

SEMINAIRE SUR LES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT ET LE
REGLEMENT DES DIFFERENDS INVESTISSEURS / PAYS D'ACCUEIL

Rabat 5-7 juin 2013

Traitement National

(protectionnisme et/ou libéralisme)

HORCHANI

horchani.ferhat@gmail.com

La présentation a été inspirée des travaux de la CNUCED en matière d'AI |

Précisions conceptuelles: Traitement, protection, garantie

- commandent d'autres notions: définition de l'investissement et de l'investisseur
- Notions qui se chevauchent mais touchent à la protection des biens étrangers
- La distinction s'impose

Traitement:

- Règles portant sur le fonctionnement quotidien de l'investissement : admission, Fiscalité, règles douanières, financement, incitations, secteurs d'investissement, questions sociales , environnement. Généralement ces aspects ne sont pas traités par les TBI mais sont régis dans le cadre des législations des Etats (codes). Ce qui nous intéresse ici ce sont les principes qui sont prévus par les TBI. Dans quelle mesure ils s'imposent aux Etats d'accueil et dans quelle mesure ils sont négociables ?

Protection

- Règles se rapportant à l'existence de l'investissement et au respect du droit de propriété. Biens et Investissements.
- APPI protection et promotion.
- Traitement et protection accordés par l'Etat d'accueil.

GARANTIES

- **GARANTIES FINANCIERES:**
- Accordées par l'Etat exportateur de capital ou par un organisme tiers qui peut être soit un assureur national soit un organisme régional (CIAGI) ou international (MIGA).

GARANTIES CONTENTIEUSES

- Elles concernent également l'Etat de territorialité de l'investissement
- Arbitrage et modes alternatifs.
- Soustraction du litige aux tribunaux internes.

Traitement

- L'ordre interne est libre de légiférer dans la limite que lui impose le droit international coutumier ou conventionnel.
- Celui-ci impose deux principes:
 - 1- la non-discrimination et
 - 2- le traitement juste et équitable

La non-discrimination: le TN

- Égalité entre nationaux et étrangers: le traitement national
- Règle non absolue:
- traitement en faveur des étrangers (préférentiel): transferts, arbitrage.
- Traitement en faveur des nationaux(différentiel): TN refusé aux IDE à l'étape pré investissement...
- Rôle des Annexes des APPI.

Introduction

- Le TN est l'une des principales normes générales de traitement utilisées dans la pratique internationale pour assurer aux IED un certain niveau de traitement dans le pays d'accueil.
- Le TN n'est pas un principe général de droit.
- Le TN est une **règle de droit conventionnel**.
- Le TN est une **règle relative** : le contenu de la norme dépend du traitement accordé par l'Etat d'accueil aux investisseurs nationaux.

Introduction(suite)

Evolution de l'application de la règle de TN dans le cadre des accords d'investissement :

- A l'origine, le TN était accordé aux investisseurs étrangers après leur entrée sur le territoire du pays d'accueil.
- Des All récents ont étendu le TN à la phase précédant l'entrée de l'investissement (pratique américaine et canadienne).

Nature et origines de la règle du TN

Le TN compare le traitement accordé aux investisseurs étrangers avec celui des investisseurs nationaux.

- **Le TN dans le GATT** : le TN des produits importés vis-à-vis des mesures internes est l'un des principes de base du système du commerce multilatéral créés par le GATT.

Nature et origines de la de TN (suite)

- **Le TN dans les AII** : les investisseurs étrangers et nationaux doivent être soumis aux mêmes conditions de **concurrence** sur le marché du pays d'accueil.

En matière d'IED, à quel stade s'applique le TN ?

- Application du TN à la seule phase de post-établissement
- Extension, dans certains accords, à la phase pré-établissement: droit d'investir

Principales approches

2 approches principales :

- Absence de disposition de TN
- Une clause générale de TN avec des formulations diverses (non-discrimination..).

Absence de disposition de TN

- Approche peu fréquente.
- Accord de Protection et de Promotion des Investissements de l'ANASE, Art. 4.4.
- APPI Chine-Suède (1982), Art. 2

Une clause générale de TN

- les clauses de traitement national se présentent sous une forme générale standardisée.
- Variété de formulation.
- Qui sont les bénéficiaires du TN ?
l'investissement ou l'investisseur ?
- Le TN peut être accordé dans des dispositions communes avec les autres traitements ou dans des dispositions séparées :

Clause générale non-discrimination

- concept plus large de non discrimination entre nationaux des Etats membres dans certains domaines.

