DROIT DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX

Perspectives croisées

Sous la direction de Sabrina Robert-Cuendet

Préface de Brigitte Stern

Droit international économique

bruylant

Chapitre 3

LA CONTRIBUTION DU DROIT INTERNATIONAL DU COMMERCE AU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Régis BISMUTH

I. LES DISCIPLINES DU COMMERCE DES MARCHANDISES : UN INTÉRÊT RELATIF POUR LE DROIT DES INVESTISSEMENTS 93

II. LES DISCIPLINES DU COMMERCE DES SERVICES : UN CHEVAUCHEMENT FRUCTUEUX AVEC (ET POUR) LE DROIT DES INVESTISSEMENTS 105

Il est particulièrement complexe de s'interroger sur les relations entre droit international du commerce et droit international des investissements sans appréhender les interactions d'ordre économique qui existent entre commerce international et investissement international. Il faut en effet identifier ces interactions, qui sont à la fois de complémentarité et de substituabilité, afin de déterminer dans un premier temps si le droit s'est adapté aux évolutions économiques.

Dans la configuration de l'économie internationale postérieure à la Seconde Guerre mondiale – il n'était alors pas encore question de libéralisation du commerce des services – prévalait une organisation industrielle au sein de laquelle les chaînes de production étaient nationales et reposaient sur une intégration verticale. Les grandes entreprises s'employaient en effet à prendre en charge l'ensemble des processus de production d'une marchandise donnée et l'essentiel des produits nécessaires à la réalisation de cette marchandise étaient issus ou conçus sur le marché national – à l'exception notable de quelques matières premières qui devaient nécessairement être importées car elles n'étaient pas disponibles sur le marché national[1].

Dans les années 1980, la configuration des chaînes de production évolue. La production n'est plus intégrée verticalement et nationalement ; elle s'internationalise. Cela signifie que les divers composants nécessaires à la production ne proviennent plus seulement du marché national mais sont davantage recherchés sur les marchés étrangers. Cela est en particulier vrai pour les produits complexes qui impliquent la réunion de multiples composants de diverse nature dont il est difficilement envisageable qu'ils soient tous disponibles sur le marché national. C'est le cas par exemple des ordinateurs ou des véhicules. Une illustration fréquemment mentionnée de cette internationalisation de la chaîne de valeur est celle de l'entreprise Apple, en particulier pour ses produits iPhone et iPad : ces produits sont conçus aux États-Unis et assemblés en Chine à partir de composants provenant de près de trente pays et parmi lesquels la Corée, le Japon, la Chine, la Malaisie, Singapour, les États-Unis, l'Italie, la France, Taïwan et l'Allemagne. Les composants peuvent provenir de fournisseurs étrangers (c'est dès lors une opération du commerce international qui est en jeu afin de transférer le composant à l'assembleur). Les composants peuvent également provenir de filiales ou de succursales de l'entreprise qui sont situées à l'étranger (dans ce cas, une opération d'investissement est préalable à l'opération commerciale). Ce sont notamment ces échanges intra-groupe qui se sont particulièrement développés, tant dans le domaine des marchandises que dans celui des services[2]. Cette reconfiguration de l'économie qui se traduit par une fragmentation internationale des processus de

1. E. Denters, « Preferential trade and investment treaties », in T. Gazzini et E. De Brabandere (eds), *International Investment Law – The Sources of Rights and Obligations*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2012, p. 51.
2. D.P. Steger, « International trade and investment : towards a common regime ? », in R. Echandi et P. Sauvé (eds), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge, CUP, 2013, p. 156. Voy. aussi, OCDE, *Intra-Firm Trade : Patterns, Determinants and Policy Implications*, Working Party of the Trade Committee, TAD/TC/WP(2010)27/FINAL, 24 mai 2011.

production[3], souvent désignée sous l'appellation « chaine de valeur globale » (*global value chain*) ou « chaine de production globale » (*global production chain*)[4], implique d'appréhender sous une nouvelle perspective les relations entre investissement et commerce.

En effet, les entreprises multinationales ne raisonnent dorénavant plus en seuls termes commerciaux pour écouler leurs marchandises et leurs services ; elles cherchent à déterminer comment, dans cette chaîne de valeur globale et en réalisant des arbitrages en fonction de l'attractivité des systèmes juridiques nationaux, il est possible d'optimiser les flux commerciaux et les flux d'investissement afin de maximiser la création de valeur pour l'entreprise[5]. Cette nouvelle ingénierie complexe implique d'ailleurs de tenir compte à la fois des aspects économique, financier, juridique, fiscal et technologique. C'est dans ce cadre que les opérations d'investissements peuvent être motivées par des logiques commerciales bien distinctes.

L'opération d'investissement international peut être réalisée avec comme objectif de contourner les barrières commerciales, essentiellement tarifaires. On parle d'ailleurs dans ce cas de « *tariff jumping FDI* »[6]. Lorsqu'un pic tarifaire existe sur un marché pour une marchandise donnée, il peut devenir plus avantageux pour l'entreprise d'installer une filiale ou succursale sur le marché considéré afin de produire localement la marchandise en question qui ne sera plus sujette au pic tarifaire. Là encore, il est possible de se référer aux produits de l'entreprise Apple pour illustrer cette situation. Les produits Iphone et Ipad étaient soumis à des droits de douane très importants en Amérique du Sud, ce qui pouvait conduire à des prix de vente deux fois plus élevés que ceux pratiqués aux États-Unis, tel qu'au Brésil. C'est dans ce contexte que le fournisseur historique d'Apple, le taïwanais Foxcoon, s'est engagé à investir douze milliards de dollars dans la construction d'usines d'assemblage au Brésil après avoir négocié avec le gouvernement brésilien une baisse des droits de douane sur les divers composants électroniques nécessaires au processus d'assemblage[7]. Cette stratégie avait pour objectif de commercialiser les produits Apple à moindre coût dans la mesure où ceux-ci n'étaient plus soumis à des pics tarifaires et d'écouler une partie de ces produits sur le marché américain. Il était attendu que le coût du travail plus élevé au Brésil soit compensé par des délais et

3. S.W. Arndt, « Fragmentation », in K.A. Reinert et R.S. Rajan (eds), *The Princeton Encyclopedia of the World Economics*, Princeton, Princeton University Press, 2009, pp. 498 et s.
4. Ch. Tietje, « Perspectives on the interaction between international trade and investment regulation », in R. Echandi et P. Sauvé (eds), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge, CUP, 2013, p. 168.
5. Sur la façon par laquelle les entreprises mettent en concurrence les systèmes juridiques nationaux dans le cadre de la globalisation, voy. not. J.-Ph. Robé, *Le temps du monde de l'entreprise – Globalisation et mutation du système juridique*, Paris, Dalloz, 2015.
6. T. Broude, « Investment and trade : the "Lottie and Lisa" of international economic law », in R. Echandi et P. Sauvé (eds), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge, CUP, 2013, p. 142.
7. E. Denters, *op. cit.*, note 1, p. 52.

des coûts de livraison moins élevés pour des biens en provenance du Brésil qui, dès lors, deviendrait un *hub* de production intéressant. Si l'expérience s'est avérée moins florissante qu'attendue pour cet investisseur, en particulier compte tenu d'une productivité moindre[8], elle met néanmoins aussi en perspective la stratégie du Brésil qui utilise comme levier les pics tarifaires afin d'attirer des investissements directs étrangers sur son territoire. Le marché des panneaux solaires offre une autre illustration d'une promotion des investissements étrangers du fait de barrières commerciales. Les panneaux solaires chinois ayant été soumis à des mesures de défense commerciale d'un niveau significatif (jusqu'à 250 %) de la part des États-Unis après la faillite de nombreux producteurs américains, certains producteurs chinois ont promptement délocalisé leur production dans des usines d'assemblage à Taïwan et même aux États-Unis afin de ne pas être exposés à des mesures équivalentes à une augmentation des droits de douane[9]. Là encore, la libéralisation de l'investissement international a permis de contourner des obstacles commerciaux.

Même en l'absence de barrières commerciales, d'autres impératifs commerciaux peuvent expliquer la réalisation d'investissements à l'étranger. Le cas de l'entreprise Airbus qui a choisi d'installer des usines aux États-Unis dans l'Alabama est de ce point de vue particulièrement instructif. D'une part, cela a permis à airbus de « dollariser » sa production et donc de réduire le risque de change sur un marché dans lequel les prix se négocient dans la devise américaine. D'autre part, cela a aussi permis à Airbus de bénéficier de certains appuis dans les procédures de passation de marchés publics aux États-Unis dans la mesure où des emplois américains sont dorénavant en jeu. Ce sont ainsi des sénateurs de l'Alabama qui ont défendu la cause d'Airbus dans le cadre de la saga de l'appel d'offres du Pentagone portant sur des avions ravitailleurs.

Cette nouvelle configuration de l'économie internationale au sein de laquelle est recherchée une optimisation des flux commerciaux et d'investissement conduit également à remettre en question la préconception que l'on peut se faire d'une industrie qui serait nationale (ou régionale) et dont les intérêts coïncideraient avec les intérêts économiques, sociaux et politiques de son État ou de sa région d'origine. Ainsi, dans le cadre de l'imposition par l'Union européenne de droits anti-dumping sur les importations d'ampoules électriques à économie d'énergie en provenance de Chine, il était intéressant de relever une asymétrie entre, d'une part, l'entreprise allemande Osram à l'origine de l'enquête anti-dumping et se plaignant des importations chinoises conduisant à de nombreux licenciements et, d'autre part, l'entreprises néerlandaise Philips qui avait investi en Chine dans la production de ces

8. « Brazil's iPhone investment falls short on promises of jobs, lower prices », *Reuters*, 13 avril 2015.
9. « China Bends to US complaint on solar panels but plans retaliation », *New York Times*, 21 novembre 2011. Voy. plus généralement sur ce contentieux, J. Hauser, « From sleeping giant to friendly giant : rethinking the United States solar energy trade war with China », *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 2013, vol. 38, pp. 1061 et s.

ampoules destinées au marché européen et qui a contesté l'imposition des droits anti-dumping[10].

