

CHAPITRE 15

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS  
ET DROIT DE L'OMC

ARNAUD DE NANTEUIL \*

Près de trois cents accords de libre-échange, aujourd'hui en vigueur, comportent des dispositions relatives à l'investissement<sup>1</sup> et certains parmi eux ont acquis une indiscutable notoriété : l'on pense naturellement à l'ALENA<sup>2</sup>, mais également à son équivalent en Amérique centrale, le CAFTA, sur le fondement duquel se sont développées d'importantes affaires<sup>3</sup>, ou encore à l'ASEAN dont le succès semble pour l'heure plus mitigé<sup>4</sup>. Cela rappelle que le lien entre commerce et investissement est une évidence, dont les observateurs ne semblent pas toujours prendre pleinement la mesure. Sans doute les contraintes pédagogiques obligent-elles néanmoins, dans l'enseignement du « droit international économique », à opérer notamment une distinction entre le droit de l'investissement d'un côté, et celui des échanges tel qu'il résulte des accords et de la pratique au sein de l'Organisation mondiale du commerce de l'autre. Dans la réalité, cette distinction est sans doute moins marquée, et l'on ne peut que constater sur ce point un décalage entre le droit et la pratique de la vie des affaires.

Qu'un assureur ait ainsi pour ambition de développer ses activités au-delà des frontières de son Etat d'origine : il lui faudra pour cela créer une filiale à l'étranger, par le biais de laquelle il pourra exercer son activité sur un autre territoire. Une telle opération, sans doute, constitue un investissement qui pourra

---

\* Arnaud DE NANTEUIL, professeur à l'Université du Maine.

<sup>1</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2010, Investing in a Low-Carbon Economy*, United Nations, 2010, 220 p, spéc. p. 81.

<sup>2</sup> Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), texte français disponible sur le site du ministère canadien des Affaires étrangères et du Commerce : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/texte/index.aspx?lang=fra>>.

<sup>3</sup> Central America Free Trade Agreement (CAFTA) (Costa Rica, République dominicaine, Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Etats-Unis), entré en force en 2006, texte accessible via le site du gouvernement américain dédié au commerce extérieur : <[http://www.ustr.gov/Trade\\_Agreements/Bilateral/CAFTA/Briefing\\_Book/Section\\_Index.html](http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/CAFTA/Briefing_Book/Section_Index.html)>. A ce jour, trois affaires ont été réglées sur le fondement de cet accord : *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12 ; *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. c. Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17 ; *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23.

<sup>4</sup> Traité ASEAN signé en 1987 entre Brunei, l'Indonésie, la Malaisie, les Philippines, Singapour et la Thaïlande, *ILM*, 1988(1), vol. 27, p. 612. Une seule sentence à ce jour a été rendue sur son fondement, dans l'affaire *Yaung Chi Oo Trading PTE Ltd. c. Union du Myanmar*, aff. ASEAN I.D. n° ARB/01/1, sentence finale du 31 mars 2003, *ILM*, 2003, vol. 42, p. 577.

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS  
ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL  
PARIS, PEDONE, 2015

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire  
et auprès des éditions A.Pedone  
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : [librairie@apedone.net](mailto:librairie@apedone.net) - site : [www.pedone.info](http://www.pedone.info)

PARTIE I – CHAPITRE 15

faire l'objet d'une protection en droit international, assurée par un tribunal arbitral constitué à cet effet. Mais, indiscutablement, elle tombe également sous le coup de l'Accord général relatif au commerce des services (GATS), et de la protection prévue par celui-ci. Qu'une mesure prise par l'Etat d'accueil vienne alors porter préjudice aux activités de cet assureur : elle peut être condamnée à la fois par l'Organe de règlement des différends pour violation du GATS et par un tribunal arbitral pour une violation du TBI entre l'Etat d'origine et l'Etat d'accueil de cet investisseur.

L'on comprend alors que certains accords internationaux abordent à la fois des questions commerciales et des questions relatives à la protection des investissements. Reste qu'ils le font généralement de manière totalement compartimentée, si bien que l'indépendance des matières demeure globalement préservée : les observateurs du droit de l'investissement sont ainsi de grands connaisseurs du chapitre 11 de l'ALENA, mais beaucoup d'entre eux seraient bien en peine de citer la teneur des dispositions des autres chapitres du même accord. Ce n'est pas à dire, néanmoins, qu'il faille nécessairement déplorer cet isolement des disciplines : l'une et l'autre sont liées, mais elles demeurent juridiquement autonomes, ne serait-ce que parce que la première relève de relations interétatiques, l'autre de relations transnationales<sup>5</sup>. Mais les influences croisées sont une réalité, et leur développement pourrait être profitable à l'une et à l'autre.

