

# Projet de cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement :

Analyse de sa relation avec le commerce  
international et les accords d'investissement

---

Septembre 2020    Nathalie Bernasconi-Osterwalder  
Soledad Leal Campos  
Colette van der Ven

## **L'INSTITUT INTERNATIONAL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE**

L'Institut international du développement durable (IISD) est un groupe de réflexion indépendant qui étudie des solutions durables aux problèmes du XXI<sup>e</sup> siècle. Notre mission est de promouvoir le développement humain et la durabilité environnementale. Pour cela, nous effectuons un travail de recherche, d'analyse et d'obtention de connaissances qui soutient l'élaboration de politiques saines. Notre vision globale nous permet d'aborder les causes profondes de certains des grands problèmes auxquels notre planète est confrontée aujourd'hui : la destruction de l'environnement, l'exclusion sociale, les lois et les règles économiques injustes, le changement climatique. L'équipe de l'IISD, qui représente plus de 120 personnes, plus de 50 associés et une centaine de consultants, vient du monde entier et de secteurs très différents. Notre travail a un impact sur la vie des habitants de près de 100 pays. Avec une démarche autant scientifique que stratégique, l'IISD apporte le savoir nécessaire à l'action.

L'IISD est enregistré en tant qu'organisme de bienfaisance au Canada et a le statut 501 (c) (3) aux États-Unis. L'IISD bénéficie de subventions de fonctionnement de la province du Manitoba. L'Institut reçoit également des financements de plusieurs gouvernements en dehors du Canada, et de plusieurs agences des Nations Unies, des fondations, des acteurs du secteur privé et des particuliers

## **CUTS INTERNATIONAL, GENÈVE**

CUTS International, Genève est une ONG sans but lucratif qui catalyse les voix en faveur du développement commercial et des politiques équitables qu'expriment les pays du Sud dans les débats internationaux sur le commerce et le développement à Genève. Nous-mêmes et nos organisations sœurs de CUTS situées en Inde, au Kenya, en Zambie, au Vietnam, au Ghana et à Washington avons marqué de notre empreinte le secteur de la gouvernance économique dans le monde en développement.

## **TAF2+**

Le Gouvernement du Royaume-Uni a créé le Fonds pour la défense du commerce et des investissements (Trade and Investment Advocacy Fund - TAF2+) dans le but de fournir un soutien à la demande émanant des responsables des politiques commerciales et des négociateurs dans les pays, les communautés et les organisations admissibles.

Les différentes formes d'assistance que fournit le TAF2+ sont les suivantes :

- Des informations, des analyses et des conseils impartiaux sur les aspects techniques et juridiques des négociations commerciales, ainsi que sur la formulation de positions de négociation ;
- De la formation, du renforcement des capacités et des stages s'adressant aux fonctionnaires et aux organisations compétentes ;
- Un appui logistique limité pour la participation aux négociations et aux réunions stratégiques.

Le TAF2+ est géré au nom du le Gouvernement du Royaume-Uni par un gestionnaire du Fonds (FM) : CowaterSogema et Saana Consulting.

**Projet de cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement :**

**Analyse de sa relation avec le commerce international et les accords d'investissement**

September 2020

Écrit par Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Soledad Leal Campos et Colette van der Ven

*La présente documentation a été produite au moyen d'un financement du programme UK Aid du gouvernement britannique. La subvention intégrale, appelée Umbrella Grant, est un projet relevant du Trade and Investment Advocacy Fund (TAF2+) qui est mis en œuvre par l'Institut international du développement durable, en consortium avec CUTS, le cabinet de conseil BKP Economic Advisors, et InterAnalysis. Ces documents ont bénéficié d'un examen par les pairs et du soutien éditorial de Patrick Loz, Markus Krajewski, Hamed El-Kady, Sarah Brewin, Rashmi Jose, Susan Joekes et Sofia Baliño. Nos remerciements vont également à Marios Tokas pour son assistance dans cette recherche. Les opinions exprimées dans la publication sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement les positions officielles du gouvernement du Royaume-Uni ni celles de TAF2+.*

**SIÈGE DE L'IISD**

111 Lombard Avenue, Suite 325  
Winnipeg, Manitoba  
Canada R3B 0T4

**Tel:** +1 (204) 958-7700

**Website:** [www.iisd.org](http://www.iisd.org)

**Twitter:** [@IISD\\_news](https://twitter.com/IISD_news)

**CUTS INTERNATIONAL, GENÈVE**

37-39, Rue de Vermont  
1202 Genève, Suisse

**Tel:** +41 (0) 22 734 60 80

**Fax:** +41 (0) 22 734 39 14

**Email:** [geneva@cuts.org](mailto:geneva@cuts.org)

**Website:** [cuts-geneva.org](http://cuts-geneva.org)

## Résumé exécutif

Au cours des cinq dernières années, la question de la facilitation de l'investissement a suscité un intérêt croissant auprès des décideurs, des universitaires et des organisations gouvernementales internationales. En plus d'être abordée de diverses façons par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et le G20, elle fait maintenant l'objet d'une initiative de déclaration conjointe (IDC) sur un projet de cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement (CMFI) entre divers Membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Cette IDC a consacré plus de deux ans à des « discussions structurées » visant à identifier et à développer « les éléments d'un cadre visant à faciliter les investissements étrangers directs » et à clarifier « la relation et l'interaction du cadre avec les dispositions existantes de l'OMC, avec les engagements d'investissement actuels des Membres, et avec le travail de facilitation de l'investissement d'autres organisations internationales »<sup>1</sup>. Cet effort a abouti à l'élaboration de divers documents de travail, le plus récent étant *le texte consolidé informel*, qui a été distribué aux Membres fin avril 2020 (INF/IFD/RD/50).

Le groupe de Membres de l'OMC participant à l'IDC envisage maintenant de lancer des négociations, bien que le moment choisi dépende en partie des restrictions liées à la COVID-19 en Suisse, où se tiennent les discussions. Depuis son lancement, les discussions structurées ont attiré l'attention des observateurs du commerce et des investissements, tout en suscitant un large éventail de questions auprès des participants, des Membres de l'OMC au sens large et à l'extérieur de l'organisation. D'une part, certaines questions spécifiques se rapportent à des questions liées au texte actuel, telles que la portée et le champ d'application d'un éventuel CMFI, sa relation potentielle avec les dispositions contenues dans les accords de l'OMC et les perspectives de complémentarité ou d'incohérence, ainsi que la façon dont le CMFI interagirait avec le vaste réseau d'accords internationaux d'investissement (AII) existants. D'autre part, certains pays en développement ont également soulevé des questions concernant la mesure dans laquelle un CMFI répond à leurs priorités et à leurs intérêts et pourrait contribuer à la réalisation de leurs Objectifs de développement durable.

Le présent document aborde certaines des questions ci-dessus et vise à faciliter une meilleure compréhension d'un certain nombre de questions techniques à l'étude dans les discussions structurées. Il s'appuie sur un séminaire qui s'est tenu en janvier 2020, au cours duquel les participants ont identifié des questions nécessitant des recherches et des analyses plus poussées.

Dans la **partie 1**, le document place les discussions structurées sur la facilitation de l'investissement dans un contexte plus large, y compris la façon dont la facilitation de l'investissement a été abordée dans des forums tels que ceux de la CNUCED, de l'OCDE

---

<sup>1</sup> OMC. (13 décembre 2017). Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement (WT/MIN[17]/59). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=r:/WT/MIN17/59.pdf&Open=True>

et du G20. Ceci inclut notamment du Menu d'action globale 2016 de la CNUCED pour la facilitation des investissements, qui considère que la facilitation de l'investissement est « cruciale pour le développement durable et la croissance inclusive » et souligne également que « toute initiative de facilitation de l'investissement ne peut être envisagée indépendamment du programme plus vaste d'investissement pour le développement »<sup>2</sup>. Il fait également référence à un document d'orientation de l'OCDE de 2018<sup>3</sup>, qui explore trois « options » visant à une approche multilatérale de la facilitation de l'investissement. Ces options allaient de l'adoption volontaire par les États hôtes de « principes nationaux et mesures de facilitation de l'investissement » à l'adoption de « principes, politiques et mesures au niveau mondial » également par les États hôtes, qui pourraient être complétés par des engagements supplémentaires des pays d'origine « et éventuellement d'autres parties (par exemple, le secteur privé, la société civile) ». Ce document d'orientation suggérait également « des éléments potentiels d'un cadre international pour la facilitation de l'investissement ».

Dans ce contexte, la partie 1 présente un large éventail de points de vue sur les négociations d'un cadre pour la facilitation de l'investissement. Par exemple, il y est expliqué que les Membres participant à l'IDC ont souligné que la transparence et la prévisibilité des « mesures d'investissement » étaient au cœur de tout cadre de facilitation de l'investissement. Il y est en outre noté que certains d'entre eux ont également souligné la nécessité d'un tel cadre pour aider « les pays en développement, et en particulier [les pays les moins avancés, ou PMA] Membres, à mettre en place le cadre institutionnel et réglementaire approprié pour attirer et accroître les investissements »<sup>4</sup>. Dans ce contexte, le document souligne également les préoccupations soulevées par certains experts et par des représentants de certains pays en développement, en ce sens que la dimension de « développement » de ces négociations est à l'heure actuelle abordée principalement à travers les dispositions relatives à un traitement spécial et différencié.

En outre, cette partie du document présente l'éventail des points de vue exprimés sur la question des obligations des États d'origine, ainsi que sur la contribution potentielle du CMFI au développement durable. Il y est expliqué que le texte ne contient aucune obligation pour les États d'origine de faciliter l'investissement extérieur en soutenant et en encourageant l'investissement dans les pays en développement ou les PMA Membres. Il y est également noté que la dimension de développement durable est mentionnée dans le préambule et dans une disposition concernant la responsabilité sociale des entreprises (RSE), sur la base de laquelle les Membres de l'OMC encourageraient les entreprises à intégrer volontairement les pratiques de RSE, et la justification donnée y est expliquée.

---

<sup>2</sup> CNUCED. (Septembre 2016). *Menu d'action globale pour la facilitation des investissements*. <https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Action%20Menu%202001-12-2016%20FR.pdf>

<sup>3</sup> OCDE. (2018). *Towards an international framework for investment facilitation* (OECD Investment Insights). <https://www.oecd.org/investment/Towards-an-international-framework-for-investment-facilitation.pdf>

<sup>4</sup> OMC. (11 décembre 2019). *Structured discussions on investment facilitation for development, meeting of 25 November 2019*. Summary of discussions by the Coordinator (INF/IFD/R/9). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/INF/IFD/R9.pdf>

Par rapport à ce qui précède, le document prend note des préoccupations soulevées par certains experts et certains pays en développement membres quant à l'importance accordée lors des discussions aux efforts visant à réformer les processus administratifs nationaux afin de faciliter l'investissement étranger sans inclure de moyens concrets de faire progresser l'investissement pour le développement durable d'une manière qui soit conforme aux objectifs de l'État hôte. Le document mentionne les recherches menées sur les mesures visant à faciliter les flux d'investissements de meilleure qualité ainsi que sur l'identification des « caractéristiques de durabilité » (divisées en deux catégories : « communes » et « émergentes »)<sup>5</sup> établie par les États hôtes à mesure qu'ils s'efforcent d'attirer et de retenir les investissements directs étrangers (IDE). Il y est également indiqué que, à l'exception d'une disposition relative à la lutte contre la corruption et à la RSE, les considérations énoncées dans les caractéristiques de durabilité de l'IDE ne sont pas incluses dans les dispositions de fond du *texte consolidé informel*.

L'introduction donne en outre un aperçu du travail accompli au cours des deux ans et demi écoulés dans le cadre des discussions structurées, en les subdivisant en ses différentes phases et en textes de travail correspondants. Le document mentionne que les co-parrains de la déclaration conjointe ont convenu de passer en mode de négociation à compter de mars 2020, en prévision de la douzième Conférence ministérielle (CM12), prévue en juin 2020, bien que depuis lors, toutes les activités de l'OMC ont été suspendues en raison de la pandémie de COVID-19. Il mentionne également que des réunions informelles virtuelles ouvertes à tous ont démarré le 5 juin 2020.

La partie 1 contient également un aperçu du *texte consolidé informel* (qui contient actuellement un préambule et neuf sections), ainsi que de certains de ses projets de dispositions (aussi appelés points), indiquant certains domaines dans lesquels de nouvelles propositions ont été soumises par les Membres depuis la diffusion du *texte simplifié* en janvier 2020. L'ensemble du document est fondé sur une remarque générale figurant dans le texte selon laquelle « l'ensemble du document se trouve entre crochets », visant à refléter le fait qu'il ne préjuge pas « de la position ou de l'opinion d'une délégation sur les questions en cours de négociation ». Compte tenu de l'objet du présent document, il met l'accent sur les propositions concernant la portée et le champ d'application du CMFI et prend note des différentes approches de cette question, qui sont analysées dans la partie 2.

La **partie 2**, intitulée « Portée et champ d'application d'un éventuel cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement », examine la portée du CMFI, conformément aux articles 1.1 et 1.2 (Portée). Elle examine également la portée du CMFI telle qu'elle découle des dispositions de fond du CMFI, par exemple les articles 3.1 (Publication et disponibilité des mesures) et 7.1 (Administration des mesures de manière cohérente, raisonnable, objective et impartiale).

---

<sup>5</sup> Une liste détaillée des « caractéristiques communes » et des « caractéristiques émergentes » se trouve à : <http://ccsi.columbia.edu/files/2020/02/KPS-and-Howard-Mann-Making-FDI-more-sustainable-Towards-an-indicative-list-of-FDI-sustainability.pdf>

Suite à cette analyse, le document conclut que la portée du CMFI est actuellement difficile à déterminer, compte tenu des différentes approches utilisées dans les diverses dispositions pertinentes. Le champ d'application semble très large, mais il reste à préciser jusqu'à quel point. À partir de cette observation, le document note l'importance (i) de s'accorder sur la portée souhaitée des disciplines et d'adapter en conséquence le libellé de l'article 3.1, et (ii) de concilier la définition de la portée de l'article 1.1 avec la portée réelle du cadre.

L'analyse met en évidence la nécessité de comprendre les types de mesures qui « ont une incidence sur » l'investissement direct étranger (IDE), étant donné que cette formulation pourrait impliquer un très large éventail de mesures. Elle souligne également la nécessité cruciale de clarifier la portée du CMFI afin de mieux comprendre les domaines de chevauchement entre les accords visés par le CMFI et les accords visés par l'OMC (question examinée dans la partie 3 du présent document). Cette discussion sur le chevauchement se fait au moyen d'une analyse de certaines formulations du CMFI, ainsi que de certaines définitions de travail proposées. La première analyse porte sur des expressions telles que « investissements directs étrangers », « tout au long du cycle de vie des investissements », « dans les secteurs des services et non liés aux services » et « mesures [...] pour faciliter les investissements directs étrangers ». La deuxième analyse englobe différentes définitions du terme « investissement » utilisées dans d'autres contextes, ainsi que dans le *texte consolidé informel* (qui comprend une définition « fondée sur l'actif », ainsi qu'une définition « fondée sur l'entreprise »).

En ce qui concerne les répercussions potentielles des formulations figurant dans l'article 1.1, l'analyse conclut que la formulation « tout au long du cycle de vie de l'investissement » pourrait être interprétée de manière à englober les mesures ayant une incidence sur l'IDE autres que celles réalisées pré- et post-établissement. Pour sa part, le libellé « dans les secteurs des services et non liés aux services » élargirait la portée du CMFI, ce qui signifierait que le champ d'application du CMFI irait beaucoup plus loin que ce qui est actuellement couvert par l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), et créerait ainsi des obligations à l'égard de mesures qui iraient bien au-delà des engagements des Membres dans le cadre de l'OMC.

À cet égard, le document aborde également les travaux en cours dans le cadre de l'IDC sur la « réglementation intérieure des services » (SDR en anglais), dans lesquels un groupe de Membres de l'OMC travaille à la négociation d'un « document de référence » qui établirait des disciplines pour les réglementations affectant le commerce des services « en aval » du cycle d'investissement. Le document indique que la portée étendue du CMFI signifierait qu'il s'appliquerait aux mesures concernant l'IDE auxquelles le document de référence sur la réglementation intérieure des services s'appliquerait également, créant ainsi des chevauchements, des doubles emplois et d'éventuelles incohérences. Il indique également qu'une façon de gérer ce scénario serait que, à tout le moins, les Membres envisagent d'intégrer le travail en cours mené sur le CMFI et l'IDC sur la réglementation intérieure des services.

En ce qui concerne les dispositions spécifiques, les conclusions indiquent un chevauchement substantiel des obligations au titre du CMFI et des obligations existantes au titre des accords de l'OMC et/ou des négociations en cours sur l'IDC sur la réglementation intérieure des services.

Le document analyse en particulier certaines dispositions relatives à la publication et à la transparence dans le cadre du CMFI et de l'AGCS, ainsi qu'un éventuel chevauchement entre le CMFI et l'IDC sur la réglementation intérieure des services. Pour un nombre important d'autres dispositions, la recherche conclut que les obligations du CMFI iraient au-delà des engagements des Membres en vertu des accords existants de l'OMC. Ce point est approfondi dans la partie 3.

Le document considère que, d'un point de vue juridique, les conclusions ci-dessus seraient préoccupantes dans la mesure où le CMFI crée des obligations conflictuelles ou contradictoires vis-à-vis des accords existants de l'OMC, par exemple, en ce qui concerne la question des exceptions à l'application de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) en vertu de l'AGCS/CMFI et au regard des dispositions de traitement spécial et différencié proposées en vertu du CMFI et de l'ICD sur la réglementation intérieure des services.

Le document indique par ailleurs que les obligations non conflictuelles qui se chevauchent pourraient également poser un problème d'un point de vue pratique. Tel est le cas lorsque les obligations sont formulées et définies différemment ou lorsque les obligations du CMFI vont au-delà des obligations énoncées dans les accords existants de l'OMC. Dans ce cas, les obligations pourraient créer des difficultés quant à leur mise en œuvre, parce qu'elles obligerait les Membres à se livrer à une comparaison complexe, disposition par disposition, pour établir l'univers des obligations applicables à différentes mesures, en raison du chevauchement imparfait de la portée des accords visés par le CMFI et de ceux visés par l'OMC. L'analyse du document souligne la complexité à laquelle les Membres seraient confrontés, étant donné que le CMFI irait bien au-delà des types d'engagements pris dans le cadre de l'Accord sur la facilitation des échanges de l'OMC, qui a également été élaboré autour de certains articles de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT en anglais).

Le document aborde également les implications de portée découlant de la clause NPF figurant à l'article 2 du *texte consolidé informel*, ainsi que de l'absence dans le texte d'une clause relative au traitement national.

En ce qui concerne la clause **NPF**, le document indique que, bien que les formulations et l'approche de l'article 2 soient communes dans les accords de l'OMC (c'est-à-dire que les Membres traiteront les investissements et les investisseurs de tout autre Membre non moins favorablement que les investissements et investisseurs similaires de tout autre pays), une telle clause mérite une analyse plus approfondie, en particulier parce qu'il est peu probable que le CMFI soit adopté et ratifié par tous les Membres de l'OMC. Dans une telle situation, les participants devraient décider si la clause NPF étendrait les avantages du CMFI à tous les Membres de l'OMC, y compris les Membres qui n'ont pas adopté et ratifié le cadre, même si seuls ceux qui l'ont ratifié étaient assujettis à ses dispositions, dans une approche similaire à l'Accord sur les technologies de l'information et à sa révision.

Le document fait observer que, si les Membres décident de suivre une telle approche, ils devront tenir compte de l'effet multilatéral potentiel de la clause NPF, qui, en vertu de l'AGCS, a été interprétée comme étant d'entraîner quasi automatiquement la multilatéralisation de certaines



obligations contractées en vertu des traités bilatéraux d'investissement (TBI), dont le champ d'application sectoriel est plus étendu et le contenu plus libéral que celles figurant dans les listes d'engagements des Membres de l'OMC. Il précise également que, de la même manière, la clause NPF du CMFI aurait pour effet de multilatéraliser « toute mesure visée par ce cadre », c'est-à-dire les mesures de facilitation de l'investissement concernant l'IDE dans les secteurs des services et les secteurs non liés aux services.

En ce qui concerne le **traitement national**, le document souligne le fait que le texte ne contient pas de disposition relative au traitement national, ce qui signifie, par exemple, qu'un Membre pourrait appliquer des processus et des procédures plus favorables ayant une incidence sur l'IDE pour les investisseurs nationaux par rapport à des investisseurs étrangers similaires. Cela pourrait à son tour porter atteinte aux éventuels avantages découlant de la clause NPF. Le document indique toutefois que l'incidence réelle de l'absence d'une clause de traitement national dépendrait de la probabilité qu'un gouvernement mette en place un régime de facilitation de l'investissement en vertu du CMFI, mais s'écarterait des procédures et processus mis en place lorsqu'il traiterait avec les investisseurs nationaux. Il souligne que les gouvernements peuvent être plus enclins à appliquer les procédures et processus pertinents à tous les niveaux, même en l'absence d'une clause de traitement national. Le document mentionne que la question du traitement national pourrait devenir plus pertinente à mesure que les Membres préciseront la portée du CMFI.

L'analyse dans la **partie 3** de la relation entre les engagements proposés dans le cadre du CMFI, l'architecture de l'OMC et les engagements existants figurant dans les accords de l'OMC comporte deux parties : premièrement, une focalisation sur les accords de l'OMC qui pourraient s'appliquer aux mesures d'investissement, et pourraient ainsi constituer un chevauchement de portée avec le CMFI, et deuxièmement, une comparaison des dispositions de fond du CMFI avec les obligations existantes en vertu des accords de l'OMC, en particulier l'AGCS.

Le document conclut que le CMFI s'appuie sur les obligations en matière de transparence et d'administration figurant dans l'AGCS et, à divers endroits, va beaucoup plus loin, soit en élargissant la portée, soit en y ajoutant des exigences, ou les deux. Le CMFI contient également plusieurs obligations « en supplément de l'AGCS » qui ne figurent pas dans l'AGCS. Ainsi, en ce qui concerne les mesures d'investissement qui relèvent de l'AGCS, les Membres assumeront des obligations supplémentaires par rapport à ce à quoi ils se sont engagés en vertu de cet accord.

Le document note que la mesure dans laquelle le CMFI irait au-delà des obligations d'un Membre dans le cadre de l'AGCS dépendrait, en partie, des engagements spécifiques d'un Membre. Par exemple, pour ceux qui ont moins d'engagements, parmi lesquels de nombreux pays en développement et PMA Membres, l'écart entre les obligations existantes de l'AGCS et le CMFI sera plus important que pour les Membres qui ont pris un plus grand nombre d'engagements dans le cadre de l'AGCS, même s'ils disposent de plus de temps pour mettre leurs mesures en conformité.

Dans ce contexte, le document indique que des problèmes de mise en œuvre pourraient survenir, soulignant l'importance, d'une part, de veiller à l'harmonisation dans les domaines où des écarts pourraient survenir, telles que les exceptions, et d'autre part, de s'assurer que les Membres comprennent clairement la façon dont les dispositions du CMFI se rapportent aux obligations existantes qu'ils ont contractées dans le cadre de l'OMC. Le document examine des dispositions particulières, telles que la transparence et les obligations connexes, les flexibilités, l'entrée temporaire des investisseurs, les transferts et la subrogation.

**Transparence et obligations connexes.** Le document analyse différentes obligations dans le cadre du CMFI et de l'AGCS. Il constate que certaines dispositions de l'AGCS visent des obligations qui coïncident partiellement avec le *texte consolidé informel* (spécifiquement l'article III de l'AGCS, qui contient des dispositions sur la transparence, et l'article VI, qui traite de la réglementation nationale). Le document précise également que la plupart des dispositions du CMFI sur la transparence approfondissent et élargissent la portée des obligations existantes en matière de transparence («AGCS+»). Les articles 3.1 à 3.6, ainsi que les articles 5.1 à 5.3, qui sont détaillés dans le document, en sont des exemples. Contrairement à l'AGCS, le *texte consolidé informel* contient également des dispositions distinctes sur les exigences de publication pour les situations dans lesquelles une autorisation est exigée pour investir dans un pays (articles 3.7 à 3.9, décrits plus en détail dans le document).

En ce qui concerne les procédures administratives, le document mentionne que le *texte consolidé informel* développe et complète ce qui est contenu dans l'AGCS. Entre autres exemples, il fait référence à l'article VI de l'AGCS, qui exige que chaque Membre, « dans les secteurs où des engagements spécifiques seront contractés [fasse] en sorte que toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services soient administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale ». Le *texte consolidé informel* contient une obligation similaire, mais élargit le champ d'application à « toutes les mesures d'application générale [visées par le présent cadre] » (Article 7.1). En outre, contrairement à l'AGCS, le CMFI comporte des obligations spécifiques liées à des procédures qui concernent directement les investisseurs d'un autre Membre (Article 7.2).

En ce qui concerne l'appel et l'examen, le document fait observer que l'article 17 du CMFI contient une obligation qui est largement similaire à celle figurant dans l'article VI:2(a) de l'AGCS, en vue de mettre en place « des tribunaux ou des procédures judiciaires, arbitraux ou administratifs qui permettront, à la demande d'un fournisseur de services affecté, de réviser dans les moindres délais les décisions administratives affectant le commerce des services et, dans le cas où cela sera justifié, de prendre des mesures correctives appropriées », mais qui s'appliquent aux décisions « concernant l'investissement ». L'article 17.2 ajoute des niveaux à cette obligation, exigeant que les parties à la procédure aient « une possibilité raisonnable de soutenir ou de défendre leurs positions respectives » et aient droit à « une décision fondée sur les éléments de preuve et les conclusions déposées ou... sur le dossier constitué par l'autorité administrative ». Il exige également que « les procédures d'appel et de révision soient menées de manière non discriminatoire ». Par rapport à l'AGCS, le document conclut que le CMFI va au-delà d'une

protection plus étendue de la partie faisant appel et demandant un examen des décisions administratives concernant l'investissement.

En ce qui concerne **la simplification et l'accélération des prescriptions administratives**, le document constate que dans le *texte consolidé informel* figurent diverses dispositions supplémentaires qui ne comportent pas d'obligations correspondantes au regard de l'AGCS, bien qu'elles aient été examinées dans le cadre du Groupe de travail sur la réglementation intérieure et de l'IDC sur la réglementation intérieure des services. Bon nombre de ces dispositions reflètent les obligations énoncées dans l'AFE (*texte consolidé informel*, articles 8, 9, 11, 12, 13, 14 et 15, qui sont détaillées dans le document). Il observe également que la section IV du *texte consolidé informel* contient plusieurs dispositions sur des questions telles que les bonnes pratiques réglementaires et la coopération internationale en matière de réglementation qui vont bien au-delà des obligations de l'AGCS et reflètent les développements récents dans les accords commerciaux régionaux. Ces dispositions peuvent être considérées comme «en supplément de l'AGCS».

**Flexibilités et exceptions.** L'analyse fait ressortir d'importantes différences entre l'AGCS et le *texte consolidé informel*. Dans l'AGCS, le traitement spécial et différencié est, en partie, bien illustré par la flexibilité dont disposent les Membres dans la négociation d'engagements spécifiques. Étant donné que l'AGCS suit une approche d'adhésion («ascendante»), cela signifie que les Membres disposent de la souplesse nécessaire leur permettant de prendre des engagements dans les secteurs et sous-secteurs de leur choix. De nombreux pays en développement et PMA Membres ont choisi de ne prendre que très peu d'engagements, voire aucun. Cela a eu pour effet de limiter leurs obligations de nature administrative (réglementation intérieure), car la plupart d'entre elles ne s'appliquent qu'aux mesures qui touchent aux secteurs des services à l'égard desquels les Membres ont pris des engagements spécifiques. Le document souligne le fait que le CMFI suit une approche différente puisque ses obligations, y compris en ce qui concerne les services, s'appliqueraient à tous les secteurs, et non seulement ceux dans lesquels les Membres de l'OMC ont pris des engagements spécifiques.

En ce qui concerne les **exceptions**, le document indique que, compte tenu du fait que la portée du CMFI et celle de l'AGCS se chevauchent en partie, il est important de veiller à présenter le moins d'incohérences possible dans ces domaines. Cela éviterait une situation dans laquelle une mesure pourrait être justifiée en vertu de l'AGCS, mais ne pas l'être en vertu du CMFI, diminuant ainsi les droits et les obligations des Membres en vertu de l'Accord de Marrakech.

**Admission temporaire des personnes exerçant des activités d'investissement.** Le document analyse les propositions faites par deux délégations et indique que, puisque ces propositions concernent l'entrée de personnes, elles font intervenir le Mode 4 de l'AGCS. La mesure dans laquelle ces dispositions interagiraient avec les obligations existantes des Membres à l'égard des obligations du Mode 4 ou viendraient s'ajouter à celles-ci dépendrait, pour la plupart des dispositions, de la mesure dans laquelle les Membres ont pris des obligations spécifiques au titre du Mode 4. Qui plus est, les deux propositions, et particulièrement l'une d'entre elles, contiennent également des dispositions qui vont au-delà de ce qui est actuellement exigé en vertu de l'AGCS. Par exemple, dans ce dernier, figure une longue liste d'exigences supplémentaires

auxquelles les Membres doivent se conformer lorsqu'ils traitent des demandes de visas d'affaires temporaires. Le document fait remarquer que, même en l'absence de dispositions spécifiques concernant l'entrée et le séjour temporaire d'hommes et femmes d'affaires, le CMFI s'appliquerait probablement encore aux mesures concernant l'entrée et le séjour temporaire d'hommes et femmes d'affaires.

**Transferts et subrogation.** Le document mentionne une proposition soumise par une délégation qui exigerait que les Membres «veillent à ce que tous les transferts relatifs aux investissements puissent être effectués librement dans ce pays Membre et hors de ce pays Membre sans délai». La proposition contient également une clause de subrogation exigeant que si un Membre effectue «un paiement à tout investisseur de ce pays Membre en vertu d'un contrat d'indemnisation, de garantie ou d'assurance relatif à un investissement de ce pays Membre dans un autre pays Membre», cet autre pays Membre devra alors reconnaître la subrogation. Le document fait observer que ces dispositions sont de nature très différente de celles qui exigent que les Membres publient des mesures concernant l'IDE, et qu'il n'y a pas d'exigences équivalentes en vertu des accords de l'OMC. Il indique également qu'elles imposeraient des exigences supplémentaires importantes aux Membres.

**IDC sur la réglementation intérieure des services.** Le document analyse l'IDC sur la réglementation intérieure des services, qui fait intervenir la négociation d'un document de référence, avec des disciplines contraignantes que les participants appliqueraient à leurs listes de services de l'AGCS, en tant qu'engagements nouveaux ou améliorés. Les participants transmettraient également les projets de listes indicatives qu'ils viseraient à terme à finaliser et à certifier. Entre-temps, le CMFI s'appliquerait aux mesures de l'IDE, y compris celles couvertes par la réglementation nationale au titre de l'article VI de l'AGCS. Toutefois, contrairement au *projet de document de référence sur la réglementation intérieure des services* (décembre 2019), le CMFI n'est pas limité aux secteurs dans lesquels les Membres ont pris des engagements spécifiques.

Fondée sur le projet de *document de référence* de décembre 2019, cette recherche fait ressortir un vaste chevauchement substantiel avec le CMFI. Cela comprend, par exemple, le chevauchement des procédures d'autorisation, le traitement des demandes incomplètes, le rejet des demandes, les droits et frais, l'indépendance des autorités compétentes, la publication et les informations disponibles dans les situations où une autorisation est exigée, les points de renseignements et la possibilité de formuler des commentaires. En ce qui concerne bon nombre de ces questions couvertes par les deux processus, les dispositions du projet de *document de référence* et du *texte consolidé informel* sont en grande partie semblables, et parfois identiques. Cependant, il existe également plusieurs différences : le texte consolidé informel contient des exigences qui vont au-delà du projet de document de référence, et le dernier cité contient des détails supplémentaires qui n'ont pas été inclus dans le *texte consolidé informel*. Le *texte consolidé informel* contient diverses dispositions qui ne figurent pas dans le *document de référence*, telles que des dispositions sur les notifications, la simplification et l'accélération des procédures et prescriptions administratives, l'établissement de types de mécanismes pour le point de contact/point de coordination/médiateur, ainsi que des dispositions visant à améliorer la coordination interne et la coopération

transfrontières pour la facilitation de l'investissement. Ces dispositions s'appliqueraient également aux mesures d'IDE couvertes par le projet de *document de référence*.

Le document stipule que, compte tenu du chevauchement important entre le projet de *document de référence* et le *texte consolidé informel*, les Membres concernés par l'un ou l'autre ou par les deux à la fois doivent être au courant des disciplines en cours de négociation dans l'autre et doivent en tenir compte pour éviter toute duplication, incongruité ou incohérence pure et simple. Cela est particulièrement important lorsque les disciplines convenues dans l'une sont contredites dans l'autre, y compris dans leurs implications pour la flexibilité des pays en développement et celle des PMA Membres.

Pour ce qui est des **autres accords de l'OMC**, le document note que ceux-ci s'appliqueraient également aux mesures d'investissement relevant du CMFI. Ces accords contiennent généralement des dispositions sur la transparence et la publication de renseignements. En ce qui concerne les mesures visées par les accords existants de l'OMC et qui relèvent également du CMFI, les Membres seraient assujettis à des obligations supplémentaires, par exemple dans le cas de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord MIC), l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord ADPIC). Outre ces accords, le CMFI pourrait également chevaucher l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS), l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC) et l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1994, dans des situations où les normes et les exigences ont une incidence sur l'investissement.

Le document fait observer que, d'un point de vue juridique, des questions se posent dans les situations où il existe une incompatibilité entre les dispositions du CMFI et les obligations existantes des Membres en vertu des accords de l'OMC. Bien que les domaines d'incohérence juridique potentielle ne soient pas nombreux, le fait que l'accent mis sur l'investissement dans le CMFI ne recoupe pas exactement la structure existante des accords de l'OMC crée une dynamique complexe du point de vue de la mise en œuvre. Cela signifie que, pour certains types d'engagements en matière de services et certains types de mesures couverts par l'AGCS, l'Accord MIC et l'Accord SMC, les Membres auraient des obligations de déclaration et de transparence plus strictes que d'autres. Cela obligerait les gouvernements à « fusionner » les obligations qui se chevauchent, par exemple, dans les domaines de la transparence ou de l'administration, afin de consolider les obligations découlant des accords respectifs.

