



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

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/EM.21/2
22 mai 2007

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT

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

Réunion d'experts sur les incidences sur le
développement de l'élaboration de règles
régissant l'investissement international
Genève, 28 et 29 juin 2007
Point 3 de l'ordre du jour provisoire

**ÉLABORATION DE RÈGLES RÉGISSANT L'INVESTISSEMENT
INTERNATIONAL***

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

L'évolution des règles régissant l'investissement international est un processus dynamique, qui ouvre des nouvelles perspectives, mais qui pose aussi de nouvelles difficultés aux pays, en particulier aux pays en développement, en ce début de XXI^e siècle. Le présent document fait le point des tendances récentes et des caractéristiques de l'actuel régime des accords internationaux d'investissement (AII) et indique les principales difficultés en ce qui concerne le développement. Parmi celles-ci, on peut citer les contraintes en matière de capacité que connaissent les pays en développement et les difficultés liées au contenu des accords internationaux d'investissement. La cohérence des politiques, un juste équilibre entre intérêts privés et intérêts publics en matière d'investissement et les aspects relatifs au développement méritent de retenir une attention particulière à cet égard.

Le document présente également un certain nombre de suggestions pour le traitement de ces divers aspects. Un débat serait souhaitable sur la façon dont les aspects relatifs au développement pourraient être renforcés dans l'élaboration future de règles régissant l'investissement international.

* Le présent document a été soumis à la date susmentionnée en raison de retards survenus dans la procédure.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
INTRODUCTION	1	3
I. TENDANCES RÉCENTES ET CARACTÉRISTIQUES DE L'ÉLABORATION DE RÈGLES RÉGISSANT L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL	2 – 14	3
A. Expansion continue de l'univers des accords internationaux d'investissement.....	2 – 7	3
B. Différends entre investisseurs et États	8 – 10	5
C. Rôle accru des pays en développement	11 – 12	6
D. Évolution de l'actuel régime des accords internationaux d'investissement (AII)	13 – 14	7
II. INCIDENCES SUR LE DÉVELOPPEMENT.....	15 – 46	8
A. Problèmes de capacité.....	16 – 22	8
B. Problèmes de contenu	23 – 46	9
CONCLUSIONS	47 – 49	16
QUESTIONS PROPOSÉES À LA DISCUSSION	50	16
Bibliographie		18

INTRODUCTION

1. À sa session de mars 2007, la Commission de l'investissement, de la technologie et des questions financières connexes a confirmé que la CNUCED devait être l'organisme principal au sein du système des Nations Unies pour le traitement des questions liées aux accords internationaux d'investissement et qu'elle devait continuer de contribuer à une meilleure compréhension des questions relatives à ces accords et de leurs incidences sur le développement, avec la participation de tous les acteurs intéressés et en tenant particulièrement compte des besoins des PMA. À sa quarante et unième réunion directive, tenue du 18 au 20 avril 2007, le Conseil du commerce et du développement a décidé que la Commission de l'investissement, de la technologie et des questions financières connexes convoquerait une réunion d'experts consacrée aux «incidences sur le développement de l'élaboration de règles régissant l'investissement international». Le secrétariat a établi la présente note à l'intention de cette réunion.

I. TENDANCES RÉCENTES ET CARACTÉRISTIQUES DE L'ÉLABORATION DE RÈGLES RÉGISSANT L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL

A. Expansion continue de l'univers des accords internationaux d'investissement

2. L'univers des accords internationaux d'investissement (AII) continue de s'étendre pour ce qui est du nombre et de la complexité de ces accords, puisque l'année 2006 a été marquée par une nouvelle expansion et une complexité croissante de l'élaboration de règles régissant l'investissement international aux niveaux bilatéral, régional et interrégional.

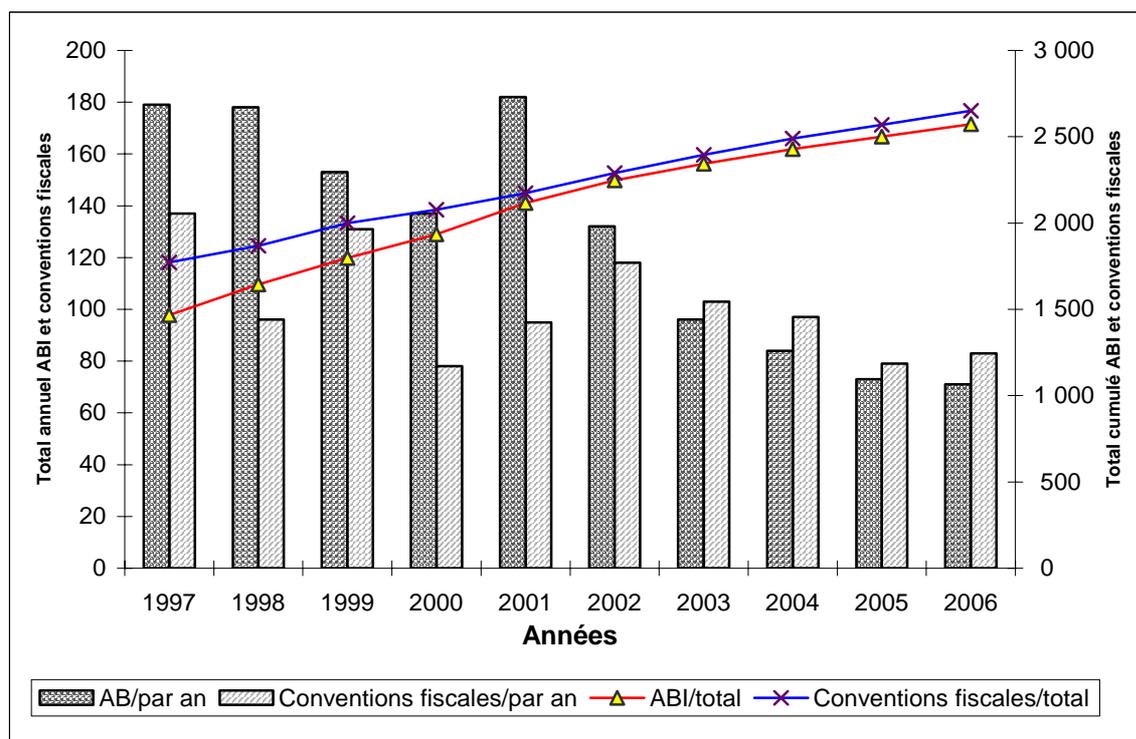
1. *Accords bilatéraux d'investissement*

3. Soixante et onze nouveaux accords bilatéraux d'investissement (ABI) ont été conclus; ce qui a porté leur nombre total à un nouveau sommet de 2 572 fin 2006 (fig. 1). Dans le même temps, le ralentissement du nombre d'ABI conclus chaque année s'est poursuivi pour la cinquième année consécutive en 2006. La tendance à la renégociation d'accords existants a également continué de s'amplifier – 13 ABI en 2006. À ce jour, un total de 109 ABI a été renégocié entre les pays concernés.

