



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

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/EM.12/2
23 septembre 2002

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DEVELOPPEMENT

Commission de l'investissement, de la technologie et des questions
financières connexes

Réunion d'experts sur la contribution de l'IED au développement:
politiques visant à accroître le rôle de l'IED dans l'amélioration
de la compétitivité des entreprises et des résultats économiques
des pays d'accueil, compte tenu des interactions entre le commerce
et l'investissement, aux niveaux national et international

Genève, 6-8 novembre 2002

Point 3 de l'ordre du jour provisoire

**LA CONTRIBUTION DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER DIRECT AU
DÉVELOPPEMENT: POLITIQUES VISANT À ACCROÎTRE LE RÔLE DE
L'IED AUX NIVEAUX NATIONAL ET INTERNATIONAL - QUESTIONS
DE POLITIQUE GÉNÉRALE À EXAMINER**

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

La présente note traite d'une série, nullement exhaustive, de questions qui appellent un examen attentif aux fins d'analyse de la contribution de l'investissement étranger direct au développement, notamment dans l'optique de la négociation d'accords internationaux d'investissement. Il met plus spécialement l'accent sur des questions qui concernent, premièrement, le rôle que peuvent jouer les politiques des pays d'accueil en matière d'IED pour encourager les synergies entre l'IED et les entreprises locales; deuxièmement, le rôle potentiel des politiques des pays d'origine dans ce contexte; et troisièmement le point de savoir comment concevoir et appliquer les accords internationaux d'investissement de manière à concilier les intérêts des pays d'origine et des pays d'accueil en tenant compte des politiques et des objectifs de développement des pays d'accueil et de leur droit de réglementer.

TABLE DES MATIÈRES

<u>Chapitre</u>	<u>Page</u>
Introduction	3
I. Mesures adoptées par les pays d'accueil	5
II. Mesures adoptées par les pays d'origine	10
III. Le droit de réglementer et les sauvegardes	16
Références	24

INTRODUCTION

1. La Commission de l'investissement, de la technologie et des questions financières connexes, à sa sixième session tenue du 21 au 25 janvier 2002, a décidé d'organiser une «Réunion d'experts sur la contribution de l'IED au développement: politiques visant à accroître le rôle de l'IED dans l'amélioration de la compétitivité des entreprises et des résultats économiques des pays d'accueil, compte tenu des interactions entre le commerce et l'investissement, aux niveaux national et international».
2. Le thème choisi est particulièrement pertinent vu que l'analyse des politiques dans le domaine de l'investissement fait l'objet d'une recommandation dans la Déclaration ministérielle issue de la réunion de l'Organisation mondiale du commerce de Doha, et étant donné la nécessité d'obtenir, à tous les niveaux, des contributions au débat sur la «dimension développement» des négociations sur les accords internationaux d'investissement.
3. L'investissement étranger direct (IED) peut jouer un rôle significatif dans le processus de développement de l'économie des pays d'accueil. L'IED peut être un moyen de se procurer, non seulement des capitaux, mais aussi des technologies, des connaissances, un savoir-faire gestionnaire et d'autres apports extérieurs importants; de s'intégrer dans les réseaux internationaux de commercialisation, de distribution et de production; et d'améliorer la compétitivité internationale des firmes et les résultats économiques des pays. Dans le même temps, ni les apports d'IED ni les avantages qui en résultent ne sont automatiques.
4. Les gouvernements doivent se demander quel rôle ils souhaitent que l'IED à destination de leur pays soit appelé à jouer dans le processus de développement de leur économie, et formuler en conséquence leurs politiques en matière d'IED. Les principaux objectifs consistent donc à attirer plus spécialement des investissements en rapport avec les finalités du développement; à maximiser les avantages potentiels tirés de l'IED; et à réduire au minimum les effets négatifs (par exemple les problèmes de balance des paiements, les phénomènes d'éviction, le recours au prix de cession interne, l'abus de position dominante, les tensions dans les relations professionnelles et les conséquences écologiques). L'intervention des gouvernements (des pays d'accueil ou des pays d'origine) peut être motivée par deux types principaux de dysfonctionnement du marché: déficiences de l'information ou manque de coordination dans le processus d'investissement; et divergences entre les intérêts privés des investisseurs (étrangers et/ou locaux) et les intérêts économiques et sociaux des pays d'accueil. Pour optimiser l'impact de l'investissement étranger (CNUCED, 1999), les gouvernements doivent s'attaquer à quatre types de problème, à savoir:
 - Déficiences de l'information et manque de coordination dans le processus de l'investissement international;
 - Considérations liées au rôle des industries naissantes dans le développement des entreprises locales, qui peut être compromis si l'IED a pour conséquence l'éviction de ces entreprises;
 - Le caractère statique des avantages transférés par les sociétés transnationales (STN) dans des situations où les capacités locales sont faibles et ne s'améliorent pas avec le temps, ou lorsque les STN n'investissent pas suffisamment pour améliorer

les capacités concernées (cet aspect est particulièrement important du point de vue des liaisons interentreprises entre filiales étrangères et firmes locales); et

- Capacités insuffisantes des pays d'accueil en matière de négociation et de réglementation, ce qui peut se traduire par une répartition défavorable des avantages dans la perspective de la société (par exemple, effets négatifs sur la concurrence ou l'environnement).

5. En général, les pays en développement et les pays en transition se trouvent dans une situation différente de celle des pays développés pour ce qui est du rôle et de l'impact de l'IED dans leur économie. Tout d'abord, les premiers sont essentiellement des importateurs nets d'IED, tandis que les pays développés présentent une répartition plus équilibrée des flux d'IED entre investissements en provenance et à destination de l'étranger¹. Par conséquent, dans le contexte de l'IED et des accords internationaux d'investissement, les problèmes les plus importants, pour la plupart des pays en développement et des économies en transition, ont trait à leur aptitude à attirer les investissements étrangers et à en bénéficier. En revanche, les moyens d'améliorer l'accès aux marchés extérieurs pour l'investissement étranger passent au second plan, tout au moins pour l'immense majorité des pays en développement.

6. Deuxièmement, l'écart technologique entre entreprises locales et étrangères est généralement plus prononcé dans les économies en développement et les économies en transition. D'une part, cette situation semble indiquer que ces économies devraient être particulièrement désireuses d'attirer des investissements étrangers qui peuvent leur apporter des capitaux, des technologies et des connaissances hautement nécessaires. D'autre part, des capacités locales trop faibles les empêchent de tirer pleinement parti des avantages qu'elles pourraient attendre de l'IED. De même, si des investissements étrangers réalisés dans des pays aux entreprises locales relativement improductives peuvent fournir de précieux exemples de pratiques souhaitables conduisant à des gains de productivité, ils peuvent aussi présenter un risque d'éviction des acteurs locaux et encourager un comportement hostile à l'environnement concurrentiel à la suite de dégradations du niveau de vie.

7. Les accords internationaux comportent généralement des engagements contraignants qui peuvent favoriser la convergence des politiques nationales et risquent de restreindre l'autonomie des parties à un accord. Les pays en développement ont donc besoin de savoir, et de mieux comprendre, quelles sont les politiques et les mesures les plus importantes dans une optique de développement; comment ils seront affectés par les règles internationales en vigueur dans le domaine de l'investissement; et quels engagements ils peuvent chercher à obtenir des pays d'origine pour appuyer leurs objectifs de développement. La grande question est de savoir

¹ Les stocks d'IED en provenance des pays en développement ont rapidement augmenté à la fin des années 90 et atteignaient 776 milliards de dollars en 2001. Cependant, les 10 principales économies en développement sources - avec Hong-Kong (Chine), Singapour, Taiwan Province de Chine et la République de Corée dans les quatre premières positions - comptaient pour plus de 85 % dans le total de ces investissements. Il n'y a que 15 économies en développement et économies en transition qui aient signalé des stocks d'investissement à l'étranger d'un montant supérieur à 10 milliards de dollars en 2001. Pour 70 pays, les stocks d'investissement à l'étranger étaient inférieurs à 10 millions de dollars (CNUCED, 2002).

comment les accords internationaux d'investissement peuvent aider les pays en développement et les économies en transition à attirer l'IED, tout en laissant à ces pays une liberté d'action suffisante pour adopter une réglementation leur permettant de tirer tout le bénéfice possible de ces investissements.