Pour l'heure, le droit de l'OMC ne comporte qu'assez peu de dispositions relatives à l'investissement, alors même qu'un chapitre complet de la Charte de la Havane de 1948 était consacré à cette question<sup>6</sup>. Aujourd'hui, les seules dispositions pertinentes sont assez largement éparpillées dans l'ensemble normatif complexe que constitue le droit de l'OMC. Trois textes à l'importance variable doivent être mentionnés : l'Accord sur les « mesures relatives aux investissements liées au commerce » qui, malgré son intitulé, n'est certainement pas le plus pertinent puisque son objet demeure dans une large mesure l'échange commercial et non pas l'opération d'investissement<sup>7</sup> ; l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC) ensuite, appelé à jouer un rôle plus important en raison de son objet même – la protection des droits de propriété intellectuelle – qui recoupe largement celui du droit de l'investissement, ces droits entrant en règle générale dans la définition de l'investissement retenue par la plupart des traités ; enfin, l'Accord sur le commerce des services est probablement le texte issu du droit de l'OMC dont

<sup>5</sup> L'expression « transnational » désigne ici une relation « mixte », entre un Etat et une personne privée ressortissante d'un autre Etat. Voy. la seconde définition donnée par le *Dictionnaire de droit international public* dirigé par J. Salmon pour l'entrée « droit transnational ».

<sup>6</sup> Chapitre III, « Développement économique et reconstruction ». Le texte de la Charte a été publié par La Documentation française : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/omc/pdf/doclahavane.pdf>>.

<sup>7</sup> D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 315, insistant sur le fait que l'Accord sur les MIC est centré sur le commerce et non sur l'investissement. Aux yeux de l'auteur, il est un complément « utile mais très limité » aux accords commerciaux bilatéraux comportant des dispositions relatives à l'investissement.

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ET DROIT DE L'OMC

l'effet en droit de l'investissement est le plus important, puisque son champ d'application couvre quatre formes de prestations de services dont l'une – la création d'une filiale à l'étranger – peut être assimilée sans beaucoup de difficulté à une opération d'investissement. De fait, il existe donc des dispositions au sein du système de l'OMC dont l'objet n'est pas limité aux échanges commerciaux entre les Etats, mais s'étend (et parfois même assez largement, dans le cas du GATS) à des opérations tombant également sous le coup du droit de l'investissement.

A l'inverse, quoiqu'à une fréquence relativement faible, les tribunaux arbitraux statuant sur le fondement des traités de protection des investissements se sont parfois appuyés expressément sur les solutions dégagées par l'Organe de règlement des différends lorsque la question se posait dans les mêmes termes : l'on pense ainsi en particulier au traitement national, prévu par l'article III du GATT et par la quasi-intégralité des TBI. Au delà des exemples concrets, l'on est d'ailleurs en droit de se demander si la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends relative à l'article XX ne pourrait pas inspirer (ou s'inspirer de, c'est selon) celle des tribunaux arbitraux lorsque ceux-ci sont confrontés aux clauses d'exception de plus en plus nombreuses dans les traités de protection des investissements.

Il existe donc d'ores et déjà des facteurs d'influences réciproques, mais celles-ci demeurent limitées : la question se pose alors de savoir si leur développement est réaliste, et même souhaitable. A cet égard, les voix sont de plus en plus nombreuses à s'élever contre la multiplicité des traités bilatéraux ou le manque de cohérence de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements, lorsque ce n'est pas pour dénoncer ouvertement le manque de légitimité des tribunaux<sup>8</sup>. D'aucuns préconisent alors la mise en place d'un véritable organe d'appel permanent, dont le rôle serait essentiellement d'assurer une certaine unité de la jurisprudence arbitrale. Dans cette perspective, l'existence d'une structure institutionnelle « clefs en main » au sein de l'OMC incite largement à penser qu'il y aurait là une solution toute trouvée pour conférer au droit de l'investissement une stabilité qu'il semble encore rechercher<sup>9</sup>. Le droit de l'OMC lui-même, de son côté, aurait tout intérêt à étendre son champ d'application matériel à l'investissement, dans la perspective de libéralisation qui est la sienne. C'est sans doute la raison pour laquelle il existe, au sein de l'OMC, un « Groupe de travail des liens entre commerce et investissement », qui a été notamment chargé de rédiger un projet d'accord multilatéral sur l'investissement, lequel n'a finalement pas abouti<sup>10</sup>. Mais quelle que soit la fortune des projets proposés, il y