2. *Conventions relatives à la double imposition*

4. En 2006, 83 nouvelles conventions relatives à la double imposition (conventions fiscales) ont été conclues, ce qui portait leur nombre total à 2 651 fin 2006 (fig. 1). Pour la première fois depuis 2002, le nombre de conventions fiscales conclues a augmenté par rapport à l'année précédente. La répartition régionale des conventions fiscales conclues fin 2006 (par groupe de pays) montre que 38 % de l'ensemble des conventions fiscales ont été conclues entre des pays en développement et des pays développés, tandis que 16 % étaient conclues entre des pays en développement. La part des conventions fiscales entre pays développés (24 %) est sensiblement supérieure à celle des ABI: cela peut s'expliquer par le fait que la double imposition constitue une plus grande menace dans ces pays que le risque politique.

Figure 1. Nombre d'ABI et de conventions fiscales conclus, en total cumulé et en total annuel, 1996-2006



Source: CNUCED (www.unctad.org/jia).

3. Accords préférentiels de commerce et d'investissement

5. La tendance des années précédentes à l'élaboration de règles régissant l'investissement international dans le cadre d'accords préférentiels de commerce et d'investissement (APCI) a pris de l'ampleur en 2006, avec la conclusion de 18 nouveaux APCI intéressant 62 pays¹. Cela a porté le nombre total de ces accords à 241 fin 2006 (fig. 2)². Si le nombre total d'APCI est encore modeste par rapport au nombre d'ABI (moins de 10 %), il a néanmoins presque doublé au cours des cinq dernières années. En outre, 68 accords au moins concernant 106 pays étaient en négociation fin 2006. Cela donne à penser qu'on assistera à une hausse encore plus marquée du nombre de ces accords dans un proche avenir.

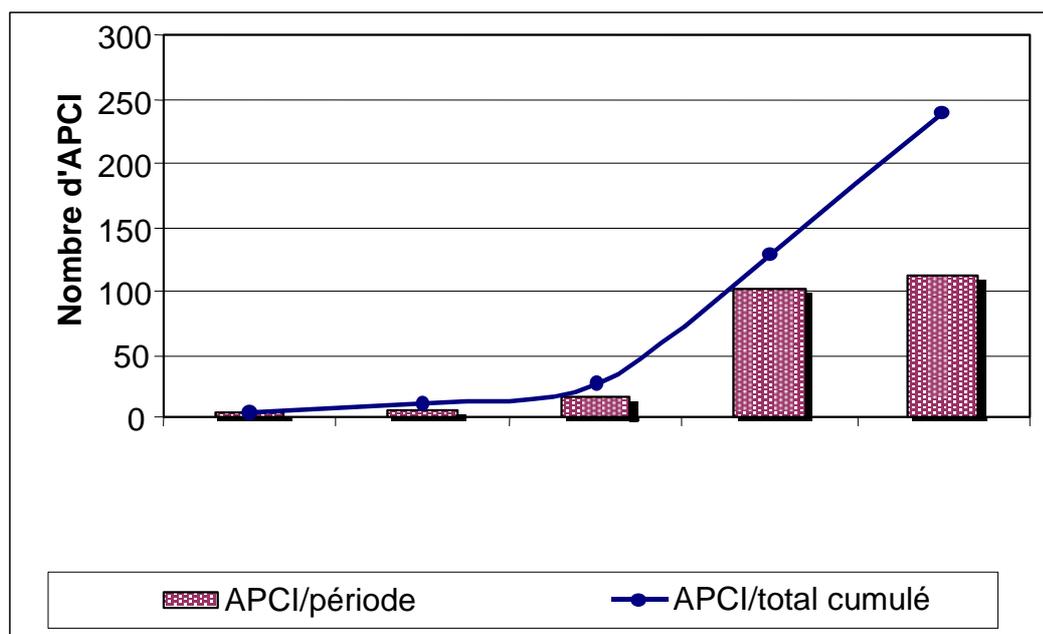
¹ Ces accords apparaissent sous des noms divers, par exemple accords de libre-échange, accords de partenariat économique, accords régionaux d'intégration économique ou accords-cadres de coopération économique.

² En raison de l'abrogation d'un grand nombre d'accords du fait de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne et de la conclusion du nouvel Accord de libre-échange d'Europe centrale, qui a regroupé plus de 30 accords bilatéraux de libre-échange, le nombre total d'APCI n'a pas augmenté, contrairement à l'année précédente.

6. Parmi les plus importants accords préférentiels de commerce et d'investissement conclus en 2006, on peut citer le nouvel Accord de libre-échange d'Europe centrale (ALEEC), qui a fusionné plus de 30 accords bilatéraux de libre-échange. D'autres importants accords de libre-échange conclus l'an dernier sont les accords de libre-échange entre les États-Unis et la Colombie, Oman, le Panama et le Pérou, ainsi que l'Accord de partenariat économique conclu entre le Japon et les Philippines.

7. Ces APCI contiennent souvent des obligations contraignantes pour les parties contractantes en matière d'admission et de protection de l'investissement étranger (CNUCED, 2006a). La portée des engagements relatifs à la protection de l'investissement dans ces accords est comparable à celle des accords bilatéraux d'investissement. Toutefois, quelques accords ne définissent qu'un cadre de coopération entre les parties contractantes. Cette coopération prend souvent la forme de la mise en place d'un cadre institutionnel permettant d'assurer le suivi des questions d'investissement et de définir un calendrier pour le lancement de négociations futures sur la libéralisation ou la protection de l'investissement. Un exemple récent en est l'Accord-cadre sur le commerce et l'investissement conclu entre les États-Unis et l'ANASE.

