, tel qu'énoncé à l'article 30 de la Convention de Vienne, autorise à conclure que la disposition relative à la liberté totale d'effectuer des transferts figurant dans le traité postérieur prévaut, étant donné que les dispositions relatives aux transferts dans les deux traités ne sont pas compatibles. Cela étant, si l'ordre est inversé et si la clause relative à la balance des paiements figure dans le traité postérieur, la disposition relative à la liberté totale de transferts, qui figure cette fois dans le traité antérieur, semble incompatible avec la possibilité de limiter les transferts pour des raisons de balance des paiements prévue dans le traité postérieur, et la disposition relative à la balance des paiements du second traité prévaut.

24. Cependant, lorsque les parties aux traités ne sont pas identiques, même une intention explicite exprimée dans l'accord antérieur ne limite pas les droits des Etats qui sont partie à l'accord antérieur seulement. Voir article 30(4) de la Convention de Vienne.
25. L'analyse des TBI est fondée sur les travaux de Rudolf Dolzer et Margaret Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, CIRDI, 1995.
26. Certains TBI comportent également une clause générale dont le but est de faire en sorte que chaque partie au traité respecte des engagements spécifiques à l'égard des ressortissants de l'autre partie. Néanmoins, ces engagements se réfèrent habituellement à des contrats passés entre une partie et un investisseur ressortissant d'une autre partie, et non à des obligations résultant d'accords passés entre les gouvernements. On trouve ainsi une clause de ce type dans le traité de 1933 entre le Royaume-Uni et Sainte-Lucie, qui dispose que « Chaque partie contractante respectera toutes les obligations qu'elle peut avoir contractées concernant les investissements de ressortissants ou d'entreprises de l'autre partie contractante ».
27. La disposition suivante figure dans les TBI conclus sur le modèle des Etats-Unis : « Le présent traité ne doit primer sur aucune des dispositions suivantes qui permettent aux investissements couverts de bénéficier d'un traitement plus favorable que celui qu'il prévoit lui-même : (a) les lois, réglementations, pratiques ou procédures administratives ou décisions administratives ou de justice d'une partie ; (b) les obligations juridiques internationales ; ou (c) les obligations assumées par une partie, y compris celles contenues dans une autorisation d'investissement ou un accord autorisation d'investissement ».
28. Ainsi, l'accord conclu par la Suède avec le Pakistan (article 9) dispose qu'il ne « préjugera pas des droits reconnus par le droit national ou international aux intérêts d'un ressortissant ou d'une entreprise de l'un des Etats contractants sur le territoire de l'autre Etat contractant ».
29. Traités bilatéraux concernant l'investissement au milieu des années 90, CNUCED, 1998.
30. Cette interprétation de l'Article 4 a été confirmée en 1990 par le Comité des mouvements de capitaux et des transactions invisibles de l'OCDE (et le Conseil de l'OCDE en a pris note) au paragraphe 27 du Rapport du Comité au Conseil C(90)38 sur l'Accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis.

ANNEXE 1

LES DISCUSSIONS AU COURS DES NEGOCIATIONS RELATIVES À L'AMI¹ SUR LA COMPATIBILITE AVEC LES AUTRES ACCORDS INTERNATIONAUX CONCERNANT L'INVESTISSEMENT

Les principaux problèmes de compatibilité entre l'AMI et les autres accords internationaux ont été discutés lors des négociations relatives à l'AMI. Comme ils négociaient un accord prévoyant des normes strictes mais dont on pensait qu'il n'aurait pas une couverture universelle, les membres du Groupe de négociation de l'AMI ont axé leur attention sur trois questions : (a) la protection des règles plus strictes de l'AMI par rapport aux autres accords, (b) l'extension de l'avantage de ces règles sur une base non réciproque grâce aux obligations NPF des accords OMC et (c) la protection des règles plus strictes existant dans d'autres accords (clause de préservation des droits). Ils se sont préoccupés des questions de « protection » et de « libéralisation » ainsi que des questions de procédure. Ces questions n'avaient cependant pas été réglées à la conclusion des négociations. Les vues exprimées sur ces questions ne doivent donc pas être considérées comme des positions fermes des pays.