Si, du point de vue économique, les relations entre commerce et investissement sont dorénavant fortement interdépendantes, il serait excessif de dire que le cadre juridique s'est pleinement adapté à cette évolution. Cet état de fait résulte principalement d'un cloisonnement des disciplines établies postérieurement à la Seconde Guerre mondiale, lequel figurait déjà dans la Charte de l'Atlantique de 1941 dont les orientations avaient vocation à façonner l'ordre économique international de l'après-guerre[11]. Celui-ci reposait alors sur deux principaux piliers : un pilier commercial concrétisé par le seul GATT à la suite de l'échec de la Charte de La Havane qui avait pour fonction de promouvoir la libéralisation des échanges commerciaux en évitant les politiques commerciales protectionnistes ; un pilier monétaire en soutien du pilier commercial visant à promouvoir la stabilité monétaire dans la mesure où celle-ci est essentielle au développement harmonieux du commerce international. Aucun encadrement multilatéral de libéralisation et de protection des investissements étrangers n'avait été envisagé. En effet, les États, notamment européens, ont alors préféré limiter la circulation internationale des flux de capitaux afin de reconstruire leur industrie et mettre en œuvre une politique tendant à promouvoir les grandes entreprises nationales. Cela va d'ailleurs de pair avec la configuration économique de l'époque dans laquelle prévalaient des chaînes de production nationales et intégrées verticalement. Les principaux États négociateurs étaient ainsi focalisés sur l'institution d'un cadre pour la libéralisation du commerce international – d'ailleurs ambitieux dans un premier temps avec le projet d'Organisation internationale du commerce (OIC). C'est pourquoi la Charte de La Havane[12], qui avait vocation à instituer cette organisation mais qui n'est jamais entrée en vigueur, ne comporte que des dispositions incitatives en ce qui concerne l'investissement international mais n'établit aucune discipline en la matière[13]. Ainsi, l'Article 1(2) fixe comme objectif « [d]'encourager le mouvement international des capitaux destinés aux investissements productifs » et les articles XI et XII ne font que reconnaître que les investissements internationaux contribuent au développement économique et que les États membres devraient coopérer afin d'établir des disciplines en la matière. Au demeurant, l'article 12(1)(c)(ii) précise bien qu'un État membre a le droit « de déterminer s'il autorisera, à

10. Ch. Tietje, *op. cit.*, note 4, p. 168.
11. T. Broude, *op. cit.*, note 6, p. 142. Voy. aussi D.W. Arner, « The developing discipline of international financial law », in C.B. Picker, I. D. Bunn et D.W. Arner (eds), *International Economic Law : The State and Future of the Discipline*, Oxford/Portland, Hart, 2008, pp. 245 et s.
12. Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce, Conférences des Nations unies sur le commerce et l'emploi, La Havane, 21 novembre 1947 - 24 mars 1948, E/CONF.2/78.
13. M.E. Footer, « On the laws of attraction : examining the relationship between foreign investment and international trade », in R. Echandi et P. Sauvé (eds), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge, CUP, 2013, pp. 108 et s.

l'avenir, les investissements étrangers, et dans quelle mesure et à quelles conditions il les autorisera ».

C'est dans ce contexte que l'histoire de la libéralisation des échanges économiques internationaux a fait emprunter aux deux branches du droit international économique – commerce et investissement – des chemins séparés[14]. Les disciplines commerciales se sont développées sous les auspices du GATT puis de l'OMC dans un contexte multilatéral, avant de connaître une nouvelle ère de bi- ou plurilatéralisation compte tenu du développement des accords commerciaux préférentiels (ACP). Les disciplines dans le domaine de l'investissement se sont quant à elles développées selon une logique bilatérale ou plurilatérale, en particulier par le biais des traités bilatéraux sur les investissements étrangers (TBI)[15]. Les seules initiatives à dimension multilatérale ayant été couronnées de succès sont celles dans le domaine du règlement des différends (avec l'instauration du CIRDI) et dans celui des garanties contre les risques politiques (avec l'instauration de l'AMGI). La seule initiative d'envergure visant à établir un cadre multilatéral en matière d'investissements étrangers, l'Accord Multilatéral sur l'Investissement (AMI), s'est, quant à elle, soldée par un échec[16]. Ces deux branches du droit international économique diffèrent également du point de vue des modèles de régulation qu'elles instaurent[17]. En effet, la libéralisation du commerce par le biais des accords de l'OMC repose essentiellement sur une dynamique interétatique, que cela soit, en amont, lorsqu'il s'agit de déterminer les aspects macroéconomiques de l'ouverture des marchés ou, en aval, dans le cadre du règlement des différends. Ce dernier ne reste accessible qu'aux États, met en place des mécanismes de contre-mesure par le biais de suspensions de concessions qui ont pour fonction d'inciter à la mise en conformité et n'a pas pour objectif de réparer le dommage subi. À l'inverse, la promotion et la protection des investissements étrangers ont pour clé de voute l'octroi de droits individuels à l'investisseur, notamment dans le cadre des mécanismes de règlement des différends qui ont pour fonction de réparer le dommage subi[18].

Bien que les cadres juridiques en matière de commerce et d'investissement soient distincts dans leurs instruments et dans leurs modèles de régulation, il ne faut pas en déduire que ces deux branches du droit international économique s'ignorent et ne sont pas susceptibles d'entrer en interaction. Le développement des ACP ces

14. D.P. Steger, *op. cit.*, note 2, p. 157.
15. Ch. Tietje, *op. cit.*, note 4, p. 167.
16. S.W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2009, pp. 53 et s. ; P.C. Mavroidis, « All clear on the investment front : a plea for a restatement », in J.E. Alvarez et K.P. Sauvant (eds), *The Evolving Investment Regime : Expectations, Realities, Options*, New York, OUP, 2011, pp. 96 et s.
17. Sur ces différences entre le droit international des investissements et le droit international du commerce, voy. D.P. Steger, *op. cit.*, note 2, p. 157 ; N. DiMascio et J. Pauwelyn, « Nondiscrimination in trade and investment treaties : worlds apart or two sides of the same coin ? », *AJIL*, 2008, vol. 102, n° 1, p. 56.
18. Ch. Tietje, *op. cit.*, note 4, p. 167.

dernières années, lesquels intègrent à la fois les disciplines commerciales et d'investissement, témoigne de la possibilité d'appréhender ces deux corps de règles au sein d'instruments communs, même s'il ne faut pas conférer à cette évolution une dimension révolutionnaire. Par ailleurs, bien que les disciplines restent distinctes, elles ne sont pas pour autant hermétiques. Cela se vérifie notamment lorsqu'il s'agit d'évaluer l'apport du droit du commerce international au droit international des investissements[19]. Une distinction est ici à opérer entre le commerce des marchandises et le commerce des services car les rapports entre les deux corps de règles sont, pour l'essentiel, de nature différente[20]. Pour ce qui concerne les marchandises, on constate que des mesures commerciales sont susceptibles d'affecter les opérations d'investissement et *vice versa*. C'est dans ce contexte que les règles relatives au commerce des marchandises intègrent des disciplines qui n'intéressent que de manière relative le droit des investissements (I). Dans le domaine du commerce des services, la logique est autre car certains modes de fourniture de services sont eux-mêmes constitutifs d'opérations d'investissement. Il est donc plus question de chevauchement entre ces deux corps de règles, lequel s'avère fructueux pour le droit des investissements (II).

I. Les disciplines du commerce des marchandises : un intérêt relatif pour le droit des investissements

En matière de commerce des marchandises, une asymétrie est identifiable entre les disciplines qui résultent des accords de l'OMC et celles qui résultent des ACP pour ce qui concerne leur contribution au droit international des investissements. En effet, si les premières ont une portée globale, elles ne traitent que de façon périphérique quelques questions relatives au droit des investissement (A), les secondes tentent de les appréhender de manière plus approfondie tout en s'employant à mieux coordonner ces deux catégories de règles (B).

19. Nous n'aborderons pas, dans le cadre de cette étude, les questions relatives à la comparaison des disciplines commerciales et d'investissement lorsqu'elles portent sur des sujets similaires (obligations de transparence, de non-discrimination, etc.). Voy., de façon générale, J. Kurtz, *The WTO and International Investment Law : Converging Systems*, Cambridge, CUP, 2016. Voy. aussi, p. ex., A.D. Mitchell, E. Shargold et T. Voon, « Good governance obligations in international economic law : a comparative analysis of trade and investment », *JWI&T*, 2016, vol. 17, n° 1, pp. 7 et s. ; A. Kamperman Sanders, *The Principle of National Treatment in International Economic Law : Trade, Investment and Intellectual Property*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2014.
20. Nous n'aborderons pas, dans le cadre de cette étude, les relations entre les disciplines commerciales et les disciplines relevant du droit des investissements en ce qui concerne le droit de propriété intellectuelle. Sur ces questions, voy., dans cet ouvrage, la contribution de F. Dubuisson, « Investissement étranger et droit de propriété intellectuelle » (chap. 12). Voy. également N. Binctin, « Le renouveau du contentieux international de la propriété intellectuelle », *JDI*, 2016, n° 1, pp. 381 et s.

A. Un apport périphérique dans le contexte de l'OMC

Depuis l'adoption du GATT en 1947, plusieurs initiatives ont été entreprises afin d'intégrer les disciplines relatives aux investissements étrangers dans le cadre plus général du système commercial multilatéral (1). Elles se sont toutefois soldées par des échecs si bien que les quelques règles intéressant le droit des investissements actuellement en vigueur dans le système OMC sont limitées à des situations où les opérations d'investissement sont susceptibles d'affecter plus ou moins directement les échanges commerciaux (2).

1. Les échecs d'une intégration globale au sein du système commercial multilatéral

Le GATT de 1947 avait à l'origine vocation à n'être qu'un accord provisoire devant se fondre dans l'ensemble plus général de la Charte de La Havane alors appelée à instituer une Organisation internationale du commerce qui n'a finalement jamais vu le jour. Sans inclure un système cohérent de règles relatives à la protection des investissements étrangers, la Charte de La Havane comprenait néanmoins un cadre programmatoire qui aurait pu servir de support à une telle intégration[21]. L'article 12 de la Charte intitulée « Investissements internationaux, Développement économique et Reconstruction », quoique reconnaissant certains droits souverains des États en matière d'admission et de traitement des investissements étrangers[22], disposait néanmoins que les États membres de l'OIC s'engageaient à « assurer des conditions suffisantes de sécurité aux investissements existants et à venir »[23] et à « tenir dûment compte du fait qu'il convient d'éviter la discrimination entre investissements étrangers »[24]. La non-ratification de la Charte de La Havane par les États-Unis – notamment du fait de l'hostilité du congrès américain vis-à-vis de l'inclusion d'une discipline relative à l'investissement[25] – et conduisant ainsi à son abandon, a donc empêché d'explorer le potentiel de cet article 12, tant du point de vue des disciplines certes fragmentaires qu'il instituait que de celui du possible développement d'un cadre multilatéral en matière d'investissement auquel il aurait pu servir de

21. P.C. Mavroidis, « Regulation of investment in the trade regime : from ITO to WTO », in Z. Drabek et P. C. Mavroidis (eds), *Regulation of Foreign Investment : Challenges to International Harmonization*, Singapore, World Scientific, 2013, pp. 13 et s.
22. Voy. plus spécifiquement l'article 12(1)(c) qui précise qu'un État membre a, entre autres, le droit de « (i) prendre toutes mesures appropriées de sauvegarde nécessaires pour assurer que les investissements étrangers ne serviront pas de base à une ingérence dans ses affaires intérieures ou sa politique nationale » et « (ii) de déterminer s'il autorisera, à l'avenir, les investissements étrangers, et dans quelle mesure et à quelles conditions il les autorisera [...] ».
23. Art. 12(2)(a)(i).
24. Art. 12(2)(a)(ii).
25. M. Hahn, « WTO rules and obligations related to investment », in M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe et A. Reinisch (eds), *International Investment Law : A Handbook*, München/Oxford/Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2015, pp. 653-654.

support. Les initiatives entreprises dans les années suivant l'abandon de la Charte de La Havane ont été relativement timides. Tout juste peut-on citer une résolution des parties contractantes du GATT adoptée en 1955 et enjoignant celles-ci à engager des négociations pour la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux portant sur la sécurisation des investissements étrangers ainsi que le libre transferts des bénéfices que ceux-ci ont générés[26].

