

# ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/WGTI/W/130

2 juillet 2002

(02-3690)

Groupe de travail des liens  
entre commerce et investissement

Original: anglais

## COMMUNICATION DU CANADA

La Mission permanente du Canada a fait parvenir au Secrétariat la communication ci-après, datée du 1<sup>er</sup> juillet 2002.

### NON-DISCRIMINATION ET MODALITÉS POUR DES ENGAGEMENTS AVANT ÉTABLISSEMENT AVEC UNE APPROCHE FONDÉE SUR DES LISTES POSITIVES DE TYPE AGCS

#### RÉSUMÉ

Le Canada continue de croire à l'utilité d'une *approche générale* des questions traitées par le Groupe de travail des liens entre commerce et investissement en vue de préciser les options présentées aux Ministres lors de la préparation de la Conférence de Cancún. Tout accord éventuel international sur l'investissement dans le cadre de l'OMC doit être conforme au mandat de Doha, notamment pour ce qui est de l'équilibre des intérêts des pays d'origine et des pays d'accueil, et doit tenir dûment compte des politiques et objectifs de développement des gouvernements d'accueil ainsi que de leur droit de réglementer dans l'intérêt général.

En ce qui concerne le principe fondamental de la non-discrimination, ainsi que les modalités des engagements y relatifs, les considérations systémiques restent primordiales. Un accord international sur l'investissement devra aussi être intégré avec attention dans le dispositif des Accords actuels de l'OMC, tant l'AGCS ainsi les accords concernant le commerce des marchandises. Parmi ces accords, nombreux sont ceux qui comportent déjà des dispositions qui encadrent le comportement des investisseurs étrangers, en particulier dans la mesure où leurs investissements sont liés au commerce.

Parmi les pierres angulaires du système commercial non discriminatoire, les principes du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée (NPF) sont complémentaires et étroitement liés. Cela n'est pas rigoureusement vrai pour l'AGCS, en partie du fait que l'AGCS concerne la fourniture de services depuis le territoire d'une Partie. Quoi qu'il en soit, les accords internationaux sur l'investissement incluent généralement des dispositions similaires sur le traitement national et le traitement NPF. Cela est habituellement dû au fait qu'un tel traitement est jugé nécessaire pour rassurer les investisseurs étrangers envisageant d'engager des capitaux à long terme sur le territoire d'une Partie.

Pour présenter de l'intérêt pour les gouvernements, les investisseurs et le public concerné, un accord international sur l'investissement dans le cadre de l'OMC devrait chercher à réduire les différences de traitement entre les investisseurs qui investissent dans les industries de biens et ceux

qui investissent dans les industries de services, de même qu'entre les investisseurs étrangers et les investisseurs nationaux qui cherchent à investir dans quelque secteur que ce soit, moyennant les réserves et exceptions convenues.

Aussi bien les accords de "libéralisation sélective" de type AGCS que les accords de "traitement national/NPF" (liste négative) contiennent des engagements avant établissement sous forme de dispositions de non-discrimination. En fait, la distinction entre le stade antérieur et le stade postérieur à l'établissement peut affaiblir les principes de non-discrimination et d'accès au marché. Cependant les accords de libéralisation sélective et les accords de traitement national/NPF facilitent tous les deux la limitation de la portée des dispositions de non-discrimination de plusieurs manières. Cet attribut devrait être conservé dans tout accord international futur sur l'investissement dans le cadre de l'OMC.

Un accord de traitement national/NPF est fondé sur l'applicabilité générale, avec des exceptions bien définies ou des réserves concernant certaines dispositions. Un tel type d'accord est à priori plus transparent qu'un accord fondé sur des engagements sélectifs.

Quelle que soit l'approche adoptée à l'OMC, les pays en développement et les pays les moins avancés pourraient avoir besoin d'une assistance technique et d'un renforcement des capacités, avec l'aide des pays développés, pour définir leurs engagements, leurs exceptions et/ou leurs réserves. Cette aide pourrait être un moyen constructif de respecter le mandat de Doha en ce qui concerne l'intégration productive et significative des pays non développés dans l'économie mondiale.

