

**7. — LES TENTATIVES D'INTÉGRATION  
DE LA RÉGLEMENTATION DES  
INVESTISSEMENTS DIRECTS  
ÉTRANGERS ET DU DROIT DE L'OMC:  
LES CONSÉQUENCES D'UN ACCORD  
SUR LA FACILITATION DE  
L'INVESTISSEMENT POUR LE  
DÉVELOPPEMENT**

**Lukas Vanhonnaeker**

## LUKAS VANHONNAEKER

est professeur adjoint à la faculté de droit de l'Université de Montréal. Il est titulaire d'un Bachelier en droit des Facultés Universitaires Saint-Louis, d'un Master en Droit de l'Université Catholique de Louvain, ainsi que de deux LLM obtenus à l'Université Libre de Bruxelles et à l'Université McGill. Lukas est également titulaire d'un doctorat en droit de l'Université McGill. Il mène des recherches dans le domaine du droit économique international avec un accent sur le droit des transactions commerciales internationales, le droit international des investissements et les modes alternatifs de résolution des différends.

## Introduction

Le droit du commerce international et le droit international des investissements sont deux parties intégrantes du droit économique international et partagent par conséquent de nombreuses similitudes. Toutefois, ces deux régimes juridiques se sont développés de manière distincte, conduisant certains à les qualifier de « jumeaux séparés à la naissance »<sup>1</sup>.

Les racines modernes du droit international des investissements remontent à la signature du premier traité bilatéral d'investissement (TBI) en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan<sup>2</sup>. Depuis, le réseau des traités d'investissement n'a cessé de croître<sup>3</sup>, parallèlement au développement de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'une des plus grandes réussites du droit du commerce international.

Le contexte économique et politique dans lequel le droit du commerce international et le droit international des investissements se sont développés, et qui explique l'évolution séparée de ces régimes juridiques, ne justifie pas nécessairement la poursuite du développement autonome de ces domaines du droit<sup>4</sup>. Contrairement à ce que semble suggérer la division réglementaire qui caractérise le droit international des investissements et le droit du commerce international, des liens étroits existent entre les deux régimes, ceux-ci devenant de plus en plus visibles au fur et à mesure que le phénomène de la mondialisation de l'économie prend de l'ampleur. En particulier, le droit international des investissements et le droit du commerce international partagent un objectif commun : garantir une répartition efficace des ressources et atteindre une plus grande efficacité économique grâce à l'activité économique internationale.

La convergence de ces deux régimes juridiques tourne également autour de l'évolution des façons dont les opérations économiques se déploient à l'échelle internationale et gravitent autour des sociétés multinationales. De nos jours, le commerce mondial implique de plus en plus l'utilisation de filiales établies dans différents pays, donnant ainsi une importance critique aux investissements directs étrangers (IDE) en tant que vecteurs de fourniture de biens et de services sur la scène internationale<sup>5</sup>.

La prise en compte du droit international des investissements et du droit du commerce international en termes de pratiques d'acteurs économiques intégrés à l'échelle mondiale opérant sur la scène internationale<sup>6</sup> est telle qu'il devient difficile de comprendre le droit du commerce international de façon isolée par rapport au droit international des investissements.

Ce contexte, caractérisé par la mondialisation et la nouvelle organisation des opérations économiques internationales par l'entremise de chaînes d'approvisionnement mondiales, a

1. Tomer Broude, « Investment and Trade: The 'Lottie and Lisa' of International Economic Law? » (2011) The Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law Research Paper no 10-11 à la p 3.

2. *Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan pour la promotion et la protection des investissements*, 25 novembre 1959 (entrée en vigueur : 28 avril 1962) [TBI Allemagne Pakistan].

3. En 2022, le réseau des traités d'investissement était composé de 3265 accords, dont 2830 traités bilatéraux d'investissement et 435 accords réglementant les investissements directs étrangers (CNUCED, *World Investment Report 2023: Investing in Sustainable Energy for All*, UNCTAD/WIR/2023, Genève, Nations Unies, 2023 à la p 71 [CNUCED, *World Investment Report 2023*]).

4. Broude, *supra* note 1 à la p 3.

5. Karl P Sauvart, « New Sources of FDI: The BRICs. Outward FDI from Brazil, Russia, India and China » (2005) 6:5 *J World Invest Trade* 639 à la p 639.

6. Voir Samuel J Palmisano, « The Globally Integrated Enterprise » (2006) 85:3 *Foreign Aff* 127 aux pp 129-130 : « *Simply put, the emerging globally integrated enterprise is a company that fashions its strategy, its management, and its operations in pursuit of a new goal: the integration of production and value delivery worldwide. State borders define less and less the boundaries of corporate thinking or practice [...]. Today, overseas investments continue to be made with a view to gaining access to important sources of foreign demand, but companies are investing more to change the way they supply the entire global market. The global integration of production cuts costs and taps new sources of skills and knowledge.* »

récemment conduit plusieurs pays à s'engager dans l'ambitieux projet d'aborder la question des IDE sous l'égide du cadre de l'OMC. Ce nouveau souffle de multilatéralisation porte sur un aspect spécifique du droit international des investissements – à savoir, la facilitation des investissements pour le développement – et constitue la tentative la plus récente de tisser des liens entre le droit du commerce international et le droit international des investissements.

Afin de mettre en lumière cette dynamique actuelle de convergence entre les deux régimes juridiques, cette contribution dresse, dans une première partie, un aperçu du développement distinct de ces deux domaines tout en soulignant les chevauchements existants. Dans une deuxième partie, cette contribution s'intéresse à la récente initiative visant à réglementer de manière plus complète certains aspects des IDE dans le cadre de l'OMC.

## I. – Le développement séparé du droit international des investissements et du droit du commerce international

### A. – Le développement du droit du commerce international

Bien que le commerce international et sa réglementation existent depuis longtemps, le développement du droit du commerce international tel que nous le connaissons remonte à la Conférence de Bretton Woods de 1944, tenue dans le climat tendu de l'immédiat après-guerre. En effet, c'est pour promouvoir et maintenir des relations internationales pacifiques que les dirigeants du monde ont décidé de se réunir pour traiter des questions monétaires et bancaires, conduisant à l'établissement du Fonds monétaire international (FMI) et de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (la Banque mondiale). Les questions liées au commerce n'ont pas été abordées en tant que telles lors de la Conférence de Bretton Woods. Cependant, la nécessité d'avoir une institution pour le commerce international complétant les institutions monétaires du FMI a été reconnue<sup>7</sup>. En 1946, des négociations en vue d'établir un cadre multilatéral pour le commerce international ont débuté avec pour objectif la création d'une Organisation internationale du commerce (OIC).

La création de l'OIC était prévue dans la *Charte de La Havane*, dont les États-Unis étaient le fer de lance<sup>8</sup>. Cependant, après leur refus de ratifier la *Charte*, l'ambitieux projet d'OIC se transforma en échec<sup>9</sup>. Parallèlement, les Nations Unies ont été créées en 1945, suivies de peu par leur organe subordonné, le Conseil économique et social des Nations Unies, qui a vu le jour en 1946 et qui adopta, lors de sa première réunion, une résolution appelant à la négociation d'un projet d'organisation internationale du commerce<sup>10</sup>. Tout était alors en place pour permettre au GATT de prendre forme et, lors de la troisième et plus importante réunion du comité préparatoire tenue à Genève d'avril à novembre 1947, deux des principales parties de la réunion (les parties deux et trois – la première étant la poursuite de la préparation de la charte de l'OIC) ont été dédiées respectivement à la négociation d'un accord multilatéral sur la réduction réciproque des tarifs et à la rédaction de clauses relatives aux obligations tarifaires.

L'initiative visant à créer l'OIC étant dormante, l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)* – qui s'inspire de certaines parties de la *Charte de La Havane* – a été signé le 30 octobre 1947 à titre d'accord provisoire<sup>11</sup>.