Le développement des TBI comme cadre commun de protection des investissements à partir des années 1960 et le projet, finalement avorté, de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers de 1967 ont conduit les parties contractantes du GATT à se désintéresser de la perspective de développer une discipline d'ensemble relative aux investissements dans le cadre du système commercial[27]. Il a ainsi fallu attendre les années 1990 avec la création de l'OMC et l'avènement d'un nouveau contexte favorable au multilatéralisme pour que le sujet soit de nouveau abordé. C'est au cours de la conférence ministérielle de Singapour en 1996 que les Communautés européennes et le Canada ont proposé que soit développé sous les auspices de l'OMC un cadre multilatéral relatif aux investissements mais cette éventualité a été rejetée par plusieurs États en développement[28] qui ont néanmoins accepté la création d'un « groupe de travail chargé d'examiner les liens entre commerce et investissement »[29]. Ce groupe de travail n'ayant pas avancé sur ce dossier, c'est au cours de la conférence ministérielle de Doha que le sujet a de nouveau été discuté, les États membres s'accordant sur la nécessité de négociations qui aillent au-delà des seules règles concernant l'investissement en ce que celui-ci est susceptible d'affecter les échanges commerciaux. En effet, il s'agissait à l'époque de développer un « cadre multilatéral destiné à assurer des conditions transparentes, stables et prévisibles pour l'investissement »[30] incluant notamment les sujets suivants : portée et définition, transparence, non-discrimination, dispositions relatives au développement, exceptions et sauvegardes, règlement des différends[31]. Ce programme ambitieux a toutefois rencontré la résistance de plusieurs pays en développement – notamment de l'Inde – qui ne souhaitaient pas voir l'OMC devenir le forum de négociation sur le sujet et permettre l'élaboration de disciplines multilatérales, et ce, alors que le réseau de TBI en progression permettait justement aux pays en développement les plus protectionnistes d'ajuster ces instruments en fonction de leurs impératifs nationaux[32]. Ces réticences ont donc rendu impossible l'avènement d'un

26. *International Investment for Economic Development*, Résolution du 4 mars 1955, G/91. Voy. aussi F. Weiss, « Trade and investment », in P. Muchlinski, F. Ortino et Ch. Schreuer (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2008, p. 185, note 11.
27. F. Weiss, *op. cit.*, note 26, p. 187 (mentionnant quelques discussions sur le sujet dans le cadre du Cycle de Tokyo) ; S.W. Schill, *op. cit.*, note 16, p. 50.
28. F. Weiss, *op. cit.*, note 26, p. 188.
29. Déclaration ministérielle de Singapour, WT/MIN(96)/DEC, § 20.
30. Déclaration ministérielle de Doha, WT/MIN(01)/DEC/1, § 20.
31. *Ibid.*, § 22.
32. F. Weiss, *op. cit.*, note 26, pp. 191-192.

cadre multilatéral sur les investissements étrangers dans le contexte de l'OMC. C'est pourquoi seuls quelques aspects du droit de l'OMC qui touchent aux investissements en ce qu'ils affectent les échanges commerciaux ont été intégrés dans le cadre du système commercial multilatéral.

2. Une intégration périphérique de disciplines liées à l'investissement dans le droit de l'OMC

Le système commercial multilatéral ne pouvait ignorer les interactions de complémentarité et de substituabilité qui existent entre commerce et investissement. C'est ainsi que quelques règles du droit de l'OMC sont susceptibles d'entrer dans le champ du droit international des investissements et cette interaction entre disciplines, ou plus exactement l'aspiration partielle du droit des investissement dans le droit de l'OMC, est sans doute plus significative qu'une simple contemplation des accords de l'OMC ne pourrait le suggérer[33].

En effet, si l'attention se focalise naturellement sur l'Accord sur les Mesures concernant les Investissements et liées au Commerce (MIC), des accords tels que celui du GATS et celui, plurilatéral et optionnel pour les États membres, portant sur les marchés publics (AMP), contiennent de nombreuses règles concernant directement des opérations d'investissement en ce qu'elles permettent de libéraliser l'investissement international (GATS)[34] ou en ce qu'elles portent sur des opérations susceptibles de constituer un investissement ou en ce qu'elles concernent les politiques nationales en matière d'investissement et le traitement non discriminatoire des investisseurs étrangers (AMP)[35]. Il en est de même des règles relatives aux droits de propriété intellectuelle (ADPIC) dont l'intégration dans le système OMC a donné lieu à une forte opposition entre les pays industrialisés favorables à une telle inclusion et les pays en développement qui considéraient que les droits de propriété intellectuelle constituaient des entraves à leur développement économique et n'avaient pas été conçus et

33. D.P. Steger, *op. cit.*, note 2, p. 160 (soulignant que « *there is more in the WTO about investment than meets the eyes* »).
34. Les aspects relatifs au GATS sont abordés *infra*, (II).
35. Les aspects relatifs à l'AMP sont abordés dans la contribution à ce volume de G. Bastid Burdeau, « Droit des investissements et droit international de la commande publique » (chap. 2). Sur cette question, on peut brièvement mentionner notamment l'article IV(2) de l'AMP qui précise « [qu]'en ce qui concerne toute mesure ayant trait aux marchés couverts, une Partie, y compris ses entités contractantes : (a) n'accordera pas à un fournisseur établi sur le territoire national un traitement moins favorable que celui qui est accordé à un autre fournisseur établi sur le territoire national, en raison du degré de contrôle ou de participation étranger ». Aussi, l'article IV(6) de l'AMP indique qu'une partie à l'accord « ne demandera, ne prendra en considération, n'imposera ni n'appliquera une quelconque opération de compensation », entendue au sens de l'article I(l) comme « toute condition ou [...] tout engagement qui encourage le développement local ou améliore le compte de la balance des paiements d'une Partie, tel que l'utilisation d'éléments d'origine nationale, l'octroi de licences pour des technologies, l'investissement [...] ».

n'ont pas pour fonction de promouvoir ou protéger le commerce international[36]. Les droits de propriété intellectuelle tels que ceux protégés dans le cadre de l'ADPIC se rapportent d'ailleurs plus naturellement au droit international des investissements en ce qu'ils constituent des investissements protégés au sein des TBI et autres accords portant sur l'investissement et en ce que les aspects de propriété intellectuelle sont particulièrement décisifs dans les prises de décision pour la réalisation de telles opérations[37]. Il est d'ailleurs intéressant de relever que certains différends internationaux portant sur des questions similaires de protection de droits de propriété intellectuelle (par exemple, les contentieux relatifs à la banalisation des emballages des produits de tabac) ont été initiés concurremment devant l'ORD de l'OMC et des tribunaux arbitraux dont la compétence est fondée sur des traités d'investissement[38].

Si l'on doit à présent se pencher sur le commerce des marchandises et plus spécifiquement sur les disciplines relevant de l'Annexe 1-A des accords de l'OMC, on peut constater la présence de plusieurs règles qui sont applicables aux opérations d'investissement, mais principalement dans la mesure où les échanges commerciaux sont affectés par de telles opérations. Ces règles qui se situent à cheval sur les deux disciplines traduisent en réalité davantage l'idée que les mesures des autorités publiques visées par ces dispositions et qui affectent les transactions commerciales sont adoptées pour diverses raisons (politique économique ou sociale, prise en compte des intérêts non économiques tels que la santé et l'environnement, etc.) qui sont en règle générale indifférentes à la question de savoir si elles visent exclusivement les opérations commerciales ou celles d'investissement[39]. Cette porosité des disciplines se manifeste notamment dans le cadre de l'Annexe 1-A avec l'Accord MIC et l'Accord sur les Subventions et Mesures Compensatoires (SMC).

L'adoption de l'Accord MIC pendant le cycle de l'Uruguay ne peut se comprendre sans évoquer l'affaire *Canada – Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger* de 1984 dans le cadre de laquelle était évaluée une plainte américaine visant une loi canadienne qui exigeait, entre autres, que l'admission de certains investissements étrangers au Canada soit subordonnée à la consommation de produits locaux (exigences de contenu local) et à l'exportation d'une certaine proportion de la production. Le groupe spécial a constaté que les exigences de contenu local formulées par la législation canadienne, en ce qu'elles plaçaient les produits importés similaires dans une situation défavorable par rapport aux produits locaux, étaient incompatibles avec l'article III(4) du GATT relatif au traitement national alors que les mesures relatives à l'exportation n'ont pas été reconnues incompatibles

36. F. Weiss, *op. cit.*, note 26, p. 197. En particulier, le droit des brevets a pour fonction de favoriser l'innovation, le droit des marques a pour fonction de distinguer les biens selon leur producteur et le droit d'auteur a pour fonction de protéger la création artistique.
37. Sur les interactions entre ces deux branches, voy. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3e éd., Cambridge, CUP, 2010, pp. 44 et s.
38. Voy., plus généralement, l'étude de N. Binctin, *op. cit.*, note 20.
39. D.P. Steger, *op. cit.*, note 2, p. 159.

avec le GATT[40]. Le groupe spécial avait pris soin de souligner qu'il avait conscience que la législation canadienne visait la politique nationale d'investissement et n'avait pas été nécessairement conçue délibérément afin d'instaurer une discrimination sur le commerce international de marchandises[41], mais il ne pouvait s'en tenir à la classification de la mesure dans la catégorie « investissement » pour exclure son examen au titre du GATT.

