



Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI)

Groupe d'experts No.1 sur certains sujets relatifs au règlement des différends et champ d'application géographique

OBLIGATIONS CONTRADICTOIRES

(Note du Président)

OBLIGATIONS CONTRADICTOIRES

(Note du Président)

1. A sa session de juin, le Groupe de négociation a examiné la question de l'extraterritorialité dans le contexte de l'AMI, à partir de notes du Président [DAFFE/MAI(96)18] et de contributions d'une délégation [DAFFE/MAI/RD(96)23 et 24] et d'une autre délégation [DAFFE/MAI/RD(96)29 et 30]. Résumant les débats, le Président a noté que les obligations contradictoires imposées aux entreprises multinationales et le boycottage secondaire d'investissements font l'objet d'obligations en vertu de l'instrument de l'OCDE intitulé "Considérations générales et modalités pratiques concernant les obligations contradictoires". Le Groupe d'experts n°1 sur le règlement des différends a été invité à examiner l'instrument actuel de l'OCDE à sa réunion de septembre et à faire rapport au Groupe de négociation d'ici à sa réunion d'octobre, les autres aspects et les autres propositions concernant ces questions restant à l'ordre du jour des travaux du Groupe de négociation.
2. On rappellera dans cette note les origines de l'instrument de l'OCDE et on formulera un certain nombre de questions qui pourraient être examinées. Les délégations intéressées sont invitées à soumettre des contributions nationales contenant en particulier des informations au sujet des enseignements à tirer de l'instrument.

Origine de l'instrument actuel

3. Dès la création de l'Organisation, le Comité d'experts sur les pratiques commerciales restrictives a mené des travaux sur l'extraterritorialité dans le contexte de la politique de la concurrence. En 1967, le Comité a mis au point une approche reposant sur la notification, la consultation, la coopération et l'examen des politiques. Cette approche a été conservée et développée dans le cadre d'accords bilatéraux et également sur le plan multilatéral par les travaux du nouveau Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE et au moyen d'une série de recommandations du Conseil, celle qui est actuellement applicable étant la recommandation du Conseil sur la coopération entre pays Membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux [C(95)130/FINAL].
4. La recommandation, révisée à quatre reprises, préconise que les pays se notifient les enquêtes qu'ils engagent sur une pratique pouvant affecter les intérêts d'autres pays, que des consultations aient lieu si nécessaire, que les renseignements importants pour une enquête ou une procédure puissent être échangés et que, si les autorités de plus d'un pays décident d'agir à l'encontre de la pratique en question, elles coordonnent leur action¹.
5. Les pays qui considèrent que des entreprises situées dans un autre pays Membre se livrent à une pratique anticoncurrentielle dont ils sont victimes peuvent demander également des consultations à l'autre pays et une action de sa part s'il y consent. La recommandation combine donc des éléments de courtoisie positive et de courtoisie négative : en cas d'action contre une pratique anticoncurrentielle, les intérêts étrangers sont pris en compte et un pays peut demander à un autre pays de prendre des mesures particulières contre la pratique en cause. On soulignera néanmoins que cette coopération est purement volontaire et qu'elle peut être refusée par tout pays invoquant ses propres intérêts nationaux.

1 Recommandation révisée du Conseil sur la coopération entre pays Membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux.