**Figure 2. Expansion des accords préférentiels de commerce et d'investissement, 1957-2006
(Nombre)**



Source: CNUCED.

B. Différends entre investisseurs et États

8. En 2006, le nombre de règlements de différends connus entre investisseurs et États découlant d'un accord d'investissement a augmenté d'au moins 28, le nombre total de telles

affaires atteignant un nouveau record de 258 fin 2006³. Le chiffre pour 2006 semble indiquer un ralentissement de la formidable expansion précédente du nombre d'affaires observées. Sur un total de 258 affaires, 160 ont été portées devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI); la plupart des autres affaires ont été jugées au moyen du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) (65) ou du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (18).

9. La forte hausse du nombre de différends découlant d'accords internationaux d'investissement n'est pas nécessairement une mauvaise chose. On peut considérer que c'est une expression de la primauté du droit et donc une indication de la contribution que les accords internationaux d'investissement apportent à l'instauration d'un climat favorable à l'investissement dans les pays d'accueil. Souvent, les jugements rendus dans un arbitrage de différend entre investisseur et État ont aidé à clarifier le sens de dispositions particulières des accords, améliorant ainsi la transparence de la structure des AII grâce à un corpus appréciable de jurisprudence. Toutefois, il y a aussi eu des décisions incohérentes qui ont contribué à créer des incertitudes, outre la crainte d'éventuelles procédures multiples pour de mêmes événements, ce qui accroîtrait le coût de règlement tout en créant un risque de résultats incohérents (CNUCED, 2005a, 2005b).

10. Ces considérations ont conduit à l'adoption de mesures visant à réformer le système du CIRDI ainsi qu'à la révision de plusieurs ABI types (CNUCED, à paraître a). Ces révisions portent sur d'appréciables innovations visant à accroître la prévisibilité, la transparence et la cohérence du processus.

C. Rôle accru des pays en développement

11. Le rôle des pays en développement dans l'élaboration de règles régissant l'investissement international évolue de deux façons importantes au moins. Premièrement, ces pays concluent désormais communément des AII entre eux d'où un accroissement substantiel du nombre de ces accords entre pays en développement. Par exemple, fin 2006, il existait 679 ABI entre pays en développement, représentant environ 26 % de l'ensemble des ABI. Le nombre total d'APCI Sud-Sud totalisait plus de 90 accords fin 2006. Des exemples récents d'accords préférentiels Sud-Sud sont notamment les initiatives de l'ANASE relatives à la création d'une zone de libre-échange et d'investissement avec la Chine, l'Inde et la République de Corée, l'Accord de libre-échange entre Singapour et le Panama et l'Accord de libre-échange entre la Chine et le Pakistan.

12. Deuxièmement, un certain nombre de pays en développement sont devenus exportateurs de capitaux. Dans le contexte des AII, leur rôle n'est désormais plus limité à celui de pays d'accueil d'investissements étrangers venant de pays développés; ce sont aussi des sources de capitaux qui

³ Ce nombre n'inclut pas les affaires où l'une des parties a déclaré son intention de saisir une instance d'arbitrage, mais n'a pas encore engagé de procédure (déclaration d'intention); si ces affaires devaient donner lieu à un arbitrage, le nombre d'affaires pendantes augmenterait d'autant.

sont investis dans des pays développés et dans d'autres pays en développement (CNUCED, 2006b, 2005c).

D. Évolution de l'actuel régime des accords internationaux d'investissement (AII)

13. En ce début de XXI^e siècle, le régime des AII présente les caractéristiques systémiques fondamentales ci-après⁴:

- Le régime est *universel*, en ce sens que presque tous les pays ont signé au moins un accord bilatéral d'investissement et la grande majorité des pays sont parties à des accords régionaux, plurilatéraux ou multilatéraux relatifs à l'investissement.
- La structure des accords est *atomisée*. Aucune autorité unique ne coordonne la structure globale ou le contenu des milliers d'accords qui constituent le système.
- Il est *stratifié* – c'est-à-dire que des AII existent actuellement aux niveaux bilatéral, régional, plurilatéral et multilatéral et les accords à différents niveaux se chevauchent.
- Il est *multiforme*. Les AII comprennent des dispositions qui sont spécifiques à l'investissement, mais aussi des dispositions qui concernent des questions connexes telles que le commerce des marchandises, le commerce des services et la protection de la propriété intellectuelle.
- Les accords donnent l'impression d'une *certaine uniformité au centre, avec une hétérogénéité croissante à la périphérie*. Ainsi, sur un certain nombre de questions fondamentales, ils affichent un considérable consensus quant aux dispositions principales – traitement national et traitement NPF pour les investissements réalisés, traitement juste et équitable, garantie d'une indemnisation rapide, adéquate et effective en cas d'expropriation, garantie de la liberté de transfert, acceptation du règlement des différends entre investisseur et État et entre États. D'autres dispositions, toutefois, telles que la garantie du traitement national et du traitement NPF concernant le droit de réaliser des investissements futurs et l'interdiction de prescription de résultats, n'apparaissent que dans une minorité d'accords, avec parfois de considérables différences d'un accord à un autre.
- Ils n'ont qu'une *faible utilité réglementaire*. Très peu d'AII contiennent des dispositions permettant de réguler les stocks ou les flux d'investissement international. Les obligations imposées par ces accords concernent presque exclusivement les pays d'accueil et très peu souvent les pays d'origine, mais encore plus rarement les investisseurs ou les investissements. Les pays d'accueil réglementent l'investissement par le biais de leur législation nationale.

⁴ Le secrétariat de la CNUCED réalise actuellement une étude qui éclairera de façon plus détaillée quelques-unes des plus importantes caractéristiques du régime des AII tel qu'il a évolué au cours des 60 dernières années (CNUCED, à paraître b).