1. L'AMI et les TBI

Un document préparé pour ces discussions [DAFFE/MAI(96)26] disposait que « ... Du point de vue juridique, la nécessité d'une clause de non-dérogation est discutable. Une disposition moins favorable de l'AMI ne l'emporterait pas sur une disposition plus favorable d'une convention en vigueur. Une disposition ultérieure prévaudrait sur une disposition antérieure dans la mesure où elle serait incompatible, mais l'incompatibilité est essentiellement une question d'intention. Or des traités successifs en matière d'investissement ont en commun les objectifs de libéralisation et de protection de l'investissement et ils visent à accorder des droits à des parties privées, et non à amputer ces droits ». En conséquence, on estime que même si un accord multilatéral devait contenir des dispositions moins détaillées ou prévoir des obligations moins strictes que celles figurant dans les TBI existants, ce facteur ne poserait pas en soi de difficulté particulière. Le traitement accordé à l'investissement dans le cadre d'un TBI ne serait pas remis en cause. Ce document n'a pas envisagé les cas où des parties à l'AMI auraient pu souhaiter annuler des dispositions antérieures plus favorables, telles que des droits de transferts inconditionnels, puisque celles-ci auraient, de toutes façons, été exclues d'une clause de non-dérogation ou de préservation des droits.

2. L'AMI et l'OCDE

Au cours des négociations concernant l'AMI, on a discuté de la relation entre l'AMI et les instruments de l'OCDE. Toute une série d'intérêts couverts par les instruments existants de l'OCDE auraient été protégés dans le cadre de l'AMI. L'AMI devait assurer la non-discrimination tant au stade de l'établissement qu'au stade postérieur à l'établissement. Le traitement national était au cœur de l'AMI qui en aurait fait une obligation juridique, alors qu'il reste essentiellement non contraignant dans le cadre de l'Instrument de l'OCDE relatif au traitement national. La libéralisation, le démantèlement des pratiques restrictives et d'autres concepts pertinents des instruments de l'OCDE ont également été couverts par les négociations.

S'agissant des chevauchements, les termes de l'AMI n'étaient pas identiques à ceux des Codes et de la Déclaration de l'OCDE. En cas de contradiction, l'AMI l'aurait emporté conformément au règlement normal des traités.

Si, pour ce qui est du contenu, les Membres de l'OCDE avaient estimé que les Codes et la Déclaration faisaient dans une certaine mesure double emploi, il serait revenu aux Comités compétents et au Conseil de l'OCDE d'examiner les implications à en tirer et de procéder à l'ajustement adéquat de ces instruments².

3. L'AMI et l'OMC

S'agissant des chevauchements entre l'AMI et les accords de l'OMC, des différences de formulation et d'intention auraient pu exiger des niveaux de traitement différents. Les négociateurs étaient plus ou moins d'avis que ceux-ci n'auraient pas posé de problème, la norme la plus stricte étant celle qui aurait été retenue. Dans les cas où les accords auraient porté sur un sujet différent et ne se seraient pas chevauchés, (ainsi, la question de l'expropriation était traitée par l'AMI mais par aucun des accords de l'OMC), les accords auraient été complémentaires.

3.1 L'AMI et l'AGCS

On a cependant posé la question de savoir si l'Article II de l'AGCS pouvait donner lieu à un problème d'opportunité³. Cet Article dispose que chaque membre de l'AGCS doit accorder « immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays ».

Les négociateurs ont examiné par exemple le cas dans lequel un membre de l'AMI pourrait être prêt à assujettir aux disciplines de l'AMI un secteur de services qu'il n'a pas inscrit sur sa liste à l'AGCS ; ou encore, le cas dans lequel un membre pourrait être prêt à offrir, dans un secteur de services donné, un traitement national plus favorable dans le cadre des négociations relatives à l'AMI qu'il ne l'a offert dans le cadre des négociations sur l'AGCS. On a estimé que chaque pays devrait prendre une décision sur la possibilité de contracter des obligations plus strictes dans le cadre de l'AMI, qui seraient ensuite étendues, sur la base du traitement NPF, à tous les membres de l'AGCS.

L'idée a été émise à un moment donné que pour résoudre le problème de l'opportunité, le Groupe de négociation devrait examiner la possibilité de définir l'AMI comme un accord d'intégration économique relevant de l'Article V de l'AGCS sur « L'intégration économique ». Cet article dispose que les membres de l'AGCS peuvent être parties ou participer à un accord libéralisant le commerce des services si certaines conditions sont remplies. De tels accords pourraient être exemptés de l'application du traitement NPF. La possibilité d'obtenir cette dérogation a cependant été jugée très incertaine.

Le Groupe de négociation s'est également demandé si l'article II de l'AGCS devait s'appliquer aux obligations de procédure aussi bien qu'aux obligations de fond. En particulier, l'Article II obligerait-il les parties à l'AMI à étendre les dispositions de cet accord concernant le règlement des différends entre un investisseur et un Etat aux investisseurs ressortissants d'Etats non parties à l'AMI ? Le Secrétariat de l'OMC était d'avis qu'il devait en être ainsi, mais les négociateurs ont semblé généralement estimer que la définition de l'AGCS était axée sur les mesures de fond qui affectent le commerce des services et que les droits au titre de l'AGCS ne pouvaient être soumis à un règlement des différends que selon les procédures de l'OMC⁴.