Cette affaire a significativement contribué à l'adoption de l'Accord MIC par lequel les États membres ont exprimé leur désir « de promouvoir l'expansion et la libéralisation progressive du commerce mondial et de faciliter les investissements à travers les frontières internationales »[42]. L'apport de l'Accord MIC par rapport au GATT de 1947 ne doit pas être surestimé car il constitue davantage une clarification – en partie déjà réalisée par le groupe spécial dans l'affaire canadienne – des règles fondamentales du GATT concernant le traitement national et les restrictions quantitatives[43]. L'intérêt de cet accord réside dans la liste exemplative de mesures concernant les investissements qui sont liées au commerce des marchandises figurant en annexe et qui sont considérées comme incompatibles avec les articles III(4)[44] et XI(1)[45] du GATT. En pratique, l'intérêt de l'Accord MIC s'est révélé limité dans la mesure il a été surtout invoqué en conjonction avec les articles du GATT pertinents[46] et, par souci d'économie jurisprudentielle, les groupes spéciaux ont le plus souvent choisi de statuer sur les dispositions du GATT, en particulier son article III[47]. L'accord et son application ont néanmoins pu montrer à la fois le caractère potentiellement perturbateur sur les échanges commerciaux des disciplines nationales sur

40. GATT, *Canada – Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger*, Rapport du groupe spécial du 7 février 1984, L/5504 - 30S/147, §§ 5.4 et s.
41. *Ibid.*, § 6.3.
42. Accord MIC, Préambule, § 2.
43. F. Weiss, *op. cit.*, note 26, p. 200 ; M. Hahn, *op. cit.*, note 25, p. 657.
44. Sont ici visées les mesures qui prescrivent « (a) qu'une entreprise achète ou utilise des produits d'origine nationale ou provenant de toute source nationale, qu'il soit spécifié qu'il s'agit de produits déterminés, d'un volume ou d'une valeur de produits, ou d'une proportion du volume ou de la valeur de sa production locale ; ou (b) que les achats ou l'utilisation, par une entreprise, de produits importés soient limités à un montant lié au volume ou à la valeur des produits locaux qu'elle exporte » (Annexe, § 1er).
45. Sont ici visées les mesures qui restreignent « (a) l'importation, par une entreprise, de produits servant ou liés à sa production locale, d'une manière générale ou en la limitant à un montant lié au volume ou à la valeur de la production locale qu'elle exporte ; (b) l'importation, par une entreprise, de produits servant ou liés à sa production locale, en limitant l'accès de l'entreprise aux devises à un montant lié aux entrées de devises attribuables à l'entreprise ; ou (c) l'exportation ou la vente pour l'exportation par une entreprise, de produits, qu'il soit spécifié qu'il s'agit de produits déterminés, d'un volume ou d'une valeur de produits, ou d'une proportion du volume ou de la valeur de sa production locale » (Annexe, § 2).
46. À ce jour, l'Accord MIC a été invoqué dans 41 affaires sur 507 introduites à l'OMC (données au 1er juillet 2016), disponible sur le site de l'OMC [www.wto.org] (domaines > règlement des différends > les différends > différends par accord).
47. M. Hahn, *op. cit.*, note 25, p. 659.

l'investissement (même lorsqu'elles sont élaborées pour un motif non économique) et la pertinence des règles commerciales pour l'investissement. Ce fut notamment le cas dans le cadre de l'affaire *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable* à l'occasion de laquelle a été contestée la politique environnementale de la province de l'Ontario qui cherchait à promouvoir l'investissement dans la production locale d'énergie renouvelable en favorisant également les produits locaux dans la mesure où il était exigé un « niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux »[48].

Il convient enfin brièvement de se pencher sur l'Accord SMC afin d'évaluer en quoi il est susceptible de présenter un intérêt pour le droit des investissements. Les subventions sont octroyées par les États pour une multiplicité de motifs[49]. Parmi les objectifs prévalant à l'octroi de subventions susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'Accord SMC, plusieurs se rapportent aux instruments de la politique nationale d'investissement (par exemple, développement de la compétitivité, politique industrielle, attractivité pour les investisseurs par le biais de crédit d'impôt, etc.) – étant précisé que l'accord ne s'applique qu'au domaine du commerce des marchandises (il n'existe pas de discipline relative aux subventions dans le cadre du GATS)[50] et qu'en vertu de l'article III(8) du GATT les subventions échappent à l'obligation de traitement national. La discipline de l'Accord SMC ne s'appliquant que dans la mesure où les avantages financiers octroyés viennent affecter les conditions concurrentielles du commerce des marchandises, celle-ci ne concerne finalement qu'une petite partie de la palette plus large des mesures d'incitation à l'investissement recourant à des mécanismes de subventionnement[51].

Les accords de l'OMC dans le domaine du commerce des marchandises présentent ainsi un intérêt pour le droit international des investissements surtout dans la mesure où ils contraignent les États membres sur certains aspects – le plus souvent périphériques – de leur politique nationale d'investissement. C'est à l'aune de ce premier constat qu'il convient à présent d'évaluer si le renforcement des disciplines

48. OMC, *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable* et *Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis*, WT/DS412/R et WT/DS426/R, Rapports des groupes spéciaux du 19 décembre 2012, §§ 7.107 et s.
49. Motifs dont il est intéressant de relever que certains, sous condition, permettaient jusqu'en 2000 d'établir que les subventions en question ne pouvaient donner lieu à action dans le cadre de l'Accord SMC (activités de recherche et développement, aide aux régions défavorisées, protection de l'environnement) (art. 8.2 de l'Accord SMC). L'article 8 de l'Accord SMC n'est plus applicable depuis 2000. Sur les subventions ne pouvant donner lieu à action, voy. P.C. Mavroidis, *The Regulation of International Trade*, Vol. 2 « The WTO agreements on trade in goods », Cambridge/London, MIT Press, 2016, pp. 263 et s.
50. L'article XV(1) du GATS précise, en effet, que « [l]es Membres reconnaissent que, dans certaines circonstances, les subventions peuvent avoir des effets de distorsion sur le commerce des services. Les Membres engageront des négociations en vue d'élaborer les disciplines multilatérales nécessaires pour éviter ces effets de distorsion ».
51. F. Weiss, *op. cit.*, note 26, p. 206.

commerciales dans le cadre des ACP a eu pour effet de prendre en considération de façon plus approfondie les aspects relatifs aux investissements.

B. Un apport en voie d'approfondissement dans le cadre des ACP

Le développement des accords commerciaux préférentiels (ACP – ou plus généralement des accords d'intégration économique) qui intègrent à la fois des disciplines commerciales et relatives à l'investissement a profondément modifié la configuration de la pratique conventionnelle jusqu'alors dominée par les TBI. Cette évolution nous invite à envisager sous un autre angle l'intérêt des disciplines commerciales pour le droit des investissements au sein de ces accords (1). Elle nous conduit également à envisager comment ont vocation à s'articuler les règles relevant des ACP et celles relevant des TBI (2).

1. L'enrichissement du droit des investissements par les disciplines commerciales

L'évolution de la pratique conventionnelle dans le domaine de l'investissement témoigne d'un basculement progressif en faveur des ACP. La consultation des données communiquées par le *World Investment Report* publié annuellement par la CNUCED témoigne en effet d'une érosion progressive des TBI[52]. On peut ainsi constater qu'au cours de l'année 2012, 30 accords internationaux incluant des disciplines relatives à l'investissement ont été conclus, dont 20 TBI (soit le chiffre le plus faible depuis près de 25 ans)[53] et 10 ACP. Les ACP – que l'on désigne d'ailleurs abusivement accords régionaux car la proximité géographique des États parties n'est pas nécessairement une caractéristique – se sont multipliés depuis la fin des années 1990. S'ils contiennent la plupart du temps à la fois un chapitre sur l'investissement et un sur le commerce, cela ne signifie pas pour autant qu'il existe une parfaite harmonie entre les deux disciplines, mais cela traduit néanmoins davantage le souci d'une intégration économique plus intensive des chaines de valeur au-delà de la question des droits de douane en incluant des disciplines plus poussées sur les barrières non tarifaires et en particulier la question des réglementations nationales[54]. C'est ainsi que la relation commerce / investissement s'envisage sous de nouvelles perspectives.

52. Pour un tableau présentant cette évolution, voy. UNCTAD, *World Investment Report 2016*, p. 101.
53. UNCTAD, *World Investment Report 2013*, p. 101.
54. De façon générale, voy. WTO, *World Trade Report 2011*, pp. 92 et s. Comme le souligne le même rapport, « *countries that form part of supply chains involving multiple nations might be more inclined to sign PTAs with their trading partners than to unilaterally liberalize. As various stages of production may take place in a number of different countries, the effects of trade barriers, such as tariffs or other non-tariff barriers, on the cost of a particular stage of production is proportional to the number of times the product crosses other national boundaries. In addition, countries may sign PTAs in order to secure or "lock in" trading relationships, thus reinforcing their position as the main provider of intermediate inputs* » (p. 111).

L'approfondissement des disciplines relevant traditionnellement de l'OMC dans le cadre des ACP – on parle dès lors de *WTO plus* – est justement de nature à étoffer l'intérêt des disciplines commerciales pour le droit international des investissements. C'est notamment le cas de ce qui est couvert dans le cadre de l'OMC par l'Accord MIC. On constate par exemple au sein des ACP conclus par les États-Unis la présence de dispositions spécifiques sur les mesures d'investissement liées au commerce plus développées que celles de l'OMC[55]. Il existe d'ailleurs ici une différence avec les ACP conclus par l'UE qui traditionnellement n'incluaient pas de telles dispositions[56] – à l'exception toutefois récente du CETA conclu entre l'UE et le Canada mais non encore entré en vigueur[57]. Il est intéressant de constater dans le cadre de ces ACP un dédoublement de la discipline *MIC plus*, laquelle est incluse non seulement dans le chapitre consacré aux échanges commerciaux, mais aussi dans celui dédié à l'investissement – tout en soulignant que les modèles américain et canadien de TBI avaient déjà incorporé cette discipline commerciale[58]. On peut ainsi relever que le récent Accord de partenariat transpacifique (TPP) adopté en 2016 intègre dans son chapitre 9 « *Investment* » un article 9.10 intitulé « *Performance requirements* »[59] qui prescrit une discipline MIC bien plus détaillée que dans le cadre de l'OMC, laquelle s'applique aussi bien aux marchandises qu'aux services ainsi qu'aux transferts de technologie et qui, de plus, bénéficie des garanties juridictionnelles spécifiques relatives au règlement des différends[60]. L'exemple du TPP suggère ainsi que les ACP constituent un terreau fertile à l'éclosion de disciplines commerciales liées aux investissements plus développées et permettant d'étendre leur application aux relations État/investisseur alors qu'elles étaient dans le cadre de l'OMC strictement limitées à la sphère des relations interétatiques.

En ce sens, le droit international du commerce est venu, par l'incorporation et le développement de ses disciplines, enrichir matériellement le droit international de l'investissement et, sur les aspects qui viennent d'être mentionnés, étendre la protection conférée traditionnellement aux investisseurs. Indéniablement, la souplesse de la négociation des ACP (ou de certains TBI) en comparaison avec la lourdeur des négociations commerciales multilatérales a rendu possible l'incorporation de ces nouvelles disciplines.

