

# L'investissement étranger dans la perspective de l'accord-cadre pour la création d'une zone de libre-échange entre le MERCOSUR et la Communauté andine

Natalia Sandoval-Peña

Volume 30, Number 2, 1999–2000

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027698ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027698ar>

[See table of contents](#)

## Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

## ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

## Cite this document

Sandoval-Peña, N. (1999). L'investissement étranger dans la perspective de l'accord-cadre pour la création d'une zone de libre-échange entre le MERCOSUR et la Communauté andine. *Revue générale de droit*, 30(2), 159–216. <https://doi.org/10.7202/1027698ar>

## Article abstract

In this paper, which is concerned with the rules that might govern foreign investment in the future free trade area between MERCOSUR and the Andean Community, the author begins by describing the developments leading up to the framework agreement for the creation of the new free trade area. The study of these developments is important in establishing the potential repercussions that the signature of such an agreement could have for Canada and the other Latin American countries involved with these two groups in the process of creating the Free Trade Area of the Americas.

In the second part of the paper, the author identifies the specific characteristics of the foreign investment protection and promotion systems currently existing in MERCOSUR and the Andean Community. An understanding of these rules is important, since it suggests that the Colonia Protocol appears to be the model that the MERCOSUR and Andean Community member countries will prefer when establishing the rules and principles governing foreign investment in the new free trade area. If the Colonia Protocol rules are used, their clarity and transparency will help increase foreign investment in the new free trade area, and will also favour ongoing efforts to promote free trade and foreign investment at the regional and hemispherical levels.

**L'investissement étranger dans  
la perspective de l'accord-cadre  
pour la création d'une zone  
de libre-échange entre le MERCOSUR  
et la Communauté andine**

**NATALIA SANDOVAL-PEÑA**

Avocate (Universidad de Lima), LL.M (Université Laval),  
Candidate au LL.D (Université Laval)

**RÉSUMÉ**

*Dans cet article consacré à l'étude des règles qui pourraient régir l'investissement étranger dans la future zone de libre-échange entre le MERCOSUR et la Communauté andine, l'auteure présente, dans une première partie, les développements qui ont mené à la signature de l'accord-cadre visant la création de cette future zone de libre-échange. L'étude de ces développements est importante pour établir les possibles répercussions que la signature de cet accord pourrait avoir sur le Canada et les autres pays d'Amérique latine qui participent avec ces deux groupes régionaux au*

**ABSTRACT**

*In this paper, which is concerned with the rules that might govern foreign investment in the future free trade area between MERCOSUR and the Andean Community, the author begins by describing the developments leading up to the framework agreement for the creation of the new free trade area. The study of these developments is important in establishing the potential repercussions that the signature of such an agreement could have for Canada and the other Latin American countries involved with these two groups in the process of creating the Free Trade Area of the Americas.*

*processus de création de la Zone de libre-échange des Amériques. Dans une deuxième partie, l'auteure expose les caractéristiques particulières des régimes de protection et de promotion de l'investissement étranger établis au sein du MERCOSUR et de la Communauté andine. L'examen de ces règles est une démarche qui permettra d'établir que le Protocole de Colonia semble être le modèle que les pays membres du MERCOSUR et de la Communauté andine choisiront au moment d'établir les règles et principes applicables à l'investissement étranger au sein de cette future zone de libre-échange. La clarté et la transparence des règles contenues dans le Protocole de Colonia permettront, si elles sont retenues et appliquées, la croissance de l'investissement étranger au sein de cette future zone de libre-échange et la poursuite des efforts en vue de libéraliser les échanges et l'investissement étranger aux plans régional et hémisphérique.*

*In the second part of the paper, the author identifies the specific characteristics of the foreign investment protection and promotion systems currently existing in MERCOSUR and the Andean Community. An understanding of these rules is important, since it suggests that the Colonia Protocol appears to be the model that the MERCOSUR and Andean Community member countries will prefer when establishing the rules and principles governing foreign investment in the new free trade area. If the Colonia Protocol rules are used, their clarity and transparency will help increase foreign investment in the new free trade area, and will also favour ongoing efforts to promote free trade and foreign investment at the regional and hemispherical levels.*

---

**SOMMAIRE**

Introduction .....	162
I. La genèse du futur accord de libre-échange entre le MERCOSUR et la Communauté andine et l'importance du dossier concernant l'investissement étranger .....	168
A. Le MERCOSUR et la Communauté andine : des intérêts communs, soit de renforcer leur marché interne et leur liens commerciaux.....	168
B. Les négociations visant la création de la future zone de libre-échange entre le MERCOSUR et la Communauté andine .....	173
II. Les régimes juridiques applicables à l'investissement étranger au sein du MERCOSUR et de la Communauté andine.....	178
A. Le régime juridique applicable aux investissements étrangers au sein du MERCOSUR.....	179
1. Quelques considérations préliminaires concernant le cas du MERCOSUR.....	179
2. Critères généraux applicables à l'investissement étranger au sein du MERCOSUR.....	184
a) <i>La portée du Protocole de Colonia</i> .....	186
b) <i>Promotion et admission de l'investissement dans la région</i> .....	187
c) <i>Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée</i> .....	188
d) <i>La norme minimale de traitement</i> .....	189
e) <i>Les prescriptions de résultats</i> .....	189
f) <i>Le libre transfert de l'investissement</i> .....	190
g) <i>L'expropriation et la compensation</i> .....	191
3. Modèle proposé en matière de règlement des différends .	192
B. Le régime juridique applicable aux investissements étrangers au sein de la Communauté andine.....	195
1. Quelques considérations préliminaires au sujet de la Communauté andine .....	195
2. Le régime juridique applicable aux investissements étrangers au sein de la Communauté andine : le schéma proposé par la Décision n° 291.....	199
a) <i>La portée de la Décision n° 291</i> .....	202
b) <i>Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée</i> .....	205
c) <i>Les règles applicables en cas d'expropriation</i> .....	206
d) <i>Les prescriptions de résultats</i> .....	208
e) <i>Le libre transfert des investissements</i> .....	209



3. Les règles applicables en matière de règlement de différends.....	210
Conclusion.....	212

## INTRODUCTION

L'investissement étranger joue un rôle important dans la vie économique des pays développés et des pays en développement. Dans le cas des pays développés, l'investissement étranger s'avère un excellent instrument pour pénétrer un nouveau marché jusqu'alors fermé à leurs produits ou leurs services, pour élargir d'anciens marchés et pour faire écouler leur production et offrir leurs services<sup>1</sup>. De même, il s'agit d'un moyen efficace pour diversifier les risques et trouver une main-d'œuvre bon marché. Pour les pays en développement, l'investissement étranger représente une stratégie de développement dans la mesure où il favorise la formation du capital, l'expansion et la diversification des exportations, l'accès à la technologie et à des systèmes modernes d'administration et de gestion ainsi que la création d'emplois.

Bien que les avantages de l'investissement étranger diffèrent selon les pays, on observe qu'il s'agit d'un des mécanismes les plus importants pour la croissance et l'intégration des marchés internationaux. Selon le professeur Karl Sauvant, cette importance est tellement considérable que l'on peut affirmer que l'investissement étranger «joue un rôle plus important que le commerce international dans la fourniture de biens et services sur des marchés étrangers»<sup>2</sup>. En

1. Cf. P. SCHAUFELBERGER, *La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement. Étude de la garantie contre les risques de l'investissement en particulier de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)*, (1993), collection Études suisses de droit international, vol. 83, Zurich, Schulthess polygraphischer Verlag, pp. 43-45.

2. K. SAUVANT, *Les tendances de l'investissement étranger direct (IED) à l'échelle mondiale et régionale*, document présenté dans le cadre de la Conférence d'Évian, 21 et 22 avril 1999, document en ligne : UNCTAD <<http://www.unctad.org/en/subsites/mfiseminar/speeches.htm>> (date d'accès : 15 mai 1999). À ce sujet, on peut citer par exemple le cas des États-Unis où l'investissement joue un rôle deux fois plus important que celui du commerce international.

effet, si on observe l'évolution du flux d'investissement étranger dans le monde on constate que, depuis le début des années 1980, il a connu une croissance importante. Le flux d'investissement étranger s'est accru depuis cette période à un rythme considérable jusqu'à atteindre aujourd'hui, après quelques étapes de contraction et de récession économique<sup>3</sup>, les 644 milliards de dollars américains<sup>4</sup>. Cette croissance mondiale de l'investissement étranger est le résultat de la libéralisation du régime juridique<sup>5</sup> régissant l'investissement étranger, ce qui a favorisé l'exploitation des économies d'échelle sur les plans multilatéral et régional.

La libéralisation du cadre réglementaire applicable aux investissements étrangers a été caractérisée par la réduction des barrières à l'entrée et aux activités des investisseurs étrangers, une amélioration du traitement accordé par les pays d'accueil et un renforcement des mécanismes garantissant le bon fonctionnement du marché. Il faut également ajouter à ces considérations les importants avantages résultant du processus d'ouverture des marchés, suite au compromis de libéralisation commerciale adopté par les pays développés et les pays en développement sur les plans multilatéral et régional. Ce compromis de libre-échange a eu des répercussions favorables sur le rythme de croissance de l'investissement étranger qui s'est accéléré encore davantage depuis les années 1990. Ceci dit, la libéralisation des règles régissant l'investissement étranger est devenue, avec le libre-échange, l'un des sujets prioritaires des politiques nationales

---

3. Nous faisons ici référence aux conditions défavorables résultant de la crise financière et de la récession économique qui ont affecté les pays asiatiques, de la crise économique et financière au sein de la Fédération russe et les répercussions de ces événements dans l'économie de plusieurs pays latino-américains. Ces circonstances ont eu des effets importants sur le taux de croissance du flux d'investissement étranger dans le monde.

4. Voir UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *World Investment Report 1999. Foreign direct investment and the challenge of development. An overview*, Geneva-New York, United Nations, 1999, p. 15.

5. Ce processus de libéralisation des règles régissant l'investissement étranger a été accompagné par des initiatives significatives visant sa promotion. Ces régimes de promotion de l'investissement étranger se caractérisent essentiellement par diverses incitations de nature fiscale et financière à l'investissement étranger et par des mécanismes qui, suivant les dernières tendances en matière de promotion, identifient les meilleures pratiques.

des pays développés et des pays en développement qui doivent veiller à ce que leur politique de l'investissement étranger et leur politique commerciale soient cohérentes. Cela, afin de permettre la croissance et le développement nationaux des pays concernés.

Cette libéralisation du régime juridique applicable aux investissements étrangers s'est produite à plusieurs niveaux allant de l'adoption des lois nationales visant la protection et la promotion de l'investissement étranger<sup>6</sup> jusqu'à l'approbation d'initiatives et d'accords importants sur les plans bilatéral, régional et hémisphérique<sup>7</sup>. Dans le cas des mesures prises sur le plan national, la plupart des pays ont décidé d'introduire des dispositions favorisant la croissance du flux de l'investissement étranger dans leur territoire. En ce qui concerne les accords et les initiatives aux plans bilatéral, régional et hémisphérique, nous observons que les pays se sont montrés intéressés à établir des règles précises et transparentes afin de favoriser non seulement la croissance du flux de l'investissement étranger sur leur territoire mais également celle du commerce des biens et des services, et ce, considérant la relation complémentaire entre l'investissement étranger et le commerce international<sup>8</sup>.

Parmi les accords approuvés au plan bilatéral par les pays développés et les pays en développement, nous retrouvons le cas de l'entente de coopération en matière de commerce et d'investissement entre le Canada et le MERCOSUR. Cet accord engage les deux parties à cerner les mesures qui entravent le commerce et l'investissement et à encourager

---

6. Selon les données de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, depuis le début des années 1980, d'importantes réformes ont eu lieu dans plusieurs pays du monde. Dans la seule année 1997, par exemple, 76 pays ont introduit plus de 151 réformes en vue d'établir de meilleures conditions pour l'investissement étranger. Ces réformes ont eu lieu surtout dans les secteurs des télécommunications et des industries culturelles et ont eu pour objectif l'élimination de plusieurs régimes de subventions. Voir UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, note 4, p. 57.

7. Nous avons préféré ne pas faire mention des initiatives de l'OCDE visant à créer un cadre multilatéral pour l'investissement étranger (connu sous le sigle A.M.I) étant donné que les pays membres du MERCOSUR et de la Communauté andine ne font pas partie de cette organisation.

8. Voir à ce sujet, K. SAVANT, *op. cit.*, note 2.

une plus grande coopération au sein de l'Organisation mondiale du commerce et dans la Zone de libre-échange des Amériques. De plus, cette entente intègre un plan d'action qui porte sur diverses questions et qui prévoit notamment, dans le cas de l'investissement étranger, la négociation d'accords bilatéraux favorisant la protection des investissements étrangers entre le Canada et les pays membres du MERCOSUR<sup>9</sup>.

En ce qui a trait aux accords signés sur le plan régional, on observe également que les gouvernements ont cherché à améliorer le cadre réglementaire régissant l'investissement étranger. Ainsi, il y a par exemple le cas de la Communauté andine qui, en 1991, a reformé le régime juridique applicable aux investissements étrangers existant auparavant et ce, afin de renforcer l'intégration économique au sein du groupe. De même, on retrouve le cas du MERCOSUR qui, en 1994, a approuvé deux importants instruments de protection de l'investissement étranger, à savoir : le Protocole de Buenos Aires et le Protocole de Colonia. L'approbation de ces instruments dont le but est de favoriser l'investissement intra et extra-régional a également permis l'accélération du processus d'intégration économique du MERCOSUR.

Au plan hémisphérique, nous constatons également que les États-Unis, le Canada et les pays d'Amérique latine et des Caraïbes participant à la création de la future zone de libre-échange des Amériques<sup>10</sup> se sont intéressés à la nécessité d'établir des règles favorables à l'investissement étranger. Ainsi, en 1995, les pays des Amériques ont décidé, lors de la rencontre ministérielle de Denver, d'instaurer un Groupe de

---

9. Cet accord signé le 17 juin 1998 aura selon l'ancien ministre des Affaires étrangères et du Commerce international, M. Sergio Marchi « non seulement [...] pour effet d'accroître le commerce et l'investissement entre le Canada et certaines économies clés des Amériques, mais il fera progresser aussi la réalisation de notre objectif commun, à savoir créer une zone de libre-échange qui s'étendrait à tout l'hémisphère », MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU COMMERCE INTERNATIONAL, *Le Canada approfondit ses liens avec le MERCOSUR et préside la réunion de la ZLÉA en Argentine*, Communiqué de presse n° 160, le 17 juin 1998, en ligne : MAECI <[http://www.dfait-maeci.gc.ca/francais/news/press\\_releases/98\\_press/98\\_160f.htm](http://www.dfait-maeci.gc.ca/francais/news/press_releases/98_press/98_160f.htm)> (date d'accès : 12 novembre 1999).

10. La future Zone de libre-échange des Amériques sera identifiée ci-après par le sigle ZLÉA.

travail sur l'investissement (aujourd'hui Groupe de négociation<sup>11</sup>). Les pays participant à la ZLÉA cherchent ainsi à établir un cadre juridique équitable et transparent en vue de promouvoir l'investissement dans l'hémisphère et de créer un environnement stable pour protéger l'investisseur étranger et son investissement, sans créer d'obstacles aux investissements en provenance d'autres régions.

Ayant constaté les développements importants qui sont survenus quant au cadre réglementaire régissant l'investissement étranger ainsi que l'importance de ce dernier dans les politiques commerciales des pays développés et des pays en développement, nous avons considéré intéressant d'étudier quelles sont les différentes règles applicables à l'investissement étranger en vertu du MERCOSUR et de la Communauté andine, tous deux impliqués dans les négociations relatives à la création d'une zone de libre-échange hémisphérique en 2005 et une de portée sud-américaine pour l'an 2015.

