

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/WGTI/W/54
2 septembre 1998

(98-3363)

Groupe de travail des liens entre
commerce et investissement

Original: anglais

COMMUNICATION DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE ET DE SES ÉTATS MEMBRES

La Délégation permanente de la Commission européenne a fait parvenir au Secrétariat la communication suivante, datée du 28 août 1998, en demandant qu'elle soit distribuée aux Membres.

LISTE RÉCAPITULATIVE DES QUESTIONS À EXAMINER, POINT IV: IDENTIFICATION DES POINTS COMMUNS ET DES DIFFÉRENCES DANS LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX RELATIFS À L'INVESTISSEMENT

Les notions actuelles concernant l'admission de l'investissement,
en particulier la non-discrimination

I. INTRODUCTION

1. Dans la dernière communication en date adressée par la Communauté au Groupe de travail, c'est-à-dire dans le document WT/WGTI/W/30 daté du 27 mars 1998, on trouvera un bref chapitre sur les questions qui se posent préalablement à l'entrée de l'investissement. Il ressort d'ores et déjà de ce document que les accords d'investissement bilatéraux conclus par les États membres de la Communauté européenne n'ont aucune incidence sur le droit des parties de réglementer l'admission des investisseurs étrangers. Toutefois, tant le Traité portant création de la Communauté lui-même que certains autres instruments importants auxquels la Communauté et ses États membres ont adhéré imposent aux parties des obligations à cet égard. Globalement, ces obligations constituent pour les investisseurs voulant accéder au Marché unique européen un régime très ouvert. Mais, dans la totalité de ces instruments, il est prévu des exceptions horizontales ou sectorielles permettant aux parties de préserver des intérêts importants, celui de la sécurité nationale ou celui de l'ordre public, par exemple.

2. La Communauté admet que des obligations juridiques relatives à l'admission de l'investissement peuvent susciter des préoccupations d'ordre politique, dont certaines ont déjà fait l'objet, ou feront l'objet, de débats au Groupe de travail. Dans la présente note, la Communauté ne prend pas position sur ces questions: elle tente simplement de décrire les notions utilisées, en particulier en ce qui concerne deux obligations capitales, celle du **traitement national** et celle du **traitement de la nation la plus favorisée**.

II. LE DROIT INTERNATIONAL

3. Il suffit d'un simple coup d'oeil à la situation en droit international pour constater qu'il n'existe pas de droit d'investir ni de droit d'admission en tant que tels au profit des investisseurs étrangers suivant le droit international coutumier. Cela signifie que tous les droits exercés et toutes les obligations existant dans ce domaine découlent de traités et des autres instruments de droit international auxquels un État donné a choisi d'être partie. En ce qui concerne l'OMC, cela ne veut toutefois pas dire que l'on part de zéro. Il convient de rappeler qu'en vertu de l'AGCS beaucoup de pays ont contracté des engagements concernant l'accès aux marchés en faveur de ceux qui veulent établir "une présence commerciale", c'est-à-dire qui veulent investir.

III. LES PRINCIPALES NOTIONS

- i) Le "droit d'investir". Il s'agit là d'une notion très large qui conférerait à l'investisseur le droit absolu d'opérer un investissement direct ou un investissement de portefeuille. La notion peut être évoquée dans les travaux d'ordre intellectuel mais, actuellement, elle ne fait partie de la pratique d'aucun Membre de l'OMC et il n'y a pas lieu de l'examiner ici.
- ii) Le "droit d'établissement". Il s'agit d'une notion plus étroite, créant le droit subjectif d'établissement dans un pays quelconque (lequel prend très souvent la forme d'un investissement), y compris pour les personnes physiques. Sous réserve d'un certain nombre de restrictions horizontales et sectorielles, ce droit a été accordé dans le cadre de la Communauté européenne et dans celui des relations de la Communauté avec les pays candidats à l'adhésion. Ce droit fait généralement partie de toute une série d'éléments d'intégration économique.
- iii) La non-discrimination. Elle s'exprime par le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée, qui sont les deux types d'obligations les plus courants retenus par les instances multilatérales, notamment par les instruments de l'OCDE, par l'ALENA, par le projet d'accord multilatéral sur l'investissement, par le Traité sur la Charte de l'énergie, et aussi par l'AGCS; voir aussi l'"accès aux marchés" (voir ci-après le point iv))
- iv) Les engagements en matière d'accès aux marchés. Il s'agit d'une notion utilisée dans l'AGCS, qui autorise les pays parties à cet accord à souscrire des engagements de libéralisation de l'accès aux marchés dans les secteurs figurant sur une liste propre à chacun des pays Membres.