6. En cas d'échec de la procédure de notification et de consultation, il est prévu une procédure de conciliation par recours aux bons offices du Comité du droit de la politique de la concurrence de l'OCDE. Mais cette procédure de conciliation n'a jamais été invoquée depuis sa création en 1973.
7. La recommandation de l'OCDE est à la base des accords bilatéraux de coopération en vigueur entre les pays de l'OCDE.
8. Les différentes versions de la recommandation ont donné des résultats généralement positifs, sous les auspices du Groupe de travail n°3. Les pays ont échangé des renseignements qui se sont révélés utiles et parfois indispensables pour mener à bien une enquête ou tenter une action à l'encontre d'une pratique anticoncurrentielle à incidence internationale. Cette coopération a été particulièrement fructueuse dans le domaine des enquêtes sur les fusions ; il est en effet souvent difficile, pour une autorité nationale, d'évaluer les effets d'une opération de fusion sur la concurrence, lorsqu'elle ne dispose pas de certains renseignements fournis par d'autres pays. Il subsiste néanmoins certains problèmes face aux règles de confidentialité en vigueur, qui empêchent la transmission de certaines informations confidentielles à d'autres autorités. Ces problèmes sont actuellement étudiés par le Comité.
9. Au cours des années 70, certains problèmes relevant d'autres domaines, notamment ceux liés aux sanctions économiques ou aux contrôles de "politique étrangère", ont débouché sur des débats d'ordre plus général au sein de l'OCDE. En 1976, les pays de l'OCDE sont convenus de coopérer de bonne foi [dans le cadre du Comité IME ou au moyen d'autres accords mutuellement acceptables] pour résoudre les problèmes qui se posent lorsque des entreprises multinationales se voient imposer des obligations contradictoires. Cet accord a été incorporé dans les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, adoptés par les Ministres en annexe à la Déclaration de 1976 sur l'investissement international et les entreprises multinationales, ainsi que dans la décision à caractère obligatoire du Conseil concernant les Principes directeurs [C(76)117 et C(79)143].
10. Durant les années 80, le Comité IME a été au coeur des discussions concernant l'extraterritorialité. Ces discussions ont été suscitées par l'imposition de sanctions américaines à l'encontre de l'URSS concernant des gazoducs de ce pays. Dans le même temps, ces questions étaient débattues en dehors de l'OCDE, notamment dans le cadre de l'American Law Institute, l'objectif étant d'élaborer une théorie de la compétence qui pourrait surmonter les divergences d'approche et offrir un cadre juridique pour régler les conflits de compétences en instaurant un juste équilibre des intérêts en cause.
11. Les discussions au sein du Comité IME et de son Groupe de travail sur les politiques de l'investissement international ont eu pour résultat qu'un certain nombre de pays Membres ont proposé d'introduire dans la Déclaration de 1976 certaines règles de compétence accordant priorité au principe de territorialité, d'autres pays Membres considérant qu'il était impossible de définir des règles parfaitement nettes eu égard aux réalités des transactions dans le monde moderne. Les Etats-Unis ont préconisé une démarche, inaugurée dans le domaine de la politique de la concurrence, reposant sur la notification, la consultation, la coopération et l'équilibre des intérêts. Cette démarche appelait une coopération intergouvernementale dans certains domaines comme la réglementation des marchés de valeurs mobilières et l'application des réglementations, dans le but de ne pas avoir à protéger des intérêts publics légitimes par des mesures extraterritoriales unilatérales.
12. Peu avant la réunion ministérielle de l'OCDE de 1984, un accord a pu se faire. Un rapport du Comité IME sur le réexamen de la Déclaration de 1976 [C/MIN(84)5(Final)] comportait une déclaration commune contenant un ensemble de "considérations générales et modalités pratiques" à caractère non contraignant concernant les obligations contradictoires imposées aux entreprises multinationales. En

mai 1984, cette déclaration a été approuvée par les Ministres de l'OCDE. Plusieurs paragraphes ont été repris dans une décision du Conseil [C(84)91], à caractère obligatoire, concernant les Principes directeurs et approfondissant l'engagement pris par les pays Membres de coopérer de bonne foi pour régler les problèmes relatifs aux obligations contradictoires.

13. La partie qui a trait aux considérations générales définit une série de principes que les pays Membres devraient prendre en compte lorsqu'ils envisagent une réglementation de portée extraterritoriale. L'objectif de ces considérations générales est d'empêcher que des obligations contradictoires se créent ou, au moins, de réduire les possibilités de conflit. La partie qui a trait aux modalités pratiques propose une série de moyens aux niveaux bilatéral et multilatéral pour régler les problèmes, ces moyens reposant sur la notification de la consultation.

Travaux de l'OCDE concernant l'application de l'Instrument

14. Plusieurs activités ont été menées dans le cadre du Comité IME après l'adoption de l'Instrument.

15. Les premières années, l'OCDE a reçu un certain nombre de notifications formelles et informelles. Une liste de ces notifications, établie à la fin de 1988 [DAFFE/IME/88.26] comprenait une notification du Canada concernant sa loi sur la concurrence, des notifications de la Norvège, de la Suède et du Danemark concernant l'interdiction d'investir en Afrique du Sud, des notifications du Royaume-Uni concernant sa loi sur les services financiers et sa loi sur l'espace extra-atmosphérique et 14 notifications formelles et informelles des Etats-Unis sur les points suivants : les modifications de 1985 de sa loi sur l'administration des exportations, une loi globale anti-apartheid, la réglementation concernant le blanchiment des capitaux, la loi sur les lancements spatiaux commerciaux, de même que les sanctions économiques à l'encontre de la Syrie, de la Libye, du Nicaragua et de Panama. Ces notifications témoignent en général d'un effort pour mettre en oeuvre l'attitude de modération et la retenue et atténuer les problèmes d'extraterritorialité².

