



**Conférence
des Nations Unies
sur le commerce
et le développement**

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/41
TD/B/COM.2/EM.11/3
9 juillet 2002

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT
Commission de l'investissement, de la technologie
et des questions financières connexes
Septième session
Genève, 20-24 janvier 2003

**RAPPORT DE LA RÉUNION D'EXPERTS SUR L'EXPÉRIENCE D'APPROCHES
BILATÉRALES ET RÉGIONALES DE LA COOPÉRATION MULTILATÉRALE
DANS LE DOMAINE DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX À LONG
TERME, EN PARTICULIER L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER DIRECT**

tenue au Palais des Nations, à Genève,
du 12 au 14 juin 2002

TABLE DES MATIÈRES

Chapitre	Page
I. Résumé établi par la présidente.....	2
II. Questions d'organisation.....	14
Annexe	
Participation.....	16

Chapitre I

RÉSUMÉ ÉTABLI PAR LA PRÉSIDENTE

A. Points forts

1. Les experts ont tenu des débats intenses, intéressants et fructueux sur le thème de la réunion. Conformément aux principes directeurs pour le fonctionnement du mécanisme intergouvernemental de la CNUCED adoptés à l'occasion de l'examen à mi-parcours, le texte qui suit reflète «le dialogue consacré à des questions de fond par des experts venus de toutes les parties du monde, et consign[e] les grands points sur lesquels il y a accord, l'objectif étant de parvenir à un consensus sur la question»¹.
2. De nombreux accords bilatéraux d'investissement (ABI) et accords régionaux d'intégration (ARI) ont en commun les éléments suivants:
 - Préambule (buts et objectifs);
 - Champ d'application et définitions (investissements, investisseurs, territoire);
 - Normes de traitement (traitement national, traitement de la nation la plus favorisée (NPF), traitement juste et équitable, protection et sécurité totales);
 - Appropriation de biens (appropriation directe/indirecte, indemnisation en cas d'expropriation);
 - Transfert de fonds (entrées/sorties);
 - Règlement des différends (consultation, conciliation, arbitrage);
 - Subrogation (assurance des investissements);
 - Dispositions finales.
3. Il a toutefois été souligné que les éléments communs révélaient une diversité d'approches concernant le contenu spécifique de ces éléments.
4. Les principaux éléments de différence dans de nombreux ABI et ARI sont les suivants:
 - Définitions (prise en compte ou non des investissements de portefeuille; définition de l'investisseur);
 - Normes de traitement (application du traitement avant ou après l'entrée);

¹ «Principes directeurs pour le fonctionnement du mécanisme intergouvernemental de la CNUCED», TD/B(S-XIX)/4, par. 13.

- Dispositions concernant les prescriptions en matière de résultats (prise en compte ou non; en fonction des avantages concédés);
- Appropriations (y compris les appropriations réglementaires);
- Transfert de fonds (exceptions liées à des difficultés de balance des paiements et autres exceptions);
- Règlement des différends (question des relations entre investisseurs et État);
- Dispositions relatives au développement (réserves, dérogations temporaires, exonérations, exceptions, périodes de transition, etc.);
- Transparence;
- Mécanismes institutionnels (suivi, examen, révision).

5. Les considérations en matière de développement dont il pourrait être tenu compte lors de l'élaboration d'accords internationaux d'investissement sont les suivantes:

a) Chaque disposition d'un accord peut être envisagée dans l'optique d'une contribution au développement, être adaptée aux besoins des parties à l'accord, et en particulier refléter les asymétries entre les pays. En outre, tout accord peut être modelé sur les réalités économiques, sociales et politiques et éviter le piège d'une polarisation idéologique;

b) Les impératifs de flexibilité et les moyens de prendre en compte les besoins du développement sont importants: établissement de listes positives ou de listes négatives, ou combinaison des deux, libéralisation progressive, réserves, exceptions, dérogations temporaires, arrangements transitoires, mécanismes institutionnels de suivi, procédures d'examen collégial;

c) Le contenu des accords internationaux d'investissement doit se rattacher aux interprétations qui ont cours du concept de développement – par exemple pour ce qui est du droit au développement – et, de façon plus générale, tenir compte, le cas échéant, des accords et initiatives existant dans des domaines connexes;

d) Les besoins ou les impératifs du développement peuvent être pris en compte dans différentes dispositions des accords, par exemple:

- i) Objectifs des accords, tels qu'énoncés dans le préambule;
- ii) Définitions, assorties d'exceptions reposant sur des considérations concernant la forme juridique souhaitée de l'investissement, son ampleur, son échéancier et sa nature (en particulier, les capitaux à court terme de nature spéculative devraient être exclus);