---

## I. INTRODUCTION

1. Le présent document est fondé sur le même principe que la précédente communication du Canada [WT/WGTI/W/113] concernant la portée et la définition: nous sommes d'avis que notre travail au sein du Groupe aurait intérêt à se concentrer sur une *approche générale* des questions que les Ministres nous ont demandé d'examiner à Doha. Une telle approche nous aiderait à clarifier certains concepts dans le but de prendre une décision au sujet des modalités des négociations sans présumer de leurs résultats. Il est entendu que notre travail doit aussi être compatible avec le mandat de Doha, notamment en ce qui concerne l'importance d'équilibrer "les intérêts des pays d'origine et des pays d'accueil, et de tenir dûment compte des politiques et objectifs de développement des gouvernements d'accueil ainsi que de leur droit de réglementer dans l'intérêt général" comme indiqué au paragraphe 22 de la Déclaration de Doha.

2. Il est également utile de répéter, afin que nos travaux reposent sur des bases réellement solides et qu'ils répondent le mieux possible à l'évolution rapide de l'économie internationale, que le Canada estime que les éléments importants à prendre en considération en vue d'établir une définition de l'investissement sont notamment les suivants: a) appuyer les principes et les objectifs de l'OMC tels qu'énoncés dans la Déclaration de Doha et à Marrakech; b) tenir compte des réalités commerciales et contribuer à l'élaboration d'un cadre fondé sur des règles multilatérales qui tienne compte de l'évolution des liens entre l'État, d'une part, et les investisseurs et l'investissement, d'autre part et; c) conférer une certaine "flexibilité" à la portée de tout accord futur, notamment en ce qui concerne les besoins de développement des Membres.

3. Enfin, cette communication est également fondée sur la conviction de l'utilité d'un accord futur de l'OMC sur l'investissement. En définitive, un tel accord doit être compatible avec un cadre relatif au commerce et à l'investissement renforcé sur les plans juridique et administratif pour faciliter les activités des investisseurs et des pouvoirs publics et être perçu comme tel par le public intéressé.

## **II. IMPORTANCE DES CONSIDÉRATIONS SYSTÉMIQUES DANS TOUT ACCORD FUTUR SUR L'INVESTISSEMENT DANS LE CADRE DE L'OMC**

4. Afin d'atteindre tous les objectifs énoncés ci-dessus, les considérations systémiques, à savoir la manière dont toutes les dispositions d'un accord futur sur l'investissement interagissent entre elles, ainsi qu'avec les autres Accords du système de l'OMC, sont primordiales pour les travaux du Groupe. Cela vaut particulièrement pour les dispositions sur la non-discrimination et la manière dont les réserves ou les engagements, notamment "avant établissement", sont énoncés sous l'angle de ce principe fondamental. Le document du Secrétariat sur les "modalités pour des engagements avant établissement" [WT/WGTI/W/120] distingue à cet égard trois types d'accords: "contrôle de l'investissement", "traitement national/NPF" et "libéralisation sélective" (ou approche AGCS).

5. La "non-discrimination" et les "modalités pour des engagements avant établissement" concernant ces dispositions sont traitées ensemble dans cette communication. Ces sujets sont liés de manière inextricable. Comme l'indique à plusieurs reprises le Secrétariat dans son document sur la non-discrimination [WT/WGTI/W/118], dans de nombreux pays, la portée du traitement non discriminatoire des investisseurs et des investissements étrangers est à bien des égards déterminée par la manière dont les exceptions à ce traitement sont établies.<sup>1</sup> De plus, les relations entre ces deux questions sont indiquées de façon explicite sous la section IV.B.1 concernant le traitement applicable avant et après l'établissement de l'investissement (paragraphe 47 à 52), où l'on fait observer à juste titre que l'accès au marché avant établissement est une question de plus en plus importante pour les pays d'accueil qui veulent attirer davantage d'investissements étrangers directs (IED).<sup>2</sup>