À la fin de la partie 3, le document note que la perspective de voir les disciplines proposées pour le CMFI être à terme invoquées dans le cadre de contestations judiciaires est importante, tant dans le contexte du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (MRD) de l'OMC que dans celui des enseignements déjà tirés du monde de la gouvernance internationale des investissements. Si les accords de l'OMC sont rarement, voire jamais, invoqués dans les arbitrages entre investisseurs et États dans le cadre des AII, la perspective d'un nouvel accord consacré spécifiquement à la facilitation de l'investissement et potentiellement au sein de l'architecture même de l'OMC pourrait changer considérablement la situation à l'avenir. Cela est

particulièrement vrai compte tenu de la portée et des questions de définition soulevées, ainsi que de la structure de ces AII déjà en place. Ces questions sont analysées dans la partie 4.

Dans la **partie 4**, le document examine la relation entre les dispositions proposées dans le CMFI et le régime d'investissement international (qui comprend environ 2600 AII actuellement en vigueur). En s'appuyant sur cette analyse, il examine également les répercussions que cette relation pourrait avoir sur l'interprétation des obligations de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) fondées sur des traités, à partir d'exemples tirés de la jurisprudence liée à l'investissement pertinente à ce jour, ainsi que des dispositions communes des AII qui pourraient être utilisées pour faire entrer les engagements du CMFI dans l'arène de l'arbitrage entre investisseurs et États.

La partie 4 fait référence à la préoccupation exprimée par certains Membres de l'OMC quant à la possibilité de voir des questions de protection des investissements être abordées dans les discussions structurées pour le CMFI, que ce soit de façon explicite ou implicite. Elle note que cette préoccupation a été soulevée dans la Déclaration commune de 2017 qui a lancé ces discussions, et qu'elle est actuellement reflétée dans le *texte consolidé informel*, lequel précise que le «cadre ne couvrira pas les règles de protection des investissements ni le règlement des différends entre investisseurs et États». En ce qui concerne ces questions, elle renvoie également aux observations connexes qui ont été présentées à ce sujet.

Le document fait observer que, malgré le libellé actuel du CMFI, la relation et l'interaction entre le projet de CMFI et les AII demeurent floues. L'analyse révèle un chevauchement important de la portée et du champ d'application. La portée des AII est généralement et principalement définie par les termes «investisseur» et «investissement», qui définissent le champ d'application des personnes et des actifs ou entreprises protégés en vertu des AII. Le terme «investissement» est le plus souvent défini dans les traités relatifs à l'investissement comme signifiant «tout type d'actif» dans le pays hôte, bien que, récemment, certains États se soient éloignés d'une approche fondée sur l'actif pour adopter une définition fondée sur l'entreprise. Selon cette dernière approche, la définition de l'investissement se limite aux investissements directs ou aux investissements effectués par l'intermédiaire d'une entreprise établie localement.

L'analyse conclut également que toutes les options actuellement proposées dans le *texte consolidé informel* en termes de portée entraîneraient un chevauchement du champ d'application avec celui des AII. Bien qu'il y ait encore des incertitudes à ce sujet, le CMFI viserait moins l'IDE tout au long du cycle de vie d'un investissement et pourrait même aller plus loin pour englober les investissements de portefeuille. Le document mentionne qu'une question dont la clarification intéresse particulièrement les Membres de l'OMC est celle de savoir si les mécanismes d'application prévus dans les AII pourraient être utilisés pour faire appliquer de nouvelles disciplines sur la facilitation de l'investissement, même si ces disciplines sont adoptées dans le contexte de l'OMC et même si le projet de CMFI exclut explicitement les règles de protection des investissements et le RDIE.

Le document indique qu'on s'attend généralement à ce que les différends découlant des accords de l'OMC soient résolus en vertu du MRD de l'OMC. Toutefois, si un tribunal appelé à trancher les différends entre investisseurs et États est établi en vertu d'un AII pour se prononcer sur un manquement à une obligation de l'OMC (ou à une autre obligation commerciale), le tribunal examinera ce manquement au regard du traité d'investissement applicable sur lequel il se fondera pour déterminer sa compétence. La question sera alors de savoir comment la violation d'une obligation de l'OMC se rapporte à l'AII sous-jacent et comment l'application de l'AII sera affectée par l'obligation au titre de l'OMC.

Le document souligne qu'à leur grande majorité, les accords d'investissement portent sur la protection des investissements et des investisseurs. Entre autres obligations, ils obligent les États à indemniser les investisseurs en cas d'expropriation directe et indirecte, à traiter les investisseurs de manière juste et équitable, à ne pas traiter les investisseurs nationaux plus favorablement que les investisseurs étrangers, et à ne pas traiter certains investisseurs étrangers plus favorablement que d'autres. Une partie des AII comprend également des clauses «générales». Celles-ci stipulent que les États sont non seulement tenus de respecter les obligations du traité notamment en matière d'expropriation, de traitement juste et équitable (TJE) et de non-discrimination, mais qu'ils doivent également respecter d'autres engagements que le gouvernement a pris ailleurs.

Le document indique qu'en plus de ces normes de fond, presque tous les AII contiennent une clause prévoyant un droit privé d'action en justice pour le règlement des différends. La clause de RDIE permet aux investisseurs de contester les mesures prises par les États hôtes qui auraient enfreint des AII directement devant les tribunaux investisseur-État. L'inclusion des dispositions relatives au RDIE dans les AII rend particulièrement importante la compréhension de la relation entre le projet de CMFI et les AII, car de nouvelles disciplines sur la facilitation de l'investissement dans le contexte de l'OMC pourraient encore être examinées par un tribunal investisseur-État. Le document explique qu'un investisseur étranger pourrait décider de présenter une demande de RDIE en vertu d'un AII afin de contester une mesure gouvernementale au moyen de la clause générale, de la clause TJE et peut-être de la clause NPF, en alléguant une violation des disciplines du CMFI. Dans un tel cas, l'investisseur étranger pourrait demander une indemnisation pour le préjudice causé. L'indemnisation serait calculée au moment de la mesure, contrairement aux recours juridiques offerts en vertu de l'OMC ou d'accords commerciaux, qui visent la conformité et sont prospectifs, plutôt que de se focaliser sur la durée de la mise en place de mesures incohérentes.

Le document observe que, bien que le système de règlement des différends de l'OMC concerne les différends entre États et vise à amener les Membres à se conformer à leurs obligations, le RDIE est invoqué entre un acteur privé et un État et s'articule autour d'une compensation monétaire. Lorsque l'Organe de règlement des différends de l'OMC conclut qu'un Membre a enfreint les règles de l'OMC, ce Membre a la possibilité de mettre en conformité ces mesures incompatibles avec l'OMC dans un «délai raisonnable». Ce n'est qu'en l'absence de cette conformité que l'Organe de règlement des différends pourra autoriser le Membre plaignant à suspendre des concessions ou d'autres obligations, comme le prévoit le MRD. En revanche, si

une violation de l'AII est constatée dans le RDIE, les dommages-intérêts seront calculés avec les intérêts à compter du jour où la mesure en question a été prise, et les dommages-intérêts seront accordés en faveur des investisseurs, et non de l'État. Le document analyse en outre les implications potentielles des clauses générales, ainsi que celles des dispositions relatives au TJE et à la NPF dans les AII.

**Clause générale.** Le document explique que 43 % des AII contiennent des clauses qui étendent la portée du traité au-delà des droits et obligations qu'il énonce explicitement. Il analyse la jurisprudence relative à cette disposition et met en lumière les interprétations élargies faites par les tribunaux. En ce qui concerne **les clauses intégrales et les engagements pris à l'OMC**, le document note que, jusqu'à présent, les tribunaux investisseur-État ont abordé des questions relatives à la portée des clauses générales et à la façon dont elles se rapportent aux différents types de contrats auxquels l'État est partie, ainsi que les engagements pris en vertu de la législation nationale. Bien qu'il n'existe à ce jour aucune jurisprudence concluante sur la question de savoir si les engagements internationaux pris dans le cadre d'accords internationaux, y compris dans le cadre de l'OMC, peuvent être considérés comme relevant d'une clause générale, le libellé de nombreuses clauses et la tendance des tribunaux à interpréter les clauses au sens large indiquent que les clauses générales s'étendent aux engagements internationaux. Le document souligne que, selon la jurisprudence, les clauses générales peuvent viser les engagements contractuels, unilatéraux et autres que l'État hôte a pris à l'égard des investissements. Il n'est pas nécessaire de prendre ces engagements en ce qui concerne les investissements «spécifiques», mais seulement les investissements en général. Il observe également que les engagements pris par les Membres de l'OMC dans un nouveau cadre de facilitation de l'investissement répondraient très probablement à cette exigence puisque toutes les mesures couvertes concerneront l'investissement. À moins d'être explicitement exclue dans le TBI pertinent, une clause générale pourrait être interprétée comme devant s'étendre aux engagements pris à l'égard des investissements.

**Traitement juste et équitable (TJE).** Le document explique que, à l'exception de certains traités d'investissement et de certains chapitres sur l'investissement dans les accords de libre-échange, les AII exigent généralement que l'État hôte traite les investisseurs de la partie représentant l'État de façon «juste et équitable». Selon une base de données tenue à jour par la CNUCED, les dispositions relatives au TJE sont incluses dans près de 95 % de tous les traités internationaux sur l'investissement et constituent la norme la plus contestée en matière d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Par ailleurs, environ 83 % de tous les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités ont donné lieu à des réclamations basées sur une disposition relative au TJE. Le document conclut que de nouvelles disciplines du CMFI pourraient influencer de façon significative l'interprétation de la clause TJE par les tribunaux investisseur-État. Lorsqu'ils interprètent la norme TJE, les tribunaux investisseur-État vont probablement tenir compte des engagements que les États, en leur qualité de Membres de l'OMC, ont pris en vertu du CMFI afin de déterminer si l'État hôte a enfreint la norme TJE. Une violation d'un engagement du CMFI pourrait alors être considérée comme une violation de la clause TJE. Les engagements pris en vertu du CMFI pourraient également être perçus par les tribunaux investisseur-État comme créant pour l'investisseur des «attentes légitimes» qui, si



la conduite de l'État y faisait obstacle, constitueraient au regard de la norme TJE une violation passible d'indemnisation.

Sur la base d'une analyse de la jurisprudence, le document conclut que la norme TJE sans réserve, toujours présente dans la plupart des AII aujourd'hui, présenterait les risques les plus importants pour les États à cet égard. Entre-temps, les normes TJE qui ont incorporé une norme de traitement de droit international coutumier ou des clauses TJE suivant une approche de liste pourraient être moins susceptibles de constituer le fondement d'une violation de la clause TJE.

Certains traités précisent qu'une «violation d'un accord international distinct ne constitue pas une violation» de la clause TJE. Ce libellé a été ajouté au fil du temps précisément en réponse à des préoccupations de la part des parties au traité que la clause TJE ne soit utilisée pour contester les règles commerciales. Il n'a pas encore été déterminé si ce type de clarification permettra, dans la pratique, de protéger efficacement un État contre une éventuelle violation de la norme TJE en enfreignant le CMFI.

**Dispositions de la NPF.** Le document explique que le libellé des clauses de la NPF dans les chapitres sur les TBI et les investissements peut varier. Les anciens traités — qui sont encore majoritaires aujourd'hui — obligent généralement les parties contractantes à traiter les investissements des investisseurs de l'autre partie non moins favorablement que les investissements des investisseurs d'un État tiers. Certains traités énoncent explicitement les phases de l'investissement visé par les normes. Le plus souvent, les clauses se réfèrent au fonctionnement et à la gestion des investissements. Ces clauses sont appelées clauses NPF post-établissement. Certains traités et chapitres sur l'investissement vont au-delà des phases post-établissement pour inclure les phases d'«établissement» ou d'«expansion». Bien qu'ils soient encore minoritaires dans les traités sur l'investissement, la plupart des chapitres sur l'investissement des accords de libre-échange comportent un tel libellé pré-établissement, introduisant ainsi des éléments de libéralisation.

Le document fait également état des types d'exemptions ou de restrictions incluses dans les clauses NPF des AII, comme celles qui veillent à ce que les accords d'intégration régionale et les traités de double imposition ne soient pas visés par la clause NPF ou celles qui font référence à l'application d'exceptions générales. Il examine ensuite la jurisprudence des AII concernant la clause NPF, en notant les divers exemples dans lesquels la clause NPF permettait l'importation d'obligations et de droits compris dans d'autres AII. Le document met en exergue des cas récents de nouveaux AII tentant d'empêcher cette possibilité, tout en notant que pour l'essentiel, ce travail a porté sur l'importation de droits procéduraux plutôt que sur des droits de fond.

Bien que le document observe que les tribunaux investisseur-État n'ont pas, à ce jour, statué en faveur de l'intégration des droits et obligations de l'OMC par le biais de la disposition NPF dans les AII, il souligne également que cela est en grande partie imputable au fait que les accords de l'OMC et les AII portent sur des sujets différents, étant donné que la plupart des parties au TBI sont également Membres de l'OMC. L'analyse conclut qu'en principe, la clause NPF dans les AII pourrait permettre l'importation de normes de fond ou de procédure dans le cadre du

CMFI, d'autant plus qu'il y aurait un chevauchement important dans le champ d'application des domaines considérés. Toutefois, cela ne serait vraiment pertinent que si le CMFI n'était pas appliqué sur une base NPF à tous les Membres de l'OMC.

**La partie 5** présente ensuite un résumé des principaux points à retenir et des questions qui ont émergé de cette analyse.

# Table of Contents

|  |    |
|--|----|
| Partie 1. Facilitation de l'investissement : introduction et bref tour d'horizon.....  | 1  |
| 1.1 Évolution du travail de facilitation de l'investissement dans les forums internationaux.....   | 2  |
| 1.2 État d'avancement des discussions structurées de l'IDC sur la facilitation de l'investissement.....  | 6  |
| 1.3 Aperçu du texte consolidé informel d'avril 2020.....   | 8  |
| 1.3.1 Section I : portée et principes généraux.....  | 12 |
| 1.3.2 Section II : Transparence des mesures d'investissement.....  | 15 |
| 1.3.3 Section III : Simplification et accélération des procédures et prescriptions administratives.....  | 15 |
| 1.3.4 Section III bis : Admission temporaire des personnes exerçant des activités d'investissement / Facilitation du mouvement des hommes et femmes d'affaires à des fins d'investissement.....  | 17 |
| 1.3.5 Section III Ter : Transferts et subrogation.....   | 18 |
| 1.3.6 Section IV : Types de mécanismes pour le point de contact/point de coordination/médiateur, arrangements visant à améliorer la coordination interne et la coopération transfrontières pour la facilitation de l'investissement..... | 18 |
| 1.3.7 Section V : Traitement spécial et différencié pour les pays en développement et.....   | 19 |
| 1.3.8 Section VI : Questions transversales.....  | 20 |
| 1.3.9 Section VII : Modalités institutionnelles et dispositions finales.....   | 20 |
| Partie 2. Portée et champ d'application d'un éventuel cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement.....   | 22 |
| 2.1 Portée du CMFI en vertu de l'article 1.1.....  | 23 |
| 2.1.1 L'investissement direct étranger.....  | 23 |
| 2.1.2 Investissement « tout au long du cycle de vie des investissements ».....   | 26 |
| 2.1.3 Secteurs des services et secteurs non liés aux services.....   | 27 |
| 2.1.4 Facilitation de l'investissement.....  | 28 |
| 2.1.5 Mesures exclues.....   | 30 |
| 2.2 Portée du CMFI dérivée des dispositions de fond du CMFI.....   | 31 |
| 2.2.1 Implications pour la portée découlant de la clause NPF.....  | 32 |
| 2.2.2 Implications pour la portée découlant de l'absence d'une disposition de Traitement National.....   | 34 |

|   |    |
|---|----|
| Partie 3. La relation entre les engagements proposés du CMFI, l'architecture de l'OMC et les engagements existants contenus dans les Accords de l'OMC ..... | 35 |
| 3.1 Accords de l'OMC qui s'appliquent aux mesures d'investissement .....  | 35 |
| 3.1.1 Chevauchement de fond entre le CMFI et les Accords de l'OMC .....   | 39 |
| Partie 4. Le système des All et le CMFI proposé .....   | 53 |
| 4.1 Le CMFI proposé et le système des All : questions relatives à la portée .....   | 53 |
| 4.2 Les All : un aperçu .....   | 55 |
| 4.3 Clauses pertinentes aux All et interactions possibles avec le CMFI .....  | 57 |
| 4.3.1 Clauses générales .....   | 57 |
| 4.3.2 Le TJE.....   | 62 |
| 4.3.3 Dispositions NPF dans les All .....   | 70 |
| 4.3.4 le CMFI et le système d'investissement international à l'étude .....  | 74 |
| Partie 5. Conclusion.....   | 76 |

## Acronyms and Abbreviations

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Accord ADPIC</b> | Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce |
| <b>Accord MIC</b>   | Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce             |
| <b>Accord OTC</b>   | Accord sur les obstacles techniques au commerce  |
| <b>Accord SMC</b>   | Accord sur les subventions et les mesures compensatoires                               |
| <b>Accord SPS</b>   | Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires                     |
| <b>AFE</b>          | Accord sur la facilitation des échanges  |
| <b>AGCS</b>         | Accord général sur le commerce des services  |
| <b>All</b>          | Accords internationaux d'investissement  |
| <b>AMP</b>          | Accord sur les marchés publics   |
| <b>ATI</b>          | Accord sur les technologies de l'information   |
| <b>CM</b>           | Conférence ministérielle (OMC)   |
| <b>CMFI</b>         | Cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement                            |
| <b>CNUCED</b>       | Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement                       |
| <b>CNUDCI</b>       | Commission des Nations Unies pour le droit commercial international                    |
| <b>GATT</b>         | Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce                                 |
| <b>IDC</b>          | Initiative de déclaration conjointe  |
| <b>IDE</b>          | Investissement direct étranger   |
| <b>MPME</b>         | Micro-, petites et moyennes entreprises  |
| <b>MRD</b>          | Mémorandum d'accord sur le règlement des différends                                    |
| <b>NPF</b>          | Nation la plus favorisée   |
| <b>OCDE</b>         | Organisation de coopération et de développement économiques                            |
| <b>OMC</b>          | Organisation mondiale du commerce  |
| <b>PMA</b>          | Pays les moins avancés   |
| <b>RDIE</b>         | Règlement des différends entre investisseurs et États                                  |
| <b>RSE</b>          | Responsabilité sociale des entreprises   |

|            |                                   |
|------------|-----------------------------------|
| <b>TBI</b> | Traité bilatéral d'investissement |
| <b>TJE</b> | Traitement juste et équitable     |
| <b>TN</b>  | Traitement national               |

# Partie 1. Facilitation de l'investissement : introduction et bref tour d'horizon

La question de la facilitation de l'investissement a pris une place importante dans l'agenda économique mondial au cours des dernières années, suscitant des discussions dans un certain nombre de forums. Les activités menées dans le cadre de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et du G20 en sont des exemples. Depuis la fin 2017, cette discussion a pris de l'ampleur avec le lancement d'une initiative pour un projet de cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement (CMFI) au sein d'un groupe de Membres de l'OMC. Cette initiative a, à son tour, suscité des questions sur la façon dont un tel cadre interagirait avec les accords de l'OMC et sur ses liens avec d'autres domaines de la gouvernance internationale de l'investissement.

Dans le contexte de l'OMC, le processus menant à cette initiative a commencé au début de 2017, avec l'organisation d'un premier atelier informel sur la facilitation de l'investissement par cinq Membres de l'OMC, appelés groupe MIKTA<sup>6</sup>. Des ateliers informels ultérieurs ont été organisés cette année-là par les Amis de la facilitation de l'investissement pour le développement<sup>7</sup>. Lors de la onzième Conférence ministérielle (CM11) de l'OMC organisée à Buenos Aires, en Argentine, en décembre 2017, 70 Membres de l'OMC ont adopté une Initiative de déclaration conjointe (IDC) sur la facilitation de l'investissement pour le développement, dans laquelle ils ont annoncé des plans de « discussions structurées » visant à élaborer un cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement (WT/MIN[1]/59).

Au cours des deux dernières années, les Membres de l'OMC participant à l'IDC<sup>8</sup> ont pris part à ces « discussions structurées », qui ont mené à l'élaboration : a) d'un recueil d'exemples sous forme de texte, contenant des éléments de facilitation de l'investissement qui pourraient être inclus dans un éventuel CMFI (INF/IFD/RD/5/Rev.3) ; (b) d'un document de travail, s'appuyant sur le recueil et axé sur les domaines de convergence émergeant de ces discussions (INF/IFD/RD/39) ; (c) d'un texte simplifié, basé sur le document de travail et visant à « aider les Membres à développer davantage les éléments et les dispositions spécifiques » d'un CMFI (INF/IFD/

---

<sup>6</sup> Ce partenariat informel comprend le Mexique, l'Indonésie, la Corée, la Turquie et l'Australie.

<sup>7</sup> Les Membres initiaux de ce groupe comprenaient l'Argentine, le Brésil, le Chili, la Chine, la Colombie, Hong Kong, la Chine, le Kazakhstan, la Corée, le Mexique, le Nigeria et le Pakistan. Le nombre de Membres du groupe a depuis augmenté. Les Membres des Amis de la facilitation de l'investissement pour le développement ont également coparrainé un atelier à Abuja, au Nigeria, en novembre 2017.

<sup>8</sup> On pourra trouver un compte rendu détaillé de ce processus dans Baliño, S., Brauch, M.D., & Jose, R. (2020). *Facilitation de l'investissement : historique et évolution récente des discussions structurées*. Institut international du développement durable et CUTS International. <https://www.iisd.org/system/files/publications/facilitation-%20investissements.pdf>

RD/45)<sup>9</sup>; enfin, d) d'un *texte consolidé informel*, distribué aux Membres fin avril 2020 et préparé à partir du *texte simplifié* et des propositions des Membres (INF/IFD/RD/50)<sup>10</sup>.

Les discussions structurées ont suscité un éventail de questions chez les participants, les Membres de l'OMC au sens large ainsi qu'à l'extérieur de l'organisation. Certaines questions spécifiques se rapportent à des questions liées au texte actuel, telles que la portée et le champ d'application d'un éventuel CMFI, sa relation potentielle avec les dispositions contenues dans les accords de l'OMC et les perspectives de complémentarité ou d'incohérence, ainsi qu'à la manière dont le CMFI interagirait avec le vaste réseau d'accords internationaux d'investissement (AII) existants. D'autre part, certains pays en développement ont également soulevé des questions concernant la mesure dans laquelle un CMFI pourrait contribuer à la réalisation de leurs Objectifs de développement durable.

Le présent document aborde certaines des questions ci-dessus et vise à faciliter une meilleure compréhension de certaines questions techniques à l'étude dans les discussions structurées. Il est organisé comme suit : la partie introductive place la question de la facilitation de l'investissement dans un contexte plus large, avec une brève référence aux considérations de développement durable<sup>11</sup>. Cette partie fournit également des informations sur les développements récents dans les discussions structurées, ainsi qu'un aperçu du *texte consolidé informel*. La partie 2 explore la portée et le champ d'application d'un CMFI potentiel. La partie 3 analyse la relation entre les nouveaux engagements pris dans le cadre du CMFI et les engagements existants figurant dans les accords de l'OMC, en mettant particulièrement l'accent sur l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)<sup>12</sup>. La partie 4 porte sur la relation entre les dispositions du CMFI et le régime d'investissement international, y compris l'application possible des disciplines du CMFI par le biais d'un arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Le document présente ensuite de brèves conclusions dans la partie 5, récapitulant les principaux points à retenir et les questions qui se sont dégagées de cette analyse.

## 1.1 Évolution du travail de facilitation de l'investissement dans les forums internationaux

Avant le lancement des discussions structurées, les travaux sur la facilitation de l'investissement au niveau international ont été menés par des organisations internationales telles que la CNUCED et l'OCDE, ainsi que par le biais de plateformes politiques internationales telles

---

<sup>9</sup> Selon un résumé des discussions (INF/IFD/R/1), ce texte a été présenté aux participants lors de la réunion d'organisation tenue le 27 février 2020, au cours de laquelle ils ont approuvé la méthodologie de travail pour la phase de négociation des discussions. Ce dernier texte figure dans le document INF/IFD/W/16. Un calendrier des réunions pour la période de janvier à mai 2020 (figurant dans le document INF/IFD/W/15/Rev.1) a également été approuvé par les participants.

<sup>10</sup> Ces documents ont été distribués par le coordonnateur des discussions structurées sous sa responsabilité.

<sup>11</sup> Le document fournit une brève description des points de vue partagés sur ce sujet.

<sup>12</sup> Voir le texte de l'AGCS ici : [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/serv\\_f/gatsintr\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/gatsintr_f.htm)



que le G20. En 2015, l'OCDE a publié sa version mise à jour du Cadre stratégique pour l'investissement, qui fournit des orientations quant à l'amélioration de 12 domaines liés à la politique d'investissement, dans le but d'améliorer « l'environnement propice à l'investissement d'un pays »<sup>13</sup>. En 2016, la CNUCED a présenté son Menu d'action globale pour la facilitation des investissements, qui contient 10 « lignes d'action » que les pays peuvent envisager, qu'ils peuvent « mettre en œuvre unilatéralement » et qui peuvent également servir dans leurs négociations dans le cadre des AII et de leur travail avec d'autres partenaires. Ce document considère que la facilitation de l'investissement est « cruciale pour le développement durable et la croissance inclusive » et souligne également que « toute initiative de facilitation de l'investissement ne peut être considérée isolément de l'ensemble du programme d'investissement pour le développement »<sup>14</sup>. Dans le contexte du G20, les Membres ont approuvé les Principes directeurs du G20 relatifs à l'élaboration de la politique mondiale d'investissement en 2016. Ces principes « sont étroitement alignés sur le Cadre stratégique pour l'investissement [PFI en anglais] et soulignent, entre autres, le rôle clé joué par la facilitation de l'investissement », bien qu'ils n'aient pas été mentionnés dans les déclarations ultérieures du G20 ou d'autres documents du G20, à l'exception d'un récent communiqué publié en mai 2020 par les ministres du Commerce et de l'Investissement en réponse à la crise de la COVID-19<sup>15,16</sup>.

En 2018, un document d'orientation de l'OCDE<sup>17</sup> a exploré trois « options » pour une approche multilatérale de la facilitation de l'investissement. Selon le niveau d'ambition et la volonté politique, les options possibles allaient de l'adoption volontaire par les États hôtes<sup>18</sup> de « principes nationaux et actions pour la facilitation de l'investissement » à l'adoption de « principes, politiques et actions au niveau mondial » par les États hôtes qui pourraient être complétés par des engagements supplémentaires des pays d'origine « et éventuellement d'autres parties (p. ex., le secteur privé, la société civile) ». Ce document d'orientation suggérait également « des éléments potentiels d'un cadre international pour la facilitation de l'investissement ».

Depuis le lancement de l'IDC sur la facilitation de l'investissement, les Membres de l'OMC concernés ont souligné que la transparence et la prévisibilité des mesures d'investissement sont au cœur de tout cadre de facilitation de l'investissement<sup>19</sup>. Certains d'entre eux ont également

---

<sup>13</sup> CNUCED, 2016, p. 4 (n. 2). Voir aussi Baliño et al., 2020 (n. 8).

<sup>14</sup> CNUCED, 2016, p. 4 (n. 2).

<sup>15</sup> CNUCED, 2018, (n. 3).

<sup>16</sup> G20. (14 mai 2020). *Réunion ministérielle du commerce et de l'investissement du G20 : déclaration ministérielle*. [https://g20.org/en/media/Documents/G20SS\\_Statement\\_G20%20Second%20Trade%20&%20Investment%20Ministerial%20Meeting\\_EN.pdf](https://g20.org/en/media/Documents/G20SS_Statement_G20%20Second%20Trade%20&%20Investment%20Ministerial%20Meeting_EN.pdf)

<sup>17</sup> CNUCED, 2018 (n° 3).

<sup>18</sup> D'une façon « persuasive », comme dans les principes de l'OCDE, ou « coercitive » sous la forme d'un accord sous l'égide de l'OMC, dans le cadre duquel chaque pays hôte s'engagerait à les mettre en place, moyennant un certain degré de flexibilité.

<sup>19</sup> OMC. (17 octobre 2019). *Discussions structurées sur la facilitation de l'investissement pour le développement, réunion du 17 octobre 2019. Résumé des discussions par le Coordonnateur (INF/IFD/R/7)*. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/INF/IFD/R7.pdf>

souligné « l'importance d'un cadre de facilitation de l'investissement pour aider les pays en développement, et en particulier les pays les moins avancés [PMA] Membres, à mettre en place le cadre institutionnel et réglementaire approprié permettant d'attirer et accroître les investissements »<sup>20</sup>.

Comme expliqué ci-dessous, le *texte consolidé informel* d'avril 2020 contient des propositions de disciplines en vertu desquelles les Membres de l'OMC s'engageraient à améliorer le climat d'investissement pour les investissements entrants au moyen d'une série de réformes administratives. La dimension « développement » est actuellement abordée principalement par des dispositions sur le traitement spécial et différencié, dans le cadre desquelles les pays en développement et les PMA Membres seraient en mesure de notifier les réformes administratives qu'ils peuvent mettre en œuvre à l'entrée en vigueur du CMFI et qui nécessiteraient des périodes de transition et éventuellement un soutien au renforcement des capacités ainsi qu'une assistance technique. Cette approche s'inspire de celle utilisée dans l'Accord sur la facilitation des échanges (AFE) de l'OMC<sup>21</sup>.

Il y est expliqué que le texte ne contient aucune obligation pour les États d'origine de faciliter l'investissement extérieur en soutenant et en encourageant l'investissement dans les pays en développement Membres ou les PMA. La dimension de développement durable est mentionnée dans le préambule ainsi que dans une disposition relative à la responsabilité sociale des entreprises (RSE), qui aurait pour effet d'inciter les Membres de l'OMC à intégrer volontairement les pratiques de RSE<sup>22</sup>. Selon un rapport de synthèse des discussions tenues en novembre 2019<sup>23</sup>, les Membres « ont réitéré que les dispositions relatives à la RSE et à la lutte contre la corruption ne devraient pas créer d'obligation pour les investisseurs, étant donné que le cadre s'applique entre les États. Par conséquent, les dispositions "d'effort maximal" et le libellé fondé sur la flexibilité seraient les mieux adaptés à de telles dispositions ».

Certains experts et certains pays en développement Membres ont soulevé des préoccupations quant à l'accent mis dans les discussions sur les efforts visant à réformer les processus administratifs nationaux pour faciliter l'investissement étranger, sans inclure de moyens concrets de faire progresser les investissements en faveur du développement durable conformément aux objectifs de l'État hôte. Dans ce contexte, certains experts ont exploré des moyens d'inclure des mesures visant à faciliter les flux d'investissements de meilleure qualité. La création d'une catégorie d'« Investisseur durable autorisé »<sup>24</sup>, qui s'inspirerait de la disposition sur les

---

<sup>20</sup> OMC. (25 novembre 2019) *Discussions structurées sur la facilitation de l'investissement pour le développement, réunion du 25 novembre 2019. Résumé des discussions par le Coordonnateur (INF/IFD/R/9)*. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/INF/IFD/R9.pdf>

<sup>21</sup> Voir le texte de l'AFE ici : [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/tfa-nov14\\_f.htm](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/tfa-nov14_f.htm)

<sup>22</sup> Les détails sur la RSE sont abordés dans les parties ultérieures du présent document.

<sup>23</sup> OMC, 2019, INF/IFD/R/9 (n° 19).

<sup>24</sup> Gabor, E. et Sauvart, K. P. (15 juillet 2019). *Incentivizing sustainable FDI: The Authorized Sustainable Investor* (Columbia FDI Perspectives n° 256). Columbia Center on Sustainable Investment Development. <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/10/No-256-Gabor-and-Sauvart-FINAL.pdf>

Opérateurs économiques autorisés de l'AFE de l'OMC, constituerait un exemple de mesures de ce genre. Cette catégorie offrirait des avantages supplémentaires en matière de facilitation de l'investissement aux investisseurs qui répondent à des critères précis. Une autre piste de recherche a identifié les « caractéristiques de durabilité » établies par les États hôtes qui cherchent à attirer et à retenir les investissements directs étrangers (IDE). En se fondant sur l'analyse de 150 instruments, cette recherche classe ces « caractéristiques de durabilité » de l'IDE en deux groupes : « commun » et « commun émergent »<sup>25</sup>.

Actuellement, les considérations relatives aux priorités spécifiques de l'État hôte, telles qu'elles sont définies dans les caractéristiques de durabilité de l'IDE, ne sont pas incluses dans les dispositions de fond du *texte consolidé informel*, à l'exception d'une disposition portant sur la lutte contre la corruption, qui est considérée comme une « caractéristique émergente », ainsi que sur la RSE, comme mentionné ci-dessus. Cette dernière contient une référence à des instruments tels que le Pacte mondial des Nations Unies, la Déclaration de principes tripartite de l'Organisation internationale du Travail sur les entreprises multinationales et la politique sociale, ainsi que les Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales<sup>26</sup>. Bien que le *texte consolidé informel* comporte en préambule un libellé sur « l'importance de l'investissement dans la promotion du développement durable, de la croissance économique, de la réduction de la pauvreté, de la création d'emplois, de l'expansion de la capacité de production et du commerce », aucune référence particulière n'est faite dans le texte aux considérations relatives à l'égalité des sexes et à l'inclusion sociale (GESI en anglais).