16. En octobre 1987, le Comité IME a publié un rapport sur l'interprétation, par les pays Membres, de la disposition des considérations générales obligeant les pays Membres à adopter "une attitude de

2 Par exemple, les Etats-Unis ont souligné que les modifications de 1985 de la loi sur l'administration des exportations protégeaient la liberté contractuelle sauf si le Président décidait qu'une "violation de la paix" constituait une menace grave et directe pour des intérêts stratégiques américains et que cette loi comportait des critères limitant étroitement les pouvoirs du Président en matière de contrôles de politique étrangère [DAFFE/IME/87.7(Add.1)(CORR1)]. Les Etats-Unis ont notifié des sanctions économiques à l'encontre de la Syrie [IME/M(86)2, Add.1], appliquées aux réexportations de biens d'origine américaine en provenance de pays tiers et non aux filiales étrangères de sociétés américaines, ni aux opérations effectuées dans le cadre de contrats préexistants, en tenant compte à cet égard des préoccupations des pays de l'OCDE et du COCOM. Les Etats-Unis ont proposé que les réglementations concernant le blanchiment de capitaux n'aient une portée extraterritoriale à l'égard de non-ressortissants américains que lorsque les actes en cause étaient commis en partie aux Etats-Unis et remplissaient certaines autres conditions ; en outre, une certaine retenue devait s'exercer lorsque l'infraction primaire impliquait des conflits avec l'autorité étrangère, par exemple dans le cadre de la loi sur les pouvoirs économiques en cas de situation d'urgence internationale ou de la loi sur l'administration des exportations. L'interdiction d'investir en Afrique du Sud, édictée dans la loi danoise, s'appliquait aux personnes situées au Danemark exerçant un contrôle sur une entreprise étrangère, mais elle ne s'appliquait pas aux investissements réalisés pour préserver l'exploitation d'investissements existants. Un résultat similaire a été obtenu pour les sanctions suédoises à l'encontre de l'Afrique du Sud. Quant au boycottage norvégien de l'Afrique du Sud, rien n'obligeait en cas de conflit une filiale norvégienne à enfreindre la loi du territoire sur lequel elle exerçait ses activités.

modération et de retenue". Ce rapport résumait l'expérience des pays Membres et formulait des suggestions allant dans le sens d'une plus grande modération et d'une plus grande retenue. Les conclusions de ce rapport ont été reprises dans le réexamen de l'instrument concernant les obligations contradictoires auquel a procédé le Comité IME en 1991.

17. Le deuxième grand projet a été une étude des "demandes extraterritoriales de renseignements se rattachant à la réglementation des valeurs mobilières", diffusée en février 1988 [DAFFE/IME/87.1(deuxième révision)]. Cette étude, réalisée dans le cadre du Groupe de travail sur les politiques de l'investissement international, s'appuyait sur les travaux menés bilatéralement par certains pays Membres pour mettre en place des mécanismes de coopération.

18. Le troisième projet a été une étude de la "nationalité des sociétés". Cette étude a donné lieu à des contributions nationales et à une note approfondie du Secrétariat intitulée "Nationalité des sociétés et conflits de compétence juridictionnelle" [DAFFE/IME/89.12], qui a fait l'objet de commentaires des pays Membres et a été examinée à plusieurs reprises par le Groupe de travail sur les politiques de l'investissement international. Cette note s'attachait à un grand nombre d'aspects très complexes de cette question, notamment le recours au "contrôle" pour déceler la véritable identité des entreprises multinationales, tantôt par le biais d'une théorie du contrôle direct, tantôt par d'autres moyens, notamment "l'unité de l'entreprise", mais généralement à des fins très limitées. Ce projet a soulevé néanmoins plusieurs controverses et le Comité IME a conclu ses débats sur ce thème en novembre 1990 en décidant que le "rapport [DAFFE/IME/89.12 (deuxième révision)] demeurerait sous la responsabilité du Secrétariat et servirait de document de référence pour les activités futures dans le domaine des obligations contradictoires".

Le réexamen de 1991 de l'Instrument concernant les obligations contradictoires

19. L'expérience des pays Membres pour la mise en oeuvre de l'Instrument concernant les obligations contradictoires a fait l'objet du chapitre IV du réexamen de 1991 de la Déclaration de 1976 et des Principes directeurs. Ce réexamen a été l'occasion d'analyser les conflits sous l'angle de deux grandes catégories de mesures :

- i) les mesures de portée extraterritoriale qui sont prises pour atteindre des objectifs économiques réglementaires ;
- ii) les dispositions législatives ou réglementaires adoptées à d'autres fins, comme la sécurité nationale, la politique étrangère, les pouvoirs extraordinaires en cas de guerre, etc.

