DOCUMENT DE RECHERCHE

8

DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE DANS LES ACCORDS D'INVESTISSEMENT: LES REPERCUSSIONS DE TYPE ADPIC-PLUS SUR LA PROTECTION DE L'INTERET GENERAL ET SON APPLICATION

Ermias Tekeste Biadgleng*

CENTRE SUD

Août 2006

Traduction française par Louma Atallah, janvier 2008

---

* Ermias Tekeste Biadgleng est actuellement administrateur au sein du Programme sur l'innovation et l'accès aux connaissances du Centre Sud. Il détient une maîtrise en droit dans les domaines du commerce international et du droit de l'investissement de l'Université de Western Cape et de l'American University Washington College of Law (2003). Les opinions exprimées dans ce document n'engagent que l'auteur et ne reflètent pas forcément celles du Centre Sud et de ses États membres.

CENTRE SUD

En août 1995, le Centre Sud est devenu une organisation intergouvernementale permanente de pays en développement. Le Centre jouit d'une pleine indépendance intellectuelle dans la poursuite de ses objectifs, qui sont de promouvoir la solidarité entre pays du Sud, la coopération Sud-Sud et la participation coordonnée des pays en développement aux forums internationaux. Il prépare, publie et distribue des documents d'information, des analyses stratégiques et des recommandations sur les questions économiques, sociales et politiques internationales concernant les pays du Sud.

Le Centre Sud bénéficie du soutien et de la coopération des gouvernements des pays du Sud et il collabore régulièrement avec le Mouvement des pays non alignés et le Groupe des 77. Ses études et prises de position sont établies en faisant appel aux capacités techniques et intellectuelles des gouvernements et des institutions du Sud, ainsi que des citoyens de ces pays. Les sessions de travail en groupe et de larges consultations impliquant les spécialistes des diverses régions du Sud, et parfois également du Nord, permettent d'étudier les problèmes courants dans le Sud, ainsi que de partager les expériences et les connaissances.

La reproduction intégrale ou partielle du présent ouvrage à des fins didactiques ou non commerciales est autorisée sans l'autorisation préalable des ayants droit pour autant que la source soit expressément citée et que toute altération de son contenu soit indiquée. Toute reproduction du présent ouvrage destinée à la vente ou à d'autres fins commerciales est interdite sans l'autorisation préalable des ayants droit.

Centre Sud, CP 228, Chemin du Champ-d'Anier 17, 1211 Genève 19, Suisse.

© Centre Sud, 2008

ISSN 1819-6926

REMERCIEMENT

Je voudrais spécialement remercier M. Sisule Musungu (Centre Sud) pour son soutien, son aide et ses précieux commentaires fournis à chaque étape de la recherche. Je remercie également Mme Elisabeth Tuerk (CNUCED), Mme Luisa Bernal et M. Tiyanjana Mphepo (Centre Sud) pour leurs précieux commentaires sur la version finale du document. Les points de vue exprimés et les erreurs commises dans ce document ne relèvent que de ma responsabilité.

TABLE DES MATIERES

RESUME ..... *ix*

I. INTRODUCTION 1

II. DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE COMME INVESTISSEMENT 3

III. PROTECTION DE L'INTERET GENERAL : L'IMPACT ADPIC-PLUS DES ACCORDS D'INVESTISSEMENT 8

III. 1. Santé publique et droits de propriété intellectuelle dans le cadre des accords d'investissement: le cas des mesures de contrôle relatives à l'interdiction de fumer 10

III. 2. Sécurité nationale et droits de propriété intellectuelle dans le cadre des accords d'investissement 12

IV. DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE, CONCURRENCE ET TRANSFERT DE TECHNOLOGIE DANS LES ACCORDS D'INVESTISSEMENT 15

IV.1. La réglementation relative aux pratiques anticoncurrentielles et le recours aux licences obligatoires 16

IV.2. Transfert de technologie et droits de propriété intellectuelle dans les accords d'investissement 19

V. ACCORDS D'INVESTISSEMENT, APPLICATION DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET REGLEMENT DE DIFFERENDS 23

V. 1. Les normes d'application: accords d'investissement et Accord sur les ADPIC 23
V.1.1. Traitement juste et équitable 24
V.1.2. Transparence 27
V.1.3. Formalités spéciales et information non divulguée dans les accords d'investissement 28

V.2. Règlement de différends: l'interface entre l'Accord sur les ADPIC et les accords d'investissement 30

VI. SYNTHESE DES REPERCUSSIONS NEGATIVES SUR LES PAYS EN DEVELOPPEMENT ET DES POSSIBILITES QUI LEUR SONT OFFERTES 34

BIBLIOGRAPHIE 37

LISTE DES ABBREVIATIONS

Accord sur les ADPIC	Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AGCS	Accord général sur le commerce des services
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
AMI	Accord multilatéral sur l'investissement
CE	Commission européenne
CNUCDI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce 1994
ICSID	The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (Centre international pour le règlement de différends relatifs à l'investissement)
MIC	Mesures concernant les investissements et liées au commerce
NPF	Principe de la nation la plus favorisée
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OMS	Organisation mondiale de la santé
PMA	Pays les moins avancés
TIB	Traité d'investissement bilatéral
UPOV	Union internationale pour la protection des obtentions végétales

RESUME

La récente prolifération des accords d'investissement et de propriété intellectuelle est accompagnée d'un nombre croissant de différends relatifs aux investissements dont la portée est de plus en plus vaste. Ces accords soulèvent de nombreuses questions qui touchent particulièrement les pays en développement. Une des questions qui influence depuis peu les négociations sur de nouveaux accords d'investissement porte sur l'état des droits de propriété intellectuelle et l'impact des accords d'investissement sur les droits, les obligations et les pouvoirs discrétionnaires en matière de réglementation des pays dans le cadre des Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Les droits de propriété intellectuelle acquis conformément à la loi nationale peuvent constituer un investissement. La loi nationale détermine la portée, le contenu et la forme des droits de propriété intellectuelle qui ont les caractéristiques d'un investissement. Cependant, la définition de l'investissement dans les accords d'investissement qui comprennent un type particulier de droits de propriété intellectuelle, par exemple les signaux porteurs de programmes encodés transmis par satellite, et qui sont conclus entre pays qui n'ont pas adopté des droits similaires dans leur droit national ou qui n'ont pas ratifié des instruments multilatéraux qui protègent des droits similaires risque de donner lieu à une protection accrue des droits de propriété intellectuelle. La protection des droits de propriété intellectuelle dans les accords d'investissement entraîne des répercussions de type ADPIC-plus sur les pays en développement en termes de détermination de la portée, de la disponibilité et de la validité des droits de propriété intellectuelle qui constituent un investissement. Les normes relatives à l'investissement protègent également les activités associées de l'investissement, y compris l'acquisition, la protection et l'application des droits de propriété intellectuelle. Finalement, les accords d'investissement protègent les données non divulguées et d'autres informations soumises à des fins d'approbation et d'investissement.

La détermination de la mesure dans laquelle les pays peuvent adopter des mesures conformes avec l'Accord sur les ADPIC pour protéger l'intérêt général et les mesures de réglementation, comme la politique de la concurrence, l'octroi de licences obligatoires et le transfert de technologie fait également face à des normes supplémentaires dans le cadre des accords d'investissement. Parmi ces dernières, on compte: les prescriptions relatives à un processus en bonne et due forme et à la transparence; l'adoption et la mise en œuvre de bonne foi des mesures qui ne soient pas une restriction déguisée de l'investissement, et ce, sans discrimination arbitraire et injustifiable; le respect de prescriptions spécifiques dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC ou la section sur les droits de propriété intellectuelle des accords, comme dans le cas des accords de libre-échange des États-Unis. Ces normes supplémentaires offrent la possibilité de remettre en question la conformité des mesures avec l'Accord sur les ADPIC et les accords de libre-échange, et l'application des normes de compensation dans le cadre des accords d'investissement.

L'importance des répercussions des accords d'investissement sur les flexibilités et les obligations des pays en développement dans le cadre de l'Accord sur les ADIPC varie selon les formulations de chaque accord. Cependant, les accords d'investissement ont pour particularité de laisser les mesures publiques ouvertes aux contestations par le biais des mécanismes de règlement des différends relatifs à l'investissement. En l'absence d'une exclusion claire des différends relatifs aux droits de propriété intellectuelle du champ d'application du règlement de

différends relatifs à l’investissement, les tribunaux d’arbitrage devraient accorder une grande importance à l’existence de mécanismes de règlements efficaces, ainsi que d’une expertise et de procédures juridiques en termes de droits de propriété intellectuelle. Les questions liées à la propriété intellectuelle ont leur propre dimension, jurisprudence et économie politique, qui sont totalement différentes de celles de l’investissement. Les pays en développement devraient donc sérieusement examiner les dispositions des accords d'investissement pendant la négociation et le renouvellement des accords existants afin de limiter la protection des droits de propriété intellectuelle à l’Accord sur les ADPIC, à d’autres accords et aux lois nationales.

I. INTRODUCTION

La prolifération d'accords d'investissement et d'accords relatifs à la propriété intellectuelle entraîne des questions essentielles sur la relation qui existe entre ces accords et la mise en œuvre des politiques nationales favorisant le développement économique. Bien qu'ils soutiennent les industries compétitives et à la pointe de la technologie dans les pays développés, ces accords n'octroient pas un avantage comparatif aux industries des pays en développement qui ne disposent pas d'actifs importants sous différentes juridictions. Un examen des tendances prévalant dans les accords d'investissement et ceux relatifs à la propriété intellectuelle montre que les négociations ardues ont eu lieu surtout entre pays en développement et développés, plutôt que de façon multilatérale. En effet, s'il existe plusieurs accords d'investissement entre pays en développement, ces accords sont rarement conclus entre pays développés. Les accords relatifs à la propriété intellectuelle actuels confirment la tendance marquée des pays développés à influencer les politiques en matière de propriété intellectuelle au moyen d'accords bilatéraux et de traités multilatéraux négociés au sein de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI).

Depuis la conclusion de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), l'échec des négociations, dans le cadre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) et l'émergence des accords bilatéraux commerciaux et d'investissement sous la forme d'accords de libre-échange, l'interface entre les droits de propriété intellectuelle et les accords d'investissement est au cœur des négociations. Ces dernières sont encore liées à la fois aux lois relatives à la propriété intellectuelle, d'une part, et aux revendications en suspens en matière de propriété intellectuelle et d'investissement, d'autre part[1]. On a eu beaucoup recours aux accords d'investissement récents pour résoudre certains désaccords multilatéraux, entre autres, sur la propriété intellectuelle.

Les accords qui sont signés entre Membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont tendance à produire un effet «OMC-plus». Dans la mesure où les pays en développement, la société civile et les organisations intergouvernementales remettent en question l'équité des règles de l'OMC pour les pays pauvres, il paraît logique d'évaluer de plus près le caractère juste des accords OMC-plus. Ce document de recherche analyse les effets des accords d'investissement sur les droits et les obligations prévus par l'Accord sur l'aspect des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). L'objectif ultime est de revoir le lien qui existe entre la propriété intellectuelle et l'investissement dans les accords d'investissement Nord-Sud, et le rapport de ces derniers avec la mise en œuvre de politiques de développement socio-économique et technologiques.

Pour procéder à cette analyse, nous nous baserons sur le document analytique publié par le Centre Sud intitulé «La propriété intellectuelle dans les accords d'investissement : les répercussions des mesures ADPIC-plus sur les pays en développement»[2]. Ce dernier examinait les tendances et l'évolution des droits de propriété intellectuelle dans les accords d'investissement, et les effets des approches émergentes relatives au traitement juste et équitable, ainsi que le principe de la notion la plus favorisée (NPF) des accords d'investissement sur les régimes globaux de protection des droits de propriété intellectuelle. Cette étude avait mené à la conclusion selon laquelle l'extension des normes de traitement juste et équitable aux actifs d'investissement liés à la propriété intellectuelle était un élément important de type ADPIC-plus des accords d'investissement. Ainsi, on y recommandait, d'une part, que la définition de l'investissement soit sujette aux lois et aux réglementations nationales et, d'autre part, d'inclure une clause explicite

[1] Nicholas et Rosen (2004), p.200.

[2] Centre Sud (2005).

pour empêcher le recours au mécanisme de règlement de différends entre États et investisseurs pour les différends découlant de la protection et de l'exécution des droits de propriété intellectuelle, de la mise en œuvre des dérogations, ainsi que des exceptions et des flexibilités prévues par les accords multilatéraux reliés à la propriété intellectuelle. Le présent document traite d'abord et avant tout d'intérêt général, de concurrence, de prescriptions de résultats et de questions d'application des droits de propriété intellectuelle dans les accords d'investissement.

Le deuxième chapitre de ce document examine le problème de considérer les droits de propriété intellectuelle comme un actif dans les accords d'investissement. Le troisième examine la relation qui existe entre, d'une part, les dispositions des accords d'investissement et, d'autre part, les flexibilités et les pouvoirs discrétionnaires en matière de réglementation prévus dans l'Accord sur les ADPIC favorisant l'intérêt général, l'innovation, le transfert de technologie, ainsi que les politiques et la réglementation liées à la concurrence. Le quatrième chapitre analyse le lien qui existe entre les accords d'investissement et l'application des droits de propriété intellectuelle et le dernier contient les résultats de la recherche.

Notre examen des accords d'investissement est fondé sur la base de données de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) sur les accords d'investissement bilatéraux, qui se trouve sur le site de l'Organisation. Dans le cadre de cette recherche, le terme investissement comprend l'action d'établir une filiale ou d'acheter des actions d'une compagnie nationale dans le but d'investir. Le terme «investissement» fait référence à la définition de l'investissement fondée sur les actifs des accords d'investissement. L'acronyme *TIB* fait référence aux traités d'investissement bilatéraux. L'*investissement visé* fait référence à l'investisseur et au placement couvert des accords d'investissement. La référence aux TIB et aux accords de libre-échange ne constitue pas une confirmation de leur entrée en vigueur.

II. DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE COMME INVESTISSEMENT

Les droits de propriété intellectuelle dominent de plus en plus la structure des actifs des sociétés dans les pays technologiquement avancés. En effet, lorsque les sociétés de pays technologiquement avancés répartissent les installations relatives à la production et à la recherche et développement (R&D) à l'étranger, la structure du capital de leurs filiales comprend généralement des secrets commerciaux, des dénominations commerciales, des processus techniques et d'autres droits de propriété intellectuelle. Pour ces raisons, les accords d'investissement définissent les investissements comme des biens incorporels, des droits de propriété intellectuelle, des licences, des créances et des retours, etc. Vous trouverez dans l'encadré n°1 des définitions sélectionnées de l'investissement dans différents accords.

L'inclusion dans la définition des investissements des droits de propriété intellectuelle crée un lien entre les instruments de propriété intellectuelle, qui sont principalement multilatéraux, et les accords d'investissement, principalement bilatéraux. Le fait que les droits de propriété intellectuelle soient inclus ou non dans la définition de l'investissement a été l'objet d'un débat animé pendant la négociation de l'AMI au cours de laquelle certains pays ont suggéré leur exclusion de cette définition[3]; et le problème n'a pas été résolu dans les négociations ultérieures. Cependant, même dans le cas où une définition de l'investissement ne comprend pas spécifiquement les droits de propriété intellectuelle, cela ne veut pas forcément dire que ces derniers ne constituent pas un investissement. En effet, les droits de propriété intellectuelle qui protègent les technologies des sociétés étrangères peuvent constituer des investissements, tout comme les biens incorporels, les créances ou d'autres types d'intérêts. Ainsi, les points communs entre propriété intellectuelle et accords d'investissement requièrent un examen global et une analyse juridique et économique, pour déterminer notamment la portée des droits et des obligations découlant de ces accords.

Il s'agit d'abord de savoir quand les droits de propriété intellectuelle présentent les caractéristiques d'un investissement. Selon la définition de l'investissement du TIB type américain de 2004, dans laquelle les caractéristiques de l'investissement constituent un élément clé de la définition:

> «Le terme investissement fait référence à tout actif qu'un investisseur possède ou contrôle, directement ou indirectement, et qui a les caractéristiques d'un investissement, y compris des caractéristiques comme l'engagement de capital ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de profits, l'acceptation de risques[4].»

Ce sont les caractéristiques d'un investissement associées à un actif qui permettent de déterminer si ce dernier est protégé par l'accord[5]. Selon les accords de libre-échange américains, lorsqu'un actif ne présente pas les caractéristiques d'un investissement, il ne constitue pas un investissement, peu importe la forme qu'il revêt[6]. Ainsi, la simple possession de droits, par exemple,

---

[3] Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) (1997), p. 4.

[4] United States State Representative (ci-après USTR) (2004), Le TIB type des États-Unis de 2004, article 1.

[5] Dans une affaire traitée par le *International Centre for Settlement of Investment disputes* (ICSID), *CSOB c. la République slovaque* (1999), la dette découlant d'un accord lié à un prêt était qualifiée d'investissement. Dans l'affaire *Fedax c. Venezuela* (1998), les promesses contractuelles délivrées comme paiement pour des services ont été considérées comme étant une forme d'investissement. D'autres tribunaux ont fait des observations importantes sur la portée des actifs protégés dans le cadre des accords d'investissement. Pour une analyse, voir Shackleton (avril 2005), p. 6 et 7. Voir également *Pope & Talbot, Inc. c. le Gouvernement du Canada* (2000), par.98 ; *S.D. Myers, Inc. c. le Gouvernement du Canada*, (2000), par. 232 qui ont soulevé les questions concernant la responsabilité des investissements comprenant l'accès aux marchés et le partage de marché.

[6] Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis et Singapour (2003), note de bas de page 15-1. On trouve des notes similaires dans les accords de libre-échange conclus entre les États-Unis et le Chili (2003) à la note de bas de page 10, 11 et CAFTA (2004), notes de bas de page 7 et 9.

de marques de commerce et de secrets commerciaux qui ne sont pas associés à un investissement et qui devraient engendrer des gains ou qui ne sont pas liées au risque de l'investissement, n'est pas considérée comme un investissement.

Encadré 1: Définition de l'investissement selon quelques accords[7]

Le premier traité d'investissement bilatéral Allemagne - Pakistan : 1959, article 8
(1) (a) Le terme *investissement* comprendra le capital introduit dans le territoire de l'autre partie pour investissement sous les différentes formes que prennent les actifs, comme les devises, les biens, les droits de propriété, les brevets et les connaissances techniques. Le terme *investissement* comprendra également les rendements découlant de cet investissement ou qui y sont réinvestis.
Pré-ADPIC: Canada et Argentine, 1993, article I
(a) le terme *investissement* désigne tout type d'actifs défini conformément aux lois et aux réglementations des parties contractantes sur le territoire desquelles l'investissement est effectué (…) Il comprend notamment, mais non exclusivement (…) Les droits de propriété intellectuelle, y compris les droits concernant les droits d'auteur, les brevets, les marques de commerce, ainsi que les noms commerciaux, les dessins et modèles industriels, le fond commercial, les secrets commerciaux et le savoir-faire. Tout changement dans la forme d'un investissement n'a pas d'effet sur sa nature en tant qu'investissement.
Post-ADPIC: AMI (texte sur lequel étaient fondées les négociations à partir d'avril 1998) : article II.
(2) un investissement signifie : Tout type de placement possédé ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur, y compris: [1 …] (vi) les droits de propriété intellectuelle; (vii) les droits conférés en vertu de la loi ou d'un contrat, comme les concessions, les licences, les autorisations et les permis. (viii) tout bien matériel ou immatériel, meuble ou immeuble et tous les droits de propriété connexes, comme les locations, les prêts hypothécaires, les privilèges ou les gages. 1. Le Groupe de négociation s'accorde à dire que cette vaste définition de l'investissement exige un travail supplémentaire sur des dispositions de sauvegarde appropriées. De plus, les questions suivantes requièrent un travail supplémentaire pour déterminer leur traitement adéquat dans le cadre de l'AMI : investissement indirect, propriété intellectuelle, concessions, dette publique et immobilier.
L'ère des accords de libre-échange : TIB type des États-Unis de 2004, article 1
Le terme *investissement* fait référence à tout actif qu'un investisseur possède ou contrôle, directement ou indirectement, et qui a les caractéristiques d'un investissement, y compris des caractéristiques comme l'engagement de capital ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de profits ou l'acceptation de risques » Parmi les formes que les investissements peuvent prendre, on compte: (a) entreprise (b) actions, parts de capital et autres formes de participation au capital d'une entreprise; (c) obligations, titres d'emprunt, prêts et autres formes de créances[1]; (d) contrats à terme, options d'achat d'actions et autres instruments dérivés; (e) contrats clés en main, contrats de construction, de gestion, de production, de concession, partage des recettes; et Autres contrats similaires; (f) les droits de propriété intellectuelle; (g) licences, autorisation, permis et droits similaires accordés en vertu de lois nationales[2]; et (h) tout bien matériel ou immatériel, meuble ou immeuble et tous les droits de propriété connexes, comme les locations, les prêts hypothécaires, les privilèges ou les gages. 1…2 Le fait qu'un type particulier de licences, d'autorisation, de permis ou d'instrument similaire (y compris une concession du moment qu'elle a la nature d'un tel instrument) possède les caractéristiques d'un investissement dépend de facteurs tels que la nature et l'étendue des droits du titulaire en vertu de la loi de la partie. Parmi les licences, les autorisations et les instruments similaires qui ne possèdent pas les caractéristiques d'un investissement, on compte ceux qui n'engendrent aucun droit en vertu des lois nationales. Par souci de clarté, les dispositions précédentes n'ont aucun effet sur le fait qu'un placement associé avec une licence, une autorisation ou un instrument similaire ait les caractéristiques d'un investissement ou non.

[7] La définition complète est fournie pour le TIB conclu entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959 et le modèle américain de 2004. Dans les autres cas, la citation est limitée à la partie traitant de droits de propriété intellectuelle.

De plus, l'actif doit faire référence non seulement aux droits et aux créances, mais également aux droits et aux créances qui ont une valeur financière pour l'investissement. L'existence d'une valeur financière attachée à l'actif est essentielle pour déterminer si les placements tels que les contrats, les licences et les créances constituent un investissement. Les contrats qui prétendent octroyer une licence aux secrets commerciaux déjà divulgués dans le pays d'origine ou le pays hôte de la société étrangère qui octroie des licences ne peuvent être considérés comme un investissement dans les endroits où la loi nationale considère ce type d'actifs comme faisant partie du domaine public. Dans les termes d'un tribunal d'arbitrage, l'établissement de la valeur financière d'un placement revendiqué:

> «(…) crée un lien avec les lois nationales, puisque ce sont dans une large mesure les règles de la législation nationale qui déterminent s'il existe ou non une valeur financière.» En d'autres termes, la valeur n'est pas une qualité intrinsèque, mais l'effet de règles juridiques qui créent des droits et leur octroient une protection[8].»