4. Nous examinons ci-dessous de plus près la notion de non-discrimination. Il convient de noter que certains instruments, par exemple l'ALENA ou le projet d'accord multilatéral sur l'investissement, regroupent dans une seule et même disposition les aspects de la "vie utile" d'un investissement qui sont antérieur et postérieur à son établissement en tenant compte du fait qu'il est parfois difficile de faire la distinction entre l'investissement avant son admission et l'investissement après son admission. Cela est particulièrement vrai quand l'accord considéré donne une définition large de l'investissement et l'étend notamment aux transactions de portefeuille. Le fait explique pourquoi des principes de non-discrimination prévus (par exemple, dans l'Instrument de l'OCDE relatif au traitement national) pour s'appliquer postérieurement à l'établissement sont énoncés là où on l'a jugé utile.

Les instruments de l'OCDE

5. Pour les pays membres de l'OCDE, l'admission de l'investissement est actuellement réglementée par des codes de la libération des mouvements de capitaux, mais on trouve également une interprétation précieuse des notions capitales de non-discrimination et de traitement national dans l'Instrument relatif au traitement national qui, en règle générale, s'applique une fois que l'investissement a été admis.

6. Le libellé de l'article 9 du code ci-dessus s'inspire du traitement de la nation la plus favorisée: "En autorisant la conclusion et l'exécution des transactions et des transferts [figurant sur la liste des opérations que les parties audit code ont décidé de libéraliser], les Membres ne procéderont à aucune discrimination envers les autres Membres." La notion est ici très étroite puisqu'elle ne concerne exclusivement que des autorisations, mais elle a été ultérieurement élargie aux termes d'une décision adoptée en 1984 et elle aboutit désormais à appliquer le traitement national à l'IED. La portée des mesures visées correspond à une vaste gamme de "réglementations ou pratiques ... concernant les modalités d'exploitation des entreprises ... qui constituent des obstacles particuliers pour les investisseurs non résidents ou leur imposent des restrictions également particulières."

7. Les instruments ultérieurs ont un énoncé encore plus large en ce sens qu'ils font simplement état du "traitement" de l'investisseur (par exemple, le Traité sur la Charte de l'énergie, l'ALENA, l'AMI; voir ci-dessous).

8. L'Instrument relatif au traitement national définit celui-ci comme "un régime ... qui, en harmonie avec le droit international, ne sera pas moins favorable que celui dont bénéficient dans les mêmes circonstances les entreprises nationales". Ce qui est intéressant dans ce contexte, ce sont certaines précisions qui ont été apportées par la suite.

9. En 1991, il a été admis qu'il existait des circonstances dans lesquelles il ne serait pas possible d'accorder un traitement identique, s'agissant par exemple du secteur financier ou du secteur de l'assurance, en raison du caractère particulier de ces secteurs. Le régime à accorder dans ces cas-là serait un régime "équivalent", ce qui signifiait qu'il pourrait exister des différences dans le traitement accordé (différences justifiées dans certains cas) tandis que, globalement, les débouchés offerts sur le marché à la concurrence d'entreprises à capitaux totalement ou majoritairement étrangers seraient préservés. Il ne devrait donc pas y avoir d'inégalité risquant d'être préjudiciable à l'investisseur ou à l'investissement étranger.