Les questions de genre sont considérées comme une « caractéristique de durabilité émergente » dans les instruments liés à l'investissement et ont pris de l'importance dans d'autres discussions liées à l'OMC, notamment par l'établissement d'un point focal Genre à l'OMC et par la Déclaration conjointe sur le commerce et l'autonomisation économique des femmes publiée par un groupe de 118 Membres et observateurs de l'OMC à la CM11<sup>27</sup>. La déclaration souligne, entre autres aspects, « le rôle clé que les politiques sensibles au genre peuvent jouer dans la réalisation d'un développement socioéconomique durable ». À cet égard, des recherches récentes soulignent que « bien que les effets de l'IDE sur le développement fassent l'objet de débats, la documentation sur l'IDE et le développement économique est généralement indifférente aux questions de genre »<sup>28</sup>. Cette recherche mentionne également qu'il existe un corpus de littérature « modeste, mais croissant » traitant des dimensions de genre de l'IDE, visant à mieux comprendre les impacts différenciés selon le genre des politiques et modèles économiques. Même si ces questions n'ont pas été abordées dans les discussions structurées, les développements se

---

<sup>25</sup> Une liste détaillée des « caractéristiques communes » et des « caractéristiques émergentes » se trouve à l'adresse : <http://ccsi.columbia.edu/files/2020/02/KPS-and-Howard-Mann-Making-FDI-more-sustainable-Towards-an-indicative-list-of-FDI-sustainability.pdf>

<sup>26</sup> Une proposition soumise par une délégation fait également référence aux Principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme.

<sup>27</sup> [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/mc11\\_e/genderdeclarationmc11\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/genderdeclarationmc11_e.pdf)

<sup>28</sup> Braunstein, E. (2019). Foreign direct investment and development from a gender perspective (Ch. 10). Dans J. Michie (Ed.), *The handbook of globalisation* (3rd ed.) (pp. 178–187). Edward Elgar Publishing.

dégageant de ce domaine pourraient contribuer à identifier des questions pouvant éventuellement donner lieu à une analyse plus approfondie.

## 1.2 État d'avancement des discussions structurées de l'IDC sur la facilitation de l'investissement

Comme cela a été mentionné dans l'introduction, depuis le début 2018, les Membres de l'OMC qui participent à l'IDC ont engagé des « discussions structurées », comme l'exige l'IDC. Au cours de sa première année, le groupe s'est principalement focalisé sur l'identification des éléments de base ou constitutifs qui pourraient être le fondement d'un CMFI. Les commentaires des Membres ont été regroupés dans une « liste de contrôle des questions possibles », préparée par le coordonnateur des discussions structurées.

Début 2019, le groupe est passé à la phase des discussions « fondée sur des exemples ». Les Membres sont encouragés à soumettre des exemples concrets fondés sur des textes ainsi que des suggestions sur la façon d'étoffer davantage les éléments fondamentaux. Au total, 40 communications écrites ont été présentées, avec des exemples tirés de l'expérience des Membres concernant les dispositions relatives aux investissements, les chapitres sur les services et sur la réglementation intérieure des accords commerciaux régionaux, les mesures prises à l'échelle nationale en vue de faciliter l'investissement, ainsi que les accords existants de l'OMC, notamment l'AFE de l'organisation. Quelques exemples ont également été présentés par le coordonnateur, sous sa propre responsabilité. Le coordonnateur a regroupé ces exemples dans un recueil<sup>29</sup>, que les Membres participants ont considéré comme une base utile pour identifier les domaines de convergence, facilitant ainsi les efforts visant à faire avancer les discussions vers une orientation plus axée sur les résultats<sup>30</sup>. Au deuxième semestre 2019, les participants ont examiné un document de travail préparé et diffusé en juillet de la même année, comme cela est mentionné dans la partie introductive du présent document<sup>31</sup>. Le document est basé sur le recueil d'exemples fondés sur le texte et vise à recueillir les contributions faites à ce jour dans un « cadre cohérent », de telle sorte qu'à l'avenir, les Membres puissent évaluer les exemples présentant un intérêt commun et convergent et ceux pouvant nécessiter un examen plus approfondi, et qu'ils puissent contribuer à évaluer les implications potentielles des divers éléments<sup>32</sup>. Au cours de la réunion de bilan, il a été convenu que le coordonnateur préparerait un *texte simplifié*, en

---

<sup>29</sup> OMC. (2019). *Discussions structurées de l'OMC sur la facilitation de l'investissement pour le développement. Recueil d'exemples fondés sur le texte – Révision* (INF/IFD/RD/5/Rev.2). [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?CatalogueIdList=255867](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?CatalogueIdList=255867)

<sup>30</sup> OMC. (2019). *Discussions structurées de l'OMC sur la facilitation de l'investissement pour le développement. Réunion tenue le 18 juillet 2019. Bilan et prochaines étapes – Résumé des discussions par le Coordonnateur* (INF/IFD/R/5). [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?CatalogueIdList=255867](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?CatalogueIdList=255867)

<sup>31</sup> L'analyse détaillée de cette situation se trouve dans Baliño et al., 2020 (n° 8).

<sup>32</sup> (2019, INF/IFD/R/5)(n°Z 28).

s'appuyant sur le *document de travail*. Le groupe a également convenu de passer à un « mode de négociation » à compter de mars 2020<sup>33</sup>.

Ce texte simplifié a été distribué en janvier 2020, conservant la même structure que le document de travail de juillet (soit sept sections plus un préambule). Bien que le document de travail fournisse des « alternatives » pour certains éléments, le *texte simplifié* signale les « options de libellés » entre crochets. Le texte contenait également des crochets pour indiquer les dispositions sur lesquelles d'autres discussions étaient nécessaires, ainsi que « les dispositions qui pourraient devoir être élaborées à l'avenir ».

Après la diffusion du texte simplifié, les participants ont tenu une réunion d'organisation le 27 février 2020<sup>34</sup>. Selon le résumé des discussions<sup>35</sup>, le coordonnateur a présenté le texte, ainsi que la méthodologie de travail et le calendrier des réunions<sup>36</sup>, à la veille de la douzième Conférence ministérielle (CM12), prévue à l'époque pour juin 2020 à Nur-Sultan, au Kazakhstan. Chaque réunion de fond devait donner aux Membres participants l'occasion d'examiner tous les éléments du *texte simplifié*, ainsi que les autres propositions de texte. Certains sujets que certains Membres s'attendaient à aborder au cours de ces réunions comprenaient la portée et le champ d'application du CMFI, ainsi que son « architecture juridique », en particulier la relation entre ses dispositions et engagements potentiels dans le cadre des accords de l'OMC, ainsi que des obligations en vertu des AII.

En raison de la crise de la COVID-19, les réunions de fond prévues pour mars et avril, ainsi que la réunion de Nur-Sultan, ont été annulées. Comme les Membres étaient dans l'attente d'une reprise des réunions, le coordonnateur a fait circuler un *texte consolidé informel*, tel que mentionné ci-dessus, et a suggéré de tenir des réunions virtuelles en juin et juillet (la première ayant eu lieu le 5 juin 2020). Au moment de la rédaction du présent document, des rapports indiquaient qu'une date probable pour la CM12 pourrait être en juin 2021, mais cela est toujours en attente de la décision du Conseil général et de l'évolution de la pandémie.

---

<sup>33</sup> OMC. (2019). *Discussions structurées de l'OMC sur la facilitation de l'investissement pour le développement. Réunion tenue le 12 décembre 2019. Résumé des discussions par le Coordonnateur* (INF/IFD/R/10). [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=260850,260575,260600,259659,259660,259472,259063,259060,258904,258408&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=False&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=260850,260575,260600,259659,259660,259472,259063,259060,258904,258408&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=False&HasSpanishRecord=True)

<sup>34</sup> Au moment de cette réunion, le nombre de signataires était de 100.

<sup>35</sup> OMC. (9 mars 2020). *Discussions structurées de l'OMC sur la facilitation de l'investissement pour le développement. Réunion tenue le 27 février 2020. Résumé des discussions par le Coordonnateur* (INF/IFD/R/11). [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=261943&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=261943&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True)

<sup>36</sup> OMC. (2020). *Discussions structurées de l'OMC sur la facilitation de l'investissement pour le développement. Calendrier proposé des réunions – de janvier à mai 2020 – Révision* (INF/IFD/W/15/Rev.1). [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=261092,260923,260929,260850,260575,260600,259659,259660,259472,259063&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=261092,260923,260929,260850,260575,260600,259659,259660,259472,259063&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True)

**Tableau 1.** Évolution de l'IDC sur la facilitation de l'investissement

|                                   | <b>Objectif principal</b>   | <b>Document clé</b>   |
|-----------------------------------|---|---|
| <b>13 décembre 2017</b>           | Lancement de l'IDC sur la facilitation de l'investissement à la CM11  | Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement |
| <b>2018</b>                       | Identification des composantes/ éléments constitutifs qui pourraient constituer la base d'un cadre multilatéral   | Liste de contrôle des questions   |
| <b>Janvier - juillet 2019</b>     | Phase fondée sur des exemples – Discussion sur des exemples fondés sur le texte montrant comment la liste de contrôle des éléments pourrait être élaborée | Recueil d'exemples fondés sur le texte  |
| <b>Août - décembre 2019</b>       | Préparation et discussion d'un document avec des « alternatives » de texte<br>Identification des domaines de convergence possibles                        | <i>Document de travail</i>  |
| <b>Mars - mai 2020 (suspendu)</b> | Mode de négociation fondé sur le <i>texte simplifié</i> , ainsi que sur d'autres soumissions  | <i>Texte simplifié</i> (janvier 2020) ; <i>texte consolidé</i> (avril 2020)                       |

### 1.3 Aperçu du texte consolidé informel d'avril 2020

Le *texte consolidé informel* d'avril 2020<sup>37</sup> est fondé sur le *texte simplifié* du 17 janvier 2020<sup>38</sup>. Il vise à faciliter le travail entre les Membres dans la phase de négociation des discussions structurées, dans laquelle les Membres visent à développer davantage les éléments et les dispositions spécifiques d'un cadre multilatéral. Le texte est un document restreint réservé aux Membres de l'OMC. L'analyse exposée dans le présent document est fondée sur la version du *texte consolidé informel* à la disposition des auteurs, ainsi que sur les informations disponibles à la mi-mai 2020.

Dans le *texte consolidé informel*, le coordonnateur a conservé la structure du texte simplifié. Les propositions récentes ont été ajoutées en caractères bleus<sup>39</sup> sous chaque section ou disposition pertinente entre crochets. Les nouvelles sections III bis et III ter ont été ajoutées entre crochets,

<sup>37</sup> OMC. (2020). *Discussions structurées de l'OMC sur la facilitation de l'investissement pour le développement. Texte consolidé informel.* (INF/IFD/RD/50).

<sup>38</sup> OMC. (2020). *Discussions structurées de l'OMC sur la facilitation de l'investissement pour le développement. Texte simplifié.* (INF/IFD/RD/45).

<sup>39</sup> Dans le présent document, ces propositions sont appelées « une proposition d'une délégation », « une proposition ».

comme expliqué ci-dessous. Le *texte consolidé informel* indique que « l'ensemble du document se trouve entre crochets » pour refléter le fait qu'il ne préjuge pas « de la position ou de l'opinion d'une délégation sur les questions en cours de négociation ». Le présent document est basé sur cette remarque générale. Pour en faciliter la lecture, notre document n'inclut pas de crochets dans nos citations du texte.

Le *texte consolidé informel* est organisé en neuf sections, comme suit : I. Portée et principes généraux ; II. Transparence des mesures d'investissement ; III. Simplification et accélération des procédures et prescriptions administratives ; [III bis. Admission temporaire des personnes exerçant des activités d'investissement / Facilitation du mouvement des hommes et femmes d'affaires à des fins d'investissement] ; [III ter. Transferts et subrogation] ; IV. Types de mécanismes pour le point de contact/point de coordination/médiateur, arrangements visant à améliorer la coordination interne et la coopération transfrontières pour la facilitation de l'investissement ; V. Traitement spécial et différencié pour les pays en développement et les pays les moins avancés Membres ; VI. Questions transversales ; VII. Modalités institutionnelles et dispositions finales.

**Tableau 2.** Structure du texte consolidé informel

|                    |   |
|--------------------|---|
| <b>Préambule</b>   |   |
| <b>Section I</b>   | <b>Portée et principes généraux</b>   |
| Article 1          | Portée  |
| Article 2          | NPF   |
| <b>Section II</b>  | <b>Transparence des mesures concernant les investissements</b>  |
| Article 3          | Publication et disponibilité des mesures et informations [y compris par voie électronique]                  |
| Article 4          | Notification à l'OMC  |
| Article 5          | Points d'information  |
| Article 6          | Exceptions spécifiques applicables aux exigences en matière de transparence                                 |
| <b>Section III</b> | <b>Simplification et accélération des procédures et prescriptions administratives</b>                       |
| Article 7          | Administration des mesures de manière cohérente, raisonnable, objective et impartiale                       |
| Article 8          | Réduction et simplification des procédures administratives et des prescriptions en matière de documentation |
| Article 9          | Critères clairs pour les procédures administratives   |
| Article 10         | Procédures d'autorisation   |
| Article 11         | Traitement des demandes incomplètes et rejet de ces demandes  |

|  |   |
|--|---|
| Article 12   | Droits et frais   |
| Article 13   | Examen périodique des procédures et prescriptions administratives   |
| Article 14   | Utilisation des TIC/E-gouvernement, y compris les applications électroniques  |
| Article 15   | Types de mécanismes de guichet unique   |
| Article 16   | Indépendance des autorités compétentes  |
| Article 17   | Appel et examen   |
| <b>[Section III bis</b>  | <b>Admission temporaire des personnes exerçant des activités d'investissement / Facilitation du mouvement des hommes et femmes d'affaires à des fins d'investissement]</b>  |
| [Admission temporaire des personnes exerçant des activités d'investissement] |   |
| <b>[Section III ter</b>  | <b>Transferts et subrogation]</b>   |
| [Transferts]   |   |
| [Subrogation]  |   |
| <b>Section IV</b>  | <b>Types de mécanismes pour le point de contact/point de coordination/médiateur, arrangements visant à améliorer la coordination interne et la coopération transfrontières pour la facilitation de l'investissement</b> |
| Article 18   | Types de mécanismes pour le point de contact/point de coordination/médiateur  |
| Article 19   | Cohérence réglementaire intérieure  |
| Article 20   | Coopération transfrontière sur la facilitation de l'investissement  |
| <b>Section V</b>   | <b>Traitement spécial et différencié pour les pays en développement et les pays les moins avancés Membres</b>   |
| Article 21   | Principes généraux  |
| Article 22   | Mise en œuvre   |
| Article 23   | Notification des dates de mise en œuvre des catégories B et C   |
| Article 24   | Délai de grâce pour l'application du mémorandum d'accord sur le règlement des différends  |
| Article 25   | Assistance technique et renforcement des capacités  |



|                    |  |
|--------------------|--|
| <b>Section VI</b>  | <b>Questions transversales</b>                             |
| Article 26         | Responsabilité sociale des entreprises                     |
| Article 27         | Mesures de lutte contre la corruption                      |
| <b>Section VII</b> | <b>Modalités institutionnelles et dispositions finales</b> |
| Article 28         | Comité de l'OMC sur la facilitation de l'investissement    |
| Article 29         | Exceptions générales                                       |
| Article 30         | Exceptions de sécurité                                     |
| Article 31         | Règlement des différends                                   |
| Article 32         | Dispositions finales                                       |

Les paragraphes ci-dessous présentent un aperçu de chaque section du *texte consolidé informel*. Certains de ces projets de dispositions et de propositions sont analysés et approfondis dans les parties 2, 3 et 4 du présent document.

Le texte du **préambule** est entièrement entre crochets et est semblable à celui du **texte simplifié**. Il contient également de nouvelles propositions sur les objectifs de ce cadre. Une proposition soumise par une délégation indique que « le but du présent cadre est d'assurer [la] facilitation des procédures visant à accroître les flux d'investissements directs entre les Membres en créant un meilleur environnement pour la conduite des affaires sur le territoire de chaque Membre ». Une autre proposition indique que le but est de « créer un meilleur climat d'investissement entre » les Membres, et par la présente, ils « établissent les dispositions nécessaires pour faciliter l'investissement direct étranger ». Le préambule contient également deux formulations sur la RSE entre crochets (supplémentaires). Dans la première formulation, les Membres reconnaissent « l'importance de la bonne gouvernance d'entreprise et de la responsabilité sociale des entreprises pour le développement durable » et affirment « leur objectif d'encourager les entreprises à respecter et à adhérer à des lignes directrices et à des principes reconnus à l'échelle internationale à cet égard, comme le Pacte mondial des Nations Unies. » Dans la deuxième formulation, les Membres reconnaissent « l'importance des principes et des normes volontaires de responsabilité sociale des entreprises pour les investisseurs ».

### 1.3.1 Section I : portée et principes généraux

Cette section contient deux dispositions : **Article 1** (Portée) et **Article 2** (traitement NPF).

**Article 1** (Portée). Cette disposition inclut la formulation dans le *texte simplifié*, tout en notant les propositions introduites sous ce point depuis la diffusion de ce texte, qui reflète différentes approches de la portée.

De même que pour le *texte simplifié*, l'**article 1.1** contient une proposition visant à ce que le cadre s'applique aux : « mesures adoptées ou maintenues par les Membres pour faciliter les investissements directs étrangers [...] sur l'ensemble du cycle de vie des investissements [y compris l'admission, l'établissement, l'acquisition et l'expansion des investissements] dans les secteurs des services et non liés aux services. » Une note de bas de page indique que le cadre « ne s'applique pas aux investissements de portefeuille ».

Depuis la diffusion du texte simplifié, trois propositions sur la portée ont été présentées, de la manière suivante :

- Une proposition de « cadre » à appliquer « aux mesures concernant l'investissement étranger direct adoptées ou maintenues par les Membres, y compris l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements ».
- Une proposition pour que l'« accord » s'applique aux « mesures, adoptées ou maintenues par les Membres, ayant une incidence sur l'établissement et l'exploitation d'investissements directs étrangers ». « Les mesures prises par les Membres comprennent celles d'application générale et sectorielle ayant une incidence sur les investisseurs étrangers et leurs investissements. »
- Une proposition de cadre à appliquer « à l'administration par un Membre de mesures ayant une incidence sur l'autorisation d'activités d'investissement sur son territoire d'un investisseur d'un autre Membre ».

L'**article 1.2** prévoit que le cadre « ne s'appliquera pas » aux marchés publics, aux concessions publiques (sous certaines conditions), à l'accès aux marchés et au droit d'établissement.

Trois propositions ont été soumises sur les sujets suivants :

- Une proposition exclut « l'accès aux marchés, y compris la décision [d'une autorité compétente d'un Membre] d'approuver ou de refuser une demande d'investissement étranger ».
- Une proposition stipule que « rien dans le présent cadre ne doit être interprété comme conférant des droits d'accès aux marchés et d'établissement ».
- Une proposition exclut « les subventions ou les aides accordées par un Membre, y compris les prêts, les garanties et les assurances financés par le gouvernement ».

L'**article 1.3** prévoit que le cadre « ne vise pas » les règles de protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États. Cette disposition contient un espace réservé aux discussions sur les « exclusions particulières de secteurs ou d'activités spécifiques ». L'article contient également un espace réservé aux « définitions de travail possibles », comme « investissement direct étranger », « investissement », « investisseur », « autorisation » et « mesure ».

Deux propositions ont été présentées pour indiquer que :

- « Afin de lever toute incertitude, il est entendu que ce cadre ne crée ni ne modifie les engagements existants en matière de libéralisation des *investissements*, ni ne crée ni ne modifie les règles existantes en matière de protection des *investissements* ou de règlement des différends entre investisseurs et États » (italiques ajoutés).
- « Afin de lever toute incertitude, il est entendu que ce cadre ne crée ni ne modifie les engagements existants en matière de libéralisation des *investissements*, ni ne crée ni ne modifie les règles existantes en matière de protection des *investissements internationaux* ou de règlement des différends entre investisseurs et États » (italiques ajoutés).

L'**article 1.4** prévoit que les obligations du Membre au titre du cadre « s'appliquent aux mesures adoptées ou maintenues par (a) les administrations et autorités centrales, régionales ou locales, (b) les organismes non gouvernementaux dans l'exercice des pouvoirs délégués par les administrations ou autorités centrales, régionales ou locales ». Une proposition a été présentée pour remplacer « l'exercice des pouvoirs » par « l'exercice de l'autorité gouvernementale ».

En vertu de l'**article 1.5**, chaque Membre prendra des mesures pour assurer le respect des obligations découlant du cadre par les collectivités et autorités régionales et locales ainsi que par les organismes non gouvernementaux sur son territoire. Cette disposition comporte des espaces réservés aux exclusions spécifiques de secteurs ou d'activités spécifiques, ainsi qu'aux « définitions de travail possibles » entre crochets.

En ce qui concerne les **exclusions spécifiques de secteurs ou d'activités spécifiques**, une proposition stipule que le cadre « est sans préjudice des termes, des limitations, les conditions et qualifications énoncées dans la liste des engagements spécifiques de chaque partie, dans la liste des exemptions NPF au titre de l'AGCS pour les activités d'investissement dans les secteurs des services, et dans la liste des réserves de chaque Membre spécifiées à l'Annexe XX du présent Cadre pour les activités d'investissement dans les services non liés aux secteurs ».

En ce qui concerne les **définitions de travail possibles**, qui sont toutes entre crochets, le texte prévoit que, aux fins du présent cadre, investissement signifie IDE, à savoir qu'il est défini comme étant « la propriété de 10 % des actions ordinaires ou des actions avec droit de vote, considérée comme le critère servant à déterminer l'existence d'une relation d'investissement direct ».

- Une proposition contient une définition de l'investissement **fondée sur l'actif** : « tout type d'actif détenu ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur »<sup>40</sup>.
- Une autre proposition contient une définition **fondée sur l'entreprise** : « investissement » désigne une entreprise, une succursale d'une entreprise ou un bureau de représentation ».

En ce qui concerne une définition possible du terme « **investisseur** », le texte inclut ce qui suit : « Investisseur : désigne une personne physique ou une [personne morale]<sup>41</sup> d'un Membre, qui *tente de faire, effectuer ou a fait un IDE sur le territoire d'un autre Membre* » (italiques ajoutés). Le texte contient des espaces réservés aux définitions d'« autorisation » et de « mesure ».

Les répercussions potentielles de certaines de ces propositions sont analysées dans les parties 2 et 3 du présent document.

L'**article 2** (NPF) prévoit que, « en ce qui concerne toute mesure couverte par le présent cadre, chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux investissements et aux investisseurs de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux investissements similaires et aux investisseurs de tout autre pays. » Il prévoit néanmoins une exception au traitement NPF permettant à tout Membre de conférer ou octroyer « des avantages aux investisseurs de tout autre Membre et à leurs investissements dans le cadre d'une zone de libre-échange, d'une union douanière, d'un marché commun ou d'une union économique ». Comme mentionné ci-dessous, l'**article 32.3** contient un texte entre crochets relatif à la disposition NPF, comme suit : [La disposition NPF du paragraphe 2.1 du présent cadre ne s'applique pas au traitement accordé par un Membre dans le cadre d'un accord bilatéral ou plurilatéral en vigueur ou signé avant le [XX].] Les implications potentielles du principe de la NPF sont analysées en détail dans les parties 2.2.1 et 4.1.2.3.

---

<sup>40</sup> En vertu de cette proposition, cela comprend : « (i) une entreprise et une succursale d'une entreprise ; (ii) des actions, des parts ou d'autres formes de participation au capital d'une entreprise, y compris les droits qui en découlent ; (iii) les obligations, les obligations non garanties, les prêts et autres formes de dettes, y compris les droits qui en découlent ; (iv) les droits découlant de contrats, y compris les contrats clés en main, de construction, de gestion, de production ou de partage des recettes ; (v) les créances pécuniaires et sur toute exécution d'un contrat ayant une valeur financière ; (vi) les droits de propriété intellectuelle, y compris les droits d'auteur et les droits qui s'y rattachent ; les droits de brevet et les droits relatifs aux modèles d'utilité, aux marques de commerce, aux dessins et modèles industriels, aux schémas de configuration de circuits intégrés, aux nouvelles variétés de végétaux, aux désignations commerciales, aux indications de source ou aux indications géographiques et aux informations non divulguées ; (vii) les droits conférés en vertu de lois, de règlements ou de contrats, tels que les concessions, les licences, les autorisations et les permis, y compris ceux relatifs à l'exploration et à l'exploitation des ressources naturelles ; enfin, (viii) tout autre bien tangible ou intangible, meuble ou immeuble, et tous droits de propriété connexes, comme les baux, les hypothèques, les privilèges et les nantissements. » Cette proposition précise également : « Un investissement comprend les montants produits par des investissements, notamment les bénéfices, les intérêts, les plus-values, les dividendes, les redevances et les commissions. Un changement dans la forme dans laquelle les actifs sont investis n'affecte pas leur caractère d'investissement. »

<sup>41</sup> Voir à titre de référence la définition de « personne morale » donnée dans l'article XXVIII(1) de l'AGCS.

### 1.3.2 Section II : Transparence des mesures d'investissement

Cette section comprend des dispositions sur la « publication et la disponibilité des mesures et des informations » [y compris par voie électronique] (**Article 3**), la notification à l'OMC (**Article 4**), les points d'information (**Article 5**) et les exceptions spécifiques applicables aux exigences de transparence (**Article 6**). Bien que certaines des obligations proposées dans cette section fassent référence aux engagements « d'effort maximal », l'**article 3.1** contient une disposition contraignante concernant la publication et la disponibilité des mesures. La **portée** de ces mesures demeure entre crochets et comprend ce qui suit : « [lois, règlements, procédures, décisions judiciaires et décisions administratives d'application générale] [mesures d'application générale] [qui concernent ou affectent le fonctionnement de ce cadre] [visées par le présent cadre]. » Le terme « mesures » comprend une note de bas de page faisant référence à la définition de mesure donnée dans l'article XXVIII(a) de l'AGCS<sup>42</sup>.

- Une proposition soumise par une délégation prévoit la publication de « toutes les mesures d'application générale pertinentes relatives à toute question visée par le présent accord ».
- Une autre proposition comprend l'obligation pour les Membres de publier l'information par voie électronique et, dans la mesure du possible, par l'intermédiaire d'un portail unique.

### 1.3.3 Section III : Simplification et accélération des procédures et prescriptions administratives

La présente section comprend des dispositions portant sur un large éventail de sujets, énoncé comme suit : « l'administration des mesures de manière cohérente, raisonnable, objective et impartiale » (**Article 7**), « la réduction et la simplification des procédures administratives et des prescriptions en matière de documentation » (**Article 8**), « des critères clairs pour les procédures administratives » (**Article 9**), « les procédures d'autorisation » (**Article 10**), « le traitement des demandes incomplètes et rejetées » (**Article 11**), « les droits et frais » (**Article 12**), « l'examen périodique des procédures et exigences administratives » (**Article 13**), « l'utilisation des TIC et de l'administration en ligne, y compris les applications électroniques » (**Article 14**), « le guichet unique ou les mécanismes de type guichet unique » (**Article 15**), « l'indépendance des autorités compétentes » (**Article 16**) et « l'appel et la révision » (**Article 17**).

L'**article 7.1** prévoit l'obligation pour chaque Membre d'assurer l'administration des mesures « de manière raisonnable, objective et impartiale ». La portée des mesures visées par cette disposition comporte deux libellés différents : « mesures d'application générale » et « mesures visées

---

<sup>42</sup> Le texte de cet article se présente ainsi : « mesure » s'entend de toute mesure prise par un Membre, que ce soit sous la forme d'une loi, d'un règlement, d'une règle, d'une procédure, d'une décision, d'une mesure administrative ou sous toute autre forme. » De plus amples détails sont disponibles sur la page de l'article XXVIII de l'Index analytique de l'OMC. [https://www.wto.org/french/res\\_f/publications\\_f/ai17\\_f/ai17\\_f.htm](https://www.wto.org/french/res_f/publications_f/ai17_f/ai17_f.htm)

par ce cadre». De semblables libellés se retrouvent à l'**article 7.2**, qui porte sur les procédures administratives.

Sur la base de l'**article 8.3**, «si un Membre exige une autorisation d'investir sur son territoire, il veillera [conformément à son système juridique] à ce que les procédures d'autorisation qu'il adopte ou maintient [ne constituent pas des obstacles à la capacité d'investir] [ne compliquent pas ou ne retardent pas indûment l'investissement].» La disposition contient une note de bas de page indiquant que la disposition doit être envisagée dans le cadre de l'article 1.1 (Portée), «qui stipule que ce cadre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par les Membres tout au long du cycle de vie de l'investissement».

L'**article 9**, intitulé «Critères clairs pour les procédures administratives» contient des propositions qui traitent des conditions à remplir par un Membre s'il établit des critères pour investir sur son territoire. L'**article 9.1** prévoit que chaque Membre «peut établir des critères pour investir sur son territoire», tandis que l'**article 9.2** établit les paramètres de ces critères (qui «doivent être clairs, transparents, objectifs et publiés au préalable»), ainsi que pour l'évaluation d'une demande d'investissement<sup>43</sup>. Bien que la présente section fasse référence aux «critères relatifs aux procédures administratives», l'**article 9.3** contient une disposition entre crochets qui définit les critères auxquels un Membre doit satisfaire pour garantir que «les mesures d'application générale visées par [...] (le) [...] cadre [...] ne viennent pas compliquer ni retarder indûment les investissements.» Chaque Membre veillera à ce que les critères «soient fondés sur des critères objectifs et transparents, tels que la compétence et l'aptitude à exercer l'activité [et qu'ils soient pertinents pour le [secteur d'investissement/activité] auquel ils s'appliquent]» (italiques originaux)<sup>44</sup>.

En vertu de l'**article 17**, chaque Membre «établira ou maintiendra des tribunaux ou des procédures judiciaires, quasi judiciaires ou administratives, qui prévoient [à la demande d'un investisseur concerné] «l'examen rapide des décisions administratives ayant une incidence sur l'investissement et, le cas échéant, les recours appropriés à cet égard...»

---

<sup>43</sup> Cette disposition contient un texte entre crochets stipulant que «l'évaluation d'une demande fondée sur ces critères ou la conclusion à laquelle sont parvenues les autorités compétentes concernées au sujet de la demande n'est pas assujettie au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC».

<sup>44</sup> Le texte de juillet 2019 contenait deux alternatives pour l'article 9.1 : Alternative 1 sur «[les mesures relatives aux exigences et procédures de qualification, aux normes techniques et aux exigences et procédures de délivrance de permis]» et Alternative 2 sur «les critères d'admission, d'établissement, d'acquisition et d'expansion des investissements dans les secteurs des services et les secteurs non liés aux services». Certains éléments des deux alternatives ont été fusionnés dans l'article 9.3.

### **1.3.4 Section III bis : Admission temporaire des personnes exerçant des activités d'investissement / Facilitation du mouvement des hommes et femmes d'affaires à des fins d'investissement**

Cette section entre crochets contient une proposition d'une délégation sur l'« admission temporaire des personnes exerçant des activités d'investissement » et d'une autre délégation sur la « facilitation du mouvement des hommes et femmes d'affaires à des fins d'investissement ».

#### **ADMISSION TEMPORAIRE DES PERSONNES EXERÇANT DES ACTIVITÉS D'INVESTISSEMENT**

Sur la base de cette proposition, la disposition « s'applique aux mesures qui ont une incidence sur l'admission temporaire d'un investisseur d'un Membre exerçant des activités d'investissement » (sic). La disposition stipule également que « Chaque Membre traitera rapidement la demande d'admission temporaire en vertu de cette disposition dans un délai raisonnable, y compris l'application d'une prolongation de celle-ci » (sic). La proposition contient les définitions des termes « personne exerçant des activités d'investissement », « admission temporaire » et « formalités d'immigration »<sup>45</sup>.

#### **FACILITATION DU MOUVEMENT DES HOMMES ET FEMMES D'AFFAIRES À DES FINS D'INVESTISSEMENT**

Sur la base de cette proposition, « (c)ette Section s'applique aux mesures concernant l'entrée et le séjour temporaire des hommes et femmes d'affaires d'un Membre qui exerce ou cherche à exercer des activités d'investissement sur le territoire d'un autre Membre ». En vertu de cette disposition,

Les Membres reconnaissent l'importance du déplacement temporaire des hommes et femmes d'affaires à des fins d'investissement pour faciliter les activités d'investissement, et ils veillent à ce que toutes les mesures d'application générale concernant l'entrée et le séjour temporaire des hommes et femmes d'affaires à des fins d'investissement soient administrées de manière raisonnable, objective et impartiale.

La proposition prévoit l'obligation pour les Membres de publier par voie électronique « les renseignements disponibles sur les exigences et les procédures d'entrée et de séjour temporaire, y compris les formulaires et les documents pertinents ». Elle décrit également les exigences pour les Membres concernant, entre autres, le traitement des demandes, la délivrance de visas pour entrées multiples lorsque l'entrée et le séjour temporaire ont été accordés, et la « possibilité de demander le renouvellement ou la prolongation de l'autorisation de séjour temporaire ».

---

<sup>45</sup> Selon cette proposition, « (i) personne exerçant des activités d'investissement signifie : a. une personne physique qui a la nationalité d'un Membre ; b. un résident permanent d'un Membre qui, avant la date d'entrée en vigueur du présent cadre, a notifié, conformément à l'article XXVIII(k)(ii)(2) de l'AGCS, que ce Membre accorde sensiblement le même traitement à ses résidents permanents qu'à ses ressortissants, qui sont responsables de l'établissement, du développement ou de l'administration d'un investissement pour lequel un montant substantiel de capital a été ou sera engagé par la personne exerçant des activités d'investissement à titre de supervision ou d'exécution, ou implique des compétences essentielles » (sic).

Les implications juridiques potentielles de ces deux propositions sont analysées à la partie 3.1.1.1 du présent document.

### 1.3.5 Section III Ter : Transferts et subrogation

Cette section entre crochets contient une nouvelle proposition d'une délégation sur les transferts et la subrogation.

#### TRANSFERTS

Sur la base de cette proposition, « Chaque Membre veillera à ce que tous les transferts<sup>46</sup> relatifs aux investissements à destination de ce Membre provenant d'un investisseur d'autres Membres puissent être effectués librement à destination et en provenance de ce Membre sans délai. »

La proposition prévoit l'obligation pour chaque Membre de « veiller à ce que de tels transferts puissent être effectués sans délai dans des monnaies librement utilisables au taux de change du marché en vigueur à la date du transfert ».

#### SUBROGATION

Cette proposition prévoit la subrogation de tout droit ou réclamation « (i) si un Membre ou son organisme désigné effectue un paiement à un investisseur de ce Membre en vertu d'un contrat d'indemnisation, de garantie ou d'assurance, relatif à un investissement de cet investisseur dans un autre Membre... » La disposition sur les transferts « s'applique *mutatis mutandis* au transfert de ce paiement ».