7. Conférence monétaire et financière des Nations Unies (Bretton Woods, N. H., 1-22 juillet 1944), *Proceedings and Documents 941*, US Department of State Publication N° 2866, 1948.

8. Voir John H Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, MIT Press, 1997 à la p 37.

9. Voir Richard Toye, « Developing Multilateralism: The Havana Charter and the Fight for the International Trade Organization, 1947-1948 » (2003) 25:2 *Int'l Hist Rev* 282 à la p 294; et Jackson, *supra* note 8 aux pp 37-38.

10. CESNU, *Résolution*, Res CES 13, Doc Off CESNU, 1946, Doc NU E/22.

Il n'est pas surprenant que le GATT de 1947 n'aborde pas le thème des IDE. En particulier, le contexte historique, économique et politique difficile dans lequel les négociations sur ce qui deviendra l'OMC prirent place permet d'expliquer l'absence d'une telle réglementation. En effet, à l'époque de la négociation du GATT, non seulement la multilatéralisation et la libéralisation du droit international des investissements étaient loin d'être une priorité – ni même considérées comme une nécessité –, mais le contexte tendu militait en outre contre une complexification des discussions. Cette dynamique de simplification des négociations explique pourquoi les rares dispositions relatives aux investissements étrangers insérées dans la *Charte de La Havane* de 1948 étaient rédigées en termes exhortatifs, et donc sans effet contraignant.

Le clivage entre le droit du commerce international et le droit international des investissements est notamment illustré par les conclusions rendues une quarantaine d'années plus tard, en 1984, par le Groupe spécial de règlement des différends du GATT dans son rapport dans l'affaire *Canada – Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*. Celui-ci souligne en termes clairs que le GATT ne s'intéresse pas aux investissements, mais uniquement aux marchandises :

Le but de l'article III:4 n'est pas de protéger les intérêts de l'investisseur étranger, mais d'assurer que les produits originaires de toute autre partie contractante bénéficient d'un traitement non moins favorable que les produits nationaux [...]. [L]e Groupe spécial estime qu'il est sans intérêt – et qu'il n'a d'ailleurs pas compétence pour le faire – de juger comment les investisseurs étrangers sont touchés par les prescriptions en matière d'achat, étant donné que les obligations énoncées à l'article III de l'Accord général en ce qui concerne le traitement national ne s'appliquent pas aux personnes ou sociétés étrangères, mais aux produits importés, et ont pour objet de protéger les intérêts des producteurs et des exportateurs établis sur le territoire de toute partie contractante<sup>12</sup>.

Malgré les directions divergentes dans lesquelles le droit international des investissements et le droit du commerce international ont évolué, certaines tentatives de les fusionner ont été entreprises. Ainsi, l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord sur les MIC)*<sup>13</sup> a été adopté en 1994 sous les auspices de l'OMC, et le Groupe de travail des liens entre commerce et investissement a été établi en 1996 pour évaluer les interactions entre ces deux domaines. Bien que l'*Accord sur les MIC* ait été négocié et conclu avec succès, il reste à ce jour l'un des accords de l'OMC les moins utilisés. Le Groupe de travail des liens entre commerce et investissement n'a, quant à lui, abouti qu'à peu de propositions concrètes<sup>14</sup>.

**11.** Plus précisément, l'article XXIX du GATT, intitulé « Rapports du présent Accord avec la Charte de La Havane », précise que :

1. Les parties contractantes s'engagent à observer, dans toute la mesure compatible avec les pouvoirs exécutifs dont elles disposent, les principes généraux énoncés dans les chapitres I à VI inclusive-ment et le chapitre IX de la Charte de La Havane, jusqu'au moment où elles auront accepté la Charte suivant leurs règles constitutionnelles.
2. L'application de la Partie II du présent Accord sera suspendue à la date de l'entrée en vigueur de la Charte de La Havane.
3. Si, à la date du 30 septembre 1949, la Charte de La Havane n'est pas entrée en vigueur, les parties contractantes se réuniront avant le 31 décembre 1949 pour convenir si le présent Accord doit être amendé, complété ou maintenu. » (*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187 art XXIX(1)-(3) (entrée

en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1948).) Avec l'avènement de l'OMC le 1<sup>er</sup> janvier 1995, cette disposition et la Charte de La Havane dans son ensemble sont devenues *de jure* sans objet.

**12.** *Canada – Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger* (1984), OMC Doc L/5504 – 30S/147 aux para 5.9 et 6.5 (Rapport du Groupe spécial), en ligne (pdf) : OMC <[www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/82fira.pdf](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/82fira.pdf)>.

**13.** *Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1868 UNTS 186, Annexe 1A (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995) [*Accord sur les MIC*].

**14.** Voir Pierre Sauvé, « Multilateral Rules on Investment: Is Forward Movement Possible? » (2006) 9:2 *J Int'l Econ Law* 325.

## B. – Le développement du droit international des investissements

Le développement du droit international des investissements a pour toile de fond l'accession de nombreuses colonies à l'indépendance dans les années 1950 et 1960, ainsi que les discussions menées tout au long des années 1960 et 1970 sous l'égide de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), dans le cadre desquelles ont été promues des politiques de développement économique fondées sur la substitution des importations et le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles<sup>15</sup>. Ces discussions ont abouti à l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies de la *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*<sup>16</sup>. Dans les années qui ont suivi cette déclaration, les politiques visant à promouvoir l'essor des pays en développement se sont distancées de l'idée de substitution des importations au profit de la promotion des investissements étrangers et de politiques d'exportation. Cette évolution et l'engagement politique accru des gouvernements des pays développés et en développement en faveur du libéralisme économique et d'une circulation internationale plus libre des biens, des services et des investissements<sup>17</sup> ont par ailleurs été soutenus par le consensus de Washington de 1989 entre la Banque mondiale, le FMI et le département du Trésor américain, qui s'est concentré sur les politiques de développement et de stabilisation économiques des pays en développement<sup>18</sup>.

En outre, le recours à l'IDE comme moyen d'encourager le développement économique des pays en développement a été motivé par la rareté accrue des prêts et de l'aide internationale dans les années 1970 et au début des années 1980, augmentant ainsi les défaillances et rendant les sources de financement public insuffisantes<sup>19</sup>. Au cours de cette même période, les principales nations commerçantes ont constaté qu'elles n'étaient plus en mesure d'accéder aux ressources du monde par le biais d'empires ou de politiques de puissance. Elles ont alors cherché à promouvoir un ordre commercial libéralisé plus ouvert, fondé sur des accords internationaux multilatéraux, régionaux et bilatéraux, créant ainsi le contexte dans lequel le droit international moderne de la protection des investissements a commencé à se développer.

À cet égard, les anciens traités d'amitié, de commerce et de navigation qui régulaient de façon très sommaire les IDE ont été progressivement remplacés par des TBI et des accords de libre-échange comportant des chapitres sur les IDE. De fait, la mise en place d'un régime juridique fiable pour les IDE était devenue nécessaire à la suite du mouvement de décolonisation. Initialement, les investisseurs des pays développés restaient sous l'autorité de leur État d'origine, et leurs consuls exerçaient sur eux leur autorité dans les États d'accueil, généralement des pays en développement. Ce régime, qui présentait l'avantage de permettre aux puissances coloniales d'assurer efficacement la protection de leurs investisseurs opérant à l'étranger, est devenu inacceptable à la suite du mouvement de décolonisation des années 1950 et 1960 et de l'affirmation des principes de souveraineté et d'égalité souveraine des colonies nouvellement indépendantes. Le mouvement de décolonisation a conduit à la refonte du droit international des

<sup>15</sup>. Voir Ignaz Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 1999.