- iii) Normes de traitement, permettant d'éventuelles inversions fondées sur des exceptions visant à protéger des entreprises locales ou des secteurs spécifiques, une application différée, l'octroi de privilèges spéciaux, l'application d'un traitement préférentiel sur la base de considérations ethniques;
 - iv) Dispositions relatives au transfert de fonds, assorties d'exceptions, de suspensions ou de dérogations temporaires;
 - v) Dispositions en matière de règlements des différends, assorties d'éventuelles exclusions en rapport avec la protection de l'environnement, la fiscalité et les normes prudentielles;
 - vi) Mécanismes de surveillance, permettant une évolution dynamique et continue des dispositions des accords et leur interprétation dans une optique de développement;
 - vii) Dispositions relatives à des procédures informelles pour l'examen de questions d'investissement et d'interprétation des accords (référence à la Commission du libre-échange de l'ALENA et à ses Notes d'interprétation, et aux négociations informelles à l'OCDE.
- e) Sont considérés comme particulièrement importants le principe d'un traitement spécial et différencié et son applicabilité aux accords internationaux d'investissement, comme suit:
- i) Champ d'application et définitions, et exclusions éventuelles en fonction de la taille de l'économie considérée et d'autres considérations économiques;
 - ii) Traitement, et exemptions possibles sur la base du principe relatif aux organisations régionales d'intégration économique et d'autres considérations économiques;
 - iii) Utilisation autorisée de prescriptions en matière de résultats dans la mesure où elles sont compatibles avec les règles de l'OMC en vigueur;
 - iv) Exceptions générales en fonction d'objectifs nationaux de développement, en particulier pour les petites et moyennes entreprises;
 - v) Dispositions en matière de règlement des différends qui permettent aux États d'avoir accès à une assistance technique pour la poursuite d'une procédure, et à des ressources financières spéciales pour financer les frais juridiques encourus;
 - vi) Combinaison de réglementations et de moyens d'assistance technique pour satisfaire à des normes;
- f) Les dispositions transitoires pourraient reposer sur des critères objectifs, et non sur des délais arbitraires;

g) Des mesures d'assistance technique pourraient être nécessaires pour corriger les inégalités, aussi bien techniques qu'économiques, en matière de capacité de négociation.

6. D'autres points forts ont été examinés, comme suit:

a) Éventuelle prise en compte dans les accords du droit souverain de régler l'entrée et l'établissement, et liens avec les questions d'accès aux marchés et d'établissement;

b) Éventuelle prise en compte dans les accords des tensions potentielles entre les objectifs en matière de libéralisation et les tendances protectionnistes;

c) Importance de la transparence pour l'efficacité des transactions commerciales internationales, la responsabilité des entreprises et la capacité des pays d'attirer des investissements étrangers directs;

d) Niveaux bilatéral/régional/multilatéral de réglementation: avantages et difficultés à chaque niveau; et questions de compatibilité en cas de chevauchements d'obligations et de problèmes de «bénéficiaire opportuniste» liés aux clauses NPF;

e) Accords régionaux et possibilité d'harmoniser certaines dispositions de fond des accords, concernant par exemple les incitations ou les positions adoptées vis-à-vis de tierces parties;

f) Relation entre l'interprétation juridique et l'interprétation économique des questions, dans l'optique de l'élaboration de dispositions spécifiques;

g) Interprétation de dispositions des accords à la lumière de l'expérience récente en matière d'application des accords, et nécessité d'adapter les concepts traditionnels à l'évolution des réalités;

h) Question générale de la nature du développement dans le contexte de la libéralisation en général, et des accords internationaux d'investissement en particulier;

i) Inégalités, aussi bien techniques qu'économiques, en matière de capacité de négociation;

j) Nécessité d'inscrire l'élaboration des accords internationaux d'investissement dans le contexte général de l'évolution du système économique international, et en particulier des problèmes posés par le lourd endettement d'un certain nombre de pays en développement, de la nécessité continue de l'aide publique au développement et du système financier international.

B. Résumé des débats

7. Les débats des experts sur le point 3 de l'ordre du jour se sont organisés autour des trois thèmes suivants:

a) Éléments communs des accords bilatéraux d'investissement (ABI) et des accords régionaux d'intégration (ARI);

b) Éléments de différence des accords bilatéraux d'investissement et des accords régionaux d'intégration;

c) Questions concernant le développement.

8. Dans sa déclaration liminaire, le Directeur de la Division de l'investissement, de la technologie et du développement des entreprises a dit que la convocation de la réunion répondait au double impératif de l'application par la CNUCED de son mandat et du mandat découlant de la quatrième Conférence ministérielle de l'OMC. Dans ce contexte, il a rappelé le précédent cycle de réunions d'experts tenues sur les «aspects favorables au développement» des accords internationaux d'investissement. Conformément aux «principes directeurs pour le fonctionnement du mécanisme intergouvernemental de la CNUCED» adoptés lors de l'examen à mi-parcours, le résultat de la réunion se présenterait sous la forme d'un résumé de la Présidente qui indiquerait, chaque fois que possible, les domaines de consensus et les problèmes. Le Directeur a souligné qu'il espérait que cette nouvelle présentation flexible et moins contraignante faciliterait les débats sur le contenu, l'élaboration et l'application de dispositions relatives au développement dans les accords internationaux d'investissement. À un moment où la communauté internationale examinait la question d'un cadre international pour l'investissement étranger, il était d'une importance cruciale de réfléchir à la nécessité d'une prise en compte des impératifs et des besoins du développement dans les règles en matière d'investissement. Parallèlement, de nouveaux problèmes pouvaient se poser concernant la protection et la promotion de l'investissement et des investisseurs, et il fallait s'intéresser aux préoccupations et aux priorités en matière de développement des communautés au sein desquelles ces investissements intervenaient.