### 1.3.6 Section IV : Types de mécanismes pour le point de contact/ point de coordination/médiateur, arrangements visant à améliorer la coordination interne et la coopération transfrontières pour la facilitation de l'investissement

Cette section contient des dispositions sur les types de mécanismes pour le point de contact/point de coordination/médiateur (**Article 18**), la cohérence réglementaire nationale (**Article 19**) et la coopération transfrontière en matière de facilitation de l'investissement (**Article 20**).

L'article 18 énonce les responsabilités du point de contact/point de coordination ou du « mécanisme approprié », y compris le texte entre crochets concernant la facilitation du « règlement des griefs » visant à prévenir les différends. L'**article 19** contient une définition

---

<sup>46</sup> Selon la proposition, « (d) e tels transferts comprennent, en particulier, mais non exclusivement : a. le capital initial et les montants supplémentaires pour maintenir ou augmenter les investissements ; b. les bénéfices, intérêts, plus-values, dividendes, redevances, droits et autres revenus courants provenant d'investissements ; c. les paiements effectués en vertu d'un contrat, y compris les paiements de prêts liés à des investissements ; d. le produit de la vente totale ou partielle ou de la liquidation d'investissements ; e. les gains et la rémunération du personnel des autres Membres exerçant des activités liées à des investissements dans ce Membre. »



de la cohérence réglementaire<sup>47</sup> et prévoit des situations dans lesquelles un Membre « peut encourager les autorités compétentes pertinentes [...] à réaliser des études d'impact réglementaire lors de l'élaboration de mesures [réglementaires] visées qui dépassent un seuil d'impact économique[...] ». Une proposition d'une délégation encourage chaque Membre « à procéder à [...] une évaluation d'impact des principales mesures réglementaires entrant dans le champ d'application du présent Accord qu'il prépare ». En vertu de cette proposition, l'autorité de réglementation du Membre peut « prendre en considération l'impact potentiel du projet de règlement sur les micro, petites et moyennes entreprises (MPME) ».

### **1.3.7 Section V : Traitement spécial et différencié pour les pays en développement et**

#### **LES PAYS LES MOINS AVANCÉS MEMBRES**

Cette section contient des dispositions sur les principes généraux (**Article 21**), la mise en œuvre (**Article 22**) et l'assistance technique et le renforcement des capacités (**Article 25**) en ce qui concerne le traitement spécial et différencié. Elle contient des espaces réservés aux dispositions relatives à la notification des dates de mise en œuvre des catégories B et C (**Article 23**) et à un délai de grâce pour l'application du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (**Article 24**).

L'**article 21** stipule que « (l')aide et le soutien au renforcement des capacités devraient être fournis pour aider les pays en développement et les pays les moins avancés Membres à mettre en œuvre les dispositions de ce cadre, conformément à leur nature et à leur portée ». Il ajoute que « l'étendue et le calendrier de mise en œuvre des dispositions du présent cadre seront liés aux capacités de mise en œuvre des pays en développement et des pays les moins avancés Membres ».

L'**article 22** contient un mécanisme de mise en œuvre pour les pays en développement de l'OMC et les PMA Membres. Le cadre établit trois catégories de dispositions et n'envisage plus la possibilité d'une période de transition de [trois] ans après l'entrée en vigueur des dispositions, comme proposé à l'article 23.3 (Alternative 1) du *document de travail* de juillet 2019. Il adopte plutôt la même approche de « catégorie » utilisée dans l'AFE de l'OMC, dans lequel les catégories A, B et C font référence aux mesures qu'un pays en développement ou un pays PMA Membre déclare pouvoir appliquer à l'entrée en vigueur du cadre, aux mesures qui nécessiteront une période de transition, ainsi qu'aux mesures qui nécessiteront une période de transition, une assistance technique et un soutien au renforcement des capacités.

---

<sup>47</sup> L'**article 19.1** indique ce qui suit : « Aux fins du présent cadre, la cohérence réglementaire désigne l'utilisation de bonnes pratiques réglementaires dans le processus de planification, de conception, d'adoption, de mise en œuvre et d'examen des mesures réglementaires afin de faciliter l'atteinte des objectifs stratégiques et dans le but de renforcer la coopération en matière de réglementation en vue d'atteindre ces objectifs et de promouvoir le commerce et les investissements internationaux, la croissance économique et l'emploi. »

### 1.3.8 Section VI : Questions transversales

Cette section contient deux dispositions : l'**article 26** sur la responsabilité sociale des entreprises (RSE) et l'**article 27** sur les mesures de lutte contre la corruption. Le texte actuel ne contient plus de disposition distincte sur les MPME, qui figurait dans le document de travail de juillet 2019<sup>48</sup>. Comme il a été mentionné précédemment, une proposition d'une délégation fait référence aux MPME à la section IV.

L'**article 26.1** contient un texte entre crochets concernant la nature de l'engagement à prendre par chaque Membre (obligatoire ou volontaire) et l'objectif des pratiques de RSE, comme suit : « ... chaque Membre [doit] encourager les entreprises exerçant leur activité sur son territoire ou relevant de sa juridiction à incorporer volontairement dans leurs politiques internes des pratiques de responsabilité sociale des entreprises, [qui sont bénéfiques pour l'environnement et qui contribuent au développement durable dans sa dimension économique, environnementale et sociale] [afin de renforcer la cohérence entre les objectifs économiques, sociaux et environnementaux]. » En vertu de l'**article 26.2**, « chaque Membre doit tenir compte des instruments pertinents convenus à l'échelle internationale qui ont été approuvés ou qui sont appuyés par ce Membre... »<sup>49</sup>.

Deux propositions différentes font référence à l'importance pour les entreprises]/[les investisseurs « de mettre en œuvre une diligence raisonnable afin d'identifier et de traiter les retombées négatives [...] dans leurs opérations, leurs chaînes d'approvisionnement et leurs autres relations d'affaires [...] » Sur la base de ces propositions, les Membres « encouragent l'adoption » par les entreprises et les investisseurs « de la responsabilité sociale des entreprises ou de pratiques commerciales responsables ».

### 1.3.9 Section VII : Modalités institutionnelles et dispositions finales

Cette dernière section établit un Comité de l'OMC sur la facilitation de l'investissement (**Article 28**) et a placé entre crochets le texte afin que le Comité « explore et examine la possibilité d'établir un mécanisme de facilitation de l'investissement », vraisemblablement dans la lignée du Mécanisme de facilitation des échanges établi pour appuyer la mise en œuvre de l'AFE par les pays en développement et les PMA Membres. La section comporte des espaces réservés aux

---

<sup>48</sup> Selon un rapport de synthèse des discussions (INF/IFD/R/9), « de nombreux Membres participants » étaient d'avis qu'il n'était pas nécessaire de prévoir une telle disposition distincte et que « les éléments contenus dans le document de travail [...] étaient pertinents pour les entreprises en général, quelle que soit leur taille » et que certains pourraient être incorporés dans d'autres sections. Le rapport note que « d'autres délégations étaient d'avis que l'inclusion d'éléments spécifiques sur les MPME dans un contexte multilatéral pourrait nécessiter un examen plus approfondi. Certains Membres ont demandé qu'il soit tenu compte des discussions menées dans le cadre de l'initiative conjointe sur les MPME » (OMC, 2019, INF/IFD/R/9 [n. 19]).

<sup>49</sup> À titre indicatif, l'article 26.2 fait référence au Pacte mondial des Nations Unies, à la Déclaration de principes tripartite de l'Organisation internationale du Travail sur les entreprises multinationales et la politique sociale, ainsi qu'aux Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales.

dispositions relatives aux exceptions générales (**Article 29**), aux exceptions relatives à la sécurité (**Article 30**) et au règlement des différends (**Article 31**).

L'**article 32** (Dispositions finales) a placé entre crochets un texte concernant la mise en œuvre du cadre à compter de la date de son entrée en vigueur (sauf indication contraire dans le cas des pays en développement Membres et des PMA Membres). Il contient également un texte entre crochets sur ce qui suit, signalant de nouvelles discussions à propos des dispositions suivantes :

**32.2** [Aucune disposition de ce cadre ne sera interprétée comme diminuant les droits et obligations des Membres au titre de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC.]

**32.3** [La disposition NPF du paragraphe 2.1 du présent cadre ne s'applique pas au traitement accordé par un Membre dans le cadre d'un accord bilatéral ou plurilatéral en vigueur ou signé avant le [XX]].

**32.4** [Aucune disposition de ce cadre ne sera interprétée comme modifiant ou affectant les droits ou obligations d'un Membre au titre d'accords bilatéraux ou plurilatéraux visant [les IDE] [les investissements]].

La compréhension de la nature évolutive de ces dispositions est importante en soi, surtout dans la mesure où les participants à l'IDC se préparent à passer de discussions structurées à des négociations une fois que les restrictions relatives au coronavirus seront levées. La partie précédente du présent document a tenté de fournir un aperçu détaillé de l'état actuel des choses, y compris par rapport à l'analyse effectuée dans le cadre de ce projet des textes antérieurs du CMFI. Elle a également cherché à déterminer, dans la mesure du possible, quels accords ou cadres pourraient avoir inspiré ces dispositions.

Au fur et à mesure que les discussions sur le CMFI progressent, une question récurrente a été celle de la portée potentielle d'un tel accord, ce qui influe à son tour sur l'application des diverses dispositions énumérées dans la partie précédente du présent document. Elle a également des implications sur la façon dont un tel cadre s'intégrera aux règles actuelles de l'OMC, là où il existe un risque de chevauchement. La partie 2 du présent document se penche sur ces considérations, d'abord en énonçant le sujet de façon plus générale, ensuite en se penchant sur les accords pertinents de l'OMC sur les services, les obstacles techniques au commerce, les droits de propriété intellectuelle, les mesures sanitaires et phytosanitaires et le commerce des marchandises. Le niveau d'attention accordé à chacun de ces accords et leur interaction possible avec le CMFI dépend de la mesure dans laquelle chaque accord se rapporte ou pourrait se rapporter à l'investissement et aux investisseurs.

## Partie 2. Portée et champ d'application d'un éventuel cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement

Dans la Déclaration ministérielle conjointe mentionnée dans l'introduction, les Membres de l'OMC coparrainant l'initiative ont déclaré que les discussions structurées devraient « chercher à clarifier la relation et l'interaction du cadre avec les dispositions existantes de l'OMC »<sup>50</sup>. Alors que les discussions sur le projet de CMFI passent à une phase de négociation, plusieurs Membres considèrent que cette question est essentielle, surtout si le CMFI est introduit à l'OMC à un stade ultérieur. Dans un premier temps, il convient de comprendre la portée du CMFI : quels types de mesures relèveraient de sa compétence et quels types de mesures en seraient exclus. La deuxième étape consiste à analyser, en ce qui concerne les mesures visées à la fois par les accords de l'OMC et le CMFI, les dispositions de fond pertinentes et leurs interactions.

En ce qui concerne certaines dispositions, les conclusions indiquent un chevauchement substantiel entre les obligations au titre du CMFI et les obligations existantes au titre des accords de l'OMC et/ou des négociations en cours sur l'IDC sur la réglementation intérieure des services. En particulier, nous constatons un chevauchement important entre certaines dispositions relatives à la publication et à la transparence du CMFI et de l'AGCS. Par ailleurs, de substantielles redondances existent entre le CMFI et l'IDC quant à la réglementation intérieure des services. Pour un nombre important d'autres dispositions, nous constatons que les obligations du CMFI vont au-delà de ce à quoi les Membres se sont engagés en vertu des accords existants de l'OMC.

En théorie, rien de tout cela ne devrait être préoccupant, tant que le CMFI ne crée pas d'obligations conflictuelles ou contradictoires vis-à-vis des accords existants de l'OMC. Comme nous l'expliquons ci-dessous, cela pourrait être le cas en ce qui concerne la question des exceptions NPF en vertu de l'AGCS/du CMFI et celle des dispositions de traitement spécial et différencié proposées en vertu du CMFI et de l'IDC quant à la réglementation intérieure des services.

Toutefois, dans la pratique, des obligations non conflictuelles qui se chevauchent et qui sont formulées différemment, ou des obligations du CMFI qui vont au-delà des obligations énoncées dans les accords existants de l'OMC, pourraient créer des difficultés de mise en œuvre, étant donné que cette situation exigerait des Membres qu'ils procèdent à une comparaison complexe, disposition par disposition, afin d'établir l'univers des obligations applicables à différentes mesures. En tout état de cause, cela pourrait être inévitable, en raison du chevauchement imparfait de la portée des accords visés par le CMFI et de ceux visés par l'OMC. Comparativement à l'AFE, il s'agit d'une entreprise très différente et beaucoup plus complexe.

---

<sup>50</sup> OMC, 2017, WT/MIN(17)/59 (n° 1).

La partie 2 du présent document analyse la portée du *texte consolidé informel*. Plus précisément, l'analyse de la portée comporte deux parties : la première partie porte sur l'interprétation des termes clés de la définition de travail de la portée du CMFI prévue à l'article 1.1. du *texte consolidé informel*. La deuxième partie porte sur les types de mesures qui relèveront de la compétence du CMFI, telles qu'elles découlent des dispositions de fond.

## 2.1 Portée du CMFI en vertu de l'article 1.1

L'article 1.1 du *texte consolidé informel* définit le champ d'application du CMFI. Il prévoit notamment que :

[c]e cadre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par les Membres pour faciliter les investissements directs étrangers sur l'ensemble du cycle de vie des investissements [, y compris l'admission, l'établissement, l'acquisition et l'expansion des investissements] dans les secteurs des services et les secteurs non liés aux services.

Une note de bas de page concernant le terme « investissement direct étranger » précise que le cadre ne s'applique pas aux investissements de portefeuille. Par ailleurs, le CMFI exclut explicitement du champ d'application les marchés publics, les concessions publiques, l'accès aux marchés et le droit d'établissement.

Il y a plusieurs termes énoncés dans la portée du CMFI qui nécessitent une interprétation afin de comprendre quels types de mesures relèvent de sa compétence. Il s'agit notamment des termes suivants : (i) l'IDE, à l'exclusion des investissements de portefeuille ; ii) l'investissement « sur l'ensemble du cycle de vie de l'investissement » ; iii) les « secteurs des services et les secteurs non liés aux services » ; iv) les « mesures... destinées à *faciliter* l'investissement étranger direct » (italiques ajoutés). Cette partie de notre document expliquera la portée du CMFI, conformément aux articles 1.1 et 1.2, en commençant par analyser ces concepts clés.

### 2.1.1 L'investissement direct étranger

L'article 1.1 limite la portée du CMFI à l'IDE. En d'autres termes, le CMFI ne s'applique pas à toutes les mesures relatives aux « investissements », mais seulement aux mesures concernant l'« investissement direct étranger ». En effet, la question de la définition du terme « investissement direct étranger » s'est avérée cruciale dans les discussions sur le CMFI. Même si ce terme « investissement direct étranger » ou IDE est un terme courant, ce qu'il englobe ou peut englober peut avoir des implications très différentes en théorie et en pratique.

L'accent mis sur l'IDE restreint déjà la portée du CMFI, surtout par rapport aux autres options qui ont été proposées. Par exemple, en vertu d'une proposition antérieure d'une délégation en 2018, qui a par la suite été adoptée comme définition alternative dans le *document de travail* de

juillet 2019, le CMFI s'appliquerait aux « investissements » en général<sup>51</sup>. Même en considérant avant tout l'IDE, la manière dont le terme même d'« investissement » est défini est cruciale. La proposition soumise récemment par une autre délégation élargirait la portée du CMFI en ajoutant une définition de l'investissement « fondée sur l'actif »<sup>52</sup>.

Toutefois, le fait que la portée du projet de CMFI privilégie actuellement l'IDE plutôt que l'investissement fondé sur l'actif restreint l'applicabilité du CMFI.

L'article 1.1 du *texte consolidé informel* réduit encore la portée du CMFI en notant que les investissements de portefeuille sont également exclus. Toutefois, il ne définit pas les investissements de portefeuille. Cela soulève les questions suivantes : que recouvre la notion d'investissement direct étranger, et quand est-ce que l'*investissement direct étranger* est un investissement de portefeuille ?

En gardant ces questions à l'esprit, nous avons examiné les définitions couramment utilisées de l'IDE élaborées dans d'autres instances. L'OCDE a adopté une définition de référence de l'IDE. Spécifiquement, elle souligne que « l'investissement direct est une catégorie d'investissement transfrontalier effectué par un résident d'une économie (l'investisseur direct) qui réside dans une économie autre que celle de l'investisseur direct ». Elle souligne en outre qu'un investisseur direct aurait un intérêt durable dans l'entreprise concernée par l'investissement direct, ce qui est démontré lorsque l'investisseur direct détient au moins 10 % des droits de vote de l'entreprise concernée par l'investissement direct<sup>53</sup>.

L'OCDE distingue l'IDE de l'investissement de portefeuille sur la base de la motivation de l'investisseur. En particulier, l'OCDE indique que : « [l]es objectifs de l'investissement direct sont différents de ceux de l'investissement de portefeuille, dans lequel les investisseurs ne s'attendent généralement pas à influencer la gestion de l'entreprise<sup>54</sup>. » L'investisseur est principalement intéressé par les bénéfices résultant de l'acquisition et de la vente d'actions et d'autres titres, sans chercher à contrôler ou à influencer la gestion des actifs sous-jacents à ces investissements<sup>55</sup>.

Conformément à la définition de l'IDE adoptée par l'OCDE, le *texte consolidé informel* du CMFI considère que « la propriété de 10 % des actions ordinaires ou des actions avec droit de vote »

---

<sup>51</sup> OMC. (24 juillet 2019). Discussions structurées de l'OMC sur la facilitation de l'investissement pour le développement (INF/IFD/RD/39) (italiques ajoutés).

<sup>52</sup> Outre « une entreprise et une succursale d'une entreprise », la liste comprend les actions, les parts ou d'autres formes de participation au capital d'une entreprise ; les obligations, les obligations non garanties, les prêts ; les droits découlant de contrats ; les créances pécuniaires et toute exécution d'un contrat ayant une valeur financière ; les droits de propriété intellectuelle ; les droits conférés en vertu de lois et de règlements ou de contrats de concessions, de licences, d'autorisations et de permis ; tout autre bien tangible ou intangible, meuble ou immeuble, et tous droits de propriété connexes, comme les baux, hypothèques, privilèges et nantissements.

<sup>53</sup> OCDE. (2008). *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux* (4e éd.). <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/statistiquesetanalysesdelinvestissement/40632182.pdf>

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Ibid.

est l'indice de référence permettant d'établir l'existence d'une relation d'investissement direct. Cela signifie que, si cette définition devait faire partie du texte final du CMFI, la question de savoir si une mesure concernant l'investissement relèverait de la compétence du CMFI dépendrait du pourcentage de propriété des actions et des actions avec droit de vote. Une telle définition éviterait d'avoir à discerner la « motivation » de chaque investissement comme question préliminaire permettant de déterminer si le CMFI s'applique dans ce cas précis.

L'AGCS adopte une approche différente, qu'il est important d'examiner par rapport au projet de CMFI, étant donné que tous les Membres de l'OMC sont assujettis à l'AGCS. Au lieu d'établir un seuil de pourcentage, l'AGCS met l'accent sur la « présence commerciale », qu'il définit comme « tout type d'entreprise ou d'établissement professionnel, y compris par (i) la constitution, l'acquisition ou le maintien d'une personne morale, ou (ii) la création ou le maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation, sur le territoire d'un Membre en vue de fournir un service » (AGCS, Art. XXVIII (d)). En outre, l'AGCS définit la « personne morale » comme suit : « toute entité juridique dûment constituée ou autrement organisée en vertu du droit applicable, qu'elle soit à but lucratif ou non, qu'elle soit détenue par le secteur privé ou par l'État, qu'il s'agisse d'une société, d'une fiducie, d'une société de personnes, d'une coentreprise, d'une entreprise à propriétaire unique ou d'une association<sup>56</sup>. » Pour déterminer qu'un service fourni par le biais d'une présence commerciale appartient à un Membre, l'AGCS exige que la fourniture d'un service soit contrôlée par une personne physique de ce Membre, ou qu'elle le soit par une personne morale de cet autre Membre, et lorsque plus de 50 % de la participation est détenue par des personnes de ce Membre.

Toutefois, le *texte consolidé informel* ne contient pas d'exigence de « nationalité ». En effet, le CMFI renvoie à la définition de l'AGCS de « personne morale », mais pas à la définition de l'AGCS de la « personne morale d'un autre Membre ». Cela signifie qu'en vertu du *texte consolidé informel*, le CMFI s'appliquera aux IDE dans lesquels un investisseur détient une participation de 10 %, même si cela ne satisfait pas à l'exigence de « personne morale d'un autre Membre » (c.-à-d. la détention d'au moins 50 % du capital).

À cet égard, la proposition soumise par une délégation et incluse dans le *texte consolidé informel* contient une approche légèrement différente. Plus précisément, elle propose une définition de l'investissement fondée sur l'entreprise. Au lieu de différencier l'IDE et l'investissement de portefeuille au moyen de critères de motivation ou de participations minimales, cette proposition définit l'investissement comme étant « une entreprise, une succursale d'une entreprise ou un bureau de représentation ». Elle adopte en outre la définition de « personne morale » énoncée à l'article XXVIII(1) de l'AGCS. Toutefois, elle a adopté une définition beaucoup plus large de « l'investisseur d'un Membre », notant qu'elle signifie « une personne physique d'un Membre ou une entreprise d'un Membre qui cherche à faire, fait ou a fait des investissements sur le territoire d'un autre Membre ». Pourtant, de même que pour la proposition soumise par une autre délégation et incluse dans le *texte consolidé informel*, la notion d'« entreprise d'un Membre »

---

<sup>56</sup> AGCS Art. XXVIII(1).

demeure indéfinie. Par conséquent, la définition d'«entreprise d'un Membre» améliorerait l'harmonisation avec l'AGCS.

## 2.1.2 Investissement «tout au long du cycle de vie des investissements»

Bien que la focalisation sur l'IDE puisse «restreindre» la portée des mesures qui relèveront du *texte consolidé informel*, d'autres éléments de l'article 1.1 ont l'effet contraire, élargissant cette portée. Par exemple, l'article 1.1 prévoit que le CMFI s'appliquerait aux mesures facilitant l'IDE «tout au long du cycle d'investissement [y compris l'admission, l'établissement, l'acquisition et l'expansion des investissements]». Cela donne à penser, à tout le moins, que le CMFI s'appliquerait de façon générale à la fois au pré-établissement, qui englobe l'entrée (admission) et l'établissement, et au post-établissement, qui se rapporte à l'élargissement<sup>57</sup>, à la gestion, à la conduite, à l'exploitation et à la vente/liquidation des investissements existants<sup>58</sup>.

Le libellé entre crochets précise que le CMFI s'appliquerait au moins à l'admission, à l'établissement, à l'acquisition et à l'expansion de l'investissement. Bien que le terme «y compris» signifie que la liste n'est pas définitive, le *texte consolidé informel* exclut la conduite, l'exploitation et la vente/liquidation, même s'il s'agit d'éléments clés post-établissement. Une proposition soumise par une délégation comprend une liste plus définitive du type de pré- et post-établissement qui serait visée par le CMFI («établissement, acquisition, expansion, gestion, conduite, exploitation et vente ou autre disposition d'investissements»).

En général, l'accent mis par le CMFI sur le pré- et post-établissement est aligné sur la définition de «présence commerciale» de l'AGCS qui, comme indiqué ci-dessus, vise la «constitution, l'acquisition ou le maintien d'une personne morale, ou (ii) création ou maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation» (Article XXVIII [d] de l'AGCS). Ici, «constitution», «acquisition» et «création» désignent l'étape préalable à l'établissement de l'investissement, tandis que «maintien» désigne l'étape post-établissement<sup>59</sup>.

Cela dit, l'expression «tout au long du cycle de vie des investissements» pourrait également être interprétée de façon à englober les mesures qui touchent les IDE autres que les investissements pré et post-établissement. En effet, l'investissement «tout au long du cycle de vie de l'investissement» a été interprété comme comprenant cinq phases : (i) vision et stratégie ; (ii) attraction de l'investissement ; (iii) entrée et établissement de l'investissement ; (iv) maintien de

---

<sup>57</sup> Le Rapport mondial sur l'investissement 2015 de la CNUCED considère l'«expansion» des investissements comme faisant partie de la dimension pré-établissement. [https://unctad.org/fr/system/files/official-document/wir2015overview\\_fr.pdf](https://unctad.org/fr/system/files/official-document/wir2015overview_fr.pdf)

<sup>58</sup> Centre Sud. (mai 2016). *Débats au sein du groupe de travail des liens entre commerce et investissement (2001-2003)* (Document analytique SC/AN/TDP/2016/3). [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/06/AN\\_MC10\\_2016\\_3\\_Trade-and-Investment\\_FR\\_Executive-summary.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/06/AN_MC10_2016_3_Trade-and-Investment_FR_Executive-summary.pdf)

<sup>59</sup> Ibid.



l'investissement ; et (v) promotion des liens et des retombées<sup>60</sup>. Ainsi, si le texte entre crochets n'était pas inclus, les obligations du CMFI s'appliqueraient à l'ensemble de ces cinq phases, ce qui signifie que les Membres devraient mettre en œuvre tout au long du processus les obligations de fond du CMFI, depuis la transparence jusqu'aux dispositions de coopération transfrontière. Par conséquent, le fait de mettre l'accent sur « l'ensemble du cycle de vie des investissements », par opposition à l'investissement pré et post-établissement, peut entraîner une ambiguïté inutile.

Les propositions soumises par d'autres Membres ont supprimé l'expression « tout au long du cycle de vie des investissements » et comprennent plutôt un libellé qui établit une portée plus définie. Une proposition soumise par une délégation sur les disciplines et les engagements relatifs à la facilitation de l'investissement pour le développement fait référence aux mesures « affectant *l'établissement et le fonctionnement* des investissements directs étrangers » (italiques ajoutés). Une autre proposition adopte une approche légèrement différente, suggérant que le CMFI s'applique à « l'administration des mesures par un Membre concernant *l'autorisation des activités d'investissement* » (italiques ajoutés). Elle définit en outre l'« autorisation » comme étant « la permission de poursuivre des activités d'investissement, résultant de la procédure à laquelle l'investisseur doit se conformer afin de démontrer le respect des exigences nécessaires ». En d'autres termes, les Membres seraient tenus de se conformer aux dispositions de fond relatives au processus d'autorisation des activités d'investissement, qui couvriraient l'entrée et l'établissement d'investissements, ainsi que les activités post-établissement, telles que la demande de permis, qui nécessitent une autorisation. En effet, la présente proposition définit les « activités d'investissement » comme étant « l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation et la vente ou toute autre cession d'investissements dans les secteurs des services et non liés aux services ».

Ainsi, bien que la structure proposée par cette délégation pour définir la portée du CMFI puisse sembler différente de certaines des autres propositions, elle est essentiellement la même. Par exemple, l'une des propositions mentionnées précédemment fait directement référence aux divers éléments des investissements pré- et post-établissement. Le fait qu'aucune de ces propositions n'ait conservé le libellé « tout au long du cycle de vie des investissements » mérite toutefois d'être signalé.

### 2.1.3 Secteurs des services et secteurs non liés aux services

La référence à l'IDE dans les « secteurs des services et secteurs non liés aux services » est un autre choix de libellé élargissant la portée du CMFI. Concrètement, cela signifie que le champ d'application du CMFI ira bien au-delà de ce qui est actuellement visé par l'AGCS et, par conséquent, créera des obligations vis-à-vis de mesures qui dépasseront largement les engagements des Membres dans le cadre de l'OMC. La relation entre l'AGCS et le CMFI sera

---

<sup>60</sup> Groupe de la Banque mondiale. (non daté). *Support Program for Investment Reform and Innovative Transformation*. <http://pubdocs.worldbank.org/en/594381510251482638/SPIRIT-Toolkit.pdf>; T20 Japan 2019 & Task Force on Trade, Investment and Globalization. (13 mars 2019) *Towards G20 guiding principles on investment facilitation for sustainable development*. <http://ccsi.columbia.edu/files/2019/03/T20-PB-Investment-Facilitation-14-March-2019.pdf>

examinée plus en détail à la partie 2.2.1 du présent document, plus particulièrement en ce qui concerne la clause NPF et la multilatéralisation potentielle du CMFI, ainsi qu'à la partie 3.1.1.1 sur le chevauchement entre l'AGCS et le CMFI.

Cet élargissement des engagements des Membres de l'OMC au-delà de ce qui existe dans l'AGCS sera également important en ce qui concerne les travaux en cours dans le cadre de l'IDC sur la « réglementation intérieure des services » (SDR), qui vise à créer des disciplines pour les règlements concernant le commerce des services « en aval » dans le cycle d'investissement, et qui est une retombée d'un processus qui s'était déroulé dans le cadre du groupe de travail sur la réglementation intérieure. La vaste portée du CMFI signifierait qu'il s'appliquerait aux mesures d'IDE également concernées par l'IDC sur la réglementation intérieure des services, créant ainsi des chevauchements, des dédoublements et d'éventuelles incohérences. Cette question est traitée plus en détail à la partie 3.1.1.2 ci-dessous. Cela signifie qu'au minimum, les Membres devraient chercher à intégrer le travail entrepris dans le cadre du CMFI et de l'IDC sur la réglementation intérieure des services.

## 2.1.4 Facilitation de l'investissement

Une autre partie importante du champ d'application du CMFI est la référence aux mesures de facilitation de l'investissement. Bien que le *texte consolidé informel* stipule que le CMFI ne s'appliquerait qu'aux mesures de « facilitation de l'investissement », ce concept n'est pas défini. Cela peut donner à penser que la portée de l'application du CMFI est difficile à déterminer et pourrait être illimitée, étant donné que la facilitation de l'investissement peut être une notion élargie susceptible d'être confondue avec les concepts de promotion des investissements et de rétention des investissements<sup>61</sup>.

Pourtant, une définition de la facilitation de l'investissement ne serait justifiée que si le terme devait servir de seuil de compétence pour l'application des dispositions du CMFI, c'est-à-dire si les dispositions de l'accord ne s'appliquaient que si la mesure en question était une « mesure de facilitation de l'investissement ». Cela ne semble pas être le cas ici.

Pour illustrer davantage ce point, il convient de prendre l'exemple de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) de l'OMC. L'Accord SPS prévoit que « cet accord s'applique à toutes les mesures sanitaires et phytosanitaires qui peuvent, directement ou indirectement, affecter le commerce international. Ces mesures doivent être élaborées et appliquées conformément aux dispositions du présent accord. » Les dispositions ultérieures sont toutes axées sur les mesures SPS, avec les libellés suivants : « Les Membres ont le droit de prendre les mesures SPS nécessaires pour... » ; « Les Membres accepteront les mesures SPS d'autres Membres [...] » ; « Pour harmoniser les mesures SPS [...] ». Qu'une mesure constitue effectivement une mesure SPS est une question préliminaire visant à déterminer si les dispositions de l'Accord SPS s'appliquent.

---

<sup>61</sup> Polanco Lazo, R. (12 octobre 2018). *Towards a multilateral investment facilitation framework: Elements in international investment agreements*. The E15 Initiative. <https://e15initiative.org/blogs/towards-a-multilateral-investment-facilitation-framework-elements-in-international-investment-agreements/>

En conséquence, l'Accord SPS contient une annexe détaillée qui définit quand une mesure peut être considérée comme une mesure SPS<sup>62</sup>.

La situation indiquée ci-dessus semble être différente de celle du projet de CMFI. Ici, le terme « facilitation de l'investissement » ne sert pas de question préliminaire visant à déterminer si les dispositions du CMFI s'appliquent effectivement. La fonction du terme « facilitation de l'investissement » semble plutôt consister à décrire l'objectif du CMFI et les types de dispositions que ce cadre comporterait. En effet, aucune des dispositions ultérieures du CMFI ne fait référence au terme « mesures de facilitation de l'investissement ». Par exemple, les dispositions ne précisent pas que « les Membres ont le droit de prendre des mesures de facilitation de l'investissement... », ou que « Les Membres veilleront à ce que leurs mesures de facilitation de l'investissement soient publiées... » Comme nous l'expliquons ci-dessous, bon nombre des dispositions du CMFI s'appliquent plutôt à un éventail beaucoup plus vaste de mesures, c'est-à-dire « des mesures d'application générale [visées par ce cadre] ». Cela laisse entendre que les « mesures de facilitation de l'investissement » ne constituent pas le seuil de compétence du CMFI. Dans ce contexte, l'ajout d'une définition de « facilitation de l'investissement » pourrait créer une certaine complexité. Ce serait le cas notamment dans le projet actuel du CMFI, car le champ d'application du CMFI est déjà défini par la négative en excluant les règles de protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE).

Cette disposition est semblable à ce que l'on trouve dans l'AFE. L'AFE ne « s'applique pas » à la facilitation des échanges ; son objectif est plutôt de la renforcer. Les dispositions visées dans l'AFE reflètent la compréhension qu'ont les rédacteurs de ce que sont les mesures de facilitation des échanges, mais les « mesures de facilitation des échanges » ne sont pas mentionnées dans ces dispositions comme elles le sont dans l'Accord SPS<sup>63</sup>. En conséquence, l'AFE ne contient pas de définition de la facilitation des échanges<sup>64</sup>.

Les propositions soumises par trois délégations distinctes le reconnaissent. En effet, aucun des termes proposés pour la portée du CMFI ne fait référence à la facilitation de l'investissement. Une proposition met plutôt l'accent sur les « mesures d'investissement direct étranger », une deuxième proposition sur les « mesures [...] concernant [...] l'investissement direct étranger » ou les « mesures... qui concernent les investisseurs étrangers et leurs investissements », et une troisième proposition sur « les mesures [...] affectant l'autorisation des activités d'investissement

---

<sup>62</sup> Une autre approche est énoncée dans l'Accord sur les mesures d'investissement liées au commerce (Accord MIC). Bien que les MIC fassent l'objet de l'accord, ce texte ne fournit pas de définition détaillée des MIC ; il contient, à titre d'orientation, une liste indicative des MIC qui ne sont pas conformes à l'article III de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1994, lequel porte sur le traitement national, ni à l'article XI, qui porte sur les restrictions quantitatives.

<sup>63</sup> Voir l'Accord sur la facilitation des échanges.

<sup>64</sup> De plus, il n'était pas nécessaire de définir les types de « mesures de facilitation des échanges » visées par les dispositions de l'AFE, car l'accord précise clairement qu'il « clarifie et améliore les aspects pertinents des articles V, VII et X du GATT de 1994 ».