L'article 1(1) du traité d'investissement bilatéral (TIB) conclu entre le Chili et l'Argentine en 1996 reconnaît la législation nationale comme une prescription pour ce qui est de la validité:

> l'*investissement* signifie tout type d'actif accepté par une partie contractante ou l'autre, conformément à ses lois, à ses réglementations ou à ses politiques d'investissement (…)»

Les droits de propriété intellectuelle incorporent les caractéristiques de l'investissement et revêtent une valeur financière, conformément à la législation nationale. À ce sujet, un tribunal a conclu que la mention des lois et des réglementations du pays hôte fait référence à la validité de l'investissement, mais non à sa définition, «on vise à empêcher le traité bilatéral de protéger des investissements qui ne devraient pas l'être, notamment ceux qui sont illégaux[9].» Par ailleurs, la définition de l'investissement qui se trouve dans le traité bilatéral conclu entre le Chili et l'Australie en 1996 détermine le champ d'application des droits relatifs aux investissements conformément au droit national.

> «Le terme *investissement* signifie tout type d'actif, y compris la propriété et les droits de toutes sortes acquis ou appliqués conformément à la législation des États hôtes.
> La signification et la portée des actifs mentionnés ci-dessus seront déterminées par les lois et les réglementations de la partie sur le territoire de laquelle l'investissement est effectué[10].»

De la même façon, selon la définition de l'investissement du TIB conclu entre la Belgique, le Luxembourg et l'Argentine en 1990:

> «Le contenu et la portée des droits correspondant aux différentes catégories d'actifs seront déterminés par la loi et la réglementation de la partie contractante sur le territoire de laquelle se trouve l'investissement[11].»

---

[8] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (ci-après SCC) (2004), M. X (Royaume Uni) et la République (en Europe centrale), p. 158 et 161. Le tribunal a noté que le fondement des revendications [de Monsieur X] dans ce cas est l'accord d'investissement et que ce dernier devrait être interprété conformément aux règles du droit public international. Cependant, la loi nationale sera pertinente dans la mesure où les termes *investissement* et *actif* à l'article 1 de l'accord d'investissement ne peuvent être compris de façon indépendante des droits qui existent dans le cadre [de la loi de la République]. Il est nécessaire de déterminer le sens juridique de cet accord de coopération dans le cadre de la [loi de la République].

[9] Voir ICSID (2001), *Salini et al. c. Maroc*, p. 46.

[10] Dans l'affaire *Gas Natural SDG S.A. c. la République argentine* (2005), le tribunal a noté que la définition était conforme à la pratique universelle de définir l'objet des TBI de la façon la plus vaste possible.

[11] TBI entre la Belgique, le Luxembourg et l'Argentine (1990) cité dans *Camussi International S.A. c. la République argentine (2005).* Le tribunal a affirmé que bien que des éléments particuliers liés au sens et à la portée

La pertinence des caractéristiques de l'investissement et le lien qui existe entre celui-ci et la législation nationale sont particulièrement importants pour les droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où ces derniers sont territoriaux de nature. En effet, l'acquisition de ces droits et la reconnaissance de leur protection dans un territoire donné ne mène pas obligatoirement à la reconnaissance de leur protection dans tous les autres territoires. De plus, les États qui octroient les droits déterminent différemment l'étendue et la portée des droits, ainsi que les limitations et les exceptions qui s'y appliquent, comme il a été reconnu dans les accords multilatéraux. Les catégories de droits de propriété intellectuelle, les technologies susceptibles d'être protégées et l'application des critères pour l'octroi de ces droits varient également d'un pays à l'autre. À ce sujet, certains accords d'investissement, comme plusieurs TIB, limitent clairement les droits de propriété intellectuelle constituant un investissement à ce qui est accepté par les lois des pays concernés[12]. Certains autres vont un peu plus loin en exigeant un processus d'enregistrement formel du capital pour que les droits de propriété intellectuelle constituent un investissement.

> «les pays membres (…) peuvent considérer comme contribution au capital les contributions technologiques immatérielles comme les marques, les dessins et les modèles industriels, l'assistance technique et le savoir-faire, qu'il soit breveté ou non, qui prennent la forme de biens matériels, ainsi que d'instructions et de documents techniques[13].»

Par conséquent, les droits de propriété intellectuelle peuvent constituer un investissement et bénéficier de la protection prévue dans l'accord d'investissement, conformément au droit national. Cependant, la question des droits d'auteur mérite une analyse à part entière. Correa a constaté que l'absence d'un enregistrement pour obtenir des droits dans des cas de droits d'auteur et de secrets commerciaux ne semble pas influencer le statut de ces droits en tant qu'investissement visé[14]. De la même façon, dans le cas de marques bien connues, il n'est pas nécessaire d'effectuer un enregistrement au préalable pour obtenir une protection; par conséquent, elles ne sont pas dans le domaine public[15]. La législation nationale peut déterminer la portée d'un droit sur le matériel protégé par droit d'auteur. Cependant, l'absence d'enregistrement n'influence en aucune manière le fait qu'un droit d'auteur soit considéré comme un investissement ou non. Dans ce cas, l'existence des caractéristiques d'investissement joue un rôle essentiel. Pendant la négociation de l'AMI, on ne parvenait pas à se mettre d'accord sur l'exclusion ou non des droits d'auteur et des droits connexes de la définition de l'investissement et sur la prise en compte seulement de l'aspect économique des droits de propriété intellectuelle[16]. Dans la mesure où la protection des droits d'auteur et des droits connexes par les lois nationales accorderait une validité et une valeur financière aux droits, l'aspect économique proposé des droits d'auteur ne serait pas nécessaire. S'il est un élément important c'est l'indication spécifique du rôle du droit national dans la détermination de la validité, de la portée et du contenu des droits sur les biens immatériels et les droits de propriété intellectuelle.

Tous les accords d'investissement ne définissent pas clairement la notion d'investissement ni le rôle de la législation nationale dans la détermination de la validité, de la portée et du contenu des droits sur les investissements. Même dans le cas où les lois nationales sont comprises comme une prescription en matière de validité pour les investissements, la définition générale de

---

des droits relatifs aux actifs soient régis par les lois et les réglementations de la République argentine, on doit garder à l'esprit qu'au regard de la juridiction, la loi applicable est celle de l'accord.

[12] Voir le TIB conclu entre l'Inde et le Ghana (2000), et l'Indonésie (1999), et la Thaïlande (2001), et Oman (1997) et le Srilanka (1997).

[13] Communauté andine, «Regime for the Common Treatment of Foreign Capital and Trademarks, Patents, Licensing Agreements and Royalties», Décision 291, Article 1.

[14]. Correa, Carlos M (2004), p. 19.

[15]. *Id*., p. 9.

[16] OCDE (1997), p. 4.

l'investissement dans les TIB peut garantir une plus grande protection des actifs que celle assurée par le droit national. Les tribunaux d'arbitrage sur l'investissement mettent l'accent sur l'interprétation des traités par le droit public international, dans le cadre de laquelle, les termes juridiques utilisés dans les accords d'investissement, que l'on considère comme ayant une signification indépendante adaptée au contenu spécifique du traité, ne sont pas forcément similaires ou identiques aux termes utilisés dans le droit national des parties contractantes[17]. Ainsi, les investisseurs peuvent demander une protection des droits de propriété intellectuelle dans la mesure prévue par les accords d'investissement, mais il est possible que cette protection ne soit pas offerte ou soit moins avantageuse dans le cadre de la législation nationale du pays hôte. Ces différences créent une zone grise où les droits de propriété intellectuelle reconnus dans les accords d'investissement ne sont pas prévus par les lois nationales.

La plupart des accords d'investissement fournissent une liste des droits de propriété intellectuelle qui comprendraient éventuellement des actifs faisant partie du domaine public au regard de la législation nationale. Par exemple, certains accords d'investissement sont devenus plus explicites quant à la mention des indications géographiques, des obtentions végétales, des données et des programmes encodés dans leur définition de l'investissement. Certains accords d'investissement s'écartent même clairement du droit national sur la protection des droits de propriété intellectuelle. Ainsi, le TIB conclu entre l'Éthiopie et Israël en 2003 définit les indications géographiques et les droits des phytogénéticiens comme des actifs, alors que l'Éthiopie, qui n'est pas un membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ni de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV), ne protégeait pas les indications géographiques et les droits des phytogénéticiens dans sa législation nationale au moment de signer l'accord. Peut-on dire que l'inclusion des indications géographiques ou des droits des phytogénéticiens dans la définition de l'investissement est sans conséquences pour l'Éthiopie? Il est peu probable que, en cas de différend, les tribunaux ignorent les dispositions de l'accord d'investissement en faveur du droit national. Dans ce cas, le pays hôte doit protéger les droits des phytogénéticiens en tant qu'investissement, tel qu'il est établi par les accords d'investissement. L'accord commercial bilatéral conclu entre les États-Unis et le Vietnam définit les accords d'investissement de façon à inclure des signaux porteurs de programmes encodés transmis par satellite[18]. Le Vietnam a réservé les secteurs de la radiodiffusion, de la télévision, de la production, de la publication et de la distribution de produits culturels aux investisseurs locaux[19]. Le pays commencera à protéger les signaux porteurs de programmes encodés transmis par satellite seulement en juillet 2006, conformément à la nouvelle loi du pays sur les droits de propriété intellectuelle[20]. S'il ne disposait pas de cette nouvelle loi, le Vietnam aurait dû étendre la protection des signaux porteurs de programmes encodés transmis par satellite aux investisseurs américains grâce à l'application de l'accord d'investissement.

En somme, les droits de propriété intellectuelle obtenus conformément aux lois du pays hôte constituent un investissement et ce sont les lois nationales de ce pays qui détermineront leur portée, leur contenu et leur forme. Cependant, lorsque les accords d'investissement considèrent un droit précis comme étant un investissement et que ce dernier n'est pas protégé par la loi nationale, le pays hôte devra quand même protéger ces droits comme un investissement. Pour les pays en développement, tant qu'il n'existe pas un avantage spécifique à créer des sources supplémentaires de droit pour les investisseurs étrangers en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, il est important de définir clairement la portée des droits de propriété des investisseurs et le rôle de

---

[17] SCC (2004), *M. X (homme d'affaire du Royaume Uni)) c. la République défenderesse (Europe centrale)*, p. 141.

[18] Voir l'accord commercial bilatéral conclu entre les États-Unis et le Vietnam (2001), chapitre 4, article 1 1). Le Vietnam s'est également réservé le droit de prévoir des exceptions dans des secteurs similaires dans son TIB avec le Royaume-Uni (1er juillet 2002).

[19] *Id*., Annexe H.

[20] Vale (2006).

la législation nationale. De plus, il faut éviter de dresser des listes de droits qui ne sont pas protégés par la législation nationale ou par les instruments multilatéraux auxquels l'État est partie.

Une fois que les droits de propriété intellectuelle sont considérés comme constituant un investissement, les dispositions de fond de l'accord d'investissement sont appliquées pour les protéger et ce, en plus de celles de l'Accord sur les ADPIC. L'intérêt propriétal des investisseurs protégés par les accords d'investissement est également plus vaste que celui relevant de l'Accord sur les ADPIC, dans la mesure où leurs droits de propriété intellectuelle constituent des investissements. Les obligations de fond des parties découlant des accords d'investissement sont liées à la portée de la protection des droits de propriété intellectuelle des investisseurs. La prochaine étape devrait être d'étudier l'impact des accords d'investissement sur les droits et les obligations des États dans le cadre des accords sur les droits de propriété intellectuelle. Cette étude nécessite une recherche approfondie consistant à examiner les accords d'investissement bilatéraux et régionaux, plusieurs accords multilatéraux sur les droits de propriété intellectuelle administrés par l'OMPI, l'Accord sur les ADPIC, ainsi que les sections portant sur les droits de propriété intellectuelle des accords de libre-échange récents. Nous procèderons précisément à cette analyse dans les parties suivantes.

III. PROTECTION DE L'INTERET GENERAL: L'IMPACT ADPIC-PLUS DES ACCORDS D'INVESTISSEMENT

L'intérêt général est une notion qui varie en portée d'un État à l'autre, selon le niveau de développement, la culture et l'histoire, ainsi que les exigences des générations dans ces domaines[21]. Généralement, elle fait référence au bien-être général et aux droits du public, au sens large, qui doivent être reconnus, protégés et améliorés. Par exemple, l'Accord sur les ADPIC contient des éléments importants en matière de reconnaissance, de protection et d'amélioration de l'intérêt général. La protection de la santé publique, de l'environnement, de la sécurité nationale et le maintien de l'ordre public comptent parmi les domaines principaux d'intérêt général en plus d'autres intérêts socio-économiques.

Ainsi, selon l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC, les droits de propriété intellectuelle devraient conduire au bien-être économique et social. Un équilibre devrait également être assuré entre les droits et les obligations des titulaires et des usagers des droits. Aux fins des règlement des différends, l'article 6 exclut l'applicabilité de l'Accord sur les ADPIC aux questions d'épuisement des droits de propriété intellectuelle. La promotion et la protection de l'intérêt général est également un des principes directeurs dans la mise en œuvre de l'accord, conformément aux articles 8 et 40. Les normes liées à la disponibilité, à la portée et à l'utilisation de chaque catégorie de droits de propriété intellectuelle de l'Accord sur les ADPIC et des Accords de l'OMPI incorporés par renvoi constituent également des exceptions dans le cadre de chaque section. Par exemple, dans la section sur les brevets de l'Accord sur les ADPIC, les membres peuvent exclure la brevetabilité de certaines inventions, offrir des exceptions limités aux droits exclusifs octroyés par un brevet et opter pour une autre utilisation de l'objet des brevets[22]. En ce qui concerne les marques de commerce, l'Accord sur les ADPIC autorise la dérogation, pour les motifs compris dans la Convention de Paris sur la propriété industrielle, comme, entre autres, la morale, l'ordre public, la pratique trompeuse et l'intérêt général[23].

Les accords d'investissement, quant à eux, adoptent deux différentes approches en matière d'intérêt général: une clause d'exception générale applicable à l'accord en entier ou à une exception spécifique dans le cadre de certaines dispositions[24]. Cependant, plusieurs accords bilatéraux sur l'investissement omettent les exceptions fondées sur des considérations d'intérêt général[25].

---

[21] Étant donné que les accords de l'OMC ne prévoient pas une définition de l'intérêt général, ce sont les États concernés qui doivent le faire. Dans les accords de l'OMC, on a recours à l'expression « intérêt général » dans le cas des exceptions à l'obligation de divulguer de l'information. Voir, par exemple, l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC), Article 6:3, l'Accord relatif aux sauvegardes, Article 12 :11, l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), Article XVI :4 d), l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), Article IIIbis. Selon certaines dispositions des accords de l'OMC, il est possible de prendre en considération l'intérêt général au moment de la mise en œuvre des obligations, comme à l'Article XX:7 a) de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) et l'Article 3:1 de l'Accord relatif aux sauvegardes. Les mesures relatives aux sauvegardes et à la balance des paiements dans le cadre de plusieurs accords de l'OMC tiennent également compte de cette notion. L'Article XX du GATT, les Articles XIV et XIVbis de l'AGCS octroient une dérogation à certaines règles de l'OMC relatives aux questions d'intérêt général.

[22] Accord sur les ADPIC (1994), Articles 27:2, 29:3, ainsi que 30 et 31.

[23] Article 15:2 de l'Accord sur les ADPIC (1994), les Article 6:3 et 7:2 de la Convention de Paris pour la protection de propriété industrielle (1979) (version amendée et révisée).

[24] Centre Sud (2005), p. 17.

[25] Voir, p. ex., les TIB signés entre l'Italie et le Bengladesh (1990), la Jordanie (1996), le Pakistan (1997), la République de Corée (1989) et la Tanzanie (2002), ceux signés entre la Suisse et le Liban (2000), et la Thaïlande

Les clauses d'exception générale prévoit une exception soumise aux normes de non-discrimination et au traitement juste et équitable, ou protège les gouvernements de toute interprétation de l'accord qui interdise ou restreigne la protection de l'intérêt général. Le TIB type canadien, le TIB conclu entre le Japon et le Vietnam et l'accord entre le Japon et la République de Singapour pour un nouveau partenariat économique prévoient ce type de clauses. Il est possible d'avoir recours aux exceptions afin d'adopter ou d'appliquer les mesures nécessaires pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux, et pour conserver les ressources naturelles non renouvelables vivantes ou non vivantes, ainsi que pour assurer la conformité avec les lois et les réglementations conformes aux dispositions de l'accord. Dans le cadre des accords, l'application des mesures ne devrait pas se faire de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable entre les investissements ou les investisseurs, ou une restriction déguisée relative aux échanges internationaux et à l'investissement[26]. Ces exceptions sont assez générales pour respecter le pouvoir discrétionnaire en matière de réglementation des Membres de l'OMC dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Cependant, pour déterminer s'il est justifié de considérer les mesures comme discriminatoires, si la mise en œuvre se fait de bonne foi ou s'il s'agit d'une restriction déguisée sur l'investissement, il faut interpréter.

Les TIB allemands, quant à eux, ne considèrent pas que les mesures prises pour des raisons de sécurité publique, d'ordre, de santé publique et de morale sont discriminatoires en vertu des provisions relatives au traitement national et à la NPF[27]. Dans les TIB de Maurice avec la Suisse[28], l'Égypte[29], le Pakistan[30] et Singapour[31], on ne prévoit aucune limite sur les droits des parties d'appliquer des interdictions ou des restrictions ou toute autre action à l'égard de la protection des intérêts essentiels en matière de sécurité, de santé publique, de prévention des maladies chez les animaux et les végétaux. Ainsi, les États parties aux TIB allemands doivent uniquement prouver que les mesures sont effectivement adoptées pour la protection et l'amélioration de l'intérêt général. Par ailleurs, les TIB de Maurice excluent toute interprétation selon laquelle les accords restreindraient le pouvoir discrétionnaire des gouvernements en matière de protection du public.

Cependant, si le modèle des États-Unis ne prévoit pas de clause d'exception générale, il contient des exceptions dans le cadre de certaines dispositions. Par exemple, les dispositions relatives à la transparence contiennent des exceptions pour les mesures protégeant l'intérêt général. De plus, les mesures visant à protéger la santé et la vie humaine, la conservation des ressources naturelles non renouvelables vivantes ou non vivantes et à assurer la conformité avec les lois et les réglementations sont autorisées en tant qu'exceptions, dans le cadre des dispositions sur les prescriptions de résultats[32]. Les exceptions spécifiques limitent les exceptions en matière d'intérêt général aux dispositions dans lesquelles elles apparaissent.

Ainsi, le recours au pouvoir discrétionnaire en matière de réglementation prévu par l'Accord sur les ADPIC pour la protection de l'intérêt général est sévèrement altéré par l'absence de droits

---

(1997), les TIB signés par la France avec Hong Kong (1995) et l'Ouganda (date non connue), et, finalement, les TIB signés entre l'Australie et le Chili (1996), l'Égypte (2001), l'Inde (1999) et l'Uruguay (2003).

[26] Affaires étrangères et commerce international Canada (ci-après Affaires étrangères Canada), TIB type canadien, Article 10:1, Annexe B.13 1) C, TIB entre le Japon et le Vietnam, Article 15:1 c) et 15:2 et l'Accord entre le Japon et Singapour pour un nouveau partenariat économique (2002), Article 69.

[27] Voir le TIB conclu entre l'Allemagne et le Pakistan (2959), protocole, paragraphe 2, et le Botswana (2000), protocole, paragraphe 3, Ad Article 3, et la Chine (2003), protocole, paragraphe 4, Ad Article 4 b), et le Nigéria (2000), paragraphe 4, Ad Article 4 b).

[28] TIB Suisse – Maurice (1998), Article 11:3.

[29] TIB Maurice – Égypte (2003), Article 12.

[30] TIB Maurice – Pakistan (1997), Article 12.

[31] TIB Maurice – Singapour (sans date), Article 11.

[32] Voir USTR (2004), TIB type, Articles 8:3 c) 2), 11 et 19, 13, 32 et Annexe B 4) b).

similaires ou par l'inclusion de normes supplémentaires dans l'accord d'investissement. En effet, les pays doivent remplir les exigences à la fois de l'Accord sur les ADPIC et des accords sur l'investissement concernés lorsqu'ils prennent des mesures relatives aux droits de propriété intellectuelle en matière d'investissement pour protéger l'intérêt général. Dans l'affaire opposant Methanex Corp aux États-Unis, un différend entre investisseur et État dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), le tribunal a insisté sur le fait que, selon le doit international général, une réglementation qui n'est pas discriminatoire, qui est appliquée à des fins publiques, qui est édictée conformément au processus adéquat et qui a un effet sur un investisseur étranger ne donne pas droit à une compensation ni n'a un effet d'expropriation[33]. Dans ce contexte, le processus adéquat et la non-discrimination sont des normes importantes permettant de justifier l'objectif public.

Il existe d'autres caractéristiques des accords d'investissement applicables plus spécifiquement à l'environnement, à la santé et à la sécurité nationale. En ce qui concerne l'environnement, certains de ces accords abordent le sujet seulement en vue de décourager les gouvernements de réduire les exigences des lois environnementales ou de ne pas les appliquer. Par ailleurs, des accords comme le TIB conclu entre les États-Unis et le Mozambique ne prévoient que le pouvoir discrétionnaire des deux pays d'exiger une évaluation de l'impact en termes de santé et d'environnement comme condition à l'établissement d'un investissement étranger[34]. À ce sujet également, dans l'affaire opposant Methanex Corp. aux États-Unis, le tribunal a approuvé les dispositions prises par les agences de l'État de la Californie, dans la mesure où elles visaient à protéger les intérêts environnementaux des citoyens de Californie et non à nuire aux producteurs étrangers[35]. Le contexte dans lequel a lieu la mise en œuvre des mesures d'intérêt général aident à déterminer s'il s'agit de mesures licites selon le droit international ou d'une discrimination injustifiable contre les investisseurs. Nous allons maintenant procéder à l'examen de caractéristiques spécifiques des accords d'investissement sur la santé et la sécurité nationale dans le but de dresser un portrait complet des liens qui existent entre les accords d'investissement et les droits de propriété intellectuelle.