55. A. Frischtak et R. Newfarmer, « International investment agreements : investor protections and foreign direct investment », in A. Lukauskas, R. M. Stern et G. Zanini (eds), *Handbook of Trade Policy for Development*, Oxford, OUP, 2013, p. 773.
56. H. Horn, P.C. Mavroidis et A. Sapir, « EU and US preferential trade agreements : deepening or widening of WTO commitments », in K.W. Bagwell et P.C. Mavroidis (eds), *Preferential Trade Agreements – A Law and Economics Analysis*, New York, CUP, 2011, p. 160.
57. Art. 8(5) CETA (« *Performance requirements* »).
58. Voy. not. l'article 8 du modèle de TBI américain de 2012 et l'article 7 du modèle de TBI canadien de 2004.
59. Le TPP peut être consulté au lien suivant : [https://medium.com/the-trans-pacific-partnership].
60. Voy., dans le TPP, la « *Section B : Investor-State Dispute Settlement* ».

2. Une nécessaire articulation de la relation ACP / TBI

La multiplication des ACP conduit au développement d'un maillage de nouvelles relations conventionnelles venant se superposer à celles déjà établies par le biais des TBI. Ce chevauchement pose la question de l'articulation entre ces deux catégories d'accords et donc plus largement celle de savoir dans quelle mesure le développement d'une approche consolidée commerce / investissement au sein des ACP affecte ou non les relations établies dans le cadre des TBI et offre ou non une possibilité de rationaliser un régime conventionnel relatif à l'investissement international qui peut s'avérer complexe et parfois incohérent[61]. De ce point de vue, la pratique des États est très variée et l'on constate quatre types de configuration[62].

En premier lieu, les ACP peuvent ne contenir aucune disposition concernant les relations entre l'ACP et les précédents TBI qui ont pu être conclus entre les différentes parties concernées. C'est le cas par exemple de l'accord sur l'investissement conclu dans le cadre de l'*Eurasian Investment Community* (comprenant la Russie, le Belarus, le Kazakhstan, le Kyrgistan et le Tadjikistan) et qui reste silencieux sur les précédents TBI conclus entre ces différents États. Dans ce cas, ce sont notamment les règles générales de la Convention de Vienne sur le droit des traités concernant l'application de traités successifs portant sur la même matière qui auront vocation à gouverner les relations entre les deux conventions en cas d'incompatibilité entre les obligations des parties, et plus particulièrement l'article 30(3) aux termes duquel les dispositions du traité postérieur prévaudront entre les parties au TBI[63].

En second lieu, certains ACP confirment le maintien des relations conventionnelles préexistantes dans le cadre des TBI. C'est le cas par exemple de l'*ASEAN Comprehensive Investment Agreement* qui vient s'adosser à 26 TBI conclus entre les parties[64] et dont l'article 44 précise que « [*n*]*othing in this Agreement shall derogate from the existing rights and obligations of a Member State under any other international agreements to which it is a party* ». Au regard de l'article 30(2) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, on peut ici considérer que l'ACP est subordonné aux TBI préexistant et que les dispositions de ce dernier l'emportent en cas d'incompatibilité.

En troisième lieu, les ACP peuvent se montrer plus flous en mentionnant les possibles relations conventionnelles antérieures ou postérieures entre les parties mais sans pour autant préciser une quelconque hiérarchie entre elles. C'est le cas de l'accord établissant une zone de libre-échange entre l'ASEAN, l'Australie et la Nouvelle Zélande conclu en 2009[65]. Cet accord souligne en effet que « [*i*]*n the event of any inconsistency between this Agreement and any other agreement to which two or more Parties are party, such Parties shall immediately consult with a view to finding a mutually satisfactory solution* »[66]. Dès lors, en cas d'incompatibilité entre l'ACP et un TBI antérieur, soit la solution mutuellement convenue entre les parties prévaut, soit il est nécessaire de revenir à la règle de l'article 30(3) de la Convention de Vienne sur le droit des traités selon laquelle les dispositions du traité postérieur (donc ici l'ACP) prévaudront. La situation peut néanmoins être assez complexe car l'accord ASEAN/Australie/Nouvelle-Zélande précise aussi que les parties peuvent conclure des accords postérieurs dans le domaine, entre autres, de l'investissement[67]. Si un TBI postérieur venait ainsi à être conclu et s'il venait à présenter des incompatibilités avec l'ACP, ce serait les obligations de ce TBI qui devraient prévaloir en l'absence de solution mutuellement convenue entre les parties.

En quatrième et dernier lieu, les ACP peuvent envisager une solution plus radicale, qui a le mérite de la clarté, en listant au sein de l'ACP les précédents traités conclus entre les parties portant sur le même objet – donc ceux concernant l'investissement – en indiquant qu'ils ne produiront plus d'effet à l'entrée en vigueur de l'ACP. C'est par exemple la solution retenue au sein de l'ACP conclu en 2011 entre le Mexique et plusieurs États d'Amérique centrale (Costa Rica, Salvador, Guatemala, Honduras et Nicaragua)[68].

61. UNCTAD, *World Investment Report 2013*, p. 105. Pour une étude d'ensemble, voy. W. Alschner, « Regionalism and overlap in investment treaty law : towards consolidation or contradiction ? », *JIEL*, 2014, vol. 17, n° 2, pp. 271 et s.

62. Nous laissons ici de côté les dispositions des traités qui ne ciblent pas de façon suffisamment caractérisée les disciplines concernant l'investissement. Il en est ainsi, p. ex., de l'Accord de partenariat et de coopération renforcé conclu en 2015 entre l'UE et le Kazakhstan et qui porte sur un ensemble de matières très variées (commerce, investissement, développement durable, sécurité, justice, etc.). Son article 282 précise que « [*e*]*xisting agreements between the Parties relating to specific areas of cooperation falling within the scope of this Agreement shall be considered part of their overall bilateral relations as governed by this Agreement and shall form part of a common institutional framework* ». Il est difficile d'identifier dans cette disposition une règle claire de gestion des conflits de règles pouvant exister entre les obligations concernant l'investissement dans cet accord et celles dans les éventuels TBI en vigueur entre le Kazakhstan et les États membres de l'UE.

63. Et plus spécifiquement l'article 30(3) soulignant que, « lorsque toutes les parties au traité antérieur [*le TBI*] sont également parties au traité postérieur [*l'ACP*] [*ce qui est en général le cas*], sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue [...] le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur ». De même, lorsqu'il n'y a pas d'incompatibilité entre les deux conventions, l'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités présente une certaine utilité dans la mesure où elle permet de tenir compte aux fins de l'interprétation d'un traité « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

64. UNCTAD, *World Investment Report 2013*, p. 106.

65. *Agreement establishing the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area.*

66. Chap. 18, art. 2(3).

67. Chap. 18, art. 2(4) (« *Nothing in this Agreement shall prevent any individual ASEAN Member State from entering into any agreement with any one or more ASEAN Member State and/or Australia and/or New Zealand relating to trade in goods, trade in services, investment, and/or other areas of economic cooperation* »).

68. Voy. l'article 21.7 (« *Terminación de los Tratados de Libre Comercio* ») du *Tratado de Libre Comercio entre Los Estados Unidos Mexicanos y Las Republicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.*

Compte tenu de la disparité des pratiques conventionnelles en la matière, il est délicat de conclure que les ACP incluant un chapitre sur l'investissement contribuent à une consolidation du régime conventionnel relatif à l'investissement. Cet effort de rationalisation n'a été jusqu'à présent engagé qu'à l'échelle de l'UE qui bénéficie d'une compétence en matière d'investissement depuis le traité de Lisbonne de 2009. Elle a depuis lors entrepris plusieurs démarches afin de s'assurer que les TBI conclus entre les États membres et les États tiers ne constituent pas d'obstacles à la conclusion par l'UE d'accords avec les États tiers[69] et de neutraliser les TBI en vigueur entre les États membres de l'UE[70].

Ainsi, le développement des ACP avec leur double dimension commerce/investissement ne participe pas nécessairement en soi à une rationalisation du maillage conventionnel relatif à l'investissement mais constitue un terreau fertile à l'élaboration de disciplines commerciales plus avancées susceptibles d'être étendues au régime de l'investissement. D'autres synergies entre les deux régimes sont susceptibles d'être mises en œuvre de façon plus étendue par le biais des ACP, à l'instar de la possibilité de recourir à la suspension des concessions commerciales dès lors qu'un État ne respecte pas ses obligations dans le chapitre consacré à l'investissement, et notamment l'exécution des sentences arbitrales[71].

Au-delà de ces aspects qui se concentrent essentiellement sur la question de la libéralisation du commerce des marchandises, il convient dorénavant de se pencher sur la libéralisation internationale du commerce des services qui contribue de façon substantielle au droit international des investissements dans la mesure où certains modes de libéralisation du commerce des services constituent en eux-mêmes des opérations d'investissement.

69. Voy. not. Règlement n° 1219/2012 du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers, *J.O.*, L 351 du 20 décembre 2012.
70. C'est ainsi que la Commission européenne a engagé, en 2015, des procédures de recours en constatation de manquement contre cinq États membres (Autriche, Pays-Bas, Roumanie, Slovaquie et Suède) afin que ceux-ci mettent fin aux TBI intra-UE, dans la mesure où ces accords instaurent une discrimination fondée sur la nationalité en octroyant une protection additionnelle aux investisseurs de certains États qui peuvent bénéficier des protections conférées par ces accords. Voy. COMMISSION EUROPÉENNE, *La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE*, Communiqué de presse, 18 juin 2015.
71. Sur ces aspects, voy. Ch.B. ROSENBERG, « The intersection of international trade and international arbitration : the use of trade benefits to secure compliance with arbitral awards », *Georgetown Journal of International Law*, 2013, vol. 44, pp. 503 et s.

II. Les disciplines du commerce des services : un chevauchement fructueux avec (et pour) le droit des investissements

Le commerce des services représente 70 % du PIB mondial mais seulement 20 % du commerce mondial[72]. Si l'on constate ainsi un déséquilibre entre la part représentée par les services dans la richesse globale et sa part dans les échanges internationaux, ce constat ne doit pas pour autant éclipser les multiples dimensions de ce qui est désigné comme la *servicification* du commerce international. Cette *servicification* se manifeste notamment dans le domaine des activités manufacturières[73] et l'on peut constater à cet égard que la valeur des marchandises exportées est constituée pour 40 % de prestations de services[74]. Le déséquilibre résulte aussi de ce que l'on pourrait désigner comme étant un « angle mort » des données du commerce international des services. En effet, l'un des modes de libéralisation du commerce des services se caractérise par ce que l'on désigne comme la « présence commerciale » d'un fournisseur étranger. Ce mode de fourniture présente un intérêt majeur pour le droit international des investissements car le mode de libéralisation constitue en lui-même une opération d'investissement international. En ce sens, il existe un chevauchement du cadre juridique du commerce international des services avec celui de l'investissement[75] qu'il convient d'identifier au stade de l'établissement (A) avant de s'employer à en explorer les enjeux au stade du traitement (B).

A. L'identification du chevauchement au stade de l'établissement

La libéralisation du commerce des services se réalise selon différents modes de fourniture dont un présente la particularité de se caractériser par une opération d'investissement international lors de sa mise en œuvre (1) S'il existe ainsi un chevauchement entre libéralisation des services et investissement, il convient toutefois d'en préciser l'intérêt et les limites (2).