[...]». Comme nous l'expliquerons ci-dessous, ces références décrivent plus précisément la portée réelle du CMFI.

### 2.1.5 Mesures exclues

Le *texte consolidé informel* exclut les marchés publics, les concessions publiques et les conditions ainsi établies, ainsi que l'accès aux marchés et le droit d'établissement, de l'application du CMFI. Cela signifie que les régimes de passation des marchés publics<sup>65</sup> ou les concessions publiques et les conditions ainsi établies concernant l'IDE, ainsi que les mesures d'accès au marché, n'ont pas besoin d'être conformes aux dispositions du CMFI. Une délégation propose d'exempter davantage du champ d'application du CMFI « les subventions ou dotations accordées par un Membre, y compris les prêts, les garanties et les assurances bénéficiant du soutien de l'État ». En d'autres termes, toutes les mesures concernant l'IDE qui ont été facilitées par des subventions, des aides ou des prêts de l'État seraient exemptées de la portée du CMFI. Cela vise vraisemblablement un grand nombre d'investissements, ce qui élargit considérablement la portée des mesures exemptées.

Comme indiqué précédemment, le *texte consolidé informel* explique également qu'il ne vise ni les règles de protection des investissements, ni le RDIE. En d'autres termes, aucun élément dans les dispositions de fond du CMFI n'établit les droits et les obligations à l'égard de l'un ou l'autre.

Deux délégations proposent de clarifier le libellé concernant la relation entre le CMFI et l'accès aux marchés. Plus précisément, une délégation propose un libellé précisant que « ce cadre ne crée ni ne modifie les engagements relatifs à la libéralisation des investissements, ni ne crée ni ne modifie les règles existantes en matière de protection des investissements ou de règlement des différends entre investisseurs et États ». Une autre délégation propose d'ajouter le libellé suivant : « le présent accord ne crée ni ne modifie les engagements existants relatifs à la libéralisation des investissements, ni ne crée ni ne modifie les règles existantes relatives à la protection des investissements internationaux, ni le règlement des différends entre investisseurs et États. »

Le libellé identique proposé par ces deux délégations pourrait apporter des éclaircissements sur la relation entre le CMFI et l'accès aux marchés, ainsi que sur la relation existant entre les règles créées dans le CMFI et les règles existantes sur la protection des investissements internationaux et le RDIE. En d'autres termes, même si la facilitation de l'investissement peut améliorer les possibilités d'accès aux marchés existantes, elle n'entraîne pas nécessairement la création de nouvelles possibilités d'accès aux marchés. Cela soulève toutefois la question de savoir si, et comment, il est possible de faire une distinction significative entre, d'une part, la facilitation de l'investissement, c'est-à-dire les procédures et les processus liés aux droits d'investissement et aux

---

<sup>65</sup> L'exemption des marchés publics est harmonisée avec d'autres accords de l'OMC. Les exemptions ne s'appliquent pas toujours à toutes les dispositions. Par exemple, l'article XIII de l'AGCS prévoit que les Articles II (NPF), XVI (accès aux marchés) et XVII (traitement national) ne s'appliquent pas aux lois, réglementations ou exigences concernant les marchés publics qui remplissent certaines conditions. Veuillez noter que l'exemption ne s'applique qu'à ces trois dispositions différentes, mais pas aux autres dispositions de l'accord.

droits des investisseurs établis, et d'autre part, les droits d'investissement et les « droits d'accès » des investisseurs (droit d'investir, conditions d'entrée/sortie, etc.). Il s'agit d'une question essentielle à considérer.

## 2.2 Portée du CMFI dérivée des dispositions de fond du CMFI

Comme indiqué dans la partie 1 du présent document, le CMFI semble s'appliquer à un ensemble de mesures beaucoup plus large que « les mesures adoptées ou maintenues par les Membres pour faciliter les investissements directs étrangers ». Celles-ci peuvent être dérivées de nombreuses dispositions de fond du *texte consolidé informel*. Par exemple, l'Article 3.1 exige que les Membres publient rapidement « [les lois, réglementations, procédures, décisions judiciaires et décisions administratives d'application générale] [les mesures d'application générale] [qui concernent ou affectent le fonctionnement de ce cadre] [visées par le présent cadre] ». Les propositions supplémentaires soumises par deux délégations renvoient respectivement à « toutes les mesures d'application générale pertinentes concernant toute question visée par le présent Accord » et « aux lois, réglementations, procédures et décisions administratives d'application générale concernant toute question visée par le présent cadre. »

Il est essentiel de définir le champ d'application de l'Article 3.1, et pas seulement en raison de l'exigence de publication énoncée à l'Article 3.1. En effet, les dispositions ultérieures en matière de transparence et les dispositions de la section III du CMFI sur les procédures et exigences administratives renvoient à la description non précisée de la portée figurant à l'Article 3.1.

Par exemple, l'Article 7.1 prévoit que « chaque Membre veille à ce que toutes les mesures d'application générale [visées par le présent cadre] soient administrées de manière raisonnable, objective et impartiale ». La section IV du CMFI étend également les obligations liées à l'établissement d'un point focal pour répondre aux demandes des investisseurs relatives aux mesures d'application générale. Elle contient également l'obligation d'appel et de révision des décisions administratives, qui prévoit la « révision rapide de... décisions administratives *concernant l'investissement* » (Article 17.1, italiques ajoutés).

Sur la base des éléments ci-dessus, un grand nombre d'obligations de fond du CMFI ne s'appliquent pas aux mesures de facilitation de l'investissement, mais plutôt aux mesures d'application générale. Ce fait donne à penser que la portée réelle du CMFI ne consiste pas, comme le précise l'article 1.1, « en les mesures adoptées ou maintenues par les Membres pour faciliter l'IDE », mais plutôt « en les mesures d'application générale concernant l'IDE » ou une variante de celle-ci.

Le manque de clarté de ce libellé (c. à d. « les mesures adoptées ou maintenues par les Membres pour faciliter l'IDE » par rapport aux « mesures d'application générale concernant l'IDE ») rend difficile la compréhension précise de la portée du CMFI. Toutefois, en supposant que les négociateurs finissent par décider d'une approche faisant référence à des « mesures d'application générale concernant l'IDE », on pourrait s'attendre à ce que le cadre couvre un large éventail de mesures. En effet, le terme « application générale » provient de l'article X.1 de l'Accord général

sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)<sup>66</sup> et a été interprété par des groupes d'experts comme faisant référence à des mesures qui s'appliquent à un éventail de situations ou de cas, plutôt que d'être limitées dans leur application à un opérateur économique spécifique, bien qu'il soit important de noter que les décisions du groupe d'experts ne visent pas à établir un précédent<sup>67</sup>.

À l'avenir, il serait crucial (i) de s'entendre sur le libellé établi dans l'article 3.1, et (ii) de concilier la description de la portée du CMFI à l'article 1.1 avec la portée réelle du cadre. Une proposition d'une délégation offre la possibilité de le faire. Plus précisément, pour ce qui est de l'article 1.1 sur la portée, cette délégation prévoit que «le présent accord s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par les Membres qui ont une incidence sur l'établissement et l'exploitation d'investissements directs étrangers». La clé, alors, serait de mieux comprendre les types de mesures qui «affectent» l'IDE. Comme mentionné ci-dessus et comme nous l'expliquerons dans l'analyse ci-dessous, sans plus d'éclaircissements, cela pourrait impliquer un très large éventail de mesures. Pour mieux comprendre les domaines de chevauchement entre les accords visés par le CMFI et ceux visés par l'OMC, il est essentiel de clarifier la portée du CMFI.

## 2.2.1 Implications pour la portée découlant de la clause NPF

Une autre disposition importante qui définit la portée du *texte consolidé informel* est la clause NPF de l'article 2. Comme expliqué précédemment, en vertu du présent article, les Membres doivent traiter les investissements et les investisseurs de tout autre Membre de manière non moins favorable que celle dont ils traitent les investissements et les investisseurs de tout autre pays. Le libellé et l'approche de la clause NPF proposée, qui sont communs dans les accords de l'OMC, méritent une analyse plus approfondie.

Il est peu probable que le CMFI soit adopté et ratifié par tous les Membres de l'OMC. Dans une telle situation, les participants vont devoir décider si la clause NPF étendrait les avantages du CMFI à tous les membres de l'OMC, y compris les membres qui n'ont pas adopté et ratifié le cadre, même si seuls ceux qui l'ont ratifié seraient assujettis à ses modalités. En théorie, ils pourraient poursuivre l'approche utilisée par l'Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) et ses révisions, dans lequel sa disposition sur la non-discrimination ne s'applique qu'aux parties à l'AMP, même si le fait de contenir une disposition plurilatérale aussi «fermée» sous l'égide de l'OMC exigerait tout de même un consensus de l'ensemble des Membres de l'OMC afin d'incorporer un tel accord dans l'Annexe 4 de l'Accord de Marrakech. Cela sera difficile à obtenir, étant donné que l'AMP était unique en ce sens que les marchés publics étaient exemptés des contestations découlant de la NPF.

---

<sup>66</sup> Voir le texte du GATT ici : [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/06-gatt\\_f.htm](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/06-gatt_f.htm)

<sup>67</sup> Voir par ex., rapport du groupe d'experts, *US–Underwear*, §7.65; rapport du groupe d'experts, *Japan–Film*, § 10.385; rapport du groupe d'experts, *EC– Selected Customs Matters*, § 7.116; rapport du groupe d'experts, *China–Raw Materials*, § 7.1098.

Compte tenu des déclarations des coordonnateurs passés et présents du groupe CMFI selon lesquelles les participants visent une plus grande sensibilisation du reste des Membres de l'OMC, ce document portera principalement sur le premier type d'accord, celui qui permettrait aux Membres de l'OMC ne participant pas au CMFI de continuer à bénéficier des avantages d'une facilitation accrue de l'investissement sans être assujettis à ses exigences. Cela ressemblerait à la façon dont l'Accord de l'OMC sur les technologies de l'information et sa révision sont conçus<sup>68</sup>.

Si les participants au CMFI adoptent cette approche, ils devront tenir compte de l'effet multilatéral potentiel de la clause NPF. La clause NPF en vertu de l'AGCS a été interprétée de façon à multilatéraliser de façon quasi automatique certaines obligations en vertu des traités bilatéraux d'investissement (TBI) dont le champ d'application sectoriel est plus étendu et le contenu plus libéral que celles figurant dans les listes d'engagements des Membres de l'OMC<sup>69</sup>. De même, la clause NPF du CMFI aurait pour effet de multilatéraliser « toute mesure visée par ce cadre », c'est-à-dire les mesures de facilitation de l'investissement concernant l'IDE dans les secteurs des services et non liés aux services. Par exemple, si, en vertu d'un TBI, un Membre fournit aux investisseurs d'un autre Membre l'accès au traitement accéléré des demandes, la clause NPF du CMFI exigerait que le premier Membre étende cet accès aux investisseurs « similaires » de tous les autres Membres. Cette question pourrait être abordée au moyen du libellé proposé à l'article 32.3, qui exempte l'application de la disposition NPF « du traitement accordé par un Membre en vertu d'un accord bilatéral ou plurilatéral en vigueur ou signé avant [XX] ».

Étant donné les différences de portée entre l'AGCS et le CMFI, les effets de la multilatéralisation causée par la clause NPF seront différents. Plus précisément, les effets du CMFI seront limités aux engagements concernant les mesures de facilitation de l'investissement, tandis que l'AGCS vise également l'accès aux marchés. Pourtant, l'effet de multilatéralisation en vertu du CMFI visera également les IDE dans les secteurs non liés aux services, alors que l'AGCS ne vise que les IDE dans les secteurs des services.

Malgré ces différences de portée, il y aura chevauchement entre les mesures multilatéralisées par la clause NPF de l'AGCS et la clause NPF du CMFI. Dans ce contexte, il est important d'assurer la cohérence entre ces accords. L'une des questions clés qui doit être abordée est qu'à la différence de l'AGCS, la clause NPF du *texte consolidé informel* ne donne pas explicitement aux Membres la possibilité d'exempter les mesures autres que les TBI et les mesures plurilatérales en vigueur au moment de la signature de l'accord du traitement NPF. Pourtant, la clause d'exception NPF de l'AGCS n'est pas limitée aux TBI ni aux mesures plurilatérales. Sans

---

<sup>68</sup> Il convient toutefois de noter que les accords ATI et ATI-II sont des accords de réduction tarifaire qui n'impliquent pas l'établissement de nouvelles règles. Par ailleurs, compte tenu des répercussions sur l'accès aux marchés et des perspectives de « cavaliers libres », l'ATI et l'ATI-II avaient tous deux l'ambition de viser un volume critique du commerce mondial des produits concernés, soit au moins 90 % de ce commerce, afin d'étendre le traitement NPF aux participants non adhérents à l'ATI, une considération qui a également été soulevée dans les négociations de l'Accord sur les biens environnementaux avant que ces derniers ne soient dans l'impasse.

<sup>69</sup> Adlung, R. (2016). International rules governing foreign direct investment in services: Investment treaties versus the GATS. *Journal of World Investment & Trade*, 17, 67–68.

intégrer toute la portée des exceptions énoncées dans l'AGCS, la clause NPF du CMFI risque de diminuer les droits et obligations que les Membres de l'OMC ont négociés dans le cadre de l'AGCS, malgré l'Article 32.2 du CMFI<sup>70</sup>. Reconnaisant cela, une délégation propose un libellé, même si c'est dans le contexte de la « portée » de l'accord, selon lequel les dispositions du CMFI seraient « sans préjuger des modalités, limites, conditions et réserves énoncées dans la Liste des engagements de chaque Partie et dans la Liste des exemptions au titre de la clause NPF en vertu de l'AGCS » (italiques ajoutés). De même, une proposition d'une délégation note qu'elle est prête à envisager ultérieurement un libellé relatif à d'éventuelles exceptions. Si les Membres décidaient de conserver la disposition relative à la clause NPF dans le CMFI, l'incorporation d'une référence aux exemptions relatives à la clause NPF dans le cadre de l'AGCS permettrait aux Membres d'assurer la cohérence avec les obligations des Membres en vertu de l'AGCS. Cela serait important pour éviter de créer des contradictions entre le CMFI et l'AGCS.

Les Membres semblent toujours indécis quant à savoir si le CMFI devrait même contenir une clause NPF. En effet, une délégation prévoit dans sa proposition qu'elle « n'est pas convaincue à ce stade de la nécessité d'une disposition particulière sur le traitement relatif à la clause NPF ». Bien que cette délégation reconnaisse la valeur de l'application non discriminatoire du CMFI, elle estime que cela est garanti par l'Article 7 du *texte consolidé informel*, lequel vise « l'administration cohérente, raisonnable, objective et impartiale des mesures ».

## 2.2.2 Implications pour la portée découlant de l'absence d'une disposition de Traitement National

Il convient de souligner que le *texte consolidé informel* ne contient pas de disposition relative au traitement national. En théorie, cela signifie qu'un Membre pourrait appliquer des processus et des procédures plus favorables concernant l'IDE pour les investisseurs nationaux par rapport à des investisseurs étrangers similaires. Cela pourrait à son tour porter atteinte aux avantages découlant de la clause NPF. Toutefois, l'incidence réelle de l'absence d'une clause de traitement national dépendrait de la probabilité qu'un gouvernement mette en place un régime de facilitation de l'investissement en vertu du CMFI, mais s'écarterait des procédures et processus mis en place pour traiter avec les investisseurs nationaux. En effet, étant donné que nous avons affaire à des processus et des procédures, les gouvernements sont peut-être davantage prédisposés à appliquer les procédures et processus pertinents à tous les niveaux, avec ou sans clause de traitement national. La clause relative au traitement national pourrait devenir plus pertinente à mesure que les Membres préciseront la portée du CMFI.

---

<sup>70</sup> Cela pourrait créer un conflit avec l'article 32.3 du *texte consolidé informel*, qui prévoit que « rien dans ce cadre ne doit être interprété comme diminuant les droits et obligations des Membres en vertu de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC ».



## Partie 3. La relation entre les engagements proposés du CMFI, l'architecture de l'OMC et les engagements existants contenus dans les Accords de l'OMC

Après avoir établi la portée du CMFI, ainsi que les autres zones d'ambiguïté, la partie 3 analyse le lien entre le CMFI et les accords existants de l'OMC. Plus précisément, la partie 3 comprend deux sous-parties. La première partie porte sur les accords de l'OMC qui pourraient s'appliquer aux mesures d'investissement et, par conséquent, pourraient créer un chevauchement de portée avec le CMFI<sup>71</sup>. La deuxième partie compare les dispositions de fond du CMFI avec les obligations existantes en vertu des accords de l'OMC.

### 3.1 Accords de l'OMC qui s'appliquent aux mesures d'investissement

Bien que le CMFI ait été en partie inspiré par la conclusion de l'AFE de l'OMC, il est important de noter dès le départ que la relation entre le CMFI et les accords existants de l'OMC est très différente de celle qui existe entre l'AFE et les accords existants de l'OMC. En effet, le préambule de l'AFE établit clairement le lien entre l'AFE et l'OMC, expliquant que l'AFE vise à « clarifier et à améliorer les aspects pertinents des Articles V, VIII et X du GATT de 1994 ». Cela est conforme au mandat convenu pour les négociations sur l'AFE et signifie que l'AFE s'applique aux types de mesures visées par le GATT de 1994.

Contrairement à l'AFE, la relation entre le CMFI et les accords existants de l'OMC est moins claire. Cela s'explique par le fait que l'accent mis par le CMFI sur l'« investissement » ne chevauche pas clairement les types de mesures visées par l'OMC. Les accords de l'OMC sont plutôt organisés en trois catégories différentes : le commerce des biens (Annexe 1A), le commerce des services (Annexe 1B) et les aspects des droits de propriété intellectuelle concernant le commerce (Annexe 1C). Ainsi, pour établir comment le CMFI doit interagir avec les accords existants de l'OMC, il faut, dans un premier temps, analyser quels accords/quelles dispositions de l'OMC s'appliquent aux mesures d'investissement.

---

<sup>71</sup> Il existe une troisième catégorie qui est pertinente lorsqu'on examine les liens entre le CMFI et les accords de l'OMC : il s'agit des accords de l'OMC qui s'appliquent aux mesures d'application générale qui pourraient avoir une incidence sur l'IDE. Toutefois, le CMFI devra interagir avec un plus grand nombre d'accords de l'OMC existants. Bon nombre des accords de l'OMC, même ceux qui ne s'appliquent pas directement à l'investissement, régissent des mesures qui pourraient avoir une incidence sur l'investissement. Cela impliquerait des mesures qui relèvent d'un grand nombre d'accords de l'OMC, y compris l'Accord SPS, l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC), l'Accord sur les ADPIC et le GATT. Toutefois, comme cela élargirait considérablement l'analyse, cette partie de notre document porte principalement sur les accords de l'OMC qui visent l'investissement.

Certains de ces accords ont déjà été mentionnés dans la partie 2 du présent texte, du point de vue du CMFI et de sa portée potentielle. Toutefois, la partie 3 examine maintenant la question de la portée du point de vue des accords existants de l'OMC, ce qui est une contrepartie importante de l'analyse antérieure.

**Tableau 3.** Chevauchement de portée entre les accords de l'OMC et le CMFI

|   | Commerce  |     | Investissement                                    |      |
|---|---|-----|---|------|
| <b>Marchandises</b>                       | GATT<br>Accord sur l'agriculture<br>Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)<br>Accord de l'OMC sur les textiles et les vêtements<br>Accord sur les obstacles techniques au commerce (TBT)<br>Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC)<br>Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SMC)<br>Accord sur les règles d'origine (ARO)<br>Accord sur les procédures de licences d'importation<br>Mesures de protection<br>Accord sur l'inspection avant expédition | AFE | SMC (subventions liées à l'investissement)<br>MIC | CMFI |
| <b>Services</b>                           | AGCS (Modes 1, 2, 4)  |     | AGCS (Mode 3)                                     |      |
| <b>Droits de propriété intellectuelle</b> | Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC)   |     | Cela dépend de la définition                      |      |

Source : *Élaboration des auteurs.*

Cinq accords de l'OMC contiennent des obligations qui pourraient s'appliquer aux mesures d'investissement ou avoir une incidence sur celles-ci :

- l'AGCS, y compris l'IDC sur la réglementation intérieure des services
- L'Accord SMC<sup>72</sup>
- L'Accord MIC<sup>73</sup>
- L'Accord sur les ADPIC<sup>74</sup>
- L'AMP plurilatéral et sa révision.

L'AGCS est le seul accord visé qui s'applique directement aux mesures relatives à l'IDE. Plus précisément, l'AGCS établit quatre « modes » de fourniture de services, le « Mode 3 » visant la fourniture « par un fournisseur de services d'un Membre par l'intermédiaire d'une présence commerciale sur le territoire d'un autre Membre ». La présence commerciale est également définie comme « tout type d'entreprise ou d'établissement professionnel, y compris par (i) la constitution, l'acquisition ou le maintien d'une personne morale, ou (ii) la création ou le maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation »<sup>75</sup>. En d'autres termes, le Mode 3 de l'AGCS s'applique à l'IDE dans les services, ce qui chevauche le CMFI. En outre, et comme cela sera expliqué plus en détail ci-dessous, dans le cas où le texte final du CMFI comporterait des dispositions sur l'admission temporaire des investisseurs, il impliquera le Mode 4 de l'AGCS, qui vise « la fourniture d'un service d'un Membre, par la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire d'un autre Membre ».

Toutefois, étant donné que l'AGCS est un accord dans lequel les obligations en matière d'accès aux marchés et de traitement national sont structurées sur la base d'une liste positive (avec une approche de liste négative pour les exemptions aux secteurs dans lesquels les Membres ont pris un engagement), le chevauchement précis de la portée entre l'AGCS et le CMFI dépend des engagements spécifiques pris par les Membres. En effet, en vertu de l'AGCS, les Membres ne sont tenus de respecter un certain nombre d'obligations que lorsqu'ils ont pris des engagements dans le secteur des services concerné. Sur un total de 160 secteurs des services, les listes des PMA du Cycle d'Uruguay ne contiennent pas plus de 15 % des engagements, en moyenne, contre 22 % pour les pays en développement Membres (à l'exclusion des PMA), et près de 60 % pour les pays développés Membres. Pour 32 Membres ayant adhéré après le Cycle d'Uruguay, les listes contenaient en moyenne 64 % des engagements<sup>76</sup>. Cela signifie que, pour celles des dispositions de l'AGCS qui ne s'appliquent qu'aux secteurs des services dans lesquels les Membres ont pris des engagements, par exemple en matière de réglementation intérieure, le chevauchement de

---

<sup>72</sup> Voir le texte de l'Accord SMC ici : [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/24-scm.pdf](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/24-scm.pdf)

<sup>73</sup> Voir le texte de l'Accord MIC ici : [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/invest\\_f/trims\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/invest_f/trims_f.htm)

<sup>74</sup> Voir le texte de l'Accord sur les ADPIC ici : [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/trips\\_f/t\\_agm0\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/t_agm0_f.htm)

<sup>75</sup> AGCS Art. XXVIII (d).

<sup>76</sup> Adlung, 2016, p. 60 (n° 66)

portée entre le CMFI et l'AGCS pour les Modes 3 et 4 variera pour chaque Membre, en fonction de l'étendue de ses engagements spécifiques.

Une autre variable qui aurait une incidence sur le chevauchement de portée entre l'AGCS et le CMFI est la définition de l'IDE. Comme indiqué à la partie 2.1.1 ci-dessus, une définition proposée exigerait que 10 % des actions ordinaires ou des actions avec droit de vote servent de critère pour déterminer «l'existence d'une relation d'investissement». En revanche, en vertu de l'AGCS, la «présence commerciale», qui est synonyme d'IDE, exige l'établissement d'exigences de contrôle ou de propriété, qui sont respectées si le service est détenu et contrôlé par une personne physique de ce Membre ou par une personne morale de ce Membre, et dans ce dernier cas il est exigé que le Membre détienne plus de 50 % des participations. Étant donné que le CMFI n'a pas défini «une personne morale d'un autre Membre», on peut supposer que tout «investissement» est visé dans la mesure où l'exigence de 10 % de capitaux propres est satisfaite, comme indiqué précédemment dans le présent document. Cela signifie à son tour que le CMFI s'appliquerait à un éventail plus large de mesures concernant l'IDE par rapport à celles visées par l'AGCS.

Outre l'AGCS, plusieurs autres accords de l'OMC s'appliquent aux mesures d'investissement. Par exemple, la portée de l'Accord MIC, qui s'applique aux mesures d'investissement ayant une incidence sur le commerce des marchandises, chevauche celle du CMFI. Étant donné que son objectif principal est d'assurer une concurrence loyale pour le commerce des marchandises, l'Accord MIC ne vise que les mesures d'investissement dans la mesure où celles-ci font la distinction entre les produits importés et les produits exportés et/ou créent des restrictions à l'importation ou à l'exportation, c'est-à-dire celles qui se rapportent à l'Article III du GATT de 1994 sur le traitement national et à l'Article XI sur les restrictions quantitatives. Par conséquent, l'accord MIC concerne principalement les exigences de résultats. Dans la mesure où les exigences de résultats sont considérées comme une mesure «concernant» l'IDE, elles pourraient être visées en vertu du CMFI.

Un autre accord pertinent pour la discussion sur la portée est l'Accord SMC. Cet accord vise à garantir que les subventions ne soient pas préjudiciables aux autres Membres. Bien que l'Accord SMC ne fasse pas explicitement référence à l'investissement ni ne s'intéresse intrinsèquement aux mesures relatives à l'investissement, il s'applique aux mesures relatives à l'investissement lorsqu'elles sont liées à des subventions. Par exemple, pour tenter d'attirer l'IDE, les gouvernements peuvent offrir des incitatifs fiscaux aux investisseurs, à condition qu'ils exportent un pourcentage minimum de leurs marchandises, ou bien ils peuvent faire dépendre les incitatifs fiscaux de l'achat d'un pourcentage minimum de marchandises localement. Ces mesures seraient visées par le *texte consolidé informel* et relèveraient de l'Accord SMC. Ainsi, sans réglementer directement l'investissement, l'Accord SMC est pertinent dans l'analyse des liens entre le CMFI et les obligations existantes de l'OMC.

Toutefois, l'accord SMC ne sera pertinent pour la discussion sur le CMFI que s'il vise les mesures relatives à l'investissement liées aux subventions. En effet, comme il a été mentionné ci-dessus, une délégation a proposé d'exclure du champ d'application du CMFI «les subventions

ou aides accordées par un Membre, y compris les prêts, les garanties et les assurances bénéficiant du soutien de l'État». En vertu d'une telle définition, toute mesure relative à l'investissement concernant l'IDE qui a été facilitée par le gouvernement et/ou qui a reçu des subventions ou des prêts de celui-ci, ce qui relèverait de l'Accord SMC, serait exemptée du champ d'application du CMFI. Si cette définition était adoptée, il n'y aurait pas de chevauchement entre l'Accord SMC et le CMFI.

L'Accord sur les ADPIC pourrait également s'appliquer aux investissements. En effet, comme il est indiqué plus en détail à la partie 2.1.1, l'investissement, lorsqu'il est défini de façon générale, peut inclure les investissements dans la propriété intellectuelle. Toutefois, il est difficile de déterminer si la définition de travail du terme «investissement» dans le texte provisoire du CMFI serait suffisamment large pour viser les investissements en matière de propriété intellectuelle.

Enfin, l'AMP plurilatéral et sa révision pourraient également viser les mesures relatives à l'investissement. Cependant, dans le cas présent, les marchés publics sont exclus de la portée du CMFI. Il n'est donc pas nécessaire d'approfondir les interactions possibles entre le CMFI et les dispositions de l'AMP.

En résumé, il existe un certain chevauchement entre le CMFI et les accords existants de l'OMC, l'AGCS visant l'IDE dans les services et l'Accord SMC et l'Accord MIC s'appliquant à un ensemble spécifique de mesures relatives à l'investissement liées au commerce des biens. Il existe des incertitudes quant au chevauchement de la portée de l'AMP avec celle de l'Accord sur les ADPIC. Dans le cas des accords où il y a chevauchement de la portée, l'analyse de la section suivante portera sur la relation entre les dispositions de fond énoncées dans le CMFI et les dispositions contenues dans ces accords pour mettre l'accent sur les incohérences ou chevauchements éventuels.

### **3.1.1 Chevauchement de fond entre le CMFI et les Accords de l'OMC**

La partie 2 du présent document établit qu'un certain nombre d'accords de l'OMC pourraient interagir avec le CMFI. La deuxième étape, en vue de comprendre l'interaction exacte entre le CMFI et les accords existants de l'OMC, est la nécessité d'analyser si les dispositions de ces accords chevauchent substantiellement celles du CMFI. Bien que certaines dispositions du *texte consolidé informel* reflètent étroitement les dispositions de l'OMC, elles vont généralement au-delà de ces dernières en élargissant la portée de l'obligation et en les clarifiant ou en les complétant (dispositions de l'OMC+) ou en visant des aspects entièrement nouveaux (dispositions supplémentaires de l'OMC).

Rappelons qu'en théorie, les chevauchements et les dédoublements ne sont problématiques que lorsque les différents accords sont incohérents ou contradictoires, bien que des problèmes de mise en œuvre puissent survenir. De même, de telles questions ne se posent pas parce que le CMFI va plus loin que les obligations existantes. Il est toutefois important que les Membres comprennent clairement la façon dont les dispositions du CMFI se rapportent aux obligations existantes qu'ils ont contractées dans le cadre de l'OMC.

### 3.1.1.1 ACCORD GÉNÉRAL SUR LE COMMERCE DES SERVICES

#### 1. Transparence et obligations connexes

Un certain nombre de dispositions de l'AGCS couvrent des obligations qui chevauchent celles du *texte consolidé informel*. Plus précisément, l'Article III de l'AGCS contient des dispositions sur la transparence, et l'Article VI traite de la réglementation nationale. La plupart des dispositions du CMFI sur la transparence précisent et élargissent la portée des obligations de transparence existantes (AGCS+). Par exemple, l'AGCS exige que les Membres publient « toutes les mesures d'application générale pertinentes qui visent ou qui affectent le fonctionnement du présent accord » (Article III:1, italiques ajoutés) Le *texte consolidé informel* comporte une obligation similaire, mais va au-delà de l'AGCS en stipulant un certain nombre d'exigences supplémentaires à suivre dans le contexte de la publication. Cela comprend le fait de laisser un « délai raisonnable » entre la publication et l'entrée en vigueur d'une loi, de fournir une explication de la justification/de l'objectif de la loi, d'exiger la publication dans une publication officielle/source en ligne et de ne pas exiger l'imposition de frais (articles 3.1 à 3.6).

De même, le CMFI va au-delà de l'obligation de notification dans l'AGCS, qui exige que les Membres informent le Conseil du commerce des services lorsqu'ils introduisent « de nouvelles lois, réglementations ou directives administratives, ou toutes modifications apportées à celles qui existent actuellement, qui ont une incidence importante sur le commerce des services visés par leurs engagements spécifiques en vertu de l'AGCS » (Article III:3, italiques ajoutés). Le *texte consolidé informel* élargit la portée de cette obligation en exigeant que le Comité de la facilitation de l'investissement soit informé des modifications majeures apportées aux « *règlements d'application générale* » existants (article 4.1.a, italiques ajoutés)<sup>77</sup>. En outre, le CMFI exige des Membres qu'ils précisent où la mesure a été publiée, l'URL du site Internet (le cas échéant), et qu'ils fournissent les coordonnées de toute autorité compétente pertinente. Elles sont toutes énoncées à l'article 4.1.

Contrairement à l'AGCS, le *texte consolidé informel* contient également des dispositions distinctes sur la publication de renseignements lorsqu'une autorisation est requise pour investir dans un pays<sup>78</sup>. Cela comprend les coordonnées, les exigences et les procédures, les formulaires et les documents, les droits et frais, les taxes, les procédures d'appel ou de révision des décisions concernant les demandes, les procédures de surveillance ou d'exécution des conditions ou des licences, les possibilités de participation du public, le délai de traitement des demandes, etc. (articles 3.7– 3.9).

---

<sup>77</sup> À titre de rappel, la disposition du *CMFI établissant ce Comité de l'OMC sur la facilitation de l'investissement* est l'article 28 du *texte consolidé informel*.

<sup>78</sup> Bien que l'Article VI de l'AGCS contienne une disposition pertinente pour les situations dans lesquelles une autorisation est requise pour la fourniture d'un service, elle n'énonce pas d'exigences de publication spécifiques pour une telle situation.

En ce qui concerne les procédures administratives, le document mentionne que le *texte consolidé informel* développe et complète également le contenu de l'AGCS. L'Article VI de l'AGCS exige que chaque Membre, « dans les secteurs où des engagements spécifiques seront contractés », [fasse] en sorte que toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services soient administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale » (italiques ajoutés). Le projet de CMFI contient une obligation similaire, mais élargit sa portée à « toutes les mesures d'application générale [visées par ce cadre] » (article 7.1, italiques ajoutés). En outre, contrairement à l'AGCS, le CMFI comporte des obligations spécifiques liées à des procédures qui concernent directement les investisseurs d'un autre Membre (article 7.2).

L'AGCS exige en outre des Membres qu'ils mettent en place « des tribunaux ou des procédures judiciaires, arbitraux ou administratifs qui permettront, à la demande d'un fournisseur de services affecté, de réviser dans les moindres délais les décisions administratives concernant le commerce des services et, dans les cas où cela sera justifié, de prendre des mesures correctives appropriées » (Article VI:2[a], italiques ajoutés). Le CMFI (article 17) contient une obligation largement similaire, mais s'applique aux décisions « concernant l'investissement ». L'article ajoute des niveaux à cette obligation, exigeant que les parties à la procédure aient le droit « d'avoir une occasion raisonnable d'appuyer ou de défendre leurs positions respectives » et d'obtenir « une décision fondée sur la preuve et les arguments présentés ou... fondée sur le dossier compilé par l'autorité administrative ». Il exige également que « les procédures d'appel et de révision soient menées de manière non discriminatoire ». Comparativement à l'AGCS, le CMFI offre une protection accrue à la partie qui demande un appel et un examen des décisions administratives touchant l'investissement.