20. En ce qui concerne la première catégorie, le rapport a examiné plusieurs exemples. Dans le secteur bancaire, la nécessité d'une coordination internationale de l'action des autorités de contrôle prudentiel a débouché en 1979 sur le Concordat de Bâle, qui a largement contribué à atténuer les conflits pouvant résulter de l'extraterritorialité de réglementations. Dans le secteur des valeurs mobilières, les conflits dus à l'absence de méthodes communes pour l'obtention des renseignements nécessaires ont fait l'objet d'une étude approfondie, les problèmes ont été mis en lumière, et les pays Membres ont confirmé leur volonté de coopérer dans ce secteur et ont évoqué l'existence de divers mécanismes de coopération et un certain nombre de propositions faites à cet effet. Dans le secteur de la réglementation de la concurrence, le rapport de réexamen note que les conflits sont bien moins nombreux ces dernières années parce que les objectifs de politique de la concurrence sont de mieux en mieux acceptés et que la coopération internationale s'intensifie, comme en témoigne la recommandation révisée de l'OCDE concernant la coopération en matière de pratiques commerciales restrictives.

21. En ce qui concerne la deuxième catégorie de mesures, c'est-à-dire celles prises à d'autres fins que la réglementation économique, le rapport a recensé les contrôles exercés sur les biens, les sanctions commerciales, les mesures de contrôle des exportations et les interdictions d'investir. Les pays ont souvent eu recours à des sanctions comme le blocage d'avoirs et l'interdiction d'exporter des biens stratégiques en temps de guerre ou en cas de crise. D'une façon générale, les mesures prises en temps de guerre ne suscitent guère de controverses. En revanche, des problèmes peuvent se poser lorsque les mesures affectent des pays qui sont neutres dans le conflit ou qu'elles sont prolongées au-delà de la période de crise, ce qui tend à leur conférer un caractère de quasi-permanence. Dans les années 50, 60 et 70, des sanctions économiques très diverses ont été prises par des pays en réaction à des événements politiques survenus dans d'autres pays et ces sanctions ont parfois provoqué de graves dissensions. Le rapport note néanmoins que "plus récemment, certains pays se sont souciés davantage de limiter l'application extraterritoriale des mesures de contrôle au titre de la politique étrangère".

22. A propos de l'évolution des conflits, le rapport note :

"L'interdépendance croissante observée dans l'économie internationale est l'une des principales raisons pour lesquelles l'exercice d'activités à l'étranger a des répercussions de plus en plus larges sur les économies nationales ; de même, les possibilités de tourner la législation nationale apparaissent plus grandes. Afin d'éviter ou de réduire au minimum les conflits qui risquent de se produire du fait de cette évolution, les pays Membres se montrent de plus en plus désireux de faire preuve de modération et de retenue dans l'exercice de leurs pouvoirs. La coopération internationale fondée sur des instruments tels que l'accord de 1984 sur les obligations contradictoires a contribué à une meilleure prise de conscience des intérêts souverains des pays concernés par l'application extraterritoriale de la législation. Ces derniers sont aussi mieux en mesure d'apprécier les motifs de l'application extraterritoriale de certaines lois nationales".

"Les obligations de modération et de retenue commencent à prendre davantage d'importance dans les domaines faisant intervenir des sanctions commerciales et des contrôles des exportations en vue d'atteindre des objectifs politiques. Le Comité a été encouragé par les efforts déployés par plusieurs pays en vue d'éviter ou de réduire au minimum les conflits dans ce domaine. Les restrictions commerciales, par exemple, ont été réduites dans certains cas, de façon à toucher les succursales étrangères de sociétés américaines, mais pas les filiales à l'étranger (à moins que la transaction ne porte sur des produits ou des technologies d'origine américaine). Il y a eu aussi des précédents encourageants dans des secteurs comme le contrôle des banques, la réglementation de la prévention des fraudes et celle des flux de données transfrontières, ce qui montre l'efficacité de la coopération internationale...".

23. La section du rapport qui est consacrée à l'application de l'accord de 1984 sur les obligations contradictoires constate que les travaux du Comité IME concernant l'interprétation des considérations générales et la meilleure façon de mettre en oeuvre les modalités pratiques qui s'y rattachent ont permis de mieux cerner les problèmes et les solutions possibles. Revenant sur le rapport de 1987 concernant l'attitude de modération et de retenue, le rapport de réexamen de 1991 note que :

"... Les pays Membres ont confirmé l'utilité des conventions d'assistance mutuelle, ainsi que des accords bilatéraux, en particulier dans le domaine des mesures de réglementation économique (comme le contrôle des exportations), la recherche de preuves à l'étranger et la question de la législation antitrust. Les mécanismes de consultation multilatéraux, et notamment l'accord intervenu en 1984 dans le cadre du Comité au sujet des considérations générales et des modalités pratiques ainsi que la recommandation révisée du Conseil de 1986 relative à la coopération dans le domaine des pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux, ont été cités comme particulièrement utiles pour résoudre les problèmes d'obligations contradictoires".