- Ils ont généralement *un effet indirect de promotion*. La grande majorité des accords ne contiennent pas de dispositions visant directement à promouvoir les flux d'investissement international. La promotion est plutôt un effet indirect de l'instauration d'un climat favorable à l'investissement à travers des dispositions relatives à la protection de l'investissement.
- Ils ont un *effet modéré de libéralisation*. La libéralisation a rarement été un objectif des accords conclus au cours de la première moitié de la période d'après-guerre. Toutefois, les choses ont beaucoup changé au cours de la dernière décennie, avec l'entrée en vigueur de l'AGCS ainsi que des plus récents accords de libre-échange, l'accord de l'ANASE, les ABI conclus par les États-Unis, le Canada et le Japon, et le Traité sur la Charte de l'énergie.
- Les *AII ne contribuent que modestement à la transparence*. S'ils sont généralement considérés comme des accords destinés à protéger l'investissement en instaurant un climat de l'investissement stable et transparent, beaucoup de ces accords ne contribuent à la transparence que dans la mesure où leurs dispositions sont elles-mêmes transparentes, mais sans exiger que les pays d'accueil rendent leur législation transparente.

14. Pour ce qui est des aspects relatifs au développement, deux ensembles de caractéristiques du régime des AII qui vient d'être décrit sont particulièrement intéressants. Premièrement, le fait que les AII sont devenus de plus en plus complexes et diversifiés offre de nouvelles options, mais pose aussi de sérieuses difficultés aux pays en développement. Deuxièmement, la plupart des accords existants ne s'intéressent pas particulièrement aux questions de développement. Ces deux aspects sont traités dans la partie qui suit.

II. INCIDENCES SUR LE DÉVELOPPEMENT

15. Si ces questions intéressent tous les pays quel que soit leur niveau de développement – pays développés, pays en développement, pays en transition –, elles sont d'autant plus pertinentes pour les pays en développement que ceux-ci sont moins bien équipés pour y faire face. Les pays en développement sont en particulier confrontés à deux grandes difficultés.

A. Problèmes de capacité

16. Les problèmes de capacité tiennent au fait que de nombreux pays n'ont pas les moyens de participer pleinement et efficacement au développement et au fonctionnement du régime d'investissement international. Tous les pays connaissent des problèmes de capacité, mais ces problèmes sont particulièrement aigus dans le cas des pays en développement.

17. Les pays en développement par définition ont moins de ressources que les pays développés et les problèmes de capacité y sont donc plus aigus. Cela peut d'une certaine manière compromettre leur participation au système de l'investissement international d'un point de vue quantitatif ou qualitatif. Par exemple, un pays en développement peut constater qu'il n'a pas les ressources suffisantes pour négocier les accords qu'il souhaiterait négocier. Également, il peut décider de participer à des négociations, mais sans avoir les connaissances nécessaires pour obtenir les concessions qu'il aurait pu autrement s'assurer, ou sans pleinement appréhender les

conséquences de l'accord conclu, ou sans avoir la capacité d'honorer les engagements souscrits. En dernière analyse, les problèmes de capacité peuvent être les plus difficiles pour les pays en développement qui n'ont pas les moyens d'orienter le système d'investissement international dans la direction nécessaire pour répondre à ces difficultés.

18. Les problèmes de capacité sont aggravés par nombre de tendances que manifeste l'actuel système d'investissement international. Parmi ces tendances, on peut évoquer le nombre croissant d'accords, l'extension de leur champ d'application, leur complexité, leur diversité et la hausse appréciable du nombre de différends entre investisseurs et États soumis à une procédure d'arbitrage (voir plus haut)⁵.

19. Il est nécessaire de s'attaquer aux problèmes de capacité pour un certain nombre de raisons. Tout d'abord, le manque de capacité des pays menace l'efficacité de l'ensemble du système, car celui-ci suppose un ensemble de pays assumant sciemment des obligations dont il résulte un cadre stable et transparent pour l'investissement sur leurs territoires respectifs. Si les pays sont incapables de bien appréhender le contenu des accords qu'ils ont conclus en raison de sa complexité, ils risquent de signer des accords qu'ils ne seront pas en mesure d'honorer pleinement, ce qui ne pourra que compromettre la valeur desdits accords.

20. Même si les problèmes de capacité ne compromettent pas l'efficacité du système, ils risquent d'en fausser la structure. Par exemple, ils peuvent influencer sur le contenu des accords. Les pays n'ayant pas la capacité requise peuvent rechigner à conclure des accords plus complexes ou plus étendus, par exemple pour ce qui est des engagements de libéralisation.

21. Enfin, les problèmes de capacité menacent aussi l'équité du système d'investissement international. Les pays qui n'ont pas la capacité de participer pleinement risquent d'être marginalisés, de rester à l'écart de l'intégration de l'économie mondiale.

22. Tout cela conduit à préconiser davantage d'activités de renforcement des capacités dans les pays en développement pour les aider à surmonter les difficultés liées à la négociation et à l'application des AII. Des organisations internationales telles que la CNUCED ont pour mandat d'aider les pays, en particulier les pays en développement, à renforcer leurs capacités intérieures. Les principaux axes pour le renforcement des capacités, dans le cas de la CNUCED, sont la recherche et l'analyse concernant les tendances, les nouveaux problèmes et les incidences sur le développement, l'établissement de base de données sur les accords internationaux d'investissement, l'assistance technique et les services consultatifs concernant les ressources humaines et le renforcement des capacités institutionnelles, et la mise en place d'une plate-forme générale de débat sur les questions liées aux accords d'investissement (fonctions «d'appui»).

B. Problèmes de contenu

23. Les récentes tendances et les caractéristiques du système d'AII décrit plus haut ont engendré plusieurs problèmes se rapportant au contenu des accords. Trois considérations revêtent une importance fondamentale.

⁵ Voir également dans ce contexte CNUCED (2006 c).

24. Il y a tout d'abord la nécessité de promouvoir une certaine cohérence des politiques. Le nombre grandissant, la portée et la complexité croissantes des accords dans le cadre d'un système stratifié, multiforme et atomisé menacent de compromettre la cohérence du système lui-même. En outre, la forte hausse du nombre de différends entre investisseurs et États a conduit à se demander si certaines dispositions ne devaient pas être révisées afin d'être correctement interprétées (CNUCED, 2006d).