<sup>16</sup>. *Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 1<sup>er</sup> mai 1974 concernant la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Res AG 3201 (S-VI), Doc Off AG, 1974 et *Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 1<sup>er</sup> mai 1974 concernant le Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Res AG 3201 (S-VI), Doc Off AG, 1974.

<sup>17</sup>. Andrew Newcombe et Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009 à la p 48 [Newcombe et Paradell].

<sup>18</sup>. Sur le consensus de Washington, voir John Williamson, « What Washington Means by Policy Reform » dans John Williamson, dir., *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington, DC, Peterson Institute for International Economics, 1990 au chapitre 2; et Joseph E Stiglitz, *Globalization and Its Discontents*, New York, WW Norton & Company, 2003.

<sup>19</sup>. Newcombe et Paradell, *supra* note 17 à la p 49.

investissements sur la base de l'idée centrale voulant que les investisseurs étrangers ne bénéficient pas d'une protection plus grande que celle accordée aux ressortissants du pays, en vertu de la loi du pays hôte<sup>20</sup>. En outre, il fut admis que la norme minimale de traitement internationale plutôt que le droit national s'appliquerait aux investisseurs étrangers si le droit local était considéré comme peu développé ou ne répondant pas aux normes de justice et d'équité<sup>21</sup>. L'absence de définition de la « norme minimale de traitement internationale » allait dès lors constituer un problème. En conséquence, la communauté internationale se mobilisa afin de fournir un cadre réglementaire pour les IDE au moyen d'accords internationaux d'investissement et de garantir une meilleure sécurité juridique.

La nature fragmentée du droit international des investissements est une conséquence directe de l'échec de la conclusion d'un accord multilatéral pour la réglementation des IDE, dont la tentative la plus notoire demeure la négociation de l'*Accord multilatéral sur l'investissement*<sup>22</sup>. En l'absence d'un tel accord multilatéral, tant les pays en développement, soucieux d'attirer les IDE, que les pays développés, dont le but était de protéger leurs investisseurs opérant à l'étranger, ont continué à négocier essentiellement sur une base bilatérale<sup>23</sup>.

En définitive, les quelque 3200 accords d'investissement<sup>24</sup> négociés depuis le premier TBI conclu en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan et qui composent ce que l'on appelle aujourd'hui le « droit international des investissements » prévoient des normes de protection fondamentales pour les IDE et les investisseurs étrangers<sup>25</sup>. Ces accords comprennent des normes de protection contre la discrimination (clause de la nation la plus favorisée – NPF – et clause du traitement national), l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable aux investisseurs et aux investissements, ou la protection contre l'expropriation illégale. Si ces normes de protection traditionnelles continuent de représenter la pierre angulaire des accords d'investissement, qu'il s'agisse de TBI ou de chapitres sur les investissements dans les accords de libre-échange, elles ont néanmoins évolué vers une précision accrue et sont aujourd'hui souvent accompagnées à la fois de clauses d'exception attachées à des standards de protection spécifiques, et de clauses d'exception générales ou affirmant le pouvoir de l'État de réglementer dans l'intérêt public<sup>26</sup>.

### C. –Le développement du commerce international et du droit international des investissements : chevauchements et tentatives manquées de réunification

Le développement séparé du droit du commerce international et du droit international des investissements ne signifie pas que des tentatives de consolidation des deux régimes n'ont pas été entreprises. En effet, des signes de chevauchement peuvent être détectés tout au long du cheminement distinct emprunté par ces deux domaines lors de leur développement respectif.

20. Surya P Subedi, *International Investment Law*, Oxford, Hart Publishing, 2008 à la p 8.

21. *Ibid* à la p 9.

22. Voir OCDE, Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), *L'Accord multilatéral sur l'investissement : projet de texte consolidé*, 24 avril 1998, DAFFE/MAI(98)7/REV1.

23. En d'autres termes, ce à quoi les pays en développement se sont opposés durant des années et qu'ils n'ont jamais accepté dans le contexte de négociations multilatérales, ils l'ont accepté dans le contexte de la

conclusion d'accords bilatéraux d'investissement et d'accords de libre-échange comportant un chapitre sur les investissements.

24. CNUCED, *World investment Report 2023*, *supra* note 3.

25. *TBI Allemagne Pakistan*, *supra* note 2.

26. Lukas Vanhonnaeker, « International Investment Agreements: Recalibration in Progress » dans Csongor I Nagy, dir, *Global Values and International Trade Law*, Londres, Routledge, 2021, 229 aux pp 233-39.

En particulier, avant que le droit international des investissements n'entame son développement autonome et ne devienne ce qu'il est aujourd'hui, des démarches ont été faites après la Seconde Guerre mondiale pour conclure des accords multilatéraux englobant tant la réglementation du commerce international que celle des IDE.

L'une des premières tentatives d'établir un régime multilatéral pour le commerce international, l'OIC, était également une tentative précoce d'unification réglementaire du droit du commerce international et du droit international des investissements. L'OIC, qui faisait alors partie du triptyque, avec le FMI et la Banque mondiale, destiné à promouvoir la coopération économique d'après-guerre, était à l'origine relativement ambitieuse en ce qui concerne la réglementation des questions ayant trait aux investissements étrangers<sup>27</sup>. Cependant, la version finale de la *Charte de La Havane* ne comportait finalement que deux dispositions relatives aux IDE, aux côtés de dispositions traitant de questions liées au commerce international. Plus particulièrement, la *Charte* abordait les IDE dans ses articles 11 sur les « Moyens de favoriser le développement économique et la reconstruction » et 12 sur les « Investissements internationaux, Développement économique et Reconstruction »<sup>28</sup>. L'ambitieux projet qu'était la création de l'OIC a finalement échoué, nous l'avons vu, bien que plusieurs parties de la *Charte de La Havane* établissant l'OIC aient été par la suite récupérées pour créer le GATT de 1947. Toutefois, cet accord n'englobe pas la réglementation des IDE. Les États se sont donc lancés dans la conclusion de traités spécifiques ayant pour objet la réglementation de ces derniers au moyen de traités d'investissement.

Une autre occasion de consolidation des deux régimes se présenta lors des négociations du Cycle d'Uruguay qui aboutit à la création de l'OMC le 15 avril 1994. Les États-Unis, en particulier, ont plaidé dès 1984 en faveur de l'inclusion de la réglementation des IDE dans les négociations du Cycle d'Uruguay<sup>29</sup>. Une telle proposition a toutefois fait face à une certaine réticence de la part de pays en développement<sup>30</sup>, menant à l'inclusion dans le mandat de négociation des seules questions relatives aux investissements liés au commerce international des marchandises<sup>31</sup>. Ainsi, le mandat pour la négociation de l'*Accord sur les MIC* excluait les questions sur les IDE liées au secteur des services.

Outre l'*Accord sur les MIC*, le deuxième accord de l'OMC pertinent en matière de réglementation des IDE<sup>32</sup> est l'*Accord général sur le commerce des services (AGCS)*<sup>33</sup>. Cet accord a été décrit comme le premier accord multilatéral et contraignant réglementant le commerce

**27.** Voir Kavaljit Singh, *Multilateral Investment Agreement in the WTO: Issues and Illusions*, Manila, Asia-Pacific Research Network, 2003 à la p 10 [Singh].

**28.** Bien que la portée de la réglementation des IDE dans la *Charte de La Havane*, telle que prévue dans les articles 11 et 12, soit plutôt limitée, en particulier à la lumière des accords d'investissement actuels, si elle avait été adoptée, la *Charte* aurait établi dès le départ la réglementation conjointe du commerce et de l'investissement.

**29.** *US National Study on Trade in Services: A Submission by the United States Government to the General Agreement on Tariffs and Trade*, Washington, DC, Government Printing Office, 1984 aux pp 54-55.