Notre choix est fondé sur le fait que ces deux groupes régionaux ont une importance significative du point de vue du commerce et de l'investissement pour le Canada<sup>12</sup> et les autres pays des Amériques qui participent avec eux aux négociations visant la création de la ZLÉA. Le MERCOSUR, par exemple, est après l'ALÉNA le deuxième groupe régional d'importance des Amériques et l'un des plus importants partenaires commerciaux du Canada en Amérique latine. Entre 1994 et la fin de 1996, le commerce bilatéral entre le Canada

---

11. Les 12 groupes de travail existant au sein de la ZLÉA ont été remplacés, depuis la réunion ministérielle de San José de Costa Rica, en 1998, par 9 groupes de négociation. Le mandat préliminaire du Groupe de travail sur l'investissement était de faire un inventaire des accords bilatéraux et régionaux existant dans les Amériques afin d'être en mesure de voir quel était le degré de libéralisation de l'investissement étranger dans l'hémisphère.

12. Selon le point de vue du Secrétariat permanent du Système économique latino-américain (SELA), le Canada est appelé à jouer un rôle de premier ordre dans le processus d'intégration hémisphérique. En effet, depuis la signature de l'ALÉNA et sa participation au Sommet de Miami, le Canada a renforcé ses liens économiques et commerciaux avec les pays d'Amérique latine et des Caraïbes. Cette politique commerciale a été caractérisée par la signature de plusieurs accords de libre-échange et d'ententes commerciales avec les pays d'Amérique latine et des Caraïbes. Voir SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO, *El papel de Canadá en el Hemisferio*, doc. SP/ DRE/Di n° 28-98 octobre 1998, en ligne : SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO <<http://www.lanic.utexas.edu/~sela/docs/spdredi28-98.htm>> (date d'accès : 13 novembre 1998).

et les pays membres du MERCOSUR s'est accru d'un peu plus de 30 % pour atteindre 3,4 milliards de dollars. À la fin de 1997, le commerce bilatéral avait atteint 3,5 milliards de dollars, soit une nouvelle hausse de 17 %. De son côté, la Communauté andine représente le deuxième groupe régional d'importance en Amérique latine et dans les Caraïbes. Depuis les réformes introduites vers les années 1991<sup>13</sup>, la Communauté andine est devenue le deuxième partenaire commercial d'importance pour les pays d'Amérique latine et le Canada. Ainsi, les échanges entre la Communauté andine et le Canada ont atteint des niveaux importants et, selon les données du ministère canadien des Affaires étrangères et du Commerce, ils représentaient en 1998 environ 3 milliards de dollars et sa progression atteint un rythme d'environ 3,5 % par année depuis 1995<sup>14</sup>.

Après ces considérations préliminaires, nous allons étudier les négociations qui ont mené à la signature de l'Accord-cadre visant la création de la zone de libre-échange entre le MERCOSUR et la Communauté andine, pour ensuite examiner quelles sont les règles et les principes applicables à l'investissement étranger au sein de chacun des deux groupes régionaux. L'analyse de ces règles nous permettra de voir quel pourrait être le modèle que les pays membres de la Communauté andine et du MERCOSUR privilégieront lors de la création de la future zone de libre-échange MERCOSUR-Communauté andine. En conclusion, nous verrons quelles

---

13. Selon les données fournies par la Communauté andine, la croissance de l'investissement et la croissance du commerce intra et extra-régional ont atteint des rythmes importants. Dans le cas de l'investissement étranger, un rapport de la Communauté andine précise que l'investissement étranger dans son ensemble (investissement extra et intra-régional) est passé de 1,185 millions de dollars en 1990 à 14,134 millions de dollars en 1997. Ces chiffres montrent bien que l'investissement étranger au sein de la Communauté andine s'est accru de douze fois sa valeur depuis les réformes introduites en 1991. Voir SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, *Inversión extranjera directa anual en la Comunidad Andina 1990-1997*, Doc. SG/di 116, 20 octobre 1998, en ligne : COMUNIDAD ANDINA <<http://www.comunidadandina.org/estadisticas.htm>> (date d'accès : 01 décembre 1998).

14. MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU COMMERCE INTERNATIONAL, *Notes pour une allocution de l'Honorable Sergio Marchi, ministre du commerce international à l'occasion d'un colloque de la Communauté andine*, Communiqué de presse n° 99/31 (sous réserve de modifications), en ligne : MAECI <[http://www.dfait-maeci.gc.ca/francais/news/statements/99\\_state/99\\_031-f.htm](http://www.dfait-maeci.gc.ca/francais/news/statements/99_state/99_031-f.htm)> (date d'accès : 12 novembre 1999).

sont les possibles répercussions que l'adoption de ce nouveau cadre juridique pourrait avoir sur le processus d'intégration hémisphérique auquel participent ces deux groupes régionaux avec le Canada.

**I. LA GENÈSE DU FUTUR ACCORD DE  
LIBRE-ÉCHANGE ENTRE LE MERCOSUR  
ET LA COMMUNAUTÉ ANDINE ET  
L'IMPORTANCE DU DOSSIER CONCERNANT  
L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER**

Dans cette première partie, nous ferons d'abord référence aux intérêts qui ont poussé le MERCOSUR et la Communauté andine à envisager la signature d'un accord créant une zone de libre-échange entre les deux groupes. Deuxièmement, nous examinerons le développement des négociations en vue de conclure ce futur accord et l'importance dans ce contexte du dossier relatif au traitement juridique de l'investissement étranger.

**A. LE MERCOSUR ET LA COMMUNAUTÉ ANDINE :  
DES INTÉRÊTS COMMUNS, SOIT DE  
RENFORCER LEUR MARCHÉ INTERNE  
ET LEUR LIENS COMMERCIAUX**

Pendant les années 1980, les pays membres du MERCOSUR et de la Communauté andine ont négocié d'importants accords commerciaux dans le contexte de l'intégration économique latino-américaine au sein de l'ALADI<sup>15</sup>. Ces accords ont été conclus afin de promouvoir le commerce entre les parties qui les ont signés. Ils étaient conclus en vertu des

---

15. Ce sigle fait référence à l'Association latino-américaine d'intégration [ci-après ALADI], créée en 1980 en vertu du Traité de Montevideo. Cette association regroupe 11 pays membres. Il s'agit des pays membres de la Communauté andine (la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, le Pérou et le Venezuela), du MERCOSUR (l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay), du Chili et du Mexique. Ce forum d'intégration a remplacé l'ancienne Association Latino-américaine de Libre-échange (connue sous l'abréviation ALALC), créée en 1960.

dispositions de l'ALADI<sup>16</sup> qui prévoient des mécanismes pour atteindre l'intégration économique de tous les pays d'Amérique latine. Ces accords, négociés sous la formule « 1 + 1 », ont favorisé des liens commerciaux étroits entre les pays membres du MERCOSUR et ceux de la Communauté andine.

Par ailleurs, depuis 1995, ces accords bilatéraux sont devenus incompatibles avec le processus d'intégration économique dans lequel les pays membres de chacun de ces deux groupes régionaux étaient impliqués. Ces accords bilatéraux avaient un effet négatif sur le tarif extérieur commun que le MERCOSUR et la Communauté andine cherchaient à établir dans le cadre de leur processus d'intégration économique. Par exemple, si on analyse le volume des exportations de la Communauté andine vers le MERCOSUR, on observe que, depuis 1990, celui-ci s'est accru considérablement jusqu'à atteindre, en 1997, les 1,979 millions de dollars<sup>17</sup>. Cependant, en termes de participation des pays andins dans le commerce avec le MERCOSUR, on constate l'existence d'une asymétrie qui a favorisé essentiellement le Venezuela, le Pérou et la Colombie. Cette asymétrie est le résultat, entre autres, des préférences tarifaires qui leur furent accordées par les pays membres du MERCOSUR en vertu des accords de portée régionale signés pendant les années 1980.

Quant à la situation au sein du MERCOSUR, on observe également une croissance importante du volume des exportations des produits originaires du MERCOSUR vers le marché andin. Ce volume a atteint, en 1998, les 3,979 millions de dollars<sup>18</sup> et semble s'accroître de façon progressive. Cependant,

---

16. Le traité de Montevideo de 1980 prévoit à son article 7 que les pays membres de l'ALADI peuvent signer des accords de portée partielle auxquels ne participent pas la totalité des pays membres de l'ALADI. Ces accords devront, par ailleurs, créer les conditions nécessaires pour poursuivre le processus d'intégration économique latino-américaine.

17. Voir à ce sujet, le document préparé par le SECRETARÍA DE LA COMUNIDAD ANDINA, *Avance del informe estadístico Comunidad andina-MERCOSUR. Comercio e inversión 1969-1997*, en ligne : COMUNIDAD ANDINA <<http://www.comunidadandina.org/estadisticas.htm>> (date d'accès : 19 novembre 1999).

18. Voir à ce sujet, CENTRO DE ECONOMÍA INTERNACIONAL (CEI), *Anexo estadístico del MERCOSUR*, en ligne : CEI <<http://cei.mrecic.gov.ar/public/mer0799/expmer.htm>> (date d'accès : 18 novembre 1999).



l'existence des accords bilatéraux négociés dans le cadre de l'ALADI a provoqué le renforcement de l'hégémonie commerciale du Brésil et de l'Argentine au sein du MERCOSUR, et ce, au détriment de l'Uruguay et du Paraguay qui avaient déjà le désavantage de la petitesse de leur marché.

Étant donné que cette situation nuisait au renforcement de l'intégration économique au sein du MERCOSUR et de la Communauté andine, les deux groupes régionaux ont décidé de mettre en place une stratégie qui, tout en favorisant l'accroissement des préférences tarifaires octroyées en vertu de ces accords bilatéraux, évite toute possible distorsion du commerce à l'intérieur de chaque zone intégrée. À cette fin, les pays membres de la Communauté andine et ceux du MERCOSUR ont décidé, tout d'abord, de réformer les mécanismes d'intégration économique à l'intérieur de chacun de leur groupe régional respectif pour ensuite renforcer les liens commerciaux qu'ils avaient déjà établis entre eux ainsi qu'avec les autres pays d'Amérique latine et des Caraïbes.

La Communauté andine était intéressée par exemple, depuis la réforme de son processus d'intégration économique<sup>19</sup>, à renforcer ses liens commerciaux avec les pays membres du MERCOSUR. Les pays andins voyaient dans le libre-échange avec les pays membres du MERCOSUR une option intéressante pour augmenter l'exportation de certains produits andins vers le marché du MERCOSUR. Pour ce faire, les pays andins avaient convenu, dans un premier temps, que les négociations avec les pays membres du MERCOSUR allaient se faire de façon individuelle étant donné les

---

19. La réforme du processus d'intégration andin a eu lieu vers la fin des années 1980 et le début des années 1990. Grâce à la signature du Protocole de Quito (1989) et de l'Acte de Barahone (décembre 1991), la Communauté andine a mis sur pied une nouvelle stratégie d'intégration économique. Le Protocole de Quito, par exemple, visait entre autres à harmoniser les politiques économiques des pays membres de la Communauté andine, à créer un système d'intégration andin et à progresser vers l'objectif d'intégration latino-américaine et hémisphérique. De son côté, l'Acte de Barahone avait pour but d'apporter d'importantes modifications au processus d'intégration. Parmi ces modifications, nous retrouvons par exemple l'application d'un nouveau tarif extérieur commun échelonné (5, 10, 15 et 20 %) qui cherchait à préparer le terrain pour la réduction des tarifs externes régionaux, au lieu d'un tarif extérieur minimal.

besoins différents de chacun des pays andins<sup>20</sup>. Cependant, peu de temps après, les pays andins ont réévalué la situation et ont convenu qu'il était plus convenable pour les intérêts de l'ensemble des pays membres que les négociations soient menées en bloc. De cette façon, les pays andins pouvaient tout d'abord établir une stratégie de négociation plus avantageuse pour certains produits andins sensibles comme par exemple, les produits agricoles. Deuxièmement, cette stratégie de négociation allait fournir une plus grande marge de manœuvre aux pays andins qui envisageaient de protéger les intérêts de la région de façon conjointe.

La formule de négociation conjointe allait permettre aux pays andins d'établir certaines règles générales concernant l'intégration économique et la structure de libéralisation commerciale entre la Communauté andine et le MERCOSUR ainsi que de rendre applicables à tous, les traitements préférentiels dont les pays andins bénéficiaient en vertu des règles de l'ALADI.

De leur côté, les pays membres du MERCOSUR souhaitaient, comme il est précisé dans le *Programme d'action du MERCOSUR pour l'an 2000*, consolider la politique commerciale commune de telle manière que les accords bilatéraux allaient être remplacés par des accords qui préservent le tarif extérieur commun comme un instrument central de la politique commerciale du MERCOSUR. De plus, les pays membres du MERCOSUR voyaient dans la négociation de l'accord de libre-échange avec les pays membres de la Communauté andine un moyen pour favoriser l'expansion du commerce régional et faire du MERCOSUR le modèle d'intégration économique le plus avancé en Amérique latine et dans les Caraïbes.

---

20. En effet, vers 1996, les pays andins avaient convenu qu'il était préférable de négocier, en premier lieu, les listes de produits de chaque pays membre, suivant la formule de négociation « 4 + 1 ». Ensuite, les pays allaient négocier les aspects normatifs (règles d'origine, clauses de sauvegarde), suivant la formule « 4 + 5 ». Voir en ce sens J. GRANDI et D. SCHUTT, *El MERCOSUR en 1997: ¿Consolidación o incertidumbre? Apuntes sobre los logros y dificultades de una unión aduanera en formación*, document en ligne : COMEX <<http://www.comex.go.cr/publicacion/ciclo/1997/jgrandi.htm>> (date d'accès : 21 novembre 1999).

Suivant les objectifs établis dans ce programme d'action, les pays membres du MERCOSUR ont adopté une politique commerciale qui vise la renégociation quadripartite des accords bilatéraux signés dans le cadre de l'ALADI, et ce, afin d'étendre à tous les préférences tarifaires octroyées autrefois de façon bilatérale et d'avancer vers la conclusion d'accords ayant une portée plus large. Cette stratégie allait permettre au MERCOSUR de se positionner comme le centre de gravitation de l'intégration économique latino-américaine et d'agir en bloc dans les négociations externes. Ceci dit, la signature des accords bilatéraux avec les pays andins commençait à devenir désuète et pouvait même avoir d'importantes répercussions sur le tarif extérieur commun adopté par les pays membres du MERCOSUR.

Dans cet ordre d'idées, depuis 1995, les pays membres du MERCOSUR et de la Communauté andine ont décidé d'entamer des négociations en vue de créer une zone de libre-échange. Cette future zone de libre-échange devenait ainsi le meilleur instrument pour intégrer de façon efficace dans l'économie mondiale, chacune des économies des pays membres du MERCOSUR et de la Communauté andine. La création d'une zone de libre-échange entre les deux groupes régionaux allait également favoriser davantage la croissance du volume du commerce entre le MERCOSUR et la Communauté andine et rendre la région sud-américaine plus attirante pour les investissements et les investisseurs étrangers.