6. Il découle de ces considérations que notre approche de ces questions devrait aussi être compatible avec un autre principe qui est à la base des Accords de l'OMC, à savoir la transparence, que les Ministres ont souligné à Doha. Cette question a été abordée en partie lors de précédentes réunions du Groupe (voir paragraphes 118 à 155 du document WT/WGTI/M/17), où il est apparu que la transparence peut être considérablement accrue selon la manière dont un accord éventuel sera structuré. Les considérations systémiques revêtent par conséquent une importance fondamentale en ce qui concerne la portée et le champ d'application des dispositions futures, y compris les réserves et/ou les engagements, de tout accord, de même que l'interaction entre un futur accord sur l'investissement et les autres Accords de l'OMC.

## **III. NON-DISCRIMINATION ET TRANSPARENCE: DISPOSITIONS FONDAMENTALES DES ACCORDS INTERNATIONAUX SUR L'INVESTISSEMENT**

### **A. NON-DISCRIMINATION: TRAITEMENT NPF ET TRAITEMENT NATIONAL**

7. Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) constituent deux pierres angulaires des dispositions relatives à la non-discrimination non seulement dans le système de l'OMC mais aussi dans le cadre des accords internationaux sur l'investissement.

8. Les dispositions relatives à ces principes forts et fondamentaux pour un système commercial non discriminatoire se renforcent mutuellement et, plusieurs considérations concernant le comportement des investisseurs donnent à penser qu'ils devraient demeurer complémentaires et

---

<sup>1</sup> Voir les 5<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> paragraphes du Résumé analytique du document WT/WGTI/W/118, de même que les paragraphes 5 à 9 et les sections III.C (paragraphe 25 à 32), IV.B.2 (paragraphe 53 à 56), et V.C (paragraphe 84 à 86).

<sup>2</sup> Paragraphe 51 du document WT/WGTI/W/118; cité par la CNUCED dans "Traitement de la nation la plus favorisée", Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement - Publication des Nations Unies, n° de vente: F.99.II.D.11.

étroitement liés. Lorsque l'accès au marché n'est pas clair, par exemple, ou qu'il n'est pas aussi transparent qu'il devrait l'être (ce qui peut dépendre de l'approche adoptée en matière d'exceptions ou d'établissement des listes d'engagements – voir plus loin), les investisseurs cherchent en premier lieu à être traités au moins aussi bien que les autres investisseurs étrangers (à savoir: bénéficiaire du traitement NPF). Lorsque les conditions d'accès au marché sont mieux définies, il devient important pour les investisseurs de bénéficier du traitement national, c'est-à-dire d'être traités de la même manière que les investisseurs locaux. Les parties qui cherchent à offrir un environnement optimal pour l'investissement dans le but d'accroître au maximum les flux d'investissements chercheront aussi à offrir ce type de traitement.

9. Le traitement NPF et le traitement national sont évidemment abordés de manière différente dans le cadre de l'AGCS. Le traitement NPF (article II) est une obligation générale, c'est-à-dire qu'elle s'applique à tous les secteurs et à toutes les mesures, sauf indication contraire spécifiée au moyen d'exemptions. En conséquence, l'AGCS se fonde sur des listes négatives pour cette obligation. Le principe NPF aurait peu de sens dans le cadre d'une approche fondée sur des listes positives, qui autoriserait une discrimination indéfinie et illimitée entre et parmi les Membres de l'OMC dans les secteurs où aucun engagement n'a été pris.

10. L'AGCS s'appuie sur des listes positives pour le traitement national et l'accès aux marchés (articles XVI et XVII), ce qui signifie que les disciplines ne s'appliquent qu'aux engagements inscrits sur les listes. Cependant, même dans ce cas, une approche partiellement fondée sur des listes négatives est adoptée, étant donné que des limitations au titre de ces engagements dans chacun des quatre modes de fourniture de services sont inscrites sur des listes, comme le fait remarquer le document du Secrétariat.