25. Ensuite, il s'agit de trouver un juste équilibre entre intérêts privés et intérêts publics au sein des AII. L'élargissement du champ d'application des accords soulève de nouvelles questions concernant la juste marge de pouvoir réglementaire dont doivent disposer les pays qui concluent de tels accords. Par ailleurs, la complexité croissante des accords soulève aussi des questions quant au degré approprié de spécificité des obligations et quant à la nécessité de prévoir des exceptions et des réserves.

26. Enfin se pose la question de savoir comment renforcer les aspects relatifs au développement de ces accords. Comme il a été noté précédemment, la plupart des AII actuels n'encouragent qu'indirectement l'investissement étranger à travers la protection de l'investissement. Une approche plus active pourrait aider à renforcer leur contribution au développement.

1. Promouvoir la cohérence des politiques

27. Le problème de la cohérence des politiques concernant les AII se pose dans au moins trois contextes différents.

- Premièrement, cohérence des politiques signifie que les AII d'un pays doivent être compatibles et en conformité avec ses politiques économiques et ses politiques de développement national. Cela suppose une stratégie nationale de développement cohérente, intégrant politiques d'investissement, politiques commerciales, politiques de concurrence, politiques technologiques et politiques industrielles. À mesure que de nouveaux accords sont négociés, il faut veiller à ce qu'ils soient compatibles avec le développement économique du pays et qu'en fait ils encouragent ce développement. D'un autre côté, la grande diversité de structure et de contenu des accords peut être un avantage pour les pays en développement, car ils peuvent ainsi adopter différentes approches dans leurs AII pour une meilleure prise en compte de leurs besoins spéciaux en matière de développement. Toutefois, la multitude de dispositifs qui découlent des accords internationaux d'investissement peut aussi rendre plus difficile l'utilisation de ces accords pour la réalisation de certains objectifs de développement. Par exemple, une politique d'intervention sélective vis-à-vis des investisseurs étrangers pourrait être compromise par l'effet combiné de l'octroi de droits d'établissement dans tel ou tel AII et de l'application de la clause NPF, laquelle pourrait conduire à ouvrir le secteur considéré à n'importe quel investisseur étranger.
- Deuxièmement, la cohérence des politiques entre en jeu dans le cadre des divers AII que les pays concluent avec d'autres pays. Aucun pays n'a un pouvoir de négociation si fort qu'il puisse imposer son modèle d'accord à tous ses partenaires. Cela dit, des incohérences peuvent surgir pour quasiment n'importe quelle disposition d'un accord

international d'investissement. Un domaine se distingue plus particulièrement en matière de règles relatives à l'investissement, celui de la libéralisation de l'investissement. De nouvelles divergences sont sur le point d'apparaître quant au degré de détail des dispositions de tel ou tel accord et la nécessité de prévoir des exceptions et des réserves dans un accord⁶.

- Troisièmement, la question de la cohérence se pose pour l'interprétation que de nombreuses décisions d'arbitrage ont donné de dispositions spécifiques. Devant l'accroissement du nombre de différends aboutissant à un certain nombre de décisions contradictoires, on peut se demander comment garantir la cohérence aussi pour ce qui est de l'interprétation des AII par les tribunaux d'arbitrage. En outre, les régimes d'arbitrage international – Convention du CIRDI, Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, procédures de règlement de différends de la CCI – divergent considérablement.

28. Tous ces différents aspects de la cohérence des politiques peuvent avoir d'importantes incidences sur le développement. De toute évidence, plus la structure globale et le contenu d'un AII sont adaptés aux politiques de développement du pays d'accueil, plus cet accord peut contribuer à la réalisation de certains objectifs. Inversement, l'application de politiques de développement stables et cohérentes peut être gravement compromise si l'ensemble des AII d'un pays est incohérent. Par exemple, si un pays applique une politique d'intervention active en faveur de certaines industries locales, son action peut être entravée si certains de ses AII – mais non tous – prévoient des exceptions au principe de non-discrimination.

29. La question de la cohérence intéresse tous les pays, mais plus particulièrement les pays en développement. Manquant de capacités et de compétences, ces pays peuvent plus que d'autres avoir du mal à définir des politiques économiques et des politiques de développement cohérentes et à les intégrer correctement dans leurs AII. Les pays en développement qui ont une expérience limitée des questions relatives aux accords internationaux d'investissement, où les changements de politique sont fréquents et dont les positions de négociation sont faibles, courent également le risque de conclure des accords incompatibles avec leur législation nationale ou non conformes à cette législation. Ils risquent d'avoir à conduire des négociations sur la base d'une diversité d'accords types proposés par leurs partenaires développés. En fait, de nombreux pays en développement affichent un ensemble d'AII extrêmement atomisé. En outre, la réglementation intérieure de beaucoup de ces pays ne cesse d'évoluer et est fréquemment modifiée. L'accroissement du nombre de lois et de réglementations adoptées multiplie également les risques qu'une législation ou une mesure individuelle soit conforme à certains AII, mais en contradiction avec d'autres, d'où un risque accru de réclamations pour non-respect des dispositions d'un accord. Pour ce qui est de l'arbitrage des différends relatifs aux investissements, les pays en développement ont souvent moins de moyens de se défendre efficacement que leurs homologues développés.

30. Toutefois, les effets possibles de ce manque de cohérence pourraient être atténués par la clause NPF, que l'on retrouve dans quasiment tous les AII. Cette clause empêche fondamentalement un pays d'accueil d'accorder un traitement différent à des investisseurs de différentes nationalités et pourrait être utilisée pour transformer des obligations manquantes

⁶ Sur la question des réserves, voir CNUCED (2006 e).

initialement de cohérence en obligations cohérentes. Cependant, au vu de certaines décisions récentes contradictoires, il apparaît très difficile de déterminer dans quelles circonstances elle s'applique effectivement et quelle pourrait être la portée de ses effets.

31. Les pays en développement devraient donc adopter une stratégie préventive et s'attacher à remédier aux incohérences actuelles de leur ensemble d'AII. Il s'agirait notamment de renégocier ou, en dernier ressort, de dénoncer les accords incompatibles. En outre, comme il a été noté plus haut, la tendance continue à une plus grande uniformité des dispositions de base en matière de protection de l'investissement réduit dans une certaine mesure le risque d'incohérence. Néanmoins, le processus d'harmonisation par le biais de négociations individuelles successives a des limites. En dernière analyse, pour sensiblement améliorer la cohérence en matière d'élaboration d'accords, il faudrait trouver les moyens de renforcer la formation au niveau multilatéral d'un consensus sur les principaux aspects critiques des AII.