Etendue du TN

A quelle stade du processus d'investissement le TN s'applique-t-il ?

- Le modèle de post-entrée
- Le modèle de pré- et post-entrée
- Le modèle intermédiaire de l'AGCS

Modèle post-entrée

- Modèle le plus courant.
- Le TN s'applique aux investissements admis en accord avec les lois et règlements du pays d'accueil.

Modèle de pré- et post-entrée

- « Pratique conventionnelle américaine ; »
- Le traitement pré- et post-entrée est soumis au TN ;
- Droit d'adopter/maintenir des exceptions dans des secteurs listés dans l'annexe de l'accord.
 - [APPI modèle des Etats-Unis, Art. II.1.](#)
 - [ALENA, Art. 1102.](#)

Situations de faits

- « Mêmes circonstances » ou « circonstances identiques ».
- Activités économiques et/ou industries auxquelles le TN s'applique.
- « Situations similaires ou semblables », ou « circonstances semblables ».
- Pas de comparaison des faits.

« Mêmes circonstances » ou
« circonstances identiques »

Formulation restrictive du TN : limite
l'application du TN aux « mêmes
circonstances » ou « circonstances
identiques ».

Activités auxquelles le TN s'applique

- Apporte des indications sur les types d'activités que les parties veulent couvrir dans les dispositions relatives au TN tels que « gestion », « utilisation », « jouissance » ou « entretien », etc.

« Situations similaires ou semblables », ou
« circonstances semblables »

.

- Présuppose la possibilité de comparer clairement différentes situations

Pas de comparaison des faits

- le TN ne s'applique pas à une activité spécifique ou à des situations semblables.

Définition du TN

2 définitions possible :

- « Même traitement » ou « traitement aussi favorable que ».
- « Traitement non moins favorable ».

« Même traitement » ou « traitement aussi favorable que »

- **Egalité de traitement** entre l'investisseur étranger et l'investisseur national.
- Rien n'interdit à un pays d'accueil de traiter des investisseurs étrangers de manière préférentielle.
 - [Accord sur l'investissement et la libre circulation des capitaux arabes entre les Etats arabes, Art. 4.](#)

« Traitement non moins favorable »

- Formulation la plus commune dans les AII.
- Accorde un traitement aussi favorable que celui des investisseurs nationaux.
- En pratique, possibilité d'avoir un meilleur traitement pour les investisseurs étrangers lorsque le traitement accordé aux investisseurs nationaux se situe en dessous des normes minimales internationales.

Disposition de TN indépendante ou combinée avec d'autres normes générales de traitement

La formulation de la clause de TN a pour but de souligner l'interaction entre les différentes normes de traitement.

- Disposition distincte de TN suivie par d'autres clauses générales de traitement.
- Disposition combinée de TN et de traitement NPF.

Disposition distincte de TN suivie par d'autres clauses générales de traitement

- La norme de TN se trouve dans une clause séparée de celles contenant les autres normes générales de traitement (ex. traitement juste et équitable, NPF).
- Spécification possible : chaque partie contractante doit accorder aux investisseurs de l'autre partie contractante le meilleur traitement entre le TN et le traitement NPF.
 - [ALENA, Art. 1102-1004.](#)
 - [ALE Canada-Chili, Art. G-02 et G-03.](#)
 - [ADPIC, Art. 3 et 4.](#)
 - [AGCS, Art. II et XVII.](#)
 - [APPI modèles de l' CCJAA, Art. 4 et 5.](#)

Disposition combinée de TN et de traitement NPF

3 modèles de formulation principaux :

1. Le TN et NPF combinés dans une même **disposition sans spécifier si l'une ou l'autre de ces normes doit s'appliquer en cas de conflit entre les 2 :**

- [APPI modèle de l'Allemagne, Art. 3](#)
- [APPI modèle du Portugal, Art. 3\(2\)](#)
- [APPI modèle du Royaume-Uni, Art. 3](#)

Le pays d'accueil détermine s'il convient de comparer le traitement accordé à un investisseur étranger à celui d'autres investisseurs nationaux ou étrangers, sans se préoccuper de savoir lequel offre une meilleure protection.