III. 1. Santé publique et droits de propriété intellectuelle dans le cadre des accords d'investissement: les cas des mesures de contrôle relatives à l'interdiction de fumer

Les Membres de l'OMC reconnaissent que l'Accord sur les ADPIC n'empêche pas les États de prendre des mesures visant à protéger la santé publique[36]. Parmi les flexibilités principales déterminées dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, on compte l'octroi de licences obligatoires en vertu de l'article 31, l'exclusion de la brevetabilité de certaines inventions en vertu de l'article 27:2, les exceptions aux droits exclusifs conférés par un brevet en vertu de l'article 30 et la divulgation des données soumises à des fins d'approbation dans l'intérêt général en vertu de l'article 39. De plus, les flexibilités comprennent l'épuisement des droits en vertu de l'article 6, les mesures visant à empêcher l'usage abusif des droits en vertu de l'article 8 2) et le contrôle des pratiques qui nuisent à la concurrence sur le marché en vertu de l'article 40[37].

Comme nous venons de le voir pour l'intérêt général, la façon d'aborder les questions de santé publique varie selon les accords d'investissement. Ainsi, certains accords ne prévoient pas

---

[33] ALENA (2005), *Methanex Corp c. États-Unis*, décision finale, Partie IV, Chapitre D, paragraphe 7.

[34] TIB États-Unis – Mozambique (1998), Protocole, 1.

[35] *Supra* 33, Partie IV, Chapitre D, par. 7.

[36] OMC, WT/MIN(01)/DEC/2 (2001).

[37] Pour obtenir des détails sur les flexibilités en matière de réglementation à des fins de santé publique dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, voir Correa (2000) et Correa (2002).

d'exceptions pour la protection de la santé publique[38], alors que d'autres prévoient une clause d'exception générale[39] et que d'autres encore prévoient des exceptions limitées dans le cadre de dispositions précises[40]. En plus des exceptions limitées des accords des États-Unis et des exceptions générales prévues par l'Accord canadien pour la protection de la santé publique, selon ces accords, les mesures de réglementation non discriminatoires qui visent à protéger l'intérêt général ne constituent pas des actes d'expropriation indirecte[41].

Si l'on examine les accords d'investissement, on constate que les flexibilités prévues pour la protection de la santé publique sont préservées dans nombre d'entre eux. Cependant, la capacité d'un pays d'adopter des mesures relatives aux droits de propriété intellectuelle d'un investissement étranger en vue de protéger la santé publique devrait également être conforme aux prescriptions supplémentaires prévues par les accords d'investissement. Ces prescriptions sont similaires à celle décrites dans la discussion sur l'intérêt général et comprennent la bonne foi, la mise en œuvre non discriminatoire, ainsi que l'engagement à ne pas faire usage de ces mesures comme restriction déguisée sur l'investissement ou pour éviter de respecter des obligations prévues par l'accord[42]. Les accords exigent parfois que les mesures respectent l'Accord sur les ADPIC et la section sur les droits de propriété intellectuelle de l'Accord, comme dans le cas des accords de libre-échange auxquels les États-Unis sont parties[43].

La difficulté de recourir aux flexibilités prévues par l'Accord sur les ADPIC à des fins de santé publique était un sujet de discorde dans le cas des marques des produits de tabac. En effet, il existe plusieurs types de mesures que les pays adoptent pour la vente de tabac et pour l'affichage d'information liée à la santé sur les paquets de tabac. La prescription relative à la banalisation des emballages de tabac, par exemple, est controversée dans de nombreux pays qui n'établissent pas de lien entre le tabagisme et une marque spécifique. Ainsi, l'introduction d'une prescription en matière de banalisation d'emballage dans le but de réduire davantage le tabagisme empêcherait les sociétés de tabac nationales et étrangères d'utiliser toutes leurs marques de commerce ou quelques-unes d'entre elles, ce qui romprait le lien qui existe entre une marque établie et son emballage, qui sert à des fins publicitaires. De la même façon, la Convention-cadre pour la lutte anti-tabac de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) de 2005 mène les mesures contre la publicité pour le tabac encore plus loin en interdisant le parrainage d'événements culturels et sportifs par les sociétés de tabac[44]. Or, le fait d'interdire l'affichage ou l'usage de marques de commerces dans le cadre de biens et de services qui ne sont pas liés à la marque en question peut, dans une certaine mesure, rompre le lien qui existe entre, d'une part, la marque et la marque de commerce et, d'autre part, le marché. Bien que l'évaluation de ce type de pertes puisse varier d'un cas à l'autre, les prescriptions en matière à la fois de banalisation des emballages et d'interdiction de publicité risquent de réduire, d'une part, le retour sur investissement et, d'autre part, la valeur d'une entreprise et d'une marque.

---

[38] Ceci est particulièrement vrai pour les accords conclus avant l'ALENA et la plupart des TIB européens. Voir le TIB entre le Royaume-Uni et Vanuatu (2003), les TIB signés entre l'Italie et le Bengladesh (1990), la Jordanie (1996), la République de Corée (1989) et la Tanzanie (2002), ceux signés entre la Suisse et le Liban (2000), la Thaïlande (1997), l'Inde (1997) et l'Iran (1998), les TIB signés par la France avec Hong Kong (1995), l'Ouganda (date non connue) et le Mexique (date de signature non indiquée), et, finalement, les TIB signés entre l'Australie et le Chili (1996), l'Égypte (2001), l'Inde (1999) et l'Uruguay (2003). De la même façon, les TIB indiens avec le Ghana (2000), Oman (1997), l'Indonésie (1999) et la Thaïlande (2001) ne prévoient pas d'exceptions générales ou spécifiques pour que les mesures visent à protéger la santé publique.

[39] Voir TIB Japon – Vietnam (2003), Article 15:1 c).

[40] L'Accord entre le Japon et le Mexique pour consolider le partenariat économique (2004), Articles 65 1) f) et 5 b) et 74, et le TIB type américain 2004, Article 8 3) c).

[41] USTR (2004), TIB type des États-Unis, Articles 8f:3 c) 2) et Annexe B 4) b), Affaires étrangères Canada (2004), TIB type canadien, Annexe B 13 1) C.

[42] Japon – Singapour pour un nouveau partenariat économique (2002), Article 83.

[43] Voir, par exemple, accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili, article 10.9 (5).

[44] OMS (2005), Convention-cadre pour la lutte anti-tabac, Articles 6 à 14.

Ainsi, il est possible qu'un investisseur étranger puisse déposer une plainte contre l'État qui impose une banalisation des emballages et des restrictions en matière de publicité. C'est d'ailleurs exactement ce qui s'est produit lorsqu'on discutait au Canada de la possibilité d'introduire la prescription en matière de banalisation des emballages des produits de tabac. L'ancienne représentante pour les négociations commerciales américaine, Carla Hills, au nom des sociétés de tabac américaines basées au Canada a soumis un avis juridique selon lequel ces prescriptions constitueraient une violation de la Convention de Paris sur la propriété industrielle, de l'ALENA, ainsi que de l'Accord sur les ADPIC. L'Institut canadien des brevets et des marques de commerce et l'Association du Barreau canadien ont soutenu cet argument[45]. Selon l'avis juridique de Hills, la prescription en matière d'emballage donnerait lieu à une expropriation des marques de commerce des sociétés de tabac licitement enregistrées, ce qui entraînerait des demandes d'indemnisation, dans la mesure où la prescription n'est pas conforme à la section sur les droits de propriété intellectuelle de l'ALENA. D'autres avis juridiques ont appuyé l'argument de Hills en lien avec le projet de l'AMI, dans la mesure où ce dernier ne comprenait pas des exceptions fondées sur des motifs de santé publique. Ainsi, s'il avait été adopté, cet accord aurait réduit la capacité des pays membres de l'OMS à mettre en œuvre la Convention-cadre pour la lutte anti-tabac[46]. Dans le cas du Canada, la pression écrasante exercée par l'industrie du tabac a réussi à empêcher l'adoption de la prescription en matière de banalisation des emballages. Cependant, il existe plusieurs disciplines relatives à la publicité sur le tabac et des prescriptions liées à l'affichage de messages de prévention en matière de santé mises en œuvre dans plusieurs pays.

L'Accord sur les ADPIC ne prévoit que des droits négatifs pour les marques de commerce en empêchant une tierce partie «de faire usage au cours d'opérations commerciales de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque de fabrique ou de commerce est enregistrée dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion»[47]. À des fins de traitement national et de traitement NPF, la protection des droits de propriété intellectuelle comprend l'usage des droits de propriété intellectuelle spécifiquement abordés par l'Accord sur les ADPIC. Selon l'article 20 de l'Accord, l'usage des marques de fabrique ou de commerce ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales, telles que l'usage sous une forme spéciale, ou l'usage d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits et les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Toutefois, une prescription en matière de banalisation des emballages entraîne l'interdiction pure et simple de l'usage d'une marque de commerce ou l'imposition de restrictions plutôt que le frein de l'usage de la marque de commerce au moyen du nom d'une société, d'une origine ou de marques de commerce locales ou de toute autre manière décrite dans l'article 20. De la même façon, la restriction relative à la publicité dans le contexte de produits et de services non liés entraîne la rupture définitive du lien entre la marque de commerce, et les biens et services qui n'y sont pas liés. Les messages liés à la santé ne nécessitent pas non plus forcément l'usage de la marque de commerce sous une forme différente de l'usage qui en est fait sans le message en question, ce qui évite la confusion du produit ou du service avec d'autres produits et services concurrents.

Non seulement les mesures anti-tabac relatives à l'emballage doivent être conformes aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC, mais les mesures non discriminatoires doivent également être conformes aux accords d'investissement. Le droit international général autorisera également de telles mesures, dans le cas où les accords d'investissement, comme l'accord multilatéral sur l'investissement, ne prévoient pas explicitement des exceptions à des fins de santé publique[48].

---

[45] Voir Appleton and Association (1998), p. 14.

[46] Taylor et *al.* (2000), p. 352-353.

[47] Voir Article 16 de l'Accord sur les ADPIC.

[48] *Supra* 35, Partie IV, Chapitre D, par. 7.

Ainsi, la mise en œuvre de la Convention-cadre de l'OMS et des mesures nationales sur la publicité, ainsi que sur l'interdiction et la restriction relatives à l'usage des marques de commerce doit être conforme à l'Accord sur les ADPIC et elle est non compensable dans le cadre des accords d'investissement. Cependant, toutes les mesures de santé publique doivent être conformes à l'accord d'investissement, ce qui veut dire une mise en œuvre de façon non discriminatoire, ni arbitraire ni contraire aux normes de traitement juste et équitable[49]. Si les mesures de protection de la santé publique ne sont pas conformes à l'accord d'investissement, elles sont sujettes aux processus de différends entre investisseur et État et l'investisseur a droit à une compensation.

III. 2. Sécurité nationale et droits de propriété intellectuelle dans le cadre des accords d'investissement

Selon l'article 73 de l'Accord sur les ADPIC, il n'est pas exigé d'un membre qu'il fournisse des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité. Ainsi, l'Accord n'empêche pas les membres de prendre quelqu'action que ce soit qu'ils considèrent nécessaire pour la protection de leurs intérêts essentiels de sécurité, notamment:

(i) se rapportant aux matières fissiles ou aux matières qui servent à leur fabrication;

(ii) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et tout commerce d'autres articles et matériel destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées;

(iii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale.

Grâce cette flexibilité prévue par l'Accord sur les ADPIC, notamment à l'article 73, les États-Unis appliquent les exceptions relatives à la brevetabilité prévues par la loi aux inventions servant à l'usage de matières fissiles ou des matériaux utilisés dans la fabrication d'armements, et le gouvernement peut refuser d'accorder un brevet lorsqu'une invention contient une technologie liée aux systèmes des armes[50]. De plus, pendant la Deuxième Guerre mondiale, le gouvernement des États-Unis a saisi des dizaines de milliers de brevets appartenant aux citoyens de pays avec lesquels ils étaient en guerre, notamment l'Allemagne, l'Italie, le Japon, la Roumanie, la Hongrie et la Bulgarie et aux citoyens de pays occupés par l'ennemi, comme la France, la Belgique et la Norvège[51]. Les demandes pour les brevets confisqués apparaissent toujours dans le *Manual of Patent examination Procedure* (Manuel de la procédure relative à l'examen de brevet) qui fournit des instructions relatives à la citation des documents relatifs aux demandes de brevets confisqués[52]. De la même façon, à la fin de la Deuxième Guerre mondiale, les usines de produits chimiques allemandes ont subi une expropriation *de facto* par les gouvernements français et britannique[53].

La portée limitée des exceptions et les prescriptions supplémentaires prévues par l'accord d'investissement remettent en cause l'Accord sur les ADPIC. Par contre, l'Accord entre le Japon et la République de Singapour pour un nouveau partenariat économique, ainsi que le TIB

---

[49] La Court européenne de justice (2001), dans l'affaire *Konsumentombudsmannen (KO) c. Gourmet International Products AB (GIP)* au par. 21 a étendu le principe de non-discrimination à une discrimination *de facto* dans la mesure où elle est arrivée à la conclusion selon laquelle, bien que la Suède interdise la publicité pour l'alcool sans discrimination entre les produits locaux et étrangers, ces restrictions ont un effet négatif plus important sur les sociétés étrangères qui tentent d'introduire leurs produits sur le marché suédois que sur les sociétés locales.

[50] 42 United States Code (ci-après, U.S.C.), par. 2181 (2000) et 35 U.S.C. par. 181 (2000) – le demandeur est compensé pour l'utilisation par le gouvernement de l'invention, U.S.C. 35, par. 183 (2000).

[51] White (2003).

[52] Voir le U.S. Manual of Patent Examination Procedure (MPEP, dernière révision 2005), section 901.06(c).

[53] Boldrin, Michael & Levine (2005), Chapitre 9 p. 6.

canadien, par exemple, prévoient des exceptions relatives à la sécurité comparables à celles de l'Accord sur les ADPIC[54]. De la même façon, l'article 2102 de l'ALÉNA exempte les pays des dispositions de l'accord lorsqu'il s'agit d'actions nécessaires à la protection de leurs intérêts nationaux de sécurité. Comme nous l'avons noté ci-dessus, les TIB allemands ne considèrent pas les mesures adoptées pour des raisons de sécurité et d'ordre publics comme des traitements moins favorables[55]. La plupart des TIB ne font référence qu'en termes généraux aux intérêts de sécurité nationale ou ne prévoient des exceptions que dans des situations limitées.
L'article 18 du TIB des États-Unis permet aux parties d'appliquer les mesures nécessaires au respect des obligations en matière de sécurité et de paix internationales ou à la protection des intérêts de sécurité essentielle de chaque partie. De plus, d'autres TIB ne font pas mention des exceptions en matière de sécurité nationale[56].

Les normes supplémentaires comprises dans les accords d'investissement ont également un effet sur l'ampleur de l'écart de ces accords provoqué par la protection des intérêts nationaux de sécurité. Ces normes sont liées aux prescriptions selon lesquelles les mesures ne devraient pas être adoptées d'une façon discriminatoire, arbitraire et mal intentionnée ou pour éviter de s'acquitter des obligations prévues par les accords sur l'investissement. Dans certains accords, il existe des prescriptions spécifiques pour la protection des intérêts de sécurité nationale. Par exemple, selon l'accord conclu entre le Japon et le Vietnam, la partie qui adopte des mesures doit, avant l'entrée en vigueur de celles-ci ou dans les plus brefs délais après leur entrée en vigueur, notifier l'autre partie du secteur et du sous-secteur touchés de la portée de l'obligation et de la source juridique de la mesure, ainsi que lui fournir une description des mesures en question et indiquer leur objectif[57]. Pour pouvoir invoquer l'ordre public comme motif d'exception dans le cadre de l'accord, un des éléments fondamentaux de la société doit être véritablement et sérieusement menacé[58]. Le respect de ces qualifications avant l'adoption des mesures peut faire l'objet d'un différend qui peut même aller jusqu'à une procédure de règlement de différend entre investisseur et État.

Pour de nombreux pays, la menace d'un élément essentiel de leur sécurité n'est pas forcément limitée à des situations de conflits armés, mais également à des situations qui menacent le fonctionnement de la société comme nation, ce qui comprend la sécurité alimentaire, la pauvreté extrême et les épidémies. Aux États-Unis, l'octroi de licences obligatoires est possible «lorsque cela s'avère nécessaire pour garantir la fourniture adéquate de fibres, de nourriture ou d'alimentation (…) [si] le propriétaire ne veut pas ou ne peut pas satisfaire les besoins publics (…) à un prix qui puisse être raisonnablement considéré comme juste[59].» En échange de cette licence, le titulaire du brevet a droit à une indemnisation raisonnable de la part du gouvernement. En vertu de l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC, ces mesures doivent être compatibles aux dispositions de l'accord en question, ce qui comprend également les exceptions aux droits conférés par les brevets et d'autres utilisations des inventions brevetées sans l'autorisation du détenteur du droit conformément aux articles 30 et 31 de l'Accord sur les ADPIC. Ces mesures pourraient être justifiées dans le cas d'accords d'investissement qui prévoient une exception générale pour la sécurité nationale ou la protection de la vie et de la santé humaine.

En bref, les mesures compatibles avec l'Accord sur les ADPIC appliquées aux droits de propriété intellectuelle sur l'investissement pour la protection de l'intérêt public doivent également être conformes aux accords d'investissement. À ce sujet, l'application de mesures ne devrait pas constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les investissements ou les

---

[54] Affaires étrangères Canada (2004), TIB type du Canada, 10 (4), JSEPA, Article 4.

[55] Voir TIB Allemagne – Chine (2003), Protocole, Ad Article 4 3) a).

[56] Voir TIB Suisse – Liban (2000) et Australie – Uruguay (2003).

[57] Voir TIB Japon – Vietnam (2003), articles 15 2) et 3).

[58] *Id*., Article 15 (1) (d).

[59] 7 U.S.C, par. 2404 (2000) et 28 U.S.C., par. 1498 (2000).

investisseurs, ou une restriction déguisée relative aux investissements. La mise en œuvre des mesures doit également se faire de bonne foi et il ne s'agit pas d'y avoir recours pour éviter les obligations imposées par les différentes parties. Les accords d'investissement requièrent également souvent la conformité des mesures avec l'Accord sur les ADPIC comme une obligation de fond imposée par les parties. Certains accords comprennent également la notion de notification alors que d'autres prévoient des exceptions spécifiques qui ont pour effet de confiner les flexibilités aux dispositions dans lesquelles elles apparaissent. Il est important de noter que si certains investissements ne font pas mention des exceptions relatives à l'intérêt public, d'autres prévoient des exceptions plus générales. Les prescriptions supplémentaires prévues par les accords d'investissement signifient que le non-respect des prescriptions serait lié aux traitements équitable et national, ainsi qu'au principe NPF, ce qui pourrait mener à des demandes d'expropriation indirecte.

IV. DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE, CONCURRENCE ET TRANSFERT DE TECHNOLOGIE DANS LES ACCORDS D'INVESTISSEMENT

Les justifications conventionnelles relatives à, d'une part, l'octroi de droits de monopole par le gouvernement comme mesure incitative à l'innovation et, d'autre part, la nature des régimes de propriété intellectuelle dans les pays en développement visant à appuyer leurs efforts en matière de développement sont controversées[60]. Par contre, certaines activités menées par des sociétés multinationales dans le domaine de la fabrication internationale, ainsi que la fourniture et la distribution de services sont parfois caractérisées par des arrangements qui ne s'inscrivent pas dans le lien normal d'offre et de demande établi entre partenaires commerciaux sans lien de dépendance[61]. Le transfert de technologie, ayant un élément de monopole important, requiert un paiement plus élevé que le taux commercial et, si elles sont transférées, les technologies sont fournies principalement en combinaison avec d'autres parties d'un ensemble d'éléments pour lesquels d'autres sources de fourniture moins chers sont possibles, soit à l'échelle locale ou sur d'autres marchés compétitifs. De plus, la multiplication récente des fusions et des acquisitions, ainsi que des accords de marketing, notamment entre compagnies pharmaceutiques, remet en question la relation qui existe entre droits de propriété intellectuelle et investissement, et leur impact sur le marché[62]. Dans ce contexte, la réglementation de l'investissement étranger devient particulièrement importante dans les pays en développement en vue d'améliorer le bien-être économique et social de leurs citoyens.

Le rythme accéléré qu'ont pris de nos jours les découvertes et les avancées technologiques dans les industries pharmaceutiques, de produits chimiques, de biotechnologie, et de technologie de l'information et de la communication augmente la confusion qui règne au sujet de la réglementation visant à assurer l'accès à la technologie et son transfert. Les industries ont également été témoins d'une augmentation de l'utilisation du système de propriété intellectuelle à des fins de capitalisation, d'attraction de capital risque, de fusions, d'acquisitions et des éléments extraterritoriaux des activités d'investissement, notamment dans le domaine de la technologie de l'information et des communications et, dans une certaine mesure, de la biotechnologie et de l'investissement étranger direct[63]. Alors qu'en technologies de l'information et de la communication on a assisté à l'émergence des modèles tels que les sources ouvertes et gratuites pour le partage de l'information, les industries pharmaceutiques et de produits chimiques fondent encore leur avantage compétitif sur les brevets et les secrets commerciaux[64]. Ces industries liées à la technologie sont étroitement liées à la politique d'innovation nationale, aux droits de propriété intellectuelle, ainsi qu'aux normes et aux réglementations en matière de technologie en vue de son transfert. À ce sujet, l'élaboration de règles à l'échelle internationale et les institutions établissant des normes, y compris l'OMC et l'OMPI, ont permis de mettre sur pied une panoplie de règles qui influencent la capacité des pays à mettre en œuvre des politiques visant le développement de capacités nationales en matière scientifique et technologique[65].

---

[60] Voir Clément (2003) et McCalman (2002), p. 13-14. Le Japon et la Corée font avancer leur développement industriel grâce à un système compétitif d'innovation et d'apprentissage technologique, soit la voie que tous les pays développés ont empruntée dans leur histoire économique. Pour une analyse économique et historique détaillée de la libéralisation, de l'investissement et de la politique relative à la propriété intellectuelle et industrielle, voir Chang et Green (2003) et Maskus et Puttitanum (2004).

[61] CNUCED (2004) (a), p.7.

[62] Rosenberg (2006).

[63] Danzon, Epstein et Nicholson (2004), p. 3 et CNUCED, *World Investment Report* (2004).

[64] Des organisations à but non lucratif déploient des efforts pour mettre sur pied des bases de données ouvertes relatives aux innovations biotechnologiques, voir, CAMBIA par exemple, au http://www.bios.net/daisy/bios/BiOS_licenses.html

[65] Juma et Yee-Cheong (2005), p. 11.