3.2 *L'AMI, l'Accord sur les ADPIC et les autres accords sur la propriété intellectuelle*

L'une des difficultés que soulève l'analyse de la relation entre les dispositions proposées pour l'AMI et celles de l'OMC tient à ce que, dans certains cas, on voit mal si les règles étaient, ou étaient censées être, plus strictes. La question des droits de propriété intellectuelle en est une illustration. L'AMI prévoyait l'application de toutes les mesures de protection de l'investissement aux droits de propriété intellectuelle des investisseurs : traitement national et traitement NPF, traitement juste et équitable, protection et sécurité intégrales et constantes, protection contre l'expropriation et indemnisation en cas d'expropriation. L'Accord sur les ADPIC couvre, semble-t-il, les mêmes points, mais de manière beaucoup plus précise.

Le groupe de négociation de l'AMI était d'accord pour penser que l'AMI ne devrait pas avoir pour effet d'étendre les obligations de traitement national et de traitement NPF concernant les droits de propriété intellectuelle au-delà de celles figurant dans les accords existants sur la propriété intellectuelle. Avant la fin des négociations, de nouveaux travaux avaient été prévus pour préciser la relation entre l'AMI et les autres accords sur la propriété intellectuelle⁵. On a noté qu'aussi bien le chapitre de l'ALENA concernant l'investissement que le Traité européen sur la Charte de l'énergie comportait des dispositions sur ces différentes questions⁶.

4. Règlement des différends – Recherche de la convention la plus favorable et procédures multiples

Des dispositions incohérentes ou rédigées en des termes différents conduiraient les investisseurs à rechercher la convention la plus favorable ou à engager des procédures multiples. Le Groupe de négociation de l'AMI avait commencé à étudier les problèmes de règlement des différends posés par la relation entre l'AMI et les autres accords internationaux, notamment les accords de l'OMC⁷. Les principaux objectifs étaient d'éviter la recherche de la convention la plus favorable, les procédures multiples et les sentences contradictoires.

Bien que la recherche de la convention la plus favorable ne soit pas rare dans les systèmes juridiques, les négociateurs de l'AMI ont estimé qu'il serait souhaitable de limiter le plus possible ce comportement. L'engagement de procédures multiples pour le même différend juridique est improbable et des sentences juridiquement incompatibles, au sens étroit du terme, ont peu de chances d'être prononcées, mais un défendeur peut faire l'objet dans plusieurs enceintes de plaintes très comparables mais pas juridiquement identiques. Le cadre du règlement des différends et les projets d'articles de l'AMI reflétaient certaines impressions premières sur la façon de régler la question du choix de l'enceinte compétente. Une disposition visait à préserver le droit d'une partie à l'AMI de soumettre à une procédure d'arbitrage entre Etats un différend faisant l'objet d'une procédure entre l'investisseur et l'Etat. Le texte proposait d'accepter la possibilité qu'une partie à l'AMI puisse obtenir une sentence favorable d'Etat à Etat constatant que la mesure incriminée ne constituait pas une violation des textes, alors qu'elle pourrait se voir opposer une sentence défavorable sur ce point par un groupe spécial investisseur-Etat et être tenue de verser des dommages à l'investisseur. Les négociateurs de l'AMI avaient jugé cette formule acceptable et avaient insisté sur le fait que la sentence d'Etat à Etat n'affectait pas la validité de la sentence investisseur-Etat.

Afin de limiter les possibilités de recours des parties et donc les procédures duales, le Groupe de négociation avait examiné deux possibilités : a) obliger l'investisseur à procéder à un choix exclusif lorsque fondamentalement les mêmes droits (par exemple le traitement NPF ou le traitement national) concernant le même investissement font l'objet d'un différend ; ou b) obliger l'investisseur à faire ce choix lorsque le même intérêt économique ou le même investissement est la cause du litige, même dans le cadre de droits fondamentaux différents. Sur ce point, l'ALENA offre une réponse possible :

aux termes de l'Article 2005 de l'Accord, une partie à l'ALENA doit décider si elle veut engager une procédure dans le cadre de l'ALENA ou dans le cadre de l'OMC pour « toute question ressortissant de ces deux accords ». Le non-respect de cette obligation constituerait en soi une violation de l'ALENA⁸. Le Groupe de négociation ne s'était pas prononcé sur le point de savoir si l'AMI pourrait également comporter une disposition exigeant ou encourageant les parties à engager des procédures dans le cadre de l'AMI plutôt que dans le cadre d'un autre accord.