8. Dans ce contexte le mandat de la Réunion d'experts mettait l'accent sur quatre questions spécifiques, à savoir:

- Comment les politiques des pays d'accueil peuvent-elles favoriser la création d'une synergie entre l'IED, les entreprises locales à l'appui de la compétitivité de ces dernières, aux niveaux national et international?
- Quelles mesures les pays d'origine peuvent-ils prendre pour contribuer à ce résultat?
- Comment concilier les intérêts des pays d'origine et des pays d'accueil en tenant compte des politiques et des objectifs de développement des pays d'accueil et de leur droit de réglementer dans l'intérêt général?
- Quelles sauvegardes mettre en place pour faire en sorte que les entreprises locales ne soient pas pénalisées?

9. La présente note est un bref aperçu d'une série, nullement exhaustive, de questions qui méritent d'être prises en compte aux fins d'analyse de la contribution de l'IED au développement dans l'optique de la négociation d'accords internationaux d'investissement. Le *chapitre I* examine comment les politiques des pays d'accueil en matière d'IED peuvent favoriser les synergies entre l'IED et les entreprises locales. Le *chapitre II* traite du rôle que peuvent jouer dans ce contexte les mesures prises par les pays d'origine. Le *chapitre III* reconnaît que les accords internationaux d'investissement imposent aux parties des disciplines dans l'application de leurs politiques et traite du rôle des sauvegardes et du droit des pays d'accueil de réglementer.

I. MESURES ADOPTÉES PAR LES PAYS D'ACCUEIL

10. Les pays d'accueil ont différents instruments à leur disposition pour renforcer l'impact de l'IED sur le développement. Certains sont de caractère général et cherchent à rendre l'environnement économique plus attractif (politiques visant à instaurer un climat de stabilité politique et macroéconomique et à améliorer l'infrastructure et les ressources humaines; politique commerciale, politiques scientifique et technologique; législation du travail; etc.). Il peut s'agir de politiques de portée nationale ou spécifiques à des secteurs ou à des régions. Une autre série de mesures vise à renforcer les capacités des entreprises, plus spécialement des petites et moyennes entreprises (PME). Enfin, il y a les politiques comportant l'établissement de règles et de règlements régissant l'entrée et l'activité des investisseurs étrangers, les normes de traitement qui leur sont accordées et le fonctionnement des marchés où ils opèrent (CNUCED, 1996a). Si la présente note met l'accent sur la dernière série de mesures - qui est en effet la plus directement liée à l'IED - il est clair que ces politiques doivent être bien intégrées à la stratégie globale de développement d'un pays.

11. Actuellement, les pays redoublent d'efforts pour attirer l'investissement étranger direct. On le constate avec la libéralisation en cours des politiques d'IED, qui se traduit par l'ouverture des secteurs et des activités (CNUCED, 2002). De plus, des pays se trouvant à différents niveaux de développement continuent de conclure des accords bilatéraux d'investissement (ABI) et des conventions de double imposition. Au total, 2 099 ABI et 2 185 conventions de double imposition avaient été conclus à la fin de 2001 (CNUCED, 2002). Si la tendance générale va dans le sens d'une libéralisation de l'IED, l'ouverture d'une économie n'est plus suffisante, à elle seule, pour attirer des flux soutenus d'IED et garantir que l'IED apporte les avantages que l'on en attend pour le développement. Les décisions d'investissement des STN se fondent essentiellement sur les données fondamentales de l'économie (par exemple la taille du marché, les coûts et l'efficacité de la production, la qualité de l'infrastructure et l'accès aux savoir-faire). L'IED faisant l'objet d'une concurrence de plus en plus intense, et pour surmonter les lacunes de l'information, des pays de plus en plus nombreux se lancent dans de vigoureuses campagnes de promotion auprès des investisseurs potentiels pour les familiariser avec leurs implantations possibles. De plus, les pays ont de plus en plus tendance à aborder la promotion de l'IED selon une approche plus finement ciblée. Il semble qu'une telle approche, qui ne va pas sans risque, a plus de chance d'attirer le type d'investissement le mieux adapté aux objectifs de développement d'un pays (CNUCED, 2002).

12. En l'absence d'un environnement propice, les STN ont tendance à privilégier les avantages comparatifs existants des pays d'accueil, notamment l'existence d'une main d'œuvre bon marché et les considérations logistiques, quand elles décident d'implanter dans des pays en développement leurs activités tournées vers l'exportation. Une intervention gouvernementale proactive est donc indispensable pour tirer pleinement parti d'avantages statiques et en faire des avantages dynamiques et durables. Le renforcement des compétences locales et des capacités des entreprises est particulièrement important pour attirer un IED de qualité et faire en sorte que la capacité d'absorption indispensable soit en place, de manière à tirer tout le bénéfice possible des transferts de connaissances.

13. Sur des aspects d'une importance cruciale pour l'IED, les pays d'accueil ont adopté ou sont en train d'adopter diverses «mesures opérationnelles» visant à influencer les activités des filiales étrangères dans les limites de leur juridiction (CNUCED, 2001a). Ces mesures peuvent concerner tous les aspects de l'investissement (propriété et contrôle, recrutement du personnel, achat des intrants, etc.) et prennent généralement la forme soit de restrictions soit d'obligations de résultat. Elles sont souvent adoptées dans l'intention d'influer sur l'implantation et la nature de l'IED et, en particulier, d'en maximiser les avantages. Les mesures opérationnelles prises dans les pays d'accueil peuvent se répartir en trois catégories (tableau 1): les mesures «rouges», qui sont expressément interdites par l'Accord de l'OMC relatif aux mesures concernant les investissements et liées au commerce (TRIM) en raison de leur effet de distorsion sur le commerce international; les mesures «jaunes», qui sont expressément interdites, soumises à certaines conditions ou découragées par les accords interrégionaux, régionaux ou bilatéraux (mais non par les accords multilatéraux); et les mesures «vertes», qui ne sont soumises à aucune restriction en vertu d'accords internationaux d'investissement.

Tableau 1

Trois catégories de mesures opérationnelles prises par les pays d'accueil

Catégorie	Mesures opérationnelles prises par les pays d'accueil
Mesures «rouges»	<ul style="list-style-type: none"> – Prescriptions relatives au contenu national – Prescriptions relatives à l'équilibrage des échanges – Les restrictions de change liées aux montants en devise attribuables à une entreprise – Les mesures de contrôle des exportations
Mesures «jaunes»	<ul style="list-style-type: none"> – Prescriptions imposant la création d'une coentreprise avec une participation locale – Prescriptions imposant un niveau minimum de participation locale au capital – Prescriptions concernant l'implantation du siège de l'entreprise pour une région spécifique – Prescriptions liées aux résultats en matière d'emploi – Prescriptions liées aux résultats à l'exportation – Restrictions limitant les ventes de biens ou de services dans le territoire où ils sont produits ou fournis – Obligation de fournir à partir d'un territoire donné, à l'exclusion de tout autre, les biens produits ou les services offerts destinés à une région spécifique – Obligation d'agir comme fournisseur exclusif des biens produits ou des services fournis – Obligation de transférer la technologie, les procédés de production ou autres connaissances exclusives – Prescriptions concernant la recherche-développement – Mesures contraires au principe du traitement juste et équitable
Mesures «vertes»	<ul style="list-style-type: none"> – Toutes les autres mesures opérationnelles prises par les pays d'accueil

Source: CNUCED, 2001a, p. 3.