Par la suite, nous examinerons les développements des négociations entre le MERCOSUR et la Communauté andine visant à créer la future zone de libre-échange sud-américaine. L'étude de ce sujet s'avère, à notre avis, d'une importance significative pour les investisseurs étrangers d'origine canadienne étant donné que le flux des investissements étrangers vers les pays membres du MERCOSUR et de la Communauté andine ne cesse de s'accroître depuis la seconde moitié de la décennie 1990. Les marchés du MERCOSUR et de la Communauté andine présentent des opportunités d'affaires intéressantes surtout pour les investisseurs canadiens spécialisés dans les domaines de l'exploration et l'exploitation des ressources énergétiques et minérales, le transport, les télécommunications, l'environnement et les secteurs de l'agro-

alimentaire et de l'industrie agricole. De plus, l'étude des négociations entre le MERCOSUR et la Communauté andine s'avère importante pour la détermination de la stratégie canadienne à être mise en place dans le cadre des négociations de la ZLÉA.

**B. LES NÉGOCIATIONS VISANT LA CRÉATION  
DE LA FUTURE ZONE DE LIBRE-ÉCHANGE  
ENTRE LE MERCOSUR ET  
LA COMMUNAUTÉ ANDINE**

Les négociations entre la Communauté andine et le MERCOSUR en vue de conclure un accord de libre-échange datent du mois de février 1995 quand les deux groupes régionaux ont tenu une première réunion au siège du Secrétariat de l'ALADI, à Montevideo. Un mois plus tard, une deuxième rencontre a eu lieu à Montevideo dans le but de vérifier quelles étaient les approches de chacun de ces deux groupes régionaux en ce qui concerne la forme que ce futur accord allait prendre. À cette époque, les approches concernant la portée du futur accord étaient divergentes.

La Communauté andine avait présenté un projet pour signer un accord de troisième génération. Ce projet très ambitieux supposait l'inclusion des nouveaux dossiers négociés dans le cadre de l'Uruguay Round. Cependant, la difficulté qu'avaient les pays andins à adopter une position commune, en raison notamment de leur manque d'expérience dans la négociation commune, a créé plusieurs problèmes additionnels.

De son côté, le MERCOSUR se trouvait dans une situation particulière étant donné qu'il n'avait pas encore conçu une forme spécifique de négociation, cela malgré le fait qu'il avait manifesté son intérêt de signer un accord portant essentiellement sur le commerce des biens. L'approche défendue par le MERCOSUR était que ce futur accord devait avoir un caractère global et que des secteurs tels que l'industrie automobile et le sucre ne devaient pas être exclus comme le souhaitaient les pays andins.

Pendant ces pourparlers préliminaires, le MERCOSUR demandait tout d'abord un délai de dix ans pour le dégrèvement tarifaire. Ensuite, peu de temps après, il changea d'avis

et demanda plutôt que la période soit échelonnée entre douze et quinze ans. De leur côté, les pays andins désiraient que le délai soit de quinze à dix-huit ans. Le MERCOSUR jugea le délai proposé par les pays andins trop long et incompatible avec le processus de libéralisation commerciale continentale. C'est ainsi que le MERCOSUR suggéra qu'une période de huit à dix ans à compter de l'entrée en vigueur de la ZLEA, en 2005, serait la solution la plus convenable. Mis à part les désaccords concernant la période de dégrèvement tarifaire, les deux groupes régionaux ont également eu certains problèmes à s'entendre sur les dossiers concernant les règles d'origine, les exceptions, les mesures de sauvegarde et le règlement des différends.

Après ces rencontres préliminaires entre les deux groupes régionaux, les négociations ont commencé à prendre une direction différente. En effet, pendant cette période, les pays andins ont décidé d'entamer des négociations individuelles avec le MERCOSUR. Ces négociations visaient surtout à renégocier le *patrimoine historique*<sup>21</sup> et à évaluer la possibilité de conclure un accord de libre-échange, comme ce fut le cas avec la Bolivie. Cependant, comme nous le verrons plus loin, les négociations entre les deux groupes régionaux en vue de conclure un accord de libre-échange ont pris une autre forme.

Même si ces événements peuvent être perçus comme les premières expressions de l'intérêt des deux groupes régionaux à signer un accord de libre-échange, les professeurs Jorge Grandi et Daniel Schutt<sup>22</sup> signalent que l'idée de conclure cet accord de libre-échange a germé en 1996. En effet, c'est entre 1996 et 1998 que les rencontres entre ces deux groupes régionaux furent de plus en plus fréquentes. D'ailleurs, après 1996, plusieurs tentatives en vue de signer cet accord ont échoué. La conclusion de l'accord de libre-échange entre la Communauté andine et le MERCOSUR est finalement

---

21. L'expression « patrimoine historique » fait référence à plus de 80 accords bilatéraux qui ont été signés entre les pays membres de l'ALADI en matière commerciale et qui s'appliquent à plus d'un millier de produits et fait également référence à d'autres domaines tels que le tourisme et le transport.

22. J. GRANDI et D. SCHUTT, « Bilan de sept années de MERCOSUR », (1999) 32 *Problèmes d'Amérique latine* 73-95, p. 92.

survenue le 16 avril 1998, date à laquelle les deux groupes ont signé un accord-cadre à Buenos Aires.

Selon les dispositions de cet accord-cadre, la zone de libre-échange entre les deux groupes régionaux devrait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000 et initier un processus de dégrèvement tarifaire progressif. En plus des dispositions de caractère commercial, cet accord contient un ensemble d'actions de développement, de complémentarité et de coopération en divers domaines d'intérêt commun pour les deux groupes régionaux. En effet, les mesures de libéralisation commerciale seront accompagnées par la mise en place d'un cadre juridique et institutionnel de coopération économique et physique facilitant la libre circulation des biens et des services ainsi que la pleine utilisation des facteurs de production. Cet accord contient également un cadre réglementaire destiné à promouvoir les investissements réciproques ainsi que des mesures pour stimuler la complémentarité et la coopération économique, énergétique, scientifique et technologique<sup>23</sup>.

En vertu des dispositions de cet accord-cadre, la libéralisation commerciale dans la future zone de libre-échange entre la Communauté andine et le MERCOSUR sera atteinte en deux étapes. Une première, sera la signature d'un accord de préférences tarifaires qui englobera les produits du *patrimoine historique* de l'ALADI et qui pourra inclure de nouveaux produits. La signature de cet accord de préférences tarifaires remplacera les accords de portée limitée signés entre les pays du MERCOSUR et la Communauté andine dans le cadre de l'ALADI.

Selon le calendrier prévu par les deux groupes régionaux, cet accord aurait dû être en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre 1998, mais l'état d'avancement des négociations ne l'a pas permis. Les accords de portée limitée ont donc été prorogés, pour une première fois, jusqu'au 31 mars 1999. Vers la date limite établie afin de signer l'accord de préférences tarifaires, les pays

---

23. Voir l'article 1 d) de l'accord-cadre pour la création de la zone de libre-échange entre le MERCOSUR et la Communauté andine, Cf. COMUNIDAD ANDINA, *Accord-cadre visant la création de la zone de libre-échange entre le MERCOSUR et la Communauté andine*, 16 avril 1998, en ligne : COMUNIDAD ANDINA <<http://www.comunidadandina.org/docs/mercosur.htm>> (date d'accès : 20 août 1998).

membres du MERCOSUR ne se sont pas mis d'accord quant aux produits qui devaient être libéralisés.

Étant donné cette situation, le Brésil décida de proposer une nouvelle formule de négociation. Selon cette formule, les pays andins acceptent de proroger jusqu'au 30 juin 1999 la date d'échéance des accords bilatéraux négociés entre ces pays pour signer l'accord de préférences tarifaires. De leur côté, l'Argentine, l'Uruguay et le Paraguay étaient plutôt de l'avis de proroger le délai jusqu'au 31 décembre 1999. Étant donné le refus du Brésil d'accepter cette prorogation jusqu'à la fin de décembre 1999 et de continuer à faire profiter les pays andins des bénéfices octroyés en vertu des accords bilatéraux, les pays andins ont accepté la formule de négociation « 5 + 1 » qui leur était proposée par le Brésil<sup>24</sup>.

Dans cet ordre d'idées, les négociations ont pris un cours différent et progressent à l'heure actuelle en respectant le nouveau calendrier établi par les pays andins et le Brésil.

La signature d'un accord de préférences tarifaires entre le MERCOSUR et la Communauté andine suppose une sorte d'extension et de consolidation des préférences déjà en vigueur, ce qui n'implique pas nécessairement selon Grandi et Schutt<sup>25</sup> « le développement de ces préférences, puisque l'accord inter-bloc entraîne dans certains cas une régression par rapport à certaines concessions bilatérales au profit de l'accès général à l'autre bloc ».

La deuxième étape prévue en vertu de l'accord-cadre signé au mois d'avril 1998 comprend la négociation d'un accord de libre-échange qui englobera les produits inclus dans l'accord de préférences que les pays andins ont déjà signé avec chacun des pays membres du MERCOSUR, les produits que le MERCOSUR devrait libéraliser prochainement et les autres produits de l'univers tarifaire. L'accord de dégrèvement progressif, qui doit en théorie entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000, devrait déboucher sur la création de la

---

24. Voir en ce sens, *Diario Gestión, Comunidad Andina y Brasil deben lograr acuerdo antes de tres meses*, publié le 6 avril 1999, document en ligne : DIARIO GESTIÓN <<http://www.comunidadandina.org/seleccion/gestion06-04-99.htm>> (date d'accès : 07 avril 1999)

25. J. GRANDI et D. SCHUTT, *loc. cit.*, note 22, p. 92.

zone de libre-échange sud-américaine qui sera complétée aux environs de 2015.

Si les négociations en vue de conclure un accord de libre-échange entre le MERCOSUR et la Communauté andine (qui représentent plus de 90 % du commerce des pays de l'ALADI et la majeure partie des investissements intra-régionaux) aboutissent, l'accord exercera sans doute, dans un proche avenir, une influence déterminante sur l'intégration économique des groupes régionaux de l'Amérique latine et des Caraïbes, et permettra ainsi aux pays latino-américains de se trouver dans une position plus favorable lors des futures négociations concernant la ZLEA. Ce futur accord de libre-échange entre ces deux groupes régionaux représente ainsi la création d'une stratégie pour l'intégration de l'Amérique latine et la création d'un marché plus fort dans l'ordre hémisphérique.

Étant donné les considérations exposées auparavant, nous croyons important d'étudier quel sera le système juridique régissant l'investissement qui sera privilégié par les pays membres de ces deux groupes régionaux lors des négociations visant la signature de l'accord de libre-échange entre ces deux groupes. L'analyse du système juridique en matière d'investissement demeure également importante parce que, comme conséquence de la signature de ce futur accord de libre-échange MERCOSUR-Communauté andine, les stratégies d'investissement des entreprises des deux régions seront certainement améliorées et le flux de l'investissement étranger extra-régional présentera une croissance considérable. D'ailleurs, selon une évaluation faite par le Secrétariat général de la Communauté andine, la valeur des échanges commerciaux qui seront créés entre les deux groupes régionaux atteindra les 34 milliards de dollars quand la zone de libre-échange entrera en vigueur<sup>26</sup>.

En vue de déterminer quels seront les règles et principes juridiques que cet accord contiendra en matière d'investissement, il faut analyser préalablement quelles sont les caractéristiques des systèmes juridiques mis en place par chacun de ces deux groupes régionaux afin de vérifier quel sera le modèle qui l'emportera lors de l'élaboration de la

---

26. *Ibid.*



réglementation concernant l'investissement au sein de cette future zone de libre-échange.

Le choix de l'un ou l'autre des régimes de protection et de promotion de l'investissement en vigueur dans chacun des groupes régionaux variera selon le degré de sécurité que chacun de ces systèmes offre aux investisseurs étrangers. À ce sujet, il faut dire qu'un autre élément important est le comportement du flux de l'investissement au sein de chacun des groupes régionaux. Ainsi, dans le cas des deux groupes régionaux, le flux de l'investissement étranger direct se dirige vers le secteur manufacturier (industries alimentaire, de l'automobile, chimique, etc.) étant donné qu'il sert à approvisionner leurs propres marchés sous-régionaux où cet investissement sera localisé par la suite. L'investissement étranger dans le secteur des mines et de la production agricole se dirige vers les grands marchés des pays développés. De son côté, l'investissement dans le domaine des services est majoritairement destiné à servir les marchés dans lesquels il est placé<sup>27</sup>.

Compte tenu des considérations évoquées précédemment, nous allons étudier maintenant les caractéristiques particulières de chacun des régimes de protection et de promotion de l'investissement établi au sein du MERCOSUR et de la Communauté andine.

## II. LES RÉGIMES JURIDIQUES APPLICABLES À L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER AU SEIN DU MERCOSUR ET DE LA COMMUNAUTÉ ANDINE<sup>28</sup>

Dans cette deuxième partie, nous analyserons les régimes juridiques applicables à l'investissement étranger dans la Communauté andine et le MERCOSUR. Cette analyse nous permettra de déterminer les traits caractéristiques de chacun de ces deux régimes afin de pouvoir évaluer quel

---

27. Voir à ce sujet, A. De FILIPPO, *Integración regional latinoamericana, globalización y comercio sur-sur*, document CEPAL LC/R.1820, 2 juin 1998, pp. 10-12.

28. Certains aspects traités dans la présente section ont été tirés du Chapitre 2, section II et III, du mémoire de maîtrise de l'auteure ayant pour titre « Traitement juridique de l'investissement dans le contexte de l'intégration économique hémisphérique : les options du Pérou », Université Laval, mémoire de maîtrise en droit (non publié), juillet 1998.

est celui qui pourrait vraisemblablement l'emporter dans une future négociation visant à créer une zone de libre-échange entre le MERCOSUR et la Communauté andine.

### **A. LE RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS AU SEIN DU MERCOSUR**

Avant d'étudier les règles et principes applicables à l'investissement étranger au sein du MERCOSUR, nous avons décidé d'examiner, tout d'abord, quelles sont les caractéristiques propres à ce groupe régional. Ensuite, nous analyserons chacune des règles applicables aux investissements étrangers en vertu du régime de protection et de promotion de l'investissement étranger établi en vertu du Protocole de Colonia.

#### **1. Quelques considérations préliminaires concernant le cas du MERCOSUR**

Créé en 1991 par le Traité d'Asuncion, le MERCOSUR vise l'établissement d'un marché commun après la période de transition qui devait finir le 31 décembre 1994. Encore loin de son but, le MERCOSUR se présente aujourd'hui comme une union douanière en voie de perfectionnement. L'étude et l'évaluation des mesures adoptées en vue de l'établissement de cette union douanière, nous permettront de mieux comprendre les règles et les principes juridiques régissant l'investissement étranger au sein du MERCOSUR.

Nous pouvons distinguer deux types de mesures adoptées par le MERCOSUR en vue d'atteindre les buts fixés en vertu du Traité d'Asuncion : 1) celles qui visent le perfectionnement de l'union douanière proprement dite et 2) celles qui s'orientent vers le développement des liens avec l'étranger<sup>29</sup>. Ces

---

29. L'article 1 du Traité d'Asuncion indique à cet égard que : « Les pays membres ont décidé de créer un marché commun qui devra être atteint le 31 décembre de 1994. Ce marché sera nommé le Marché Commun du Sud (MERCOSUR) [...] » (Trad. libre). Par ailleurs, l'article 4 signale l'orientation de la politique étrangère du Traité. Voir M.E. UZAL, « Derecho de la Integración : La integración en América. El Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR) », (1992) 145-150 *Revista de Derecho Comercial* 189-220, p. 207.

deux types de mesures ont un lien étroit avec le projet d'intégration économique. Le perfectionnement préalable de l'union douanière demeure la condition essentielle à l'intégration économique des pays membres du MERCOSUR tandis que les liens avec l'étranger est un sujet d'importance considérable dans la libéralisation du commerce et de l'investissement dans le contexte régional et hémisphérique. Cette libéralisation du commerce et de l'investissement sur les plans régional et hémisphérique pourra être amorcée en vertu de la clause d'adhésion prévue dans le texte du Traité d'Asuncion<sup>30</sup>.