Il existe d'importantes divergences en matière de politiques d'innovation et de normes applicables au secteur de la technologie, et ce, à cause des préoccupations éthiques et de sécurité, ainsi que des niveaux de développement. Certains pays en développement ont eu recours de façon coordonnée à des politiques pour la libéralisation des investissements, politiques qu'ils ont accompagnées de mesures incitatives, de normes dans le domaine de la technologie et de la réglementation de l'industrie pour accélérer le développement de leur propre base technologique[66]. Dans d'autres pays comme les États-Unis, les renseignements exclusifs qui utilisent des codes pour protéger les informations technologiques dans le secteur de l'information et de la communication sont sévèrement réglementés au moyen de lois sur les licences d'exportation[67]. Par ailleurs, la mise en œuvre des normes a pour but d'assurer la sécurité, de renforcer l'application des réglementations, d'aider à l'intégration des produits et services des différentes industries, d'encourager le développement des technologies pertinentes sur le marché national et de pousser les sociétés étrangères à échanger de l'information et à s'engager dans des arrangements avec des entreprises locales faisant partie du secteur de la technologie. Bien que les accords d'investissement soient étroitement liés aux réglementations relatives aux droits de propriété intellectuelle de plusieurs points de vue, dans cette partie, nous examinerons de près le lien qui existe entre les politiques de la concurrence et les réglementations en matière de transfert de technologie.

IV.1. La réglementation relative aux pratiques anticoncurrentielles et le recours aux licences obligatoires

Les membres de l'OMC ont convenu dans l'article 40 de l'Accord sur les ADPIC que « certaines pratiques en matière de concession de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle qui limitent la concurrence peuvent avoir des effets préjudiciables sur les échanges et entraver le transfert et la diffusion de la technologie. » Ainsi, l'Accord sur les ADPIC permet aux pays de prendre des mesures contre ces pratiques qui constituent un usage abusif des droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable en matière de concurrence sur le marché considéré. Toutefois, les Membres sont libres de déterminer ce qui constitue pour eux des pratiques restrictives. L'Accord sur les ADPIC reconnaît, comme exemple de ce type de pratiques, les arrangements exigeant du preneur de licence de rendre au donneur de licence toutes les améliorations apportées à la technologie pour laquelle une licence a été octroyée, ce qui constitue une dérogation au droit du preneur de licence de contester la validité d'une licence et d'emballer différentes technologies ensemble afin d'obtenir des licences pour une ou plusieurs composantes de la technologie. Cependant, l'utilité pratique de cette disposition demeure obscure.

En plus des pratiques en matière d'octroi de licences contractuelles, la portée des droits de propriété intellectuelle, notamment les brevets qui protègent les infrastructures essentielles d'information, les bases de données lisibles par ordinateur, les outils de recherche, les méthodes, les gênes sous-jacents, a un effet sur les industries concurrentes et sur la recherche et le développement de façon générale. La doctrine de la *facilité essentielle* est appliquée dans les lois sur la concurrence de la Commission européenne (CE) pour ce qui est des droits de propriété intellectuelle qui empêchent les concurrents d'avoir accès à l'information ou à l'infrastructure essentielles pour entrer en concurrence avec l'entreprise dominante en l'absence de licence et pour procéder à l'ingénierie inverse à un prix raisonnable. Dans le cas opposant Microsoft Corporation à Sun Microsystems Inc., la CE a rejeté l'argument de Microsoft fondé sur ses droits de propriété intellectuelle grâce auquel la société justifiait son refus de fournir à ses concurrents un élément indispensable pour la fabrication de matériel[68]. Cette affaire montre que, bien que l'intervention de la loi sur la concurrence après la délivrance d'un brevet, comme prévu dans l'article 40 et 8 2) de l'Accord sur les ADPIC, ait un rôle dans la promotion de

[66] USCC (2005), p. 178. Voir également Wong, *et al*. (2004).

[67] Crane (2001).

[68] Décision de la CE (2004), affaire COMP/C-3/37.792 Microsoft, par. 190, 546, 710-712.

l'innovation et de la réglementation de pratiques restrictives, la portée des brevets et leurs effets néfastes éventuels sur les concurrents requièrent un mécanisme correcteur au stade de la délivrance de brevets[69]. La difficulté est engendrée à la fois par les problèmes liés à la mise en œuvre des articles 40 et 8 2) de l'Accord sur les ADPIC et l'émergence des pratiques d'octroi de brevets dans les pays développés qui ont un effet important sur la concurrence. Il est possible que cette difficulté soit exacerbée par l'ampleur de la définition des investissements dans les accords d'investissement, lorsqu'elle est appliquée à des brevets ayant un vaste champ d'application.

Les accords d'investissement abordent différemment la réglementation de la concurrence. Certains prévoient des exceptions générales et excluent les réglementations sur la concurrence des dispositions relatives au règlement de différends. D'autres prévoient des exceptions limitées aux interdictions de prescriptions de résultats, et de nombreux autres encore ne font tout simplement pas mention de la question. Le TIB canadien type prévoit une exception générale selon laquelle l'accord n'empêche pas les parties d'adopter des mesures nécessaires à l'exécution de lois et de réglementations compatibles avec les dispositions de l'accord[70]. Il prévoit également une exception spécifique à la restriction relative à l'imposition de prescriptions de résultats. Selon cet accord, les parties n'exigeront pas le transfert de la technologie sauf dans le cas où un tribunal judiciaire ou administratif ou une autorité compétente fait exécuter l'engagement pour corriger une violation alléguée des lois relatives à la concurrence[71]. Selon le modèle, les questions relatives à l'application ou à l'exécution de la Loi sur la concurrence du Canada, de ses règlements, de ses politiques et de ses pratiques, ainsi que toute décision rendue en vertu de cette Loi dans toute cause ou type de cause par les autorités compétentes ne sont pas assujetties aux dispositions sur le règlement des différends de l'accord d'investissement[72].

Selon le TIB type et les accords de libre-échange américains, les dispositions de l'accord sur l'interdiction des prescriptions de résultats n'empêchent pas une partie d'adopter les mesures nécessaires pour assurer l'exécution des lois et des règlementations conformes à l'accord[73]. De la même façon, les prescriptions en matière de transfert de technologie sont autorisées lorsqu'elles sont imposées par un tribunal, un tribunal administratif ou une autorité chargée des questions de concurrence pour corriger une pratique établie comme étant anticoncurrentielle en vertu des lois sur la concurrence des parties[74]. Par ailleurs, les sections sur l'investissement des accords de libre-échange contiennent des annexes qui confirment les ententes des gouvernements selon lesquelles « sauf dans de rares cas, des actions réglementaires non discriminatoires menées, conçues et appliquées par une partie pour protéger des objectifs légitimes de bien-être public, comme la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas des expropriations indirectes[75]. » Si les accords conclus par le Japon incorporent également des dispositions similaires[76], plusieurs TIB ne font pas mention du sujet[77].

---

[69] Lévêque (2005), *Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft case*, CERNAwww.cerna.ensmp.fr

[70] Affaires étrangères Canada, 2004, TIB canadien type, Article 10 1) b).

[71] *Ibid*., 7 1) f).

[72] *Ibid*., Annexe IV.

[73] USTR, le TIB type des États-Unis (2004), article 8 3) b) ii).

[74] *Ibid*., Article 8 3) c) i).

[75] Voir les accords de libre échange entre les États-Unis et le Chili (2003), Annexe 10-D 4) ; entre les États-Unis et Singapour (2003), Exchange of letters on Expropriation, p. 4 ; États-Unis et Cafta (2004), Annexe 10-C 4) b).

[76] TIB Japon – Vietnam (2003), Article 4 1) g), Accord entre le Japon et Singapour pour un nouveau partenariat économique (2002), Article 75 1) f) et l'Accord entre le Japon et le Mexique pour la consolidation d'un partenariat économique (2004), Article 65 1) f).

[77] Voir par exemple les TIB conclus entre l'Australie et l'Égypte (2001), l'Inde (1999), le Chili (1996) et l'Uruguay (2003).

Les accords d'investissement comprennent les flexibilités et le pouvoir discrétionnaire en matière de réglementation prévus par l'Accord sur les ADPIC, ainsi que des prescriptions et des limitations supplémentaires relatives à leur application. Toutefois, le droit coutumier international s'applique pour la détermination du statut juridique des flexibilités dans de nombreux accords qui ne font pas mention du sujet. La détermination de l'effet des accords d'investissement sur la réduction de la marge de manœuvre en matière de pouvoir discrétionnaire nécessite l'examen de l'octroi de licences obligatoires en vertu des accords d'investissement.

Parmi les éléments importants de la politique et de la réglementation relatives à la concurrence, on compte l'utilisation des licences obligatoires, qui sont une autorisation donnée par le gouvernement d'utiliser un droit de propriété intellectuelle protégé par une tierce partie sans le consentement du détenteur du droit, à condition de respecter certaines restrictions et conditions, et de verser une rémunération. La licence peut être délivrée dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et des traités de l'OMPI à différentes fins, y compris l'intérêt général (comme des situations de santé et d'urgence) et comme correction des droits protégés non exploités. Les accords d'investissement conclus récemment abordent de plus en plus la question spécifique des licences obligatoires, ce qui montre une prise de conscience des liens étroits qui unissent les droits de propriété intellectuelle et la protection de l'investissement.

Le TIB type américain exclut les licences obligatoires de ses restrictions relatives aux prescriptions de résultats tant que les licences sont conformes à l'Accord sur les ADPIC. Il n'existe pas d'autres interdictions relatives aux mesures réglementaires qui résultent en une limitation, une révocation et d'autres utilisations des droits de propriété intellectuelle dans le cadre des accords d'investissement, et ce, dans le cas où ces mesures se rapportent à des investissements liés à la propriété intellectuelle[78]. Selon certains accords de libre-échange américains, les licences obligatoires délivrées conformément à l'Accord sur les ADPIC et au chapitre sur les droits de propriété intellectuelle des accords de libre-échange ne sont pas un acte d'expropriation. Cependant, de nombreux accords d'investissement ne font pas mention du statut juridique de l'octroi de licences obligatoires en tant que mesure réglementaire touchant l'investissement. Ainsi, l'accord des États-Unis avec le Vietnam et leurs TIB avec la Jordanie et Bahreïn ne font pas non plus mention de la question. Les dispositions relatives à l'expropriation indirecte protègent l'investisseur de l'application arbitraire et discriminatoire des mesures réglementaires, qui ont pour effet une expropriation indirecte de l'investissement. L'octroi de licences obligatoires et d'autres réglementations relatives à la concurrence, le contrôle des prix et des tarifs pour la fourniture d'éléments essentiels comme l'eau, le gaz et l'électricité, et la garantie d'un prix abordable des produits pharmaceutiques font partie d'une large gamme de réglementations disciplinées par les accords d'investissement visant à assurer que ces éléments ne sont pas utilisés comme moyen indirecte d'expropriation. Même dans les cas où l'accord de libre-échange américain considère l'octroi de licences obligatoires conformes à l'Accord sur les ADPIC comme n'étant pas un acte d'expropriation, il demeure difficile de montrer que le partenaire de l'accord de libre-échange a effectivement appliqué la licence de façon conforme à l'Accord sur les ADPIC ou au chapitre sur les droits de propriété intellectuelle de l'accord de libre-échange. Ainsi, la question importante est de savoir quand l'octroi d'une licence obligatoire pourrait donner lieu à une expropriation indirecte et comment les tribunaux chargés des questions d'investissement vont trancher dans les cas où ces licences sont contestées.

L'octroi de licences obligatoires ne prive pas de la propriété des droits de propriété intellectuelle ou relatifs à la technologie. Il ne prévoit d'exception que pour les droits exclusifs et, par conséquent, il va au-delà du domaine d'expropriation. Or, l'octroi d'une licence obligatoire ou une exception aux droits exclusifs d'un brevet, par exemple, a un effet sur la valeur et le retour sur l'investissement protégé au détenteur de droit. La baisse de la valeur ou la perte de retour entraînées par une action légitime du gouvernement ne peuvent pas être perçues comme des expropriations indirectes en tant

[78] Il est également indiqué que le projet original du Energy Charter Treaty prévoyait un sous-paragraphe dans la disposition relative à l'expropriation, selon lequel la réversion légale de propriétés et de droits au propriétaire des ressources ne constitue pas en soi-même un acte d'expropriation, voir Brazell (1994), p. 330.

que telles. À ce sujet, selon le TIB type des États-Unis « le fait qu'une action ou une série d'actions menées par une partie ait des effets néfastes sur la valeur économique d'un investissement ne peut être considéré à lui seul comme entraînant une expropriation indirecte[79].»
L'octroi de licences obligatoires, un système approuvé par une convention internationale qui fait autorité, c'est-à-dire l'Accord sur les ADPIC, n'est pas un acte d'expropriation. Les licences obligatoires conformes à l'Accord sur les ADPIC délivrées en lien à un investissement détenu par un étranger entraînent le versement d'une rémunération et supposent l'atteinte d'un bien-être public légitime. Cependant, pour les accords d'investissement, les dispositions relatives à l'expropriation sont éventuellement applicables pour déterminer l'existence d'un objectif public, le caractère non discriminatoire de l'application, le montant de la rémunération et le mode de paiement[80].

Dans les cas où les licences obligatoires vont à l'encontre des normes de traitement juste et équitable, les accords d'investissement protègent les droits de propriété intellectuelle qui sont l'objet de ces mesures. Dans les cas d'un différend relatif au montant de la rémunération devant être versée à la suite de la délivrance d'une licence obligatoire, les normes de paiement et l'évaluation de la valeur varient selon que l'on se fonde sur l'Accord sur les ADPIC ou les accords d'investissement. L'Accord sur les ADPIC exige le paiement d'une rémunération « adéquate » en tenant compte de la « valeur économique » de l'autorisation d'une licence obligatoire. La valeur économique dont il est question est liée à l'autorisation et non aux droits de propriété intellectuelle. L'autorité qui délivre les licences obligatoires détermine le paiement de redevances selon la valeur économique estimée de ce que va rapporter la mise en œuvre d'une licence obligatoire spécifique et l'objectif de la licence (par exemple, le caractère abordable et accessible de médicaments essentiels), et non selon la valeur du brevet sur le marché qui risque d'être plus élevée, surtout dans le cadre des pratiques restrictives d'octroi de licences qui ont déclenché la délivrance de licences obligatoires.

De plus, les autorités risquent d'avoir différentes possibilités pour déterminer le paiement dans le cas des licences. Étant donné que l'objectif est de corriger la pratique anticoncurrentielle, le moyen idéal serait de déterminer les redevances qui doivent être payées par le détenteur de la licence. La *Federal Trade Commission* (Commission fédérale du commerce) des États-Unis, par exemple, a délivré une licence obligatoire relative à un brevet détenu par Novartis lié à la protéine cytokine en échange d'une redevance ou son équivalent d'une valeur maximale de 3% du prix de vente net des produits sous licence[81]. Dans le cadre d'un autre cas, la Commission a exigé de Dell de délivrer à quiconque utilise sa norme bus local VESA (utilisée dans une pièce d'ordinateur qui transmet les instructions entre l'unité centrale de l'ordinateur et le matériel périphérique) des licences relatives à ses 481 brevets pour lesquelles il n'est pas nécessaire de payer des redevances[82]. De plus, les contestations de la décision par une autorité compétente sur la rémunération sont limitées au système d'arbitrage national comprenant des procédures d'examen indépendantes, conformément à l'article 31 j) de l'Accord sur les ADPIC.

Par contre, bien que la formulation varie d'un traité à l'autre, les accords d'investissement prévoient le paiement d'une indemnisation dont le montant équivaut à la valeur juste du marché de l'investissement exproprié lui-même. Le paiement de ce montant devrait se faire rapidement, contrairement à d'autres modes comme les paiements de redevances dans le cas de licences obligatoires ou d'autres méthodes de paiement comprenant plusieurs versements échelonnés sur une période ou encore, la collecte des paiements de tierces parties. Ainsi, dans les cas où il existe un différend relatif au caractère équitable de la délivrance d'une licence obligatoire, au paiement et au montant de rémunération versés pour la licence obligatoire en échange des droits de propriété intellectuelle de l'investissement visé, les accords d'investissement risquent de résulter en des normes ADPIC-plus. Cette conséquence remettra en cause la compétence des tribunaux d'arbitrage chargés de

---

[79] USTR, TIB type des États-Unis (2004), Annexe B, 4) a) i).

[80] Voir Correa (2004), p. 14-16.

[81] Federal Trade Commission (FTC) dans l'affaire *Ciba-Geigy Ltd. et al*., p. 20.

[82] Muller, (2002), p.44.

l'investissement à traiter des questions de droits de propriété intellectuelle. Selon l'accord de libre-échange des États-Unis, un tel différend serait principalement assujetti aux chapitres portant sur les droits de propriété intellectuelle, une règle absente de nombreux accords d'investissement[83].

IV.2. Transfert de technologie et droits de propriété intellectuelle dans le cadre des accords d'investissement

Dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, la promotion de l'innovation technologique, ainsi que le transfert et la diffusion de la technologie en vue de mener au bien-être social et économique sont établis comme objectif. On y énonce également un principe selon lequel les membres peuvent adopter des mesures nécessaires à la promotion de l'intérêt général dans des secteurs d'une importance capitale pour le développement socio-économique et technologique[84]. Plus précisément, les Membres de l'OMC ont le pouvoir de déterminer la portée des mesures nécessaires pour promouvoir l'intérêt général, du moment que ces mesures sont conformes aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC[85]. De plus, les secteurs qui sont d'une importance capitale pour le développement socio-économique et technologique doivent également être déterminés par chaque pays en tenant compte des besoins socio-économiques et technologiques qui favorisent l'investissement public. Par ailleurs, l'article 66 de l'Accord sur les ADPIC accorde aux pays les moins avancés (PMA) une période de transition, leur offrant ainsi la flexibilité dont ils ont besoin pour se doter d'une base technologique viable et exige des pays développés d'adopter des mesures qui encourageraient le transfert de technologie aux PMA. D'autres accords de l'OMC comprennent également des règles déterminant la façon d'adopter des mesures visant à promouvoir la recherche et le développement, et le transfert de technologie[86].

Le lien entre les droits de propriété intellectuelle et l'investissement est établi, entre autres, dans le cadre des dispositions sur les prescriptions de résultats des accords d'investissement. Les prescriptions de résultats comprennent les mesures prises par un pays exigeant de l'investissement étranger d'entreprendre certaines activités liées à l'investissement, par exemple, se procurer localement les matières premières qui servent pendant le processus de production, des mesures qui sont imposées comme condition à l'entrée de l'investissement étranger, à la réception de mesures incitatives ou tout autre avantage accordé par le gouvernement. Les prescriptions de résultats répondent aux besoins immédiats et à long terme en termes de développement, d'intégration de régions défavorisées et d'aide aux nouveaux venus sur le marché. Les prescriptions de résultats qui ont un effet direct sur les droits de propriété intellectuelle de l'investissement visé sont justifiées dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC dans la mesure où elles sont mises en œuvre conformément à ce

---

[83] Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili (2003), articles 10.1 et 2, États-Unis, République dominicaine et Cafta (2004), article 10.2.

[84] Selon le Groupe spécial de l'OMC sur l'affaire *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (2000), l'Accord sur les ADPIC voudrait exiger des gouvernements d'appliquer les exceptions de façon non discriminatoire, de manière à s'assurer que les gouvernements ne cèdent pas à la pression nationale de limiter les exceptions aux domaines où les titulaires de droits sont généralement des producteurs étrangers, voir par. 7.92. Voir également l'Article 40 de l'Accord sur les ADPIC.

[85] Selon ce qui se trouve à l'Article 8 de l'Accord sur les ADPIC, les mesures peuvent être adaptées pour faire avancer l'intérêt général seulement lorsqu'elles sont conformes avec l'Accord, et ce, contrairement à l'article XX du GATT ou les articles XIV et XIV bis de l'AGCS.

[86] L'Accord sur les obstacles techniques au commerce prévoit des flexibilités pour les pays en développement pour qu'ils puissent aligner la technologie, les méthodes de production et les processus locaux sur leurs besoins en matière de développement, alors que l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires exige des Membres qu'ils facilitent la fourniture de l'assistance technique dans les domaines des technologies, de la transformation, de la recherche et de l'infrastructure. On utilise également quelque fois les progrès de la technologie et l'exportation des résultats et de la productivité de l'industrie locale comme des facteurs pour déterminer le préjudice à la fois dans le cadre des mesures anti-dumping et de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires.

dernier, ce qui comprend le fait de profiter des possibilités offertes par les exceptions, les limitations et les flexibilités. Cependant, il est nécessaire de procéder à des analyses supplémentaires pour déterminer si les accords de l'OMC permettent effectivement de prendre de telles mesures. Les Mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC), par exemple, contiennent des restrictions liées à l'usage d'éléments d'origine locale, de devises étrangères, des mesures relatives à l'équilibrage commercial et des prescriptions de vente sur le marché intérieur. L'existence de prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine locale résulte automatiquement en une violation des MIC et de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) sans qu'il soit nécessaire de déterminer que ces mesures ont des effets néfastes sur les échanges pour justifier des restrictions multilatérales[87].

Dans l'affaire *Indonésie-Autos*, les États-Unis ont contesté le Programme national pour le secteur automobile de l'Indonésie en se fondant, entre autres, sur les articles 3 et 20 de l'Accord sur les ADPIC et en expliquant que les mesures fiscales incitatives adoptées par le gouvernement indonésien en faveur des fabricants détenant une marque de commerce indonésienne et les subventions qu'il leur accorde créaient *de facto* un obstacle au maintien des marques de commerce étrangères. Le Groupe spécial a rejeté la demande des États-Unis en expliquant:

> «(…) il ne serait pas raisonnable d'interpréter l'obligation relative au traitement national prévue dans l'Accord sur les ADPIC relativement au maintien des droits liés à la marque de commerce comme empêchant l'adoption de mesures de droits de douane, de subventions, etc. visant à appuyer les sociétés nationales au motif que ces mesures rendraient relativement plus difficile le maintien du droit d'une marque de commerce par les sociétés étrangères souhaitant exporter vers ce marché[88].»

En ce qui concerne l'utilisation des marques de commerce en vertu de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, le Groupe spécial est arrivé à la conclusion suivante :

> «les dispositions du Programme national pour le secteur automobile de l'Indonésie relatives aux marques de commerce ne peuvent être interprétées comme des *prescriptions* dans le sens de l'article 20 et [que] si une société étrangère conclut une entente avec une société pionnière, elle le fait volontairement, en étant consciente de toutes les conséquences de sa capacité à utiliser toute marque de commerce préexistante[89].»