14. Au niveau multilatéral, l'Accord relatif aux mesures concernant les investissements et liées au commerce n'interdit pas seulement les MIC de caractère impératif, mais également celles qui sont liées à l'obtention d'un avantage. Il vise les mesures d'investissement concernant le commerce des marchandises, mais ne s'applique pas aux mesures liées au commerce

des services². Bien que des mesures de ce type se rencontrent fréquemment dans la réglementation de l'investissement étranger, l'Accord vise également les mesures imposées aux entreprises locales. Par exemple, une disposition relative à la teneur en éléments d'origine locale, imposée de manière non discriminatoire aux entreprises locales et étrangères est incompatible avec l'Accord sur les MIC parce qu'elle implique un traitement discriminatoire des produits importés en faveur des produits locaux.

15. Certains accords régionaux comportent également des dispositions de ce type et des prescriptions supplémentaires de résultat. L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), par exemple, interdit toute disposition exigeant qu'une certaine proportion du capital soit détenue par des nationaux [art. 1102 4)]. L'article 1106 1) interdit d'imposer des prescriptions ou de faire exécuter un engagement obligeant a) à exporter une quantité ou un pourcentage donné de produits ou de services; b) à atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national; c) à acheter, utiliser ou privilégier les produits ou les services produits ou fournis sur le territoire d'une partie, ou à acheter des produits ou services de personnes situées sur son territoire; d) à lier de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises attribuables à l'investissement; e) à restreindre sur son territoire la vente des produits ou de services que cet investissement permet de produire ou de fournir, en liant de quelque façon que ce soit cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises; f) à transférer une technologie, un procédé de fabrication ou un autre savoir-faire exclusif; ou g) ou à agir comme le fournisseur exclusif des biens produits ou des services fournis par l'investissement³.

16. Des dispositions analogues figurent également, dans l'Accord de libre-échange de 1997 entre le Canada et le Chili (art. G-06), dans l'Accord de libre-échange de 1997 entre le Mexique et le Nicaragua (art. 16-05) et dans l'Accord de libre-échange de 2000 entre le Mexique et El Salvador, le Guatemala et le Honduras (art. 14-07). L'article 13 de l'Accord de libre-échange de 1985 entre les États-Unis et Israël interdit le recours à des prescriptions relatives au contenu local et aux résultats à l'exportation. Une interdiction visant toute une série de prescriptions de résultat figure également dans l'Accord de 2002 entre Singapour et le Japon sur un partenariat

² Les mesures concernant le secteur des services font l'objet de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), qui ne comporte pas de règles explicites traitant des mesures concernant les investissements et liées au commerce, bien que ces dernières puissent donner lieu à des engagements spécifiques négociés. L'article XIX.2 de l'AGCS confère expressément aux pays en développement une flexibilité appropriée leur permettant, lorsqu'ils accordent l'accès à leur marché à des fournisseurs de services étrangers, de subordonner cet accès à certaines conditions, pourvu que ces conditions visent à atteindre les objectifs mentionnés à l'article IV de l'AGCS (accroître la participation des pays en développement au commerce mondial).

³ Les prescriptions a) et b) ne concernent que les marchandises, et les prescriptions d) et e) sont également interdites si elles constituent des conditions auxquelles est subordonnée l'obtention d'un avantage [art. 1106 3)]. Cependant, les parties ont toute liberté pour subordonner l'octroi d'un avantage, en ce qui concerne un investissement effectué sur leur territoire, à l'obligation de situer l'unité de production, de fournir un service, de fournir ou d'employer des travailleurs, de construire ou d'agrandir certaines installations ou d'effectuer des travaux de recherche et de développement sur leur territoire [art. 1106 4)].

économique pour une ère nouvelle. En revanche, l'Accord de libre-échange de 1994 entre la Colombie, le Venezuela et le Mexique autorise expressément l'imposition de prescriptions concernant la localisation de la production, la création d'emplois, la formation du personnel ou la conduite d'activités de recherche-développement (art. 17-04).

17. L'utilité de diverses prescriptions imposant une obligation de résultat reste un domaine qui pourrait faire l'objet de plus amples recherches. Si certaines études remettent en cause l'efficacité des prescriptions de résultat, d'autres font valoir que les accords internationaux d'investissement vont maintenant trop loin en limitant la possibilité laissée aux pays d'accueil pour améliorer la qualité de l'IED compte tenu de leurs objectifs de développement⁴. En vue des négociations futures sur les accords internationaux d'investissement, il pourrait y avoir intérêt à examiner plus avant l'impact des accords en vigueur aux niveaux bilatéral et multilatéral sur le recours aux prescriptions de résultat et les incidences.

18. Afin d'éviter de décourager l'IED, les prescriptions de résultat sont généralement liées à un avantage sous une forme ou une autre, souvent sous forme d'incitations. La plupart des pays développés proposent aux investisseurs, aussi bien locaux qu'internationaux, diverses incitations pour les persuader de choisir telle ou telle implantation. Les pays en développement proposent également, pour attirer des investisseurs étrangers, des exonérations fiscales et autres avantages liés au choix de telle ou telle implantation. Cependant, les avantages qu'ils proposent sont beaucoup plus modestes, et ils privilégient en général les mesures d'ordre fiscal, tandis que les incitations financières se rencontrent plus couramment dans les pays industrialisés (CNUCED, 1996b; CNUCED, 2000). Dans les pays en développement, les incitations ont surtout servi à attirer l'IED axé sur l'exportation, souvent dans le contexte de zones franches industrielles. Compte tenu des restrictions imposées en vertu de l'Accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires, les membres de l'OMC pays en développement (autres que ceux qui sont mentionnés à l'annexe VII de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires et à l'exception de ceux qui obtiennent une extension de la période de transition) devront éliminer les subventions à l'exportation (relatives aux marchandises) d'ici au 1^{er} janvier 2003 comme il est prescrit dans l'Accord. Même ceux qui obtiennent une prorogation de la période de transition ne peuvent relever le niveau de leurs subventions à l'exportation, restent soumis à la prohibition pour tout produit dont les exportations sont devenues compétitives, et devront réexaminer la situation à l'expiration de la période de transition (CNUCED, 2002).

19. Dans le même temps, le régime juridique des subventions liées au développement appelle réflexion. Par exemple, les subventions aux filiales étrangères et/ou aux firmes locales qui s'engagent, dans le cadre de liaisons interentreprises dans des pays en développement dans des activités comportant un apport de technologie, d'assistance technique et de formation aux fournisseurs locaux et à leur personnel peuvent constituer un important instrument de politique économique. On pourrait sans doute soutenir que, dans des conditions déterminées, certaines subventions de ce type axées sur le développement accordées à des filiales étrangères ne devraient pas donner lieu à une action en vertu des règles de l'OMC (CNUCED, 2001b; CNUCED, 2002).

⁴ Voir, par exemple, Caves, 1996; Hackett et Srinivasan, 1998; Moran, 1998 et 2001; Kumar, 2001; OCDE, 1998; UNCTC, 1991; et OMC, 1998 pour un examen du rôle des prescriptions de résultat.

20. En ce qui concerne les quatre questions principales mentionnées au paragraphe 4 ci-dessus, des mesures d'incitation et des prescriptions de performance ont été utilisées en combinaison avec d'autres mesures de politique économique pour optimiser l'impact de l'IED. Dans les pays où ces mesures ont joué un rôle dans les efforts visant à promouvoir les investissements en provenance de l'étranger, elles complétaient en général une série d'autres mesures, par exemple celles qui visent à améliorer le niveau des compétences, de la technologie et de l'infrastructure. S'il n'est pas créé un environnement économique plus favorable à l'investissement, à la modernisation et aux liaisons interentreprises, le risque de voir les investisseurs se retirer une fois qu'une mesure d'incitation vient à expiration ira croissant.

21. En partie à la suite de l'assouplissement de la réglementation régissant l'entrée des investisseurs étrangers, les mesures destinées à assurer le bon fonctionnement des marchés prennent davantage d'importance. Elles peuvent comporter l'adoption de règles de concurrence, de mesures de contrôle des fusions, d'une législation environnementale et de normes de comptabilité financière plus strictes. Pour beaucoup de pays en développement et d'économies en transition, le passage de politiques nettement interventionnistes (au point d'entrée de l'IED) à la réglementation des marchés est rendu plus difficile par le manque de ressources humaines et financières.