11. L'applicabilité éventuelle de l'AGCS aux activités d'investissement tant pour les industries de biens que pour les industries de services peut cependant poser problème. Dans le cadre de l'AGCS, le traitement national, et même l'accès aux marchés en général, sont des principes qu'il faut considérer avec une certaine circonspection dans le cas du commerce des services suivant les modes 1 (fourniture transfrontières) et 2 (consommation à l'étranger), c'est-à-dire lorsque les services sont fournis depuis l'extérieur du territoire d'une Partie (voir aussi le paragraphe 39 du document WT/WGTI/W/120).

12. Cependant, l'AGCS possède des caractéristiques dont l'intérêt est manifeste pour les investisseurs, de même que pour les Parties qui cherchent à encourager l'investissement en accord avec des objectifs sociétaux plus larges. L'une de ces caractéristiques est la reconnaissance implicite que les restrictions *avant l'établissement* d'investissements étrangers (non seulement en termes de capitaux, mais aussi pour ce qui concerne le régime des licences, les contingents et autres restrictions) relèvent de l'Accord. Ainsi toute Partie voulant restreindre les engagements d'accès aux marchés (ou prévoir des exemptions du principe NPF) devrait inclure les restrictions avant établissement parmi ces restrictions. Ainsi, il importe, même dans le cadre d'un accord de libéralisation sélective tel que l'AGCS, que les engagements avant établissement ne soient pas passés sous silence et le Canada estime que ce principe devrait être appliqué dans tout accord international sur l'investissement de l'OMC.

13. Cela est de plus en plus le cas dans les accords internationaux sur l'investissement. Il existe en fait peu d'arguments théoriques en faveur d'un traitement discriminatoire des investisseurs étrangers avant ou après établissement.<sup>3</sup> La non-discrimination après l'établissement est, de plus, déjà prévue dans de nombreux accords internationaux sur l'investissement, souvent au moyen de listes négatives.

---

<sup>3</sup> La "discrimination après établissement" peut parfois n'être rien d'autre qu'une expropriation et on peut l'empêcher par des dispositions ou des accords de protection de l'investissement.

14. Pour ce qui concerne la discrimination à l'égard des investisseurs étrangers, le fait d'établir une distinction à priori entre le stade antérieur à l'établissement et le stade postérieur à l'établissement pour le traitement national, peut être perçu comme un affaiblissement du traitement national et de l'accès aux marchés. Le droit d'établissement (ou l'accès aux marchés avant établissement) détermine de fait, pour les investisseurs étrangers, s'il existe un accès non discriminatoire aux marchés. En période de baisse des droits de douane, cela est un élément de plus en plus important pour les investisseurs internationaux. Avec des marchés de plus en plus ouverts, les investisseurs sont moins enclins à réaliser des investissements pour des raisons liées uniquement au remplacement des importations, mais réagissent plutôt aux conditions globales des marchés, et pas seulement à celles du marché du pays d'accueil (ou d'origine). Ainsi il s'établit une dynamique de plus en plus forte entre les conditions d'investissement sur le marché d'accueil et les possibilités commerciales, ce qui milite contre la discrimination avant établissement à l'égard de l'investissement étranger, de même que contre la discrimination dans le commerce international.

15. Il serait par conséquent regrettable d'envisager d'élaborer dans le cadre de l'OMC un accord international sur l'investissement dans lequel les principes du traitement NPF et du traitement national seraient traités de manière différente dès le début.