10. Le critère des "circonstances similaires" ne s'applique valablement que si l'on compare entre elles des entreprises appartenant au même secteur d'activité. L'explication que l'OCDE donne de l'Instrument relatif au traitement national permet également de penser qu'il pourrait être tenu compte des objectifs de fond des pays membres pour définir les circonstances dans lesquelles la comparaison est opérée, lesdits objectifs n'étant pas par ailleurs contraires au principe du traitement national.

11. L'instrument vise toutes les mesures revenant à appliquer un traitement discriminatoire à une entreprise étrangère, indépendamment du point de savoir s'il s'agit de mesures formellement discriminatoires ou si seul leur effet représente une discrimination "*de facto*". Lesdites mesures peuvent prendre la forme de lois, de règlements et/ou de pratiques administratives.

Les dispositions du projet d'accord multilatéral sur l'investissement (AMI) qui s'inspirent de l'ALENA

12. L'obligation relative au traitement national consiste pour chaque partie contractante à accorder aux investisseurs d'une autre partie contractante à l'AMI et à leurs investissements un "traitement non moins favorable" que celui qu'elle accorde [dans des circonstances similaires] à ses

propres investisseurs aux fins de "l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, le bénéfice et la vente ou toute autre aliénation" de leurs investissements. Il est manifeste que la définition de la non-discrimination retenue ici vise à couvrir toutes les activités économiques de l'investisseur ainsi que son investissement. Et cette liste non limitative des activités d'investissement que l'investisseur peut entreprendre est également censée couvrir toutes les activités de l'investisseur ainsi que ses investissements aux stades antérieur et postérieur à l'établissement.

13. L'obligation relative au traitement de la nation la plus favorisée qui figure dans le projet d'AMI consiste à prescrire que le "traitement" accordé aux investisseurs de l'une des parties contractantes et à leurs investissements est "non moins favorable" que celui qui est accordé aux investissements d'investisseurs originaires d'une autre partie contractante ou d'une partie non contractante en ce qui concerne les mêmes types d'activité que ceux qui sont visés aux fins du traitement national.

14. Lors de l'examen du projet d'accord multilatéral sur l'investissement, certains auraient souhaité remplacer l'expression "non moins favorable" qui qualifie le terme "traitement" par la formule "le même traitement" ou "un traitement comparable". Mais la plupart des délégations ont estimé que la règle en faveur des investisseurs serait alors plus faible que la règle exprimée par un "traitement non moins favorable". Il est clair aussi que cette expression autorise une discrimination de caractère "positif", consistant par exemple à mieux traiter l'investisseur étranger que l'investisseur national précisément pour attirer l'investissement.

15. Les participants au débat se sont également penchés sur l'expression "dans des circonstances similaires", et l'on a fait observer à ce sujet que le "traitement national" et le "traitement de la nation la plus favorisée" sont des formules relatives qui servent à comparer. Les uns ont soutenu que, sous le libellé prévu, la disposition autoriserait une différence de traitement qui serait juste et équitable, justifiée par une différence de circonstances même en l'absence de toute formule particulière à cet effet. Sous cette forme, toutefois, seule serait autorisée la discrimination justifiée par des "circonstances différentes". Pour d'autres en revanche, partisans de la formule des "circonstances similaires", les règles en question ont pour objet d'empêcher la discrimination de fait ou de droit par comparaison avec les investisseurs nationaux ou les investisseurs de pays tiers et leurs investissements. Il faudrait toutefois adopter la formule des "circonstances similaires" pour garantir que les comparaisons seront faites au moyen de critères pertinents, autorisant les États à accorder un traitement différencié pour des raisons de fond parfaitement légitimes.

16. Les principes du traitement national et de la nation la plus favorisée sont évidemment censés couvrir tant les discriminations *de facto* que les discriminations *de jure*.

Les dispositions de l'AGCS

17. L'AGCS n'est pas un accord d'investissement en tant que tel, mais le Groupe de travail a déjà décidé que le mode de fourniture de services se traduisant par une "présence commerciale" intéresse l'investissement.

18. L'obligation d'accorder le traitement NPF, qui est énoncée dans l'AGCS, s'applique indistinctement à la totalité des secteurs de services, sauf s'il figure expressément une exception à cet égard dans les listes du pays considéré, tandis que les obligations en matière d'accès aux marchés et de traitement national ne s'appliquent qu'aux secteurs pour lesquels il a été contracté des engagements.