Malgré la constatation du Groupe spécial, il demeure peu clair si les gouvernements peuvent compter sur les articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC pour promouvoir l'intérêt général dans les secteurs d'une importance capitale pour le développement socio-économique et technologique, dans la mesure où cet intérêt risque de comprendre l'usage d'éléments d'origine locale, l'équilibrage des échanges et des devises étrangères, et les prescriptions de vente sur le marché intérieur[90]. Bien qu'elle soit conforme à l'Accord sur les ADPIC, la prescription liée à l'usage d'éléments d'origine locale visant à favoriser le transfert technologique est incompatible avec les MIC. En plus des MIC, l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SCM) restreint l'usage des subventions subordonnées aux résultats à l'exportation. De plus, les protocoles d'accession contiennent des engagements plus restrictifs que ceux prévus par les accords de l'OMC. Par exemple, le protocole d'accession de la Chine exige l'élimination progressive des prescriptions relatives à la recherche et développement et au

---

[87] Voir le Rapport du Groupe spécial dans l'affaire Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile (1998), par. 14.90.

[88] *Ibid*., par. 14.273.

[89] *Ibid*., 14.277-2779 (Il s'agit là d'une raison pour laquelle les plaintes motivées par une situation et les plaintes en situation de non-violation ne devraient pas être mises en œuvre dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC).

[90] Il est important de noter ici que le Brésil, l'Inde et le Groupe africain ont fait des propositions à l'OMC dans le cadre des négociations liées au Programme de Doha pour le développement en cours, des propositions qui abordent les incohérences contenues dans l'Accord MIC (voir OMC, WT/COMTD/W/77/Rev.1; JOB(01)/152/Rev.1 et G/C/W/428, G/TRIMS/W/25).

transfert de technologie, ainsi que l'élimination des prescriptions de résultats liés aux exportations sans aucune condition.

De nombreux aspects des TIB sont ADPIC-plus, MIC-plus et SCM-plus. Les MIC n'interdisent pas les prescriptions de résultats liés aux exportations sauf si ces prescriptions visent à équilibrer les échanges extérieures, les échanges des sociétés étrangères ou qu'elles impliquent des subventions interdites. Au contraire, plusieurs TIB et les protocoles d'accession à l'OMC interdisent explicitement les prescriptions de résultats en matière d'exportation.

Dans le cas où les accords d'investissement ne permettent pas les éléments d'origine locale et les prescriptions de résultats à l'exportation, les pays hôtes devront établir des prescriptions directes facultatives ou obligatoires relatives au transfert de technologie, au processus de production ou à d'autres connaissances protégées à une personne sur le territoire. Cependant, les TIB, notamment ceux qui suivent le modèle d'accord des États-Unis de 1994, restreignent les prescriptions en matière de transfert de technologie et de recherche et développement[91]. L'interdiction pure et simple des prescriptions en matière de transfert de technologie et de connaissances protégées, ainsi que de recherche et développement, sans exception, est rare dans le cadre des accords d'investissement. Dans le cas où ces interdictions existent, elles compromettent sérieusement le recours à toute flexibilité ou la mise en œuvre de mesures compatibles avec l'Accord sur les ADPIC. Par ailleurs, plusieurs accords d'investissement n'interdisent pas les mesures liées aux résultats de façon générale[92]. De nombreux accords d'investissement, notamment ceux dont les États-Unis, le Canada et le Japon sont signataires font partie de ceux qui:

a) restreignent les prescriptions en matière de transfert de technologie, de processus de production, d'autres connaissances protégées, ainsi que celles relatives à la recherche et développement, sauf dans le cas où ces prescriptions sont des conditions pour bénéficier d'avantages offerts par le gouvernement ;

b) restreignent l'imposition d'une prescription en matière de transfert de technologie sauf dans les cas où elle est conforme à l'Accord sur les ADPIC, de la mise en œuvre des lois sur la concurrence ou de la mise en œuvre de la législation des marchés publics.

Dans le cadre du TIB type des États-Unis de 2004, les restrictions sur les prescriptions en matière de transfert d'une technologie en particulier, du processus de production ou d'autres connaissances protégées ne s'appliquent pas aux mesures compatibles avec l'article 31, ce qui permet une autre utilisation des inventions brevetées sans autorisation du détenteur du droit. La restriction ne s'applique pas non plus, d'une part, aux mesures requérant la divulgation d'information relative aux droits de propriété, une information qui s'inscrit dans la portée de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC et qui y est conforme, et, d'autre part, aux mesures qui visent à corriger les pratiques anticoncurrentielles adoptées au titre des lois sur la concurrence[93]. De plus, il y est précisé que les parties peuvent subordonner le fait de bénéficier d'un avantage à la fourniture d'un service, à la formation d'un employé ou à son embauche, à la construction ou à l'expansion d'infrastructure ou au fait d'entreprendre de la recherche et développement sur le territoire[94]. Les gouvernements sont libres d'imposer des prescriptions de résultats pour ce qui est des marchés publics. De la même façon, les accords japonais permettent les prescriptions en matière de transfert de technologie lorsque les mesures sont liées au transfert de la propriété intellectuelle conformément à l'Accord sur les ADPIC[95]. D'autres accords d'investissement contiennent des restrictions moins rigoureuses sur les mesures relatives à l'investissement étranger et des exceptions moins détaillées dans le but de favoriser la

[91] Voir, Université du Michigan (1994), Prototype du TIB des États-Unis, après révision 4/98.

[92] Voir, par exemple, l'Article 1603 de l'accords de libre-échange conclu entre les États-Unis et le Canada qui n'interdit pas le transfert de technologie et les prescriptions en matière de recherche et de développement.

[93] USTR, TIB type des États-Unis de 2004, article 8:3 b).

[94] *Ibid*., Article 8 2) et 3).

[95] Voir l'Accord entre le Japon et Singapour pour un nouveau partenariat économique (2002), Article 75 1) f) ii).

recherche et développement, ainsi que l'accès à la technologie et son transfert. Quelques TIB américains exigent des parties qu'elles évitent d'imposer des prescriptions de résultats, sans autre précision[96]. Bien que des prescriptions obligatoires en matière de transfert de technologie, et de recherche et développement puissent être compatibles avec l'Accord sur les ADPIC et les MIC, l'examen des accords d'investissement indique que de nombreux TIB n'autorisent que les prescriptions facultatives en matière de transfert de technologie, et de recherche et développement.

En bref, les accords d'investissement ont tendance à être de nature ADPIC-plus et à compromettre les pouvoirs discrétionnaires des pays en ce qui concerne les mesures qui réglementent les pratiques des détenteurs de droits de propriété intellectuelle et qui encouragent le transfert de technologie et de savoir-faire:

- lorsqu'on y ajoute des prescriptions supplémentaires et qu'on y limite la portée des pouvoirs discrétionnaires en matière de réglementation des pratiques liées à l'investissement étranger relatif aux droits de propriété intellectuelle et aux technologies protégées. lorsque ces prescriptions comprennent une obligation de fond dans le cadre de l'accord d'investissement selon laquelle les mesures doivent être conformes à l'Accord sur les ADPIC, qu'elles ne soient pas appliquées de façon arbitraire et injustifiable et qu'elles ne constituent pas une restriction déguisée de l'investissement.
- lorsqu'ils appliquent des normes relatives à l'investissement pour la protection des investissements liés à la propriété intellectuelle, notamment pour déterminer l'objectif public de l'octroi de licences obligatoires, la façon de délivrer une licence et la détermination du montant de compensation.
- lorsqu'ils étendent le champ d'application de l'interdiction des prescriptions de résultats, lorsqu'ils conditionnent le recours au transfert de technologie et de savoir-faire, ainsi que la formation et la recherche et développement à l'offre d'avantages ou de mesures incitatives et à des fins liées aux marchés publics.

Ainsi, le statut juridique des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de plusieurs accords d'investissement et leur protection en tant qu'investissements implique plusieurs couches de protection supplémentaires et la réduction de la possibilité d'écart. Les répercussions varient clairement d'un TIB à l'autre et d'un accord de libre-échange à l'autre. L'évaluation de l'importance de ces répercussions nécessite une analyse plus approfondie de l'interface qui existe entre les accords d'investissement et les instruments liés à la propriété intellectuelle (notamment l'Accord sur les ADPIC) ; l'analyse porterait principalement sur l'application des droits de propriété intellectuelle dans le cadre des couches de protection supplémentaires.

[96] Voir, par exemple, le TIB conclu entre les États-Unis et le Bangladesh, 1989, Article II 6) et l'Accord précédent entre les États-Unis et le Maroc (1991), Article II 7).

V. ACCORDS D'INVESTISSEMENT, APPLICATION DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET REGLEMENT DE DIFFERENDS

L'histoire et la jurisprudence liées à la protection des droits de propriété intellectuelle et au règlement de différends sont très différentes selon qu'il s'agisse des accords d'investissement ou des accords sur les droits de propriété intellectuelle. D'une part, l'Accord sur les ADPIC prévoit des normes relatives aux procédures nationales judiciaires et administratives qui devraient exister pour l'acquisition, la disponibilité, la protection et l'exécution des droits de propriété intellectuelle. Les accords d'investissement sont principalement conçus pour fournir un mécanisme supra-étatique destiné à la protection des investissements et à la résolution des différends qui y sont liés. Cependant, il existe des points communs entre les instruments liés aux droits de propriété intellectuelle et les accords d'investissement récents pour ce qui est de l'élaboration de normes acceptables dans le cadre des lois nationales et des pratiques des gouvernements en matière de protection et d'exécution des droits privés. Dans ce chapitre, nous examinons d'abord dans quelle mesure il existe des convergences concernant les normes de traitement ou les procédures civiles et administratives relatives au traitement des droits de propriété intellectuelle comme investissement et les conséquences d'une telle convergence. Ensuite, nous analysons comment les accords d'investissement abordent la question, d'une part, de la violation des normes de traitement et, d'autre part, des procédures civiles et administratives acceptables pour l'application de droits de propriété intellectuelle en ce qui concerne l'investissement visé.

V. 1. Les normes d'application: accords d'investissement et Accord sur les ADPIC

L'interface entre les accords d'investissement et l'Accord sur les ADPIC pour ce qui est de l'exécution des droits de propriété intellectuelle se trouvent, d'une part, dans les obligations générales des parties au titre de la partie III de l'Accord sur les APDIC qui porte sur les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et, d'autre part, dans les obligations au titre de la partie IV de ce même accord portant sur l'acquisition et le maintien des droits de propriété intellectuelle.

La partie III de l'Accord sur les ADPIC prévoit des procédures administratives et civiles, des peines et des procédures pénales pour la protection des droits de propriété intellectuelle contre toute atteinte, ainsi que l'application de peines au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marques de fabrique ou de commerce, ou de piratage à l'échelle commerciale. Les Membres de l'OMC sont obligés d'assurer l'existence de procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle permettant une action effective contre toute atteinte à ces droits. Les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle seront justes et équitables, ne seront pas inutilement complexes et coûteuses, et ne comporteront pas des délais déraisonnables ni n'entraîneront de retards injustifiés. Il est nécessaire de fonder toute décision relative au fond d'un litige sur des éléments de preuves soumis selon les règles et sur une procédure qui prévoit le droit d'être entendu. Des procédures d'examen devront également être prévues pour les parties en vertu des processus liés aux droits de propriété intellectuelle. Bien qu'il établisse des normes minimales liées à l'exécution des droits de propriété intellectuelle, l'Accord sur les ADPIC ne vise pas à harmoniser les règles destinées à faire respecter ces droits à cause des grandes divergences qui existent entre les lois nationales des différents Membres de l'OMC. On y a prévu quelques obligations contraignantes, des règles facultatives, des principes

pour la protection contre l'usage abusif des droits par leurs détenteurs et des mesures garantissant la proportionnalité de la gravité de l'atteinte et des mesures correctives ordonnées[97].

Par contre, les accords d'investissement prévoient des normes de traitement et la protection des placements et, dans certains cas, ces dernières comprennent des normes internationales minimales relatives au traitement des étrangers et de leur propriété. De la même façon, le pays hôte assurera une protection totale, ainsi qu'un traitement juste et équitable. Les accords d'investissement récents comprennent des informations détaillées sur les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Selon l'article 11 4) du TIB conclu entre les États-Unis et l'Uruguay en 2004, les procédures administratives devraient comprendre un processus qui puisse assurer un délai lorsque des procédures sont entamées et des possibilités raisonnables pour que les personnes intéressées puissent présenter des faits et des arguments pour appuyer leurs positions. Cet élément requiert de chaque partie de s'assurer que les parties impliquées dans la procédure bénéficient de possibilités raisonnables pour appuyer ou défendre leurs positions, ainsi que d'une décision fondée sur les éléments de preuve présentés. Par conséquent, la convergence entre l'Accord sur les ADPIC et les accords d'investissement concernant l'exécution des normes au niveau national est de plus en plus évidente dans les accords conclus récemment.

L'évaluation de l'impact des accords d'investissement sur le respect des droits de propriété intellectuelle porte non seulement sur l'entrée et l'établissement d'investissements qui comprennent des droits de propriété intellectuelle, mais également sur les activités d'investissement connexes. Plusieurs accords d'investissement éclaircissent la notion d'investissement et y incluent les *activités d'investissement connexes* qui consistent en:

> «L'organisation, le contrôle, le fonctionnement, l'entretien et la disposition des sociétés, des succursales, des agences, des bureaux, des usines ou toute autre infrastructure nécessaire au fonctionnement du commerce ; l'élaboration, l'efficacité et l'application des contrats ; l'acquisition, l'utilisation, la protection et la disposition de propriété de tout type y compris de propriété intellectuelle ; l'emprunt de fonds, l'achat, l'assurance et la vente de titres de participation et d'autres titres, ainsi que l'achat de devises pour les importations[98].»

Ainsi, le champ d'application des accords d'investissement, grâce entre autres à la définition des activités connexes à l'investissement, couvre l'acquisition, l'utilisation, la protection et la disposition des droits de propriété intellectuelle, ce qui crée des liens avec la partie IV de l'Accord sur les ADPIC. Selon les accords de libre-échange des États-Unis, dans le cas où il y a incompatibilité entre les dispositions des chapitres sur la propriété intellectuelle et ceux sur l'investissement, ce sont celles sur la propriété intellectuelle qui l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi ou règle de droit[99]. La plupart des TIB ne disposent pas de dispositions similaires dans le cas d'une incompatibilité entre leurs dispositions et celles d'autres accords. Le TIB conclu entre la Chine et l'Allemagne ne comprend pas une disposition sur le champ d'application, mais protège l'investisseur, l'investissement et les activités connexes[100].

Étant donné que les investissements peuvent compromettre les droits de propriété protégés et que les activités d'investissement peuvent comprendre l'acquisition et le maintien en vigueur des droits de propriété intellectuelle, l'octroi de licences, la collecte des redevances, les contrats et

---

[97] CNUCED-ICTSID (2005), p. 520.

[98] TIB États-Unis – Sri Lanka (1991), Article I:1 e). Voir également les TIB entre les États-Unis et l'Équateur (1993), la République démocratique du Congo (1991), la Tunisie (1990), l'Argentine (1991) et le Bengladesh (1986).

[99] Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili (2003), articles 10.1 et 2, Etats-Unis - République dominicaine et Cafta (2004), article 10.2.

[100] TIB Chine-Allemagne, Article 2 4), 3 2) et 3).

d'autres transactions, les dispositions des accords d'investissement seraient applicables à l'exécution des droits de propriété intellectuelle, conformément à la partie IV de l'Accord sur les ADPIC. Ainsi, il est nécessaire de procéder à un examen approfondi de l'impact des normes de protection de l'investissement sur les droits de propriété intellectuelle.

V.1.1. Traitement juste et équitable

Les accords d'investissement prévoient une protection totale de l'investissement et garantissent sa sécurité, soit le niveau de protection policière exigé par le droit coutumier international[101]. Selon l'obligation en question, le pays hôte doit adopter toutes les mesures raisonnables pour protéger physiquement les avoirs et les biens des menaces ou des attaques susceptibles de viser certains étrangers ou groupes d'étrangers[102]. L'obligation imposée au pays hôte consiste à agir avec la diligence voulue pour protéger l'investissement étranger et ne crée pas une « responsabilité stricte »[103]. Cette situation ne permet pas, par exemple, aux pays hôtes d'invoquer leur propre législation pour se défaire de toute obligation de ce type. De plus, les accords d'investissement prévoient un traitement juste et équitable comme une prescription de fond comprenant un processus juridique en bonne et due forme, la définition des mesures qui entraînent un déni de justice et de l'arbitraire, ainsi que d'autres questions découlant de la responsabilité de l'État pour son comportement préjudiciable envers les étrangers et leur propriété.

Le problème principal qui découle de l'application de la sécurité et de la protection totale, ainsi que du traitement juste et équitable à l'investissement est l'absence de clarté quant à la portée des normes et de l'autonomie de l'État. Le tribunal, dans l'affaire opposant *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A à la République chilienne*, par exemple, a établi le lien entre la norme et la création de conditions favorables à l'investissement[104]. Malgré son sens vague, le traitement juste et équitable est la norme le plus souvent invoquée dans les arbitrages relatifs à l'investissement[105]. Ainsi, le Kirghizistan a été jugé comme étant en violation de son obligation envers les investisseurs étrangers au titre de l'article 10 12) de la Charte de l'énergie uniquement pour ne pas s'être assuré que la loi nationale prévoyait des moyens effectifs pour la revendication d'un droit ou l'exécution des droits liés à l'investissement. Dans ce cas, l'investisseur était considéré comme la victime de l'imprévisible et de l'incohérence et la République a été jugée comme n'ayant pas réussi à fournir les moyens effectifs pour permettre à l'investisseur de revendiquer ses droits et les faire respecter[106].

Il n'existe pas une distinction explicite entre les droits de propriété tangibles et intangibles dans l'application des prescriptions relatives à la protection et à la sécurité intégrales dans les accords d'investissement. En effet, ces prescriptions s'appliquent aux investissements en général. Le tribunal du ICSID est arrivé à la conclusion qu'il ne fait aucun doute que la disposition relative à la norme minimale de traitement de l'ALENA s'applique à la propriété intangible, y compris aux revendications relatives aux contrats[107]. En effet, les investisseurs peuvent déposer une plainte contre le gouvernement lorsque celui-ci n'adopte pas des mesures raisonnables ou ne fait pas preuve de la prudence ou de la vigilance nécessaires pour assurer une protection et une sécurité totales en ce qui concerne les actifs de propriété intellectuelle, les licences et les contrats et

---

[101] Voir, par exemple, les accords de libre échange États-Unis - Chili (2003), Article 10 :4 2) b), États-Unis – Singapour (2003), Article 15 :5 2) b) et États-Unis – CAFTA (2004), Article 10 :5 2) b).

[102] OCDE, p. 9.

[103] ICSID, *American Manufacturing & Trading Inc. (AMT) (US) c. Republique zaïroise*, réimprimé dans 36 International Legal Materials (1997), et *Wena Hotels Ltd. (U.K.) c. République arabe d'Égypte*, réimprimé dans 41 International Legal Materials, 896(2002).

[104] ICSID (2004), MTD *Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. la République du Chili.*

[105] Schreuer, Christoph (2005), p. *3*.

[106] SCC (2005), *Petrobart Limited c. le Kirghizistan*, Arb., p.28.

[107] ICSID (2002), *Mondev International Ltd c. les États-Unis d'Amérique, Décision*, par. 98.

d'autres propriétés intangibles de l'investissement visé. Cependant, ce qui est considéré comme une omission ou l'adoption de mesures raisonnables risque de varier selon qu'il s'agisse, d'une part, de droits de propriété intellectuelle, de licences ou d'autres propriétés intangibles et, d'autre part, des droits relatifs au matériel, aux plantes, aux terrains et à d'autres droits de propriété tangibles.

La garantie d'une protection et d'une sécurité intégrales de l'investissement consiste pour l'État à faire preuve de la prudence nécessaire pour protéger les actifs de la destruction ou de la perte à la suite d'émeutes, de troubles civils, ainsi que de menaces ou d'attaques ciblant les étrangers en particulier, ce qui diffère des cas pénaux ordinaires comme les vols, l'atteinte à la vie privée, les fraudes ou autre infraction. En effet, l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle qui résulte en l'application de procédures pénales et de peines, comme il est prescrit dans l'Accord sur les ADPIC et les chapitres de propriété intellectuelle des accords de libre-échange, peut compromettre la jouissance d'un investissement par l'investisseur. Cependant, les tribunaux ont utilisé jusque-là le traitement juste et équitable, et la protection et la sécurité intégrales de façon presque simultanée, ce qui embrouille l'aspect spécifique de la sécurité et de la protection intégrales qui n'entraînent que l'obligation pour un État de faire preuve de la prudence nécessaire pour protéger l'investissement de la destruction et des attaques d'une tierce partie. Comme il est spécifié dans le TIB type américain, la protection et la sécurité intégrales ne sont liées qu'au niveau de la protection policière exigé par le droit coutumier international. Cette protection fait exclusivement référence à la protection d'un danger imminent engendré par des émeutes ou des troubles civils qui requièrent une protection raisonnable par la police pour écarter le danger.

Les droits de propriété intellectuelle ne sont pas exposés à ce type de danger, du moins dans la mesure où la destruction de la manifestation physique de la propriété intellectuelle ne détruit ou ne réduit pas la valeur du droit de propriété intellectuelle. Ainsi, la disposition relative à la protection et à la sécurité intégrales ne s'applique pas à l'atteinte de droits de propriété intellectuelle d'investisseurs étrangers. Cette affirmation ne s'applique cependant pas aux situations où des représentants du gouvernement ont cherché activement ou ont poussé une tierce partie à porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle d'un investisseur, ce qui constituerait une violation du traitement juste et équitable[108].

Bien que l'obligation d'un État de fournir une protection et une sécurité intégrales ne couvre pas l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, la norme de traitement juste et équitable, telle qu'elle est appliquée dans le cadre d'un processus juridique en bonne et due forme et de la protection d'un déni de justice, requiert des pays qu'ils mettent en place des procédures acceptables pour la protection de l'investissement et parfois de l'investisseur. Lorsque l'État ne réussit pas à prévoir, par action ou inaction, la procédure permettant de garantir une application en bonne et due forme de la loi et l'existence de peines en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle des investisseurs étrangers, il enfreint également l'accord d'investissement, dans la mesure où les droits de propriété intellectuelle constituent un investissement. Cependant, ce cas est limité à l'application des normes des accords d'investissement aux revendications liées au déni de justice ou à un processus arbitraire en matière de protection d'actifs de propriété intellectuelle qui constituent une violation de l'accord d'investissement, indépendamment de l'Accord sur les ADPIC ou de tout autre accord.