9. Dans sa présentation du point 3 de l'ordre du jour, le Chef du Service des politiques d'investissement et du renforcement des capacités de la Division de l'investissement, de la technologie et du développement des entreprises a souligné que l'élaboration de règles internationales concernant l'investissement revêtait de multiples aspects et englobait les niveaux bilatéral, régional, interrégional et multilatéral. Fin 2001, l'univers des règles et normes internationales en matière d'investissement étranger comprenait plus de 2 000 accords bilatéraux d'investissement (ABI), quelque 2 100 conventions de double imposition et plus de 140 accords régionaux d'intégration (ARI) mettant en jeu, sous une forme ou sous une autre, presque tous les pays du monde. Ces instruments présentaient une diversité de formes, allant d'instruments obligatoires à des instruments d'application volontaire et toutes les combinaisons entre les deux, avec divers degrés d'engagement. Au total, ils avaient créé un réseau dense et complexe d'engagements et d'obligations. Le Chef du Service a rappelé que l'un des objectifs de la réunion d'experts serait de présenter un tableau structuré de cette complexité en mettant en avant les éléments communs à la plupart de ces instruments, en déterminant les principaux domaines de divergence, et en indiquant si ces similarités et ces différences avaient évolué au cours des cinq à six dernières années, et, dans l'affirmative, dans quel sens. En outre, la réunion devrait aider le secrétariat à clarifier la façon dont les considérations de développement étaient prises en compte dans ces instruments internationaux.

10. Le contenu des ABI s'était progressivement standardisé au fil des ans, et leurs principales dispositions traitaient généralement du champ d'application et de la définition de l'investissement étranger, de l'admission des investissements, du traitement national et du

traitement NPF, ou encore de l'application d'un traitement juste et équitable, des garanties et des indemnités en cas d'expropriation, des garanties de libre transfert des fonds, et du règlement des différends, à la fois entre États et entre investisseurs et États. Les principales différences concernaient la formulation de l'admission et l'entrée de l'investissement, la promotion de l'investissement, les normes générales de traitement et les prescriptions en matière de résultats. Des différences pouvaient également exister dans les dispositions concernant le champ d'application et l'éventail des exceptions aux normes de traitement national et de traitement NPF, les normes d'indemnisation en cas de nationalisation, les exceptions au titre de la balance des paiements concernant le transfert de fonds, et l'obligation d'avoir épuisé toutes les voies de recours au niveau local en cas de différend entre investisseur et État.

11. Concernant les instruments régionaux, beaucoup comprenaient des dispositions relatives à l'investissement, tout comme un certain nombre d'accords commerciaux qui ne portaient pas expressément sur l'investissement. Seul un tout petit nombre d'instruments régionaux étaient entièrement consacrés à l'investissement. Le Chef du Service a souligné que les éléments communs à ces instruments régionaux étaient beaucoup moins évidents que dans le cas des ABI. Les accords régionaux sur l'investissement (ARI) visant à la protection des investissements avaient tendance à présenter des définitions larges et générales; ceux qui visaient à la libéralisation utilisaient parfois des définitions relativement plus étroites de l'investissement, eu égard aux différences entre les investissements étrangers directs et d'autres types de transactions internationales. Des dispositions relatives à la promotion de l'investissement existaient dans plusieurs ARI, même si elles avaient tendance à être modestes et de caractère général. De nombreux ARI prévoyaient désormais à la fois un traitement NPF et un traitement national, mais seulement après l'entrée. Un grand nombre de ces accords régionaux prévoyaient des dispositions relatives au libre transfert de fonds en rapport avec l'investissement. De même, la question des difficultés de balance des paiements était abordée dans un nombre croissant d'ARI. Quelques accords prévoyaient la possibilité d'un règlement des différends par voie de consultations et de négociations, tandis que d'autres prévoyaient des consultations par l'intermédiaire d'un organisme chargé de la surveillance et de l'application de l'accord. Par ailleurs, la question de l'entrée et de l'établissement des investissements relevait d'une diversité d'approches dans les ARI, qui avaient également tendance à diverger pour ce qui était des prescriptions en matière de résultats.