72. Sur les chiffres mentionnés ici, voy. R. LANZ et A. MAURER, *Services and Global Value Chains – Some Evidence on Servicification of Manufacturing and Services Network*, WTO Working Paper ERSD-2015-03, 2015.
73. KOMMERSKOLLEGIUM, *Global Value Chains and Services – An Introduction*, 2013, pp. 5 et s.
74. R. LANZ et A. MAURER, *op. cit.*, note 72, p. 4. L'exemple d'une marchandise telle qu'une voiture peut donner un aperçu de l'incorporation des services dans les processus de production et, plus largement, dans la construction des chaînes de valeur globales. Sont, en effet, nécessaires des services dans le cadre de processus de production (technologies de l'information, conseil en production, dessin industriel, recherche et développement, etc.), des services juridiques et d'autres découlant d'exigences réglementaires, notamment dans le domaine environnemental (services de recyclage, réutilisation, réemploi), des services de logistique et de transport en amont et en aval de la chaîne de production, des services relatifs au processus de commercialisation (distribution, maintenance, réparation, etc.).
75. Pour une étude approfondie, voy. R. ADLUNG, « International rules governing foreign direct investment in services : investment treaties *versus* the GATS », *JWI&T*, 2016, vol. 17, n° 1, pp. 47 et s.

1. L'investissement via l'un des modes de fourniture de services

La libéralisation du commerce des services présente plusieurs particularités en comparaison avec la libéralisation du commerce des marchandises. Si, dans le domaine des marchandises, la protection commerciale se caractérise par les droits de douane sur lesquels portent la négociation commerciale, une telle protection n'est pas envisageable dans le domaine des services et il s'agit dans ce cadre pour les États de déterminer quels sont les secteurs de services qui ont vocation à être libéralisés. La méthode de libéralisation peut être différente lorsqu'elle se réalise au sein de l'OMC ou par le biais d'ACP. Dans le cadre du GATS, la libéralisation s'effectue selon une approche *bottom-up* par listes positives : les États prennent des engagements spécifiques par le biais de listes dans lesquelles ils indiquent les services qui font l'objet d'une libéralisation en indiquant ainsi préalablement les conditions et restrictions en termes d'accès et de traitement national[76]. Dans le cadre des ACP, une approche plus libérale peut prévaloir en ayant recours à un système de listes négatives, c'est-à-dire en mentionnant uniquement les secteurs exclus de la libéralisation. C'est le mécanisme par exemple retenu dans le cadre de l'ALENA[77] ou plus récemment du TPP conclu en 2016[78].

Les engagements de libéralisation pris au sein de l'OMC le sont selon les quatre modes de fourniture listés à l'article I(2) : Mode 1, fourniture transfrontière (le consommateur reçoit la prestation de service directement de l'étranger par le biais de moyens de communication physiques ou électroniques – par exemple une étude de marché) ; Mode 2, consommation à l'étranger (le consommateur se déplace dans un autre État membre – par exemple un étudiant) ; Mode 3, présence commerciale (le fournisseur étranger implante un établissement à l'étranger – par exemple l'ouverture par une banque d'une filiale à l'étranger) et Mode 4, présence de personnes physiques (une personne physique réalise directement une prestation de services à l'étranger – par exemple lorsqu'un architecte s'installe dans un autre État). Parmi ces différents modes de libéralisation, celui du Mode 3 implique la réalisation d'une opération d'investissement[79]. En effet, l'article XXVIII(d) du GATS précise que

> « l'expression "présence commerciale" s'entend de tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme : i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale, ou ii) de la création ou du maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation ».

76. Sur ces aspects, voy. les articles XVI et XVII du GATS. Voy. aussi, P. Van den Bossche et W. Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 3e éd., Cambridge, CUP, 2013, pp. 514 et s. ; M.E. Footer, *op. cit.*, note 13, p. 113.
77. M.E. Footer, *op. cit.*, note 13, p. 114.
78. Il s'agit dans le cadre du TPP pour les États parties de lister, au sein des annexes I et II, toutes les « *non-conforming measures* » (art. 10.7) qu'ils souhaitent voir maintenues après l'entrée en vigueur de l'accord.
79. Une opération d'investissement peut également être envisagée dans le cadre du Mode 4, mais nous nous concentrerons ici sur le Mode 3 qui présente les enjeux les plus importants quant à la relation commerce/investissement.

Le Mode 3 du GATS permet ainsi la conduite sur le territoire d'un État membre d'une activité économique par une personne privée étrangère qui nécessite le transfert d'un actif de l'État de nationalité de la personne privée vers l'État qui a accepté la libéralisation du service en question par le biais du Mode 3 et où cette présence commerciale va se constituer. Il est d'ailleurs important de noter que le GATS indique que « [s]i un Membre contracte un engagement en matière d'accès aux marchés en relation avec la fourniture d'un service suivant [...] [*le mode 3*], il s'engage par là à permettre les transferts de capitaux connexes vers son territoire »[80]. L'État qui libéralise par le biais du Mode 3 ne peut donc recourir à sa réglementation nationale relative au contrôle des changes pour entraver la mise en œuvre de son engagement. Le GATS permet ainsi une libéralisation des mouvements de capitaux non comme une fin en soi (ce que ferait par exemple l'OCDE dont l'acte constitutif même indique que l'un de ses objectifs est « [d]'étendre la libération des mouvements de capitaux »[81]) mais envisage cette libéralisation selon une logique fonctionnelle en tant que moyen de réalisation de la fourniture de service qui *in fine* constitue une opération d'investissement international.

Le Mode 3 permet ainsi l'établissement d'un investissement étranger dans le domaine des services et, comme cela sera précisé par la suite, le GATS inclut également un ensemble de disciplines relatives au traitement de cet investissement[82]. Il faut donc s'en remettre aux engagements spécifiques pris par les États membres selon le Mode 3 afin de déterminer quels types d'investissements font l'objet d'une libéralisation. À titre d'illustration, pour consulter des engagements avec un haut degré de libéralisation, l'on peut se tourner vers les engagements spécifiques consentis par les États membres de l'OMC appartenant au groupe informel désigné « *Real Good Friends of Services* » – groupe à l'origine de la négociation en cours du *Trade in Services Agreement* (TiSA) qui implique vingt-trois parties[83], un accord instaurant une logique de libéralisation en matière de services plus poussée que celle du GATS[84]. Certains États plus inattendus dans ce domaine présentent toutefois des engagements de libéralisation plus poussés. C'est le cas notamment du Kirghizistan

80. Art. XVI(1).
81. Art. 2(d) de la Convention relative à l'OCDE du 14 décembre 1960. Sur cette question, voy. R. Bismuth, « Transferts internationaux de fonds : libération, restrictions et contrôle », *Répertoire International Dalloz*, 2015, nos 49 et s.
82. Voy. *infra*, II(B).
83. Les parties participant à la négociation du TiSA sont : l'UE, les États-Unis, l'Australie, le Canada, Hong Kong, le Japon, l'Islande, Israël, le Liechtenstein, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, la Suisse, Taïwan, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, le Mexique, le Panama, le Pérou, la Turquie, Maurice et le Pakistan. Sur le contenu des négociations, voy. E. Viilup, *The Trade in Services Agreement (TISA) : An End to Negotiations in Sight ?*, European Parliament (Directorate General for External Policies), DGEXPO/B/PolDep/Note/2015_311, 2015, 27 p.
84. UNCTAD, *World Investment Report 2013*, p. 105.

et de la Moldavie[85]. D'une façon plus générale, il faut constater que les positions des États sont cohérentes dans le sens où leurs engagements de libéralisation consentis dans le cadre du GATS ne présentent pas d'incompatibilité avec leurs engagements résultant des TBI[86].

2. L'intérêt et les limites du chevauchement

Ainsi qu'il vient d'être indiqué, la libéralisation du commerce des services par le biais du Mode 3 est dans une large mesure susceptible de permettre la réalisation d'une opération d'investissement qui serait couverte par un éventuel TBI en vigueur entre l'État d'origine du fournisseur et l'État sur le territoire duquel les prestations de services ont vocation à se réaliser. Dans cette configuration, le fait que le mode de libéralisation permet la réalisation d'un investissement couvert présente un intérêt particulier si le TBI conclu par l'État d'accueil de l'investissement ne prescrit pas le traitement national au stade de l'établissement[87]. La combinaison des deux régimes devient dès lors intéressante pour l'investisseur : sécurisation du droit d'entrée sur le marché étranger par le biais du GATS, puis bénéfice du régime du TBI une fois l'investissement établi – en particulier des garanties juridictionnelles résultant des mécanismes d'arbitrage.

Ce *continuum* GATS / TBI ne semble possible que dans la mesure où ces deux corps de règles n'excluent pas chacun l'application de l'autre. Il aurait été d'ailleurs délicat dans le cadre du GATS d'indiquer que le bénéfice de ses disciplines ne s'étend pas aux relations couvertes par des TBI, et l'inverse aurait été tout aussi hasardeux. Dans le cadre d'une approche combinée commerce / investissement dans le cadre d'un ACP, il semble toutefois possible de scinder les deux corps de règles afin de bien distinguer les deux régimes. C'est par exemple le chemin emprunté par le récent TPP qui, au sein de son chapitre 10 « *Cross Border Trade in Services* » indique de façon très claire que les types de commerce international de services visés par l'accord sont ceux : « *from the territory of a Party into the territory of another Party* » (soit la fourniture transfrontière du Mode 1 du GATS) ; « *in the territory of a Party to a person of another Party* » (soit la consommation à l'étranger du Mode 2) ; ou « *by a national of a Party in the territory of another Party* » (visant ici la présence des personnes physiques du Mode 4), mais souligne également « *but does not include the supply of a service in the territory of a Party by a covered investment* »[88]. Ainsi,

85. *Ibid.* Ainsi, pour ce qui concerne le Kirghizistan, les services bancaires sont libéralisés dans le cadre du Mode 3 depuis 2002 sans aucune limitation quant à l'accès aux marchés et au traitement national. À titre de comparaison, les limitations à l'accès aux marchés et au traitement national sont multiples dans les listes d'engagements des États-Unis dans le même secteur. Ces listes peuvent être consultées sur le site [http://i-tip.wto.org/services].
86. M.E. Footer, *op. cit.*, note 13, p. 115.
87. E. Denters, *op. cit.*, note 1, p. 55.
88. Voy. l'article 10.1 du TPP.

les disciplines du chapitre 10 relatives au commerce des services n'ont pas vocation à s'appliquer aux investissements couverts par le chapitre 9 du TPP[89].