32. En outre, la jurisprudence internationale peut beaucoup contribuer à une harmonisation de la compréhension et de l'interprétation des principes de base de la protection de l'investissement. La récente réforme du système du CIRDI, qui a apporté d'appréciables innovations aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États et visait à une plus grande transparence des procédures arbitrales, à une plus grande participation des tierces parties intéressées et au regroupement des réclamations, constitue un pas dans cette direction. Des efforts analogues sont en cours concernant le règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

2. *Équilibre des intérêts privés et des intérêts publics et flexibilité réglementaire*

33. Dans toute négociation relative à un accord international d'investissement, un aspect fondamental est de trouver un juste équilibre entre les droits et intérêts des investisseurs étrangers et les droits et intérêts du pays d'accueil. Faute d'un tel équilibre, aucune situation ne saurait être viable à long terme. En outre, il s'agit d'un processus dynamique. Les gouvernements doivent pouvoir réagir lorsque les investissements étrangers suscitent de nouvelles inquiétudes dans l'opinion publique et réévaluer et réviser leurs politiques en conséquence.

34. Principalement en raison de la hausse considérable des différends en matière d'investissement ces dernières années, la question du contre-poids aux droits des investisseurs a pris une certaine ampleur. À ce jour, on distingue trois approches principales:

- Premièrement, quelques pays ont clarifié les dispositions de tel ou tel AII, lorsqu'ils craignaient qu'une interprétation élargie de ces dispositions ne limite leur flexibilité réglementaire. Tel a été le cas, par exemple, des dispositions garantissant un traitement juste et équitable de l'investissement et une indemnisation en cas d'expropriation indirecte. Toutefois, ces efforts pourraient en même temps aboutir à aggraver l'incohérence de l'ensemble d'AII d'un pays (voir plus haut).
- Deuxièmement, de nombreux récents accords d'investissement mettent davantage l'accent sur des questions d'intérêt général. Par exemple, ils prévoient des exceptions générales permettant au pays d'accueil de prendre des mesures en rapport avec la sécurité nationale, le maintien de l'ordre public ou la protection de la santé, de la sécurité ou de l'environnement. Concernant ces exceptions, d'aucuns se sont

inquiétés qu'elles puissent compromettre la finalité d'un accord d'investissement en offrant au pays d'accueil la possibilité de se prévaloir largement de dérogations à ses obligations. Par ailleurs, de telles dispositions ont aussi fait l'objet de quelques sentences arbitrales, ce qui montre que leur champ d'application ne fait pas encore l'unanimité. D'autres AII prévoient des dispositions demandant au pays d'accueil de ne pas déroger aux normes en matière de travail et d'environnement dans sa réglementation relative à l'investissement étranger, bien que souvent ces dispositions n'imposent pas d'obligations contraignantes:

- Troisièmement, un petit nombre d'AII ont renforcé le rôle du public dans le règlement des différends entre investisseurs et États. Par exemple, certains accords permettent à des individus ou à des entités non parties au différend de présenter des communications écrites au tribunal, parfois qualifiées de communications *amicus curiae* («collaborateurs du tribunal»). Ces communications sont le plus souvent soumises par des ONG représentant des intérêts environnementaux, syndicaux ou autres, et elles défendent donc le plus souvent le pouvoir réglementaire du pays d'accueil. Les dispositions relatives à une participation publique ont été renforcées par des dispositions en matière de transparence (voir plus haut), telles que des dispositions prévoyant la publication des communications adressées au tribunal, ou la tenue d'audiences publiques.

35. La plupart de ces approches ont jusqu'ici été limitées à un petit nombre de pays, qui ne cesse toutefois d'augmenter. Étant donné que chacune présente des inconvénients potentiels, il reste à voir dans quelle mesure elles seront utilisées à l'avenir.

36. Une autre approche possible de l'équilibre entre intérêts publics et intérêts privés, qui n'a guère été explorée dans les AII à ce jour, serait de définir les obligations des investisseurs directement dans l'accord d'investissement, plutôt que de laisser au pays d'accueil la flexibilité réglementaire de les imposer par sa législation intérieure. Ces obligations peuvent être simplement passives, par exemple obligation de s'abstenir de certaines activités, telles que des activités constituant une infraction aux droits de l'homme ou au droit du travail, un danger pour l'environnement ou un acte de corruption. Elles peuvent aussi être actives, s'agissant par exemple d'apporter une contribution au développement. Un instrument imposant des obligations à l'investisseur pourrait aussi permettre au pays d'accueil d'avoir recours aux mécanismes d'arbitrage que seuls les investisseurs peuvent actuellement invoquer.

37. Jusque-là, la tendance principale a été d'aborder cette question dans le contexte de principes directeurs facultatifs rédigés à l'intention des investisseurs étrangers, tels que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Ainsi, sans assujettir les investisseurs étrangers à des obligations internationales dans l'accord d'investissement, le pays d'origine et le pays d'accueil énoncent néanmoins cet important message politique que les investisseurs étrangers sont censés adopter un certain comportement. Toutefois, la plupart des instruments existants concernent la «traditionnelle» responsabilité sociale des entreprises pour ce qui est des droits de l'homme, du droit du travail, de la protection de l'environnement et de la prévention de la corruption, et ne traitent pas des questions de développement économique à proprement parler. On pourrait donc envisager d'élaborer des principes directeurs traitant spécifiquement de la contribution des entreprises au développement économique (CNUCED, 2005d, 2003).

3. *Renforcer la contribution au développement des AII*

38. Une dernière question fondamentale concerne la contribution au développement des AII. Il s'agit de savoir si les mécanismes actuels – réserves, exceptions, dérogations temporaires, arrangements transitoires, suivi institutionnalisé, mécanismes de consultation (CNUCED, 2000) – ont été efficaces et suffisants.