**30.** Voir Christine Fuchs, « General Agreement on Trade in Services (GATS): GATS Negotiating History » dans Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll et Clemens Feinügge, dir, *WTO – Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, 1 à la p 7.

**31.** En particulier, il est intéressant de noter que l'*Accord sur les MIC* a été négocié après l'affaire *Canada – Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, supra note 12. Pour une discussion plus approfondie de cette affaire et des négociations de l'*Accord sur les MIC*, voir Simon Lester, Bryan Mercurio et Arwel Davies, *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, 2<sup>e</sup> éd, Oxford, Hart Publishing, 2012 aux pp 670-71.

**32.** D'autres accords de l'OMC contiennent des obligations qui peuvent influencer des mesures en matière d'investissement. Leur importance est cependant moindre par rapport à l'*Accord sur les MIC* et à l'AGCS. Voir Friedl Weiss, « Trade and Investment » dans Peter Muchlinski, Federico Ortino et Christoph Schreuer, dir, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 182 aux pp 192-206.

**33.** *Accord général sur le commerce des services*, 15 avril 1994, Annexe 1B (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995) [AGCS].

international ainsi que les IDE dans le secteur des services<sup>34</sup> par le truchement de son mode 3 qui porte sur le commerce de services avec une présence commerciale dans le pays où un investissement est réalisé<sup>35</sup>. Plus précisément, le lien entre le mode 3 de l'AGCS et les IDE est opéré par l'utilisation, dans l'article I(2)c), du terme « présence commerciale » (tel qu'il est défini à l'article XXVIII(d)), caractéristique essentielle des IDE.

Cependant, pour que les IDE soient englobés sous le régime de l'AGCS, l'investissement doit nécessairement être réalisé dans le but de fournir un service. De plus, même si les conditions sont remplies pour qu'un investissement soit couvert par le mode 3 de l'AGCS et qu'une mesure donnée affectant l'investissement relève également du champ de l'Accord, celle-ci sera soumise à la portée des engagements d'un Membre spécifique de l'OMC (c'est-à-dire l'État d'accueil). En particulier, les Membres de l'OMC peuvent préciser dans leurs « listes d'engagements » concernant l'accès aux marchés (article XVI) et le traitement national (article XVII) quels secteurs et sous-secteurs, mais aussi quels modes de fourniture de services sont couverts par les obligations de l'Accord.

Après une intensification<sup>36</sup> des négociations du Cycle de Doha et des négociations poussées au sujet des services de janvier à avril 2011, le Président de la session extraordinaire du Conseil du commerce des services a présenté son rapport au Comité des négociations commerciales à la fin du mois d'avril, dans lequel il observe que :

[I]es points sur lesquels des progrès supplémentaires concernant l'accès aux marchés étaient nécessaires comprenaient, selon certains Membres, la consolidation de la libéralisation autonome là où elle est possible, l'amélioration des niveaux d'accès selon le mode 3 (y compris les restrictions concernant la participation étrangère au capital et les formes de présence commerciale)<sup>37</sup>.

Néanmoins, le rapport montre que les États sont peu disposés à progresser dans ce sens<sup>38</sup>. Peu d'avancées ont été réalisées en ce qui concerne la poursuite des efforts de libéralisation dans le contexte du mode 3 de l'AGCS, et la huitième Conférence ministérielle qui a eu lieu en décembre 2011 n'a pas non plus débouché sur des progrès positifs à cet égard.

## II. – L'intégration plus générale de la réglementation des investissements directs étrangers dans le cadre réglementaire de l'OMC : un travail en cours

La réglementation des IDE dans les domaines du commerce international des marchandises par l'Accord sur les MIC et des services par le mode 3 de l'AGCS ne fournit qu'un cadre réglementaire limité pour les IDE, qui n'atteint pas le degré de réglementation prévu dans les accords

**34.** Singh, *supra* note 27 à la p 24.

**35.** AGCS, *supra* note 33, art I(1) et (2)c). Afin que des IDE soient qualifiés de « commerce de services » au titre du mode 3 de l'AGCS, ils doivent respecter les trois conditions prévues à l'article I(1) et (2) de l'AGCS : il doit y avoir une présence commerciale (1) du fournisseur de services d'un État membre dans un autre État membre (2) et l'investissement doit être entrepris par un fournisseur de services (3).

**36.** Voir OMC, Conseil général, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 14*

*décembre 2010*, OMC Doc WT/GC/M/129 (2011) aux para 20-22.

**37.** OMC, Conseil du commerce des services – Session extraordinaire, *Négociations sur le commerce des services. Rapport du Président, M. l'Ambassadeur Fernando de Mateo, au Comité des négociations commerciales*, OMC Doc TN/S/36 (2011) au para 5.

**38.** *Ibid* aux para 32, 45, 60 et 69.

d'investissement<sup>39</sup>. En réalité, l'objectif de la réglementation des IDE poursuivi par les accords d'investissement est différent de celui initialement recherché par une telle réglementation au sein de l'OMC. L'objectif premier des règles de l'OMC en matière d'IDE est d'éviter les effets préjudiciables sur le commerce qui peuvent être provoqués par des mesures gouvernementales concernant les investissements<sup>40</sup>. Par conséquent, contrairement aux accords d'investissement, l'OMC ne vise pas directement à protéger les IDE eux-mêmes, mais plutôt à réglementer les mesures étatiques concernant les investissements dans le but de promouvoir le commerce international<sup>41</sup>.

## **A. – Les premières initiatives suivant la conclusion de l'Accord sur les MIC et de l'AGCS**

Après l'élaboration des principaux accords de l'OMC analysés ci-dessus, traitant explicitement ou non des IDE, la communauté internationale a eu l'ambition de poursuivre la libéralisation économique dans le domaine du droit international des investissements. À cet égard, l'Accord sur les MIC prévoit, par exemple :

[qu'a]u plus tard cinq ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, le Conseil du commerce des marchandises examinera le fonctionnement [de l'Accord sur les MIC] et, selon qu'il sera approprié, proposera à la Conférence ministérielle des amendements au texte dudit accord. Au cours de cet examen, le Conseil du commerce des marchandises déterminera s'il convient de compléter l'accord par des dispositions relatives à la politique en matière d'investissement et la politique en matière de concurrence<sup>42</sup>.

Afin de donner effet à cette disposition, la première Conférence ministérielle de l'OMC qui s'est tenue à Singapour en 1996 a créé des groupes de travail sur le commerce et l'investissement et sur le commerce et la politique en matière de concurrence « [c]ompte tenu des dispositions existantes de l'OMC relatives aux questions se rapportant à la politique en matière d'investissement et de concurrence et du programme incorporé qui est prévu dans ces domaines, y compris aux termes de l'Accord sur les MIC »<sup>43</sup>. En particulier, la Déclaration de Singapour, dans laquelle est énoncé le mandat de ces groupes de travail, souligne l'importance de la CNUCED et de ses travaux dans le domaine du droit international des investissements en observant que :

[c]haque un de ces groupes tirera parti des travaux de l'autre si nécessaire et s'inspirera aussi des travaux de la CNUCED et des autres enceintes intergouvernementales appropriées, sans préjudice de ceux-ci. En ce qui concerne la CNUCED, nous prenons note avec satisfaction des travaux entrepris conformément à la Déclaration de Midrand et de la contribution qu'ils peuvent apporter à la compréhension des questions. Dans la conduite des travaux de ces groupes, nous préconisons une coopération avec les organisations susmentionnées pour utiliser au mieux les ressources disponibles et pour s'assurer que la dimension développement est pleinement prise en considération. Le Conseil général suivra les travaux de chaque organe et déterminera après deux ans ce que chacun devrait faire par la suite. Il est clairement entendu que s'il y a des négociations futures sur des disciplines multilatérales dans ces domaines, elles n'auront lieu qu'après que les Membres de l'OMC auront pris par consensus une décision expresse à ce sujet<sup>44</sup>.