12. Concernant les dispositions relatives au développement, le Chef du Service a dit que cet aspect était extrêmement limité dans les ABI, dont le principal rôle à cet égard serait de contribuer à l'instauration d'un environnement favorable et stable pour l'investissement étranger, tout en laissant une latitude assez grande aux pays en développement pour poursuivre leurs objectifs propres. Les ABI facilitaient les investissements et ils pouvaient ainsi avoir une incidence positive sur le développement. Toutefois, dans l'état actuel de la pratique, ils ne semblaient pas d'une manière générale comporter de dispositions spécifiques aux questions de développement. En revanche, certains ARI comportaient explicitement des dispositions traitant du développement. Comme la vaste majorité des accords internationaux, les ARI prévoyaient aussi diverses exceptions, sauvegardes et périodes de transition devant permettre de tenir compte des objectifs et des besoins différents de parties se situant à différents niveaux de développement. De telles mesures pouvaient s'appliquer à l'ensemble des dispositions de fond et avoir une importance particulière pour ce qui était des normes de traitement, aussi bien avant

qu'après l'entrée. Une catégorie spéciale d'exceptions concernait aussi les rapatriements de fonds.

13. En conclusion, le Chef du Service a dit que les tendances des dernières années montraient que la pratique actuelle concernant les ABI et les ARI, sans traiter expressément de questions de développement, n'était en aucune manière incompatible avec la prise en compte de telles questions. Une clarification des interactions entre les normes actuelles de protection des investisseurs et de promotion de l'investissement et les meilleurs moyens d'intégrer une optique de développement dans l'évolution de ces normes serait donc nécessaire.

14. Deux spécialistes ont ensuite présenté des communications. Sur la question des éléments communs, M. Sornarajah, de l'Université nationale de Singapour, a souligné les similitudes qui existaient dans les ABI et les ARI pour ce qui était de la structure externe et interne. Presque tous les accords comportaient un préambule qui faisait référence aux avantages mutuels que toutes les parties devraient retirer de l'accord en question – y compris une référence à la réciprocité des flux, ce qui était en fait une formulation inexacte compte tenu du caractère unidirectionnel des flux d'investissements, des pays exportateurs de capitaux vers les pays importateurs. Suivaient généralement des dispositions concernant les définitions, le champ d'application de l'accord – certains accords se montrant assez restrictifs (en excluant par exemple les investissements étrangers de portefeuille) – et les questions de traitement. Là, un élément généralement commun était l'octroi du traitement national et du traitement NPF, même si chaque accord prévoyait un certain nombre d'exemptions empruntant diverses modalités. La plupart des accords garantissaient un traitement juste et équitable, mais cette expression restait très vague pour ce qui était de son interprétation par rapport à des normes internationales minimales. De même, la plupart des accords traitaient de la question de l'appropriation de biens, qui dans la pratique récente renvoyait le plus souvent à l'appropriation indirecte, outre la question des expropriations directes, moins importante dans l'actuel climat économique. Dans ce contexte, les mentions dans les accords d'actes équivalant à une appropriation présentaient un large éventail de différences. (En particulier, l'application de l'ALENA avait révélé un certain nombre de problèmes ou de difficultés liées à cette approche.) Les accords traitaient aussi couramment de la question des indemnisations, généralement pour ce qui était des délais, des montants et de l'efficacité, et indiquaient des critères tels que le bien public, le caractère non discriminatoire et la régularité des procédures. Une question annexe à cet égard était celle de la subrogation, qui figurait également dans la plupart des accords internationaux d'investissement. En outre, les ABI et les ARI traitaient du rapatriement des fonds et du règlement des différends entre États, ainsi qu'entre investisseurs et États. Même si cela n'était pas commun à tous les accords, car cela touchait à des questions de statut impliquant de reconnaître les droits des investisseurs et d'accorder le bénéfice de mesures de recours à des acteurs non étatiques, il y avait malgré tout une certaine convergence, par exemple pour ce qui était de l'épuisement des voies de recours au niveau local. La référence à l'arbitrage se retrouvait dans toutes les dispositions concernant le règlement des différends d'État à État. Enfin, tous les accords comportaient des dispositions relatives à la cessation ou à l'extinction de l'accord.

15. Le second spécialiste, M. P. Muchlinski, de la Kent Law School de l'Université de Kent, au Royaume-Uni, a ajouté, à propos des éléments traditionnellement communs à tous ces instruments, qu'il était nécessaire de réfléchir à l'équilibre à trouver entre le droit de réglementer, d'une part, et la nécessité d'ouvrir les marchés, de l'autre. Il a souligné qu'il était

important d'élargir la base de référence pour l'examen des dispositions des accords, et aussi de tenir compte de la pratique internationale en vigueur dans d'autres domaines. Concernant le règlement des différends, il a évoqué la nécessité de fournir une assistance adéquate aux pays en développement pour leurs procédures de règlement des différends ainsi que de consultation et d'arbitrage.