22. À la lumière de ce qui précède, les experts voudront peut-être examiner les questions suivantes:

a) Quelles sont les principales mesures que peuvent adopter les pays d'accueil pour renforcer l'aptitude des pays en développement et des économies en transition à *attirer* l'IED et à en *bénéficier* conformément à leurs objectifs de développement?

b) Comment les accords internationaux conclus aux niveaux bilatéral, régional et multilatéral influent-ils sur l'aptitude des pays à recourir à ces politiques?

c) Dans quelles mesures les diverses prescriptions de résultat ont-elles aidé les pays à atteindre leurs objectifs de développement?

d) Parmi les mesures opérationnelles prises par les pays d'accueil et pouvant donner lieu à une action (mesures «jaunes»), quelles sont celles qui se sont révélées particulièrement utiles à cet égard?

e) S'il était décidé de rendre les prescriptions de ce type plus restrictives (ou de les assouplir), quels avantages les pays en développement en retireraient-ils?

II. MESURES ADOPTÉES PAR LES PAYS D'ORIGINE

23. Les politiques adoptées par les pays d'accueil peuvent être renforcées par les mesures adoptées dans les pays d'origine. Ceux-ci influencent de diverses manières les flux d'IED, y compris les chances de voir leurs STN opter pour certaines implantations⁵. La question qui est

⁵ Une réunion d'experts de la CNUCED sur les mesures prises dans les pays d'accueil s'est tenue à Genève du 8 au 10 novembre 2000. Pour un résumé de ses conclusions, voir, CNUCED, 2001c)

au centre de la présente section est donc le point de savoir comment les mesures adoptées par les pays d'origine, dans le contexte d'accords internationaux d'investissement peuvent aider les pays en développement et les économies en transition à attirer l'IED et à en bénéficier. La question est particulièrement pertinente étant donné la disparité déjà signalée entre pays développés et pays en développement en ce qui concerne la répartition entre investissements en provenance de l'étranger et investissements à l'étranger.

24. Les pays développés ont supprimé la plupart des restrictions imposées par la réglementation nationale limitant les investissements à l'étranger, mais les déclarations de principe en faveur de l'investissement à l'étranger s'accompagnent rarement d'engagements spécifiques dans les accords internationaux d'investissement (CNUCED, 2001c). Pour l'essentiel, l'assistance est laissée à la discrétion de chaque pays développé et généralement conçue pour servir les intérêts économiques du pays d'origine parallèlement à des objectifs généraux de développement. Cette optique des pays d'origine est particulièrement évidente dans la conception de nombreux programmes d'assistance financière ou fiscale et dans les mesures préférentielles d'accès aux marchés. Ce maillon faible de la chaîne entre les besoins explicites des pays en développement et la conception et l'exécution des politiques des pays d'origine, ainsi que le caractère souvent incertain des engagements quant à la durée de l'assistance, peuvent compromettre l'impact bénéfique potentiel de ces programmes sur le développement.

25. Les mesures prises par les pays d'origine peuvent viser, par exemple, les objectifs suivants:

- Améliorer les données fondamentales de l'économie des pays d'accueil – par exemple en formant les ressources humaines, en mettant en place une capacité institutionnelle et en aidant à concevoir et à mettre en place des conditions-cadres appropriées dans les secteurs pertinents;
- Contribuer à réduire les dysfonctionnements du processus d'investissement dus à des lacunes de l'information, comme celles dont il a été question plus haut, en facilitant la diffusion de renseignements sur les occasions d'investissement dans les pays en développement et dans les économies en transition;
- Améliorer l'accès aux marchés et faciliter les flux d'exportation en provenance des pays en développement;
- Proposer des possibilités de garantie et d'assurance des investissements;
- Proposer un capital-risque et des capitaux de participation;
- Appuyer des programmes visant à promouvoir les liaisons interentreprises; et
- Encourager des engagements portant sur le transfert de technologie.

26. La plupart des pays développés (et plusieurs autres pays) se sont engagés dans des activités de ce type, mais le plus souvent individuellement et sans coordination. (Par exemple, il y a au moins 12 institutions européennes de financement du développement qui fournissent des financements à long terme pour le développement du secteur privé dans les économies en développement et en transition; voir, notamment <http://www.edfi.be>). D'autres institutions

fournissent une assistance financière au niveau international, notamment le Groupe de la Banque mondiale, les banques régionales de développement, la Commonwealth Private Investment Initiative et différents fonds d'investissement privés (Hughes et Brewster, 2002). L'Accord de Cotonou offre l'exemple d'une approche internationale concertée (encadré 1).

Encadré 1

L'appui à l'investissement et au développement du secteur privé dans l'Accord de Cotonou

Article 74

«La coopération appuie, par une assistance financière et technique, les politiques et stratégies de développement de l'investissement et du secteur privé définies dans le présent accord.»

Article 75: Promotion des investissements

«Les États ACP, la Communauté et ses États membres [...]

- a) Mettent en œuvre des mesures en vue d'encourager les investisseurs privés qui se conforment aux objectifs et aux priorités de la coopération au développement ACP-CE, ainsi qu'aux lois et règlements applicables de leurs États respectifs, à participer à leurs efforts de développement;
- b) Prennent les mesures et les dispositions propres à créer et à maintenir un climat d'investissement prévisible et sûr et négocient des accords visant à améliorer ce climat;
- c) Encouragent le secteur privé de l'UE à investir et à fournir une assistance spécifique à ses homologues dans les pays ACP dans le cadre de la coopération et de partenariats interentreprises d'intérêt mutuel;
- d) Facilitent des partenariats et des sociétés mixtes en encourageant le cofinancement;
- e) Parrainent des forums sectoriels d'investissement en vue de promouvoir les partenariats et les investissements étrangers;
- f) Appuient les efforts consentis par les États ACP pour attirer les financements, avec un accent particulier sur le financement privé des investissements en infrastructures et l'appui aux recettes servant à financer les infrastructures indispensables au secteur privé;
- g) Soutiennent le renforcement des capacités des agences et des institutions nationales de promotion des investissements, chargées de promouvoir et de faciliter les investissements étrangers;
- h) Diffusent des informations sur les opportunités d'investissement et les conditions dans lesquelles opèrent les entreprises dans les États ACP;

- i) Encouragent un dialogue [...] une coopération et des partenariats entre les entreprises privées, notamment par le biais d'un forum des affaires.»

Article 76: Appui et financement d'investissement

«1. La coopération fournira des ressources financières à long terme, y compris les capitaux à risques nécessaires pour contribuer à promouvoir la croissance du secteur privé et pour mobiliser des capitaux nationaux et étrangers dans ce but. À cet effet, la coopération fournira notamment:

- a) Des aides non remboursables pour l'assistance financière et technique en vue de soutenir les réformes politiques, le développement des ressources humaines, le développement des capacités institutionnelles ou d'autres formes d'aide institutionnelle liées à un investissement précis; des mesures visant à augmenter la compétitivité des entreprises et à renforcer les capacités des intermédiaires financiers et non financiers privés; une facilitation et une promotion des investissements, des activités d'amélioration de la compétitivité;
- b) Des services de conseil et de consultation pour contribuer à créer un climat favorable à l'investissement et une base d'informations visant à guider et à encourager les flux de capitaux;
- c) Des capitaux à risques pour des investissements en fonds propres ou quasi-fonds propres, ou des garanties à l'appui des investissements privés, nationaux et étrangers, ainsi que des prêts et des lignes de crédit conformément aux conditions et modalités définies dans l'annexe II du présent accord relative aux modes et conditions de financement; et
- d) Des prêts sur les ressources propres de la Banque [...].»

Article 77: Garantie des investissements

«[...] 2. La coopération offre des garanties et contribue par des fonds de garantie à couvrir les risques liés à des investissements éligibles. La coopération apporte plus précisément un soutien à:

- a) Des régimes de réassurance destinés à couvrir l'investissement direct étranger réalisé par des investisseurs éligibles contre les insécurités juridiques et les principaux risques d'expropriation, de restriction de transfert de devises, de guerre et de troubles civils, ainsi que de rupture de contrat [...];
- b) Des programmes de garantie visant à couvrir le risque au moyen de garanties partielles d'emprunt [...];
- c) Des fonds de garantie nationaux et régionaux, impliquant en particulier des institutions financières ou des investisseurs nationaux, en vue d'encourager le développement du secteur financier.