Pour atteindre les buts visés par le Traité d'Asuncion, les pays membres ont également adopté une série d'instruments parmi lesquels nous retrouvons le programme d'implantation pour la libéralisation commerciale et la réduction progressive des tarifs de douanes<sup>31</sup>, les accords sectoriels pour maximiser l'utilisation des moyens de production ainsi que l'établissement d'un traitement commun en matière fiscale<sup>32</sup> pour les produits considérés originaires. À ces instruments s'ajoute le système de protection et de promotion de l'investissement établi pour l'investissement intra et extra-zone.

---

30. L'article 20 du Traité d'Asuncion indique que celui-ci est ouvert à l'adhésion, par la voie de la négociation, des autres pays membres de l'ALADI qui le demandent. Leur demande pourra être examinée par les parties cinq ans après l'entrée en vigueur de celui-ci. Cette règle présente une exception en ce qui concerne les pays qui ne font partie d'aucun schéma d'intégration régionale. Les demandes devront être approuvées à l'unanimité. Voir M.E. UZAL, *loc. cit.*, note 29, p. 211.

31. Selon le Traité d'Asuncion, celui-ci a pour objectif la création d'un marché commun. Dans ce cadre et pendant la période de transition, terminée au mois de décembre 1994, les pays membres ont adopté, durant quatre ans, le programme de libéralisation commerciale. Depuis Ouro Preto, en 1994, ils ont établi l'application d'un tarif douanier unique, qui va de 0 % à 20 % et qui présente une liste d'exceptions qui devront être abolies dans un délai de 5 ans pour l'Argentine, le Brésil et l'Uruguay et un délai de 10 ans pour le Paraguay. Les listes des premiers cas mentionnés comprennent 300 produits tandis que la liste du Paraguay comprend 399 produits. La moyenne tarifaire au sein du MERCOSUR se situe aujourd'hui autour de 11 % et la plupart des produits se trouvent sur ce régime tandis que seulement 12 % des produits originaires des secteurs temporairement exclus maintiennent encore un tarif élevé.

32. Ce traitement commun est établi par les articles 61 à 67 du Traité d'Asuncion ainsi que par la Décision n° 5/94 du Groupe de Marché Commun qui établissent le tarif douanier unique ainsi que les pré-requis minimums pour le fonctionnement de l'union douanière.

Malgré la mise en place de ces instruments, la libéralisation du commerce et de l'investissement étranger au sein du MERCOSUR demeure imparfaite. Parmi les motifs expliquant cette imperfection, il y a le fait qu'il existe encore certains secteurs d'activités qui n'ont pas été ouverts au marché régional. De plus, les deux plus grands associés du groupe ne se sont pas mis d'accord, pendant longtemps, sur le degré de libéralisation que devrait avoir le marché régional vis-à-vis les tierces parties.

Cette libéralisation insuffisante du commerce régional résulte du fait que l'intégration économique doit, selon le modèle MERCOSUR, suivre certaines étapes de manière à ce qu'elle ne cesse pas et elle soit plutôt en progression continue<sup>33</sup>. En effet, en vertu des dispositions du Traité d'Asuncion, l'intégration économique au sein du MERCOSUR est un processus que l'on pourrait qualifier d'évolutif. Un processus qui, selon le professeur Santiago Pérez del Castillo, peut être décrit ainsi :

Dès le début, le traité a été conçu comme un accord ouvrant un processus d'intégration économique et non comme le pacte constitutif d'un marché commun immédiat. Raison pour laquelle le traité original ne contenait ni clauses ni caractère proprement social ni dispositions en vue de l'intégration sociale [...]. L'absence dans le texte du traité de chapitre sur ces questions s'explique également par la genèse même de ce texte, issu d'un ensemble d'accords commerciaux bilatéraux entre l'Argentine et le Brésil qui ont rapidement évolué [...].<sup>34</sup>

Ce caractère évolutif de l'intégration au sein du MERCOSUR découle du fait que le Traité d'Asuncion est, du point de vue du droit international public, un accord-cadre qui contient une série de lignes directrices à développer par des conventions spéciales. Il s'agit en d'autres termes d'un schéma normatif situé entre le droit « directif » qui établit les données

---

33. C. VÁSQUEZ, « Análisis de algunos aspectos de la integración en el MERCOSUR desde el punto de vista del derecho administrativo », dans FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA (dir.), *Estudios Multidisciplinarios sobre el MERCOSUR*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, pp. 7-42, p. 28.

34. S. PÉREZ DEL CASTILLO, « Le MERCOSUR, histoire et espoirs », (1993) 132 (5/6) *Revue internationale du travail* 711-726, p. 715.

juridiques générales de caractère définitif pour un programme d'intégration et le droit « opératif », constitué par une série de compromis juridiques concrets de caractère transitoire établis dans les annexes du Traité d'Asuncion.

Après avoir fait ressortir certaines des caractéristiques de l'intégration économique au sein du MERCOSUR, nous analyserons les règles et principes visant la libéralisation commerciale pour mieux comprendre le fonctionnement du système juridique établi en matière d'investissement étranger.

Selon les dispositions du programme de libéralisation contenues dans le Traité d'Asuncion, la libéralisation commerciale a lieu grâce à l'application d'un programme de réduction tarifaire linéaire et automatique qui vise l'élimination des restrictions à l'importation<sup>35</sup> et des restrictions non tarifaires au commerce régional. Afin de prévenir les dangers potentiels d'une libéralisation rapide des importations, les États membres ont prévu également l'application de clauses de sauvegarde<sup>36</sup> qui protègent l'industrie nationale dans chacun des pays membres. L'application de ces règles connaît aujourd'hui certains problèmes rattachés pour la plupart à la diversité des politiques macro-économique et des lois en matière commerciale en général (y compris les droits *anti-dumping* et les mesures en matière concurrentielle<sup>37</sup>) et, d'autre part, à la volonté des États membres de protéger certains secteurs de leur économie. Un problème additionnel est

---

35. Selon le programme de réduction tarifaire, l'élimination des restrictions aux importations devait être complétée le 31 décembre 1994.

36. Selon Emeric Lepoutre, l'existence dans le Traité d'une clause de sauvegarde permettant à un État membre de faire bénéficier trois cents produits de l'exonération de droits de douane permet d'éviter le ralentissement du processus en raison de problèmes économiques. Voir E. LEPOUTRE, « Amérique latine : de nouvelles perspectives pour les entreprises françaises dans le cadre du MERCOSUR », (1997) 48 *Droit et patrimoine* 26-32, p. 28.

37. Une union douanière requiert un traitement unique pour les importations provenant d'autres pays, non seulement en matière tarifaire mais également en ce qui concerne les mesures de protection contre les pratiques de commerce déloyales. Pour cette raison, les pays du MERCOSUR ont établi un règlement commun sur les pratiques de commerce déloyales et un autre règlement sur la sauvegarde du commerce hors de la zone intégrée, laquelle suit les paramètres établis par l'OMC.

celui de l'élimination des restrictions non tarifaires<sup>38</sup> qui diminuent la vitesse de la libéralisation commerciale.

Concernant la mise en œuvre des programmes sectoriels au sein du MERCOSUR, il faut signaler que leur objectif central est l'harmonisation des politiques structurelles dans le but d'éliminer les obstacles à la concurrence que créent les politiques publiques qui octroient des avantages compétitifs à des secteurs moyennement développés. La principale difficulté rencontrée à ce niveau se trouve dans la mise en œuvre des politiques d'harmonisation parce que certains des pays membres sont encore loin d'avoir libéralisé leurs règles commerciales. Cette situation peut représenter un frein en quelque sorte à la dynamique de libéralisation commerciale et devenir ainsi un véritable empêchement à la libre circulation de l'investissement dans la région.

En matière fiscale, l'établissement des règles communes au sein du MERCOSUR est directement lié à la vitesse avec laquelle le marché régional s'ouvre aux marchés mondiaux et attire en conséquence un fort flux d'investissement dans la région. Étant donné la difficulté d'établir un système fiscal commun, les pays membres ont accordé certains stimulants jusqu'à ce que les mesures fiscales soient harmonisées. La difficulté dans l'harmonisation des systèmes fiscaux est attribuable aux différences existantes dans les politiques macro-économiques et dans le rythme de croissance des pays membres.

Il reste à souligner que malgré les imperfections de cette union douanière, le flux de l'investissement étranger a trouvé dans ce mécanisme de libéralisation commerciale la voie la plus rapide pour accroître la rentabilité et diversifier les risques<sup>39</sup> propres à l'investissement. À titre d'exemple, signalons que la libéralisation commerciale a permis jusqu'à

---

38. Voir R. BOUZAS, « La agenda económica del MERCOSUR : Desafios de política a corto y mediano plazo », (1996) 0 *Revista Integración y comercio* 64-85, p. 71.

39. Une opinion contraire à la nôtre est soutenue par Roberto Bouzas qui considère que l'existence d'une série d'exceptions sectorielles relativise le système de protection et de promotion de l'investissement dans le territoire du MERCOSUR. Voir. R. BOUZAS, *loc. cit.*, note 38, p. 80.

présent l'ouverture de secteurs auparavant protégés par les pays membres tels que les télécommunications, les produits chimiques, les aliments, le papier et les brevages aux investisseurs de la zone<sup>40</sup>.

Après avoir vu les caractéristiques générales du modèle MERCOSUR, il y a lieu d'analyser les règles et les principes applicables à l'investissement étranger au sein du MERCOSUR.

## 2. Critères généraux applicables à l'investissement étranger au sein du MERCOSUR

En matière d'investissement, le Traité d'Asuncion a permis la création d'un régime juridique favorable aux investissements étrangers. Dès son approbation, plusieurs initiatives ont été prises, surtout dans le domaine privé, car l'économie des pays membres a été redressée grâce à l'application de mesures de privatisation dans des domaines gérés auparavant exclusivement par l'État. Grâce au système établi au sein du groupe régional, les investissements d'origine étrangère à la zone du MERCOSUR n'ont pas cessé d'augmenter et la perspective de leur accroissement est devenue assez encourageante<sup>41</sup>.

Cette augmentation du flux des investissements étrangers dans la région est une conséquence du dynamisme des relations économiques. De modéré qu'il était auparavant, il a connu un redressement important à la suite de la signature du Traité d'Asuncion. C'est d'abord à l'occasion de la signature

---

40. INSTITUTO DE RELACIONES EUROPEO-LATINOAMERICANOS (IRELA), *El MERCOSUR: Perspectivas de un bloque emergente*, Madrid, Dossier n° 61, août 1997, pp. 1-65, p. 19.

41. L'augmentation du flux de l'investissement dans la région du MERCOSUR est considérable surtout si l'on observe qu'au début des premiers mois de 1997, les flux d'investissement dans la région ont atteint les 4,400 millions de dollars au lieu des 1,700 millions obtenus pendant la même période un an auparavant. À titre d'exemple, nous pouvons indiquer que le ministère de l'Économie argentin prévoyait pour la période 1997-2000 des revenus de 13,300 millions de dollars principalement dans les secteurs de l'automobile, des produits chimiques et des produits alimentaires.

du Protocole de Colonia<sup>42</sup>, en 1994, que les pays membres du MERCOSUR ont abordé la question du traitement des investissements étrangers à l'intérieur de la zone<sup>43</sup>. Ce Protocole est le résultat du travail réalisé par la Commission technique pour la promotion et la protection de l'investissement, créée par la Résolution 20/90 du Groupe du marché commun.

En vertu du Protocole de Colonia, les pays membres du MERCOSUR ont résolu d'établir un régime de protection et de promotion de l'investissement des investisseurs originaires des pays membres du MERCOSUR. Ce régime de protection et de promotion de l'investissement dans la région du MERCOSUR a été complété par le *Protocole sur la promotion et la protection des investissements étrangers des pays non-membres du MERCOSUR*, ou Protocole de Buenos Aires<sup>44</sup>, qui établit les principes généraux applicables pour chacune des parties dans le cas d'un investissement extra-zone. L'objectif de ce dernier est de limiter l'utilisation de stimulants nationaux pour attirer l'investissement étranger en vue de les harmoniser et éviter ainsi une concurrence déloyale en matière d'investissement. Ces deux protocoles sont les piliers du système de protection et de promotion de l'investissement au sein du MERCOSUR et ils garantissent aux entreprises et aux particuliers de la région ainsi qu'aux investisseurs ne faisant pas partie du groupe régional, la possibilité d'un apport de capital provenant de l'intérieur ou de l'extérieur de la zone<sup>45</sup>.

---

42. Le Protocole de Colonia fut approuvé par la Décision n° 11/93 du Conseil du Marché commun, le 17 janvier 1994. Pour une étude du texte du *Protocolo de Colonia para la promoción y protección de inversiones en el MERCOSUR (intrazona)* [ci-après Protocole de Colonia], voir UNITED NATIONS, *International Investment Instruments: A compendium*, coll. Regional instruments, vol. II, New York, UN, 1996, pp. 513-521.

43. Pour une étude approfondie sur l'investissement dans le MERCOSUR, voir INSTITUTO DE RELACIONES EUROPEO-LATINOAMERICANAS, *op. cit.*, note 40, pp. 18-19.

44. Ce Protocole fut signé à Buenos Aires, le 5 août 1994, et approuvé par la Décision n° 11/94 du Conseil du marché commun. Pour une analyse des dispositions prévues par le Protocole, voir le texte intégral publié par ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS-Unidad de comercio, *Protocolo de Buenos Aires*, document en ligne : SICE-OAS <<http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisiones/DEC1194.stm>> (date d'accès : 18 novembre 1997).

45. A. BARRAZA et S. JARDEL, *MERCOSUR aspectos jurídicos y económicos*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pp. 137- 166, p. 140.



Bien que ces deux protocoles soient encore sujets à ratification par les parlements du Brésil et de l'Argentine, les règles qui y sont contenues, sont appliquées *de facto* par chacun des États membres. Cette absence de ratification a ouvert la porte à des comportements incompatibles avec l'esprit des protocoles. Le ministre de l'Économie et vice-secrétaire au Commerce de l'Argentine, monsieur Felix Peña<sup>46</sup> souligne à cet égard le comportement du gouvernement du Brésil qui, en juin 1995, avait approuvé la mesure provisoire n° 1532 afin d'attirer les investissements étrangers dans le secteur des automobiles.

Puisque la présente recherche se concentre sur le sujet du traitement de l'investissement entre les pays membres du MERCOSUR et de la Communauté andine, nous nous en tiendrons aux éléments du Protocole de Colonia qui font référence à l'investissement à l'intérieur même de la zone du MERCOSUR.

#### a) *La portée du Protocole de Colonia*

La stratégie adoptée par les pays membres du MERCOSUR afin d'accroître l'investissement intra-zone s'infère de la définition de l'investissement qu'il propose. L'article 1 du Protocole de Colonia stipule ainsi que l'investissement s'entend de :

[...] tout actif investi directement ou indirectement par les investisseurs d'une des parties signataires dans le territoire d'une autre partie suivant les lois et les règlements en vigueur dans ce territoire. Cette définition inclut de façon non exclusive : la propriété des biens meubles et immeubles, [...] les hypothèques, les cautionnements [...] les actions, les quotas sociétaires, les titres de crédit et des droits ou prestations de valeur économique [...], les droits de propriété intellectuelle [...] les concessions économiques octroyées par loi ou contrat [...].<sup>47</sup>

---

46. F. PEÑA, « Reglas de juego e instituciones en el MERCOSUR », (1996) 14 *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 395-408, p. 405.