39. Rodney Neufeld, « Trade and Investment » dans Daniel Bethlehem et al. dir, *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 619 [Neufeld].

40. Voir le préambule de l'Accord sur les MIC, *supra* note 13.

41. Neufeld, *supra* note 39 à la p 622.

42. *Accord sur les MIC*, *supra* note 13, art 9.

43. OMC, Conférence ministérielle, « Déclaration ministérielle de Singapour », OMC Doc WT/MIN(96)/DEC (1996), au para 20, en ligne : OMC <[www.wto.org/french/thetwo\\_t\\_f/minist\\_f/min96\\_f/min96\\_f.htm](http://www.wto.org/french/thetwo_t_f/minist_f/min96_f/min96_f.htm)>.

44. *Ibid.*

La Déclaration de Singapour a été suivie de la Déclaration de Doha qui, s'appuyant sur la première, a réintroduit les « questions de Singapour » dont la question des IDE comme un sujet majeur pour les futures négociations au sein de l'OMC<sup>45</sup>. La Déclaration de Doha prévoyait que « des négociations auront lieu après la cinquième session de la Conférence ministérielle sur la base d'une décision qui sera prise, par consensus explicite, à cette session sur les modalités des négociations »<sup>46</sup>. La Déclaration de Doha a en outre chargé le Groupe de travail des liens entre commerce et investissement de se concentrer sur la clarification des éléments suivants :

portée et définition; transparence; non-discrimination; modalités pour des engagements avant établissement reposant sur une approche fondée sur des listes positives de type AGCS; dispositions relatives au développement; exceptions et sauvegardes concernant la balance des paiements; consultations et règlement des différends entre les Membres. Tout cadre devrait refléter de manière équilibrée les intérêts des pays d'origine et des pays d'accueil, et tenir dûment compte des politiques et objectifs de développement des gouvernements d'accueil ainsi que de leur droit de réglementer dans l'intérêt général. Les besoins spéciaux des pays en développement et des pays les moins avancés en matière de développement, de commerce et de finances devraient être pris en compte en tant que partie intégrante de tout cadre, qui devrait permettre aux Membres de contracter des obligations et des engagements qui correspondent à leurs besoins et circonstances propres. Il faudrait prendre dûment en considération les autres dispositions pertinentes de l'OMC. Il faudrait tenir compte, selon qu'il sera approprié, des arrangements bilatéraux et régionaux sur l'investissement existants<sup>47</sup>.

Enfin, la Déclaration de Doha souligne à son tour l'importance de collaborer avec la CNUCED<sup>48</sup>. La Déclaration était probablement trop ambitieuse, car les États membres ne sont pas parvenus à un consensus sur les IDE, pas plus que sur les « questions de Singapour ». L'absence de consensus a conduit à l'abandon de ces questions à l'ordre du jour des négociations du Cycle de Doha, principalement en raison des désaccords entre les Membres au sujet des IDE, même si l'absence de progrès sur d'autres thèmes tels que les services, l'agriculture et l'accès aux marchés non agricoles faisait également partie intégrante du problème<sup>49</sup>.

## **B. – Les Discussions structurées sur la facilitation de l'investissement pour le développement : l'émergence d'un cadre réglementaire pour la facilitation des investissements et sa place dans le cadre réglementaire des investissements directs étrangers**

L'effort actuellement entrepris pour intégrer plus largement la discipline des IDE dans le cadre réglementaire de l'OMC a été initié avec les discussions structurées amorcées en 2017 et

<sup>45</sup>. Voir OMC, *Conférence ministérielle de l'OMC, Doha, 2001: Déclaration ministérielle*, OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/1 (2001) au para 20 [Déclaration de Doha] : « Reconnaissant les arguments en faveur d'un cadre multilatéral destiné à assurer des conditions transparentes, stables et prévisibles pour l'investissement transfrontières à long terme, en particulier l'investissement étranger direct, qui contribuera à l'expansion du commerce, et la nécessité d'une assistance technique et d'un renforcement des capacités accrues dans ce domaine ». Voir aussi Lester, Mercurio et Davies, *supra* note 31 à la p 694.

<sup>46</sup>. Déclaration de Doha, *supra* note 45 au para 20.

<sup>47</sup>. *Ibid* au para 22.

<sup>48</sup>. *Ibid* au para 21.

<sup>49</sup>. Voir OMC, « La Déclaration de Doha expliquée », en ligne : OMC <[https://www.wto.org/french/top\\_f/dda\\_f/dohaexplained\\_f.htm](https://www.wto.org/french/top_f/dda_f/dohaexplained_f.htm)>.

visant à convenir d'un accord multilatéral sur la facilitation de l'investissement pour le développement (ci-après Accord FID ou l'Accord)<sup>50</sup>.

Le sujet de la facilitation a émergé dans le domaine des IDE, notamment en raison de la négociation, en 2015, par le Brésil, de traités d'investissement axés sur la coopération et la facilitation des investissements. Par ailleurs, ce sujet a été intégré dans les objectifs de différentes instances mondiales et organisations internationales telles le G20<sup>51</sup>, l'Asia-Pacific Economic Cooperation<sup>52</sup>, l'Union africaine<sup>53</sup>, l'OCDE<sup>54</sup> et la CNUCED<sup>55</sup>. Il en fut de même à l'OMC lorsqu'un groupe de 70 de ses Membres a signé, lors de la onzième Conférence ministérielle à Buenos Aires en décembre 2017, une Déclaration ministérielle conjointe en faveur de la tenue de discussions relatives à un cadre réglementaire sur la facilitation de l'investissement pour le développement au sein de l'OMC<sup>56</sup>.

La Déclaration ministérielle conjointe résulte aussi de diverses communications sur la facilitation des investissements rédigées par différents Membres de l'OMC<sup>57</sup> et a indéniablement bénéficié du succès de la conclusion en 2013 – et de l'entrée en vigueur en 2017 – du premier accord commercial multilatéral de l'OMC conclu depuis sa création en 1995 : l'*Accord sur la facilitation des échanges (AFE)*<sup>58</sup>. La conclusion de l'*AFE* a été l'occasion de lancer une initiative similaire dans le domaine des investissements internationaux<sup>59</sup>, reflétant ainsi des projets semblables menés ailleurs à l'échelle nationale<sup>60</sup> et internationale<sup>61</sup>. Cette tendance illustre l'import-

**50.** La négociation de règles générales sur l'investissement dans le cadre de l'OMC avait cependant été suggérée par des pays membres de l'OMC dans le contexte du travail effectué par le Groupe de travail des liens entre commerce et l'investissement. Voir à cet égard OMC, Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, *Communication du Canada, du Costa Rica et de la Corée*, OMC Doc WT/WGTI/W/162 (2003).

**51.** G20, « Annexe III: G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking » (10 juillet 2016), en ligne (pdf) : G20 <<http://www.g20.utoronto.ca/2016/160710-trade-annex3.pdf>>.

**52.** Asia-Pacific Economic Cooperation, « APEC Investment Facilitation Action Plan » (2008), en ligne: *APEC <09\_ifap-draft\_v2.indd (apec.org)>*.

**53.** Commission de l'Union africaine, Département des Affaires économiques, « Projet de code panafricain d'investissements » (décembre 2016), en ligne (pdf) : *Union africaine* <[https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet\\_code\\_panafricain\\_dinvestissements\\_decembre\\_2016.pdf](https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet_code_panafricain_dinvestissements_decembre_2016.pdf)>.

**54.** OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement*, Paris, Éditions OCDE, 2015.

**55.** CNUCED, *Menu d'action globale pour la facilitation des investissements*, Nations Unies, 2016.

**56.** OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement*, OMC Doc WT/MIN(17)/59 (2017) [Déclaration ministérielle conjointe du 13 décembre 2017].