39. Une façon de mettre en valeur la contribution au développement des accords d'investissement est de veiller à ce que les pays en développement conservent la marge d'action suffisante et nécessaire pour poursuivre leurs propres objectifs nationaux de développement, tout en s'employant à instaurer des conditions stables, prévisibles et transparentes pour l'IED. Cela relèverait de l'équilibre à établir entre intérêts publics et intérêts privés. La flexibilité dans les AII peut être abordée sous quatre angles différents, à savoir les objectifs de l'accord, sa structure globale et son contenu, les dispositions de fond, et sa mise en œuvre. En principe, chaque disposition d'un accord pourrait intégrer des considérations relatives au développement, être spécialement adaptée aux besoins des parties et, en particulier, tenir compte des asymétries entre pays se situant à différents niveaux de développement.

40. La prise en compte des aspects relatifs au développement pourrait conduire à ajouter de nouvelles catégories de dispositions qui ne figurent pas souvent dans les accords. Comme on l'a vu plus haut, les AII n'ont généralement que des effets indirects de promotion. Devraient-ils promouvoir l'investissement de façon plus directe, notamment au moyen de mesures prises par le pays d'origine? Ces moyens pourraient englober un large éventail d'aspects, par exemple la transparence et l'échange d'informations relatives à l'investissement, la promotion de liens entre investisseurs étrangers et entreprises locales, le renforcement des capacités et l'assistance technique, l'assurance des investissements, l'encouragement du transfert de technologie, l'assouplissement des obstacles informels à l'investissement, des activités conjointes de promotion de l'investissement, l'accès au capital, les incitations financières et budgétaires, et la mise en place d'un mécanisme institutionnel pour la coordination des activités de promotion de l'investissement. Le réseau mondial d'organismes de promotion de l'investissement pourrait jouer un rôle dans la mise en œuvre des AII et en matière de sensibilisation en vue d'améliorer l'environnement global pour l'investissement.

41. Avoir davantage recours à la promotion de l'investissement pourrait procurer plusieurs avantages. Les dispositions relatives à la promotion de l'investissement définissant généralement un engagement des parties contractantes de prendre des mesures spécifiques pour encourager l'investissement étranger, leur effet de promotion pourrait être ressenti plus rapidement et plus fortement que dans le cas d'obligations passives concernant la protection de l'investissement. Également, la promotion de l'investissement pourrait être utilisée dans le contexte des politiques stratégiques d'investissement des pays en développement pour orienter l'investissement étranger vers des secteurs, des activités ou des régions déterminés, où ces pays possèdent un avantage comparatif ou estiment avoir un potentiel intéressant. Un autre avantage potentiel est lié à la relative rareté de dispositions spécifiques pour la promotion de l'investissement dans les actuels AII. Les pays en développement qui feraient figurer de telles dispositions dans leurs accords d'investissement pourraient ainsi s'assurer un avantage compétitif dans la course mondiale pour attirer des investissements étrangers.

42. D'un autre côté, mettre davantage l'accent sur la promotion de l'investissement risque d'aboutir à une plus grande distorsion des incitations à l'investissement. Aussi, des considérations politiques dans les pays exportateurs de capitaux pourraient être un obstacle à une plus grande promotion de l'investissement dans les AII.

43. Une autre considération à cet égard est d'accorder une plus grande place à d'autres méthodes possibles de règlement des différends dans les futurs accords d'investissement. À l'heure actuelle, très peu d'accords d'investissement envisagent le recours à des techniques autres que les méthodes traditionnelles pour le règlement de différends entre investisseurs et États. Des méthodes différentes de règlement des différends impliquent l'intervention d'une tierce personne, généralement avec l'accord des parties à un différend, pour les aider à négocier un règlement. Pour cette raison, on parle parfois de «négociations facilitées». Ces méthodes peuvent avoir plusieurs avantages par rapport à l'arbitrage international. En cas de succès, elles sont moins onéreuses, plus rapides et elles préservent davantage la relation entre l'investisseur étranger et le pays d'accueil – tous aspects importants pour les pays en développement. L'accroissement sensible du nombre de différends entre investisseurs et États ces dernières années pourrait être un argument supplémentaire en faveur du recours à de telles méthodes non traditionnelles (CNUCED, à paraître c).

44. Plus généralement, la question de la meilleure intégration possible de considérations liées au développement dans un AII conduit à se demander quel type d'accord contribue le plus aux objectifs de développement, ce qui peut appeler des réponses différentes selon les pays. Par exemple, un pays peut choisir de conclure un ABI traditionnel axé sur la protection de l'investissement, un ABI comportant des engagements en matière de préétablissement, un APCI prévoyant une large libéralisation et couvrant des questions autres que l'investissement, telles que les services, les mouvements de main-d'œuvre, la concurrence ou la propriété intellectuelle, ou un accord de coopération économique se contentant de jeter les bases de règles futures moyennant des mesures prévoyant une plus grande transparence.

45. Déterminer le type d'AII qui favorise le mieux les objectifs de développement d'un pays dépend également des incidences escomptées d'un accord. Diverses études empiriques donnent des résultats quelque peu contradictoires quant à savoir si la conclusion d'AII entraîne un accroissement de l'investissement étranger direct. La plupart des études indiquent toutefois que ces accords ne sont qu'un facteur contribuant à un climat favorable de l'investissement et qu'ils peuvent jouer un plus grand rôle dans certains pays en développement que dans d'autres. En outre, la contribution des AII à l'instauration d'un climat favorable à l'investissement peut être complexe. Par exemple, ces accords peuvent contribuer à entériner des réformes intérieures qui sont en elles-mêmes importantes pour attirer les investissements étrangers. L'application d'un accord international d'investissement peut également déclencher de nouvelles réformes intérieures qui, à terme, contribueront à créer un environnement plus favorable à l'investissement. Également, les AII peuvent avoir des conséquences non voulues – par exemple, une sentence arbitrale énoncera que tel accord international d'investissement garantit une protection vis-à-vis de la réglementation du pays d'accueil, alors que celui-ci n'avait pas eu cette intention. De plus, différentes dispositions peuvent avoir différentes incidences, en fonction de la réalité économique d'un pays. Les pays en développement doivent eux-mêmes déterminer quelles catégories d'AII peuvent le plus contribuer à leurs objectifs de développement.

46. La contribution au développement est donc une considération à prendre en compte à la fois lors de la sélection du type d'instrument à négocier et lors de la rédaction de chaque disposition de l'accord. Elle devrait non seulement apparaître dans des dispositions spécifiques et distinctes, mais aussi ressortir de l'instrument dans son ensemble.