47. Protocole de Colonia, article 1(1) (trad. libre), *op. cit.*, note 42, p. 514.

Cette définition de l'investissement nous permet de constater que le Protocole de Colonia traite de l'investissement au sens économique du terme, suivant l'idée contenue à l'article 1139 de l'Accord de libre-échange nord-américain [ci-après ALÉNA] qui a influencé fortement l'adoption des règles et principes contenus dans le Protocole de Colonia.

Un autre élément qui nous permet de délimiter la notion de l'investissement étranger dans le Protocole de Colonia est la définition d'investisseur que celui-ci contient. Selon les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1 du Protocole, l'investisseur est défini comme étant une personne physique ou morale qui investit dans le territoire de l'un des pays membres. Dans le cas des personnes physiques, le Protocole fait référence au critère de la nationalité et de la résidence pour identifier l'investisseur. C'est ainsi qu'en vertu du deuxième alinéa de l'article 1, un investisseur peut être soit un national, un résident permanent ou un résident temporaire, selon les dispositions de la législation interne de chacun des pays membres. Dans le cas des personnes juridiques, le Protocole précise que ses investissements seront assujettis aux règles du Protocole seulement dans le cas où elles se trouvent établies dans le territoire où l'investissement aura lieu<sup>48</sup>. Pour cette raison, selon le Protocole, une entreprise doit remplir toutes les conditions établies pour recevoir le traitement prévu par le Protocole de Colonia.

#### *b) Promotion et admission de l'investissement dans la région*

À la différence de l'ALÉNA qui ne contient pas une disposition expresse imposant l'obligation d'admettre et de promouvoir l'investissement dans son territoire, le premier alinéa de l'article 2 du Protocole de Colonia énonce ce qui suit :

Chaque partie contractante encouragera les investissements des autres parties contractantes et les admettra dans son territoire d'une façon non moins favorable que les investissements

---

48. L'article 1139 de l'ALÉNA, à la différence des articles 1 (2) du Protocole de Colonia et 2 (A) 2 du Protocole de Buenos Aires, prévoit une définition plus large. Les deux protocoles ajoutent la condition du siège obligatoire dans le pays où les investisseurs investissent et l'obligation de réaliser des activités dans les pays de la région.

de ses propres investisseurs [...] sans préjudice du droit de chaque partie de maintenir de façon transitoire certaines exceptions limitées qui font partie d'un des secteurs précisés à l'annexe du Protocole.<sup>49</sup>

Cet article précise également que chaque partie qui a admis un investissement dans son territoire devra fournir toutes les autorisations nécessaires pour sa réalisation telles que l'octroi de licences et la permission d'engager du personnel nécessaire par contrat, de même que l'assistance commerciale ou administrative requise. De cette façon, cette première disposition du Protocole de Colonia exprime l'intention des parties de promouvoir l'investissement dans la région mais ne constitue pas une véritable obligation, si ce n'est une obligation de bonne foi.

En raison de sa rédaction, l'article 2 semble faire référence au traitement national mais comme nous le constatons après, cela n'est pas tout à fait clair.

*c) Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée*

Nous avons constaté qu'en vertu de sa rédaction, le premier alinéa de l'article 2 du Protocole semble faire référence à l'application du traitement national aux investissements réalisés dans le territoire de l'un des pays membres. Par ailleurs, une interprétation différente est possible en analysant la formulation du paragraphe 2<sup>e</sup> de l'article 3, intitulé « traitement », qui précise ce qui suit :

Chaque pays membre devra octroyer une pleine protection légale aux investissements en appliquant un traitement non moins favorable que celui octroyé aux investissements de leurs propres investisseurs locaux ou des pays tiers.<sup>50</sup>

Cet article semble octroyer à la fois le traitement national et celui de la nation la plus favorisée aux investissements intérieurs en laissant entendre que le meilleur des

---

49. Protocole de Colonia, article 2, *op. cit.*, note 42, p. 515.

50. *Id.*, article 3 (2), p. 515.

deux leur sera applicable. Mais si le traitement national est déjà reconnu à l'article 2, il est difficile de voir pourquoi il en est de nouveau question à l'article 3.

*d) La norme minimale de traitement*

Le traitement juste et équitable, sans discrimination<sup>51</sup> (norme de droit international) est prévu à l'article 3(1) du Protocole de Colonia. L'application de la norme minimale de traitement a été établie par les pays membres dans le but d'empêcher la mise en place de mesures qui pourraient nuire à la gestion, au maintien, à l'utilisation, à la jouissance et à la disposition de l'investissement constitué dans le territoire de l'un des pays membres.

*e) Les prescriptions de résultats*

En ce qui a trait aux prescriptions de résultats, l'article 3 (4) du Protocole précise qu'« [a]ucune des parties ne pourra établir des prescriptions de résultats pour l'établissement, l'expansion ou le maintien de l'investissement qui exigent d'exporter un volume de marchandises, d'acheter des biens ou des services locaux ou toute autre exigence similaire »<sup>52</sup>. En analysant le libellé de cet article, nous pouvons constater que les exigences liées au transfert de technologies, au niveau du contenu national, ainsi qu'à l'obligation d'agir à titre de fournisseur exclusif d'un marché régional ou mondial n'ont pas été prises en considération. Cette situation fait que le niveau de protection de l'investissement dans le territoire du MERCOSUR est aussi sécuritaire que celui établi en vertu de l'ALÉNA. Cependant, il faut dire qu'il ne contient pas toutes les hypothèses de prescriptions de résultats interdites dans le texte de l'ALÉNA. Par ailleurs, bien que le contenu de l'article soit moins sécuritaire que celui de l'ALÉNA, il n'en constitue pas moins un pas en avant vers l'établissement de règles de promotion et de protection de l'investissement dans la région.

---

51. *Id.*, article 3 (1), p. 515.

52. *Id.*, article 3 (4), p. 516.

*f) Le libre transfert de l'investissement*

Le sujet du libre transfert de l'investissement dans le territoire du MERCOSUR est traité à l'article 5 du Protocole qui stipule que :

[c]haque partie devra octroyer aux investissements de l'autre partie le libre transfert de l'investissement et ses gains, particulièrement :

- a).- le capital et les sommes additionnelles pour le maintien et le développement de l'investissement,
- b).- les bénéfices, utilités, intérêts, rentes et dividendes ainsi qu'autres bénéfices courants,
- c).- les fonds pour le remboursement des prêts,
- d).- les redevances, les honoraires et tout autre paiement relatif à des droits,
- e).- le fruit de la vente ou liquidation totale ou partielle d'un investissement,
- f).- les compensations, indemnisations ou autres paiements prévus à l'article 4,
- g).- les rémunérations des nationaux d'une partie autorisés à travailler en rapport avec l'investissement [...].<sup>53</sup>

Cet article ajoute que le libre transfert devra se faire en monnaie librement convertible et suivant les procédures établies dans chacun des pays membres. L'application du critère de libre transfert des investissements a permis que toute personne physique ou morale domiciliée ou ayant son siège dans un État membre puisse investir librement et directement sur les marchés boursiers des autres pays membres sans être obligée de passer par l'intermédiaire d'une société locale d'investissement de capital étranger ou d'un fonds d'investissement de capital étranger. Cette situation est sans doute le principal atout du MERCOSUR pour susciter l'intérêt des investisseurs étrangers.

---

53. *Id.*, article 5 (1), p. 516.

g) *L'expropriation et la compensation*

L'article 4 du Protocole de Colonia précise en trois paragraphes les règles applicables en cas d'expropriation. Selon la règle générale contenue dans cet article, aucune partie ne pourra adopter des mesures de nationalisation ou d'expropriation ainsi que d'autres mesures ayant le même effet. La seule exception prévue par le Protocole est celle de l'existence d'un intérêt public pour ce faire. Dans ce cas, l'expropriation devra être faite de manière non discriminatoire et suivant les règles de procédure prévues dans les pays membres. La compensation devra être adéquate, prompte et effective et effectuée selon la valeur marchande.

Le deuxième paragraphe de l'article 4 rend obligatoire l'application d'un traitement non discriminatoire en cas de risques politiques (guerre, conflit armé, révolution, etc). Selon les dispositions de cet article, les investissements compromis par l'une ou l'autre de ces situations feront l'objet d'une indemnité. Cet article du Protocole est inclus dans les dispositions relatives à l'expropriation au lieu de se trouver, tel qu'il est fait dans le texte de l'ALÉNA, avec les dispositions prévues pour l'application de la norme minimale de traitement.

Un dernier point à préciser, après avoir abordé le sujet des règles de base énoncées dans le Protocole de Colonia, est l'existence de certaines réserves établies en faveur de certains secteurs sensibles de l'économie des pays membres. Ces réserves sont prévues à l'annexe du Protocole<sup>54</sup>. Parmi les secteurs exemptés, nous pouvons citer le transport aérien, l'industrie navale, les bases nucléaires, la pêche, les mines d'uranium et les assurances dans le cas de l'Argentine; les mines, l'énergie hydroélectrique, les services de santé, les télécommunications, la radiodiffusion, les services financiers, les assurances, la construction et la navigation dans le cas du Brésil; les télécommunications, le transport aérien, maritime

---

54. Dans cette annexe, certains secteurs sont exemptés de l'application du traitement national parce qu'ils relèvent du domaine public. Voir le texte complet de l'annexe dans ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS-Unidad de Comercio, *Acuerdos sobre Inversión en el Hemisferio Occidental: Un compendio*, Area de Libre Comercio de las Américas, Washington, Grupo de Trabajo sobre Inversión OEA/BID/CEPAL, 1997, pp. 1-317, p. 261.

et terrestre, l'électricité, la téléphonie, les hydrocarbures et les minéraux stratégiques, le pétrole et ses dérivés ainsi que le service postal dans le cas du Paraguay et finalement, dans le cas de l'Uruguay, le secteur des hydrocarbures, l'électricité, l'énergie atomique, les minéraux stratégiques, les services financiers, les trains, les télécommunications, la radiodiffusion, la presse et les systèmes audiovisuels. Il faut indiquer que ces réserves ont été établies non pas dans un but protectionniste mais en raison des exigences de l'ordre juridique en vigueur.

Au terme de ce bref examen du traitement applicable aux investissements dans le cadre du MERCOSUR, nous pouvons constater que malgré l'existence d'une série de dispositions prévoyant l'établissement d'un cadre juridique favorable à l'investissement intra-zone, ces normes n'ont pas de préséance sur les normes de droit interne en vigueur dans les pays membres du MERCOSUR. Selon Alejandro Barraza et Silvia Jardel, la solution à cette situation est de faire du MERCOSUR une entité supranationale ayant un organe suprême chargé de veiller au respect des principes et règles établis en vertu du Protocole de Colonia<sup>55</sup>. De cette façon, les investissements étrangers bénéficieront de la sécurité juridique nécessaire lors de la prise de décision d'investir ou non dans l'un ou l'autre territoire.

### **3. Modèle proposé en matière de règlement des différends**

En analysant les règles établies en matière de règlement des différends, nous pouvons indiquer que, de façon générale, les différends qui surviennent en matière d'investissement doivent d'abord être réglés sur la base des négociations préalables à l'utilisation des techniques de règlements des différends hors cours. À défaut d'entente après six mois de négociation, les différends pourront être soumis aux procédures établies par l'article 9 (2) du Protocole de Colonia.

---

55. Voir A. BARRAZA et S. JARDEL, *op. cit.*, note. 45, p. 149.

Cet article précise que les parties pourront choisir entre trois options pour régler leur différend, à savoir : 1) la soumission de la plainte auprès des tribunaux compétents de la partie contractante où l'investissement a eu lieu, 2) l'arbitrage international, selon les règles établies par le paragraphe 4 de ce même article et 3) le système permanent de règlement des différends entre personnes privées qui sera établi en application des dispositions pertinentes du Traité d'Asuncion. Le choix de l'une ou l'autre de ces procédures est définitif.

Dans le cas où l'investisseur aurait choisi de soumettre sa plainte à l'arbitrage international, il pourra opter pour l'application de l'une des trois procédures suivantes : 1) la procédure de la Convention de Washington si l'État hôte et l'État de l'investisseur ont adhéré au Protocole, 2) la procédure additionnelle établie dans le Règlement du mécanisme supplémentaire du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ou 3) la procédure prévue pour l'arbitrage *ad hoc* de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI).

En vertu de l'article 9 (5) du Protocole de Colonia, le tribunal arbitral devra régler les différends suivant les principes établis par le Protocole, le droit de chacune des parties en conflit (incluant les dispositions prévues en cas de conflit de lois et de délais applicables), les accords conclus en matière d'investissement et les principes du droit international.

En ce qui concerne l'exécution des sentences arbitrales, le Protocole<sup>56</sup> précise que celles-ci seront définitives pour les parties et devront être exécutées en conformité avec les lois établies par les parties de la même façon que l'ALÉNA le prévoit à l'article 1136 (1).

Finalement, en ce qui concerne les différends survenus lors de l'application ou l'interprétation du Protocole, les parties devront utiliser la procédure pour le règlement des différends

---

56. Voir à cet égard l'article 9 (6) du Protocole de Colonia et l'article 2 (H) 5 du Protocole de Buenos Aires.



du Protocole de Brasilia qui a été réformée par le Protocole de Ouro Preto.

Ayant examiné les dispositions établies par le Protocole de Colonia, nous pouvons indiquer que celui-ci présente certaines caractéristiques qui font de lui l'un des régimes les plus libéraux parmi ceux en vigueur en Amérique latine. Bien que le Protocole de Colonia soit loin d'offrir le même degré de libéralisation des règles sur l'investissement que celui proposé par le modèle nord-américain de l'ALÉNA, il contient des dispositions détaillées en ce qui concerne le traitement applicable à l'investissement intra-zone.

Basé sur une notion économique de l'investissement qui inclut l'investissement direct et indirect, le Protocole de Colonia reprend les notions de traitement national, de traitement de la nation la plus favorisée et de norme minimale de traitement qui sont présentes dans l'ALÉNA, sans toutefois la même précision ni la même clarté que ce dernier. Il reprend également les principes de compensation prompte, juste et équitable et garantit le libre transfert de l'investissement afin de resserrer les liens économiques des pays membres.

Moins détaillé que l'ALÉNA qui est considéré à l'heure actuelle comme le modèle le plus réussi en matière d'investissement<sup>57</sup>, le Protocole de Colonia prévoit cependant des règles visant l'élimination des prescriptions de résultats et l'application de l'arbitrage comme moyen pour régler les différends survenus entre l'investisseur et l'État hôte.

Les caractéristiques mentionnées ci-haut, nous permettent d'affirmer que le régime de protection et de promotion de l'investissement établi en vertu du Protocole de Colonia est le régime le plus sécuritaire pour l'investissement en vigueur en Amérique latine. Pour cette raison, quels que soient les défauts qu'il contient, il constitue néanmoins un pas vers la libéralisation progressive des règles régissant l'investissement dans la région.

---

57. Cette affirmation est fondée sur le fait que le modèle ALÉNA a fortement influencé l'élaboration du projet d'accord multilatéral sur l'investissement (AMI) qui n'a pas encore vu le jour en raison des manifestations de plusieurs représentants de la société civile qui étaient contre son approbation.