**57.** Voir OMC, *Éléments possibles de la facilitation de l'investissement. Communication présentée par la Chine*, OMC Doc JOB/GC/123 (2017); OMC, *Éléments possibles d'un instrument de l'OMC sur la facilitation de l'investissement. Communication présentée par l'Argentine et le Brésil*, OMC Doc JOB/GC/124 (2017); OMC, *Communication de la Fédération de Russie. Groupe de discussion sur les politiques d'investissement*, OMC Doc JOB/GC/120 (2017); OMC, *Communication de l'Inde. Note conceptuelle en vue d'une initiative sur la facilitation des échanges dans le secteur des services*, OMC Doc S/WPDR/W/55 (2016); OMC, *Communication présentée par l'Inde. Éléments possibles d'un accord sur la facilitation des échanges dans le domaine des services*, OMC Doc S/WPDR/W/57 (2016); OMC, *Réflexions issues de l'atelier du groupe MIKTA sur l'investissement*, OMC Doc JOB/GC/121 (2017).

**58.** *Accord sur la facilitation des échanges*, 27 novembre 2014, A-31874 RTNU 40 (entrée en vigueur: 22 février 2017).

**59.** Voir Discours d'Eduardo Gálvez Carvallo, Ambassadeur du Chili auprès de l'OMC, *Eighth China Round Table on WTO Accession "Accessions and WTO Reform: On the Road to MC12"*, Moscou, 4-6 décembre 2019, en ligne (pdf) : *OMC <statement\_ambassador\_galvez\_eighth\_china\_roundtable\_wto\_accessions\_nov\_2019.pdf>*; OMC, *Promouvoir l'intégration de l'Eurasie dans l'économie mondiale par la facilitation du commerce et de l'investissement pour le développement: Déclaration d'Astana. Communication présentée par le Kazakhstan*, OMC Doc WT/GC/194 (2018) au para 1.7.

tance des IDE en tant que source de revenus, notamment pour les pays en développement<sup>62</sup>, ainsi que ses liens intrinsèques avec la croissance économique et le développement<sup>63</sup>.

Les discussions structurées ont débuté en mars 2018 et une deuxième Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement a été publiée le 22 novembre 2019 dans laquelle 98 Membres expriment leur soutien à la Déclaration ministérielle conjointe de 2017<sup>64</sup>. Les négociations formelles ont commencé en septembre 2020<sup>65</sup> et la conclusion de ces dernières a été annoncée le 6 juillet 2023 dans la Déclaration des co-coordonnateurs des discussions structurées<sup>66</sup>. Les objectifs de ces discussions ont été clairement définis dès le départ. Ceux-ci consistent à fournir un cadre pour faciliter les IDE qui permettrait :

d'améliorer la transparence et la prévisibilité des mesures concernant les investissements; de simplifier et d'accélérer les procédures et prescriptions administratives; et de renforcer la coopération internationale, le partage de renseignements, l'échange des meilleures pratiques et les relations avec les parties prenantes pertinentes, y compris la prévention des différends<sup>67</sup>.

Les discussions visent également à clarifier la relation de l'accord envisagé avec « les dispositions existantes de l'OMC, avec les engagements actuels entre les Membres en matière d'investissement, et avec les travaux d'autres organisations internationales sur la facilitation de l'investissement »<sup>68</sup>. En même temps, il est clairement indiqué dans la Déclaration ministérielle de 2017 que celles-ci n'entendent pas aborder la question de l'accès aux marchés ou celle de l'objet principal des accords d'investissement : la protection des investissements et l'arbitrage en matière d'investissement<sup>69</sup>.

La version actuelle du projet d'Accord FID, basée sur des versions négociées antérieures<sup>70</sup>, est composée de sept sections distinctes. La section 1 couvre le champ d'application du cadre, les principes généraux et contient une disposition NPF, une clause de définition ainsi qu'une disposition sur la relation de l'Accord avec les accords d'investissement. La section 2 porte sur la transparence des mesures concernant les investissements. La section 3 aborde la simplification des procédures administratives liées aux activités d'investissement, tandis que la section 4 s'intéresse à la création de points de contact, à la coordination interne et à la coopé-

60. Voir Banque mondiale, *Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies*, Washington, DC, Banque mondiale, 2020; OCDE, « FDI Regulatory Restrictiveness Index » (dernière consultation le 9 août 2023), en ligne : [www.oecd.org/fr/gouvernementdentreprise/mne/fdiindex.htm](http://www.oecd.org/fr/gouvernementdentreprise/mne/fdiindex.htm).

61. Voir *supra* les notes infrapaginales 51-55.

62. CNUCED, *World Investment Report 2019: Special Economic Zones*, Genève, Nations Unies, 2019 à la p 12.

63. CNUCED, *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs. An Action Plan*, Genève et New York, Nations Unies, 2014 aux pp 140-49.

64. OMC, *Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement*, OMC Doc WT/L/1072 /Rev.1 (2019) [Déclaration ministérielle conjointe du 22 novembre 2019].

65. OMC, *Déclaration conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement*, OMC Doc WT/L/1130 (2021) au para 4.

66. OMC, *Discussions structurées de l'OMC sur la facilitation de l'investissement pour le développement. Déclaration des co-coordonnateurs*, OMC Doc INF/IFD/W/51 (2023).

67. Déclaration ministérielle conjointe du 13 décembre 2017, *supra* note 56 au para 4.

68. *Ibid.*

69. *Ibid.* Voir aussi Déclaration ministérielle conjointe du 22 novembre 2019, *supra* note 64 au para 3.

70. La dernière version du texte est notamment basée sur le « texte de Pâques » (OMC Doc INF/IFD/RD/74/Rev.1 (2021) [OMC, « Texte de Pâques »]) et le « projet d'Accord FID » ultérieur (OMC Doc INF/IFD/RD/124).

ration transfrontalière pour la facilitation de l'investissement. La section 5 porte sur le traitement spécial et différencié pour les pays en développement et les pays les moins avancés et la section 6, traitant de questions transversales, contient des dispositions sur la responsabilité sociale des entreprises ainsi que sur la lutte contre la corruption dans le contexte des IDE. Enfin, la section 7 précise les dispositions institutionnelles, notamment sur le règlement des différends.

Les objectifs de l'Accord sont indéniablement louables et importants et, mis en œuvre, ils conduiraient les États à s'engager dans une réforme significative des processus et des institutions de gouvernance des investissements au sein de leurs propres économies. Toutefois, des préoccupations ont été exprimées à l'égard de cette initiative, notamment en ce qui concerne sa relation avec la réglementation des IDE par les accords d'investissement. En effet, comme expliqué ci-dessus, l'absence d'une réglementation exhaustive des IDE dans le cadre réglementaire de l'OMC a conduit au développement d'un vaste réseau d'accords d'investissement. Cette évolution progressive du droit international des investissements laisse peu de place à de nouveaux instruments portant sur la réglementation des IDE sans risque de chevauchements. À cet égard, plusieurs Membres de l'OMC ont fait part de leurs préoccupations quant au risque de voir certaines questions ayant trait à la protection des IDE intégrées explicitement ou implicitement dans les discussions structurées au sujet de l'Accord FID<sup>71</sup>. Ces préoccupations se voient amplifiées par le fait que le projet d'Accord FID est largement rédigé en termes contraignants, créant ainsi des obligations fermes pour les États<sup>72</sup>. Ce type d'obligations pourrait être invoqué dans le cadre de réclamations d'investisseurs dans le contexte de demandes d'arbitrage investisseur-État fondées sur une clause parapluie, une clause NPF ou encore la norme de traitement juste et équitable, par exemple<sup>73</sup>.