Pour les situations dans lesquelles « une autorisation sera exigée pour la fourniture d'un service pour lequel un engagement spécifique aura été pris », l'AGCS exige que « les autorités compétentes d'un Membre informeront le requérant, dans un délai raisonnable... de la décision concernant la demande [et] à la demande du requérant... fourniront, sans retard indu, des renseignements sur ce qu'il advient de la demande » (Article VI:3, italiques ajoutés). Le CMFI élargit considérablement ces exigences. La portée de l'obligation est plus vaste, car elle ne se limite pas aux situations liées à des engagements spécifiques et elle s'applique de façon générale. Il établit également un grand nombre de critères supplémentaires à respecter, y compris les délais de la demande, les copies par rapport aux documents originaux, le traitement des demandes et l'autorisation d'entrer en vigueur sans délai (articles 10.1 à 10.4). Il exige également que les autorités compétentes pertinentes prennent et administrent leur décision de manière indépendante (article 16.1). Ainsi, en vertu du CMFI, les Membres seront liés par un nombre important d'obligations supplémentaires concernant les procédures d'autorisation. Le *texte consolidé informel* contient diverses dispositions supplémentaires concernant la rationalisation et l'accélération des exigences administratives qui n'ont pas d'obligations correspondantes au titre du GATS, bien qu'elles aient été examinées dans le cadre du Groupe de travail

sur la réglementation intérieure et de l'IDC sur la réglementation intérieure des services, comme cela est examiné plus en détail ci-dessous. Bon nombre de ces dispositions reflètent les obligations énoncées dans l'AFE, notamment :

- les dispositions visant à réduire et à simplifier les procédures administratives et les exigences en matière de documentation (article 8)
- les dispositions visant à garantir des critères clairs pour les procédures administratives (article 9)
- le traitement des demandes incomplètes et leur rejet (article 11)
- les droits et frais (article 12)
- l'examen périodique des procédures et prescriptions administratives (article 13)
- l'utilisation des technologies de l'information et de la communication/administration en ligne, y compris les applications électroniques (article 14)
- Les types de mécanismes à guichet unique (article 15).

Par ailleurs, la section IV du *texte consolidé informel* contient plusieurs dispositions sur des questions telles que les bonnes pratiques réglementaires et la coopération internationale en matière de réglementation qui vont bien au-delà des obligations de l'AGCS et reflètent les développements récents dans les accords commerciaux régionaux. Ces dispositions peuvent être considérées comme des suppléments de l'AGCS.

## **2. Flexibilités**

Il existe également quelques autres différences importantes entre l'AGCS et le *texte consolidé informel*, en particulier en ce qui concerne la question des flexibilités. Dans l'AGCS, le traitement spécial et différencié est, en partie, bien illustré par la flexibilité dont disposent les Membres dans la négociation d'engagements spécifiques. Étant donné que l'AGCS suit une approche d'adhésion (« ascendante »), cela signifie que les Membres disposent de la flexibilité nécessaire pour prendre des engagements dans les secteurs et sous-secteurs de leur choix. De nombreux pays en développement et membres des PMA ont choisi de prendre très peu d'engagements, voire aucun. Cela, à son tour, a limité leurs obligations en matière d'administration (réglementation intérieure), car la plupart d'entre elles ne s'appliquent qu'aux mesures qui intéressent les secteurs des services à l'égard desquels les Membres ont pris des engagements spécifiques.

Le CMFI suit une approche différente. Ses obligations, y compris en matière de services, s'appliqueraient à tous les secteurs, et non seulement aux pays qui ont pris des engagements précis. À l'instar de l'AFE, il permettrait plutôt aux pays en développement et aux PMA Membres de prendre des engagements en fonction de leur capacité à s'y conformer, y compris l'option de demander plus de temps et de soutien. Plus précisément, comme cela est expliqué dans la partie 1 ci-dessus, les pays en développement et les PMA peuvent décider de mettre en œuvre une disposition, soit à l'entrée en vigueur du



CMFI (catégorie A), soit après une période transitoire à partir de l'entrée en vigueur, la durée de cette période n'étant pas précisée (catégorie B), soit à la fois avec cette période transitoire et l'acquisition d'une assistance technique et d'un soutien au renforcement des capacités pour mettre en œuvre cette disposition. Ces options sont énoncées à l'article 22. Ainsi, bien que bon nombre des obligations du CMFI soient celles de l'AGCS+ ou en supplément de l'AGCS et s'appliquent à tous les secteurs, au titre du texte consolidé informel actuel, les pays en développement et les PMA Membres peuvent choisir de disposer de plus de temps pour mettre en œuvre les exigences supplémentaires.

Une autre question à souligner lors de la comparaison entre le CMFI et l'AGCS concerne la question des exceptions. L'Article XIV de l'AGCS contient des exceptions générales, qui permettent aux Membres, dans certaines circonstances, d'adopter des mesures « nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public », « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux », « nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord », y compris celles qui ont trait à la prévention des pratiques de nature à induire en erreur et frauduleuses, ou celles qui ont trait à la protection de la vie privée des personnes, et celles qui sont incompatibles avec les Articles XVII ou II qui concernent, respectivement, l'imposition ou la perception équitable d'impôts et l'évitement de la double imposition. Alors que le *texte consolidé informel* comprend un texte provisoire réservé aux dispositions relatives aux exceptions générales (article 29), une délégation a proposé d'incorporer des parties des dispositions relatives aux exceptions générales énoncées à l'Article XIV de l'AGCS, à savoir des sous-catégories portant sur des a) mesures « nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public », b) « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux », c) « nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions de l'[AGCS], y compris celles qui ont trait à la prévention des pratiques de nature à induire en erreur et frauduleuses ou celles qui ont trait à la protection de la vie privée des personnes ». Cette délégation n'a pas proposé d'inclure les deux autres exceptions prévues à l'Article XIV de l'AGCS en ce qui concerne (d) l'imposition de taxes directes incompatibles avec le traitement national et (e) les violations de la NPF résultant d'accords visant à éviter la double imposition. En effet, ces deux dernières exceptions de l'AGCS ne sont probablement pas pertinentes dans le cadre du CMFI. Compte tenu du fait que la portée du CMFI et celle de l'AGCS se chevauchent en partie, il est important de veiller à présenter le moins d'incohérences possible dans les domaines des exceptions. Cela éviterait une situation dans laquelle une mesure pourrait être justifiée en vertu de l'AGCS, mais non en vertu du CMFI, diminuant ainsi les droits et les obligations des Membres en vertu de l'Accord de Marrakech.

### 3. Admission temporaire pour les investisseurs

Deux délégations ont présenté des propositions visant à appliquer le CMFI à l'admission temporaire des investisseurs. Ces propositions ont pour justification que le mouvement temporaire des investisseurs ou des hommes et femmes d'affaires à des fins d'investissement est important pour faciliter les activités d'investissement. Comme cela a été mentionné précédemment, étant donné que ces propositions concernent l'entrée de personnes, elles concernent le Mode 4 de l'AGCS. De même que pour l'analyse précitée, la mesure dans laquelle ces dispositions interagiraient avec les obligations existantes des Membres à l'égard des obligations du Mode 4 ou s'ajouteraient à celles-ci dépendrait, pour la plupart des dispositions, de la mesure dans laquelle les Membres ont contracté des obligations spécifiques au titre du Mode 4.

Comme cela est énoncé ci-dessus, l'AGCS exige que les Membres publient «toutes les mesures *d'application générale pertinentes qui visent ou qui affectent le fonctionnement du présent accord*» (Article III:1, italiques ajoutées). Étant donné que cela comprend des mesures relatives au Mode 4, les exigences de publication en vertu de l'AGCS englobent des mesures concernant l'admission temporaire d'investisseurs. Les exigences en matière de publication proposées par ces deux délégations sont plus détaillées, mais ne modifieraient pas sensiblement les obligations. Toutefois, ce serait différent pour diverses autres dispositions proposées dans le contexte de l'admission temporaire d'investisseurs. Par exemple, les mêmes délégations proposent que, à la demande d'un requérant, un Membre qui a reçu une demande dûment remplie de formalité en matière d'immigration «s'efforce d'informer le requérant de l'état de la demande». Cela s'appliquerait non seulement aux procédures d'immigration pour lesquelles les Membres ont pris des engagements précis, mais aussi à toutes les procédures d'immigration temporaire.

En vertu de l'AGCS, les Membres sont tenus d'établir au moins «un ou plusieurs points d'information chargés de fournir aux autres Membres qui en feront la demande des renseignements spécifiques» à propos de la mesure (Article III:4), de veiller à ce qu'ils soient administrés de manière «raisonnable, objective et impartiale» (Article VI:1), «d'informer le requérant de la décision» dans un «délai raisonnable» et, à la demande du requérant, de l'informer de l'état d'avancement de la demande (Article VI:3). Les propositions soumises par ces délégations pour le CMFI exigent la mise en place d'un mécanisme permettant de traiter les questions relatives à l'entrée et au séjour temporaire des hommes et femmes d'affaires à des fins d'investissement.

Qui plus est, les deux propositions, et particulièrement l'une d'entre elles, contiennent également des dispositions qui vont au-delà de ce qui est actuellement exigé en vertu de l'AGCS. Par exemple, comme cela a été expliqué précédemment, une proposition contient une longue liste d'exigences supplémentaires que les Membres doivent respecter lorsqu'ils traitent des demandes de visas d'affaires temporaires, entre autres, les types de documents et de formulaires qui doivent être publiés, une exigence de limiter les frais de traitement aux «coûts approximatifs», une disposition donnant au demandeur la possibilité de fournir

des renseignements supplémentaires en cas de demandes incomplètes, une exigence de formulation par écrit de la raison pour laquelle une demande est refusée et offrant la possibilité au candidat d'interjeter appel, l'obligation de délivrer des visas à entrées multiples une fois la demande approuvée, ainsi que l'obligation de donner aux candidats la possibilité de présenter une demande de renouvellement ou de prolongation de séjour temporaire. Si ces dispositions étaient incorporées dans le texte final du CMFI, elles créeraient un certain nombre de nouvelles obligations en ce qui concerne les mesures concernant l'entrée et le séjour temporaire des hommes et femmes d'affaires.

Toutefois, il est important de garder à l'esprit que, même en l'absence de dispositions spécifiques concernant l'entrée et le séjour temporaire des hommes et femmes d'affaires, le CMFI s'appliquerait probablement encore aux mesures concernant l'entrée et le séjour temporaire des hommes et femmes d'affaires. En effet, comme il a été établi dans l'analyse précédente, la portée réelle du CMFI concerne les mesures qui se rapportent au fonctionnement de ce cadre ou qui affectent celui-ci, tel qu'il est énoncé dans le libellé entre crochets de l'article 3.1 sur « la publication et la disponibilité des mesures ». Comme mentionné ci-dessus, les nouvelles propositions soumises par trois délégations reflètent ce fait, établissant la portée du CMFI en tant que « mesures relatives à l'investissement direct étranger » (proposition d'une première délégation), « mesures... affectant... l'investissement étranger direct » ou « mesures... qui affectent les investisseurs étrangers et leurs investissements » (proposition d'une deuxième délégation), ou bien encore « mesures... affectant l'autorisation des activités d'investissement... » (proposition d'une troisième délégation). Les procédures relatives à l'entrée et au séjour temporaire à des fins d'investissement affectent clairement l'IDE et, par conséquent, en l'absence de toute autre précision sur la signification du terme « affecter », ces procédures seraient vraisemblablement visées dans le cadre du CMFI. À cet égard, les éléments supplémentaires soumis par les deuxième et troisième délégations mentionnées dans le présent paragraphe sont probablement redondants. Ceci démontre l'importance, comme cela a été mentionné précédemment, de clarifier les mesures qui « affectent » l'IDE, car elles pourraient inclure un très grand nombre de mesures.

#### **4. Transferts et subrogation**

Ainsi que cela a été mentionné à la partie 1 ci-dessus, une délégation a présenté une nouvelle proposition exigeant que les Membres veillent à ce que « tous les transferts relatifs aux investissements puissent être effectués librement à destination ou en provenance de ce Membre sans délai ». La proposition contient également une clause de subrogation exigeant que si un Membre effectue « un paiement à tout investisseur de ce Membre en vertu d'un contrat d'indemnisation, de garantie ou d'assurance relatif à un investissement de ce Membre dans un autre Membre », alors cet autre membre reconnaîtra la subrogation. Ces dispositions sont de nature très différente de celles qui exigent que les Membres publient des mesures concernant l'IDE, et il n'y a pas d'exigences équivalentes

en vertu des accords de l'OMC. Si cela devait être adopté dans le texte final du CMFI, cela imposerait aux Membres des exigences supplémentaires significatives.

En somme, le CMFI s'appuie sur les obligations en matière de transparence et d'administration figurant dans l'AGCS et, à divers endroits, il va beaucoup plus loin, soit en élargissant la portée, soit en y ajoutant des exigences, ou les deux à la fois. Le CMFI contient également plusieurs obligations en supplément de l'AGCS et qui n'y figurent pas. Ainsi, en ce qui concerne les mesures relatives à l'investissement relevant de l'AGCS, les Membres assumeront des obligations supplémentaires par rapport à ce à quoi ils se sont engagés en vertu de cet accord.

Comme indiqué précédemment, la mesure dans laquelle le CMFI ira au-delà des obligations d'un Membre dans le cadre de l'AGCS dépendra, en partie, des engagements spécifiques pris par un Membre. En effet, pour ceux qui ont moins d'engagements, y compris de nombreux pays moins avancés et pays en développement Membres, l'écart entre les obligations existantes de l'AGCS et celles du CMFI sera plus important que pour les membres qui ont pris un plus grand nombre d'engagements dans le cadre de l'AGCS, même s'ils disposent de plus de temps pour mettre leurs mesures en conformité.

Compte tenu de l'analyse ci-dessus, il est important que les Membres veillent à l'harmonisation dans les domaines où des écarts pourraient survenir entre l'AGCS et le CMFI, comme les exceptions.

### **3.1.1.2 INITIATIVE DE DÉCLARATION CONJOINTE SUR LA RÉGLEMENTATION INTÉRIEURE DES SERVICES**

Il serait incomplet de parler de l'interaction entre l'AGCS et le CMFI sans tenir compte des travaux en cours entre un groupe de Membres de l'OMC dans le cadre de l'IDC sur la réglementation intérieure des services conformément à l'Article VI de l'AGCS<sup>79</sup>. Comme indiqué précédemment, ces discussions constituent un prolongement de négociations passées impliquant l'ensemble des Membres de l'OMC dans le cadre du Groupe de travail sur la réglementation intérieure. Cette IDC a également été lancée lors de la Conférence ministérielle de Buenos Aires de 2017.

Cette IDC sur la réglementation intérieure des services implique la négociation d'un document de référence, avec des disciplines contraignantes que les participants appliqueraient à leurs listes de services visées par l'AGCS, en tant qu'engagements nouveaux ou améliorés. Les participants informeraient également les projets de listes indicatives qu'ils compteraient à terme finaliser et certifier. Entre-temps, comme indiqué ci-dessus, le CMFI s'appliquera aux mesures relatives à l'IDE, y compris celles visées par la réglementation intérieure au titre de l'Article VI de l'AGCS. Toutefois, contrairement au projet de document de référence de décembre 2019 sur la

---

<sup>79</sup> Les négociations sur la réglementation intérieure des services auraient dû être conclues avant la CM12, qui était prévue pour juillet 2020, mais en raison de la COVID-19, elles ont été provisoirement reportées à 2021.

réglementation intérieure des services, le CMFI n'est pas limité aux secteurs dans lesquels les Membres ont pris des engagements spécifiques.

D'après un projet de document de référence sur la réglementation intérieure des services daté du 12 décembre 2019 (« document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services »), il est possible d'identifier un vaste chevauchement de fond entre les deux textes. Plus précisément, les questions visées par les deux textes comprennent les procédures d'autorisation, le traitement des demandes incomplètes, le rejet des demandes, les droits et frais, l'indépendance des autorités compétentes, la publication et les informations disponibles dans les situations où l'autorisation est requise, les points d'information et la possibilité de formuler des commentaires.

En ce qui concerne bon nombre de ces questions visées par les deux processus, les dispositions du projet de document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services et celles du *texte consolidé informel* sont en grande partie semblables et, parfois, mot pour mot. Cependant, il existe également plusieurs différences, le CMFI contenant des exigences qui vont au-delà du document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services, ce dernier document contenant des détails supplémentaires qui n'ont pas été inclus dans la version actuelle du CMFI.

Par exemple, le CMFI exige que les autorités compétentes expliquent [par écrit et sans retard injustifié] le motif du rejet d'une demande, le délai d'appel ou de révision ainsi que les procédures quant à une nouvelle soumission d'une demande (11.2 CMFI). Ces exigences ne sont pas toutes énoncées dans le document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services<sup>80</sup>.

De même, en ce qui concerne la publication, les obligations prévues dans les accords proposés sont semblables, mais non identiques. Par exemple, le CMFI exige que, dans la mesure du possible, les Membres rendent l'information disponible par voie électronique et dans une langue officielle de l'OMC<sup>81</sup>. Il ne s'agit pas d'une exigence contenue dans le document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services<sup>82</sup>, et il existe un certain nombre de différences supplémentaires. Par exemple, alors que le texte sur la réglementation intérieure des services 2019 prévoit la possibilité d'une participation du public, le CMFI envisage la possibilité d'une participation du public ou d'une participation des investisseurs à la mise en place de politiques et à la prise de décision<sup>83</sup>. Bien que le document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services exige que les Membres publient les « exigences et procédures »<sup>84</sup>, le CMFI exige que les Membres publient les « exigences et procédures, *y compris les formulaires et les documents* » (article 3.7.b, italiques ajoutés)<sup>85</sup>. En outre, alors que le document de référence 2019 sur la

---

<sup>80</sup> Dans les situations où une demande est rejetée, le document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services doit « informer le demandeur des motifs du rejet et, le cas échéant, des procédures à suivre pour présenter de nouveau une demande ».

<sup>81</sup> CMFI, Article 3.5.

<sup>82</sup> Document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services, Article 13.

<sup>83</sup> CMFI, Article 3.7(g).

<sup>84</sup> Document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services, Article 13(a).

<sup>85</sup> CMFI, Article 3.2(b).

réglementation intérieure des services exige la publication de « droits »<sup>86</sup>, le CMFI exige la publication de « droits et frais » et envisage la possibilité d'ajouter les « taxes perçues au cours de la procédure ».

Les deux textes suivent une tendance semblable vers « la publication à l'avance et la possibilité de formuler des commentaires », avec d'importants chevauchements, mais aussi des différences. De plus, les dispositions de cette rubrique sont également structurellement différentes. Le *texte consolidé informel* comporte un article ayant trait à « la publication et la disponibilité des mesures »<sup>87</sup> ainsi qu'un article distinct ayant trait à « la publication à l'avance et à la possibilité de commenter les mesures proposées »<sup>88</sup>. En revanche, le document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services a organisé toutes ces mesures sous la rubrique « Possibilité de formuler des commentaires et d'obtenir des informations avant l'entrée en vigueur ».

Des différences qui pourraient mener à des dédoublements et à des incohérences peuvent également être constatées en ce qui concerne les dispositions relatives aux enquêtes. Dans le cadre du document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services, les demandes de renseignements peuvent être traitées par l'intermédiaire des points d'information et de contact établis en vertu des Articles III et IV de l'AGCS<sup>89</sup>. Le *texte consolidé informel* exige que les Membres établissent ou maintiennent un point d'information sans prévoir explicitement la possibilité d'utiliser le point d'information établi en vertu de l'AGCS<sup>90</sup>.

En outre, le CMFI proposé et le document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services comportent des dispositions bien élaborées concernant les périodes de transition pour les pays en développement et les pays les moins avancés Membres. Toutefois, les dispositions sont distinctes. Par exemple, le document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services permet aux pays en développement de « désigner des dispositions spécifiques des disciplines... à mettre en œuvre à une date postérieure à une période transitoire ne dépassant pas [2][5][7] ans à compter de l'entrée en vigueur de ces disciplines », avec la possibilité de demander une prorogation. Les PMA sont exemptés des obligations de conformité en vertu de la réglementation intérieure des services et, au lieu de cela, sont seulement « encouragés » à appliquer les disciplines. Seuls les PMA passant dans la catégorie des pays en développement doivent « inscrire les disciplines... dans leurs listes d'engagements précis, au plus tard six mois avant la fin de leur statut de PMA ». À ce stade, ils peuvent « désigner des périodes de transition » conformément aux dispositions qui s'appliquent aux pays en développement.

En revanche, pour le CMFI, comme il est expliqué ci-dessus, les Membres envisagent une approche par catégorie de type AFE, y compris l'option des périodes de transition ainsi que la demande d'assistance technique et de soutien au renforcement des capacités. Dans le cadre de

---

<sup>86</sup> Document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services, Article 13(c).

<sup>87</sup> CMFI, Article 3.1.

<sup>88</sup> CMFI, Article 3.3.

<sup>89</sup> Document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services, Article 14.

<sup>90</sup> CMFI, Article 5.

cette approche, les pays en développement et les PMA peuvent indiquer s'ils mettront en œuvre une disposition dès l'entrée en vigueur du cadre et dans un délai d'un an pour les PMA (catégorie A), « après une période transitoire suivant l'entrée en vigueur du cadre » (catégorie B), ou « après une période transitoire suivant l'entrée en vigueur du cadre et exigeant l'acquisition de capacités de mise en œuvre par la prestation d'une aide et d'un soutien au renforcement des capacités » (catégorie C). Dans les situations où une mesure relève de la compétence des deux accords, les différentes approches de traitement spécial et différencié envisagées dans le document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services et le CMFI proposé pourraient créer des écarts importants, en particulier en ce qui concerne les PMA<sup>91</sup>. De même, il serait important d'harmoniser les dispositions relatives à l'assistance technique dans le *texte consolidé informel* et dans le document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services.

Enfin, le *texte consolidé informel* contient diverses dispositions qui ne figurent pas dans le texte de la réglementation intérieure des services 2019. Il s'agit notamment de dispositions relatives aux notifications, à la rationalisation et à l'accélération des procédures et des exigences administratives, à l'établissement des types de mécanismes de points de contact/points focaux/médiateurs, aux dispositions visant à améliorer la coordination nationale, ainsi qu'à la coopération transfrontière en matière de facilitation de l'investissement. Ces dispositions s'appliqueraient également aux mesures relatives à l'IDE visées par le projet de document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services.

Compte tenu du chevauchement important entre le projet de document de référence 2019 sur la réglementation intérieure des services et le *texte consolidé informel*, il est impératif que les Membres concernés par l'un ou l'autre des deux textes, ou par les deux, soient au courant des disciplines en cours de négociation dans l'autre texte et qu'ils en tiennent compte pour éviter des anomalies ou l'incohérence pure et simple. Cela est particulièrement important lorsque les disciplines convenues dans un texte sont contredites dans l'autre, y compris dans leurs implications pour les flexibilités des pays en développement et des PMA Membres.

### 3.1.1.3 AUTRES ACCORDS DE L'OMC

Comme expliqué ci-dessus, d'autres accords de l'OMC s'appliqueront également aux mesures relatives à l'investissement qui relèvent du CMFI. Ces accords contiennent généralement des dispositions sur la transparence et la publication de renseignements. En ce qui concerne les mesures qui sont visées par les accords existants de l'OMC et qui relèvent également du CMFI, les Membres seraient assujettis à des obligations supplémentaires, par exemple dans le cas de l'Accord MIC, l'Accord SMC et l'Accord sur les ADPIC, comme expliqué ci-dessous. En plus de ces accords, le CMFI pourrait également faire double emploi avec l'Accord SPS, l'Accord

---

<sup>91</sup> Il convient de noter que la seule façon d'éviter tout conflit direct entre les engagements des PMA dans le cadre du CMFI et le texte de référence sur la réglementation intérieure des services 2019 serait que les PMA s'abstiennent de faire des notifications dans la catégorie A dans le cadre du CMFI. Même dans ce cas, des divergences apparaîtraient inévitablement pour les PMA passant dans la catégorie supérieure.

OTC et le GATT, dans les situations où les normes et les exigences ont des répercussions sur l'investissement.

**L'Accord MIC.** L'accord MIC vise les mesures qui affectent l'IDE, telles que les exigences de résultats. Il contient un chapitre sur la transparence, qui fait référence aux engagements des Membres en matière de transparence et de notification au titre de l'Article X du GATT de 1994. L'Article X du GATT exige la publication rapide des mesures pertinentes de manière à « permettre aux gouvernements et aux commerçants d'en prendre connaissance ». Il ajoute qu'« aucune mesure d'obligation générale » ne doit être exécutée avant la publication. L'Accord MIC exige en outre des Membres qu'ils informent le Secrétariat de l'OMC de toutes les publications dans lesquelles l'Accord MIC peut être trouvé et qu'ils « [examinent] avec compréhension les demandes de renseignements, et [ménagent] des possibilités adéquates de consultation ». sur toute question découlant de l'Accord MIC (Article 6).

**L'Accord SMC.** En ce qui concerne les mesures relatives à l'investissement liées à une subvention visée par l'Accord SMC, les Membres sont déjà tenus de se conformer à un certain nombre d'exigences de notification. Plus précisément, ils sont tenus de notifier la subvention de telle manière que le contenu de la notification permette aux autres Membres d'en évaluer les retombées commerciales et de comprendre le fonctionnement de la mesure. La notification doit contenir le formulaire de subvention, l'objectif de la politique, le but, la durée, le niveau de subvention par unité/montant total ainsi que toute donnée statistique pertinente. L'Accord SMC exige également que les autres Membres puissent présenter une demande écrite de renseignements sur la subvention et que les Membres fournissent ces renseignements le plus rapidement possible. Ainsi, d'une part, le niveau de détail requis pour la notification de la subvention est plus spécifique que les exigences de publication énoncées dans le CMFI, et d'autre part, le CMFI est beaucoup plus étendu en ce qui concerne les obligations de publication.

**L'Accord sur les ADPIC.** L'Article 63 de l'Accord sur les ADPIC exige que « les lois et réglementations et les décisions judiciaires et administratives finales [qui visent les questions de droits de propriété intellectuelle relevant du commerce].... [soient] publiées ou, dans les cas où leur publication ne serait pas réalisable, mises à la disposition du public, dans une langue nationale de façon à permettre aux gouvernements et aux détenteurs de droits d'en prendre connaissance ». En outre, il exige des Membres qu'ils notifient les lois et réglementations pertinentes au Conseil des ADPIC et que chaque Membre fournisse des informations en réponse à une demande écrite d'un autre Membre sur des questions relevant du champ d'application de l'Accord sur les ADPIC.

En bref, ces accords contiennent tous l'obligation de publier et/ou de notifier les lois, réglementations et décisions judiciaires définitives et décisions administratives relatives à l'accord en question. Ces accords ne sont pas très descriptifs quant aux modalités de publication mais se concentrent sur l'objectif, à savoir que cela doit être réalisé d'une manière permettant aux parties intéressées d'en prendre effectivement connaissance. Cette recommandation chevauche celle de l'article 3.1 du CMFI. Toutefois, comme cela a été expliqué plus en détail dans le contexte de la discussion sur l'AGCS, le CMFI énonce un certain nombre d'exigences supplémentaires



sur ce qui devrait figurer dans la publication, sur le support où les Membres devraient publier ces éléments, et sur le calendrier de la publication par rapport à la date de fonctionnement. À des degrés divers, certains accords de l'OMC reflètent certaines parties de ces exigences supplémentaires. Cela signifie que, pour les mesures relatives à l'investissement qui relèvent du CMFI et qui sont également visées par l'un de ces trois autres accords (c. à d. sur les subventions, sur les exigences de résultats ou sur les mesures relatives à la propriété intellectuelle liées au commerce affectant l'IDE dans les secteurs non liés aux services), le CMFI ajoutera un grand nombre d'obligations à cette exigence de transparence, comme cela est expliqué plus en détail dans l'analyse précitée.

Enfin, comme cela a été expliqué précédemment, diverses dispositions du CMFI proposées s'appliquent aux mesures d'application générale affectant l'investissement. Cela créera un chevauchement supplémentaire avec l'Accord SPS, l'Accord OTC et le GATT dans les situations où les normes et les exigences techniques et d'autres mesures liées aux marchandises affectent l'investissement. Tous ces accords contiennent des dispositions relatives à la transparence et à la publication avec des degrés divers d'élaboration. Par exemple, dans son Annexe B, l'Accord SPS énonce les exigences de publication des réglementations relatives aux SPS, notamment une disposition spécifique pour les circonstances urgentes. En outre, il exige des Membres qu'ils établissent un point d'information, il énonce une liste de questions auxquelles ces points d'information doivent répondre, et il établit des procédures de notification. L'Accord OTC exige, en ce qui concerne les règlements techniques qui ne sont pas fondés sur des normes internationales, que les Membres publient et notifient ces mesures, mettent à disposition des copies du règlement et donnent la possibilité aux Membres intéressés de formuler des commentaires. Dans le cadre du GATT, les dispositions pertinentes qui chevauchent celles du CMFI sont énoncées à l'Article VIII, qui vise les redevances et les formalités liées à l'importation et à l'exportation, ainsi qu'à l'Article X sur la publication et l'administration des réglementations commerciales. Pour les Membres qui ont également ratifié l'AFE, un grand nombre d'exigences supplémentaires s'appliquent, dont bon nombre sont de nature semblable, mais différentes en ce qui a trait au champ d'application du CMFI.

En ce qui concerne les mesures SPS/OTC/GATT qui ont une incidence sur l'IDE visé par le CMFI, les Membres doivent s'assurer qu'elles respectent non seulement les exigences pertinentes en matière de publication énoncées dans ces accords, mais aussi toute exigence supplémentaire figurant dans le CMFI. Bien que l'examen détaillé de cette question dépasse la portée du présent document, il est important que les Membres gardent à l'esprit la portée potentiellement large du CMFI et les répercussions que cela peut avoir pour assurer la cohérence entre les accords.

#### **3.1.1.4 LE CMFI ET L'OMC EXAMINÉS**

En théorie, des questions se posent dans les situations où il existe une incompatibilité entre les dispositions du CMFI et les obligations existantes des Membres en vertu des accords de l'OMC. Comme cela est indiqué dans la présente section, les domaines d'incohérence sont rares. Toutefois, le fait que la focalisation du CMFI sur l'investissement ne se superpose pas nettement

à la structure existante des accords de l'OMC crée une dynamique complexe en ce qui concerne la mise en œuvre.

En effet, cela signifie que, pour certains types d'engagements en matière de services et certains types de mesures visés par l'AGCS, l'Accord MIC et l'Accord SMC, les Membres auraient des obligations de déclaration et de transparence plus strictes que d'autres. Cela obligerait les gouvernements à « fusionner » les obligations qui se chevauchent, par exemple, dans les domaines de la transparence ou de l'administration, pour regrouper les obligations en vertu des accords respectifs. Il est indispensable d'examiner de plus près ces questions, intrinsèquement, et aussi compte tenu du fait que l'IDC sur la réglementation intérieure des services comporte également des chevauchements importants avec le CMFI et l'AGCS.

En effet, la perspective que les disciplines proposées du CMFI soient finalement invoquées dans le cadre de contestations judiciaires est un élément important, tant dans le contexte du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (MRD)<sup>92</sup> de l'OMC que dans le contexte des enseignements déjà tirés des milieux de la gouvernance internationale de l'investissement. Bien que les accords de l'OMC soient rarement, voire jamais, invoqués dans le cadre de l'arbitrage entre investisseurs et États dans le cadre des AII, la perspective d'un nouvel accord consacré spécifiquement à la facilitation de l'investissement et potentiellement dans l'architecture de l'OMC pourrait changer considérablement la situation à l'avenir. Cela est particulièrement vrai compte tenu de la portée et des questions de définition soulevées, ainsi que de la structure des AII déjà en place. La partie 4 du présent document examine cette question en détail, en s'inspirant de la jurisprudence antérieure ainsi que des dispositions communes des AII qui pourraient être utilisées pour intégrer les engagements du CMFI dans l'arène de l'arbitrage entre investisseurs et États.

---

<sup>92</sup> Voir le texte du MRD ici : [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/dsu\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dsu_f.htm)

## Partie 4. Le système des AII et le CMFI proposé

La partie 4 examine la relation entre les dispositions proposées dans le CMFI et le système de l'investissement international, spécifiquement les AII, au nombre approximatif de 2600<sup>93</sup>, qui sont actuellement en vigueur. En s'appuyant sur cette analyse, elle examine également les répercussions que cette relation pourrait avoir sur l'interprétation des obligations de protection des investissements fondées sur les traités, appliquées par le biais d'obligations en matière de RDIE, à l'appui de cette analyse à l'aide d'exemples tirés de la jurisprudence relative à l'investissement à ce jour.

### 4.1 Le CMFI proposé et le système des AII : questions relatives à la portée

Comme indiqué dans les parties précédentes du présent document, l'OMC vise certains éléments des questions d'investissement dans le cadre de l'AGCS et de l'Accord MIC, ce qui crée un certain chevauchement entre ces accords de l'OMC et les AII. Toutefois, le CMFI, tel qu'il est actuellement proposé, irait encore plus loin et augmenterait considérablement l'étendue du chevauchement avec les AII en ce qui concerne son champ d'application et les types de mesures visées.

Alors que l'AGCS établit des disciplines pour les Membres de l'OMC en vue de la libéralisation du commerce des services, notamment par l'établissement d'une présence commerciale à l'étranger (Mode 3), et que l'Accord MIC interdit certaines mesures relatives à l'investissement qui faussent le commerce, Les AII comportent des règles et des normes relatives au traitement et à la protection des investissements. Habituellement, cette protection s'applique aux investissements une fois établis, mais certains AII accordent des droits de traitement national aux investisseurs dans la phase de « pré-établissement ». Les AII visent généralement tous les secteurs et comprennent les mesures prises par le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire<sup>94</sup>.

Depuis que le sujet de la « facilitation de l'investissement » a été lancé pour la première fois par certains Membres de l'OMC en tant que domaine de travaux futurs, plusieurs Membres de l'OMC ont exprimé leurs préoccupations quant à la possibilité que des questions de protection des investissements soient abordées dans les discussions, de façon explicite ou implicite. Cette préoccupation a été soulevée dans la déclaration commune de 2017 de la Conférence

---

<sup>93</sup> Cela comprend les TBI, les accords et codes régionaux sur l'investissement ainsi que les chapitres sur l'investissement des accords commerciaux.