16. Bien sûr, il faut aussi admettre que le pays d'accueil n'accordera pas l'accès aux marchés avant établissement dans tous les cas et pour tous les secteurs. Pour des raisons politiques ou autres, il ne sera pas toujours possible, ou même souhaitable, de procéder ainsi, et même lorsqu'il peut être rationnel sur le plan économique d'exposer les investisseurs locaux à la concurrence d'investisseurs étrangers plus efficaces, les acquis peuvent y faire obstacle. Cette difficulté est implicitement reconnue dans les accords de traitement national/NPF (ou de type listes négatives) et c'est un aspect important de la "flexibilité", qui est souvent négligé dans ce genre d'accords. D'ailleurs les exemptions du principe NPF pour les accords bilatéraux et régionaux sont fréquentes dans des accords sur l'investissement dont le Canada est Partie – et existent aussi dans l'AGCS lui-même (article V). L'ALENA comporte une annexe concernant le Mexique, qui exempte du traitement NPF, du traitement national, ainsi que d'autres dispositions de l'Accord plusieurs secteurs importants tels que le pétrole, l'électricité ou les chemins de fer.

17. Ainsi, du point de vue tant des investisseurs étrangers que des parties à un Accord de l'OMC, il pourrait se révéler préjudiciable de chercher à faire l'impasse sur la non-discrimination afin de permettre aux Parties de conserver un traitement discriminatoire à l'égard des investisseurs étrangers, sans profiter de l'occasion pour en faire la description. Soulignons encore que la flexibilité pour le développement ou pour d'autres objectifs ménagée dans un accord de traitement national/NPF autorise la discrimination dans certaines circonstances. Sous réserve de négociations, le "droit à discrimination" est maintenu – même, dans certains cas, pour des mesures de type horizontal telles que le filtrage ou l'examen des investissements; cependant, il est nécessaire que les Parties définissent comment, ou dans quels secteurs ou sous-secteurs, cette discrimination se fait.

## B. TRANSPARENCE

18. Comme on l'a vu lors de la dernière réunion du Groupe de travail, la transparence est un principe capital qui est à la base d'un système commercial multilatéral ouvert et non discriminatoire. Il s'ensuit que les engagements, les exceptions et/ou les réserves au principe de non-discrimination doivent être transparents. L'AGCS comporte des obligations de transparence fortes à la fois en termes d'information (publication, notification, points d'information et contre-notification dans l'article III - Transparence) et en termes de transparence des procédures (article VI – Réglementations intérieures). La possibilité de prévoir ce type d'obligations dans un accord général sur l'investissement a été analysée lors de la dernière réunion du Groupe. Le Canada a suggéré qu'on pourrait peut-être promouvoir davantage la transparence en agissant sur la structure de l'accord sur

l'investissement, notamment en ce qui concerne la manière d'énoncer les réserves et/ou les engagements.

19. Du point de vue du Canada, il demeure évident que sans transparence, il est difficile de parler de conditions stables et prévisibles pour l'investissement transfrontières à long terme – et encore moins d'y parvenir. Les considérations d'ordre systémique favorisant une transparence inhérente aux accords de type traitement national/NPF revêtent de ce fait une grande importance. Une approche du traitement national/NPF, fondée sur l'applicabilité générale, avec des exceptions ou des réserves bien définies, est en soi plus transparente qu'un accord fondé sur des engagements souscrits seulement à l'égard de certaines obligations. En général, cette seconde approche nécessite des obligations supplémentaires complexes en matière de transparence, ainsi que d'autres obligations et des négociations permanentes. En outre, une approche de libéralisation sélective dans le domaine de l'investissement pourrait avoir tendance à "geler" le traitement non discriminatoire à des niveaux d'engagements relativement faibles, sans tenir compte de la poursuite de la libéralisation dans le pays d'accueil. En revanche, un accord de type traitement national/NPF énumère simplement les exceptions et les réserves, qu'elles soient horizontales, larges ou spécifiques. Dans ce contexte, il convient également de noter que les pays en développement bénéficient généralement dans ce genre d'accords d'exemptions plus larges du principe de la non-discrimination que les pays développés.