## **B. LE RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS AU SEIN DE LA COMMUNAUTÉ ANDINE**

Avant de présenter les règles et les principes applicables à l'investissement étranger au sein de la Communauté andine, nous allons examiner quel est l'état de libéralisation du commerce au sein de ce groupe régional. Cet examen nous permettra de mieux comprendre le régime juridique applicable aux investissements étrangers en vertu de la Décision n° 291.

### **1. Quelques considérations préliminaires au sujet de la Communauté andine**

Créée en vertu du Protocole de Trujillo le 10 mars 1996<sup>58</sup>, la Communauté andine trouve son origine dans la signature de l'Accord de Cartagena<sup>59</sup> qui visait à l'origine à freiner le pouvoir économique que l'Argentine, le Brésil et le Mexique exerçaient sur les capitaux étrangers des pays de la région andine ainsi que la dépendance qui s'en suivait dans la croissance économique des pays andins. Les professeurs

---

58. Après la réunion de Trujillo, les présidents des pays andins se sont réunis à Sucre (Bolivie), en avril 1997, et à Guayaquil (Équateur), en mars 1998, afin de préciser le nouvel ordre juridique qui régira l'intégration andine, d'appliquer les réformes nécessaires pour la mise en marche de la nouvelle structure institutionnelle de la Communauté andine et d'établir la stratégie pour la signature d'un accord de libre-échange avec le MERCOSUR.

59. Le texte original de l'accord de Cartagena fut signé le 26 mai de 1969. Ce texte original a été l'objet de maintes modifications qui furent introduites et codifiées par la suite par la Décision n° 236 du 15 juillet 1988. Le texte de cette décision fut également modifié, en mars 1996, après la réunion présidentielle de Trujillo. Le premier alinéa de l'article 1 de l'accord de Cartagena qui précise les objectifs de cet accord est resté intact. Cet article indique que les objectifs de la Communauté andine sont la promotion du développement équilibré et harmonieux des pays membres dans des conditions d'équité, à travers l'intégration et la coopération économique et sociale, la croissance et la création d'emplois, de manière à permettre la participation au processus d'intégration régionale en vue de créer un marché commun latino-américain.

Jeffrey J. Schott et Gary C. Hufbauer considèrent que l'idée de constituer un groupe régional avec ces caractéristiques est née parce que « [c]es pays n'étaient pas satisfaits du LAFTA [accord latino-américain de libre-échange — Latin American Free Trade Area] qui existait depuis 1960 [...] »<sup>60</sup>.

Fondé par la Bolivie, le Chili, la Colombie, l'Équateur et le Pérou, le Groupe andin accueillait en 1973 le Venezuela, mais perdit le Chili par la suite, en 1976. Le Groupe andin prévoyait dans son texte original la constitution d'un marché commun basé sur un programme d'harmonisation des tarifs de douane, l'application d'un programme de développement industriel<sup>61</sup>, l'application de règles juridiques à l'égard des investissements<sup>62</sup> et le transfert de technologie.

Suivant les idées de la CEPAL émises dans les années soixante-dix, les pays membres ont décidé d'adopter, tout d'abord, une politique restrictive en matière de libéralisation du commerce et de l'investissement de façon à limiter le pouvoir des entreprises multinationales dans le territoire intégré<sup>63</sup>. Le modèle de libéralisation du commerce et de l'investissement a subi par la suite plusieurs modifications qui ont eu des impacts sur la dynamique d'intégration. À titre d'exemples, on peut mentionner le départ du Chili en 1977, l'écartement temporaire

---

60. J.J. SCHOTT et G. HUFBAUER, « Zones de libre-échange. Initiative pour les Amériques et système multilatéral des échanges », dans C.I. BRADFORD (dir.), *Options stratégiques pour l'Amérique latine dans les années 1990*, Paris, OCDE-BID, 1992, pp. 277-298, p. 290.

61. Voir l'article 3 de l'accord de Cartagena, Décision n° 236.

62. Il faut dire que la politique d'harmonisation a connu des hauts et des bas pendant l'adoption des mesures visant à libéraliser les règles régissant l'échange et l'investissement dans la région. Dans le cas de l'investissement, les nouvelles règles avaient pour but de promouvoir l'investissement par la généralisation du traitement national et l'élimination des restrictions à la libre circulation des capitaux et au transfert des profits obtenus grâce à l'investissement. La Décision n° 291, que nous analyserons dans les sections suivantes, a éliminé la notion de secteur réservé et interdit à l'investissement, de sorte que le système a été libéralisé.

63. Cette forme de libéralisation commerciale au sein de la Communauté andine peut être située dans la première période de création et de consolidation de l'intégration dans la région andine. Voir en ce sens, R. PROAÑO RIVAS, *Acuerdo de Cartagena : 30 años de historia. Logros y frustraciones*, ed. Colegio de economistas de Quito, 1<sup>re</sup> édition, mai 1999, pp. 1-11, en ligne : COMUNIDAD ANDINA <[http://www.comunidadandina.org/30anos/ana\\_C4LP.htm](http://www.comunidadandina.org/30anos/ana_C4LP.htm)> (date d'accès : 20 mai 1999).

de la Bolivie pendant quatre mois en 1981 et l'écartement temporaire du Pérou entre 1993 et 1997<sup>64</sup>.

Ces modifications ont également donné lieu à une ouverture progressive du marché régional sur l'extérieur. Ainsi, il y a eu, en 1991, le programme de préférence commerciale<sup>65</sup> avec les États-Unis et, au mois d'avril 1998, l'accord-cadre avec le MERCOSUR a été signé en vue de créer une zone de libre-échange et d'établir des positions conjointes à l'approche des négociations visant la création de la Zone de libre échange des Amériques. Comme dernier exemple de l'ouverture progressive de la Communauté andine sur l'extérieur, il faut mentionner le lancement des négociations avec l'Asie-Pacifique en vue d'en arriver à un accord de coopération économique, la signature d'un accord de coopération économique avec l'Union européenne et les efforts déployés par la Communauté andine afin de signer un accord de libre-échange avec le Canada<sup>66</sup>.

---

64. La Décision n° 353 de la Communauté andine a prolongé la date fixée par la Décision n° 321 et a établi que le délai ultime pour la réinsertion du Pérou serait le 31 janvier 1996. Malgré le prolongement de ce délai, le Pérou a continué, pendant les premiers mois de 1997, à ne pas respecter les obligations imposées par la Communauté andine en précisant qu'il n'avait pas encore fini de régler les aspects de nature tarifaire et macro-économique qui empêchaient son retour. Cette décision de différer sa réinsertion au groupe régional dans le délai fixé a eu un impact considérable sur la libéralisation du commerce régional. Cette situation a été réglée en partie, au mois de juillet 1997, après plusieurs mois de négociations difficiles. Encore aujourd'hui, il reste certains aspects à régler concernant l'incorporation progressive du Pérou à la zone de libre-échange en vigueur dans la zone.

65. Il convient également de préciser que le système d'intégration hémisphérique comporte un certain nombre de programmes de préférence commerciale. Ces programmes ne sont pas basés sur un traité avec des obligations réciproques, mais plutôt sur un élargissement des préférences commerciales offertes par le pays. Il s'agit d'un programme de préférences et non pas d'un programme de libre-échange parce que, généralement, le traitement n'est pas réciproque. Voir R. BOUZAS et N. LUSTIG, *Liberalización comercial e integración regional de NAFTA a MERCOSUR*, coll. Estudios Internacionales, Buenos Aires, EMECE Editores, 1992, p. 79.

66. À ce sujet, il faut préciser que lors de la rencontre entre le Premier ministre du Canada Jean Chrétien et le Président de Colombie Andrés Pastrana, le 1<sup>er</sup> juin 1999, ce dernier exprima l'intérêt de la Communauté andine à signer avec le Canada un accord similaire à celui conclu avec les États-Unis. Voir en ce sens, Y. FERRER, « Comunidad Andina — Canada. Bases para un acuerdo comercial », Agencia IPS [Santa Fé de Bogota], 1<sup>er</sup> juin 1999, en ligne : COMUNIDAD ANDINA <<http://www.comunidadandina.org/seleccion/ips01-06-99.htm>>, (date d'accès : 4 juin 1999).

Le modèle de libéralisation commerciale appliqué par la Communauté andine a permis, depuis sa création, la libéralisation des échanges intra-régionaux sur 3 000 produits<sup>67</sup>. Bien qu'elle n'ait pu parvenir à l'application d'un tarif extérieur commun jusqu'à maintenant, la Communauté andine a atteint un certain degré d'harmonisation des droits de douane en appliquant le tarif extérieur commun minimal. La difficulté d'appliquer un tarif extérieur commun<sup>68</sup> s'explique par les disparités économiques et commerciales entre les pays membres du groupe et les retards dans la mise en place de nouvelles politiques communes afin de libéraliser le commerce et l'investissement étranger, longtemps influencés par l'idéologie de la CEPAL des années 1970.

Dans cet ordre d'idées, les raisons qui ont empêché une libéralisation commerciale plus efficace au sein du groupe régional furent le nombre considérable de produits exemptés, les retards dans l'application du tarif extérieur commun et l'absence d'une stratégie industrielle prévoyant une redistribution des usines dans les pays membres<sup>69</sup>. Malgré les difficultés rencontrées par les pays membres dans la mise en œuvre du processus d'intégration économique, l'augmentation du volume du commerce entre les pays membres porte à croire que celui-ci n'a pas été entièrement un échec<sup>70</sup>.

---

67. Parmi les produits précisés dans la NANDINA (liste de produits andins), on retrouve les produits dont le tarif a été abaissé à 0 % par des négociations bilatérales ainsi que ceux qui appartiennent aux groupes de produits couverts par la Décision n° 324 de la Communauté andine. Cette Décision établit le tarif douanier unique et le programme de libéralisation des exportations dans la région andine.

68. Dès que diverses initiatives furent prises dans le domaine du commerce international et que de nouveaux objectifs plus rapprochés dans le temps furent fixés en vue de la réalisation des plans d'intégration dans le marché commun du sud (MERCOSUR), la Communauté andine renouvela ses plans d'intégration régionale. En décembre 1991, les Ministres des pays de la Communauté andine ont signé l'Acte de Barahone qui apporta d'importantes modifications au processus d'intégration parmi lesquelles on peut mentionner l'application d'un programme de tarifs extérieurs communs échelonnés (5, 10, 15 et 20 %) pour préparer le terrain pour la réduction des tarifs externes régionaux, au lieu d'un tarif extérieur minimal.

69. A. CHAPMAN, *Le libre-échange en Amérique latine et dans les Caraïbes*, Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, 1994, pp. 12-13.

70. M. RODRÍGUEZ MENDOZA, « The Andean Group's Integration strategy », dans A. JATAR et S. WEINTRAUB (dir.), *Integrating the hemisphere perspective from Latin America and the Caribbean*, Washington, Inter-american Dialogue, March 1997, pp. 18-20.

Ceci dit, l'intégration andine semble aujourd'hui prendre, grâce aux importantes modifications apportées au fil du temps au schéma d'intégration original, un nouvel élan et une force dont elle avait grand besoin pour la libéralisation des échanges régionaux et sous-régionaux tel que cela était prévu dans l'ALADI<sup>71</sup>. L'incertitude de la libéralisation commerciale au début des années 1990 a été surmontée par la réforme de Trujillo qui constitue un pas vers une intégration économique plus dynamique et efficace et qui prend en considération d'autres domaines que ceux qui étaient prévus dans la Décision n° 236<sup>72</sup>.

Ayant constaté les importants développements qui se sont produits au sein de la Communauté andine en ce qui a trait à la libéralisation du commerce et de l'investissement, nous allons maintenant examiner les règles et les principes applicables à l'investissement étranger en vertu de la Décision n° 291.

## **2. Le régime juridique applicable aux investissements étrangers au sein de la Communauté andine : le schéma proposé par la Décision n° 291**

Avant d'analyser la réglementation actuelle applicable à l'investissement étranger dans la Communauté andine, il peut être utile de rappeler d'abord quelles sont les différentes décisions qui ont régi le sujet par le passé. Historiquement, nous pouvons affirmer que la politique pratiquée par la Communauté andine en matière d'investissement étranger n'a jamais été très libérale. La création de ce système a été prévue d'abord à l'article 27 de la Décision n° 236 (Accord de Cartagena)<sup>73</sup>. Cependant, ce n'est que la Décision n° 24 de 1970 qui

---

71. Voir l'article 2 du Traité de Montevideo. Cf. ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI), *Tratado de Montevideo de 1980*, en ligne : ALADI <<http://www.aladi.org/inicio.htm>>, (date d'accès : 20 novembre 1998).

72. Dans le cas de la Commission, l'existence d'une commission élargie permettra l'atteinte de ces buts tandis que le Secrétariat facilitera les relations avec les pays tiers.

73. L'article 27 de l'accord de Cartagena signalait que ce système devait être établi avant le 31 janvier 1970.

est venue régler le sujet de l'investissement étranger à l'intérieur de la zone. Le système mis en place était destiné à favoriser la disparition des inégalités d'ordre économique et commercial qui pouvaient exister dans la région<sup>74</sup>. Jeffrey J. Schott et Gary C. Hufbauer expliquent l'orientation du Groupe andin en précisant que les pays signataires :

[...] redoutant que le processus d'intégration n'entraîne la concentration géographique de différents secteurs et ne favorise par-là même de façon disproportionnée les nations les plus avancées, les pays du Pacte andin ont tout particulièrement mis l'accent sur une politique commune en matière d'investissements directs étrangers et de transferts de technologie [...].<sup>75</sup>

Constituée sous la forme d'un code, la Décision n° 24 fut connue sous le nom de *Code sur les investissements étrangers*. Elle prévoyait l'application d'un mécanisme additionnel à celui déjà existant en cette matière dans les droits nationaux de chaque pays membre. Ce mécanisme avait pour objectif de faciliter les rapports entre investisseurs et pays hôtes en établissant des règles claires qui promettaient une plus grande stabilité aux entreprises étrangères désireuses d'investir dans la région. De cette façon, les règles applicables en matière d'investissement étranger étaient celles prévues dans le *Code sur les investissements étrangers* qui permettait un contrôle plus efficace de l'investissement étranger sur le territoire des pays membres. Le droit national de chaque pays membre déterminait la règle applicable lorsque le Code n'y pourvoyait point.

La rigidité de ce *Code sur les investissements étrangers* provoqua une importante diminution de l'investissement étranger dans la Communauté andine pendant les années 1970 et le début des années 1980 dans la mesure où il ne permettait pas aux investisseurs nationaux ou étrangers de chercher les rendements les plus élevés. L'application des

---

74. Pour une étude approfondie à cet égard, voir T.A. O'KEEFE, « How the Andean Pact transformed itself into a friend of foreign enterprise », (1996) 30 (4) *International Lawyer, American Bar Association* 811-824, p. 811.

75. Voir J.J. SCHOTT et G. HUFBAUER, *op. cit.*, note 60, p. 290.

politiques de gestion macro-économique, l'incertitude politique dans les pays membres ainsi que ce système juridique rigide affaiblissaient le flux déjà modeste de l'investissement au lieu d'en attirer de nouveaux<sup>76</sup>.

Le système juridique créé par cette Décision se caractérisait par un fort protectionnisme et l'octroi de certains bénéfices à des secteurs considérés importants par les pays signataires. Ainsi, en vertu des règles juridiques alors en vigueur, toutes les entreprises étrangères de la région devaient, théoriquement, changer leur participation majoritaire en une position de contrôle minoritaire. Les nouveaux investissements étaient assujettis à des règles similaires avant d'être placés dans la région andine. La propriété intellectuelle était réglementée ainsi que le libre transfert des profits réalisés par l'investisseur étranger.