Notes

1. La plupart des documents préparés au cours des négociations relatives à l'AMI sont disponibles sur le site web de l'OCDE : www.oecd.org/daf/mai.
2. Néanmoins, il n'était pas prévu que l'AMI couvrirait totalement les questions traitées par les instruments de l'OCDE. Ainsi, les Codes couvrent aussi la libéralisation des sorties de capitaux, et la plupart des transactions invisibles courantes, y compris le commerce autre que transfrontières de certains services dont la plupart n'étaient pas couverts par l'AMI. Le Code de la libération des mouvements de capitaux couvre aussi tout l'éventail des entrées de capitaux tandis que la question de la définition de l'investissement dans l'AMI n'avait pas été totalement réglée. On prévoyait donc que les Codes conserveraient leur intérêt en tant que base pour la promotion de la libéralisation par les Membres de l'OCDE et en tant que référence pour apprécier la mesure dans laquelle les pays non membres étaient prêts à rejoindre l'Organisation.
3. « La relation entre l'AMI et les Accords de l'OMC : Note du Président », DAF/MAI(96)21.
4. L'article II de l'AGCS exige l'application du traitement NPF « en ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent Accord ». L'article I dispose que l'AGCS s'applique « aux mesures des Membres qui affectent le commerce des services ». Aux termes de l'article XXVIII de l'AGCS, « les mesures des Membres qui affectent le commerce des services » comprennent les mesures concernant
 - i) l'achat, le paiement ou l'utilisation d'un service ;
 - ii) l'accès et le recours, à l'occasion de la fourniture d'un service, à des services dont ces membres exigent qu'il soit offert au public en général ;
 - iii) la présence, y compris la présence commerciale, de personnes d'un membre pour la fourniture d'un service sur le territoire d'un autre membre.L'article II dispose que chaque membre de l'AGCS doit accorder le traitement NPF concernant les mesures favorables qui découlent de la définition qui précède. Cette définition semble centrée sur les mesures de fond qui affectent le commerce des services.
5. En ce qui concerne le traitement national, le traitement NPF et le traitement général, aucune conclusion ne s'était dégagée concernant :
 - le point de savoir s'il fallait prévoir une exception traitement national/NPF en créant un lien avec les accords existants relatifs à la propriété intellectuelle ;
 - le point de savoir s'il fallait prévoir une exception traitement national/NPF aux obligations de l'AMI concernant les droits de propriété intellectuelle ;
 - le point de savoir si la solution finalement retenue devait également s'appliquer aux articles relatifs au traitement général ; et
 - l'applicabilité des obligations prévues par l'AMI concernant les droits futurs de propriété intellectuelle.
6. L'Article 10, paragraphe 10 du Traité sur la Charte de l'énergie dispose ce qui suit :

« Nonobstant les autres dispositions du présent Article, le traitement défini aux paragraphes (3) et (7) ne s'applique pas à la protection de la propriété intellectuelle ; le traitement entrant en ligne de compte est celui qui est prévu par les dispositions correspondantes des accords internationaux applicables à la protection des droits de propriété intellectuelle auxquels les parties contractantes respectives sont parties ».

7. « Dispute Settlement issues arising from the relationship between the MAI and other International Agreements, including the WTO agreements » DAF/MAI/EG1(96)14.
8. L'ALENA laisse aux parties concernées et, le cas échéant, à un groupe spécial de règlement des différends, le soin de déterminer ce qui constitue une question ressortissant à la fois de l'ALENA et des accords de l'OMC.

ANNEXE 2

CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITES¹

Article 30. Application de traités successifs portant sur la même matière

1. Sous réserve des dispositions de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des Etats parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants.
2. Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent.
3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.
4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur :
 - dans les relations entre Etats parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3 ;
 - dans les relations entre un Etat partie aux deux traités et un Etat partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux Etats sont parties régit leurs droits et obligations réciproques.
5. Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41², de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'article 60³ ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un Etat de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre Etat en vertu d'un autre traité.