Dans le cadre du commerce des services à l'OMC, il convient aussi de préciser que la libéralisation permise par le Mode 3 comporte également deux types de difficultés qui sont susceptibles de limiter la possible combinaison des régimes GATS / TBI. En premier lieu, le Mode 3 ne couvre pas les investissements de portefeuille et les participations minoritaires qui, quant à elles, peuvent constituer des investissements au regard des TBI[90]. L'article XXVIII(n) du GATS indique en effet que la présence commerciale peut être caractérisée dès lors qu'il existe une détention en capital supérieure à 50 % ou en cas de contrôle désigné comme la situation où il existe la capacité à désigner des administrateurs ou l'habilitation à diriger les opérations[91]. Ainsi, un investissement de portefeuille ou minoritaire ne bénéficierait pas de l'accès aux marchés garanti par les listes d'engagements. En second lieu, dans le cadre de la présence commerciale Mode 3, il peut être délicat de déterminer la nationalité du fournisseur d'origine qui peut bénéficier de l'accès aux marchés. Ce problème se rencontre en particulier dans les groupes de sociétés où il existe une multiplicité des nationalités des sociétés et des niveaux de détention en capital (par exemple, une entreprise canadienne qui bénéficie de l'ouverture du marché national des services, détenue par une entreprise américaine, elle-même détenue par une entreprise allemande). La question de l'identification du fournisseur étranger – et donc de savoir s'il s'agit de la société mère ou du contrôleur ultime – présente un intérêt particulier à deux points de vue : déterminer s'il est de la nationalité d'un État membre de l'OMC et bénéficie donc de l'application des accords du GATS et, dans l'affirmative, déterminer l'État qui peut engager le mécanisme de règlement des différends. La question s'est posée dans l'affaire *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile* dans laquelle le groupe spécial a constaté – sur un point non contesté devant l'Organe d'appel – qu'il n'était pas nécessaire de remonter à la personne physique ou morale qui contrôle en dernier ressort et que la personne étrangère qui contrôlait directement la société établie sur le territoire de l'État d'accueil pouvait

89. Sauf lorsque cette application est spécifiquement prévue par le traité. Ainsi, si l'article 10.1 précise que les investissements couverts par le chapitre 9 n'entrent pas dans le champ d'application du chapitre 10, l'article 10.2(e)(a) indique néanmoins que « *Article 10.5 (Market Access), Article 10.8 (Domestic Regulation) and Article 10.11 (Transparency) shall also apply to measures adopted or maintained by a Party affecting the supply of a service in its territory by a covered investment* ».
90. E. Denters, *op. cit.*, note 1, p. 65.
91. Sur ces éléments, voy. P.C. Mavroidis, *op. cit.*, note 21, p. 24.

être considérée comme le fournisseur étranger[92] (par exemple, la société américaine dans l'illustration précitée)[93].

Ainsi, le chevauchement entre les opérations d'investissement international et celles de commerce international des services rend particulièrement pertinentes les règles commerciales pour le droit international des investissements. Il est important à ce stade de souligner que le Mode 3 permet selon les listes d'engagements la réalisation de l'opération d'investissement (par exemple, l'ouverture d'une banque française au Brésil) pour que s'opèrent ensuite les prestations de services (par exemple, la réalisation de prêts par la filiale brésilienne auprès du public brésilien). Dans cette configuration, l'opération d'investissement est internationale mais la prestation de services est en général strictement nationale (par exemple, ici, strictement interne au Brésil, puisque entre une société de droit brésilien et un résident brésilien). Il est dès lors presque surprenant de parler dans ce cadre de commerce international des services et, d'ailleurs, il faut souligner que les opérations de prestation de services dans cette configuration ne sont pas enregistrées dans la balance commerciale puisqu'elles sont strictement internes à l'État hôte[94]. Il est d'ailleurs savoureux de rappeler que la principale motivation des États-Unis pour pousser à l'adoption du GATS dans les années 1980 était la volonté de corriger un déficit commercial américain particulièrement défavorable susceptible d'être équilibré par une libéralisation du commerce des services pour lesquels les américains étaient particulièrement compétitifs[95]. Il s'avère en réalité que la plus grande proportion (entre 55 et 60 %)[96] du commerce international des services se réalise selon le Mode 3 qui n'a pas d'effet sur la balance commerciale. Cette façon d'envisager le Mode 3 nous permet d'ailleurs de comprendre pourquoi l'on se place dans une situation totalement asymétrique de celle du commerce international de marchandises. En effet, « l'importation » de fournitures de services par le biais du Mode 3 implique un accroissement des investissements étrangers (voire des créations d'emplois) et il n'est dès lors pas possible d'envisager

92. OMC, *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS139/R et WT/DS142/R, Rapport du groupe spécial du 11 février 2000, § 10.257 (soulignant : « À notre avis, DaimlerChrysler Canada Inc. est un fournisseur de services des États-Unis au sens de l'article XXVIII m) ii) 2) de l'AGCS, car elle est contrôlée par DaimlerChrysler Corporation, une personne morale des États-Unis suivant la définition figurant à l'alinéa i) de l'article XXVIII m). Ce qui est pertinent, par conséquent, c'est le fait que DaimlerChrysler Corporation est une personne morale des États-Unis. Le fait que, à son tour, DaimlerChrysler Corporation peut être contrôlée par une personne morale d'un autre Membre est sans intérêt au regard de l'article XXVIII de l'AGCS. Aux fins de la définition d'une "personne morale d'un autre Membre", l'article XXVIII m) de l'AGCS ne prévoit pas qu'il faut identifier la personne physique ou morale qui exerce le contrôle en dernier ressort : il suffit d'établir que l'entité est détenue ou contrôlée par une personne morale d'un autre Membre, définie suivant les critères énoncés à l'alinéa i) »).
93. P.C. Mavroidis, *op. cit.*, note 21, p. 24.
94. M.E. Footer, *op. cit.*, note 13, p. 114.
95. J.A. Marchetti et P.C. Mavroidis, « The genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services) », *EJIL*, 2011, vol. 22, n° 3, p. 692.
96. P.C. Mavroidis, *op. cit.*, note 21, p. 25.

de mesures de sauvegarde similaires à celles que l'on retrouve dans le domaine du commerce des marchandises[97].

B. Les enjeux du chevauchement au stade du traitement

Il convient de déterminer comment doit s'envisager le traitement dont bénéficie l'investissement éventuellement soumis à deux régimes (commerce et investissement). Le chevauchement des disciplines présente en effet des opportunités pour les investisseurs (1) mais aussi des risques pour les États qu'il convient de brièvement mentionner (2).

1. Un chevauchement générateur d'opportunités pour les investisseurs

Une fois l'établissement de l'investissement rendu possible par le biais des engagements relatifs à l'accès aux marchés et avec les limites au traitement national que ces engagements contiennent, l'activité déployée sur le territoire de l'État hôte est soumise à deux catégories de règles. C'est dans ce cadre que l'on peut évaluer en quoi l'interaction entre ces deux régimes est susceptible de présenter des opportunités pour les investisseurs.

Il faut en premier lieu mentionner la discipline résultant de l'article XVI(2) du GATS concernant l'accès aux marchés et par lequel les États membres s'engagent à ne pas maintenir ni adopter – à moins qu'il en soit disposé autrement dans la liste d'engagement – de nouvelles mesures imposant des restrictions d'ordre quantitatif sur les fournisseurs de service, sur le volume ou le nombre des transactions, sur le nombre de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur de services particuliers. Les États membres ne peuvent pas davantage adopter de mesures qui restreignent ou prescrivent des types de forme juridique pour les fournisseurs de services ni de limitations concernant la participation de capital étranger[98]. Ce type de discipline sur l'accès aux marchés est aussi intégré dans le chapitre des ACP consacré au commerce des services[99]. Ces limites à la liberté réglementaire des États une fois leurs listes d'engagements fixées sont particulièrement importantes pour les investisseurs étrangers dans la mesure où de telles restrictions mises en œuvre dans la phase post-établissement ne sont pas nécessairement de nature à constituer des violations d'un TBI et en particulier de la clause de traitement juste et équitable[100].

97. Sur la question de la nécessité de mesures de sauvegarde dans le cadre du GATS, voy. J.A. Marchetti et P.C. Mavroidis, « What are the main challenges for the GATS framework ? Don't talk about revolution », *European Business Organization Law Review*, 2004, vol. 5, pp. 538 et s.
98. Sur ces mesures, voy. aussi M. Hahn, *op. cit.*, note 25, pp. 664 et s.
99. Voy., p. ex., l'article 10.5 du TPP.
100. Sur ces questions, voy. M. Molinuevo, *Protecting Investment in Services – Investor State Arbitration versus WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, pp. 77 et s.

En se plaçant sur le plan du traitement, il faut à présent déterminer si le standard de traitement juste et équitable (TJE) ou celui de pleine et entière protection et sécurité (PEPS) existant dans les TBI trouvent leur pendant dans le cadre du GATS et si celui-ci permet d'améliorer la protection conférée par les TBI. Sans revenir de façon détaillée sur ces standards, on peut néanmoins globalement indiquer que le premier se rapporte à une discipline de bonne gouvernance (transparence et prévisibilité du cadre juridique, *due process*, bonne foi, etc.)[101] et le second à la sécurité physique des investissements ainsi que – mais cela reste controversé – à leur sécurité juridique[102]. Si les standards TJE et PEPS sont formellement absents des accords de l'OMC, plusieurs des dispositions du GATS sont de nature à s'y rapporter indirectement et permettent d'enrichir matériellement, en les précisant, les protections dont peuvent bénéficier les investisseurs étrangers sous les auspices du GATS. Ainsi l'article III du GATS relatif à la transparence fait peser sur les États membres une obligation de publication de toutes les mesures d'application générale et d'information des autres membres de l'OMC pour ce qui concerne la réglementation entrant dans le champ d'application de l'accord[103]. De façon sans doute plus importante, l'article VI du GATS relatif à la réglementation intérieure intègre un ensemble d'obligations visant à s'assurer que « les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services soient administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale »[104]. Il est ainsi prévu que les fournisseurs devront bénéficier d'un droit de recours afin de contester les décisions les concernant[105], que les demandes d'autorisation pour la fourniture de services devront être traitées dans un délai raisonnable[106] et que les réglementations et normes techniques devront être fondées sur des critères objectifs et transparents[107]. Si l'on peut identifier une forme de chevauchement entre les disciplines du GATS et les standards des TBI,[108] celles du GATS relatives à la réglementation intérieure et à la transparence viennent toutefois préciser les obligations des États tout en permettant l'instauration de procédures institutionnelles au sein de l'OMC afin de surveiller leur mise en œuvre[109].