<sup>94</sup> Dolzer, R. & Schreuer, C. (2012). *Principles of international investment law* (2nd ed.). Oxford : Oxford University Press, pp. 12– 27.

ministérielle de Buenos Aires, où l'initiative de facilitation de l'investissement<sup>95</sup> a été lancée, et est actuellement reflétée dans le *texte consolidé informel*, qui précise que le « cadre ne vise ni les règles de protection des investissements, ni le règlement des différends entre investisseurs et États », parallèlement à d'autres formulations connexes, comme cela a été décrit précédemment à la partie 1.4<sup>96</sup>.

Malgré ces propositions textuelles, la relation et l'interaction entre le CMFI et les AII proposés demeurent floues, bien que manifestement il y ait chevauchement en termes de portée et de champ d'application. Les AII ont un vaste champ d'application, et leur portée est déterminée par la définition des termes « investisseur » et « investissement ». Ces définitions déterminent quels particuliers et quelles personnes morales, ainsi que les actifs qu'elles possèdent, sont visés par l'AII. Le terme « investissement » est le plus souvent défini dans les AII comme étant « tout type d'actif » dans le pays d'accueil<sup>97</sup>. Plus récemment, certains États se sont éloignés de l'utilisation d'une définition de l'« investissement » fondée sur les actifs, lui préférant une définition fondée sur les entreprises<sup>98</sup>. Dans le cadre de cette dernière approche, le terme « investissement » vise les entreprises établies ou acquises dans l'État d'accueil et les actifs qu'elles détiennent<sup>99</sup>.

Toutes les options actuellement proposées dans le CMFI en termes de portée entraîneraient un chevauchement du champ d'application avec celui des AII. Bien qu'il y ait encore des incertitudes à ce sujet, le CMFI viserait au moins l'IDE (devant toujours être défini) et pourrait même aller au-delà. Une question que les Membres de l'OMC souhaiteraient particulièrement voir clarifiée est de savoir si les mécanismes d'application prévus dans les AII pourraient être utilisés pour appliquer de nouvelles disciplines sur la facilitation de l'investissement, même si ces disciplines sont adoptées dans le contexte de l'OMC et même si le CMFI proposé exclut explicitement les règles de protection des investissements et le RDIE.

On s'attend généralement à ce que les différends découlant des accords de l'OMC soient résolus en vertu du MRD de l'OMC<sup>100</sup>. Toutefois, si un tribunal appelé à trancher les différends entre investisseurs et États est établi en vertu d'un AII pour manquement à une obligation de l'OMC (ou à une autre obligation commerciale), le tribunal examinera ce manquement non pas en fonction du contexte juridique plus large de l'OMC, mais plutôt en fonction de l'AII applicable que le tribunal jugera devoir relever de sa compétence. Par conséquent, il est important de comprendre les mécanismes potentiels qui pourraient permettre de faire respecter les obligations

---

<sup>95</sup> OMC, 2017, WT/MIN(17)/59 (n° 1).

<sup>96</sup> OMC, 2020, INF/ IFD/ RD/50 (n° 35), Article 1.3.

<sup>97</sup> Dolzer & Schreuer, 2012, pp. 60–78 (n° 87).

<sup>98</sup> CNUCED. (non daté). Mapping of IIA Content UNCTAD. Investment Policy Hub. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>; Ashiya, B. (2016). The shift towards an enterprise based definition of investment: The quagmire of the Salini Test and India's Model BIT. *Jindal Global Law Review* 263(7).

<sup>99</sup> Schlemmer, E. C. (26 juin 2008). Investment, investor, nationality, and shareholders. In P. Muclinski, F. Ortino, & C. Schreuer (Eds.), *The Oxford handbook of international investment law* (pp. 52–53). Oxford.

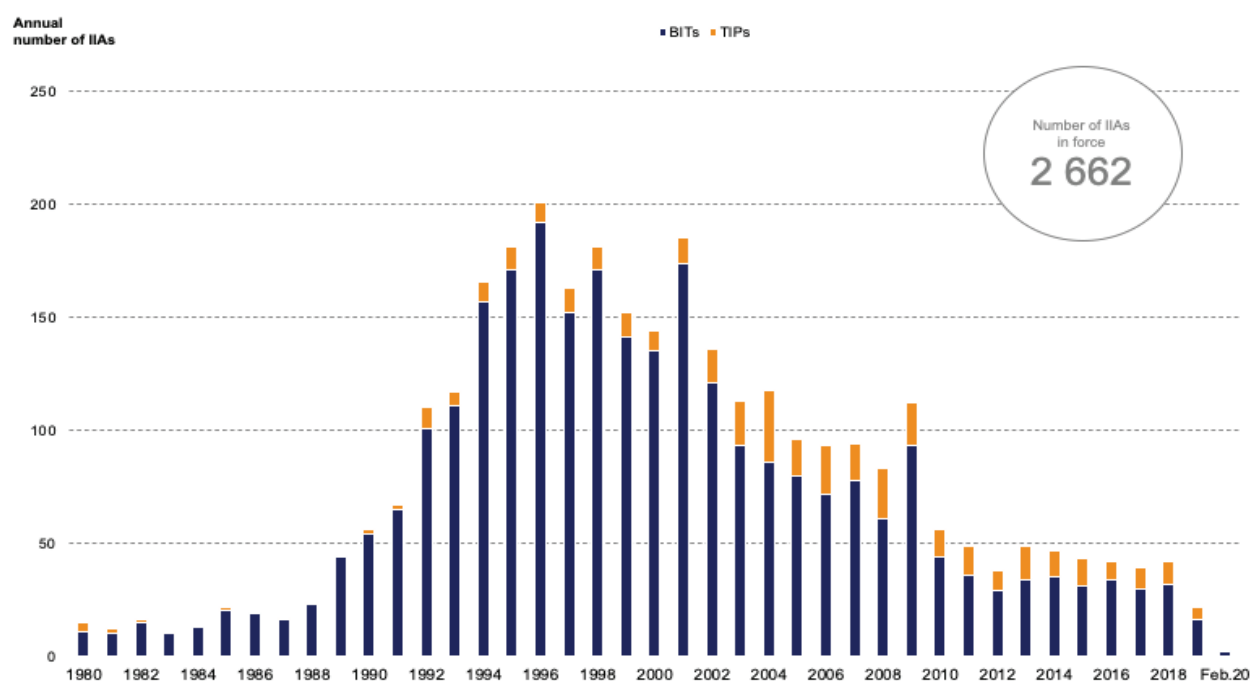
<sup>100</sup> Van den Bossche, P. & Zdouc, W. (juillet 2017). *The law and policy of the World Trade Organization: Text, cases and materials*. Cambridge Core, pp. 385–388.

du CMFI au moyen du RDIE fondé sur l'AII, malgré le mandat clair selon lequel le CMFI exclut le RDIE.

## 4.2 Les AII : un aperçu

À l'heure actuelle, 3285 AII ont été conclus, dont 2658 sont en vigueur, selon les chiffres de la CNUCED du 18 août 2020<sup>101</sup>. La Figure 1 montre le nombre d'AII signés annuellement au cours des quatre dernières décennies<sup>102</sup>.

**Figure 1.** Évolution des AII au cours des quatre dernières décennies



Source : tiré de l'*Investment Policy Monitor* de la CNUCED, édition d'avril 2020 (numéro 23).

À leur grande majorité, les AII portent sur la protection des investissements et des investisseurs. Entre autres obligations, ils obligent les États à indemniser les investisseurs en cas d'expropriation directe et indirecte, à traiter les investisseurs de manière juste et équitable, à ne pas traiter les investisseurs nationaux plus favorablement que les investisseurs étrangers, et à ne pas traiter certains investisseurs étrangers plus favorablement que d'autres. Une partie des AII comprend également ce que l'on appelle des clauses générales. Celles-ci stipulent que les États sont non seulement tenus de respecter les obligations du traité en matière d'expropriation, de traitement

<sup>101</sup> CNUCED. (2020). *International investment agreements navigator*. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

<sup>102</sup> CNUCED. (2020). *The changing IIA landscape: New treaties and recent policy developments*. <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d4.pdf>

juste et équitable (TJE), de non-discrimination, etc., mais qu'ils doivent également respecter d'autres engagements que le gouvernement a pris ailleurs<sup>103</sup>.

En plus de ces normes de fond, presque tous les AII contiennent une clause prévoyant un droit d'intenter une action privée pour le règlement des différends<sup>104</sup>. La clause de RDIE permet aux investisseurs de contester les mesures prises par les États hôtes qui auraient enfreint l'IIA directement devant les tribunaux appelés à trancher les différends entre investisseurs et États<sup>105</sup>. Le RDIE est un processus unique en droit international dans lequel (i) le demandeur-investisseur peut intenter une action directement contre l'État hôte, (ii) le différend est réglé par un tribunal arbitral constitué sur une base ad hoc pour ce différend particulier, et (iii) les deux parties au différend, y compris le demandeur-investisseur et le défendeur, jouent un rôle important dans la sélection du tribunal arbitral. Un grand nombre d'États perçoivent maintenant le modèle actuel d'arbitrage entre investisseurs et États comme une méthode inadéquate de règlement des différends. Plusieurs efforts de réforme sont en cours aux niveaux bilatéral, régional et multilatéral. Au niveau multilatéral, la réforme du RDIE est actuellement en cours à la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI). Ce processus examine trois catégories de préoccupations des États en matière de RDIE : (1) les préoccupations liées à l'homogénéité, à la cohérence, à la prévisibilité et à la rectitude des décisions arbitrales, (2) les préoccupations liées aux arbitres et aux décideurs, et (3) les préoccupations liées au coût et à la durée des cas de RDIE.

C'est l'inclusion des dispositions relatives au RDIE dans les AII qui rend si importante la compréhension de la relation entre le CMFI proposé et les AII. De nouvelles disciplines sur la facilitation de l'investissement dans le contexte de l'OMC pourraient encore être examinées par un tribunal appelé à trancher les différends entre investisseurs et États, même si le RDIE est explicitement exclu du CMFI. Comme cela est expliqué ci-dessous, un investisseur étranger pourrait décider de présenter une demande de RDIE en vertu d'un AII pour contester une mesure gouvernementale au moyen de la clause générale, de la clause TJE et peut-être de la clause NPF, alléguant une violation des disciplines du CMFI. Dans un tel cas, l'investisseur étranger pourrait demander une indemnisation pour le préjudice subi<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Footer, M. E. (2017). Umbrella clauses and widely-formulated arbitration clauses: Discerning the limits of ICSID jurisdiction. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 16(1), 88,92 <https://doi.org/10.1163/15718034-12341343>; OCDE. (28 mars 2008). International investment law: Understanding concepts and tracking innovations, p. 102. <https://www.oecd.org/fr/investissement/accordssurlinvestissementinternational/internationalinvestmentlawunderstandingconceptsandtrackinginnovations.htm>

<sup>104</sup> CNUCED (non daté). *Investment Dispute Settlement Navigator*. Investment Policy Hub <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

<sup>105</sup> Dolzer & Schreuer, 2012, pp. 235–244 (n° 87); Gaukrodger, D., & Gordon, K. (2012). *Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community* (Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international 2012/03). [https://www.oecd-ilibrary.org/fr/finance-and-investment/investor-state-dispute-settlement\\_5k46b1r85j6f-en](https://www.oecd-ilibrary.org/fr/finance-and-investment/investor-state-dispute-settlement_5k46b1r85j6f-en)

<sup>106</sup> Dolzer & Schreuer, 2012, pp. 293–299 (n° 87); Demirkol, B. (2015). Remedies in investment treaty arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, 6, 403; Jana, A. (2016). Reparation in investment treaty arbitration. *Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law*, 110, 228.

Le RDIE est un système fondamentalement différent de règlement des différends prévu par l'OMC et les accords commerciaux. Le RDIE est conçu pour différents acteurs et par conséquent poursuit différents objectifs et applique différents recours aux processus de règlement des différends commerciaux. Bien que le système de règlement des différends de l'OMC soit étatique et vise à amener les Membres à se conformer à leurs obligations, le RDIE se situe entre un acteur privé et l'État et vise à obtenir une compensation monétaire pour cet acteur privé.

Lorsque l'organe de règlement des différends de l'OMC conclut qu'un Membre a enfreint les règles de l'OMC, le Membre a la possibilité de mettre en conformité les décisions prises et qui sont incompatibles avec les règles de l'OMC, dans un « délai raisonnable ». Ce n'est qu'en l'absence de cette conformité que l'organe de règlement des différends pourra autoriser le Membre plaignant à suspendre des concessions ou d'autres obligations, ce qui nécessite normalement plusieurs autres étapes et décisions. En revanche, si une violation de l'AII est constatée dans le RDIE, les dommages-intérêts seront calculés avec les intérêts à compter du jour où la mesure en question a été prise, et les dommages-intérêts seront accordés en faveur des investisseurs, et non de l'État.

## 4.3 Clauses pertinentes aux AII et interactions possibles avec le CMFI

### 4.3.1 Clauses générales

#### 4.3.1.1 CONTEXTE

Certains AII comportent des clauses qui étendent la portée du traité au-delà des droits et des obligations qu'il énonce explicitement; elles sont appelées des clauses générales. La première version de ce type de clause a été incluse dans le projet de Convention Abs-Shawcross de 1959<sup>107</sup>. La clause en question se lit comme suit : « Chaque Partie veille en tout temps au respect des engagements qu'elle a pris à l'égard des investissements effectués par des ressortissants de toute autre Partie.<sup>108</sup> »

Une universitaire spécialiste des clauses générales explique l'intention de la clause au moment de son adoption et sa pertinence dans le contexte actuel, dans lequel la clause peut être déclenchée par des parties privées :

Cette disposition était destinée à couvrir les engagements contractuels entre les États et les investisseurs privés ainsi que les engagements unilatéraux pris par les États. Son but était de préciser que « la violation unilatérale d'un contrat de concession est une erreur interne ».

---

<sup>107</sup> Projet de Convention sur l'investissement à l'étranger 1959, réimprimé dans CNUCED. (2000). *International investment instruments : A compendium* (Vol. V), pp. 301–304 (projet de convention Abs-Shawcross).

<sup>108</sup> Projet de convention Abs-Shawcross sur les investissements étrangers 1959, Art. 2; Schwarzenberger, G. (1960). The ABs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad: A critical commentary *Journal of Public Law* 9, 147.

Cependant, à ce stade précoce, il n'a pas été envisagé que les investisseurs privés auraient un *locus standi* (qualité pour agir en justice) contre l'État, et par conséquent la question de savoir si une telle clause pourrait potentiellement déclencher une multitude de revendications de droit international n'a pas été examinée [note de bas de page omise]<sup>109</sup>.

Le projet de clause de 1959 s'est retrouvé dans les AII encore en vigueur aujourd'hui. Sur les 2576 traités qui ont été « cartographiés » dans le cadre du Navigateur des AII de la CNUCED, 43 % comprennent ce qu'on appelle des « clauses générales<sup>110</sup> ». Le libellé des clauses générales peut varier et a évolué au fil du temps, les traités modernes évitant de plus en plus leur inclusion. Toutefois, les traités plus anciens, dont bon nombre sont en vigueur aujourd'hui, comportent généralement des clauses générales courtes et larges, telles que :

« Chaque Partie respecte toute obligation qu'elle a contractée à l'égard des investissements.<sup>111</sup>»

ou

« Chaque Partie contractante respecte toute obligation qu'elle a contractée à l'égard des investissements et des activités d'investissement des investisseurs de l'autre Partie contractante.<sup>112</sup>»

D'autres clauses ont une définition un peu plus étroite. Par exemple, certaines clauses générales font référence à des « investissements particuliers » :

« Chaque Partie respecte toute autre obligation qu'elle a contractée à l'égard d'un investissement spécifique d'un investisseur de l'autre Partie »<sup>113</sup> [italiques ajoutés] ou

« Chaque Partie contractante respecte toute obligation qu'elle a pu avoir contractée à l'égard d'investissements spécifiques par des investisseurs de l'autre Partie contractante. Cela signifie, entre autres, que la violation d'un contrat entre l'investisseur et l'État hôte constituera une violation de ce traité.<sup>114</sup>» [italiques ajoutés]

Les tribunaux appelés à trancher les différends entre investisseurs et États ont interprété les clauses générales de façons très différentes. Étant donné que le libellé des clauses générales

---

<sup>109</sup> Sasson, Monique (2017). Treaty versus contract claims, and umbrella clauses: When a contract breach may become a treaty breach. Dans *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration : The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law* (Ch. 6). Kluwer Law International.

<sup>110</sup> CNUCED (n° 94)

<sup>111</sup> U.S.–TBI Argentine BIT, Art. II(c) (signé le 14 nov. 1991 ; entré en vigueur le 20 oct. 1994).

<sup>112</sup> Article 4, Japan–Mozambique BIT (2013). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3114/download>

<sup>113</sup> Article 12, Finland–Kazakhstan BIT (2007). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3510/download>

<sup>114</sup> Article 11, Austria–Kyrgyzstan BIT (2016). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5500/download>



varie considérablement et que les tribunaux composés de personnes différentes peuvent adopter des approches interprétatives différentes, la signification des clauses générales demeure incertaine<sup>115</sup>. En général, toutefois, les clauses plus restreintes se rapportant aux engagements ou aux engagements relatifs à des « investissements particuliers » ont été interprétées de façon plus étroite. Bien qu'elles soient susceptibles de viser (certains) engagements dans les contrats entre investisseurs et États, elles seraient moins susceptibles de viser les obligations générales dans les lois nationales<sup>116</sup>.

Entre-temps, des clauses plus larges faisant référence à « toute obligation en matière d'investissement » ont été interprétées de façon plus large. Plusieurs tribunaux ont évalué la clause générale figurant dans le TBI États-Unis–Argentine de 1992 dans une série d'affaires introduites lors de la crise économique en Argentine au début des années 2000. Les tribunaux ont conclu que la clause générale visait non seulement les obligations découlant de contrats conclus entre l'État et l'investisseur, mais également d'autres obligations juridiques<sup>117</sup>. L'Article II(2)(c) de ce traité prévoit ainsi : « Chaque Partie respecte toute obligation qu'elle peut avoir contractée à l'égard des investissements. » Par exemple, le tribunal qui s'occupe de l'action intentée par un groupe d'investisseurs américains dans le secteur de l'énergie — LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc., après que le gouvernement argentin eut annulé les garanties liées à la distribution du gaz, s'est demandé si ces garanties étaient exécutoires à travers la clause générale<sup>118</sup>. Le tribunal a considéré que les garanties données dans la législation gazière de l'Argentine étaient en effet suffisamment spécifiques pour constituer des obligations internationales pour l'Argentine en vertu de ce TBI, concluant que le non-respect par l'Argentine de ces garanties violait la clause générale<sup>119</sup>.

Un autre tribunal chargé d'une action introduite concernant le transport de gaz, intentée par Enron contre l'Argentine, a renvoyé à l'affaire LG&E précitée ainsi qu'à une affaire distincte entre SGS Société Générale de Surveillance S.A. et le Pakistan. Le tribunal a souscrit à cette approche en déclarant ce qui suit :

Dans son sens ordinaire, l'expression « toute obligation » renvoie à des obligations sans égard à leur nature. Les tribunaux qui interprètent cette expression ont conclu qu'elle vise à la fois

---

<sup>115</sup> Sasson, 2017 (n° 103) ; Pereira de Souza Fleury, R. (2015). Clauses générales A trend towards its elimination. *Arbitration International*, 31, 679.

<sup>116</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A. C. République Islamique du Pakistan, Affaire CIRDI n° ARB/01/13, Décision du tribunal sur les oppositions à la compétence (6 août 2003) § 163–166.

<sup>117</sup> LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. C. République Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/02/1, Décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006 ; CMS Gas Transmission Company c. République Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, Sentence, 12 mai 2005 ; Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c. République Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/01/3, Sentence, 22 mai 2007 ; Sempra Energy International c. République Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/02/16, Sentence, 28 septembre 2007.

<sup>118</sup> LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. République Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/02/1, Décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006.

<sup>119</sup> LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. République Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/02/1, Décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006 § 164-175.

les obligations contractuelles telles que le paiement et les obligations assumées par la loi ou la réglementation. Les obligations visées par la « clause générale » sont néanmoins limitées par leur objet : « en ce qui concerne les investissements » [notes de bas de page omises]<sup>120</sup>.

Le tribunal d'Enron a donc également conclu que la clause générale du TBI États-Unis–Argentine s'étendait non seulement aux engagements pris à l'égard d'un investissement particulier, mais était assez large pour s'étendre à un large éventail d'obligations, dans la mesure où elles concernaient généralement des questions d'investissement.

Un autre cas connu impliquant des clauses générales était celui de *SGS c. La République du Paraguay*. Dans sa décision sur la compétence, le tribunal a examiné la clause générale contenue dans le TBI entre la Suisse et le Paraguay, qui prévoit que : « [l]a Partie contractante doit constamment garantir le respect des engagements qu'elle a pris à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante. »<sup>121</sup>

Le tribunal a interprété cette disposition de façon générale :

À partir de ces considérations, nous estimons qu'il ne nous est pas difficile de déterminer la compétence quant aux demandes du Demandeur en vertu de l'article 11. Cet article crée une obligation pour l'État de garantir en permanence le respect de ses engagements pris à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie. À première vue, l'obligation n'a aucune limite ; elle s'applique apparemment à tous ces engagements, qu'ils soient établis par contrat ou par la loi, unilatéralement ou bilatéralement, etc.<sup>122</sup>

Ces interprétations de clauses générales larges indiquent qu'elles ne se limitent pas aux engagements pris dans un contrat à l'égard d'un investisseur ou même sous une autre forme à l'égard d'un investisseur ou d'un investissement spécifique<sup>123</sup>. Ces interprétations comprennent plutôt un large éventail d'engagements juridiques de l'État à l'égard de l'investissement en général, qui sont souvent inconnus au moment de la conclusion du TBI.

#### **4.3.1.2 CLAUSES GÉNÉRALES ET ENGAGEMENTS DE L'OMC : INTERACTION POTENTIELLE**

À ce jour, les tribunaux appelés à trancher les différends entre investisseurs et États ont abordé des questions relatives à la portée des clauses générales et à la façon dont elles se rapportent aux

---

<sup>120</sup> Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c. République Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/01/3, Sentence, 22 mai 2007, § 274. La décision a finalement été annulée pour des raisons non liées à l'interprétation de la clause générale.

<sup>121</sup> Paraguay–Switzerland BIT (1992), Article 11. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2747/paraguay---switzerland-bit-1992->

<sup>122</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. La République du Paraguay, Affaire CIRDI n° ARB/07/29, Décision du tribunal sur la compétence, 12 février 2010, § 167.

<sup>123</sup> Eureka c. Pologne, Sentence partielle, 19 août 2005, § 246-250 ; SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République Islamique des Philippines, Affaire CIRDI n° ARB/02/6, Décision du tribunal sur les oppositions à la compétence (29 janvier 2004) § 119, 155 Continental Casualty c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/03/9, décision du 5 septembre 2008, § 301.

différents types de contrats auxquels l'État est partie, ainsi que les engagements pris en vertu de la législation nationale. Toutefois, il est difficile de déterminer si les engagements pris dans les accords internationaux, y compris dans le cadre de l'OMC, seraient considérés comme relevant d'une clause générale.

La question a été soulevée dans le cadre de deux affaires intentées par Philip Morris contre les gouvernements de l'Uruguay et de l'Australie, respectivement, pour contester de nouvelles lois et règlements sur l'emballage des produits du tabac. Dans l'affaire *Philip Morris c. Uruguay*, le tribunal a examiné la clause générale du TBI entre l'Uruguay et la Suisse, qui prévoit ce qui suit : « L'une ou l'autre des Parties contractantes garantit en permanence le respect des engagements qu'elle a pris à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante.<sup>124</sup>»

Dans cette affaire, Philip Morris a allégué que ses marques de commerce étaient des « engagements » pris par le gouvernement à l'égard des investissements. Le tribunal a examiné un certain nombre de conventions sur la propriété intellectuelle auxquelles l'Uruguay est Partie ou dont il est Membre, notamment l'Accord sur les ADPIC de l'OMC. Il a ensuite conclu qu'en vertu du droit uruguayen ou des conventions internationales auxquelles l'Uruguay est Partie, le titulaire de la marque ne jouit pas d'un droit d'utilisation absolu, libre de réglementation, mais seulement d'un droit exclusif d'exclure des tiers du marché de telle sorte que seul le titulaire de la marque ait la possibilité d'utiliser la marque dans le commerce, sous réserve du pouvoir réglementaire de l'État. [notes de bas de page omises]<sup>125</sup>.

Cette conclusion a abouti non seulement au rejet d'une violation alléguée de la disposition sur l'expropriation, mais aussi à l'affirmation selon laquelle l'enregistrement de la marque de commerce du demandeur relevait de la portée des « engagements » visés par la clause générale. Le tribunal a également noté que l'Uruguay « n'a pas accepté activement d'être lié par une obligation ou une ligne de conduite ; il a simplement permis à l'investisseur d'accéder au même système national de PI pour toute personne admissible à enregistrer une marque de commerce »<sup>126</sup>.

Le tribunal a examiné la clause générale, concluant qu'un enregistrement de marque de commerce n'était pas un « engagement » en vertu de cette clause. Ce faisant, le tribunal n'a pas abordé la question de savoir si, en principe, un engagement pris par un État en vertu de l'Accord sur les ADPIC ou d'un autre accord international pouvait effectivement constituer un engagement en vertu de la clause générale, et rien n'indique que le demandeur ait invoqué cet argument.

En revanche, Philip Morris a expressément fait valoir dans son action concernant l'Australie, qui a été intentée en vertu du TBI Australie-Hong Kong, que la loi intitulée Plain Packaging

---

<sup>124</sup> Switzerland–Uruguay BIT (1988), Article 11. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/3004/switzerland--uruguay-bit-1988->

<sup>125</sup> Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products s.a. et Abal Hermanos s.a. c. Uruguay, Affaire CIRDI n° ARB/10/7, Sentence, 8 juillet 2016, § 271.

<sup>126</sup> Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products s.a. et Abal Hermanos s.a. c. Uruguay, Affaire CIRDI n° ARB/10/7, Sentence, 8 juillet 2016, § 480.

Act de l'Australie violait la clause générale de ce TBI. La clause stipulait que « [c]haque Partie contractante doit respecter toute obligation qu'elle aurait contractée à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante »<sup>127</sup>. Philip Morris a soutenu que l'Australie avait enfreint les règles internationales en matière de propriété intellectuelle, alléguant que la Loi sur l'emballage neutre contrevenait à l'Accord sur les ADPIC, à la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle et à l'Accord OTC. Philip Morris a affirmé que cela avait conduit à une violation de la clause générale ainsi que de l'obligation de TJE, la dernière citée étant décrite plus en détail dans la section suivante du présent document<sup>128</sup>. Le tribunal n'a pas pris position sur ce point parce que l'affaire a été rejetée pour des raisons de procédure au stade de la compétence, et les questions de fond relatives à la clause générale n'ont jamais été abordées.<sup>129,130</sup>

### 4.3.1.3 CLAUSES GÉNÉRALES ENSEIGNEMENTS ET CONCLUSIONS CLÉS

La jurisprudence indique que les clauses générales peuvent viser les engagements contractuels, unilatéraux et autres que l'État hôte a pris à l'égard des investissements. Il n'est pas nécessaire de prendre ces engagements en ce qui concerne des investissements « spécifiques », mais simplement pour les investissements en général. Les engagements pris par les Membres de l'OMC dans le cadre d'un CMFI potentiel répondraient très probablement à cette exigence, étant donné que toutes les mesures visées seront liées à l'investissement. Sauf si elle est explicitement exclue dans l'AII pertinente, une clause générale pourrait être interprétée comme devant s'étendre aux engagements pris dans le contexte du CMFI. Une telle interprétation est probable, mais il convient de noter qu'il subsiste une réelle indécision arbitrale à ce jour sur la question de savoir si les clauses générales s'étendent aux engagements d'un État envers l'OMC. En outre, seuls 43 % des AII en vigueur comportent des clauses générales, dont la portée et le libellé peuvent varier.

## 4.3.2 Le TJE

### 4.3.2.1 CONTEXTE

La plupart des AII exigent que l'État hôte traite les investisseurs de la Partie représentant l'État « de façon juste et équitable ». Selon une base de données tenue à jour par la CNUCED, les dispositions relatives au TJE sont incluses dans près de 95 % de tous les traités internationaux

---

<sup>127</sup> Australia–Hong Kong, China SAR BIT (1993). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/207/australia---hong-kong-china-sar-bit-1993->

<sup>128</sup> Philip Morris Asia Limited c. The Commonwealth of Australia, CNUDCI, Cour permanente d'arbitrage, Affaire n° 2012-12, Avis d'arbitrage, 21 novembre 2011 ; également, dans Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products s.a. et Abal Hermanos s.a. c. Uruguay, Affaire CIRDI n° ARB/10/7, Demande d'arbitrage, 19 février 2010.

<sup>129</sup> Philip Morris Asia Limited c. The Commonwealth of Australia, CNUDCI, Cour permanente d'arbitrage, Affaire n° 2012-1, Sentence sur la compétence et la recevabilité, 17 décembre 2015.

<sup>130</sup> Il convient de noter que l'Australian Plain Packaging Act a fait l'objet d'un examen dans le cadre d'un différend en cours à l'OMC présenté par plusieurs Membres, avec des rapports définitifs établis par l'Organe d'appel sur les appels interjetés par deux des plaignants initiaux publiés le 9 juin 2020. De plus amples détails sur ces rapports sont disponibles sur le portail Documents en ligne de l'OMC, sous les références WT/DS435/25 et WT/DS441/26.

sur l'investissement<sup>131</sup> et constituent la norme la plus contestée en matière d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur les traités; environ 83 % de tous les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités ont donné lieu à des réclamations fondées sur une disposition relative au TJE<sup>132</sup>.

La clause la plus fréquemment utilisée dans la plupart des TBI plus anciens est une clause TJE « sans réserve » qui exige simplement que les États hôtes invoquent le TJE. Une autre approche, qui est apparue dans les années 1990 avec l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), est formulée comme étant la norme minimale de traitement en vertu du droit international coutumier. Enfin, pour répondre aux interprétations élargies du TJE par les tribunaux, une troisième approche plus récente repose sur une norme de traitement qui précise et énumère les types d'actions visées par la norme.

### Clauses TJE sans réserve

Les clauses TJE sans réserve sont généralement formulées de la manière suivante : « Les investissements effectués par les investisseurs de chaque Partie contractante bénéficient d'un traitement juste et équitable... »<sup>133</sup>. Ce type de disposition a souvent permis aux investisseurs de faire prévaloir leurs droits dans la procédure de RDIE lorsque leurs demandes fondées sur l'expropriation et la non-discrimination ainsi que d'autres demandes particulières ont échoué. La norme a été interprétée de tellement de façons que, dans la pratique, il est difficile de prévoir quand les actions d'un État violeront la norme TJE. Il est donc plus difficile pour les États d'éviter activement la survenue de différends. Le libellé du traité lui-même dans sa forme la plus utilisée, tel qu'il est reproduit ci-dessus, ne donne aucune orientation, et les tribunaux interprétant cette obligation ont adopté un large éventail d'approches. Une approche très large a été adoptée en 2003 dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*, un différend concernant le refus par l'État de renouveler un permis d'exploitation pour un site d'enfouissement de déchets dangereux. Le tribunal jugeant l'affaire *Tecmed* a conclu que, pour éviter de contrevenir à l'obligation relative aux TJE, l'État hôte devait agir d'une manière qui « n'affecte pas les attentes de base qui ont été prises en compte par l'investisseur étranger pour décider l'investissement » et d'une manière « exempte d'ambiguïté et totalement transparente », afin que l'investisseur puisse connaître toutes les règles et réglementations pertinentes et leurs objectifs respectifs avant d'investir<sup>134</sup>. Bien que les tribunaux ultérieurement saisis aient critiqué la définition de TJE donnée par le tribunal jugeant l'affaire *Tecmed*, à savoir « un programme de bonne gouvernance qu'aucun État au monde n'est en mesure de garantir en tout temps »<sup>135</sup>, il a néanmoins été approuvé par de nombreux tribunaux ultérieurement saisis.

---

<sup>131</sup> CNUCED. (2020a). Investment Policy Hub. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

<sup>132</sup> CNUCED. (2020b). Investment Policy Hub. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>

<sup>133</sup> Israel–Myanmar BIT (2014), Article 2.2.

<sup>134</sup> *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, Sentence, (20 mai 2003) § 154.

<sup>135</sup> *El Paso Energy Int'l Co. c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/15, Sentence § 342 (31 oct. 2011).

Un aspect important développé par les tribunaux est la notion selon laquelle l'obligation de TJE protège les « attentes légitimes » des investisseurs. Ce concept est également au cœur de l'interprétation de la norme TJE par le tribunal jugeant l'affaire *Tecmed*. Toutefois, les approches des tribunaux à l'égard de l'affaire *Tecmed* ont été très différentes. Un tribunal, par exemple, a averti que le fait d'interpréter littéralement les conclusions de l'affaire *Tecmed* entraînerait pour l'État hôte des obligations qui seraient « inappropriées et irréalistes ». Par ailleurs, il a estimé que les attentes des investisseurs doivent être raisonnables et légitimes compte tenu des circonstances du pays d'accueil<sup>136</sup>.

Avec des approches aussi divergentes pour interpréter les clauses TJE, ainsi que le concept connexe des attentes légitimes des investisseurs, il est difficile de prévoir une approche spécifique. Toutefois, si un gouvernement s'engage par écrit à agir d'une façon ou d'une autre, cela influera inévitablement sur la décision d'un tribunal lorsqu'il évaluera les attentes légitimes d'un investisseur.

### Clauses de la norme minimale de traitement

Certains AII adoptent une approche différente, s'appuyant sur le concept de « norme minimale de traitement »<sup>137</sup>. Cette clause est largement utilisée dans les AII négociés par les États-Unis et le Canada depuis les années 1990 et ultérieurement dans d'autres pays<sup>138</sup>. Elle est clairement plus étroite que la clause TJE. Premièrement, elle se limite au droit international coutumier, qui a généralement (mais pas toujours)<sup>139</sup> été interprété par les tribunaux comme fixant un seuil plus élevé<sup>140</sup>. Par ailleurs, elle explicite sa relation avec d'autres accords distincts, qui pourraient

---

<sup>136</sup> *Saluka Investments BV c. République tchèque*, CNUDCI, Sentence partielle, 17 mars 2006, § 304- 05.