16. Les principaux points ci-après sont ressortis des débats qui ont suivi:

a) Les experts ont dit que l'évolution continue des concepts figurant dans les ABI et les ARI illustre la participation croissante des pays en développement à la protection et à la promotion des investissements, ainsi que la complexité grandissante des questions économiques qui devaient être abordées. Ils ont insisté sur la nécessité d'une adaptation des normes traditionnelles aux réalités économiques et aux pratiques commerciales modernes, s'agissant en particulier du mode d'entrée et d'établissement et des opérations postérieures à l'entrée.

b) Plusieurs experts ont attiré l'attention sur la nécessité de tirer des enseignements de l'expérience acquise en matière d'ABI et d'ARI, y compris les meilleures pratiques, pour un contexte multilatéral et, d'une façon plus générale, du rôle global des ABI compte tenu de la multiplication d'approches régionales et multilatérales.

c) Les experts ont souligné que les accords pouvaient et devaient illustrer les droits souverains de réglementer l'entrée et l'établissement et leurs relations avec les questions d'accès aux marchés et d'établissement. En outre, les accords pouvaient illustrer les tensions possibles entre les objectifs en matière de libéralisation et les tendances protectionnistes.

d) Pour ce qui était des dispositions relatives à la définition de l'investissement, la prise en compte des investissements étrangers de portefeuille pouvait susciter des incertitudes quant aux personnes ou aux entités auxquelles les accords conféraient des droits. En même temps, il a été souligné que le champ d'application de ces dispositions devait correspondre aux réalités économiques. Dans ce contexte, quelques experts ont dit qu'il faudrait éviter tout traitement différencié indu entre différents types d'investissement, par exemple en excluant les investissements étrangers de portefeuille de la définition des investissements visés.

e) Concernant les dispositions relatives à la transparence, les experts ont dit qu'il était nécessaire d'offrir certitude et prévisibilité aux investisseurs par un libre accès à l'information concernant les lois, règles et règlements régissant l'investissement, ainsi que les procédures administratives, de façon à leur éviter toute surprise inutile dans leurs relations avec les pays d'implantation. Il a également été souligné que la transparence était importante pour la responsabilité des entreprises et des gouvernements. Dans ce contexte, des questions ont été soulevées quant au champ d'application nécessaire des dispositions relatives à la transparence, s'agissant en particulier de leur faisabilité technique dans les pays en développement.

f) Au cours de la discussion sur les appropriations, en particulier les appropriations réglementaires, il a été souligné qu'une rupture ordinaire de contrat ne constituerait normalement pas un manquement à un accord international, puisque celui-ci ne concernait que les mesures – ou l'absence de mesures – prises par des gouvernements qui influaient sur les droits des investisseurs.

g) Quelques experts ont évoqué la nécessité d'étudier la pratique en matière d'accords, s'agissant en particulier des dispositions relatives aux appropriations indirectes et de l'usage croissant qui en était fait. Cela vaudrait également pour les dispositions concernant le traitement juste et équitable et leur interprétation dans la pratique. Les différends que pourraient susciter ces deux questions grèveraient considérablement les ressources (aussi bien financières que techniques) des pays en développement. Il serait utile à cet égard d'établir un répertoire de cas.

h) Il a été souligné que la définition des différends en matière d'investissement devrait être accordée à des complexités économiques qui non seulement exigeraient une approche flexible reposant sur une analyse fonctionnelle, mais feraient aussi ressortir l'importance d'une approche individuelle et de mécanismes de consultation.

i) Pour ce qui était des dispositions relatives au règlement des différends entre investisseurs et État, de nombreuses références ont été faites aux discussions et négociations en cours dans l'hémisphère occidental. Il y était notamment question – dans un certain nombre de cas – de la constitutionnalité de ces dispositions à savoir que l'octroi d'un traitement plus favorable aux investisseurs étrangers (à savoir l'accès à l'arbitrage international) qu'aux investisseurs nationaux pourrait être considéré comme anticonstitutionnel. Par ailleurs, des questions relatives au «déficit démocratique» dans l'activité normative internationale dans ce domaine ont été abordées.

j) Il a également été noté que la pratique traditionnelle concernant les ABI, qui témoignait d'une fonctionnalité inchangée de ces accords, ne laissait guère de possibilités d'adaptation. Des modèles d'accords spécialement établis à cet effet ne semblaient pas offrir la flexibilité suffisante pour tenir compte des situations spécifiques des pays en développement. Il serait donc nécessaire d'élaborer des normes d'ABI pour pays en développement, en même temps que de renforcer les capacités à cet égard.

17. À propos des différences entre les ABI et entre les ARI, les spécialistes ont plus particulièrement évoqué la question de l'entrée et de l'établissement des investissements. Un nombre croissant d'ARI et d'ABI récents visaient à libéraliser la phase d'admission par une extension des dispositions en matière de traitement NPF et de traitement national à la phase antérieure à l'entrée, souvent assujettie à des exceptions sectorielles et autres sous la forme d'options de refus (liste négative, approche descendante comme dans l'ALENA) ou d'options d'acceptation [liste positive, approche agrégative comme dans l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)]. La pratique actuelle concernant les ABI et les ARI indiquait également des différences dans les dispositions relatives aux prescriptions en matière de résultats, qui étaient parfois détaillées. En outre, il a été souligné que les éléments communs des accords internationaux d'investissement révélaient une diversité d'approches quant à leur contenu spécifique. En particulier, le champ d'application et les définitions variaient pour ce qui était d'étendre l'application (protection) de l'accord aux investisseurs, allant d'approches qui englobaient quasiment tous les actifs étrangers à des définitions plus étroites limitant l'application de l'accord aux investissements, par le biais de références à la conformité avec les lois et règlements nationaux, à des types ou à des montants d'investissement, ou encore à des formes juridiques d'enregistrement qui renvoyaient également à des questions de contrôle et de propriété du capital. S'ajoutaient à cela des références au calendrier des investissements et à la durée d'application de l'accord. De même, les dispositions standard en matière d'appropriation