"En résumé, le rapport (de 1987) montre qu'il existe des domaines de convergence, mais il met également davantage en évidence les différences de points de vue entre les pays Membres. Ces différences apparaissent particulièrement prononcées sur les sujets de caractère général, par exemple le fondement (juridique ou politique) de l'attitude de modération et de retenue. Les convergences de vues sont plus importantes en ce qui concerne l'observation effective de cette attitude dans des domaines comme la mise en évidence des intérêts concurrents des Etats, les règles adoptées par les tribunaux s'agissant de savoir s'il y a lieu de faire abstraction des lois ou jugements étrangers ou au contraire d'y déférer, etc. Le rapport souligne également que la coopération internationale dans le domaine des obligations contradictoires évolue rapidement. Cela implique en particulier que les conceptions de l'exercice de la modération et de la retenue évoluent elles aussi rapidement, révélant ainsi une meilleure compréhension mutuelle entre pays Membres due en grande partie à leur coopération au sein de l'Organisation dans le domaine des obligations contradictoires".

24. Dans cette même section du rapport de 1991, il est également indiqué que les pays Membres ont pris note de l'étude de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) intitulée "Application extraterritoriale des lois nationales", qui a recommandé de réduire les conflits en matière d'extraterritorialité en soumettant l'application des lois extraterritoriales à la règle de raison ; pour ce faire, il convient de mettre en balance les intérêts nationaux concurrents et de prendre en compte la nécessité de faciliter le libre jeu du commerce international. Le Comité a décidé à ce sujet que "s'il n'est pas exclu que ces propositions fassent l'objet d'un examen plus approfondi, il n'existe pas, à l'évidence, de consensus international suffisant pour permettre au Comité d'y souscrire dès maintenant".

25. En ce qui concerne les travaux du Comité IME sur la nationalité des sociétés, le rapport de 1991 note ce qui suit :

"En pratique, lorsqu'il y a harmonisation des politiques nationales, moins de problèmes d'ordre juridique semblent se poser. Dans certains domaines de la législation économique où l'entreprise est parfaitement identifiée, par exemple la publication de comptes consolidés des entreprises multinationales à des fins fiscales et à des fins de notification, les conflits sont limités du fait de la similitude des méthodes législatives des pays Membres. Ce consensus est vraisemblablement moins fort vis à vis de certaines pratiques, comme les contrôles à l'exportation répondant à des objectifs de politique étrangère, les pays Membres pouvant être alors en désaccord sur le bien-fondé des politiques pratiquées, ou sur l'efficacité de certaines catégories de mesures".

26. Le constat du rapport de réexamen de 1991 est en définitive que l'accord de 1984 sur les considérations générales et les modalités pratiques "a prouvé son efficacité" et qu'il doit être mieux mis en relief. Cette recommandation a été approuvée et l'accord sur les obligations contradictoires a pris une plus grande valeur du fait que les considérations générales et les modalités pratiques ont été annexées à la Déclaration. Les paragraphes concernant les obligations contradictoires ont été supprimés dans la Décision du Conseil concernant les Principes directeurs et ont fait l'objet d'une Décision spécifique du Conseil relative aux obligations contradictoires [C(91)73].

Travaux récents du Comité IME sur les obligations contradictoires

27. Le Comité IME est resté disponible pour l'examen des problèmes qui pouvaient se poser dans le domaine des obligations contradictoires. Il n'a toutefois pas conduit de travaux d'ordre général à ce sujet depuis le réexamen de 1991 et la question des obligations contradictoires ne s'est de nouveau posée qu'à propos des lois Helms-Burton et D'Amato.

Questions

28. Il est proposé d'examiner les questions suivantes :

Les délégations considèrent-elles que l'instrument actuel de l'OCDE est en général parvenu à promouvoir la coopération et à atténuer les conflits ?

Cet instrument, dans sa forme actuelle ou avec certaines modifications de son statut juridique ou de son contenu, répond-il aux besoins des délégations dans le contexte de l'AMI ?

Quelles modifications seraient éventuellement souhaitables et seraient susceptibles de réunir un consensus ?