19. L'obligation relative au traitement NPF est libellée dans l'AGCS suivant la formule habituelle du "traitement non moins favorable", applicable à la fois au service et au fournisseur du service en

question qui est originaire d'un autre pays Membre. Suivant l'interprétation qui en a été donnée, ce traitement de la nation la plus favorisée signifie qu'est interdit tout traitement instaurant une discrimination "*de facto*" ainsi qu'une discrimination "*de jure*".

20. En sus du traitement NPF, l'AGCS adopte une formule mixte en ce qui concerne les obligations préalables à l'admission: l'approche associe l'accès aux marchés et l'application du traitement national.

21. Dans les secteurs pour lesquels un Membre a souscrit des engagements, l'accès aux marchés de services signifie que lesdits services et les fournisseurs de services peuvent bénéficier d'un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu dans la liste du Membre en question. Les limitations éventuelles sont énumérées (article XVI de l'AGCS) et, la plupart du temps, ne sont pas discriminatoires en soi (par exemple, les restrictions numériques peuvent s'appliquer également aux entreprises nationales). C'est-à-dire que, finalement, sous l'effet de la disposition de l'AGCS relative à l'accès aux marchés, il n'y a pas vraiment lieu d'appliquer le traitement national au service étranger ou au fournisseur du service étranger lors de la phase antérieure à l'établissement.

22. Toutefois, l'AGCS formule au sujet du traitement national une disposition supplémentaire (article XVII de l'AGCS) qui s'applique également à la phase précédant l'établissement si le secteur en question figure sur la liste du Membre. Cette obligation relative au traitement national consiste à accorder, en ce qui concerne les mesures affectant la fourniture de services, un traitement "non moins favorable" que celui qui est accordé aux services similaires et aux fournisseurs nationaux de services similaires. Cela ne veut pas toujours dire que le traitement accordé est formellement identique, il suffit que cela garantisse que le traitement applicable n'aboutit pas à modifier les conditions de concurrence au détriment du service étranger ou du fournisseur de service étranger. Il s'agit là d'une notion essentiellement économique, qui s'écarte donc des considérations plus juridiques envisagées ci-dessus.

23. Il y a lieu de noter aussi que la disposition de l'AGCS relative au traitement national diffère sensiblement de la disposition relative au traitement national du GATT, laquelle est applicable aux marchandises et ne s'applique exclusivement qu'aux produits en question et non pas aux conditions de concurrence imposées au producteur.

24. En ce qui concerne l'accès aux marchés et le traitement national, l'obligation énoncée dans l'AGCS vise les mesures "affectant la fourniture de services". La formule est censée couvrir une vaste gamme de mesures, puisque toute mesure affectant les conditions auxquelles le fournisseur de service fournit le service en question sans avoir directement trait au service lui-même peut être considérée comme contraire à l'AGCS si elle est incompatible avec les obligations générales et les engagements spécifiques d'un Membre de l'AGCS.

IV. CONCLUSION

25. L'instrument majeur qui sert à réglementer l'admission de l'investissement dans les instruments multilatéraux existants associe le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée. Deux conclusions s'imposent:

- La portée des dispositions prescrivant la non-discrimination (c'est-à-dire prescrivant le traitement NPF et le traitement national) a été constamment élargie et couvre désormais le "traitement" à appliquer à l'investisseur pendant la durée totale de son investissement, alors que ces dispositions avaient au départ trait exclusivement à des mesures limitées, des autorisations par exemple.

- Un instrument multilatéral a choisi d'appliquer à l'admission de l'investissement une autre notion que celle de la non-discrimination: l'AGCS a retenu le critère de l'accès aux marchés, étayé par la règle du traitement national, et l'applique aux secteurs figurant sur une liste établie pour le Membre considéré; en revanche, le traitement NPF s'applique indistinctement et globalement. Cela montre que les notions existantes permettent de moduler les règles suivant les besoins des parties.
-