La simple violation de l'Accord sur les ADPIC ou de tout autre accord ne constitue pas une violation de la norme relative au traitement juste et équitable comprenant la notion de déni de justice au titre des normes relatives à l'investissement. En effet, les prescriptions relatives au traitement juste et équitable et à la protection et à la sécurité intégrales prévoient un processus en bonne et due forme et protègent les investisseurs du comportement abusif d'un État, mais ne prévoient pas forcément le respect des accords internationaux[109]. Selon l'interprétation

[108] Newcombe (1999), p.144.

[109] *Id.*, p.143.

contraignante de la Commission de libre-échange de l'Aléna, «La constatation qu'il y a eu violation d'une autre disposition de l'ALENA ou d'un accord international distinct ne démontre pas qu'il y ait eu violation de l'article 1105(1) [norme minimale de traitement de l'ALENA][110].»

La norme minimale de traitement prévue dans certains accords d'investissement n'entraîne pas forcément le respect de l'Accord sur les ADPIC, bien que ce dernier établisse des normes minimales internationales relatives à la reconnaissance, à la protection et à l'exécution des droits de propriété intellectuelle. Cependant, les chapitres sur l'investissement des accords de libre-échange conclus récemment, du TIB type américain de 2004, ainsi que du modèle canadien, prévoient un lien entre le traitement juste et équitable et les normes minimales internationales[111], et l'on peut même dire des normes minimales internationales en évolution qui sont élaborées au fur et à mesure de la pratique des États[112]. Selon le TIB type américain de 2004, le droit coutumier international est en constante évolution et se transforme en fonction des pratiques des États[113]. Or, le renvoi aux pratiques des États et au droit international dans le traitement juste et équitable risque d'amener à supposer que les accords comme celui sur les ADPIC, qui établissent les normes minimales de traitement, constituent la source du droit coutumier international pour ce qui est d'établir les normes minimales qui existent pour la protection des étrangers et de leur propriété. Les dispositions de l'Accord sur les ADPIC pourraient faire partie de la loi applicable en vertu des accords d'investissement dans le cas, par exemple, où ces derniers renvoient aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC en prescrivant la compatibilité d'une licence obligatoire avec ces dernières.

Hormis les cas où les dispositions des accords d'investissement font spécifiquement référence à celles de l'Accord sur les ADPIC, le fait de donner aux investisseurs l'occasion de contester les actions d'un gouvernement pour atteinte à l'Accord sur les ADPIC ou à tout autre accord de l'OMC constituerait un écart radical du système autosuffisant de l'OMC en matière de négociation, de mise en œuvre et de règlement des différends[114]. Cependant, les dispositions relatives aux accords d'investissement selon lesquelles les normes internationales minimales évoluent en fonction des pratiques des États risquent d'offrir ce type d'occasions aux acteurs privés qui, dans l'interprétation de la norme de traitement juste et équitable, revendiqueront une compatibilité avec les accords de l'OMC. Cette situation accorderait un statut juridique supérieur aux règles de l'OMC en matière d'établissement de normes internationales[115].

Les accords d'investissement se spécialisent dans les lois, les réglementations et les pratiques spécifiquement conçues par les gouvernements pour réglementer l'investissement, et non les droits de propriété intellectuelle et le commerce. Ainsi, les normes relatives à la protection de l'investissement ne devraient pas être appliquées à ces domaines ni n'entraîner des interprétations de fond s'inspirant de domaines du droit international qui n'y sont pas liés parce que cela pourrait mener, dans les cas des droits de propriété intellectuelle liés à l'investissement, à une protection plus stricte que celle convenue dans l'Accord sur les ADPIC spécialisé dans le domaine. Les États

---

[110] Commission du libre-échange (2001), http://www.international.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-fr.asp.

[111] USTR, TIB-type des États-Unis (2004), Article 5:5.

[112] Voir OCDE, p. 11-12.

[113] Selon l'Annexe A du TIB type américain de 2004 : "Les Parties confirment les points qu'elles ont convenus selon lesquels le droit coutumier international de façon générale et comme il y est fait référence à l'Article 5 [norme minimale de traitement] et à l'Annexe B [Expropriation] résultent d'une pratique générale et cohérente des États adoptée par sens de l'obligation juridique. En ce qui concerne l'Article 5 [norme minimale de traitement], le droit coutumier international relatif à la norme minimale de traitement des étrangers fait référence à tous les principes de droit coutumier international qui protège les droits économiques et les intérêts des étrangers. »

[114] Verill (2005), p. 2.

[115] *Id*.

parties aux accords d'investissement devraient considérer pleinement les répercussions des dispositions de leurs accords en termes d'obligations au titre d'autres instruments multilatéraux.

V.1.2. Transparence

L'Accord sur les ADPIC prévoit d'importantes prescriptions relatives à la transparence. En effet, on y exige des Membres de l'OMC d'établir des points de contact pour la coopération internationale, la publication de lois, les réglementations, les décisions judiciaires ou les décisions administratives d'application générale, la notification de lois et de réglementations au Conseil sur les ADPIC et la fourniture d'information à la suite d'une demande par écrit effectuée par d'autres États membres[116]. Il existe une exception importante toutefois selon laquelle les dispositions relatives à la transparence n'exigent pas des Membres de révéler des renseignements confidentiels dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait d'une autre manière contraire à l'intérêt public, ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées[117].

Quelques accords sur l'investissement conclus récemment prévoient spécifiquement des obligations en matière de transparence pour les pays hôtes[118]. Les TIB plus anciens prévoyaient une prescription relativement restreinte en matière de transparence liée à la publication et à l'accessibilité des lois et des réglementations sur l'investissement ou touchant l'investissement, ainsi qu'à la consultation entre parties en vue d'expliquer des lois et des politiques spécifiques[119], alors que les accords sur l'investissement conclus récemment ont étendu l'obligation en matière de transparence des pays hôtes au pays d'origine et à l'investisseur. Les accords de libre-échange des États-Unis ont élargi les obligations en matière de transparence de façon à comprendre des procédures administratives, une occasion d'effectuer des commentaires sur les projets de législation, l'établissement de points de contact pour faciliter la communication, la publication de lois, des mesures réglementaires, des décisions judiciaires, des décisions administratives, la notification de mesures qui influencent matériellement l'investissement, ainsi que la transparence lors de règlements de différends[120].

Lorsque les accords d'investissement couvrent l'investissement et les activités connexes qui comprennent, selon les définitions, l'acquisition, le maintien en vigueur et l'utilisation des droits de propriété intellectuelle et les obligations de transparence, ils protègent, en même temps que l'Accord sur les ADPIC, les droits de propriété intellectuelle de l'investissement. Selon la formulation, l'obligation de transparence dans le cadre des accords d'investissement pourrait être plus stricte que celle prévue dans l'Accord sur les ADPIC lorsque l'obligation fait partie d'une norme de traitement juste et équitable ou d'une norme internationale minimale. Dans l'affaire opposant *Metalclad Corporation* au *Mexique*, le tribunal est arrivé à la conclusion que l'absence d'une règle claire concernant les prescriptions en matière de permis de construction au Mexique a empêché d'assurer un cadre transparent et prévisible pour les planifications et l'investissement des investisseurs. Le tribunal a décidé que cet échec constituait une violation du traitement juste et équitable, violation qui a abouti à une expropriation[121]. Le réexamen de la décision arbitrale a rejeté la conclusion du tribunal parce qu'elle était considérée comme allant au-delà de la portée de la convention d'arbitrage dans la mesure où il n'existe pas d'obligations de transparence dans le

---

[116] Accord sur les ADPIC (1994), Articles 63 et 79.

[117] *Ibid*., Article 63 4).

[118] Voir, par exemple, TIB États-Unis – Uruguay (2004), Article 11.

[119] Voir, par exemple, le TIB Australie – Chine (1998). L'examen de quelques TIB indiens conclus avec la Thaïlande, le Ghana et Oman montre que les obligations relatives à la transparence ne sont pas comprises dans les TIB.

[120] Voir, par exemple, le TIB type américain de 2004, article VI et le TIB Canada – Croatie (2001), article XIV.

[121] ICSID (2000), *Metalclad Corporation c. le Mexique*, par. 99.

chapitre sur l'investissement de l'ALENA[122]. Ainsi, les accords d'investissement qui prévoient précisément des obligations de transparence de façon indépendante ou en tant que partie de la norme de traitement juste et équitable, selon la portée et l'étendue des obligations, mèneraient à une obligation de transparence de type ADPIC-plus lorsqu'elle est appliquée aux droits de propriété intellectuelle de l'investissement visé. Comme il a été indiqué dans d'autres parties de ce document, il n'existe pas de restrictions relatives au fait que les investisseurs se fondent sur les accords d'investissement pour contester les pratiques des gouvernements liées aux droits de propriété intellectuelle. Finalement, comme dans l'affaire opposant *Metalclad Corporation* au *Mexique*, l'absence d'un mécanisme clairement établi pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle des investisseurs risque de provoquer des revendications relatives à la violation de l'obligation de transparence. Dans ce cas, le danger est clair pour les pays en développement ayant des ressources limitées pour mettre entièrement en œuvre l'Accord sur les ADPIC.

V.1.3. Formalités spéciales et information non divulguée dans le cadre des accords d'investissement

Les accords d'investissement prévoient des normes relatives aux formalités spéciales et aux prescriptions en matière d'information. L'accord de libre-échange conclu entre les États-Unis et le Chili, par exemple, permet d'inclure une mesure qui prescrit ce type de formalités si ces dernières ne compromettent pas matériellement la protection prévue par une partie pour les investisseurs d'une autre partie et les investissements visés. Une partie peut exiger d'un investisseur qu'il fournisse des informations. Cependant, l'information confidentielle devrait être protégée de toute divulgation qui serait préjudiciable à l'investissement visé en termes de position de concurrence, sauf pour ce qui est lié à l'application équitable et de bonne foi des lois et mesures nationales qui doivent être conformes à l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC. Selon la disposition relative au règlement de différends, les pays ne sont pas contraints de divulguer des informations commerciales confidentielles et des informations liées à la sécurité essentielle. Les tribunaux protègent également les informations commerciales confidentielles soumises pendant les procédures de règlement de différends.

Selon l'article 39 3) de l'Accord sur les ADPIC, les pays doivent protéger les informations et les données non divulguées soumises aux agences des gouvernements à des fins de réglementation, comme dans les cas de produits pharmaceutiques et agrochimiques, de la concurrence déloyale et de l'utilisation à des fins commerciales, ainsi que de la divulgation, sauf dans les cas où cette dernière est nécessaire pour protéger le public. Les accords récemment conclus, comme le *Central America – Dominican Republic – United States free-trade agreement* (CAFTA) (Accord de libre-échange de l'Amérique centrale), ont beaucoup changé les dispositions de l'Accord sur les ADPIC sur la protection de l'information non divulguée. En effet, dans le cadre du CAFTA, les pays ont convenu de ne pas permettre à des tierces personnes de commercialiser un produit en se fondant sur l'information soumise par une personne ou sur l'approbation qui lui a été accordée pour au moins cinq ans pour les produits pharmaceutiques et 10 ans pour les produits agrochimiques à partir de la date d'approbation. Les pays devraient également prendre les mesures nécessaires pour empêcher ces tierces personnes de commercialiser un produit protégé par un brevet, sauf si le détenteur de ce dernier en donne l'autorisation[123].

Les prescriptions en matière d'information s'appliquent généralement sous la forme de divulgation d'information pendant la constitution en société de capitaux, de la cotation en bourse d'une société et de l'approbation de la fusion et de l'acquisition ou sous la forme de prescription en matière de sécurité pour la mise en place de l'investissement. Ces prescriptions ont un lien avec

[122] Supreme Court of British Colombia (2001), *The United Mexican State and Metalclad Corp., par*. 78.

[123] CAFTA (2004), Article 15.10.

les droits de propriété intellectuelle principalement composés de la protection de l'information non divulguée. L'information non divulguée ou les secrets commerciaux constituent un investissement dans de nombreux accords d'investissement. Les accords conclus entre l'Éthiopie et Israël, par exemple, reconnaissent spécifiquement les informations commerciales non divulguées, les secrets commerciaux et l'expertise comme investissement. Si les prescriptions en matière d'information sont importantes pour ce qui est de l'expertise technique et pour les secrets commerciaux, les informations divulguées sur les finances, les actions et la structure d'une entreprise, ainsi que celle qui est exigée pour la cotation en bourse d'une société, l'enregistrement du capital et pour la délivrance de la licence d'investissement par la loi nationale le sont également. Dans l'affaire opposant *Ruckelshaus* à *Monsanto Co.*, un tribunal américain a décidé que la divulgation d'un secret commercial par une agence gouvernementale risque de porter atteinte aux anticipations raisonnables fondées sur l'investissement et résulter en une prise de la propriété, dans la mesure où une fois que les autres ont accès au secret commercial, l'intérêt de propriété et la valeur du droit de propriété sont effectivement perdus.

Les formalités spéciales s'appliquent à ce qui a trait à la sélection des investissements et à la délivrance des licences d'investissement, conformément aux lois nationales destinées à faire respecter les prescriptions du type de celles relatives à la coentreprise. Certaines formalités ont un lien avec les droits de propriété intellectuelle dans les cas de la réglementation de la contribution au capital et de l'établissement d'une résidence comme prescription à l'investissement. Les réglementations relatives à l'injection en capital, qui forme l'investissement initial, déterminent la mesure dans laquelle les droits de propriété intellectuelle peuvent constituer un capital initial et restreindre le paiement de redevances entre entreprises[124].

Les nouvelles *Cooperative Education Regulations of China* (réglementations de la Chine sur l'éducation coopérative), par exemple, spécifient que si chaque partie à un investissement conjoint peut injecter son capital selon un ratio convenu, pas plus du tiers de cette injection peut être constitué de droits de propriété intellectuelle. Cette réglementation est moins stricte que celle qui s'applique au capital risque dans le domaines des services médicaux, des logiciels, des applications sans fil et de la biotechnologie, qui impose aux entreprises qui enregistrent des droits de propriété intellectuelle comme apport en capitaux initial une limitation de 20%[125]. Ces lois chinoises ne font pas de discrimination entre les investisseurs étrangers et locaux. Cependant, il est possible que les réglementations relatives à l'enregistrement des capitaux visent spécifiquement les investisseurs étrangers pour différentes raisons publiques. À ce sujet, l'Accord sur les ADPIC n'enfreint pas les réglementations relatives au capital pour ce qui est de l'accès aux marchés. Les accords d'investissement influencent ce type de réglementations là où il existe des engagements de libéralisation et où les parties ont convenu de fournir un traitement national à une étape de pré-établissement: lorsque l'investisseur étranger demande d'être admis.

Les formalités spéciales et les prescriptions en matière d'information risquent d'avoir également un lien avec l'article 62 de l'Accord sur les ADPIC qui prévoit une flexibilité en matière de conditions à l'acquisition et au maintien en vigueur des droits de propriété intellectuelle lorsque des procédures et des formalités raisonnables ont été respectées et qu'elles sont conformes aux dispositions dudit Accord. Les dispositions des accords d'investissement sont applicables aux activités d'investissement qui comprennent l'acquisition et le maintien en vigueur des droits de propriété intellectuelle couverts par le traité. Ainsi, les sociétés qui soumettent des informations protégées conformément aux exigences de divulgation qui s'appliquent aux sociétés étrangères ou aux secteurs soumis à des normes de santé et de sécurité rigoureuses peuvent compter sur l'accord d'investissement pour se protéger de toute divulgation qui nuirait à leur position en termes de concurrence et de l'absence d'une application équitable et de bonne foi de la loi nationale dans la divulgation de ce type d'information. Une comparaison entre une société

[124] Réglementations de la République populaire de Chine sur la «Chinese-Foreign Cooperation in Running Schools» (la coopération de la Chine avec l'étranger pour ce qui est de la gestion des écoles) (2003), Article 10.

[125] Vaughn, (2002-2003), p. 237.

étrangère qui soumet des données résultant d'essais pour approbation de commercialisation dans un pays où elle n'a pas de présence commerciale et un investisseur qui soumet des données résultant d'essais dans un pays où il a une présence commerciale peut aider à évaluer l'impact des accords d'investissement. Dans le cas où les données sont divulguées à une industrie concurrente, la société étrangère qui n'a pas de présence commerciale dans le pays hôte n'aura de recours que dans les lois ordinaires ou le droit civil relatifs aux pratiques commerciales déloyales. Toutefois, la société étrangère domiciliée dans le pays hôte peut compter sur les accords d'investissement afin de porter plainte contre l'État pour déni de protection et peut même revendiquer la disposition directe ou indirecte de propriété selon la part des données dans son investissement effectué en vertu de l'accord d'investissement. Selon Correa,

> «(…) les revendications fondées sur les droits des investisseurs ne pourraient avoir lieu que si l'État adoptait des mesures qui empêcheraient le propriétaire de bénéficier des *avantages* de la base de données ou qui réduiraient les bénéfices qui en découlent. Par exemple, si l'État édictait une législation selon laquelle les données génomiques seraient librement accessibles aux institutions publiques, y compris leur utilisation dans la recherche ayant éventuellement pour fin une application commerciale, les revendications fondées sur les droits des investisseurs pourraient être soulevées et elles auraient de bonnes chances d'aboutir[126].»

Cependant, dans l'exemple fourni par Correa, les réglementations sur la concurrence peuvent aider à mettre en œuvre la divulgation obligatoire. La revendication sera limitée à la conformité de la loi avec l'accord d'investissement, notamment si elle est discriminatoire ou si sa mise en œuvre a été effectuée de mauvaise foi et a mené à une expropriation. La protection contre la divulgation est liée à la divulgation en violation du seuil établi dans le cadre des accords d'investissement. Par exemple, les agences gouvernementales peuvent divulguer des données résultant d'essais liées à des pesticides soumises pour approbation et violer le seuil établi dans le cadre du droit national et de l'accord d'investissement. Ils peuvent également ne pas empêcher l'entrée sur le marché par des tierces, ou ne pas en refuser l'autorisation, en se fondant sur l'information illégalement divulguée. Il est toutefois peu probable qu'une divulgation ou une omission de divulguer ou, ultérieurement, l'approbation de l'entrée sur le marché de compétiteurs déloyaux puisse constituer, à elles seules, un motif de différend relatif aux investissements s'il n'existe pas un véritable préjudice ou une perte de la compétitivité de la société étrangère sur le marché.

V.2. Règlement de différends: l'interface entre l'Accord sur les ADPIC et les accords d'investissement

Les violations des normes relatives à l'acquisition, à la protection et au respect des droits de propriété intellectuelle sont sanctionnées par le système de règlement de différends de l'OMC, en vertu de l'Article 64:1 de l'Accord sur les ADPIC, des Articles XXII et XXIII du GATT de 1994 et du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends auxquels seuls les États ont accès. Dans le cadre des accords d'investissement, contrairement à l'Accord sur les ADPIC, la violation des normes de traitement de l'investissement peut entraîner un règlement de différend entre États ou entre investisseurs. L'établissement des tribunaux d'arbitrage, l'application des règles de procédures et les ententes institutionnelles varient en fonction des formulations adoptées dans les différents accords d'investissement et les accords de libre-échange ou dans le cadre du ICSID, des règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et de celles adoptées par les organes d'arbitrage des chambres de commerce.

[126] Voir Correa (2004), p. 25.

Il existe des différences fondamentales en termes d'ententes institutionnelles et procédurales entre les mécanismes d'arbitrage des investissements et celui de règlement de différends de l'OMC, notamment concernant le caractère final des décisions, ainsi que des types de sentences arbitrales et de leur application. Si le règlement de différends de l'OMC est limité aux différends liés aux droits et aux obligations prévus par les accords de l'OMC, la résolution des différends relatifs aux investissements touche aux dispositions des accords d'investissement et, parfois, aux engagements contractés dans le cadre d'investissements spécifiques. L'interaction du système de règlement de différend de l'OMC et l'arbitrage relatif aux investissements se produit dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) de l'OMC, lorsqu'un investisseur déçu cherche, en vertu de cet accord, à obtenir une protection diplomatique pour annuler des mesures adoptées par le pays hôte qui ont un effet sur son investissement ou les rendre conformes avec les accords en vigueur, ou encore, lorsqu'il dépose une demande d'expropriation en vertu de l'accord d'investissement applicable. Cette possibilité pourrait être limitée aux cas où la présence commerciale pour la fourniture de services est considérée comme un investissement étranger. De la même façon, dans le débat qui a lieu au Canada sur l'introduction de la prescription en matière de banalisation des emballages, on a avancé un argument selon lequel les investisseurs en vertu de l'ALENA peuvent compter non seulement sur l'Accord sur les ADPIC, mais également sur les mécanismes de règlement de différends entre investisseurs et États, qui, s'ils sont fonctionnels, créeraient des moyens supplémentaires de protection et d'application des droits de propriété intellectuelle.

Les accords d'investissement invitent les investisseurs mécontents à menacer et à influencer les gouvernements faibles en faveur de leurs intérêts commerciaux, dans la mesure où les dispositions plutôt imprécises peuvent servir de fondement à toutes sortes de demandes d'indemnisation. En fait, la simple existence d'accords d'investissement offre aux investisseurs étrangers une influence en matière d'établissement de politiques et de réglementation dans l'économie hôte. De plus, les TIB donnent lieu à beaucoup d'incertitude et de contradictions, qui mènent à différentes interprétations possibles. Si elles ne sont pas interprétées de façon stricte en ce qui a trait à la compétence, les clauses NPF risquent de mener à la recherche du traité le plus favorable et à compromettre la prévisibilité et la certitude relatives aux droits et aux obligations[127]. Les règlements de différends les plus importants supposent une expropriation directe et indirecte contrairement à la simple violation des dispositions des accords d'investissement qui ne mènent pas à une expropriation. On ne devrait pas prendre pour acquis que les pays et les sociétés multinationales qui dépendent de plus en plus de la technologie et des droits de propriété intellectuelle pour maximiser leur profit et leur compétitivité sur le marché international renonceront à recourir aux accords d'investissement pour protéger les droits de propriété intellectuelle. En effet, la valeur des droits de propriété intellectuelle et celle des actifs fondés sur l'information est croissante, et l'application de dispositions relatives à l'expropriation protège ces actifs. Dans le cadre de l'affaire *Methanex*, le tribunal a noté ce qui suit:

> «La notion restrictive de propriété en tant que «chose» est obsolète et a cédé la place à une notion contemporaine qui comprend le contrôle de la gestion des composantes d'un processus générant de la richesse. Selon le tribunal, des éléments comme le fonds de commerce et la part de marché font (…) partie de la valeur d'une entreprise et peuvent, par conséquent, être couverts par les compensations[128].»