Dans le contexte d'un argument fondé sur une clause parapluie, une clause rédigée de telle sorte qu'elle fait entrer dans le champ d'application de l'accord d'investissement applicable toutes les obligations ou tous les engagements en matière d'investissement qui lient l'État d'accueil, il devient possible que les engagements de cet État en termes de facilitation de l'investissement soient importés sous la protection de l'accord applicable.

Une deuxième façon dont les obligations en matière de facilitation des investissements pourraient être invoquées dans une procédure d'arbitrage investisseur-État serait les dispositions NPF. Le recours au principe NPF pour importer les obligations que les États se sont engagés à respecter en leur qualité de Membres de l'OMC est rare dans la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement. Une telle situation n'est pas surprenante, et ce, pour deux raisons. Premièrement, la majorité des pays étant Membres de l'OMC, il est très probable que les parties à un accord donné en matière d'investissement soient également parties aux accords de l'OMC, neutralisant ainsi le fonctionnement d'une disposition NPF. Le deuxième obstacle réside dans le fait qu'à l'exception de l'Accord sur les MIC, dont la portée est limitée, les autres accords de l'OMC ne sont pas axés, à proprement parler, sur la réglementation des IDE. Une telle différence dans le champ d'application *ratione materiae* de la plupart des accords de l'OMC et des accords d'investissement est importante, car le principe NPF opère selon l'exigence de similitude des circonstances dans lesquelles un traitement est accordé en tant que base de comparaison<sup>74</sup>,

**71.** Cette préoccupation ressort notamment de la Déclaration ministérielle conjointe de 2017 (voir Déclaration ministérielle conjointe du 13 décembre 2017, *supra* note 56 au para 4) ainsi que de certaines propositions faites par les États membres dans le contexte des négociations de l'Accord telles qu'elles apparaissent dans le projet de texte du 23 juillet 2021 (*supra* note 70), notamment dans son préambule et dans l'article 2.

**72.** Cela ressort notamment de l'utilisation répétée du terme « *shall* » dans la version anglaise du texte.

**73.** Voir Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Soledad Leal Campos et Colette van der Ven, *Projet de cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement : analyse de sa relation avec le commerce international et les accords d'investissement*, Genève, IISD et CUTS International, 2020 aux pp 57-75.

**74.** Rudolf Dolzer et Christophe Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008 à la p 186.

également connue sous le nom de principe *ejusdem generis*. Ce principe rendrait notamment difficile l'importation de normes de protection des droits de propriété intellectuelle prévues dans l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC)*<sup>75</sup> au moyen du principe NPF prévu dans un accord d'investissement en l'absence d'une clause faisant explicitement référence à l'*Accord sur les ADPIC*<sup>76</sup>.

Ces obstacles pourraient toutefois être surmontés en ce qui concerne l'importation des obligations de l'État d'accueil prévues dans l'Accord FID par le biais de la clause NPF d'un accord d'investissement. En effet, tout d'abord, on ne sait toujours pas combien de pays seront parties à l'Accord FID ni si les concessions faites dans cet accord seront étendues aux États non parties à l'Accord. Si tel n'est pas le cas, plus le nombre de pays qui ne sont pas parties à l'Accord est élevé, plus il est possible que les deux parties à un accord d'investissement ne soient pas toutes deux parties à l'Accord FID. Dans ce cas, la clause NPF d'un traité d'investissement pourrait être invoquée si l'État d'accueil est partie à l'Accord FID, mais que l'État d'origine de l'investisseur ne l'est pas. En outre, contrairement à d'autres accords de l'OMC tels que l'*Accord sur les ADPIC*, l'Accord FID pourrait répondre au critère de similitude, évitant ainsi les problèmes de *ejusdem generis*<sup>77</sup>.

Enfin, l'accord envisagé relatif à la facilitation de l'investissement pour le développement pourrait être invoqué dans le contexte de demandes fondées sur le standard de traitement juste et équitable. En effet, de nombreuses dispositions de la section 2 de l'Accord portant sur la transparence et de la section 3 traitant des procédures administratives sont directement liées aux disciplines traditionnellement considérées comme étant protégées par la norme de traitement juste et équitable<sup>78</sup>, même lorsqu'elles ne sont pas explicitement mentionnées, comme c'est le cas des clauses de traitement juste et équitable détaillées des accords d'investissement plus récents<sup>79</sup>. Étant donné que les obligations prévues dans le cadre multilatéral pour la facilitation des investissements réglementent la manière dont l'État d'accueil doit se comporter à l'égard de l'investisseur, une violation de l'une de ces obligations par l'État d'accueil pourrait être qualifiée de violation de la norme de traitement juste et équitable. De plus, même dans l'éventualité où une telle violation de l'Accord FID ne serait pas considérée comme une violation « directe » de

**75.** *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994, (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995).

**76.** Lukas Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments: From Collision to Collaboration*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015 aux pp 184-185.

**77.** En ce qui concerne les litiges éventuels survenant sous l'Accord FID, certains Membres ont proposé d'inclure dans l'article 4 (clause NPF) du projet de texte la précision selon laquelle le contenu des accords d'investissement ne consistait pas en du « traitement » au sens de la clause NPF.

**78.** Voir Rudolf Dolzer, « Fair and Equitable Treatment: Today's Contours » (2014) 12:1 Santa Clara J Int'l L 7.

**79.** Voir par exemple l'article 8.10 de l'*Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, 30 octobre 2016 (application provisoire : 21 septembre 2017). Le deuxième paragraphe de l'article 8.10, en particulier, prévoit que :

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.

**80.** Sur la notion d'attentes légitimes de l'investisseur, voir Martins Papaniskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, Oxford University Press, 2013 aux pp 251-59.

la norme de traitement juste et équitable, elle pourrait néanmoins être qualifiée de violation de ladite norme si elle est considérée comme allant à l'encontre des attentes légitimes de l'investisseur<sup>80</sup>. En effet, le concept d'attentes légitimes, initialement développé par la jurisprudence arbitrale et inséré par la suite dans la pratique des traités d'investissement, serait particulièrement pertinent si la décision de l'État d'accueil de se lier à des obligations concernant la manière de traiter les IDE entrant sur son territoire était considérée comme créant des attentes légitimes pour les investisseurs. Si de telles attentes légitimes sont effectivement créées et que l'État d'accueil ne respecte pas ses obligations telles qu'elles sont prévues dans l'Accord FID, faisant fi des attentes légitimes de l'investisseur, une violation de la norme de traitement juste et équitable pourrait être établie.

De tels arguments consisteraient à invoquer la violation de la norme de traitement juste et équitable en tant que conséquence de la promulgation par l'État d'accueil d'une mesure incompatible avec les règles de l'OMC ou d'autres instruments internationaux. Même si ces arguments ont généralement été rejetés dans la jurisprudence arbitrale existante, il existe au moins un cas dans lequel un tribunal arbitral investisseur-État a examiné une allévation de violation de la norme de traitement juste et équitable à la lumière d'un instrument international. Dans l'affaire *Philip Morris c. Uruguay*, le tribunal a procédé à un examen approfondi de la *Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte antitabac*, à laquelle l'Uruguay est un État partie, pour arriver à la conclusion que l'investisseur ne pouvait invoquer avec succès une violation de la norme de traitement juste et équitable<sup>81</sup>.

Conscients des risques importants de chevauchement, les rédacteurs de l'Accord FID ont inséré une série de dispositions dans le projet de texte de l'Accord dans le but de l'isoler autant que possible du droit international des investissements matérialisé dans le réseau de traités d'investissement.

Par exemple, l'article 2 du projet de texte ainsi que plusieurs propositions des représentants d'États membres prévoient à cet égard l'exclusion du champ d'application de l'Accord des questions relatives à la protection des IDE et de l'arbitrage investisseur-État<sup>82</sup>. Cette disposition prévoit en outre que l'Accord ne crée pas de nouvelles règles et ne modifie pas les règles existantes sur la protection des investissements internationaux ou l'arbitrage investisseur-État.