étaient d'approches extrêmement diverses, s'agissant en particulier des appropriations réglementaires et des exceptions et applications prévues de ces dispositions. Concernant le règlement des différends entre investisseurs et État, la plupart des accords prévoyaient un recours automatique à l'arbitrage, mais certains exigeaient au préalable l'épuisement de toutes les voies de recours au niveau local et des consultations préalables. De même, si la question du transfert de fonds était couramment traitée dans la majorité des accords internationaux d'investissement, des différences apparaissaient avec plusieurs exceptions concernant la tenue des comptes, le blanchiment d'argent, les infractions à des décisions de justice, et, surtout, les difficultés de balance des paiements.

18. Les points ci-après sont ressortis des débats qui ont suivi:

a) Si la structure et la présentation générales des ABI étaient restées largement inchangées au fil des ans, le contenu de ces accords révélait une évolution sur plusieurs aspects, avec des différences concernant en particulier les questions de traitement, la transparence, le règlement des différends entre investisseurs et État, la question des prescriptions en matière de résultats et des nouveaux sujets tels que les normes environnementales et les normes de travail.

b) Quelques experts ont noté que les différences d'approche pouvaient indiquer une incertitude quant à l'interprétation des termes et expressions établis. La pratique récente illustre ce phénomène pour ce qui était non seulement de la flexibilité des approches, mais aussi d'une interprétation plus prudente des clauses standard. Un élément extrêmement révélateur à cet égard était la question des appropriations, et la question connexe d'un manque de constance de l'arbitre et de l'influence de celui-ci sur les politiques adoptées par les pouvoirs publics dans des secteurs essentiels. L'expérience récente en matière d'interprétation des éléments d'un accord qui allaient au-delà de l'intention originale de l'accord illustre tout le problème.

c) Un autre sujet concernait les problèmes de compatibilité entre les différents niveaux d'obligations consacrés dans les différents accords auxquels un État pouvait être partie. Le plus problématique à cet égard serait une éventuelle extension des dispositions d'un accord (et de ses normes élevées) à des parties extérieures à cet accord par l'application de clauses NPF, et les problèmes de «bénéficiaire opportuniste» associés à ce phénomène. À ce sujet, référence a été faite à l'applicabilité de la Convention de Vienne et aux dispositions existant dans un certain nombre d'accords qui renvoyaient à d'autres obligations des parties contractantes, ainsi qu'aux clauses en matière d'organisation régionale d'intégration économique figurant dans plusieurs ABI et ARI.

d) Concernant la portée et l'applicabilité des dispositions des accords, il a été fait référence à de possibles combinaisons d'approches descendantes et d'approches agrégatives. Dans les futures négociations, cela pourrait conduire à s'interroger sur l'utilité d'une distinction entre biens et services.

e) Des différences dans les dispositions en matière de traitement illustraient également la difficulté d'une application uniforme de telles normes dans des situations d'économie mixte (présence simultanée d'entreprises d'État, d'entreprises privées et d'entreprises mixtes). Dans ce contexte, la question de l'application des accords à des entités autres que des entreprises a également été abordée.

f) Il a été estimé que des instruments d'application volontaire pouvaient proposer des normes plus élevées (de libéralisation) que cela ne serait possible avec des instruments juridiquement contraignants.

g) Enfin, la question a été posée de savoir si le droit de réglementer allait au-delà des questions d'expropriation et englobait les prescriptions en matière de résultats et d'autres conditions imposées aux investisseurs étrangers.

19. Dans sa présentation des aspects relatifs au développement des accords internationaux d'investissement, le Directeur de la Division de l'investissement, de la technologie et du développement des entreprises a souligné les raisons pour lesquelles et les moyens par lesquels les besoins en matière de développement pouvaient être et avaient été abordés dans les accords internationaux d'investissement. Les spécialistes ont évoqué le contexte global des questions de développement et leur prise en compte dans les accords internationaux d'investissement, en proposant un panorama général des divers moyens utilisés à cet effet, et aussi des considérations de politique générale que cela impliquait.