Ce *Code sur les investissements étrangers* a été adopté dans les législations nationales des pays membres, avec certaines particularités. Ainsi, au Venezuela et au Pérou, l'approche adoptée était plus traditionnelle tandis que dans le cas de la Colombie, de l'Équateur et de la Bolivie, les règles introduites dans les lois nationales étaient choisies en fonction de l'intérêt porté par les décideurs de l'État à l'égard de l'investissement étranger. Cette Décision a entraîné le départ du Chili du Groupe andin vers 1976, ce dernier voulant réformer son système de protection de l'investissement étranger.

En 1983, l'Équateur et la Colombie ont adopté dans leur droit national respectif des normes qui contrevenaient aux principes établis dans la Décision n° 24. En 1987, le Groupe andin (aujourd'hui connu comme la Communauté andine) décida de modifier ce système et adopta un nouveau cadre juridique. La Décision n° 24 fut en conséquence remplacée par la Décision n° 220<sup>77</sup> qui permettait aux 4 pays membres d'adopter leurs propres règles de protection des investissements et de transfert de technologie. Les lignes directrices de cette décision influencèrent la réglementation établie par

---

76. Voir R. FOLSOM, M.W. GORDON, J. SPAGNOLE Jr., *International Trade and investment*, USA, West Publishing Co., 1996, p. 413.

77. La Décision n° 220 a été adoptée, le 11 mai 1987, pendant la 44<sup>e</sup> période ordinaire des sessions tenue après la signature du Protocole de Quito.



d'autres pays latino-américains. En 1991, une nouvelle modification fut adoptée et la Décision n° 291 remplaça la Décision n° 220. Cette nouvelle décision, toujours en vigueur, présente un contenu plus libéral que les décisions antérieures, dans la mesure où elle permet la libre circulation des investissements étrangers dans la région à travers l'application du traitement national et l'exigence de ne pas lier l'investissement à des prescriptions de résultats.

*a) La portée de la Décision n° 291*

La Décision n° 291 en vigueur au sein de la Communauté andine a établi un régime commun pour les investissements intra et extra-zone. Pour bénéficier du traitement prévu par cette Décision, les investisseurs doivent être compris dans l'une ou l'autre des catégories prévues à l'article 1. Cet article prévoit l'existence de trois types d'investisseurs, à savoir : l'investisseur national, l'investisseur étranger et l'investisseur régional. Dans le premier cas, on entend par investisseur national soit l'État, soit les personnes physiques ou morales définies comme étant nationales par les lois de chaque pays membre.

Cette même définition considère également le critère de la résidence de telle façon qu'un investisseur étranger (personne physique) peut bénéficier du traitement prévu s'il a établi, de façon ininterrompue pendant une année, sa résidence sur le territoire du pays récepteur de l'investissement et s'il renonce auprès des autorités nationales à son droit de réexporter son capital et de transférer ses profits à l'étranger. Le prérequis de résidence ininterrompue pendant au moins une année sur le territoire où l'investissement sera fait pourra ne pas être exigé par les autorités nationales de l'État hôte. Le fait que l'investisseur soit obligé, selon les dispositions de la Décision n° 291, à renoncer au droit de réexporter le capital et les profits tirés par l'investissement, soit maintenu, est un autre exemple du caractère protectionniste de cette décision.

En ce qui a trait à l'investisseur étranger, celui-ci est défini par les dispositions de l'article 1 comme celui qui est propriétaire d'un investissement direct étranger. De son côté,

l'investisseur régional est défini comme l'investisseur qui est originaire d'un des pays membres autre que celui où il va investir.

Ces dispositions peuvent, à notre avis, créer certaines situations contradictoires telles que celle qui pourrait se présenter si un investisseur régional, considéré comme étant investisseur national par la Décision n° 291, était lui-même propriétaire d'un investissement direct étranger. Sur ce point, il faut dire que la situation est différente dans le cas de l'ALÉNA qui précise à son article 1113, une solution à cette problématique en prévoyant la possibilité de refuser d'accorder les avantages du chapitre 11 aux investisseurs et investissements de l'un des pays membres si l'entreprise est contrôlée ou possédée par des investisseurs d'un pays tiers et que celle-ci ne mène aucune activité commerciale importante sur le territoire de la partie où elle est légalement constituée ou organisée. La Décision n° 291, elle, ne précise rien sur le sujet.

Pour comprendre la portée de la Décision n° 291, il nous faut encore examiner la définition que celle-ci donne de l'investissement. L'article 1 de la Décision n° 291 définit l'investissement étranger direct en précisant ainsi :

Article 1 : For the purposes of the rules, the following terms shall mean :

*Direct foreign investment* : Contributions from abroad, belonging to foreign individuals or foreign legal entities, made to the capital of an enterprise in freely convertible currencies, or in physical or tangible assets such as industrial plants, new and reconditioned machinery, new and reconditioned equipment, spare parts, parts and pieces, raw materials and intermediate products.

Local currency investments from funds which are entitled to be remitted abroad and reinvestments made pursuant to these rules shall also be considered direct foreign investments.

Intangible technological contributions, such as trade marks, industrial models, technical assistance and patented or unpatented technical knowledge which may take the form of physical assets, technical documents and instructions, may be

considered by the member countries, in accordance with their respective national laws, as capital contributions.<sup>78</sup>

Deux derniers points doivent être soulignés en rapport avec cet article. Le premier d'entre eux fait référence au fait que la Décision ne précise pas clairement si l'investissement doit être étranger à la zone créée par le groupe régional ou bien au territoire de l'un des pays membres. En outre, le dernier point fait référence aux investissements réalisés par les organisations internationales dont les pays andins font partie. Selon les dispositions de la Décision n° 291, ces investissements seront considérés comme neutres<sup>79</sup>.

À notre avis, la définition fournie par l'article 1 de la Décision n° 291 à l'égard de l'investissement et de l'investisseur n'est pas du tout claire et elle risque de soulever des problèmes étant donné qu'elle n'est pas formulée sur la notion économique de l'investissement, reconnue par les dispositions de l'ALÉNA et à un moindre degré par celles du Protocole de Colonia<sup>80</sup>. En effet, dans les années qui ont suivi son adoption, plusieurs problèmes se sont posés dans la pratique, ce qui mérite qu'une réforme du régime de protection et de promotion de l'investissement en vigueur soit envisagée.

Cependant, il faut dire que la norme communautaire a éliminé de nombreux obstacles qui empêchaient le libre accès des capitaux et qu'elle demeure toujours la norme applicable à l'investissement étranger au sein de la Communauté andine.

---

78. Decision n° 291 of the Commission of the Cartagena agreement. Common Code for the treatment of foreign capital and on trademarks, patents, licences and royalties [Ci-après Décision n° 291], dans UNITED NATIONS, *International Investment Instruments: A compedium*, vol. II, coll. Regional instruments, New York, UN, 1996, pp. 447-453.

79. Selon l'Annexe de la Décision n° 291, les investissements réalisés par la Banque interaméricaine de développement, la Corporation financière internationale, la Corporation allemande pour la coopération économique, le Fonds industriel danois pour les pays en développement et la Corporation interaméricaine pour l'investissement sont considérés comme étant un capital neutre.

80. Rappelons-nous que la notion économique de l'investissement est le critère le plus répandu pour définir celui-ci. L'investissement direct étranger fait appel au pouvoir direct qu'un investisseur a sur son investissement de sorte que la définition établie par la Décision demeure restreinte, à notre avis.

b) *Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée*

En ce qui concerne le traitement national, la Décision n° 291 précise qu'il sera applicable aux investisseurs étrangers, sauf dans le cas où les lois de chacun des pays membres établissent une norme différente<sup>81</sup>. Cela n'est manifestement pas très exigeant et laisse croire que les dispositions relatives au traitement national continuent d'une façon ou d'une autre à être teintées de protectionnisme si nous les comparons à celles du MERCOSUR. Toutefois, malgré cette apparence de protectionnisme, il faut souligner que la plupart des pays andins ont libéralisé leur régime de protection et de promotion de l'investissement au niveau constitutionnel et ont promulgué des lois plus libérales<sup>82</sup>.

L'application du traitement national est établi à l'article 2 de la Décision n° 291. Cette disposition précise que, en principe, les investisseurs étrangers auront les mêmes droits et obligations que les investisseurs nationaux de chaque pays membres. Cependant, ce même article signale que le traitement national ne sera pas applicable dans les cas prévus par les lois nationales. De plus, l'article 3 de la Décision n° 291 précise que les investissements étrangers qui respectent les dispositions prévues par la décision et les lois nationales des pays membres devront être inscrits auprès de l'organisme national compétent. Pour ce faire, l'investissement direct étranger doit être exprimé en monnaie librement convertible. De cette façon, nous pouvons constater que le traitement national, dans le contexte régional andin, est assujéti à une obligation que ni les Protocoles du MERCOSUR ni le chapitre 11 de l'ALÉNA n'exigent à leurs membres, ce qui permet de reconnaître son orientation encore traditionnelle.

---

81. Les exceptions au traitement national prévu dans la Décision n° 291 se trouvent dans les lois suivantes : *Loi No. 1182 du 11 septembre de 1990* (Bolivie), *Loi No. 9 de l'année 1991* (Colombie), *Décret No. 415 du 8 janvier de 1993* (Équateur), *Décret No. 622 du 29 août de 1991* (Pérou) et le *Décret No. 2095 du 13 février 1992* (Venezuela).

82. E.A. WIESNER, « ANCOM: A new attitude toward foreign investment? », (1993) 24 *University of Miami Inter-American Law Review* 435-465, p. 449.

Un autre problème qui se présente aujourd'hui, à notre avis, est le fait que la Décision n° 291 ne précise pas, comme le font les deux Protocoles du MERCOSUR et l'ALENA, les cas spécifiques où un tel traitement ne sera pas applicable. Cette situation rend incertain le traitement prévu dans le système de protection et de promotion de l'investissement de la Communauté andine.

En ce qui a trait au sujet du traitement de la nation la plus favorisée, nous pouvons indiquer que la Décision n° 291 ne précise rien sur le sujet.

### *c) Les règles applicables en cas d'expropriation*

Afin de bien comprendre ce qu'il en est sur ce sujet au sein de la Communauté andine, il est indispensable de faire état des règles de droit international relatives à l'expropriation, et ce, étant donné que la Décision n° 291 ne contient pas d'article spécifique sur les règles à suivre en matière d'expropriation. Par ailleurs, il faut indiquer qu'avant même l'adoption de la Décision n° 291, tous les pays membres de la Communauté andine ont inclus dans leur Constitution ou leur loi relative à l'investissement étranger quelques-unes des règles applicables en matière d'expropriation d'un investissement étranger.

Dans cet ordre d'idées, nous examinerons tout d'abord quelles sont les règles juridiques applicables en matière d'expropriation que les pays membres de la Communauté andine ont incorporées dans leur système juridique national. Dans un deuxième temps, nous évaluerons quels ont été les progrès que la Communauté andine a fait en matière d'expropriation depuis l'adoption de la Décision n° 291.

En vertu des règles de droit international modernes, un État ne peut exproprier un investissement étranger ou s'approprier autrement de la totalité ou d'une partie de cet investissement, ou prendre des mesures ayant le même effet si ce n'est conformément à certains principes de base essentiels. En effet, étant donné que l'expropriation suppose la privation de la jouissance du droit de propriété, elle doit se faire pour des raisons fort importantes que l'on doit qualifier comme étant d'intérêt public. Ceci dit, pour être justifiée,

l'expropriation devra être basée sur des raisons d'intérêt public sans faire de discrimination pour cause de nationalité ou d'origine de l'investissement. De plus, l'expropriation devra comporter une compensation adéquate, juste et rapide.

Ces règles que tous les États sont tenus de respecter sont regroupées dans ce que l'on connaît comme la Formule Hull. Cette formule, élaborée par le Secrétaire d'État américain Cordell Hull en 1940<sup>83</sup>, a été adoptée par la plupart des pays récepteurs d'investissement étranger et des pays exportateurs de capitaux qui ont fait de cette formule la règle de base en matière d'expropriation. Par ailleurs, bien qu'en règle générale ces pays aient adopté la Formule Hull<sup>84</sup>, ils ne se sont pas tous mis d'accord immédiatement quant à ce que l'on doit considérer comme étant une indemnisation adéquate, juste et rapide et quant à savoir si l'on doit laisser la détermination de ces critères aux lois nationales des pays récepteurs des capitaux étrangers.

Ayant vu quelles sont les règles que les États doivent respecter en matière d'expropriation, nous allons examiner quel est l'état du droit à ce sujet dans les pays andins.

Pendant les années 1970 et 1980, les pays andins avaient mis en place un régime protectionniste qui décourageait le flux de l'investissement étranger vers leur territoire. Ce régime rendait la région andine non sécuritaire et, en conséquence, le flux de l'investissement étranger avait subi une baisse importante. Vers les années 1990, cette situation changea suite à l'adoption de la Décision n° 291 qui a introduit d'importantes modifications au régime de protection et de promotion de l'investissement étranger auparavant en vigueur.

La Décision n° 291 de 1991, suivant les règles en matière de libéralisation de l'investissement étranger, prévoit un régime juridique commun pour les pays membres de la Communauté andine. Bien que les pays andins aient incorporé les

---

83. En 1940, le Secrétaire d'État américain Cordell Hull, suite à l'expropriation des compagnies pétrolières américaines au Mexique, avait signalé que : « the right to expropriate property is coupled with and conditioned on the obligation to make adequate, effective and prompt compensation ». Voir E.A. WIESNER, *op. cit.*, note 88, p. 450.

84. La plupart de ces pays voyaient dans la Formule Hull un mécanisme favorisant la croissance économique. Voir E.A. WIESNER, *id.*, pp. 450-451.

règles de base en matière d'investissement étranger, la Décision n° 291 ne prévoit rien quant aux règles applicables en matière d'expropriation. Par ailleurs, suivant le principe du traitement national, les investisseurs étrangers bénéficient du même traitement octroyé aux investisseurs nationaux dans le territoire de chacun des pays membres de la Communauté andine. En ce sens, en analysant les règles applicables en matière d'investissement étranger au sein des pays membres, on constate que les pays andins reconnaissent que la légalité de l'expropriation dépend de l'application de certains principes.

Dans cet ordre d'idées, les lois des pays andins prévoient que l'expropriation doit se faire sur la base de la bonne foi et dans le but de satisfaire un intérêt public. De cette façon, les pays andins essayaient de promouvoir l'investissement étranger dans leur territoire et également dans la région andine. Cependant, en analysant la question relative à la compensation, on observe que bien que la plupart des pays andins aient décidé de garantir la compensation en cas d'expropriation, ils n'ont pas prévu les caractéristiques qu'une telle compensation doit présenter. Cette situation fait en sorte que la Formule Hull n'est pas respectée au sein de la Communauté andine, ce qui porte à croire qu'en ce qui a trait à l'expropriation le climat reste encore un peu défavorable à l'investissement étranger en provenance non seulement des tierces parties mais également des pays membres de la Communauté andine. Selon Wiesner<sup>85</sup>, l'attitude de cette Communauté fait croire qu'en matière d'expropriation, les pays membres de la Communauté andine ont fait un choix qui se trouve à mi-chemin entre deux écoles de pensée : celle qui reliait la question de l'expropriation au traitement national et celle qui la reliait plutôt à la norme minimale de traitement.

#### *d) Les prescriptions de résultats*

Au sujet de l'interdiction d'établir des prescriptions de résultats, nous devons signaler qu'à la différence du Protocole de Colonia, la Décision n° 291 n'établit pas de façon précise

---

85. *Id.*, pp. 452-453.

une telle prohibition. Celle-ci peut toutefois émaner des dispositions concernant l'exécution des contrats de transfert de technologie, d'assistance technique, de services techniques et autres contrats de technologie, suivant les exigences de chaque pays membre.