#### **IV. MODALITÉS D'ÉTABLISSEMENT DE LISTES DANS LE CADRE D'UN FUTUR ACCORD SUR L'INVESTISSEMENT: AUTRES INCIDENCES POUR L'OMC**

20. Les différences entre le traitement national/NPF et les modalités de type AGCS pour des engagements avant établissement *peuvent* être plus apparentes que réelles. Le Canada, qui a conclu des accords des deux types, par exemple dans le cas de l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili et l'AGCS, a établi des listes très complètes dans les deux cas.<sup>4</sup> La première énumère les secteurs et les sous-secteurs – y compris les mesures horizontales – auxquels non-discrimination et d'autres dispositions spécifiées ne s'appliquent pas. Cette réserve peut être appliquée aussi aux mesures futures (Annexe II): dans les secteurs particuliers qui font l'objet de négociations, dont certains sont relativement importants (au Canada, dans le cadre des mesures concernant les affaires autochtones, par exemple, ou la propriété étrangère du front de mer), les Parties sont libres de conserver, voire d'adopter, des mesures plus restrictives à l'avenir. Cependant, celles-ci figurent sur les listes et, aussi bien les investisseurs que les gouvernements peuvent voir du premier coup d'œil où le traitement discriminatoire subsiste encore et est autorisé. Il faut aussi noter que des exceptions horizontales pour toutes les Parties à l'égard de la sécurité nationale, de la fiscalité, de la balance des paiements, ainsi que les mesures se rapportant à l'environnement, peuvent être inscrites dans ce genre d'accords.

21. L'adoption d'une méthode d'élaboration des listes d'engagements qui n'encouragerait pas suffisamment la transparence ne faciliterait pas l'accomplissement du mandat de Doha. Par ailleurs, avec un engagement d'assistance technique de la part des pays développés pour la rédaction des réserves et des listes, ainsi que la reconnaissance, là encore conforme au texte de Doha (paragraphe 22), que les obligations et les engagements des pays en développement seront proportionnels à leurs besoins et à leur situation propres, nous soutiendrions qu'il est prématuré de fermer la porte à des mécanismes d'établissement des listes favorisant la transparence.

---

<sup>4</sup> Le texte et les annexes de cet accord sont disponibles sur le site Internet du Ministère des affaires étrangères et du commerce international du Canada (MAECI): <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/cda-chile/menu.asp>.

## V. CONCLUSION

22. Comme dans la plupart des accords internationaux sur l'investissement et dans le système de l'OMC, la non-discrimination doit demeurer la pierre angulaire de tout accord futur sur l'investissement dans le cadre de l'OMC. Il est très souhaitable d'aborder le traitement national et le traitement NPF simultanément. Des exceptions à ce traitement seraient autorisées dans certains secteurs à des fins de développement ou autres.

23. Le Canada est flexible quant à la manière dont les exceptions et les engagements concernant la non-discrimination sont structurés. Dans le présent document nous avons cherché à illustrer certains avantages pratiques d'une approche du traitement national/NPF fondée sur des listes, notamment en ce qui concerne la non-discrimination, la transparence et l'approche des réserves et des exceptions. Cependant, quelle que soit l'option retenue, nous devons la choisir en toute connaissance de ses conséquences pour le système de l'OMC. L'architecture d'un accord de type traitement national/NPF offre un certain nombre d'avantages et peut faciliter l'élaboration d'un accord de l'OMC sur l'investissement, de même que l'intégration plus complète des pays en développement dans le cadre du commerce international et de l'investissement défini à l'OMC.

24. Enfin, n'oublions pas que, pour établir leurs listes d'engagements et d'exceptions dans le cadre d'un accord de type traitement national/NPF, les pays en développement auront besoin de l'assistance technique des pays développés. Cette assistance pourrait être un moyen très productif d'aider les pays en développement à devenir des participants mieux intégrés dans l'économie mondiale, comme cela a été envisagé à Doha. En définitive, une telle approche pourrait aussi contribuer à l'élaboration d'un accord sur l'investissement entièrement compatible avec les disciplines existantes de l'OMC, y compris celles des accords qui ont déjà une relation directe avec le comportement en matière d'investissement.

---