20. Les points ci-après sont ressortis des débats qui ont suivi:

a) Chaque disposition d'un accord pouvait être envisagée dans l'optique d'une contribution au développement, être adaptée aux besoins des parties à l'accord, et en particulier refléter les asymétries entre les pays. En outre, tout accord pouvait être modelé sur les réalités économiques, sociales et politiques et éviter le piège d'une polarisation idéologique.

b) Il a également été souligné que le contenu des accords internationaux d'investissement devait se rattacher aux interprétations qui avaient cours du concept de développement – par exemple s'agissant du droit au développement – et, d'une manière plus générale, tenir compte, chaque fois que possible, des accords et initiatives existant dans des domaines connexes.

c) Les experts ont souligné l'importance de la flexibilité et des moyens de tenir compte des aspects liés au développement; il pouvait s'agir de listes positives ou de listes négatives, ou d'une combinaison des deux, d'une libéralisation progressive, de réserves, d'exceptions, de dérogations temporaires, d'arrangements transitoires, de mécanismes institutionnels de suivi, de procédures d'examen collégial.

d) Il a été souligné que la flexibilité des approches pouvait être obtenue au moyen de procédures (organes d'examen chargés du suivi de l'application d'un accord) et de mécanismes de révision. La pratique, dans certains ARI, d'examens collégiaux reposant sur des consultations et des discussions a été citée en exemple. En outre, des dispositions pouvaient faire l'objet de réserves, d'exceptions et de dérogations temporaires (en période de crise économique). En général, la libéralisation progressive et les approches graduelles, combinées avec des procédures fortes, des engagements affirmés vis-à-vis de l'objectif ultime et des obligations en matière de transparence, pouvaient contribuer à réduire l'écart entre les objectifs de la libéralisation et les considérations de politique générale visant à préserver la souveraineté nationale. Le degré de réglementation requis aux fins des objectifs de développement devrait être déterminé dans ce contexte.

e) Par ailleurs, des approches relevant de considérations plus générales pouvaient contribuer à une stratégie plus globale de la promotion des investissements. À cet égard, il a été indiqué que, d'une manière générale, les ARI pouvaient viser à la libéralisation non seulement des mouvements de capitaux, mais aussi des mouvements de main-d'œuvre, contribuant ainsi à corriger les asymétries économiques entre pays développés exportateurs de capitaux et pays en développement exportateurs de main-d'œuvre.

f) Concernant la rédaction de dispositions spécifiques, les experts ont souligné que les besoins en matière de développement pouvaient être pris en compte de diverses façons, notamment dans la formulation des objectifs, dans le préambule. Les définitions permettaient de prévoir des exceptions reposant sur des considérations relatives à la forme juridique souhaitée de l'investissement, son ampleur, son échéancier et sa nature (en particulier, il convenait d'exclure les capitaux à court terme de nature spéculative). Les normes de traitement permettaient d'éventuelles inversions reposant sur des exceptions visant à protéger des entreprises locales ou des secteurs spécifiques, une application différée, l'octroi de privilèges spéciaux, et l'application d'un traitement préférentiel sur la base de considérations ethniques. Les dispositions en matière de transfert de fonds pouvaient comporter des exceptions, des suspensions ou des dérogations temporaires. Les dispositions en matière de règlement des différends pouvaient prévoir d'éventuelles exclusions en rapport avec la protection de l'environnement, les questions fiscales et les normes prudentielles. Enfin, l'importance des mécanismes de surveillance a été soulignée, dans la mesure où ils permettaient une évolution dynamique et continue des dispositions des accords et leur interprétation dans une optique de développement.

g) Concernant les dispositions relatives au développement, les experts ont évoqué la Commission de libre-échange de l'ALENA et ses Notes d'interprétation des dispositions de l'Accord; c'était un exemple d'approche évolutive qui privilégiait non pas la renégociation ou la réinterprétation des dispositions, mais plutôt leur clarification dans la pratique conventionnelle. Cette approche pourrait fort bien servir de modèle pour l'inclusion dans les accords de dispositions en faveur du développement. Un expert a évoqué l'AGCS en tant qu'autre modèle possible.

h) Les experts ont également souligné l'importance du principe d'un traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement et son éventuelle applicabilité aux accords internationaux d'investissement. Cela pourrait prendre la forme d'exceptions concernant le champ d'application et les définitions, en fonction de la taille de l'économie considérée et d'autres considérations économiques; d'exemptions aux normes en matière de traitement, en fonction du principe relatif aux organisations régionales d'intégration économique et d'autres considérations économiques; de l'utilisation autorisée de prescriptions en matière de résultats dans la mesure où elles étaient compatibles avec les règles de l'OMC en vigueur; d'exceptions générales en fonction d'objectifs nationaux de développement, en particulier pour les petites et moyennes entreprises; de dispositions en matière de règlement des différends permettant aux États d'avoir accès à une assistance technique pour la poursuite d'une procédure et à des ressources financières spéciales pour le financement des frais juridiques encourus; et d'une combinaison de réglementations et de moyens d'assistance technique pour l'application des normes fixées par les États.

i) Les arrangements transitoires pourraient reposer sur des critères objectifs, et non sur des délais arbitraires.