3. La coopération soutient aussi le développement des capacités et apporte un appui institutionnel et une participation au financement de base des initiatives nationales et/ou régionales pour réduire les risques commerciaux encourus par les investisseurs [...].

4. [...] Les ACP et la CE, dans le cadre du Comité ACP-CE pour le financement de la coopération au développement, entreprendront une étude conjointe sur la proposition de créer une agence ACP-CE de garantie chargée de mettre en place et de gérer les programmes de garantie des investissements.»

Source: CNUCED, 2001d, p. 452 à 454.

27. Étant donné que le transfert de technologie est au cœur de nombreux accords internationaux d'investissement, le renforcement des capacités a souvent pour objectif de permettre aux pays en développement Parties de s'acquitter des engagements qu'ils ont souscrits dans le cadre d'instruments traitant de la dimension technologique. L'application de nombreuses dispositions relatives à la technologie dépend des mesures prises par les pays d'origine⁶. Par exemple, l'article 66.2 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce stipule que les pays développés «offriront des incitations aux entreprises et institutions sur leur territoire» afin de promouvoir et d'encourager le transfert de technologie vers les pays les moins avancés «pour leur permettre de se doter d'une base technologique solide et viable»⁷.

28. L'efficacité pratique des mesures prises dans les pays d'origine dépend probablement de la vigueur des engagements figurant dans les accords internationaux d'investissement, qui vont de déclarations ayant le caractère d'exhortations à des obligations de nature contraignante accompagnées de plans d'application détaillés (appuyés par des ressources financières) et de mécanismes de surveillance. Certains accords internationaux d'investissement comportent à cette fin une disposition prévoyant la création d'un «Comité de surveillance» chargé d'assurer la bonne exécution de ce qui a été convenu⁸.

29. Un problème voisin est le problème de la responsabilité sociale des grandes sociétés⁹. La notion de responsabilité sociale de l'entreprise est potentiellement très large et peut englober la plupart des questions liées à l'impact économique et social des STN. Dans un sens plus

⁶ Une réunion d'experts sur les arrangements internationaux pour le transfert de technologie: meilleures pratiques pour l'accès au transfert de technologie et mesures visant à l'encourager en vue de renforcer les capacités dans les pays en développement, en particulier dans les pays les moins avancés, s'est tenue à Genève du 27 au 29 juin 2001. Ses conclusions ont servi de contribution au débat thématique qui a eu lieu à la sixième session de la Commission de l'investissement, de la technologie et des questions financières connexes, tenu du 21 au 25 janvier 2002 (TD/B/COM.2/L.16, 29 janvier 2002).

⁷ Pour une compilation des dispositions des arrangements internationaux relatives au transfert de technologie, voir CNUCED, 2001e.

⁸ Voir, par exemple, le chapitre 1, art. 8, de l'Accord entre le Japon et la République de Singapour concernant un partenariat pour une ère nouvelle.

⁹ Pour un examen de ce concept, voir, par exemple CNUCED, 1999, p. 345 à 370, et CNUCED, 2001f.

restreint, plusieurs aspects - y compris les obligations liées au développement, les obligations socioéconomiques et la protection du consommateur - ont bénéficié d'un certain intérêt, et d'autres (par exemple le gouvernement d'entreprise, les normes d'éthique et le respect des droits de l'homme) commencent à apparaître dans les débats. En règle générale, les problèmes liés à la responsabilité sociale de l'entreprise ne sont pas traités par les accords internationaux d'investissement mais retiennent de plus en plus l'attention, au niveau international, dans divers accords et diverses instances¹⁰. Il s'agit de concilier la promotion et la protection d'un régime de marché plus libéral pour les investisseurs avec la nécessité de mettre en œuvre des politiques de développement. Dans l'application des normes relatives à la responsabilité sociale, il faut se montrer sensible aux réalités locales des pays en développement et se garder d'utiliser ces normes à des fins protectionnistes.

30. Compte tenu de ce qui précède, les experts voudront peut-être examiner les questions suivantes:

- a) Quelles sont les principales mesures que peuvent adopter les pays d'origine pour renforcer l'aptitude des pays en développement et des économies en transition à attirer l'IED et à en bénéficier conformément à leurs objectifs de développement?
- b) Comment les accords internationaux conclus aux niveaux bilatéral, régional et multilatéral influent-ils sur l'utilisation de ces mesures?
- c) Quels ont été, dans le passé, les résultats des dispositions concernant la promotion et le financement de l'investissement, l'aide à l'investissement, les garanties d'investissement et autres dispositions des accords internationaux d'investissement sur les mesures à prendre par les pays d'origine?
- d) Dans quelle mesure les organisations intergouvernementales ont-elles réussi, jusqu'à présent, à apporter une réponse satisfaisante à la question de la responsabilité sociale de l'entreprise?
- e) Quels sont les avantages et les inconvénients de diverses formules possibles, allant de l'absence de toute référence à la responsabilité sociale dans les accords internationaux d'investissement à l'incorporation, dans ces accords, de dispositions de caractère généralement contraignant relatives à la responsabilité sociale, en passant par d'autres formules intermédiaires se situant entre ces deux extrêmes?

¹⁰ Voir, par exemple, les recommandations non contraignantes figurant dans les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, la Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale, l'ensemble de principes et de règles des Nations Unies convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives et le Pacte mondial du Secrétaire général des Nations Unies.

III. LE DROIT DE RÉGLEMENTER ET LES SAUVEGARDES

31. À propos de la relation entre commerce et investissement, il est dit au paragraphe 22 de la Déclaration ministérielle de Doha: «Tout cadre devrait refléter de manière équilibrée les intérêts des pays d'origine et des pays d'accueil, et tenir dûment compte des politiques et des objectifs de développement des gouvernements d'accueil, ainsi que de leurs droits de réglementer dans l'intérêt général».

32. Les accords internationaux, de même que d'autres textes juridiques, établissent des obligations juridiques qui, en tant que telles, limitent l'autonomie souveraine des parties. Étant donné que les obligations juridiques internationales l'emportent en général sur les règles internes, il en résulte une tension entre la volonté de coopérer au niveau international par le biais de règles obligatoires et la nécessité pour les gouvernements de s'acquitter de leurs fonctions internes en matière de réglementation¹¹. À cette tension répond généralement le concept de «droit de réglementer», d'une importance cruciale pour préserver au plan national la liberté d'action qui permet aux gouvernements de poursuivre leurs objectifs de développement¹².

33. Il y a différents moyens d'aborder le problème du droit de réglementer. Certaines de ces modalités sont examinées dans les paragraphes qui suivent, dans le contexte aussi bien des accords sur le commerce que des accords d'investissement. Dans tous les cas, l'aptitude des signataires à réglementer dans le contexte de l'économie nationale est une préoccupation majeure. Dans la mesure où ce concept est réaffirmé dans un accord - par exemple dans son préambule - il remplit également une fonction d'interprétation vis-à-vis des dispositions de l'accord. De plus, chaque fois que des pays acceptent des obligations établissant des normes de traitement, par exemple en ce qui concerne le traitement juste et équitable, l'interdiction de mesures arbitraires et discriminatoires ou le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) et le traitement national, différents types d'exceptions, de réserves, de dérogations, de dispenses ou d'arrangements transitoires garantissent aux signataires la possibilité de conserver la liberté d'appliquer dans certains domaines une réglementation interne non conforme. Ces dérogations peuvent être d'ordre général (par exemple pour des considérations d'ordre public ou de sécurité nationale), spécifiques à un domaine particulier (par exemple «l'exception culturelle»)

¹¹ Il n'y a pas d'interprétation universelle de la notion de réglementation. Dans le contexte de l'OCDE «le terme "réglementation" désigne les instruments au moyen desquels les pouvoirs publics imposent des obligations aux entreprises, aux citoyens et aux administrations elles-mêmes, notamment les lois, les décrets et autres règlements émanant de tous les niveaux d'administration et les règles édictées par des organismes auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires. Les réglementations économiques influent directement sur les décisions des entreprises et du marché telles que la fixation des prix, la concurrence, l'entrée sur le marché ou la sortie du marché. Les réglementations sociales protègent des valeurs comme la santé, la sécurité, l'environnement et la cohésion sociale. Les réglementations administratives recouvrent les formalités administratives - souvent qualifiées de "pratiques bureaucratiques"» (OCDE, 1997).