---

[127] ICSID (2000), *Emilio Augustı´n Maffezini c. l'Espagne* - par.56: Le tribunal a étendu le principe NPF aux questions de compétence, contrairement au droit substantiel : « si le traité d'une tierce partie contient des dispositions relatives au règlement de différends qui sont plus favorables que celles de l'accord de base, ces dispositions seront étendues au bénéficiaire de la clause NPF dans la mesure où elles sont compatibles avec la règle du genre. » Voir également ICSID (2004), *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. la Jordanie*, ICSID Affaire N° ARB/02/13 et ICSID (2005) *Plama Consortium Ltd c. la Bulgarie* - où les tribunaux ont interprété la disposition relative à la NPF de façon stricte, comme limitée au contenu du droit substantiel.

[128] ICSID (2005), *Methanex Corporation c. les États-Unis d'Amérique*, Partie IV - Chapitre D, page 7-8.

Ainsi, le tribunal est parvenu à la conclusion selon laquelle « dans une expropriation générale, des éléments tels que le fonds de commerce et la part de marché font partie de l'évaluation, mais il est difficile de voir comment ils pourraient être considérés de façon indépendante dans cette affaire devant le tribunal[129]. » La conclusion du tribunal est strictement limitée à l'évaluation d'actifs compensables. De la même façon, la Court internationale de justice est arrivée à la conclusion dans l'affaire de 1926 relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* que la saisie par le gouvernement polonais d'une usine et de machines constituait également une expropriation des brevets qui y étaient intimement liés et des contrats de la société de gestion. Récemment, les tribunaux de l'ALENA dans l'affaire *Pope & Talbot contre le gouvernement du Canada* (sentence provisoire, 2000) et *S.D. Myers, inc. contre le gouvernement du Canada* (sentence partielle de 2000) ont traité des revendications concernant l'accès aux marchés et la part de marché, et ont proposé que ces derniers puissent être considérés comme des droits de propriété aux fins de l'expropriation. Cependant, les tribunaux ne sont pas parvenus à la conclusion que l'accès aux marchés et les parts de marché pouvaient être expropriés en tant que tels[130].

Bien qu'elle soit limitée, la discussion sur les biens immatériels et les droits de propriété intellectuelle dans les cas cités ci-dessus porterait à croire que l'expropriation de l'investissement peut également constituer une expropriation des droits de propriété intellectuelle et des intangibles qui y sont étroitement liés. Ainsi, la valeur d'un investissement comprendrait la valeur des droits de propriété intellectuelle et les biens immatériels expropriés, ainsi que l'usine et les commerces. En ce qui concerne la détermination du montant de compensation, la question est la suivante : quand les droits de propriété intellectuelle peuvent-ils être l'objet d'une expropriation ? Il est possible que l'expropriation d'une société soit limitée aux actifs matériels sans que le titre, la marque de commerce et de service, ainsi que la dénomination sociale ne soient transférés. Les investisseurs ont le droit de garder leurs droits exclusifs sur les marques de commerce et de services, ainsi que sur la dénomination sociale. Contrairement à la décision de l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, l'expropriation des biens matériels risque d'entraîner le viol des droits de brevets, dans la mesure où l'expropriation a pour résultat l'utilisation du matériel sans que les droits de propriété intellectuelle relatifs à l'investissement ne soient payés. L'investisseur garde toutefois le brevet sur tous les marchés protégés. La disposition des inventions qui doivent encore être brevetées, soit le transfert de l'invention dans le domaine public, l'extension spécifique de l'expropriation de façon à comprendre les marques de commerce, les brevets et d'autres droits de propriété intellectuelle relatifs à l'investissement constituent une expropriation effective des actifs relatifs à l'investissement, qui peut être prise en compte dans l'évaluation des actifs compensables.

L'expropriation directe des droits de propriété intellectuelle peut avoir lieu indépendamment d'une expropriation globale de l'investissement. Plusieurs pays maintiennent dans le cadre de leur loi la possibilité d'exproprier les brevets et d'autres droits de propriété intellectuelle à des fins publiques contre le versement d'une compensation. Comme il a été mentionné dans la partie III.2, pendant la Seconde Guerre mondiale, les États-Unis ont exproprié les droits de propriété intellectuelle de l'ennemi et des États occupés. Dans ce contexte, la question la plus importante serait de savoir si l'expropriation d'un brevet ou de tout autre droit de propriété intellectuelle peut aboutir à une expropriation de l'investissement en vertu des accords d'investissements. Selon les mesures publiques du droit international, à première vue, un exercice licite des pouvoirs des gouvernements peut avoir un effet considérable sur les intérêts étrangers sans aboutir à une expropriation[131].

En plus d'une expropriation directe des droits de propriété intellectuelle de l'investissement visé, les mesures qui mènent à l'expropriation, autrement appelées expropriation indirecte,

---

[129] *Id*.

[130] OCDE (2004), note de bas de page 6.

[131] CNUDCI, Arbitrages, *CME Czech Republic B.V. (Pays-Bas)et la République tchèque, (2001)* par. 320.

pourraient également avoir un effet sur les droits de propriété intellectuelle. Selon l'analyse contenue dans ce document, il existe plusieurs exemples où les droits de propriété intellectuelle peuvent faire surface dans les questions liées à l'investissement:

1. En déterminant la cohérence des mesures visant à protéger et à défendre l'intérêt général en matière de droits de propriété intellectuelle des investissements visés avec les dispositions des accords d'investissements et, dans le cas où cela est prévu dans les accords d'investissement, avec l'Accord sur les ADPIC;
2. En déterminant si un objectif public existe et les mesures nécessaires pour l'atteindre;
3. En déterminant si les mesures de réglementation, y compris les prescriptions en matière de politique de la concurrence, de l'octroi de licences obligatoires et du transfert de technologie, qui ont un effet sur les droits de propriété intellectuelle de l'investissement visé, sont des réglementations non discriminatoires appliquées à des fins publiques, édictées selon le processus adéquat;
4. En déterminant si la divulgation de secrets commerciaux ou de données soumises pour approbation et le fait d'avoir omis d'empêcher une tierce partie d'utiliser ou d'obtenir une approbation en se fondant sur des informations divulguées de façon illicite mènent à une expropriation indirecte; et
5. En formulant des revendications relatives à un traitement discriminatoire, à l'absence d'un traitement juste et équitable, de mécanismes d'exécution et de processus adéquats en ce qui a trait aux activités d'investissement, comme l'acquisition, la protection et l'application des droits de propriété intellectuelle.

De plus, la mesure dans laquelle les droits de propriété intellectuelle constituent un investissement et la pertinence du droit national pour établir l'existence, la validité et la portée des droits de propriété intellectuelle de l'investissement visé sont également des questions juridiques qui sont soulevées dans les différends relatifs aux investissements. Dans plusieurs cas, les droits de propriété intellectuelle relatifs aux investissements peuvent entraîner une diminution de l'investissement et donner lieu à une expropriation et une demande de compensation. Dans les différends relatifs aux investissements, il est possible de faire des revendications liées à la propriété intellectuelle comme partie d'une demande d'expropriation globale comprenant des droits de propriété intellectuelle ou d'une demande d'expropriation partielle comprenant des actifs de propriété intellectuelle.

Dans le cas d'une expropriation globale de l'investissement, directe ou indirecte, il est établi que les droits de propriété intellectuelle et d'autres biens intangibles peuvent faire partie de la valeur de la propriété pour établir la valeur de la compensation, si les droits de propriété intellectuelle sont effectivement extraits de l'investissement. Cependant, la question de la juridiction et de la compétence des tribunaux relatifs à l'investissement est problématique lorsqu'il s'agit d'expropriation partielle ayant seulement un effet sur les droits de propriété intellectuelle des biens d'investissements. À notre connaissance, il n'existe pas d'accords d'investissement qui empêchent les investisseurs de s'opposer à une expropriation partielle. Il aurait été préférable pour les pays que le recours au règlement d'un différend relatif à l'investissement soit restreint dans les cas où les revendications ne touchent qu'aux actifs de propriété intellectuelle protégés. Dans le même ordre d'idée, le modèle canadien interdit aux investisseurs de s'opposer aux mesures adoptées en vertu d'une dérogation accordée conformément à l'article IX:3 de l'Accord instituant l'OMC. Les dispositions d'exclusion de ce type sont importantes pour les différends concernant la disponibilité, la protection et l'application des droits de propriété intellectuelle à cause de l'existence de mécanismes de règlement de différends relatifs aux droits de propriété intellectuelle et de l'expertise de l'OMC et de l'OMPI. En l'absence d'une exclusion claire d'un élément du champ d'application d'un règlement de différend relatif à l'investissement, les tribunaux d'arbitrage relatifs à l'investissement risquent de ne pas se déclarer incompétents à cause de la simple existence de possibilités en termes de

règlement de différends efficaces dans le cadre d'autres accords, comme les accords multilatéraux sur l'environnement, ceux de l'OMC, de l'OMPI, voire des mécanismes de règlement de différends établis dans le cadre d'accords d'investissements. Selon nous, les tribunaux chargés des questions d'investissement devraient renvoyer l'affaire dans le cas où des mécanismes de règlement efficaces, une expertise et des installations existent, et ce, pour des raisons de compétence et parce que l'accès par des personnes morales privées à des mécanismes internationaux de règlement de différends devraient être offerts uniquement pour des revendications globales en termes d'investissement. Ceci est spécialement vrai pour la compétence et la gouvernance des tribunaux d'arbitrage relatifs à l'investissement qui traitent de demandes en matière d'expropriation d'actifs de propriété intellectuelle, dans la mesure où ce type de demandes implique la détermination de la validité, de la disponibilité et de la protection, et que:

a) Les questions liées à la propriété intellectuelle ont leur propre dimension, jurisprudence et économie politique, qui sont totalement différentes de celles de l'investissement. Les États ont élaboré, dans les forums multilatéraux, régionaux et bilatéraux, des normes et des principes sur les droits de propriété intellectuelle qui sont indépendants de ceux sur l'investissement.

b) Les procédures et les forums pour le règlement efficaces des différends relatifs à la propriété intellectuelle existent dans le cadre des instruments de droits de propriété intellectuelle et les systèmes juridiques nationaux.

Comme il a été décidé par le tribunal dans l'affaire *Methanex contre les États-Unis*, les droits de propriété intellectuelle ne devraient pas constituer à eux seuls un motif de revendication. Il est facile de justifier la mise à l'écart des demandes liées uniquement aux droits de propriété intellectuelle liés à l'investissement. Dans les cas d'accords de libre-échange, les mécanismes de règlement de différends liés à l'investissement ne peuvent s'appliquer à des mesures conformes à la section de droits de propriété intellectuelle, ce qui pousse les parties à vouloir traiter les droits de propriété intellectuelle différemment. De plus, comme le droit international relatif aux droits de propriété intellectuelle a été élaboré sur la base des traités de l'OMPI et de l'Accord sur les ADPIC, il met davantage l'accent sur le recours à la loi nationale pour l'application des droits de propriété intellectuelle et à un mécanisme de règlement de différends d'État à État, dans les cas où les lois et institutions nationales répondent aux normes établies par les traités, plutôt qu'un arbitrage international accessible aux détenteurs de droits. La prise en charge de différends en matière de droits de propriété intellectuelle par l'arbitrage relatif à l'investissement va aggraver le déséquilibre des intérêts en matière de droits de propriété intellectuelle et avoir une influence considérable sur la structure de la gouvernance mondiale relative à la négociation, à la mise en œuvre et au règlement de différends en matière de droits de propriété intellectuelle.

VI. SYNTHESE DES REPERCUSSIONS NEGATIVES SUR LES PAYS EN DEVELOPPEMENT ET DES POSSIBILITES QUI LEUR SONT OFFERTES

La relation complexe qui existe entre l'investissement et les normes relatives aux droits de propriété intellectuelle requiert des pays en développement d'être prudents au moment de négocier les accords. Les problèmes décelés dans notre recherche montrent que les accords d'investissement sont des instruments complexes et non la simple expression d'une volonté politique en faveur de la coopération.

Depuis peu, les pays en développement négocient des accords d'investissement en adoptant différentes approches. De plus, de nombreux pays en développement continuent de s'engager dans de nouveaux accords d'investissement alors qu'ils s'étaient battus contre la conclusion d'accords d'investissement multilatéraux dans le cadre de l'OMC. De nombreux accords d'investissement ont été conclus entre pays en développement et peu de pays ont été aussi prudents que l'Égypte et le Brésil. Dans son examen de la politique d'investissement de l'Égypte, la CNUCED a remis en question le fait que ce pays ait ratifié un nombre limité d'accords d'investissement depuis 1998. Or, cette analyse n'a trouvé aucune pratique suspecte qui aurait compromis la protection de l'investissement[132]. Par ailleurs, le fait que le Brésil ne soit partie à aucun accord d'investissement en vigueur n'a pas nui aux flux d'investissement dans ce pays[133]. En outre, certains pays sont en train de renégocier des accords d'investissement, comme la Chine qui est partie à un nouveau TIB avec l'Allemagne. Alors que les TIB de la Chine étaient auparavant limités à un arbitrage entre l'investisseur et l'État pour ce qui est des différends portant sur le montant de compensation, le nouvel accord signé avec l'Allemagne étend l'arbitrage entre l'investisseur et l'État de façon à couvrir tout différend lié aux investissements entre la partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante[134]. La Colombie est également en train de renégocier ses accords d'investissement[135] pour, dans la plupart des cas, mettre à jour les engagements et les rendre plus profonds. Au cours de certaines autres renégociations, les dispositions des TIB ont été proposées relativement à d'autres engagements contractés par les parties dans le cadre d'autres accords[136]. D'autres renégociations encore ont lieu et l'on s'attend à ce que leur nombre augmente, dans la mesure où la plupart des TIB signés dans les années 1990 étaient prévus pour durer 10 à 30 ans[137].

Compte tenu des tendances en matière de négociation et de renégociation des TIB, les pays en développement doivent travailler l'interface entre les droits de propriété intellectuelle et les accords d'investissement. Il est possible que les recours à des mémorandums, à des protocoles et à des amendements aide à revoir les questions spécifiques. Les accords d'investissements en particulier ne devraient pas contourner les réalisations effectuées dans les négociations multilatérales qui sont plus favorables pour les pays en développement. Il est possible pour les pays en développement de prendre en considération les éléments suivants dans leurs négociations, leurs renégociations et au moment d'amender les accords d'investissement afin d'évaluer leur effet sur les droits et les flexibilités prévus par les instruments liés aux droits de propriété intellectuelle:

---

[132] CNUCED (2005a) (a), p.6.

[133] CNUCED (2005b) (a), p.39.

[134] Voir Institut international de développement durable, *Investment Treaty news* , février 2006.

[135] CNUCED (2006a) (a), p.24.

[136] Les pays accédant de l'UE ont signé un mémorandum d'accord concernant l'applicabilité des TIB. Voir CNUCED (2005b), p. 6.

[137] *Ibid*., p.7.

1. affirmer le rôle du droit national en matière de validité des exceptions des droits de propriété intellectuelle, de la détermination de leur portée et de leur caractère applicable, et éviter les catégories de droits qui ne sont pas protégées dans le cadre du droit national;
2. prévoir une exception générale selon laquelle l'accord n'a aucun effet sur les droits et les obligations des parties dans le cadre des accords multilatéraux en matière de droits de propriété intellectuelle auxquels ils sont parties, y compris l'Accord sur les ADPIC ;
3. Dans le cas d'un pays qui a des instruments régionaux et bilatéraux liés aux droits de propriété intellectuelle, étendre le traitement accordé à un pays tiers en vertu des accords régionaux/bilatéraux sur les droits de propriété intellectuelle ; et
4. exclure l'administration, l'acquisition, le maintien en vigueur, l'application et la protection des droits de propriété intellectuelle des dispositions de l'accord d'investissement relatives au règlement de différends.

Notre recherche a examiné les répercussions des accords d'investissement sur le pouvoir discrétionnaire en matière de réglementation des États dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC pour ce qui est de la promotion du développement socio-économique et technologique, la protection de l'intérêt général, ainsi que les obligations liées à l'application. La conclusion de l'analyse de l'interface entre les droits de propriété intellectuelle et les normes relatives à l'investissement est claire : les dispositions des accords d'investissement ont des répercussions importantes en termes de droits de propriété intellectuelle liés à l'investissement, de réglementations protégeant l'intérêt général, de la favorisation du développement et du transfert de technologie, des politiques sur la concurrence et de l'application des droits de propriété intellectuelle. L'évaluation des répercussions des accords d'investissements consiste surtout à déterminer la portée des droits de propriété intellectuelle qui constituent un investissement, c'est-à-dire protégés par les accords d'investissement. En effet, une fois que les droits de propriété intellectuelle sont considérés comme formant un investissement, les dispositions des accords d'investissement sont applicables, bien qu'ils soient différents de ceux des instruments liés aux droits de propriété intellectuelle.

Les répercussions des accords d'investissement sur la promotion de l'intérêt général dans les politiques liées aux droits de propriété intellectuelle sont importantes pour la santé publique, la sécurité nationale, l'ordre public et l'environnement. Bien que les accords d'investissement récents tentent de réduire l'effet de leurs dispositions relatives au pouvoir discrétionnaire en matière de réglementation prévu par l'Accord sur les ADPIC, notamment en ce qui concerne l'octroi de licences obligatoires, la révocation et la limitation des droits de propriété intellectuelle, ils ne tiennent pas suffisamment compte du lien qui existe entre les droits des investisseurs dans le cadre des accords d'investissement et les droits et obligations des États dans le cadre des instruments multilatéraux liés aux droits de propriété intellectuelle. Les accords d'investissement prévoient uniquement des normes relatives aux mesures de réglementation, y compris les politiques et les réglementations en matière de concurrence, en se fondant sur le principe NPF et le traitement national. On y prévoit également des sanctions dans le cas de violations de ce type de normes par le biais de la résolution des différends relatifs aux investissements.

Le lien entre les droits de propriété intellectuelle et l'investissement est présent, entre autres, dans le cadre des dispositions sur les prescriptions de résultats des accords d'investissement. En effet, ces derniers prévoient des restrictions supplémentaires qui sont sans aucun doute de type ADPIC et MIC-plus. Dans certains accords, les restrictions en matière de prescriptions liées au transfert de technologie ne s'appliquent pas toutefois aux mesures conformes aux articles 31 et 39 de l'Accord sur les ADPIC et aux mesures qui visent à corriger les pratiques anticoncurrentielles adoptées au titre des lois sur la concurrence. D'autres accords d'investissement contiennent des restrictions moins rigoureuses sur les mesures relatives à l'investissement étranger et des exceptions moins détaillées dans le but de favoriser la recherche et développement, ainsi que l'accès à la technologie et son transfert.

Il existe peu de points communs entre les instruments liés aux droits de propriété intellectuelle et les accords d'investissement récents pour ce qui est de l'élaboration de normes acceptables dans le cadre des lois nationales et des pratiques des gouvernements en matière de protection et d'exécution des droits privés. Bien qu'il établisse des normes minimales liées à l'exécution des droits de propriété intellectuelle, l'Accord sur les ADPIC ne vise pas à harmoniser les règles destinées à faire respecter ces droits, à cause des grandes divergences qui existent entre les lois nationales des différents Membres de l'OMC. Par contre, les accords d'investissement prévoient des normes de traitement relatives à l'investissement qui, dans certains accords, constituent les normes internationales minimales relatives au traitement des étrangers et de leur propriété. La norme relative au traitement juste et équitable prévue dans les accords d'investissement, dans les cas liés au processus en bonne et due forme de la loi et à la protection du déni de justice, exige des pays hôtes de fournir des procédures acceptables pour la protection des droits de propriété intellectuelle. Cette exigence est toutefois limitée aux normes contenues dans les accords d'investissement. Le renvoi aux pratiques des États et au droit international dans le traitement juste et équitable porterait à croire que les accords qui établissent les normes minimales de traitement, comme l'Accord sur les ADPIC, constituent la source du droit international pour ce qui est de l'établissement de normes minimales pour la protection des étrangers et de leur propriété dans le cadre des accords d'investissement. Les pays en développement parties aux accords d'investissement devraient considérer pleinement les répercussions des dispositions de leurs accords en termes d'obligations au titre d'autres instruments multilatéraux.

Certains accords d'investissement conclus récemment ont étendu l'obligation en matière de transparence des pays hôtes à l'investisseur et aux activités connexes à l'investissement. Ces prescriptions liées à la fourniture de l'information prévues dans les accords d'investissement ont un lien avec les droits de propriété intellectuelle principalement en termes de protection de l'information non divulguée. En effet, l'information non divulguée ou les secrets commerciaux constituent un investissement dans de nombreux accords d'investissement. La détermination de la cohérence des mesures adoptées relie les droits de propriété intellectuelle d'un investissement aux dispositions des accords d'investissements et, dans le cas où il s'applique, à l'Accord sur les ADPIC;

Les observations effectuées dans le cadre de ce document ne sont pas des conclusions générales qui s'appliquent à tous les accords d'investissement, dans la mesure où ces derniers varient énormément, même lorsqu'ils sont signés par les mêmes pays. En effet, les accords d'investissement contiennent même souvent des normes imprécises qui ne sont pas conformes les unes avec les autres, voire qui se contredisent. Ces incohérences font que ces accords ne contribueront pas à l'évolution du droit coutumier international. Or, ils prévoient les mécanismes les plus puissants, que ce soit des systèmes de règlement de différends entre États et investisseurs ou entre un État et un autre disposant des mécanismes d'exécution les plus efficaces dans le droit international.

Pour les pays en développement, la portée souhaitée des accords d'investissement doit être examinée minutieusement et ne doit pas être considérée comme la simple expression d'une volonté politique. Il faudra se mobiliser pour déterminer leur effet sur l'intérêt général, le développement industriel, l'innovation, le transfert de technologie et la politique de la concurrence. Les pays en développement devraient considérer le fait de compléter les accords d'investissement existants par des instruments juridiques qui permettent de mieux prévoir la portée des dispositions et leur application, notamment le lien qu'elles entretiennent avec les droits de propriété intellectuelle.

BIBLIOGRAPHIE

Livres et articles

- Boldrin, Michael et David K. Levine (2005), *Against Intellectual Monopoly*, http://levine.sscnet.ucla.edu/general/intellectual/against.htm, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Brazell, Lorna (1994), "Draft Energy Charter Treaty: Trade, Competition, Investment and Environment," *12 Journal of Energy and Natural Resources Law*, pp. 299 à 342.