*e) Le libre transfert des investissements*

Le libre transfert des investissements est prévu à l'article 5 de la Décision n° 291 qui précise que le transfert de l'investissement et des profits se fait après le paiement de tous les impôts correspondant au territoire où l'investissement a eu lieu. Dans le cas de la vente des participations des investisseurs étrangers et régionaux, elles seront enregistrées devant l'organisme national compétent et ne seront pas considérées comme une réexportation du capital. De cette façon, le transfert des capitaux est libre et sans limites autres que celles déjà prévues dans les dispositions relatives à la portée de l'accord. Il remplit donc en quelque sorte les mêmes exigences minimales que les systèmes de protection et de promotion des investissements dans les ordres hémisphérique et multilatéral.

Comme autre remarque au sujet des règles de base applicables en matière d'investissement, nous devons faire état du traitement presque unique prévu dans le cas du transfert de technologie en comparaison avec les autres instruments régionaux de protection et de promotion de l'investissement.

Selon les dispositions de la Décision n° 291, les produits résultant d'une technologie exploitée en vertu des contrats de transfert de technologie, d'assistance technique, de services techniques et des autres contrats reconnus comme étant des contrats de transfert de technologie par les lois des pays membres pourront être exportés sans aucune limitation. Ce traitement est donc, à notre avis, un véritable moteur pour augmenter le flux de l'investissement dans la région.

Finalement, il nous faut ajouter que le système de protection et de promotion de l'investissement établi en vertu de la Décision n° 291 est complété par les décisions sur la double imposition entre les pays membres et sur le régime uniforme des entreprises multinationales andines.



### 3. Les règles applicables en matière de règlement de différends

Un point important sur lequel nous devons nous attarder est celui du règlement des différends en matière d'investissements étrangers. À la différence des règles applicables dans le MERCOSUR, la Décision n° 291 en vigueur au sein de la Communauté andine précise que la solution se trouve dans les lois internes de chacun des pays membres. Ce renvoi aux dispositions internes explique pourquoi certains auteurs considèrent que dans les faits, la libéralisation du traitement des investissements<sup>86</sup> n'est qu'apparence car en définitive, c'est toujours la loi nationale qui prévoit le mécanisme de solution applicable. Sur ce point, il ne faut pas oublier que le règlement des différends en matière d'investissement a commencé à prendre une orientation moins rigide à partir de la Décision n° 220 qui précisait à son article 34 que « [...] [f]or the settlement of disputes or conflicts deriving from direct foreign investments or from the transfer of foreign technology, member countries shall apply the provisions established in their local legislation [...] »<sup>87</sup>. La qualification du contenu de cet article comme étant moins rigide et en conséquence plus souple et plus libéral doit être considérée à la lumière des différences qui existent entre les dispositions établies à l'article 51 de la Décision n° 24 qui précisait ce qui suit :

No instrument pertaining to investment or to the transfer of technology may contain a clause removing disputes or conflicts from the national jurisdiction and competence of the recipient

---

86. Voir D. MANNING-CABROL, « The imminent death of the Calvo Clause and the rebirth of the Calvo principle : equality of foreign and national investors », (1995) 26 *Law and Policy in International Business* 1169-1200, p. 1178

87. ANDEAN GROUP : COMMISSION, « Decision no. 220 replacing Decision no.24, the Common foreign investment and technology licensing code, article 34 », (1988) 27 *International Legal Materials* 974-988, p. 986. Selon notre point de vue, le fait que le verbe « appliquer » soit conjugué avec l'auxiliaire au futur donne un sens obligatoire à l'article. Toutefois, nous croyons que si la loi nationale fait référence à l'utilisation de l'arbitrage pour régler les différends, il n'y a aucune raison de croire que l'on doit toujours épuiser la voie interne dans la mesure où le texte de la décision ne le précise pas.

country, or permitting subrogation by States of the rights and actions of their national investors [...].<sup>88</sup>

Le contenu de cet article répondait évidemment aux critères fixés par un régime nettement protectionniste basé sur la substitution des exportations. Le fait que l'article 34 de la Décision n° 220 assujettisse la solution des différends aux règles prévues dans les législations nationales, d'une façon moins rigide et ferme que les dispositions de l'article 51 de la Décision n° 24, rend cette première plus libérale par rapport à la deuxième. Un deuxième élément qui peut être ajouté pour vérifier la nouvelle orientation prise à l'égard du système de règlement est celui d'une libéralisation progressive de l'environnement juridique interne en vigueur dans la plupart des pays membres depuis l'année 1987<sup>89</sup>.

Malgré cette apparente libéralisation du système de protection et de promotion de l'investissement dans la région andine<sup>90</sup>, nous pouvons affirmer que le renvoi à la loi nationale demeure un problème parce que le risque d'une intervention de l'État comme juge et partie existe toujours.

Ce bref aperçu des règles et principes applicables à l'investissement au sein de la Communauté andine nous a permis d'examiner les caractéristiques présentées par ce système de protection et de promotion de l'investissement et la possibilité qu'un tel système soit appliqué dans le contexte hémisphérique.

Le système de protection et de promotion de l'investissement prévu dans la Décision n° 291 se caractérise par son approche traditionnelle. L'exemple le plus probant de l'approche traditionnelle est encore une fois le renvoi aux lois

---

88. ANDEAN GROUP, « Decision no. 24 on Common regime of treatment of foreign capital and trademarks, patents, licences and royalties, article 51 », (1977) 16 *International Legal Materials* 138-158, p. 153.

89. À titre d'exemple, il y a la libéralisation du système de protection et de promotion du Venezuela qui cherchait, vers les années 1987, à attirer un plus grand nombre d'investisseurs dans son territoire.

90. Les principaux fournisseurs de l'investissement étranger sont l'Europe et les États-Unis qui, en 1994, ont vu augmenter le flux commercial avec la région. L'Europe se retrouvait placée en tête de liste avec un volume de 3 167 millions de dollars. Quant aux États-Unis, ils étaient en deuxième place avec un volume de 735 millions de dollars.

internes pour le règlement des différends. Cependant, l'inclusion du traitement national, auparavant exclu, l'élargissement de la définition de l'investissement et l'établissement de règles en vue de garantir une compensation prompte, juste et équitable en cas d'expropriation sont des éléments qui démontrent une évolution considérable vers la libéralisation du système de protection et de promotion de l'investissement andin.

En raison de ses aspects traditionnels, ce modèle risque de ne pas être considéré comme le plus avantageux en vue de la création d'un régime de protection et de promotion de l'investissement étranger au sein de la future zone de libre-échange entre les deux groupes régionaux ainsi que dans le cas de la future Zone de libre-échange des Amériques.

Dans cet ordre d'idées, le système de protection et de promotion de l'investissement établi en vertu du Protocole de Colonia risque de l'emporter dans le cadre des négociations tenues entre la Communauté andine et le MERCOSUR dans l'objectif d'établir le cadre réglementaire de l'investissement régional.

## CONCLUSION

Les pays membres du MERCOSUR et de la Communauté andine sont engagés, depuis le milieu des années 1990, dans un processus de libéralisation des échanges et de l'investissement de plus en plus accéléré et irréversible. Cette libéralisation vise, d'une part, le perfectionnement de l'intégration économique et, d'une autre part, la croissance du commerce et de l'investissement au sein des deux groupes régionaux. La croissance du flux de l'investissement étranger au sein du MERCOSUR et de la Communauté andine a été le résultat d'un processus de libéralisation des règles régissant l'investissement et le commerce. Cette libéralisation a permis l'ouverture de plusieurs secteurs d'activités fermés auparavant aux capitaux étrangers et la commercialisation de plusieurs nouveaux produits.

Dans le cas du MERCOSUR, cette libéralisation a été possible grâce aux efforts visant le perfectionnement de l'union douanière et l'approbation, en 1994, du Protocole de

Colonia et du Protocole de Buenos Aires. Ces deux instruments ont fortement attiré les investisseurs étrangers en provenance des pays membres du MERCOSUR et des autres pays du monde. À titre d'exemple, nous pouvons observer que depuis 1995, les investissements brésiliens vers l'Argentine ont augmenté considérablement jusqu'à atteindre les 487 millions de dollars et ceux en provenance de l'Argentine vers le Brésil ont atteint les 539 millions de dollars. De plus, on peut constater que, depuis 1995, les investissements canadiens vers ce territoire ont augmenté de façon significative. Le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada a signalé à cet égard que les investisseurs canadiens sont de plus en plus intéressés à investir non seulement en Argentine et au Brésil mais aussi en Uruguay et au Paraguay. Selon un rapport de ce ministère, les réformes économiques entreprises par ces pays et le nouveau cadre juridique régissant les investissements étrangers au sein du MERCOSUR et dans chaque pays membres ont apporté plus de sécurité et de stabilité aux investissements d'origine canadienne.

Dans cet ordre d'idées, on peut affirmer que la croissance du flux de l'investissement étranger intra et extrarégional au sein du MERCOSUR a été favorisée par l'approbation d'un nouveau cadre réglementaire approuvé tant sur le plan national que régional. À cela s'ajoute l'élaboration et l'application d'importantes réformes de l'économie qui ont rendu la région de plus en plus attirante pour les investisseurs étrangers.

En ce qui a trait au cas de la Communauté andine, on constate que le flux de l'investissement étranger présente également une croissance importante depuis l'approbation de la Décision n° 291. En effet, entre 1991 et 1997, le flux de l'investissement étranger dans la Communauté andine s'est accru à un rythme jamais observé auparavant et a atteint les 14,1 milliards de dollars. Parmi les investissements les plus importants dans la région, nous retrouvons ceux en provenance du Canada qui, à peu près inexistantes auparavant, ont occupé une place importante dans l'économie régionale. Cette croissance du flux de l'investissement étranger au sein de la Communauté andine a été possible grâce aux importantes

ressources existantes dans la région et aux réformes législatives entreprises depuis 1991. Cependant, ces réformes législatives mises sur pied dans la Communauté andine n'ont pas pu garantir aux investisseurs étrangers la clarté et la transparence nécessaires pour investir en toute sécurité. En effet, bien que ces réformes aient apporté une certaine stabilité et une sécurité juridique à l'investissement étranger dans la région andine, il y a la nécessité d'appliquer de nouvelles réformes au niveau de la protection de l'investissement et du règlement des différends.

En prenant en considération les données statistiques relatives au flux de l'investissement étranger au sein des deux groupes régionaux et les caractéristiques particulières du Protocole de Colonia et de la Décision n° 291, on peut affirmer que malgré les imperfections qui subsistent au point de vue juridique, les résultats au niveau de la croissance du flux de l'investissement étranger ont été largement positifs. Le régime juridique qui a favorisé une croissance soutenue de l'investissement étranger a été celui du MERCOSUR qui, avec le Protocole de Colonia, dont les caractéristiques se rapprochent du modèle ALÉNA, fondent l'un des régimes les plus sécuritaires et importants dans les Amériques.

En effet, tel que nous l'avons constaté, le Protocole de Colonia contient des dispositions qui ont permis de garantir aux investisseurs étrangers leur droit de s'établir dans la région, d'investir en toute sécurité en raison de l'existence de règles de traitement de l'investissement claires et de le faire dans les secteurs d'activités non réservés expressément par les parties dans l'annexe du Protocole de Colonia.

Un des éléments qui ont donné, sans doute, une plus grande sécurité aux investisseurs étrangers fut l'application du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée non seulement au stade du post-établissement sur le territoire, mais aussi pendant la période du pré-établissement<sup>91</sup>.

---

91. Voir à ce sujet une étude intéressante concernant les règles en matière d'investissement étranger en Amérique latine, A. GONZÁLEZ, *Las negociaciones internacionales sobre la inversión extranjera. Elementos para la posición de los países de América Latina y el Caribe*, Doc.Sec.SELA/1998, en ligne : SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO <<http://lanic.utexas.edu/~sela/docs/spdredi-18-97.htm>> (date d'accès : 04 février 1999).

L'application de ces deux principes a permis aux investisseurs étrangers de compter avec toutes les garanties nécessaires avant même de s'établir dans le territoire des pays membres du MERCOSUR. Cela suppose que les dispositions prévues dans les lois nationales des pays membres ne pourront pas établir des mesures discriminatoires en matière du traitement ainsi que d'autres réserves que celles déjà établies dans le Protocole de Colonia.

Un autre élément ayant favorisé la croissance de l'investissement étranger au sein du MERCOSUR a été la précision de certaines normes concernant les prescriptions de résultats, la nationalité des membres du conseil d'administration et de direction de l'entreprise lorsque l'investissement suppose la constitution d'une personne morale, l'entrée temporelle des investisseurs dans le territoire et le règlement des différends moyennant l'utilisation d'un mécanisme sécuritaire qui favorise davantage l'accès à une justice équitable et sans possibilité d'être à la merci de procédures longues au cours desquelles l'état hôte risque d'être juge et partie.

La mise en place de ce régime de protection et de promotion de l'investissement étranger au plan régional, a impliqué que les pays membres du MERCOSUR reconnaissent l'importance d'établir des règles claires et transparentes afin d'attirer un plus grand nombre d'investisseurs et d'investissements dans la région. De plus, la mise en place de ce régime suppose l'existence d'une volonté favorable de la part des pays membres du MERCOSUR de poursuivre les efforts visant la libéralisation de l'investissement étranger et ce, afin de garantir à tous les investisseurs étrangers et à leurs investissements un climat libre de toute action arbitraire de la part des États membres.

Compte tenu de ces considérations, nous pouvons conclure deux choses importantes. D'une part, en raison de ses caractéristiques particulières, le Protocole de Colonia pourrait être considéré comme le modèle à suivre dans la mise en place d'un régime de protection et de promotion de l'investissement étranger à l'intérieur de la future zone de libre-échange MERCOSUR-Communauté andine. En effet, ce modèle contient des règles et des principes juridiques conformes aux exigences établies dans le cadre des négociations sur l'investissement

étranger que les 34 pays participant à la ZLÉA ont tenues depuis la rencontre ministérielle de Denver.

Deuxièmement, l'analyse des règles et principes applicables aux investissements étrangers au sein du MERCOSUR nous a permis de constater que les pays latino-américains sont de plus en plus convaincus de la nécessité d'éliminer toute entrave à la libre circulation des capitaux étrangers, et ce, étant donné l'importance de l'investissement dans la croissance économique. En d'autres termes, l'éventuelle adoption du Protocole de Colonia comme modèle devant régir l'investissement au sein de la future zone de libre-échange MERCOSUR-Communauté andine, constituerait un acte confirmant le sérieux des engagements pris par ces pays en vue d'harmoniser les règles et les principes applicables à l'investissement étranger.

Finalement, nous devons mentionner que l'application des règles contenues dans le Protocole de Colonia dans le futur accord visant la création d'une zone de libre-échange MERCOSUR-Communauté andine aura un impact important pour le Canada. Cela, compte tenu du fait que le Canada est intéressé à assumer un rôle de leadership dans le cadre des négociations de la ZLÉA et à accroître le flux du commerce et de l'investissement étranger dans le MERCOSUR et la Communauté andine, devenus ses principaux partenaires commerciaux en Amérique latine et dans les Caraïbes.

Natalia Sandoval-Peña  
990, avenue Cardinal-Rouleau, app. 4  
QUÉBEC (Québec) G1S 3L2  
Tél. : (418) 686-4116  
Courriel : nataliasandoval@rocketmail.com