¹² La nécessité d'une réglementation pour concilier l'intérêt public et les droits des particuliers se pose également au niveau national.

ou spécifiques à un pays (comme c'est le cas, par exemple, en ce qui concerne la présence commerciale dans les listes d'engagements de l'AGCS).

34. Diverses mesures de sauvegarde sont également utilisées pour préserver le droit de réglementer; c'est le cas, par exemple, des mesures de sauvegarde concernant le transfert de paiements et la balance des paiements. De plus, des mesures de sauvegarde de durée limitée sont souvent autorisées pour permettre à un pays de préserver sa production nationale contre une poussée des importations¹³. Il convient d'examiner dans quelle mesure ce concept de «sauvegarde» pourrait également trouver place dans le domaine de l'investissement. Comme semble l'indiquer le mandat de la Réunion d'experts, cette question pourrait être pertinente, par exemple, dans le contexte des mesures à prendre pour assurer que les entreprises nationales ne subissent pas d'effets défavorables.

35. La question du droit de réglementer a été traitée en détail dans les accords internationaux relatifs au commerce, et les approches et les concepts intéressants qui ont été définis dans ce contexte ont également trouvé des applications dans le contexte des accords internationaux d'investissement. Dans le domaine du commerce, la question a été longuement débattue, y compris devant des instances contentieuses, dans le système du GATT/de l'OMC, où le processus de règlement des différends a été souvent utilisé pour vérifier le bien-fondé de réglementations nationales ayant un impact sur le commerce. À l'OMC le principal instrument de contrôle des activités de réglementation est issu du GATT de 1947 et repose sur l'obligation de non-discrimination (traitement national) énoncée à l'article III, complétée par les dérogations énoncées à l'article XX. La règle générale relative au traitement national, énoncée à l'article III, dispose que les taxes et règlements intérieurs ne doivent pas se traduire, pour les importations, par un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits nationaux. S'il est établi qu'un règlement national institue une discrimination à l'encontre des importations, le gouvernement auteur de la réglementation peut tenter de justifier la discrimination en démontrant qu'elle est nécessaire pour atteindre un objectif légitime. Telles qu'elles sont définies à l'article XX de l'Accord général, les exceptions comprennent les mesures nécessaires à la protection de la moralité publique, à la protection de la santé ou de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux et des mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables. Il convient de noter que cette liste des politiques pouvant justifier des mesures qui seraient sans cela considérées comme une violation de la règle du traitement national est une liste «exhaustive» et n'offre par conséquent qu'une possibilité limitée de demander une exception dans de nombreux domaines où les pays en développement voudraient peut-être prendre des mesures de réglementation.

¹³ Par exemple, dans le cadre de l'Accord de l'OMC sur les sauvegardes, lorsqu'une augmentation des importations menace un secteur de production d'un pays, ce pays est autorisé à limiter temporairement les importations en imposant des droits de douane plus élevés ou en limitant directement les quantités importées, sous réserve de certaines conditions (lorsque le produit «cause ou menace de causer un dommage grave à la branche de production nationale de produits similaires ou directement concurrents»). La principale justification de cette disposition est que le secteur concerné du pays en question devrait se voir accorder un certain délai pour s'adapter à la nouvelle situation résultant de la concurrence émanant des importations.

36. La justification d'une discrimination *de jure* (qui établit entre les marchandises une distinction expresse fondée sur l'origine) est particulièrement difficile étant donné que le pays demandant à bénéficier de l'exception doit prouver qu'il n'y a pas d'alternative moins contraignante à la mesure proposée. En cas de discrimination *de facto* (c'est-à-dire d'une discrimination qui n'est pas fondée sur l'origine des marchandises), la question centrale est de savoir si les importations font l'objet d'un traitement moins favorable que les produits nationaux «similaires». Pour qu'un règlement établisse une différence de traitement, il doit répartir les produits en deux catégories ou davantage. L'idée générale est que les distinctions entre produits qui peuvent être admises dans le contexte de l'article III portent sur les qualités et les propriétés physiques des produits eux-mêmes ou sur les caractéristiques des processus de production (par exemple les conditions d'hygiène) ou des producteurs (l'existence de certificats établissant qu'ils remplissent certains critères), qui influent directement sur les qualités du produit. Traditionnellement, la similarité est également déterminée à la lumière de facteurs tels que la similarité physique, la classification tarifaire, l'interchangeabilité par les consommateurs et les utilisations finales. En général, la similarité signifie que les produits sont concurrentiels et par conséquent que le traitement discriminatoire a une incidence défavorable sur la compétitivité du produit moins favorisé.

37. L'Accord de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce recommande expressément un examen intégré de l'*objectif* des mesures en question et de leur *effet de restriction des échanges*. Il est clair que l'Accord exige que soient mis en balance le degré de restriction des échanges et l'objectif réglementaire de la mesure contestée. De plus, l'analyse de la finalité de la réglementation fait partie intégrante de l'examen de la légalité de la mesure elle-même et la liste des objectifs légitimes est une liste indicative (non exhaustive). Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire de commencer par établir qu'il y a eu violation (ce qui suppose une détermination concluante de la similarité), puis d'examiner la justification de l'exception d'ordre réglementaire. Une analyse équilibrée implique également que les incidences commerciales soient évaluées en tenant compte d'autres alternatives moins restrictives et du risque que les objectifs de la réglementation ne soient pas atteints.

38. L'AGCS traite en détail de la présence commerciale des fournisseurs de services et ses dispositions sont donc particulièrement pertinentes pour le secteur de l'*investissement*. Dans son préambule, l'AGCS reconnaît «le droit des membres de réglementer la fourniture de services sur leur territoire et d'introduire de nouvelles réglementations à cet égard afin de répondre à des objectifs de politique nationale et, vu les asymétries existantes pour ce qui est du degré de développement des réglementations relatives aux services dans les différents pays, le besoin particulier qu'ont les pays en développement d'exercer ce droit».

39. Le secteur des services fait l'objet d'une réglementation rigoureuse dans de nombreux pays, avec pour objectif la protection du consommateur, la sécurité, la protection de la moralité publique, et l'adoption de mesures prudentielles. Si l'AGCS reconnaît le droit souverain d'un pays de réglementer les services à des fins légitimes, l'article VI a pour but d'empêcher le recours à des décisions administratives pour adopter des mesures protectionnistes déguisées. Les mesures d'application générale qui affectent le commerce du secteur des services pour lesquels un pays a contracté des engagements doivent être appliquées de manière raisonnable, objective et impartiale. Les demandes de fournitures de services présentées en vertu de ces engagements doivent faire l'objet d'une décision prise dans des délais raisonnables. Il est demandé au Conseil du commerce des services d'élaborer des règles afin d'empêcher que

les prescriptions en matière de qualification concernant les fournisseurs de services, les normes techniques ou les prescriptions en matière de licence ne constituent des obstacles non nécessaires au commerce¹⁴. Jusqu'à ce que de telles règles multilatérales soient prêtes dans d'autres domaines, les gouvernements sont tenus (dans les secteurs au sujet desquels ils ont pris des engagements) de suivre les mêmes principes lorsqu'ils appliquent leurs prescriptions et normes, de façon que celles-ci n'annulent ni ne compromettent les engagements spécifiques qu'ils ont pris (en ce qui concerne l'accès aux marchés et le traitement national).