Par ailleurs, l'article 3 du projet de texte traite spécifiquement de la relation entre les accords d'investissement et le projet d'Accord FID. Cet article prévoit que les accords d'investissement ne peuvent servir de moyen d'interprétation ou d'application à l'Accord et, inversement, que l'Accord ne peut être utilisé comme moyen d'interprétation d'un accord d'investissement. En vertu de cette disposition, l'Accord ne peut non plus être utilisé pour former la base d'une demande d'un investisseur pour le règlement d'un différend en matière d'investissement<sup>83</sup>.

Enfin, plusieurs propositions ont été faites par les Membres afin d'inclure dans la clause NPF un paragraphe précisant que les dispositions des accords d'investissement ne peuvent être considérées comme un « traitement » aux fins de l'article 4 de l'Accord et ne peuvent donc être prises en compte pour évaluer une violation de cette clause.

L'accent mis sur la distinction entre le cadre réglementaire proposé dans l'Accord et l'univers des accords d'investissement ainsi que les efforts déployés pour éviter toute interférence entre les deux régimes soulignent leur proximité et le caractère artificiel de la distinction qui tente d'être établie. En effet, si l'Accord de l'OMC traitait d'un sujet tout autre que celui abordé

**81.** *Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S A et Abal Hermanos S A c République orientale de l'Uruguay*, Affaire CIRDI no ARB/10/7, Sentence arbitrale du 8 juillet 2016.

**82.** OMC, « Texte de Pâques », *supra* note 70 art 2.

**83.** Par ailleurs, la note infrapaginale 11 apporte des précisions complémentaires sur l'interprétation de cet article 3 en prévoyant que « [f]or greater certainty, provisions included in this Agreement do not in themselves constitute "treatment" within the meaning of relevant provisions of International Investment Agreements ».

par les accords d'investissement, la nécessité de telles dispositions n'existerait tout simplement pas. Mais le fait que l'Accord répète à plusieurs reprises qu'il ne prétend pas interférer avec les accords d'investissement est probablement la meilleure preuve que cet accord réglemente, *in fine*, le droit international des investissements ou, du moins, un aspect de ce domaine du droit. La nature artificielle de la distinction que l'Accord tente d'établir entre son champ de réglementation et celui des accords d'investissement est également démentie par ses objectifs tels qu'énoncés dans son préambule et son article 3, remarquablement similaires à ceux prévus dans les traités d'investissement<sup>84</sup>. De même, bien que l'Accord FID tente d'établir une telle distinction, la rédaction des accords d'investissement a montré, ces dernières années, l'intention claire de réglementer certains aspects pour les intégrer à son champ d'application, comme la corruption et la conduite responsable des investisseurs ou responsabilité sociale des entreprises<sup>85</sup>. Un exemple convaincant de l'inclusion croissante de matières réglementées par l'Accord FID dans les traités d'investissement est la section C (« Promotion et facilitation des investissements ») du nouveau modèle canadien d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers.

En définitive, cette réglementation du droit international des investissements dans le cadre véritablement multilatéral qu'est l'OMC mérite d'être saluée. Cependant, le fait qu'elle se concrétise à un moment où le réseau des accords d'investissement a acquis une ampleur considérable génère un certain nombre de difficultés. En effet, l'Accord FID est élaboré dans un monde qui possède déjà une réglementation internationale et nationale des IDE, ce qui soulève deux obstacles principaux pour l'accord envisagé. Premièrement, comme expliqué ci-dessus, il peut se révéler difficile d'isoler complètement le régime juridique créé par les accords d'investissement, et les chevauchements entre les deux régimes seront peut-être inévitables à la lumière d'une séparation essentiellement artificielle, malgré les efforts déployés dans ce sens. Deuxièmement, l'Accord risque de faire double emploi avec des efforts déjà entrepris au niveau national ou par d'autres organisations internationales<sup>86</sup>.

L'étendue avec laquelle ces difficultés se concrétiseront à l'avenir dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment des dispositions finales qui composeront l'accord et de la mesure dans laquelle les arbitres dans les procédures d'arbitrage entre investisseurs et États seront disposés à respecter la volonté des membres de l'OMC d'isoler l'Accord de ceux en matière d'investissement. Néanmoins, il est important d'anticiper les chevauchements entre ces différents accords qui réglementent tous le même domaine du droit et les mêmes opérations internationales, quoiqu'ils visent à réglementer différents aspects du droit international des investissements et des flux d'IDE.

## Conclusion

Le droit du commerce international et le droit international des investissements ont évolué de façon largement séparée. Le droit international des investissements a été développé principalement par l'intermédiaire des TBI et des chapitres sur les investissements dans les accords de libre-échange, tandis que le droit du commerce international a principalement

**84.** De telles similitudes sont notamment visibles à la lecture des préambules respectifs du projet d'Accord FID et du récent modèle canadien d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) de 2021.

**85.** Voir par exemple l'article 16 du modèle canadien d'APIE de 2021 ainsi que les exemples analysés dans Vanhonnaeker, *supra* note 26 aux pp 241-49.

**86.** Sur une telle critique du projet d'Accord FID, voir Jansen Calamita, « Multilateralizing Investment Facilitation at the WTO: Looking for the Added Value » (2020) 23:4 J Int'l Econ Law 973.

**87.** Broude, *supra* note 1 à la p 3.

pris forme avec les accords de l'OMC. Pourtant, il est indéniable que ces deux domaines du droit sont liés<sup>87</sup>. La convergence entre les deux régimes peut être illustrée et expliquée par plusieurs facteurs. Premièrement, le monde globalisé que nous connaissons, dans lequel les opérations économiques sont dominées par les chaînes d'approvisionnement transfrontalières, exige que le commerce international et les IDE soient réglementés conjointement. Deuxièmement, les régimes juridiques distincts qui réglementent ces opérations se chevauchent. Cela est particulièrement évident au regard du mode 3 de l'AGCS et de l'*Accord sur les MIC*. Ces régimes juridiques partagent un terrain commun de réglementation et convergent notamment autour du principe de non-discrimination. Cette situation a conduit les tribunaux d'investissement à s'appuyer sur la jurisprudence de l'OMC pour interpréter et appliquer cette norme dans le contexte du droit international des investissements. Les accords d'investissement sont par ailleurs de plus en plus souvent inclus dans des accords de libre-échange plus larges qui réglementent le commerce international, et les exceptions générales des accords d'investissement intègrent souvent le langage de l'OMC (et en particulier celui de l'article XX du *GATT*).

Pourtant, et malgré l'échec des tentatives de multilatéralisation du droit international des investissements, ce n'est que récemment que les Membres de l'OMC se sont mis d'accord sur des discussions structurées en vue d'un accord axé sur la réglementation des IDE, ou une partie de celle-ci, à savoir l'Accord FID. Ce faisant, les Membres de l'OMC, conscients de l'important réseau d'accords d'investissement qui réglemente la protection des investisseurs et des investissements étrangers, ont exprimé dès le départ leur volonté de ne pas interférer avec cet aspect de la réglementation des IDE et d'isoler autant que possible l'accord envisagé de cette réglementation existante.

Malgré les efforts consentis pour créer une séparation entre ce qui est couvert par les accords d'investissement et la facilitation des investissements concernée par l'accord dont les négociations se sont clôturées récemment au sein de l'OMC, il reste à voir si, dans la pratique, une telle partition « artificielle » des différents aspects de la réglementation des IDE sera mise en œuvre, entre autres, par les tribunaux investisseur-État en cas de différend. Nonobstant ce dernier point, cette initiative est prometteuse et doit être saluée comme un premier pas vers la multilatéralisation tant attendue de certains aspects de la réglementation des IDE.