Au-delà de l'apport du GATS au droit international des investissements, on peut également brièvement mentionner la contribution du second à l'égard du premier. Le GATS n'est en effet pas un accord sur l'investissement étranger et il ne se concentre que sur les disciplines permettant la réalisation du commerce international des services. Ainsi, tel que cela a été souligné, le Mode 3 garantit la libéralisation des

101. M. Molinuevo, *op. cit.*, note 100, pp. 140 et s.
102. *Ibid.*, pp. 151 et s. Voy. aussi, Ch. Schreuer, « Full protection and security », *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, vol. 1, n° 2, pp. 353 et s.
103. M. Molinuevo, *op. cit.*, note 100, pp. 154 et s.
104. Art. VI(1) GATS.
105. Art. VI(2) GATS.
106. Art. VI(3) GATS.
107. Art. VI(5) GATS renvoyant à l'article VI(4).
108. M. Molinuevo, *op. cit.*, note 100, pp. 182 et s.
109. Voy. l'article VI(4) du GATS.

mouvements de capitaux de l'État d'origine du fournisseur vers le territoire de l'État d'accueil[110] afin de permettre au fournisseur d'établir son activité à l'étranger. Par contre, rien dans le GATS ne garantit au fournisseur le rapatriement des capitaux (par exemple, issus des dividendes) dans l'État d'origine[111]. Cette discipline est en revanche traditionnellement incorporée dans les TBI et autres accords sur l'investissement dans ce qui est communément appelé la « clause de transfert »[112]. En ce sens, les États qui ont pris des engagements de libéralisation dans le cadre du GATS ont l'obligation dans le cadre des relations soumises aux TBI auxquels ils sont parties de permettre le libre rapatriement des capitaux qui n'est pas couvert par le GATS. En ce sens, c'est le droit des investissements qui vient enrichir la protection des fournisseurs de services.

On peut enfin formuler quelques précisions en ce qui concerne les mécanismes de règlement des différends qui sont susceptibles d'être exploités en droit des investissements et en droit international du commerce. En premier lieu, c'est sans doute une banalité que de le dire, les obligations des États dans le contexte du GATS, qui peuvent apporter des protections supplémentaires par rapport à celles des TBI, ne peuvent être invoquées dans le contexte d'un arbitrage État/investisseur afin d'engager la responsabilité de l'État d'accueil du fait de la violation de ces obligations. Seul le mécanisme (interétatique) de règlement des différends de l'OMC peut donc être mis en œuvre. Cette dissociation des disciplines commerce/investissement dans le cadre du règlement des différends peut être aussi constatée au sein des ACP dont certains précisent que les règles relatives au commerce des services ne peuvent être l'objet d'un contentieux État/investisseur[113]. En ce sens, on peut se demander quelle peut être l'utilité du GATS pour l'investisseur – par exemple lorsqu'une même mesure peut être contestée sur le fondement du TJE ou de l'article VI du GATS – puisque l'investisseur ne peut déclencher les mécanismes de règlement des différends sur ce dernier fondement. Sur cet aspect, bien qu'il convienne de garder à l'esprit les obstacles relatifs au mécanisme de règlement des différends de l'OMC qui n'est pas accessible aux investisseurs, un tel mécanisme est de nature à présenter principalement deux avantages par rapport à la procédure arbitrale. En premier lieu, si l'on se place du point de vue du fournisseur de services établi de façon pérenne dans un autre État par le biais du Mode 3, il n'est pas exclu que l'investisseur préfère obtenir le retrait de la mesure contestée et bénéficier du mécanisme de surveillance de la mise en œuvre des recommandations des juridictions de l'OMC plutôt que de s'engager dans une procédure arbitrale longue et coûteuse afin d'obtenir une indemnisation par le biais d'une sentence dont l'exécution est soumise à plusieurs obstacles. En second

110. Art. XVI(1) GATS, note 8. Voy. aussi *supra*, II(A)(1).
111. M. Hahn, *op. cit.*, note 25, p. 663.
112. Sur ces questions, voy. R. Bismuth, *op. cit.*, note 81, n°s 57 et s.
113. P. ex., comme l'indique l'article 10.2(2) du TPP, « [*f*]*or greater certainty, nothing in this Chapter* [le chapitre 10 : *Cross Border Trade in Services*], *is subject to investor-State dispute settlement pursuant to Section B of Chapter 9 (Investment)* ».

lieu, il ne faut pas perdre de vue que le déclenchement d'une procédure arbitrale peut être perçu comme un acte particulièrement hostile par l'État d'accueil. Le recours aux mécanismes de l'OMC permet ainsi à l'investisseur de bénéficier du bouclier de son État d'origine et ainsi de ne pas fragiliser inutilement sa position[114]. En ce sens, il apparaît qu'il existe une certaine complémentarité entre les types de mécanismes de règlement des différends.

2. Un chevauchement générateur de risques pour les États

Si elle présente des opportunités pour les investisseurs, la connexion entre les disciplines commerce/investissement dans le domaine des services n'est pas sans risque pour les États qui prennent des engagements dans les deux disciplines. En effet, l'existence d'un TBI est susceptible pour l'État qui y est partie de constituer une violation de l'article II (1) du GATS prescrivant le traitement de la nation la plus favorisée, dont il faut rappeler qu'il fait partie des engagements inconditionnels pris par les États membres de l'OMC dans le cadre du GATS, c'est-à-dire qu'il s'applique même lorsque ceux-ci n'ont pris aucun engagement de libéralisation dans le domaine du commerce des services[115] – sauf cas d'accord d'intégration économique relevant de l'article V du GATS. Aux termes de l'article II(1) du GATS, il a été convenu que

> « [e]n ce qui concerne les *mesures* couvertes par le présent accord [c'est-à-dire les mesures « *qui affectent le commerce des services* »[116]], chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un *traitement non moins favorable* que celui qu'il accorde aux *services similaires et fournisseurs de services similaires* de tout autre pays »[117].

La question qui se pose ici est de déterminer si l'existence de droits garantis bilatéralement aux investisseurs étrangers (qui sont également fournisseurs de services) dans le cadre d'un TBI constitue un traitement plus favorable que celui accordé aux autres fournisseurs étrangers qui ne peuvent bénéficier de l'ensemble des garanties offertes par le TBI.

La réponse à cette question suppose d'aborder un ensemble de points préalables afin d'établir si les conditions posées par l'article II(1) sont remplies : déterminer si la ratification d'un TBI constitue une *mesure* d'un État membre couverte par l'accord ; dans l'affirmative déterminer s'il s'agit d'une mesure qui *affecte le commerce des services* ; dans l'affirmative si les fournisseurs ou les services bénéficiant du TBI sont *similaires* à ceux qui n'en bénéficient pas. Ces questions ont déjà fait

114. M. Molinuevo, *op. cit.*, note 100, p. 261.
115. Sur cet aspect, voy. R. Wolfrum, « Article II GATS », in R. Wolfrum, P.-T. Stoll et C. Feinäugle (eds), *WTO – Trade in Services*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 86 et s.
116. Art. I (1) GATS.
117. Italiques ajoutés par l'auteur.

l'objet d'analyses poussées et il n'apparaît pas d'obstacle au regard de la jurisprudence de l'OMC à considérer que ces conditions sont satisfaites[118].

La question centrale qui se pose est ensuite d'évaluer si les fournisseurs et les services couverts par le TBI bénéficient ou non d'un traitement plus favorable du fait du TBI. Cette question n'a pas été formellement tranchée dans le cadre du règlement des différends de l'OMC mais la jurisprudence dans le domaine du commerce des marchandises nous donne toutefois quelques pistes utiles afin d'apporter des éléments de réponse. Il en ressort que le caractère plus ou moins favorable du traitement s'apprécie essentiellement au regard de l'égalité des opportunités concurrentielles dont bénéficient, de part et d'autre, les produits nationaux et étrangers[119]. Si l'on devait recourir à ce standard afin d'évaluer une possible violation du traitement de la nation la plus favorisée dans le contexte du GATS, on pourrait identifier principalement trois éléments susceptibles de générer une rupture d'égalité concurrentielle entre les fournisseurs et services étrangers qui bénéficient d'un TBI et les autres fournisseurs et services étrangers. En premier lieu, du point de vue de l'accès aux marchés, le TBI peut éventuellement offrir des avantages dans la phase d'établissement qui n'ont pas été inclus dans les listes d'engagements de l'État importateur dans le cadre du GATS ce qui peut être de nature à offrir un avantage pour le fournisseur bénéficiant du TBI. En second lieu, comme cela a été souligné[120], le TBI offre des droits supplémentaires aux investisseurs en ce qui concerne le libre transfert des fruits de leurs investissements en permettant le rapatriement des capitaux au sein de l'État d'origine. Ces droits ne sont pas garantis par le biais du GATS et confère ainsi un avantage financier au fournisseur étranger qui peut se prévaloir du TBI. En troisième et dernier lieu, ce dernier peut également bénéficier des procédures de règlement des différends (notamment de l'arbitrage État/investisseur) que comportent habituellement les TBI qui peuvent aboutir à l'octroi d'indemnisations en cas de violation des droits de l'investisseur et selon des mécanismes qui ne sont pas exploitables par les autres fournisseurs étrangers[121]. Une telle discrimination entre les investisseurs bénéficiant ou pas de ces garanties a d'ailleurs été mise en avant

118. Voy., en particulier, F. Ortino, « The principle of non-discrimination and its exceptions in GATS : selected legal issues », in K. Alexander et M. Andenas (eds), *The World Trade Organization and Trade in Services*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 208 et s. Voy. aussi R. Adlung, *op. cit.*, note 75, pp. 66 et s.
119. Voy. not. GATT, *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière de 1930*, Rapport du Groupe spécial adopté le 7 novembre 1989, (L/6439 - 36S/386), § 5.11 (mentionnant « l'égalité effective des possibilités offertes aux produits importés en ce qui concerne l'application des lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits sur le marché intérieur »). Voy. aussi OMC, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/R, Rapport du groupe spécial du 29 janvier 1996, § 6.10 ; OMC, *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, Rapport de l'Organe d'appel du 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R, §§ 135 et s.
120. Voy. *supra*, II, (B), (1).
121. Voy. E. Denters, *op. cit.*, note 1, pp. 58 et s.

par la Commission européenne ce qui l'a conduite à exiger la terminaison des TBI intra-UE[122].

Les risques de violation du traitement de la nation la plus favorisée qui viennent d'être évoqués peuvent également exister dans la situation où un État conclut un ACP comprenant un chapitre sur la libéralisation du commerce des services et possède également un réseau de TBI avec des États ne faisant pas partie de l'ACP. Toutefois, lorsqu'un ACP (plurilatéral) comporte à la fois un chapitre sur l'investissement et un sur la libéralisation du commerce des services, il ne peut a priori y avoir de risque de cette nature dans la mesure où il y a identité *ratione personae* des bénéficiaires de la libéralisation des services et des garanties d'investissement. Cependant, les TBI précédemment et individuellement conclus par les parties à l'ACP peuvent poser un problème de même nature, d'où l'intérêt, comme cela a été envisagé, de mettre en œuvre dans le cadre de l'ACP une discipline concernant le devenir (notamment la terminaison) des anciens TBI[123].

122. Commission européenne, *op. cit.*, note 70.
123. Voy. *supra*, I.B. 2).