Disposition combinée de TN et de traitement NPF (suite)

2. Application de la norme qui est « plus favorable » à l'investisseur et/ou l'investissement étranger :

- [APPI modèle de la Suisse, Art. 4\(2\).](#)
- [APPI modèle de la France, Art. 4, § 1.](#)
- [APPI modèle des Pays-Bas, Art. 3\(2\).](#)
- [Projet d'AMI \(OCDE\), Part III.](#)

Disposition combinée de TN et de traitement NPF (suite)

3. Application de la **norme qui est « la plus favorable »** à l'investisseur et/ou l'investissement étranger :

- [APPI modèle du Chili, Art. 4\(2\)](#)
- [APPI modèle des Etats-Unis, Art. II\(1\)](#)
- [Traité sur la Charte de l'Energie, Art. 10\(2\).](#)

Les modèles 2 et 3 prévoient expressément que le meilleur traitement entre le TN et NPF s'applique.

Exceptions : la protection des intérêts de l'Etat

- Les exceptions permettent au pays d'accueil d'exclure certains types d'entreprises, activités ou industries de l'application du TN.
- Le nombre et le champ d'application des exceptions déterminent l'effet pratique du TN :
 - Classification des exceptions.
 - Exceptions basées sur des considérations de développement.
 - Contrôle.

Classification des exceptions

4 catégories principales :

- Exceptions générales
- Exceptions spécifiques quant au sujet
- Exceptions spécifiques quant au type d'industrie
- Clause de TN réciproque

Exceptions générales

- Fondées sur des raisons de santé publique, d'ordre public, de moralité publique et de sécurité nationale.
- Existents dans de très nombreux AII.
 - [ALENA, Art. 2102](#)
 - [Traité sur la Charte de l'Énergie, Art. 24](#)

Exceptions spécifiques quant au sujet

Elles concernent, en particulier, l'exclusion du TN (et NPF) pour les engagements ayant trait par exemple à :

- Fiscalité, ([Projet d'AMI de l'OCDE, Art. VIII](#)) ;
- Mesures prudentielles dans les services financiers ([APPI Canada-Philippines, Article XI\(1\)](#), [Projet d'AMI de l'OCDE, § VII \(1-2\)](#)) ;
- Mesures de sauvegarde macroéconomiques temporaires ([Projet d'AMI de l'OCDE](#)) ;
- Incitations ([APPI Jamaïque-Royaume-Uni, Art. 3](#); [ALENA, Art. 1108.7\(a\)](#)) ;
- Marchés publics ([ALENA, Art. 1108.7\(B\)](#));
- Formalités spéciales en matière d'établissement (ex : enregistrement, information (ALENA et APPI américains) ;
- Exceptions des industries culturelles ([ALENA, Art. 2106](#)) ;

Exceptions spécifiques quant au type d'industrie

- Une partie contractante peut se réserver le droit de traiter les investisseurs locaux et étrangers différemment dans certains types d'activités ou d'industries, dans le cadre de sa législation et pour des raisons de politiques nationales, économique ou sociale.
- Rejeter l'obligation générale de TN, dans l'annexe de l'accord, pour des activités tombant en dehors du champ d'application de l'obligation de TN.
 - [ALENA, Annexe II](#)
 - [Pratique conventionnelle américaine Annexe.](#)

Clause de TN réciproque

- L'octroi du TN est subordonné à un engagement réciproque des parties.

Exceptions basées sur des considérations de développement

- Dans les PED, les entreprises nationales peuvent être particulièrement vulnérables, spécialement vis-à-vis des sociétés transnationales.
- L'octroi du TN peut rendre inefficace une politique de stimulation de la croissance des petites entreprises nationales si les mêmes privilèges sont accordés aux investisseurs nationaux et aux investisseurs étrangers.
- Une clause de développement permet de donner plus de flexibilité au pays d'accueil tout en préservant les engagements au principe de base.