CONCLUSIONS

47. Le présent document, fondé sur une analyse des tendances récentes et des caractéristiques des actuels accords internationaux d'investissement, avait pour but de montrer que les pays en développement bénéficient de nouvelles perspectives, mais sont aussi confrontés à de nouvelles difficultés, en matière de règles régissant l'investissement international. Les difficultés concernent les capacités des pays et le contenu des accords. La mesure dans laquelle l'évolution future du régime d'AII peut contribuer au développement économique et social et à une meilleure intégration des pays en développement dans l'économie mondiale dépend fondamentalement des mesures qui seront prises pour répondre à ces difficultés.

48. Quelques suggestions ont été avancées et un débat a été proposé sur la façon de relever les divers défis. Un message fondamental de la présente note est que si les incidences sur le développement des règles relatives à l'investissement sont depuis longtemps reconnues, relativement peu d'AII accordent une attention particulière à cette question. L'absence quasi totale de dispositions spécifiques à la *promotion* de l'investissement dans ces accords en est la meilleure preuve. Pour ce qui est de l'équilibre entre intérêts privés et intérêts publics, jusqu'à maintenant seul un petit groupe de pays a jugé nécessaire de réévaluer les méthodes en vigueur et de renforcer le rôle de l'État. En outre, définir et appliquer une politique cohérente en matière d'AII restera difficile pour la plupart des pays en développement aussi longtemps qu'ils devront individuellement négocier des accords d'investissement avec des partenaires plus puissants.

49. Tout cela montre la nécessité d'accroître les activités de renforcement des capacités pour aider les pays en développement à mieux comprendre les questions en jeu et à concevoir des politiques adéquates en matière d'accords internationaux d'investissement, visant à garantir que ces accords apportent une contribution positive à la réalisation de leurs objectifs nationaux de développement.

QUESTIONS PROPOSÉES À LA DISCUSSION

50. Les experts voudront peut-être approfondir l'examen des questions ci-après:

- Concernant le chapitre I:

De votre point de vue national/régional, la description du régime d'AII et de son évolution est-elle juste? Est-elle suffisamment détaillée?

- Concernant le chapitre II:

Quelles caractéristiques de l'actuel régime d'AII ont des incidences particulières sur le développement dans votre pays ou votre région?

Dans ce contexte, diriez-vous que les questions de cohérence des politiques et d'équilibre entre intérêts privés et intérêts publics s'appliquent spécialement à votre pays ou à votre région?

Dans votre pays ou votre région, quel rôle les contraintes en matière de capacités jouent-elles face aux difficultés de la négociation et de l'application d'AII?

Y a-t-il d'autres aspects qui, selon vous, devraient être pris en compte pour évaluer les incidences sur le développement de l'élaboration de règles régissant l'investissement international?

- Concernant la question de la cohérence des politiques:

Quelle est la pertinence de la question de la cohérence du régime d'AII sous l'angle du développement et pour votre pays ou votre région? Dans votre pays ou votre région, quels sont les domaines d'action publique les plus touchés par la question de la cohérence?

- Concernant la question de l'équilibre entre intérêts publics et intérêts privés:

De votre point de vue national ou régional, est-il nécessaire de réévaluer l'actuel équilibre entre intérêts publics et intérêts privés dans le cadre des AII auxquels votre pays ou votre région est partie? Le cas échéant, dans quels domaines une réévaluation serait nécessaire et comment pourrait-elle être réalisée?

- Concernant la question de la contribution au développement:

Quelle est votre expérience (nationale/régionale) des mécanismes de «flexibilité» prévus dans les AII (par exemple, exceptions, dérogations, périodes de transition, sauvegardes)?

Ces mécanismes sont-ils suffisants pour permettre aux pays en développement d'accueil de poursuivre leurs stratégies de développement et de tirer le meilleur parti de l'investissement étranger?

Votre pays ou votre région ont-ils utilisé d'autres éléments pour renforcer le potentiel de contribution au développement des AII? Par exemple, vos accords d'investissement font-ils référence aux mesures du pays d'origine et aux obligations des investisseurs? Sinon, faudrait-il faire référence à de telles mesures et obligations, et comment cela devrait-il être formulé?

Que pourrait-on envisager d'autre pour renforcer la fonction de promotion de l'investissement des AII?

Bibliographie

- Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) (2000). *Flexibility for Development*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (New York et Genève: Nations Unies), publication des Nations Unies numéro de vente: E.00.II.D.6.
- _____ (2003). *World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives* (New York et Genève: Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.03.II.D.8.
- _____ (2005a). *Investor–State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (New York et Genève: Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.06.II.D.1.
- _____ (2005b). «Latest developments in investor–State dispute settlement», *IIA Monitor*, n° 4 (UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/2).
- _____ (2005c). *South–South Cooperation in International Investment Arrangements*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (New York et Genève: Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.05.II.D.5.
- _____ (2005d). «Contributions positives des entreprises au développement économique et social des pays en développement d'accueil». Note établie par le secretariat de la CNUCED (Genève: Nations Unies), document TD/B/COM.2/EM.17/2.
- _____ (2006a). *Investment Provisions in Economic Integration Agreements* (New York et Genève: Nations Unies), publication des Nations Unies UNCTAD/ITE/IIT/2005/10.
- _____ (2006b). *World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development* (New York et Genève: Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.06.II.D.11.
- _____ (2006c). *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (New York et Genève: Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.06.II.D.3.
- _____ (2006d). «Systemic issues in international investment agreements (IIAs)», *IIA Monitor*, n° 1 (UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/2).
- _____ (2006e). *Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (New York et Genève: Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.06.II.D.14.
- _____ (2007). *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking* (New York et Genève: Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.06.II.D.16.

_____ (à paraître a). *Investor–State Dispute Settlement and its Impact on Investment Rulemaking* (New York et Genève: Nations Unies), publication des Nations Unies.

_____ (à paraître b). *60 Years of International Investment Rulemaking: Stocktaking, Challenges and the Way Forward* (New York et Genève: Nations Unies), Publication des Nations Unies.

_____ (à paraître c). *Alternative Methods of Treaty-Based Investor–State Dispute Resolution* (New York et Genève: Nations Unies), publication des Nations Unies.
