

الأمم المتحدة
اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا - اسكوا

ورشة عمل وطنية حول المفاوضات الخاصة بالاتفاقيات الثنائية للاستثمار

la rédaction de la clause du Traitement National

par

Ferhat Horchani

Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis

horchani.ferhat@gmail.com

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).

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.
- Le pays d'accueil ne désire pas étendre le traitement préférentiel accordé à ses entreprises nationales aux entreprises étrangères.
- [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 :

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

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.
 - [APPI Tunisie-Turquie, Art. II\(1-2\).](#)
 - [Charte du Traité de l'Énergie, Art. 10\(7\).](#)

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

4 alternatives :

- « 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 ».

Domaine du TN

- 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.
- Le modèle pré –établissement doit obligatoirement utiliser l'expression : « **établissement** »
- tels que « **établissement** » « gestion », « utilisation », « jouissance » ou « entretien »...

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

- .
- Présuppose la possibilité de comparer clairement différentes situations commerciales.

Pas de comparaison des faits

- Certains All contiennent une description de la norme de TN mais sont silencieux sur le fait de savoir si le TN s'applique à une activité spécifique ou à des situations semblables.
- Offre un champ de comparaison très vaste.
 - [APPI modèle du Chili, Art. 4.2.](#)
 - [APPI modèle de la France, Art. 4.1.](#)
 - [APPI modèle de l'Allemagne, Art. 3.](#)
 - [APPI modèle de la Suisse, Art.4\(2\) et \(3\).](#)
 - [APPI modèle du Royaume-Uni, Art. 3.](#)

Formulation du TN

Deux formulations possible :

- « Même traitement » ou « traitement aussi favorable que ».
- « Traitement non moins favorable ».(c'est la meilleure formulation)

« 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.

➤ [Instrument relatif au TN de l'OCDE, § II.1.](#)

Traitement de droit (*de jure*) et traitement de fait (*de facto*) (suite)

différence entre traitement accordé et traitement assuré.

- **Accorder le TN** : c'est faire en sorte que la législation et la réglementation internes prévoient le TN (obligation de moyen).
 - [APPI modèle de la France, Article 5.](#)
- **Assurer le TN** : c'est faire en sorte que, dans la pratique, l'étranger bénéficie effectivement du TN prévu dans les lois et règlements nationaux.
 - [APPI modèle de la Guinée, Article 3.](#)

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

- 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 rare dans les accords récents mais intéressante.
 - [APPI Jamaïque-Pays-Bas \(1991\), Article 3.6.](#)
 - [APPI Italie-Maroc \(1990\), Art. 3.3.](#)

Options pour les rédacteurs (cnuced)

- Option 1: pas de disposition de TN.
- Option 2 : disposition de TN :
 - Option a : TN post-établissement limité (
ex: clause de développement,
exceptions de TN pour certaines
industries, activités, ou mesures de
politique, « mêmes circonstances »

TN post-établissement intégral

- Option 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.

TN pré-établissement limité

- Option c : TN pré-établissement limité
- TN appliqué au pré- et post-établissement.
- Limite la liberté 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.

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).

TN pré-établissement limité

- Protection de certaines industries/activités par le biais d'une « liste négative » dans les annexes
- 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

. TN pré-établissement intégral

- Le pays d'accueil s'engage en principe à accorder le TN à tous les investisseurs étrangers à tous les stades de l'investissement
- Faible pouvoir discrétionnaire du pays d'accueil.

conclusion

- 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).