<sup>137</sup> L'Article 6 de l'Accord de 2016 entre le Canada et la Mongolie sur la promotion et la protection des investissements se lit comme suit :

Norme minimale de traitement

1. Chaque Partie accorde aux investissements visés un traitement conforme à la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier, y compris un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité complètes.
2. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité complètes » au paragraphe 1 n'exigent pas de traitement en plus ou au-delà de ce qui est exigé par la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier.
3. La violation d'une autre disposition du présent accord ou d'un accord international distinct n'établit pas qu'il y a eu violation du présent Article.

<sup>138</sup> Par exemple, Accord de partenariat économique entre le Japon et la République des Philippines, 9 septembre 2006 ; Accord établissant la zone de libre-échange ANASE-Australie-Nouvelle-Zélande, 27 février 2009 ; Accord de libre-échange entre le gouvernement de la République populaire de Chine et le gouvernement de la République de Corée, 1er juin 2015 ; La promotion et la protection réciproques des investissements entre la République argentine et l'État du Qatar, 6 novembre 2016.

<sup>139</sup> Boone Barrera, E. (27 avril 2019). *The case for removing the fair and equitable treatment standard from NAFTA* (Document du CIGI [Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale] n° 128). <https://ssrn.com/abstract=3012347>

<sup>140</sup> *Glamis Gold, Ltd. c. U.S., ALENA/CNUDCI*, Sentence, § 22 (8 juin 2009).

inclure les accords de l'OMC, en déclarant qu'une violation d'un autre accord n'établit pas une violation du traité d'investissement en cause.

Cette approche remonte aux premières expériences de l'ALENA, dont le libellé original exigeait « un traitement conforme au droit international, y compris un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité complètes »<sup>141</sup>. Dans les premières affaires judiciaires, les tribunaux arbitraux avaient interprété ce seuil au sens large.<sup>142</sup> En réaction à ces interprétations générales et par crainte que le TJE puisse être utilisé en cas de violation de toute autre obligation à l'intérieur ou à l'extérieur de l'ALENA (par exemple, les accords conclus dans le cadre de l'OMC), les trois parties à l'ALENA (le Canada, le Mexique et les États-Unis) ont publié une interprétation exécutoire par l'entremise de la Commission du libre-échange de l'ALENA en 2001. Selon cette interprétation, « les concepts de “traitement juste et équitable” et de “protection et sécurité complètes” n'exigent pas de traitement en plus ou au-delà de ce qui est exigé par la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier ». Ils ont également fait remarquer que « la décision selon laquelle 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 »<sup>143</sup>.

### **L'approche de liste appliquée au TJE : une tentative de clarification**

Au cours des dernières années, une autre approche du TJE a été élaborée, puisque le recours au droit international coutumier n'offrait toujours pas une prévisibilité suffisante, car les principaux concepts du droit international coutumier étaient souvent interprétés de façons différentes, et

---

<sup>141</sup> L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), Art. 1105(1), 17 décembre 1992, 32 I.L.M. 289 (1993).

<sup>142</sup> Voir *Metalclad Corporation c. Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1, Sentence, 30 août 2000; S.D. Myers, Inc. c. Canada, ALENA/CNUDCI, Sentence partielle, 13 novembre 2000.

<sup>143</sup> Commission du libre-échange de l'ALENA (2001). *Accord de libre-échange nord-américain : Note d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*. [http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding\\_f.asp](http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_f.asp)

parfois contradictoires. Cette approche, introduite pour la première fois par l'Union européenne, repose sur la définition de la norme TJE en établissant une liste des cas qu'elle vise<sup>144</sup>.

Dans le cadre de cette approche émergente, qui n'est pas encore largement utilisée, la norme TJE est clarifiée plus avant. Elle donne encore lieu à une certaine marge d'interprétation et maintient, dans une certaine mesure, la notion d'attentes légitimes. Cette disposition clarifie également la relation avec les accords internationaux distincts, qui comprennent ceux qui relèvent de l'OMC, à condition qu'une violation d'un tel accord ne constitue pas une violation de la clause TJE. Certains pays ont adopté une approche « de liste » semblable, mais ont exclu certains éléments qui permettent des interprétations générales, comme les références à l'« arbitraire » et aux « attentes légitimes »<sup>145</sup>.

#### 4.3.2.2 ENGAGEMENTS RELATIFS AU TJE ET À L'OMC INTERACTION POTENTIELLE

Le processus décisionnel arbitral a beaucoup varié et les contours de l'obligation d'un État au regard du TJE — qu'il s'agisse de la norme sans réserve ou de la norme plus détaillée, demeurent évolutifs. Au cours des deux dernières décennies, les tribunaux ont souvent interprété largement la norme et ont constaté qu'un large éventail de situations étaient visées par celle-ci. Les tribunaux ont conclu, à divers degrés, que la norme TJE comprenait, entre autres, une

---

<sup>144</sup> Par exemple, l'Article 8.10 de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre l'Union européenne et le Canada se lit comme suit : « Traitement des investisseurs et des investissements visés » :

1. Chaque Partie accorde, sur son territoire, aux investissements visés de l'autre Partie et aux investisseurs en ce qui concerne leurs investissements visés, un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales conformément aux paragraphes 2 à 7.
2. Une Partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable prévue au paragraphe 1 lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue, selon le cas : a) un déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives ;  
b) une violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi, y compris une violation fondamentale de la transparence, dans les procédures judiciaires et administratives ; c) un cas d'arbitraire manifeste ; d) une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses ; e) un traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement ; f) un manquement à tout autre élément de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable adopté par les Parties conformément au paragraphe 3 du présent article.
- ...
4. Lorsqu'il applique l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable précitée, le Tribunal peut tenir compte du fait qu'une Partie a fait ou non des déclarations spécifiques à un investisseur en vue d'encourager un investissement visé, lesquelles ont créé une attente légitime et motivé la décision de l'investisseur d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé, mais auxquelles la Partie n'a pas donné suite.
- ...
6. [Pour plus de précision], il est entendu qu'une violation d'une autre disposition du présent accord, ou d'un autre accord international, n'établit pas qu'il y a eu violation du présent article.

Texte complet du chapitre de l'AECG consacré à l'investissement : Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne, chapitre sur l'investissement, 30 octobre 2016. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5380>

<sup>145</sup> Traité de coopération et de facilitation de l'investissement Brésil-Inde, Article 4 (2020). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download>. Ici, les parties ont également évité les termes « juste et équitable ».



obligation de bonne foi, de cohérence, de transparence et d'application régulière de la loi<sup>146</sup>. Les tribunaux ont également conclu que la norme TJE incluait la protection des « attentes légitimes des investisseurs ».

Compte tenu des contours flous et flexibles de la clause TJE, les disciplines proposées dans le cadre du CMFI pourraient avoir une incidence importante sur l'interprétation de l'obligation TJE dans les affaires entre investisseurs et États impliquant des réclamations relatives à la prise de décisions et aux processus administratifs de l'État. Un tribunal tiendra probablement compte des obligations des États hôtes en vertu du CMFI, car celles-ci ont trait à plusieurs aspects que les tribunaux ont pris en considération lorsqu'ils ont analysé le comportement d'un État en vertu de la clause TJE. Par exemple, la section II du CMFI proposé établit des disciplines sur la transparence des mesures relatives à l'investissement. La transparence a été prise en compte par divers tribunaux lors de l'interprétation de la norme TJE<sup>147</sup>. Bien que l'aspect transparence ne soit généralement pas explicitement mentionné dans les AII, le CMFI fournit des règles détaillées sur la publication et la disponibilité des mesures, le type d'information à publier lorsqu'une autorisation est requise pour investir dans un pays, ainsi que les disciplines exigeant la possibilité de fournir des commentaires préalables sur les mesures proposées.

Par ailleurs, la Section III du *texte consolidé informel* du CMFI traite de la rationalisation et de l'accélération des procédures et des exigences administratives. Cette section comprend des disciplines portant sur « l'administration cohérente, raisonnable, objective et impartiale des mesures » (articles 7.1 et 7.2) et sur la réduction et la simplification des procédures administratives et des exigences en matière de documentation (articles 8.1 à 8.4). Elle exige également des « critères clairs pour les procédures administratives » (articles 9.1- 9.3). Encore une fois, ces disciplines portent sur des questions que certains tribunaux ont jugé constituer des éléments de la norme TJE<sup>148</sup>.

En outre, le CMFI comprend de longues dispositions sur les procédures d'autorisation, allant de l'application des délais et des périodes aux droits et frais et aux règles sur les applications électroniques. Bien que les AII ne comportent généralement pas de dispositions sur les processus d'autorisation et de délivrance de permis, plusieurs tribunaux ont examiné les questions relatives à la façon dont les États hôtes ont conçu ou mené les procédures de délivrance de permis et d'autorisation dans le cadre de l'analyse du TJE<sup>149</sup>.

La question qui se pose alors est de savoir comment les éventuelles nouvelles disciplines du droit administratif dans le cadre du CMFI proposé pourraient avoir une incidence sur l'interprétation et l'application de la norme TJE par les tribunaux des États investisseurs. Il y a au moins deux façons dont les disciplines proposées dans le cadre du CMFI pourraient influencer la façon

---

<sup>146</sup> Voir, par exemple, Dolzer, R. (2014). Fair and equitable treatment: Today's contours. *Santa Clara Journal of International Law*, 12, p. 15. <http://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol12/iss1/2>

<sup>147</sup> Ibid. 30.

<sup>148</sup> Voir par exemple *Thunderbird c. Mexique*, *Genin c. Estonie*, et *Waste Management c. Mexique*.

<sup>149</sup> Voir par exemple *Clayton/Bilcon c. Canada*, *Crystallex c. Venezuela*.

dont un tribunal interprète la clause TJE. Premièrement, un tribunal examinerait probablement les divers engagements internationaux qu'un État hôte aurait pris en interprétant des clauses formulées de façon vague. Cela serait conforme aux principes d'interprétation des traités. Aux termes de l'Article 31.3c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui reflète le droit international coutumier sur l'interprétation des traités, une condition d'un traité devrait être examinée à la lumière de «*toute règle pertinente du droit international applicable dans les relations entre les parties*» (italiques ajoutés). Par conséquent, un tribunal appelé à trancher les différends entre investisseurs et États constitué en vertu d'un AII tiendrait probablement compte des disciplines plus détaillées convenues par les parties à l'AII dans le cadre du CMFI<sup>150</sup>. Dans le cas où un État s'est engagé à l'égard des disciplines du CMFI, un tribunal appelé à trancher les différends entre investisseurs et États interpréterait probablement la clause TJE à la lumière de ces engagements plus détaillés et plus précis. Cela pourrait aller jusqu'à conclure qu'une violation des disciplines du CMFI constituerait également une violation de la clause TJE.

Une autre interaction possible entre le CMFI et la norme TJE repose sur le fait que les engagements pris dans le cadre du CMFI peuvent créer des «*attentes légitimes*» de la part de l'investisseur. Les tribunaux ont constaté que l'ordre juridique de l'État peut susciter une confiance légitime<sup>151</sup>. Bien que la plupart des affaires portent sur la législation nationale, la pratique administrative et les obligations contractuelles et engagements, ainsi que les traités internationaux pertinents font également partie de l'ordre juridique de l'État. La question cruciale pour les tribunaux appelés à trancher les différends entre investisseurs et États est de savoir si l'État a fait une déclaration ou pris un engagement suffisamment précis pour susciter des attentes légitimes de l'investisseur et l'inciter à décider l'investissement<sup>152</sup>. À ce titre, les engagements qu'un Membre de l'OMC prend dans le cadre du CMFI pourraient être considérés comme suffisamment spécifiques pour que l'État suscite une confiance légitime de l'investisseur. Une violation d'un engagement du CMFI constituerait alors une violation de la confiance légitime de l'investisseur et, par conséquent, une violation de l'obligation de TJE.

La préoccupation de contester l'OMC ou d'autres exigences commerciales dans un contexte investisseur-État au moyen de la clause TJE n'est pas nouvelle et c'est la raison pour laquelle les parties à l'ALENA ont adopté une déclaration interprétative comme cela est expliqué ci-dessus. Il convient de noter qu'une conclusion selon laquelle il y a eu violation d'un accord international distinct n'établit pas qu'il y a eu violation de la clause TJE (ou de la clause de norme minimale de traitement). La question a également été débattue dans des affaires de RDIE. Dans l'affaire

---

<sup>150</sup> Sur l'interaction entre l'OMC et le droit de l'investissement, voir Kurtz, J. (2016). *WTO and international investment law : Converging systems*. (Cambridge International Trade and Economic Law). Cambridge University Press., pp. 205–206; Gourgourinis, A. (2013). Reviewing the administration of domestic regulation in WTO and investment law: The international minimum standard as «*one standard to rule them all*»? In F. Baetens (Ed.), *Investment Law within international law: Cambridge Core*, pp. 298–329. Cambridge University Press.

<sup>151</sup> Dolzer, 2014, pp. 20–24 (n° 139).

<sup>152</sup> Paparinskis, M. (2014). *The international minimum standard and fair and equitable treatment* (pp. 225–228) (Oxford Monographs in International Law). Oxford University Press.

Methanex c. États-Unis<sup>153</sup>, Canfor c. États-Unis<sup>154</sup>, et Kenex c. États-Unis<sup>155</sup>, les investisseurs ont affirmé qu'une violation du TJE peut être fondée sur la conclusion selon laquelle une mesure est incompatible avec les règles de l'OMC<sup>156</sup>. De même, dans l'affaire Peter Allard c. La Barbade, le demandeur a intenté une action pour manquement au TJE, fondée sur des violations présumées des engagements de la Barbade en vertu des traités internationaux sur l'environnement<sup>157</sup>. Dans toutes ces affaires, les tribunaux ont rejeté les arguments principalement sur la base de circonstances factuelles. Toutefois, la possibilité réelle demeure qu'un État puisse se trouver en violation des TJE en vertu d'un AII en raison de sa violation d'un autre accord international.

Dans *Philip Morris c. Uruguay*, le tribunal semblait confirmer que les instruments internationaux peuvent créer des attentes légitimes. Dans cette affaire, les demandeurs ont fait valoir dans leur demande d'arbitrage que l'Uruguay avait violé l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable (TJE) en ne respectant pas les droits de propriété intellectuelle des demandeurs, comme le prévoient l'Accord sur les ADPIC et l'Accord de Paris sur la protection des droits de propriété industrielle<sup>158</sup>. Le tribunal n'a pas examiné la pertinence de l'un ou l'autre accord dans le fonctionnement du TJE. Le tribunal a toutefois examiné les attentes légitimes de l'investisseur à la lumière de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la Santé sur la lutte anti-tabac et de ses lignes directrices pertinentes<sup>159</sup>. Le tribunal a considéré que ces instruments internationaux constituaient le fondement permettant d'établir de légitimes attentes de la part du demandeur. Dans cette affaire, toutefois, les instruments ont été utilisés contre le demandeur, et le tribunal a conclu que « la réglementation de la vente et de l'utilisation des produits du tabac n'aurait pu être que de plus en plus stricte »<sup>160</sup>.

#### 4.3.2.3 TJE : ENSEIGNEMENTS ET CONCLUSIONS CLÉS

Comme cela est indiqué ci-dessus, les nouvelles disciplines internationales potentielles dans le cadre du CMFI sont susceptibles d'avoir une incidence importante sur l'interprétation de la norme TJE par les tribunaux de RDIE. Lorsqu'ils interprètent la norme générale et flexible de TJE, les tribunaux appelés à trancher les différends entre investisseurs et États vont probablement interpréter la clause à la lumière des engagements que les États ont pris en vertu du CMFI afin

---

<sup>153</sup> Duplique du demandeur § 56-57, *Methanex c. États-Unis* (2004). <https://2009-2017.state.gov/s/l/c5818.htm>.

<sup>154</sup> Exposé des faits établi par le demandeur, § 114, 122, 146-147, *Methanex c. États-Unis* (2004). <https://2009-2017.state.gov/s/l/c7424.htm>

<sup>155</sup> Avis d'arbitrage E, § 5(iv), (v), *Kenex, Ltd. c. États-Unis* (2002). <https://2009-2017.state.gov/s/l/c7423.htm>

<sup>156</sup> Verrill, C. (1er janvier 2005). Are WTO violations also contrary to the fair and equitable treatment obligations in investor protection agreements? *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 11(2), 287-295.

<sup>157</sup> *Peter A. Allard c. Le Gouvernement de la Barbade*, Cour permanente d'arbitrage, Affaire n° 2012-06. Sentence, 27 juin 2016, § 33-52, 164-165, 170.

<sup>158</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products s.a. et Abal Hermanos s.a. c. Uruguay*, Affaire CIRDI n° ARB/10/7, Demande d'arbitrage, 19 février 2010.

<sup>159</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products s.a. et Abal Hermanos s.a. c. Uruguay*, Affaire CIRDI n° ARB/10/7, Sentence, 8 juillet 2016.

<sup>160</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products s.a. et Abal Hermanos s.a. c. Uruguay*, Affaire CIRDI n° ARB/10/7, Sentence, 8 juillet 2016, § 430.

de déterminer si l'État hôte a violé la norme TJE. Un manquement à un engagement pris en vertu du CMFI pourrait alors entraîner un manquement à la clause TJE dans l'AII. Les engagements pris en vertu du CMFI pourraient également être perçus par les tribunaux appelés à trancher les différends entre investisseurs et États comme créant pour l'investisseur des « attentes légitimes » qui, si la conduite de l'État y faisait obstacle, constitueraient au regard de la norme TJE une violation passible d'indemnisation.

La norme TJE sans réserve, toujours présente dans la plupart des AII aujourd'hui, va présenter les risques les plus importants pour les États à cet égard. Entre-temps, les normes TJE qui sont fondées sur le droit international coutumier ou celles parmi les clauses TJE qui sont clarifiées suivant une approche de liste pourraient être moins prédisposées à constituer le fondement d'une violation d'une clause TJE.

Certains traités précisent également qu'une « violation d'un accord international distinct n'établit pas une violation » de la clause TJE. Ce type de clarification reflète les préoccupations des États selon lesquelles la clause TJE pourrait être utilisée pour contester les obligations en vertu d'autres traités par le biais du RDIE fondé sur un AII. Il n'a pas encore été déterminé si, en pratique, ce type de clarification est effectivement en mesure de protéger efficacement un État contre un éventuel non-respect de la norme TJE en enfreignant le CMFI.

### 4.3.3 Dispositions NPF dans les AII

#### 4.3.3.1 CONTEXTE

La plupart des AII comprennent des dispositions NPF<sup>161</sup>. Le libellé des clauses de la NPF dans les AII peut varier. Les anciens traités, qui sont encore majoritaires aujourd'hui, obligent généralement les parties contractantes à traiter les investissements des investisseurs de l'autre partie non moins favorablement qu'elles traitent les investissements des investisseurs d'un État tiers. Certains traités énoncent explicitement les phases de l'investissement visé par les normes :

Chaque partie contractante accorde sur son territoire aux investisseurs de l'autre partie contractante, *en ce qui concerne la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la cession de leurs investissements*, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de tout État tiers, le plus favorable à l'investisseur concerné [italiques ajoutés]<sup>162</sup>.

De telles clauses sont habituellement appelées clauses NPF post-établissement. Certains AII vont au-delà des phases post-établissement pour inclure les phases « d'établissement » ou « d'expansion ». Bien qu'ils soient encore minoritaires dans les traités d'investissement, la plupart

---

<sup>161</sup> Nikiéma, S. (2017). *La clause de la nation la plus favorisée dans les traités d'investissement* (Série bonnes pratiques de l'IISD). <https://www.iisd.org/system/files/publications/mfn-most-favoured-nation-clause-best-practices-fr.pdf>

<sup>162</sup> Article 4, Japan–Mozambique BIT (2005). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3042/download>

des chapitres sur l'investissement des accords de libre-échange comportent un tel libellé pré-établissement :

Chaque partie accorde aux investisseurs de l'autre partie et à leurs investissements un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investisseurs de la nation la plus favorisée et à leurs investissements en ce qui concerne *l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou toute autre forme de cession des investissements* [italiques ajoutés]<sup>163</sup>.

Traditionnellement, les AII comprennent deux types d'exceptions ou de restrictions propres à la NPF. Premièrement, les accords d'intégration régionale et les traités de double imposition sont exemptés de l'obligation de NPF. Par ailleurs, certains AII excluent spécifiquement certains secteurs ou types de mesures, et l'inclusion dans les AII d'exceptions générales fondées sur des clauses semblables dans le GATT de l'OMC et sur des variantes de celles-ci est de plus en plus répandue<sup>164</sup>.

Toutefois, dans leur grande majorité, les cas de l'AII examinant la clause NPF portent sur la relation entre la clause NPF et les droits et obligations en vertu d'autres AII. Depuis le début des années 2000, des investisseurs ont allégué des violations de la clause NPF, faisant valoir que d'autres investisseurs étaient favorisés en vertu des AII avec des droits procéduraux plus généreux. Dans la célèbre affaire *Mafezzini*, un tribunal a convenu pour la première fois avec les investisseurs qu'il pouvait se fonder sur les dispositions d'un autre AII au moyen de la clause NPF de l'AII sous-jacent<sup>165</sup>. Une approche qui a été suivie par de nombreux tribunaux à divers degrés, mais qui a été rejetée par d'autres tribunaux, une situation donnant lieu à beaucoup d'incertitude juridique pour les États et les demandeurs. En réponse à ces développements, certains États ont commencé à inclure des clarifications explicites pour éviter l'importation de droits procéduraux en vertu d'autres traités au moyen de la clause NPF de l'AII. Les formulations employées par certains traités récents en sont un exemple :

---

<sup>163</sup> Article 3, Finland–Kazakhstan BIT (2007). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3510/download>

<sup>164</sup> Adlung, 2016, p. 71ff (n. 66); Pérez-Aznar, F. (décembre 2017). The use of most-favoured-nation clauses to import substantive treaty provisions in international investment agreements. *Journal of International Economic Law*, 20(4), 777–805. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgx034>

<sup>165</sup> Emilio Agustín Maffezini c. Le Royaume d'Espagne, Affaire CIRDI n° ARB/97/7. Sur l'importation des normes de traitement, voir Batifort, S. & Benton Heath, J. (2018). The new debate on the interpretation of MFN clauses in investment treaties: Putting the brakes on multilateralization. *American Journal of International Law*, 111, 873–913. Voir p. 886ff.

Il est entendu que le traitement auquel renvoie le présent article et qui doit être accordé aux investisseurs et à leurs investissements ne comporte pas de mécanismes de règlement des différends, ... lesquels sont prévus dans d'autres traités internationaux sur les investissements ou d'autres accords commerciaux entre une Partie contractante et une Partie non contractante<sup>166</sup>.

Bien qu'une grande partie du débat ait porté sur l'importation de droits procéduraux au moyen de la clause NPF, une attention moindre a été accordée à l'importation de droits de fond. Les tribunaux n'ont pas hésité à autoriser l'importation de normes de fond en vertu des AII avec des tiers, telles que les clauses relatives aux TJE au moyen de la clause NPF<sup>167</sup>. En réponse à cela, certains traités, comme ceux qui sont négociés par l'Union européenne, excluent désormais également l'importation d'obligations de fond. Ces traités précisent que l'inclusion d'obligations de fond supplémentaires dans les traités conclus avec des tiers ne peut à elle seule entraîner une violation de la clause NPF. Par exemple, voici ce que prévoit à cet effet l'Accord économique et commercial global (AECG) UE-Canada :

Les obligations de fond prévues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et d'autres accords commerciaux ne constituent pas en soi un « traitement » et ne peuvent donc donner lieu à une violation du présent Article, en l'absence de mesures adoptées ou maintenues par une Partie en vertu de ces obligations<sup>168</sup>.

Ce libellé vise à éviter l'importation de dispositions de fond en définissant ce qui constitue un « traitement ». Il précise qu'une obligation en vertu d'un traité ne constitue pas un traitement et ne peut donc pas donner lieu à une violation de l'obligation de « traitement » le plus favorable. Un tel manquement ne peut se produire que si des mesures sont « adoptées ou maintenues » par l'État hôte. Il n'a pas encore été vérifié si ce libellé permettra d'atteindre l'objectif visé.

#### **4.3.3.2 LA NPF DANS LES AII ET L'OMC : INTERACTION POTENTIELLE**

Les tribunaux appelés à trancher les différends entre investisseurs et États ont examiné la jurisprudence de l'OMC pour l'examen des dispositions de fond dans les AII<sup>169</sup>. Pourtant, il n'existe aucun cas connu dans lequel un tribunal a interprété une clause NPF comme incorporant des obligations que les États ont contractées en leur qualité de Membres de l'OMC.

---

<sup>166</sup> Article 4 of the Agreement between Japan and the Oriental Republic of Uruguay for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment (2015). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3284/download>

<sup>167</sup> Batifort & Heath, 2018, p. 889ff (n° 158).

<sup>168</sup> CETA, article 8.7(4) deuxième phrase.

<sup>169</sup> Corn Products International Inc c. États-Unis du Mexique (Affaire CIRDI n° ARB[AF]/04/1) Décision sur la responsabilité, 15 janvier 2008 [122]; Cargill Incorporated c. États-Unis du Mexique (Affaire CIRDI n° ARB[AF]/05/2) Sentence, 18 septembre 2009 [193]; Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. République Islamique du Pakistan (Affaire CIRDI n° ARB/03/29) Sentence, 27 août 2009 [389]; International Thunderbird Gaming Corporation c. États-Unis du Mexique (ALENA/CNUDCI) Sentence, 26 janvier 2006 [174]-[176]; Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique (ALENA/CNUDCI) Sentence, 3 août 2005 [35], [37].

Ceci pourrait être attribué au fait que l'OMC, d'une part, et les AII, d'autre part, visent des sujets différents avec un chevauchement limité. Par ailleurs, compte tenu de l'ampleur de l'adhésion à l'OMC, il est fort probable que deux États parties à une AII soient également Membres de l'OMC. En conséquence, les dispositions de fond des accords de l'OMC ne sont pas susceptibles d'entraîner une violation de la clause NPF dans l'AII.

La situation serait différente dans le contexte du CMFI proposé, en raison du chevauchement du champ d'application et de l'objet avec ceux des AII. De ce point de vue, l'interaction entre le CMFI et les AII serait très semblable à l'interaction entre deux AII, dans le cadre de laquelle de nombreux tribunaux ont permis l'importation de normes de procédure et de fond dans un AII par le biais de la clause NPF dans l'autre. Cette situation serait particulièrement pertinente si le CMFI n'incluait pas tous les Membres de l'OMC et si les concessions n'étaient pas étendues aux Membres qui ne sont pas Membres du CFMI sur la base de la NPF, de manière similaire à l'AMP et à sa révision. Dans ce cas de figure, un investisseur pourrait invoquer la clause NPF pour importer des dispositions en vertu du CMFI dans le cas où l'État d'accueil ferait partie du CMFI, mais où l'État d'origine de l'investisseur n'en ferait pas partie. Dans le cas présent, l'investisseur pourrait faire valoir que l'État hôte traite plus favorablement les investisseurs des États Membres du CMFI<sup>170</sup>.

L'étape suivante consisterait à déterminer si l'AII applicable ne comprend pas d'exception à la clause NPF. La plupart des AII comportent des exceptions en matière de fiscalité, d'intégration régionale et d'accords commerciaux. Selon le libellé de cette exception, celle-ci pourrait s'étendre aux accords de l'OMC ou aux cadres tels que le CMFI. D'autres exceptions plus récentes pourraient également entrer en jeu, bien qu'elles demeurent une petite minorité dans les AII et n'aient pas été mises à l'épreuve dans la jurisprudence en matière de RDIE.

Enfin, la clause NPF figurant dans le CMFI pourrait permettre l'importation de normes de fond ou de procédure dans les AII<sup>171</sup>. Dans le cadre du CMFI, ce serait un Membre du CMFI/ une Partie au CMFI qui intenterait une telle action contre un autre Membre/une autre Partie, en supposant que le cadre soit soumis au règlement des différends entre États, à savoir le MRD de l'OMC. Le projet actuel ne semble pas inclure d'exception qui soit spécifique au principe de la NPF inclus dans le CMFI. Toutefois, comme cela a été mentionné précédemment, le *texte consolidé informel* du CMFI comprend effectivement certaines options différentes visant à exclure la protection des investissements et les processus entre investisseurs et États de la portée de l'accord, comme cela est exposé dans la partie 1.4 du présent document. Pour le moment, des incertitudes demeurent quant au degré d'efficacité de ces dispositions et quant à l'éventualité du changement de leur libellé.

---

<sup>170</sup> Ou les Parties, si elles utilisent le langage adopté dans le cas de l'AMP comme un autre accord plurilatéral fermé.

<sup>171</sup> Cette hypothèse a été analysée relativement à l'AGCS dans Adlung, 2016, p. 71ff (n° 66).

#### **4.3.3.3 NPF : ENSEIGNEMENTS ET CONCLUSIONS CLÉS**

Un investisseur d'un État qui n'est pas un Membre du CMFI/une Partie au CMFI pourrait intenter une action en vertu d'un AII contre un Membre du CMFI/une Partie au CMFI, alléguant une violation de la clause NPF. L'argument serait que le CMFI aboutit à un traitement plus favorable des Membres de l'OMC qui sont partie à ce cadre. De tels types d'importation de normes de fond ont été autorisés à maintes reprises par les tribunaux en ce qui concerne les normes incluses dans les AII de tiers. Certains traités peuvent exclure l'intégration économique régionale et les accords commerciaux de la disposition NPF, et quelques traités récents ont commencé à en limiter la portée pour interdire l'importation de normes de l'AII par des tiers. Toutefois, une telle possibilité reste effective pour la plupart des AII.

La clause NPF du CMFI peut également permettre l'importation de normes de l'AII dans un éventuel différend entre États dans le cadre de l'OMC. Il reste cependant à déterminer si un projet de clauses sur la portée actuellement intégrée dans le texte du CMFI empêcherait cette possibilité.

#### **4.3.4 LE CMFI ET LE SYSTÈME D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL À L'ÉTUDE**

Étant donné le chevauchement de la portée et du champ d'application entre le CMFI et le vaste réseau des AII, il est important que les Membres de l'OMC participant aux discussions sur le CMFI comprennent l'interaction entre les deux régimes afin d'éviter toute conséquence juridique imprévue. L'analyse présentée dans le présent document montre que de nouvelles disciplines relevant du CMFI pourraient influencer de manière significative les résultats des actions intentées par les investisseurs contre les États Membres du CMFI dans le cadre des AII. Premièrement, un investisseur pourrait engager un processus entre un investisseur et un État en vertu d'un AII contenant une clause générale de portée générale, faisant valoir qu'un manquement à un engagement pris par l'État hôte en vertu du CMFI équivaudrait également à un manquement à la clause générale en vertu de l'AII. Deuxièmement, la plupart des AII comprennent des clauses TJE à la formulation vague. Un investisseur pourrait alléguer une violation de la clause TJE en faisant valoir que les engagements de l'État hôte à l'égard du CMFI ont créé une attente légitime selon laquelle l'investisseur serait traité conformément aux disciplines du CMFI. En outre, un tribunal peut interpréter le libellé de la clause TJE à la lumière des autres obligations de l'État hôte en vertu du droit international, y compris à l'égard du CMFI. Cela influencerait probablement sur le résultat de l'évaluation d'un tribunal et, dans certaines circonstances, pourrait mener à la conclusion qu'un manquement à une discipline du CMFI constituerait également un manquement à la clause TJE. Enfin, si le CMFI n'est pas étendu à tous les Membres de l'OMC sur la base de la NPF, les investisseurs des États Membres qui ne sont pas Membres du CMFI pourraient intenter une action en RDIE contre un Membre du CMFI en alléguant une violation de la clause NPF de l'AII.



Bien que seulement quelques cas aient évalué l'interaction entre les disciplines de l'OMC et le régime de l'AII jusqu'à présent, une étude des clauses pertinentes dans les AII, du cadre général, du TJE et de la NPF, et de la jurisprudence connexe indique que les scénarios potentiels décrits ci-dessus sont réalisables, et les disciplines du CMFI peuvent trouver leur place dans le RDIE. Les Membres de l'OMC qui ont participé aux discussions sur le CMFI ont déjà indiqué clairement qu'ils ne souhaitent pas que le CMFI vise le RDIE ou la protection des investissements. La façon de rendre effectivement opérationnel ce processus nécessite une étude plus approfondie et exigerait probablement des mesures autres que celles qui sont prises dans le cadre du CMFI.

## Partie 5. Conclusion

Le présent document a cherché à fournir une analyse complète, mais en aucun cas exhaustive, des discussions menées dans le cadre de l'IDC sur la facilitation de l'investissement, en tenant compte des derniers développements et textes de ce processus par rapport aux accords et à l'architecture de l'OMC, et par rapport également au régime d'investissement international. Ce faisant, certaines questions et considérations récurrentes ont émergé et méritent d'être examinées plus à fond. Les questions relatives aux définitions, à la portée, à la compétence et à l'application ne sont pas seulement des préoccupations théoriques, mais des questions pratiques qui peuvent affecter les responsabilités et les engagements futurs d'un Membre de l'OMC, ainsi que la perspective de faire face à des poursuites judiciaires, soit en vertu du MRD de l'OMC, soit en vertu de dispositions entre investisseurs et États incluses dans les AII. L'analyse vise à fournir aux Membres de l'OMC certaines des informations qui pourraient leur être nécessaires en vue de déterminer leurs besoins, leurs priorités en matière de développement ainsi que les prochaines étapes.

La pandémie de COVID-19 et les mesures d'urgence connexes ont mis en suspens la transition de l'IDC des discussions aux négociations jusqu'en septembre, et le calendrier de la CM12 de l'OMC, qui est provisoirement envisagé pour juin 2021, reste encore à déterminer. Bien que les restrictions et la crise sanitaire mondiale qui les ont causées soient dévastatrices, le temps supplémentaire imposé par cette situation pourrait permettre à des discussions futures d'aborder ces questions plus en détail, tout en donnant aux participants et aux non-participants l'occasion de réfléchir aux autres questions et considérations qui devraient être prises en compte à l'avenir, telles que les leçons tirées d'autres forums tels que ceux de la CNUCED et de l'OCDE, dont le travail dans ce domaine a été considérable.