40. L'AGCS, à l'article XVII consacré au traitement national, ne limite pas la distinction entre les services et les fournisseurs de services aux seules caractéristiques du produit, comme c'était le cas dans le contexte de l'article III du GATT. D'autres *distinctions, d'ordre réglementaire*, entre services et fournisseurs de services «similaires» entrent en ligne de compte. Toute discrimination fondée sur l'origine est évidemment interdite. Quant aux distinctions d'ordre réglementaire neutres au regard de l'origine, elles peuvent imposer aux services et fournisseurs de services étrangers une charge de travail disproportionnée et peuvent donc être contestées en tant que discriminations de facto. L'incidence sur le marché fait partie intégrante de l'analyse, étant donné que l'article XVII 3) stipule qu'«un traitement formellement identique ou formellement différent sera considéré comme étant moins favorable s'il modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services du membre par rapport aux services similaires ou aux fournisseurs de services similaires de tout autre membre».

41. La détermination de la similarité ne semble pas plus facile dans le contexte de l'AGCS qu'elle ne l'était dans le contexte du GATT. Le critère sans doute le plus important est le critère de l'«utilisation finale», complété par les notions connexes de services directement concurrents et substituables. Dans le contexte de l'AGCS, contrairement à ce qui se passait dans le contexte du GATT, une fois que la similarité est établie et le traitement moins favorable constaté, une exception générale peut être invoquée en vertu de l'article XIV. Dans l'AGCS, l'élément complémentaire le plus important concerne l'obligation relative au traitement national, qui ne s'applique pas à tous les secteurs mais seulement aux «secteurs inscrits dans [la liste du membre de l'OMC], et compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées» (c'est-à-dire des engagements spécifiques du membre). Par conséquent, chaque membre commence par décider quels sont les secteurs des services qui seront soumis à la discipline de l'AGCS relative au traitement national, et exempte ensuite de cette discipline les mesures qu'il souhaite maintenir en place bien qu'elles représentent une violation de la règle du traitement national. Le contenu exact de l'obligation relative au traitement national au titre de l'AGCS, ainsi que toute limitation des interventions d'ordre réglementaire, est donc déterminé, non seulement par l'interaction de la disposition relative au traitement national et des exceptions générales s'y rapportant mais, plus important encore, par l'ampleur des restrictions inscrites dans la liste de chaque membre.

¹⁴ Une décision ministérielle distincte a lancé ce programme en établissant un groupe de travail de l'AGCS chargé d'élaborer des règles concernant les prescriptions que les gouvernements imposent aux fournisseurs de services professionnels. Les premières disciplines devant être élaborées concernaient les normes techniques, les qualifications et les prescriptions en matière de licences pour ce qui est des services comptables.

42. Les problèmes liés au droit de réglementer se sont tout d'abord posés dans le contexte des accords relatifs à la protection des investissements, à propos des problèmes soulevés par les expropriations et les nationalisations. Certains accords régionaux et pratiquement tous les accords bilatéraux d'investissement comportent des dispositions très larges couvrant les mesures «assimilables» ou «équivalent» à une expropriation. Leurs dispositions relatives à l'expropriation peuvent donc s'appliquer aux «expropriations indirectes» ou aux «appropriations par voie réglementaire», notamment lorsqu'un pays d'accueil prend des mesures qui diminuent de façon substantielle la valeur d'un investissement sans prendre nécessairement le contrôle de cet investissement. De plus, un certain nombre d'accords bilatéraux et régionaux d'investissement semblent également appliquer la clause d'expropriation aux «expropriations rampantes» - c'est-à-dire aux expropriations résultant d'une série de mesures réglementaires légitimes étalées sur une certaine période de temps, dont le résultat final est de faire perdre à un investissement une part substantielle de sa valeur. Ces accords imposent en général certaines conditions à l'expropriation pour qu'elle puisse être considérée comme légale, en reprenant avec certaines variantes la règle traditionnelle de droit international selon laquelle un État ne peut exproprier les biens d'un étranger, si ce n'est à des fins d'utilité publique, de manière non discriminatoire, dans le respect de la légalité et moyennant une indemnisation. Des préoccupations ont été exprimées au sujet de l'impact que la multiplication des recours pour expropriation pourrait avoir sur le droit des gouvernements souverains de réglementer. Dans le contexte de l'ALENA, les trois pays membres ont adopté en 2001 des notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre sur l'investissement afin de clarifier la clause relative à la norme minimale de traitement applicable aux investisseurs étrangers. Ils ont déterminé que la norme de l'ALENA était la norme minimale de traitement du droit international coutumier.

43. Au sujet du *traitement national*, l'ALENA, par exemple, suivi ultérieurement par plusieurs accords de libre-échange, a adopté une approche analogue à celle de l'AGCS. Chaque Partie est tenue d'accorder le traitement national le plus favorable (et le traitement NPF) aux investisseurs d'une autre Partie, et aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie (dans des circonstances analogues), en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements (art. 1102 à 1104). Cependant, les dispositions de l'Accord relatives à l'investissement, y compris celles qui régissent le traitement national, doivent se lire à la lumière des *exceptions* et des *réserves* prévues à l'article 108 et contenues dans les annexes à l'Accord. En outre, l'Accord stipule qu'aucune disposition du chapitre relatif à l'investissement ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs conforme à ce chapitre, «qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement» (art. 1114). L'ALENA fait également référence à la disposition de l'article XX du GATT (art. 2101) et prévoit une exception générale pour des considérations de sécurité nationale (art. 2102).

44. De même, les accords bilatéraux d'investissement limitent la portée du traitement national en prévoyant des restrictions, des exceptions ou des dérogations (CNUCED, 1998). Comme dans le contexte du commerce, les dispositions NPF ou les dispositions relatives au traitement national se limitent souvent aux investissements effectués «dans les mêmes circonstances» ou «dans des situations similaires» ou effectués par une «entreprise similaire». Cependant, ces dispositions ne définissent pas les critères à employer pour déterminer le caractère analogue ou la similarité. La détermination pourrait dépendre, par exemple, du point de savoir si les deux investissements sont mutuellement concurrents. Dans la pratique des pays de l'OCDE,

par exemple, les critères spécifiques à prendre en compte sont notamment le point de savoir si les deux entreprises relèvent du même secteur, l'impact des objectifs de politique économique du pays d'accueil dans des domaines particuliers et les motifs dont procède la mesure en question. Une autre question qui se pose est de savoir si l'obligation relative au traitement NPF ou au traitement national concerne le traitement spécial accordé individuellement à certains investisseurs ou à tous les investisseurs d'une nationalité donnée (CNUCED, 1998).

45. Les *exceptions générales* sont souvent accordées pour des raisons «de sécurité et d'ordre public, de santé et de moralité publiques». Des exceptions peuvent également s'appliquer au traitement accordé en vertu de traités internationaux ou de la législation nationale dans le domaine de la fiscalité. En d'autres termes, l'exception permet à un pays d'accorder un traitement fiscal favorable aux investissements de sociétés locales sans offrir le même traitement aux investissements des entreprises étrangères, ou vice versa. Enfin, quelques accords bilatéraux d'investissement autorisent des exceptions au traitement national sur la base de dispositions relatives au développement. On trouve un exemple d'exception de ce type dans le Protocole n° 2 à la Convention entre la Suisse et la République indonésienne concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, qui autorise une dérogation au traitement national des investisseurs suisses «vu le niveau de développement actuel de l'économie indonésienne»¹⁵. Les considérations relatives au développement semblent également jouer un rôle dans la manière dont l'Allemagne aborde la question du traitement national dans les accords bilatéraux d'investissement. L'Allemagne a en effet accepté certaines exceptions au principe du traitement national, à condition que ces exceptions ne soient prévues qu'à des fins de développement (par exemple, pour le développement de petites entreprises) et que les mesures n'aient pas pour effet de diminuer de façon substantielle la valeur des investissements des investisseurs allemands (CNUCED, 1998).