j) Quelques experts ont également souligné l'importance pour les pays d'être en mesure de tirer profit des dispositions des accords, et donc d'avoir la capacité nationale d'en maîtriser les aspects techniques – témoin les difficultés posées par les procédures d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements –, et les aspects de fond – témoin le manque de capacités économiques (industrialisation, etc.). Dans ce contexte, on a évoqué les possibilités d'accroître l'attrait géostratégique des pays par une intégration régionale, et la question concomitante de l'ampleur de l'harmonisation nécessaire dans ce cas, en allant de codes communs pour les entreprises à des systèmes d'incitation et à l'attitude à adopter vis-à-vis de tierces parties.

k) Même si la protection des investissements et des investisseurs dans les accords internationaux d'investissement contribuait de fait à la promotion de l'investissement, les dispositions concernant cette promotion proprement dite étaient relativement vagues et peu précises, d'où la question de savoir comment les formuler concrètement compte tenu des considérations entrant en jeu dans les décisions d'investissement du secteur privé. Dans ce contexte, on a évoqué en tant qu'éléments pouvant être pris en considération les mesures d'incitation et une répartition efficace des ressources.

Chapitre II

QUESTIONS D'ORGANISATION

A. Convocation de la Réunion d'experts

21. La Réunion d'experts sur l'expérience d'approches bilatérales et régionales de la coopération multilatérale dans le domaine des investissements internationaux à long terme, en particulier l'investissement étranger direct, a eu lieu au Palais des Nations, à Genève, du 12 au 14 juin 2002.

B. Élection du bureau

22. À sa séance d'ouverture, la Réunion d'experts a élu le bureau ci-après:

Présidente: M^{me} Margaret Liang (Singapour)

Vice-Président/Rapporteur: M. Marinus Sikkel (Pays-Bas)

C. Adoption de l'ordre du jour

(Point 2 de l'ordre du jour)

23. À la même séance, la Réunion d'experts a adopté l'ordre du jour provisoire qui avait été distribué sous la cote TD/B/COM.2/EM.11/1; l'ordre du jour de la Réunion se lisait donc comme suit:

1. Élection du bureau
2. Adoption de l'ordre du jour
3. Expérience d'approches bilatérales et régionales de la coopération multilatérale dans le domaine des investissements internationaux à long terme, en particulier l'investissement étranger direct.
4. Adoption du rapport de la Réunion.

D. Documentation

24. Pour l'examen de la question de fond de son ordre du jour, la Réunion d'experts était saisie d'une note du secrétariat de la CNUCED intitulée «Expérience d'approches bilatérales et régionales de la coopération multilatérale dans le domaine des investissements internationaux à long terme, en particulier l'investissement étranger direct» (TD/B/COM.2/EM.11/2).

E. Adoption du rapport de la Réunion

(Point 4 de l'ordre du jour)

25. À sa séance de clôture, la Réunion d'experts a autorisé le Rapporteur à établir, sous l'autorité de la Présidente, le rapport final de la Réunion.

Annexe

PARTICIPATION*

1. Des experts des États membres de la CNUCED ci-après ont participé à la Réunion:

Albanie	Italie
Angola	Japon
Australie	Kirghizistan
Bélarus	Malawi
Bénin	Maroc
Botswana	Maurice
Brésil	Mexique
Burkina Faso	Népal
Canada	Nigéria
Chili	Norvège
Chine	Oman
Congo	Ouganda
Costa Rica	Pakistan
Croatie	Pays-Bas
Cuba	Pérou
Égypte	Qatar
Équateur	République centrafricaine
Espagne	République de Corée
Estonie	République démocratique du Congo
États-Unis d'Amérique	République tchèque
Éthiopie	Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord
Fédération de Russie	Sénégal
Finlande	Sierra Leone
France	Singapour
Guinée	Suisse
Inde	Thaïlande
Indonésie	Zambie
Iran (République islamique d')	

* La liste des participants porte la cote TD/B/COM.2/EM.11/INF.1.

2. Les organismes intergouvernementaux ci-après étaient représentés à la Réunion:

Association européenne de libre-échange

Centre Sud

Communauté des Caraïbes

Ligue des États arabes

Organisation arabe du travail

Organisation de coopération économique

Organisation de coopération et de développement économiques

Invité spécial

Communauté de l'Afrique de l'Est

3. Une institution spécialisée et une institution apparentée étaient représentées:

Organisation des Nations Unies pour le développement industriel

Organisation mondiale du commerce

4. La Commission économique et sociale pour l'Asie occidentale et le Centre du commerce international CNUCED/OMC étaient représentés à la Réunion.

5. Les organisations non gouvernementales ci-après étaient représentées:

Catégorie générale

Chambre de commerce internationale

Fonds mondial pour la nature (WWF International)

6. Ont également participé à la Réunion:

M. M. Sornarajah, professeur à l'Université nationale de Singapour

M. Peter Muchlinski, professeur à la Kent Law School, Canterbury (Royaume-Uni)

M. Chung Tech Khov-Schild, adjoint scientifique, SECO, Berne (Suisse).