<sup>8</sup> V., par exemple, S. GANGULY, « The Investor-State Dispute Mechanism (ISDM) and a Sovereign's Power to Protect Public Health », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1999, vol. 38, pp. 113-168 ; ou encore la Déclaration publique sur le régime de l'investissement international du 31 août 2010 publiée par l'Université de York au Canada, disponible sur : <[http://www.osgoode.yorku.ca/public\\_statement/](http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement/)>.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> T.R. BRAUN, « Investment Protection Under WTO Law – New Developments in the Aftermath of Cancun », in C. TETJE, G. KRAFT, R. SETHE, *Beiträge zum transnationalen wirtschaftsrecht*, mai 2004, vol. 28.

PARTIE I – CHAPITRE 15

a là le signe d'une volonté très nette d'intégrer l'investissement au sein des matières réglementées par l'Organisation mondiale du commerce. Au surplus, ce Groupe de travail constitue sans doute le seul forum permanent de négociation sur les règles internationales de protection des investissements. Même si pour l'heure ses résultats concrets sont limités, sa seule existence atteste d'un début d'institutionnalisation de l'insertion du droit de l'investissement au sein de l'OMC.

Quoique la question de l'absorption pure et simple du droit de l'investissement par le droit de l'OMC ne se pose pas en ces termes de nos jours, les liens très étroits qui unissent les deux disciplines incitent donc à penser qu'elles devraient à l'avenir tenir compte davantage l'une de l'autre. Sur le fond, le rapprochement est certain : règles identiques (traitement national, clause de la nation la plus favorisée, exceptions à la protection fondées sur l'intérêt général de l'Etat...) et recoupement des champs d'application (en matière de propriété intellectuelle et de prestation de services surtout). En revanche, les traductions institutionnelles de ces influences réciproques sont encore aujourd'hui très limitées. La véritable question qui se pose alors est celle de l'ampleur de cette influence, dont dépendent largement les orientations à venir des deux disciplines : le droit de l'OMC n'est-il qu'une source parmi les autres du droit de l'investissement ou en constitue-t-il l'horizon ? Est-il possible, en d'autres termes, de continuer à voir ces deux aspects des relations économiques internationales se développer l'un sans l'autre, ou faut-il se résoudre à accepter un rapprochement inéluctable ?

Il serait naturellement prématuré de prétendre apporter une réponse définitive à ces questions, car il faut auparavant en évaluer la pertinence. Pour cela, un état des lieux est nécessaire, d'autant que la question de l'insertion de l'investissement au sein de l'OMC est l'un des points de débat les plus brûlants du Cycle de Doha, par ailleurs totalement paralysé<sup>11</sup>. Sans doute, néanmoins, les deux disciplines gagneraient-elles beaucoup à se rapprocher non seulement par une harmonisation de la substance des règles applicables, mais également par un rapprochement institutionnel. Ces deux aspects du rapprochement pourraient d'ailleurs être déjà en marche, non seulement parce que le droit de l'OMC semble attacher une importance croissante aux questions liées aux investissements (I), mais encore parce que le droit de l'investissement lui-même puise parfois une précieuse inspiration dans le droit de l'OMC (II).

---

<sup>11</sup> La page spécifique du site Internet de l'Organisation dédiée au Programme de Doha pour le développement s'enrichit toutes les semaines d'une déclaration assez peu engageante sur l'avenir des négociations : <[http://www.wto.org/french/news\\_f/archive\\_f/dda\\_arc\\_f.htm](http://www.wto.org/french/news_f/archive_f/dda_arc_f.htm)>. La difficulté de s'accorder sur des règles relatives à la protection des investissements n'est certainement pas la seule raison du blocage, mais indiscutablement, elle y contribue.