46. En ce qui concerne les exceptions au *transfert de paiements*, les accords comportent généralement une disposition offrant à un gouvernement la possibilité d'intervenir, compte tenu d'un certain nombre de restrictions. Dans un contexte régional, par exemple, l'Accord de libre-échange de 2000 entre le Mexique et El Salvador, le Guatemala et le Honduras autorise le recours à des mesures temporaires de contrôle des changes en cas de grave déséquilibre de la balance des paiements. Cependant, les mesures doivent être compatibles avec les critères internationalement acceptés. Dans le contexte de l'Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Mexique, les Parties sont convenues que, en cas de graves difficultés de balance des paiements, des mesures restrictives dans le domaine des paiements, y compris en ce qui concerne le transfert des fonds provenant de la liquidation totale ou partielle d'un investissement direct, pourraient être adoptées de manière non discriminatoire et pour une durée limitée. L'ALENA prévoit la possibilité d'adopter des mesures qui limitent les transferts en cas de graves difficultés de balance des paiements, sous réserve d'une série de conditions (par exemple, il faut éviter de causer un préjudice inutile aux intérêts commerciaux, économiques et financiers d'une autre Partie, les mesures ne doivent pas être plus rigoureuses que nécessaire pour faire face aux difficultés, et doivent être provisoires et non discriminatoires).

¹⁵ Cependant, l'Indonésie, conformément aux termes de la Convention, accorderait «des facilités identiques ou compensatoires aux investissements de sociétés et de ressortissants de la Confédération suisse dans des activités économiques similaires».

47. Dans de nombreux accords bilatéraux d'investissement, des exceptions à l'obligation de ne pas faire obstacle au transfert des paiements ne sont autorisées que pendant les périodes où les réserves de change sont à des niveaux exceptionnellement bas. En général, ces clauses autorisent à retarder provisoirement le transfert. Elles sont parfois assorties d'une ou de plusieurs autres conditions. Une autre approche prévoit le droit de procéder à des transferts monétaires, mais sous réserve de la législation du pays d'accueil en matière de contrôle des changes. Certains accords bilatéraux d'investissement se bornent à garantir le droit de transférer vers le pays d'origine une fraction seulement des rémunérations perçues sous forme de salaire par les nationaux de l'autre partie contractante.

48. Pour conclure, si les règles internationales imposent de toute évidence certaines restrictions à l'autonomie des autorités nationales en matière de réglementation, plusieurs techniques ont été utilisées pour obtenir un juste équilibre. Le GATT, l'Accord sur les obstacles techniques au commerce et l'AGCS procèdent tous d'approches différentes et peuvent fournir d'utiles modèles de référence pour l'élaboration d'une réglementation future dans le domaine de l'investissement. En ce qui concerne les accords régionaux et bilatéraux d'investissement, il convient d'examiner dans quelle mesure le droit de réglementer va au-delà des «appropriations par voie réglementaire» et autres problèmes analogues liés à la protection des investissements pour englober les moyens de concilier d'autres aspects des accords internationaux d'investissement avec la nécessité de préserver la liberté d'action indispensable pour le développement¹⁶.

49. Compte tenu de ce qui précède, les experts voudront peut-être examiner les questions suivantes:

a) Dans quelle mesure les accords existants laissent-ils aux gouvernements une liberté d'action suffisante pour appliquer des mesures nationales de réglementation dans l'intérêt public, plus spécialement en vue d'objectifs de développement?

b) Quelle pourrait être l'approche la plus appropriée pour préserver le droit de réglementer dans le domaine de l'investissement? Quel rôle le traitement spécial et différencié devrait-il jouer dans ce contexte?

c) Une approche fondée sur des exceptions générales et spécifiques est-elle préférable à une approche qui évaluerait l'acceptabilité d'une mesure réglementaire en mettant en regard l'effet restrictif sur les investissements et l'objectif visé par la réglementation?

d) Quelles exceptions et sauvegardes spécifiques liées au développement pourraient-elles être envisagées dans le contexte des accords internationaux d'investissement?

¹⁶ La question a été également examinée à la Réunion d'experts de la CNUCED sur les approches bilatérales et régionales de la coopération multilatérale dans le domaine de l'investissement transfrontières à long terme, de l'investissement étranger direct plus particulièrement. Le rapport de la Réunion d'experts constate: «Finalement, la question a été soulevée de savoir si le droit de réglementer irait au-delà des problèmes d'expropriation et engloberait les prescriptions de résultat et autres conditions imposées aux investisseurs étrangers» [TD/B/COM.2/EM.11/3, par. 18 g)].

e) Quels devraient être les critères objectifs applicables aux périodes de transition et aux exceptions liées au développement, en ce qui concerne, plus particulièrement, le traitement national?

f) Quels ont été, dans la pratique, les résultats du recours aux exceptions et aux sauvegardes?

RÉFÉRENCES

- Caves R (1996). *Multinational Enterprise and Economic Analysis*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press.
- Hackett SC and Srinivasan K (1998). Do supplier switching costs differ across Japanese and US multinational firms? *Japan and the World Economy* 10: 13–32.
- Hughes A and Brewster H (2002). *Lowering the Threshold: Reducing the Cost and Risk of Private Direct Investment in Least Developed, Small and Vulnerable Economies*. London, Commonwealth Secretariat, Economic Affairs Division. Février.
- Kumar N (2001). WTO's emerging investment regime: Way forward for Doha ministerial meeting. *Economic and Political Weekly*, 36 (33): 3151–58.
- Moran T (1998). *Foreign Direct Investment and Development: The New Policy Agenda for Developing Countries and Economies in Transition*. Washington, D.C., Institute for International Economics.
- Moran T (2001). *Parental Supervision: A New Paradigm for Foreign Direct Investment and Development*. Washington, D.C., Institute for International Economics.
- Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) (1997). *Rapport de l'OCDE sur la réforme réglementaire*. Paris, OCDE.
- OECD (1998) *Foreign Direct Investment and Economic Development*. Paris, OCDE.
- CNUCED (1996a). *World Investment Report 1996: Investment, Trade and International Policy Arrangements*. Publications des Nations Unies, n° de vente E.96.II.A.14, New York et Genève.
- CNUCED (1996b). *Incentives and Foreign Direct Investment*. Publications des Nations Unies, n° de vente E.96.II.A.6, New York et Genève.
- CNUCED (1998). *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*. Publications des Nations Unies, n° de vente E.98.II.D.8, New York et Genève.
- CNUCED (1999). *World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenge for Development*. Publications des Nations Unies, n° de vente E.99.II.D.3 and Corr. 1, New York et Genève.
- CNUCED (2000). *Tax Incentives and Foreign Direct Investment: A Global Survey*. Publications des Nations Unies, n° de vente E.01.II.D.5, New York et Genève.

- CNUCED (2001a). *Host Country Operational Measures*. CNUCED, Série sur les accords internationaux d'investissement. Publications des Nations Unies, n° de vente E.01.II.D.18, New York et Genève.
- CNUCED (2001b). *World Investment Report 2001: Promoting Linkages*. Publications des Nations Unies, n° de vente E.01.II.D.12, New York et Genève.
- CNUCED (2001c). *Home Country Measures*. CNUCED, Série sur les accords internationaux d'investissement. Publications des Nations Unies, n° de vente E.01.II.D.19, New York et Genève.
- CNUCED (2001d). *International Investment Instruments: A Compendium, Volume 6*. Publications des Nations Unies, n° de vente E.01.II.D.34, New York et Genève.
- CNUCED (2001e). *Compendium of International Arrangements on Transfer of Technology: Selected Instruments*. Publications des Nations Unies, n° de vente E.01.II.D.28, New York et Genève.
- CNUCED (2001f). *Social Responsibility*. CNUCED, Série sur les accords internationaux d'investissement. Publications des Nations Unies, n° de vente E.01.II.D.4, New York et Genève.
- CNUCED (2002). *World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness*. Publications des Nations Unies, n° de vente E.02.II.D.4, New York et Genève.
- Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales (UNCTC) (1991). *The Impact of Trade-Related Investment Measures on Trade and Development: Theory, Evidence and Policy Implications*. Publications des Nations Unies, n° de vente E.91.II.A.19. New York.
- Organisation mondiale du commerce (OMC) (1998). Rapport (1998) du Groupe de travail des liens entre commerce et investissement du Conseil général, WT/WGTI/2, Genève, OMC.