Exceptions basées sur des considérations de développement (suite)

- Pratique de moins en moins courante dans les accords récents.
- [APPI Jamaïque-Pays-Bas \(1991\), Article 3.6.](#)
- [APPI Italie-Maroc \(1990\), Art. 3.3.](#)

Options pour les négociateurs (cnuced)

- Option 1: pas de disposition de TN.
- Option 2 : disposition de TN :
 - Option a : TN post-établissement limité.
 - Option b : TN post-établissement intégral.
 - Option c : TN pré-établissement limité.
 - Option d : TN pré-établissement intégral.

Option 1 : pas de disposition de TN

- Pas de disposition de TN dans l'accord (approche inhabituelle).
- But : éviter l'égalité de traitement entre investisseurs nationaux et investisseurs étrangers.
- Approche restrictive en ce qui concerne les droits des investisseurs et la plus respectueuse du pouvoir discrétionnaire du pays d'accueil.

Option 2 : Disposition de TN

- Les exceptions au TN facilitent-elles le développement économique et la croissance des PED ?

Les exceptions doivent être évaluées dans le contexte du processus de libéralisation ; les exceptions protègent généralement des industries naissantes.

- Les exceptions au TN découragent-elles l'entrée d'investissements ?

Réponse au cas par cas en fonction des autres déterminants des IED. Nécessité de prendre des précautions pour éviter les exceptions non nécessaires (risque de créer un climat peu accueillant pour les investisseurs étrangers).

Option 2 : disposition de TN (suite)

- Quelle approche adopter pour les exceptions ?
 - L'approche « *opt-in* » ou de « liste positive »: libéralisation graduelle (approche de l'AGCS).
 - L'approche « *opt-out* » ou de « liste négative » (approche de l'ALENA).

2.a. TN post-établissement limité

- Important pouvoir discrétionnaire du pays d'accueil.
- TN accordé aux investisseurs et/ou aux investissements étrangers au stade de post-établissement.

Utilisé par les pays d'accueil qui veulent offrir un certain niveau de TN sans trop limiter leurs pouvoirs de réglementation.

- Principales caractéristiques :

2.a. TN post-établissement limité (suite)

- Application du TN au seul stade de post-établissement.
- Exception de développement (clause de développement) dans le cadre des objectifs de développement du pays d'accueil.
- Exceptions de TN pour certaines industries, activités, ou mesures de politique.
- Test de fond limité aux « mêmes circonstances » et au « même » traitement.

2.b. TN post-établissement intégral

- Offre un niveau plus élevé de TN.
- Limite le pouvoir discrétionnaire du pays d'accueil de traiter les investisseurs nationaux et étrangers différemment.

2.c. TN pré-établissement limité

- TN appliqué au pré- et post-établissement.
- Limite le pouvoir discrétionnaire de l'Etat d'accueil en ce qui concerne l'établissement des investisseurs étrangers.
- Option pour les Etats d'accueil qui désirent libéraliser progressivement l'entrée des investissements dans leur économie.
- 2 approches principales :

2.c. TN pré-établissement limité (suite)

Aucune industrie et/ou activité n'est soumise au TN dans sa phase pré-établissement tant que le pays d'accueil n'y a pas consenti expressément dans son Annexe.

2.c. TN pré-établissement limité (suite)

2. Clause de « meilleurs efforts » :

- Les PED ne sont pas légalement contraints d'accorder le TN à la phase de pré-établissement .
- La clause des « meilleurs efforts » peut être associée avec un engagement d'accorder (ou de négocier) des dispositions de TN contraignantes lors de la phase de pré-établissement ultérieurement.
 - Offre une période de transition.
 - Incertitude pour les investisseurs étrangers pour la phase de pré-entrée (risque d'effet dissuasif).

2.d. TN pré-établissement intégral

- Le pays d'accueil s'engage en principe à accorder le TN à tous les investisseurs étrangers à moins que ces investissements soient réalisés dans des secteurs d'activités ou d'industries expressément exclues par celui-ci dans le traité.
- Faible pouvoir discrétionnaire du pays d'accueil.

2.d. TN pré-établissement intégral (suite)

- Protection de certaines industries/activités par le biais d'une « liste négative ».
- Difficile d'évaluer quelles industries ou activités ont besoin de ce traitement spécial ; le fait de ne pas inclure un secteur risque de le soumettre à une concurrence étrangère qui lui serait préjudiciable.