- Centre Sud (May 2005), "La propriété intellectuelle dans les accords d'investissement: les répercussions des mesures ADPIC-plus sur les pays en développement," *Document analytique*, SC/TADP/AN/IP/5, SC/TADP/AN/INV/2, http://www.southcentre.org/publications/AnalyticalNotes/GovernanceAndIP/2005May_IP_InvestmentAgreement_FR.pdf, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Chang, Ha-Joon et Duncan Green (2003), *The Northern WTO Agenda on Investment: Do as we Say, Not as we Did*, Centre Sud, Genève.

- Choudry, Aziz (2005), "Corporate conquest Global geopolitics: Intellectual Property rights and investment agreements", *Seedling*, janvier 2005, pp. 7 à 12, http://www.grain.org/seedling/, dernière consultation 10 mars 2006.

- Clement, Douglas, "Creation Myth: Does Innovation require intellectual property rights?" mars 2003, http://www.reason.com/0303/fe.dc.creation.shtml, dernière consultation 10 mars 2006.

- CNUCED (2004), *Competition, Competitiveness and Development: Lessons from Developing Countries*, New York et Genève, 2004.

- CNUCED (1999), "Fair and Equitable Treatment," *UNCTAD Series on issues in international investment agreements*, UNCTAD/ITE/IIT/11 VOL. III, Nations Unies, New York et Genève.

- CNUCED-ICTSD (2005), *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, New York.

- Correa, Carlos M (2000), *Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries*, Centre Sud, Genève.

- Correa, Carlos M (2002), *Protection of Data Submitted for the Registration of Pharmaceuticals: Implementing the Standards of the TRIPS Agreement*, Centre Sud, Genève.

- Correa, Carlos M (2004), "Bilateral investment agreements: Agents of new global standards for the protection of intellectual property rights?" *GRAIN*, http://www.grain.org/briefings/?id=186#one, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Correa, Carlos M (2005), "Can the TRIPS Agreement foster technology transfer to developing countries" *in* Maskus, Keith E et Jerome H. Reichman (eds.), *International Public Goods and Transfer of Technology under Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge University Press, Cambridge.

- Crane, Matthew (2001), "U.S. Export Controls on Technology Transfers," *Duck Law and Technology Review 0030*, http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/ 2001dltr0030.html, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Danzon, Patricia, Andrew Epstein et Sean Nicholson (2004), "Mergers and Acquisitions in the Pharmaceutical and Biotech Industries", *NBER Working Paper N° 10536*, http://www.nber.org/papers/, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Glass et Kamal Saggi (2002), "Intellectual Property rights and foreign Direct Investment," *56 Journal of International Economics 2*, pp. 387 à 410.

- Helfer, Laurence R. (2002), "Intellectual Property Rights in Plant Varieties: An Overview with Options for National Governments", *FAO Legal Papers Online 31*, http://www.fao.org/documents, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Lévêque, François (2005), "Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft case," *28 World Competition 1*, pp. 71-92, www.cerna.ensmp.fr, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Ian Brownlie (2003), "Principles of Public International Law," *Oxford University Press, 6th Edition*, Oxford.

- Juma, Calestous et Lee Yee-Cheong (2005), "Applying Knowledge in Development," *UN Millennium Project Task Force on Science, Technology, and Innovation*, Earthscan, Londres.

- Maskus, E.Keith et Thitima Puttitanum (2004), "Patent Rights and International Technology Transfer through Direct Investment and Licensing**"** Document préparé pour la conférence sur *International Public Goods and the Transfer of Technology after TRIPS*, Duke University Law School, du 4 au 6 avril, 2003, http://spot.colorado.edu/~maskus/papers/MSP-paper_6-04.doc, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Maskus, Keith E. (2005), "The globalization of private knowledge goods and the privatization of global public goods," *in* Maskus, Keith E et Jerome H. Reichman (eds.), *International Public Goods and Transfer of Technology under Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge University Press, Cambridge.

- McCalman, Philip (2004), "Foreign Direct Investment and Intellectual Property Rights: Evidence from Hollywood's Global Distribution of Movies and Videos," *62 Journal of International Economics*, 1, pp. 107 à 123.

- Muller, Janice M. (2002), "Patent Misuse through the Capture of Industry Standards," 17 *Berkley Technology Law 3*, http://btlj.boalt.org/, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Newcombe, Andrew Paul (1999), *Regulatory Expropriation, Investment Protection and international Law: When is Government Regulation Expropriatory and when should Compensation be Paid*, LL.M. Thesis, University of Toronto, http://ita.law.uvic.ca/researchpublications.htm.

- Nicholas Lardy et Daniel Rosen (2004), "US-Taiwan Free Trade Agreement Prospects", *in* JJ Schott (Ed), *Free Trade Agreements: US Strategies and Priorities*, Institute for International Economics, Washington, http://www.iie.com/publications/chapters_preview/375/08iie3616.pdf, dernière consultation le 8 mars 2006.

- OCDE (2004), "Norme de traitement juste et équitable dans le droit international des investissements", *Document de travail sur l'investissement international*, Numéro 2004/3, http://www.oecd.org/dataoecd/13/49/34327194.pdf, dernière consultation le 10 mars 2006.

- OCDE (2004), ""Expropriation indirecte" et "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement", *Document de travail sur l'investissement international*, Numéro 2004/4, n6, http://www.oecd.org/dataoecd/12/1/34335429.pdf, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Peterson, Luke (2001), "Changing Investment Litigation, Bit by BIT," *5 Bridges Between Trade and Sustainable Development* 4, pp.11 à 12.

- Rosenberg, Barbara (2006), "Market Concentration of the Transnational Pharmaceutical Industry and Generic Industries: Trends on Mergers, Acquisitions and Other Transactions," *in* Roffe, Pedro, Geoff Tansey et David Vivas-Eugui (eds.) *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines*, Earthscan, Londres.

- Schreuer, Christoph (2005), "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice," *6 The Journal of World Investment and Trade 3*, pp. 357 à 386.

- Shackleton, Steward (2005), "What investments are protected," *6 Legal Updates*, septembre, pp. 8 à 9, http://www.legalweek.com/updates.asp, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Stilwell, Matthew et Elizabeth Tuerk, "Non-Violation Complaints and the Trips Agreement: Some Considerations for WTO Members," *T.R A.D.E. Series Occasional Paper* 1, South Centre, 2001, Genève.

- Taylor, Allyn, J. Chaloupka, Emmanuel Guidon et Michaelyn Corbett (2000), "The Impact Of Trade Liberalization on Tobacco Consumption," *in Tobacco Control in Developing Countries*, ed. Prabhat Jha et Frank Chaloupka, Banque mondiale et OMS, http://www1.worldbank.org/tobacco/tcdc.asp, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Vale, Chris (2006), Vietnam's IP Modernization, Rouse And Co. International, http://www.iprights.com/publications/articles/index.asp, dernière consultation le 20 mars 2006.

- Vaughn, Christopher M (2002-2003), "Venture Capital in China: Developing Regulatory Framework," *16 Columbia Journal of Asian Law*, 1, pp. 238 à 252.

- Verill, Charles Owen, Jr. (2005), "Are WTO Violations Also Contrary to the Fair and Equitable Treatment Obligations In Investment Protection Agreement?" *11 ILSA Journal of International and Comparative Law 2*.

- Wallace, Don Jr. et David B. Bailey (1998) "The Inevitability of National Treatment of Foreign Direct Investment with Increasingly Few and Narrow Exceptions," *31 Cornell International Law Journal*, p. 615 à 632.

- White, Michael (2001), "Patents for Victory: Disseminating Enemy Technical Information During World War II", *22 Science & Technology Libraries*, n° 1/2, pp. 5 à 22.

- Wong, Joseph, Uyen Quach, Halla Thorsteinsdóttir, Peter A Singer et Abdallah S Daar (2004), "South Korean biotechnology—a rising industrial and scientific powerhouse, Commentary," *22 Nature Biotechnology*, Supplement, DC42- DC47, www.nature.com, dernière consultation le 10 mars 2006.

Jurisprudence

International Centre for the Settlement of Investment Disputes

- *Fedax N.V. c. République venezuelienne,* Sentence, ICSID affaire N° ARB/96/3, Sentence finale, 9 mars 1998.

- *Gas Natural SDG, S.A. c. République argentine*, ICSID affaire N° ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 juin 2005.

- *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. République chilienne*, ICSID Affaire N° ARB/01/7, Decision on the Respondent's Request for Continued Stay of Execution, 2 août 2004.

- *Metaclad Corporation c. Mexique*, ICSID affaire N° ARB/AF/97/1, Sentence 30 août 2000, www.worldbank.org/icsid, dernière consultation le 10 mars 2006.

- *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) (US) c. Republique zaïroise,* ICSID affaire N° ARB/93/1, Sentence finale, 21 février 1997.

- *Camuzzi International S. A. (Claimant) c. République argentine (défendeur),* ICSID Affaire N° ARB/03/2, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 mai 2005.

- *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (Claimant) c. the République slovaque (défendeur),* ICSID Affaire N° ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 mai 1999.

- *Emilio Augustı´n Maffezini c. Royaume d'Espagne,* ICSID Affaire N° ARB/97/7, Decision of the Tribunal Objections to Jurisdiction, 25 janvier 2000.

- *Mondev International Ltd c. États-Unis d'Amérique,* Sentence, ICSID Affaire N° ARB(AF)/99/2, Sentence, 11 octobre 2002.

- *Plama Consortium Ltd c. République bulgare*, ICSID Affaire N° ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 février 2005.

- *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Royaume de Jordanie*, ICSID Affaire N° ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 15 novembre 2004.

- *Salini Construtorri S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc,* ICSID Affaire N° ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 juillet 2001.

- *Wena Hotels Ltd. (U.K.) c. République égyptienne,* ICSID N° ARB/98/4, Award on Merits, 8 décembre 2000.

- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique pakistanaise*, ICSID Affaire N° ARB/01/13, Decision on Objections to Jurisdiction, 6 août 2003.

- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République philippines,* ICSID Affaire N° ARB/02/6, Decision on Objections to Jurisdiction, 29 janvier 2004.

Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)

- *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique,* UNCITRAL/NAFTA, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 août 2005.
- *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada,* UNCITRAL/NAFTA Interim Merits Award, 26 juin 2000; Final Merits Award, 10 avril 2001; Award on Damages, 31 mai 2002.
- *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada,* UNCITAL/NAFTA, First Partial Award, 13 novembre 2000.

Organisation mondiale du commerce (OMC)

- *Canada- protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques,* WT/DS114/R, Rapport du groupe spécial, 17 mars 2000.
- *Indonésie – certaines mesures affectant l'industrie automobile,* WT/DS54/R, WT/DS/55R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, Rapport du groupe spécial, 2 juillet 1998.

Autres

- *M. X. (homme d'affaires du Royaume-Uni) c. République défenderesse (en Europe centrale),* Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockhol, Affaire 49/2002, Final Arbitral, 2003.
- *Petrobart Limited c. Kyrghiziszan,* Arb. N° 126/2003, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockhol, Arbitral Award, 29 March 2005.
- Affaire *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie – the Chorzow Factory*, Court permanente de justice internationale, CPJI Série A, N° 6 août 1925.
- *Starret Housing Corp. c. République islamique d'Iran,* 4, Iran-United States Claims Tribunal, Iran-US Cl. Trib. Rep. 122,156-57 (1983).
- *Amoco International Finance Corporation c. l'Iran,* Sentence No 310-56-3 15, Iran-United States Claims Tribunal. Iran-US C.T.R. 189-289, (14 juillet 1987).

Décisions des États-Unis, du Canada et de l'Union européenne

- *Konsumentombudsmannen (KO) c. Gourmet International Products AB,* Affaire C-405/98, Court européenne de justice, jugement de la Court, 8 mars 2001.
- US FTC, mars 1997, dans l'affaire de Ciba-Geigy Ltd., Ciba-Geigy Corp., Chiron Corp., Sandoz Ltd., Sandoz Corp., et Novartis AG, Decision and Order, registre N° C-3725;

- Commission européenne (2004) dans l'affaire liée à la procédure en vertu de l'Article 82 du traité de la CE (Affaire COMP/C-3/37.792 Microsoft).

- *Mexique et Metalclad Corporation*, Court suprême de la Colombie britannique, Canada, (BCSC) 664, 2 mai 2001.

- *Deepsouth Packing Co. c. Laitram Corp.*, 406 U.S. 518 (1972).

Traités et lois

- Affaires étrangères et commerce international Canada (2004), Traité d'investissement bilatéral type du Canada, Accords de promotion et de protection de l'investissement étranger (APIE) du Canada, http://www.naftaclaims.com/Papers/Canada%20Model%20BIT.pdf, dernière consultation en mars 2006.

- ALÉNA, Accord de libre-échange nord-américain, 1997, http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/texte/index.aspx?lang=fr&menu_id=50&menu=, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Commission du libre-échange de l'ALÉNA (2001), Interpretation de certaines dispositions du Chapitre 11 de l'ALÉNA, http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=fr, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Conseil d'État de la République populaire de Chine (1999), Commercial Encryption Management Regulation, Regulation 273, accès à partir de http://www.suntzureport.com/wapi/ , dernière consultation le 10 mars 2006.

- CNUCED, Agreement between Japan and the Socialist Republic of Viet Nam for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, Tokyo 14 novembre 2003, http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779, dernière consultation le 10 mars 2006.

- CNUCED, Agreement between the Government of Australia and the Government of Uruguay on the Promotion and Protection of Investment, Punta Del Este, 3 septembre 2001.

- CNUCED, Agreement between the Government of Australia and the Government of the Arab Republic of Egypt on the Promotion and Protection of Investments, Caire, 3 mai 2001.

- CNUCED, Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of Chile on the Promotion and Protection of Investments, and Protocol, Canberra, 9 juillet 1996.

- CNUCED, Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of India on the Promotion and Protection of Investments, New Delhi, 26 février 1999.

- CNUCED, Agreement between the Government of Australia and the Government of the People's Republic of China on the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, Beijing, 11 juillet 1988.

- CNUCED, Agreement between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Israel for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, Jerusalem, 26 novembre 2003.

- CNUCED, Agreement between the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan and the Government of the Italian Republic for the Promotion and Protection of Investments, Amman, 21 juillet 1996.

- CNUCED, Agreement between the Government of the Islamic Republic of Pakistan and the Government of the Republic of Italy Concerning the Encouragement and the Reciprocal Protection of Investments, Islamabad, 19 juillet 1997.

- CNUCED, Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, New Delhi, 13 juillet 2001.

- CNUCED, Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Republic of Ghana for the Promotion and Protection of Investments, Sapporo, 23 juin 2000.

- CNUCED, Agreement between the Government of the Republic of Indonesia and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, Montego Bay, 8 février 1999.

- CNUCED, Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, Séoul, 22 mars 2002 .

- CNUCED, Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Italy Concerning the Encouragement and the Reciprocal Protection of Investments, Séoul, 10 janvier 1989.

- CNUCED, Agreement between the Government of the Republic of Mauritius and the Government of the Arab Republic of Egypt Republic for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Genève, 2 juillet 2003.

- CNUCED, Agreement between the Government of the Republic of Mauritius and the Government of the Islamic Republic of Pakistan for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Islamabad, 3 avril 1997.

- CNUCED, Agreement between the Government of the Republic of Mauritius and the Government of the Republic of Singapore for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, (date non connue).

- CNUCED, Accord entre la Confédération suisse et la République de Maurice concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, Port Louis, 26 novembre 1998.

- CNUCED, Agreement between the Government of the Republic of Tanzania and the Government of the Italian Republic for the Promotion and Protection of Investments, Dar-es-Salaam, 21 août 2001.

- CNUCED, Agreement between the Government of the Sultanate of Oman and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, New Delhi, 2 avril 1997.

- CNUCED, Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Socialist Republic of Vietnam for the Promotion and Protection of Investments, Hanoi, 1er août 2002.

- CNUCED, Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Vanuatu for the Promotion and Protection of Investments, Port Vila, 22 décembre 2003.

- CNUCED, Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Arab Republic of Egypt for the Promotion and Protection of Investments, Londres, 11 juin 1975.

- CNUCED, Accord entre la Confédération suisse et la République libanaise concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, Beyrouth, mars, 2000.

- CNUCED, Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, Beijing, 1er décembre 2003.

- CNUCED, Accord entre la Confédération suisse et le Royaume de Thaïlande concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 11 novembre 1997.

- CNUCED, Between the Government of the Italian Republic and the Government of the People's Republic of Bangladesh for the Promotion and Protection of Investments, Rome, 20 mars 1990.

- CNUCED, Pakistan and Federal Republic of Germany: Treaty for the Promotion and Protection of Investments (with Protocol and exchange of Notes), Bonn, 25 novembre 1959.

- CNUCED, Treaty between the Federal Republic of Germany and the Empire of Ethiopia concerning the Promotion of Investments, Addis Ababa, 21 avril 1964.

- CNUCED, Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Botswana concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, Gaborone, 23 mai 2000.

- CNUCED, Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Nigeria concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, Abuja, 28 mars 2000.

- CNUCED, Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the People's Republic of the Congo concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, Washington, 12 février 1991.

- CNUCED, Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the State of Bahrain concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, With Annex, Washington, 29 septembre 1999.

- CNUCED, Treaty between the United States of America and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, Colombo, 20 septembre 1991.

- CNUCED, Treaty between the United States of America and The People's Republic of Bangladesh concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, Washington D.C., 12 mars 1986.

- CNUCED, Treaty between the United States of America and the Republic of Tunisia concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, Washington D.C., 15 mai 1990.

- CNUCED, Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, Washington D.C., 14 novembre 1991.

- CNUCED, Treaty between the United States of America and the Republic of Mozambique concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, Washington, 1er décembre 1998.

- CNUCED, Treaty between the Republic of Uruguay and the United States of America concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, Montevideo, 25 octobre 2004.

- CNUCED, United States - Central America – Dominican Republic Free Trade Agreement (CAFTA), Washington, 2004.

- CNUCED, Accord de libre-échange ente le Royaume du Maroc et les États-Unis d'Amérique, Washington, 2004.

- CNUCED, United States - Chile Free Trade Agreement, Miami, 2003.

- CNUCED, United States - Singapore Free Trade Agreement, 2003.

- CNUCED, Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, Traité type de 2004.

- CNUCED, Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, Washington, 27 août 1993.

- Communauté andine, "Regime for the Common Treatment of Foreign Capital and Trademarks, Patents, Licensing Agreements and Royalties," Décision 291, http://www.comunidadandina.org/endex.htm, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Japon MOFA (2002), Agreement between Japan and Republic of Singapore for a New Age Economic Partnership, http://www.mofa.go.jp/policy/economy/fta/, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Japon MOFA (2004), Agreement between Japan and the United Mexican State for the Strengthening of the Economic Partnership, available at http://www.mofa.go.jp/policy/economy/fta/, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (1979), Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, après revision et amendement, http://www.wipo.int/treaties/fr/, dernière consultation le 10 mars 2006.

- Organisation mondiale du commerce (1999), Les textes juridiques: résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay, Québec, Yvon Blais.

- République populaire de Chine, Regulations of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Cooperation in Running Schools, Décret No 372 du Conseil d'État, http://upcnews.hdpu.edu.cn/waishichu/default1.htm, dernière consultation le 10 mars 2006.

- United States House of Representatives- Office of the Law Revision Counsel (2000 ed.), "United States Code" (2000), http://www.gpoaccess.gov/, dernière consultation le 10 mars 2006.

- United States Patent and Trademarks Office (2005), Manual of Patent Examination Procedure.
- United States Trade Representative (USTR), Agreement between the United States of America and the Socialist Republic of Vietnam on Trade Relations, Washington, 13 juillet 2000 http://www.ustr.gov/, dernière consultation le 10 mars 2006.
- University of Michigan (1994) Prototype of the U.S. BIT, après revision en avril 1998, http://www.fordschool.umich.edu/rsie/acit/LaborStandards/1994ModelBIT.pdf, dernière consultation le 10 mars 2006.
- Zue, Dapeng, Wireless Authentication and Privacy Infrastructure Protocol (WAPI) Specification (GB 15629:11-2003), http://www.suntzureport.com/wapi/, dernière consultation le 10 mars 2005.

Autres Documents: rapports, propositions et opinions juridiques

- Appleton and Association (1998), The Impact of the Multilateral Agreement on Investment on Tobacco Control Initiatives, http://www.smoke-free.ca/, dernière consultation le 10 mars 2006.
- CAMBIA, Biological Innovation for Open Society- BiOS, http://www.bios.net/daisy/bios/home.html, dernière consultation le 10 mars 2006.
- CNUCED (2004), *Rapport sur l'investissement dans le monde*, New York et Genève.
- CNUCED (2005a), *Report on the Implementation of the Investment Policy Review Egypt*, Genève.
- CNUCED (2005b), *Investment Policy Review Brazil*, Genève.
- CNUCED (2006a), *Investment Policy Review Colombie*, Genève.
- CNUCED (2006b), Recent Developments in International Investment Agreements, 2 *IIA Monitor 2005*, International Investment Agreements 2006.
- Institut international de développement durable (IISD), Investment Treaty News (ITN), 17 février 2006 (http://www.iisd.org/investment/itn).
- OCDE (1998), *Rapport au groupe de négociation propriété intellectuelle*, Groupe de négociation sur l'accord multilateral sur l'investissement (AMI), http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ip/ip981f.pdf, last visited on 10 March 2006.
- United States – China Economic and Security Review Commission (2005), Report to the Congress, Washington.
- Organisation mondiale du commerce (2001), Comité du commerce et du développement, *Dispositions relatives au traitement spécial et différencié*, TN/CTD/W/4.
- Organisation mondiale du commerce (2001), Comité du commerce et du développement, *Mise en oeuvre des dispositions relatives au traitement spécial et différencié figurant dans les accords et décisions de l'OMC*, WT/COMTD/W/77/Rev.1.

- Organisation mondiale du commerce (2001), Questions et préoccupations liées à la mise en œuvre, WT/MIN(01)/17.

- Organisation mondiale du commerce (2001), Déclaration ministérielle, WT/MIN(01)/DEC/1.

- Organisation mondiale du commerce (2001), Conférence ministérielle, Quatrième session, Déclaration sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique, adopté le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, Doha.

- Organisation mondiale du commerce (2001), Compilation des questions de mise en œuvre en suspens soulevées par les membres (JOB(01)/152/Rev.1).

- Organisation mondiale du commerce (2001), Comité des mesures concernant les investissements et liées au commerce, G/C/W/428, G/TRIMS/W/25.