Article 31. Règle générale d'interprétation

1. 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.
2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:
 - tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;

- tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:
- de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;
 - de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
 - de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

Article 32. Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31:

- a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Article 59. Extinction d'un traité ou suspension de son application implicites du fait de la conclusion d'un traité postérieur

1. Un traité est considéré comme ayant pris fin lorsque toutes les parties à ce traité concluent ultérieurement un traité portant sur la même matière et:
- i. s'il ressort du traité postérieur ou s'il est par ailleurs établi que selon l'intention des parties la matière doit être régie par ce traité; ou
 - ii. si les dispositions du traité postérieur sont incompatibles avec celles du traité antérieur à tel point qu'il est impossible d'appliquer les deux traités en même temps.
2. Le traité antérieur est considéré comme étant seulement suspendu s'il ressort du traité postérieur ou s'il est par ailleurs établi que telle était l'intention des parties.

Notes

1. Conclue à Vienne, le 23 mai 1969. Entrée en vigueur le 27 janvier 1990. Ratifiée par 70 pays.
2. Article 41 : Accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement.
3. Article 60 : Extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation.

**ANNEXE 3.
PRINCIPAUX ELEMENTS/POINTS DE CHEVAUCHEMENT DES ACCORDS INTERNATIONAUX SUR L'INVESTISSEMENT¹**

Elément	Accords bilatéraux		Accords interrégionaux		Accords d'intégration régionale/économique		Accords multilatéraux					
	Modèle des Etats-Unis	Modèle européen	OCDE CMC ²	Déclaration de l'OCDE ³	Traité sur la Charte de l'énergie	ALENA	AGCS ⁴	Accord sur les MIC ⁵	Accord sur les ADPIC ⁶	AMP ⁷	Accord SMC ⁸	
Juridiquement contraignants	x	x	x	Les décisions seulement	x	x	x	x	x	x	x	
Définition de l'IDE : a) Investissement	Tous les types d'investissement	Tous les types d'actifs	Tous les mouvements de capitaux qui donnent la possibilité d'exercer une influence effective sur la gestion (définition de référence de questions par l'OCDE)		Tous les types d'actifs possédés ou contrôlés directement ou indirectement par un investisseur ⁹	Tous les types d'actifs sauf les titres de créances ou les prêts à une entreprise d'Etat	Tous les services dans n'importe quel secteur sauf les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental		Toutes les catégories de propriété intellectuelle dont il est fait référence dans l'Accord			
b) Investisseur	Un ressortissant ou une société	Un ressortissant ou une société	Un non-résident	Des entreprises sous contrôle étranger	Un ressortissant ou une société	Un ressortissant ou une société	Fournisseur de services (un ressortissant ou une société)		Personnes physiques ou juridiques			
Entrée et établissement	x		x	x	x	x	x					
Normes de traitement a) Traitement national	x	La plupart, mais pas tous		x	x	x	x (listes)		x			
b) Traitement de la nation la plus favorisée (NPF)	x	x	x	x	x	x	x	x	x			

Elément	Accords bilatéraux		Accords interrégionaux		Accords d'intégration régionale/économiques		Accords multilatéraux					
	Modèle des Etats-Unis	Modèle européen	OCDE CMC ²	Déclaration de l'OCDE ³	Traité sur la Charte de l'énergie	ALENA	AGCS ⁴	Accord sur les MIC ⁵	Accord sur les ADPIC ⁶	AMP ⁷	Accord SMC ⁸	
Exceptions à la clause NPF												
- Intégration écon.	x (pas tous)	x	x ¹⁰									
- Réciprocité		x	x (Annexe E)	x			x					
- Accords internationaux	x	x	x					x				
- Exceptions par pays	x	x	x									
- Exemptions à la clause NPF			x									
c) Traitement juste et équitable	x	x	x	x								
Transfert de fonds	x	x	x									
Normes de protection												
a) Norme minimale internationale de protection	x	x		x								
b) Expropriation	x	x										
c) Recours à des moyens internationaux pour le règlement des différends relatifs à l'investissement	x	x										
Transparence	Quelques-uns		x	x								
Incidations				x								

Notes :

1. Ce tableau a été construit à partir du tableau V.3. figurant dans le Rapport CNUCED 1996 sur l'investissement dans le monde : *Investment, Trade and International Policy Arrangements*.
2. Code OCDE de la libération des mouvements de capitaux.
3. Déclaration de l'OCDE sur les investissements internationaux et les entreprises multinationales.
4. Accord général sur le commerce des services (AGCS).
5. Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord sur les MIC).
6. Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC).
7. Accord sur les marchés publics (AMP).
8. Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC).
9. Couvre tous les droits conférés par la loi ou par contrat ou en vertu de licences ou de permis accordés conformément à la loi autorisant une activité économique dans le secteur de l'énergie.
10. Membres faisant partie d'un système douanier ou monétaire particulier – pas nécessairement régional.

Source : OCDE