



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

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/EM.5/2
5 février 1999

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 accords internationaux
d'investissement : concepts autorisant une
certaine flexibilité aux fins de promouvoir
la croissance et le développement
Genève, 24-26 mars 1999
Point 3 de l'ordre du jour provisoire

**ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT : CONCEPTS AUTORISANT
UNE CERTAINE FLEXIBILITÉ AUX FINS DE PROMOUVOIR
LA CROISSANCE ET LE DÉVELOPPEMENT**

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Les pays signataires d'accords internationaux d'investissement se situent souvent à des stades très divers de développement économique et technologique et affichent des différences dans de nombreux autres domaines importants. Lorsqu'il s'agit de pays en développement, on considère généralement que la promotion du progrès économique et social est un objectif essentiel. Il faut donc veiller à ce que ces accords soient suffisamment souples pour favoriser non seulement l'investissement, mais aussi le développement. Cette flexibilité peut se traduire de plusieurs façons : par exemple, par la définition d'objectifs de développement explicites, par l'établissement de priorités, par la structuration adéquate de l'accord, par la formulation de dispositions de fond concourant aux objectifs de développement, par l'autorisation d'exceptions ou par l'application d'un traitement différencié en ce qui concerne les droits et obligations des parties, en fonction du niveau de développement de chacune. L'objet de la réunion d'experts est d'étudier les caractéristiques des accords internationaux d'investissement qui leur confèrent une certaine flexibilité pour promouvoir la croissance et le développement, tout en leur permettant de servir d'autres objectifs. Les experts examineront les formes que revêt cette flexibilité dans les accords existants et se demanderont si elles constituent un moyen efficace de favoriser à la fois le développement et l'investissement.

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragrapbes</u>
INTRODUCTION	1 - 5
I. FLEXIBILITÉ	6 - 10
II. LES QUESTIONS QUI SE POSENT	11 - 48
A. Objectifs	14 - 17
B. Dispositions de fond	18 - 38
C. Application	39 - 43
D. Structure générale des accords	44 - 48
CONCLUSIONS	49 - 50

Liste des encadrés

1. Préambule de l'Accord général sur le commerce des services
Préambule de l'Accord sur les aspects des droits de propriété
intellectuelle qui touchent au commerce
2. Préambule des Principes facultatifs de l'APEC applicables
aux investissements
3. Préambule du Traité portant création de l'Association
latino-américaine d'intégration
4. Préambule de l'Accord sur les mesures concernant les
investissements et liées au commerce
Préambule de l'accord bilatéral d'investissement entre
l'Argentine et les Pays-Bas
5. Article 3 du Traité portant création de l'Association
latino-américaine d'intégration (ALADI)
6. Principales questions traitées dans les accords internationaux
d'investissement conclus récemment
7. L'accord bilatéral type des États-Unis (1994) (art. II)
Accord bilatéral entre le Canada et la Trinité-et-Tobago
(art. II, par. 3)
8. Article 4 de l'Accord sur les mesures concernant les
investissements et liées au commerce (MIC)
Article 5 de l'Accord sur les MIC
Article 65 de l'Accord sur les aspects des droits de
propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)
9. Article 259 de la quatrième Convention ACP-CEE de Lomé
10. Article 67 de l'Accord sur les ADPIC

TABLE DES MATIÈRES (suite)

Liste des encadrés

11. Accord bilatéral d'investissement entre la Malaisie et les Émirats arabes unis (art. 2)
Accord bilatéral d'investissement entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Cameroun (art. 2, par. 3)
12. Article XVI de l'AGCS
13. Article 15 de l'Accord sur l'agriculture
Article 10 de l'Accord sur l'application de mesures sanitaires et phytosanitaires
14. Mesures de flexibilité prévues pour les pays en développement dans la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et dans le Protocole de Kyoto

INTRODUCTION

1. Conformément au paragraphe 89 b) d'"Un partenariat pour la croissance et le développement" ¹, la Commission de l'investissement, de la technologie et des questions financières connexes a décidé, à sa quatrième session (14-18 septembre 1998), de convoquer une "réunion d'experts sur les concepts - tels que les exceptions et autres mécanismes qui autorisent une certaine flexibilité, y compris dans le domaine du renforcement des capacités technologiques, dans l'intérêt de la promotion de la croissance et du développement - permettant à des pays se situant à différents stades de développement de tirer profit des accords internationaux d'investissement" (TD/B/COM.2/15, annexe I).
2. Afin de faciliter les discussions, le secrétariat a établi le présent rapport, qui tient compte des conclusions des deux précédentes réunions d'experts convoquées par la Commission sur des sujets connexes et qui montre comment les accords internationaux d'investissement autorisent une certaine flexibilité en vue de promouvoir et le développement et l'investissement.
3. Le principal organe intergouvernemental de la CNUCED chargé d'étudier les accords internationaux d'investissement ² est la Commission de l'investissement, de la technologie et des questions financières connexes. Elle se fonde sur les conclusions de réunions d'experts qui sont des lieux d'échange et de discussion sur les accords existants et leurs conséquences pour le développement. Jusqu'à présent, deux réunions d'experts ont eu lieu : la première, tenue du 28 au 30 mai 1997, a été consacrée aux accords bilatéraux d'investissement et à leurs incidences sur le développement (TD/B/COM.2/5); la deuxième, tenue du 1er au 3 avril 1998, a porté sur les accords régionaux et multilatéraux d'investissement (TD/B/COM.2/11). Les experts ont examiné la nature et les incidences de ces accords, l'éventail des questions qui y étaient traitées, la mesure dans laquelle les exigences du développement étaient prises en compte et l'intérêt présenté dans l'optique du développement et de l'éventuelle élaboration d'un cadre multilatéral pour l'investissement par les accords.
4. La troisième réunion d'experts examinera comment les accords internationaux d'investissement permettent une certaine flexibilité en vue de promouvoir la croissance de pays du tiers monde n'ayant pas les mêmes niveaux ni les mêmes stratégies de développement. Les experts pourraient s'attacher à définir et à préciser la notion de flexibilité dans le contexte de ces accords (c'est-à-dire la flexibilité au service du développement), à examiner les formes qu'elle revêt dans les accords existants et, si possible, à évaluer leur efficacité pour promouvoir le développement tout en encourageant l'investissement. À cet égard, il convient de noter qu'un environnement favorable à l'investissement est également, dans une large mesure, un environnement favorable au développement.
5. Les participants ont aussi été invités à faire part de l'expérience acquise par leur propre pays dans les domaines considérés, notamment en soumettant des communications écrites avant la réunion.

I. FLEXIBILITÉ

6. Les pays signataires d'accords internationaux d'investissement se situent souvent à des stades très divers de développement économique et technologique et affichent des différences dans de nombreux autres domaines importants. S'il est largement reconnu que ces accords doivent prendre en compte les intérêts et les préoccupations de toutes les parties (CNUCED, 1996b), les asymétries entre celles-ci doivent faire l'objet d'une attention particulière pour que les objectifs visés soient effectivement atteints.

7. La plupart des accords internationaux d'investissement - et en particulier les accords bilatéraux - ont pour objectif principal d'intensifier la coopération économique et de créer des conditions favorables à l'investissement, afin de promouvoir et protéger l'investissement étranger direct (IED), qui est censé contribuer à la prospérité économique des pays signataires. Lorsqu'il s'agit de pays en développement, le progrès économique et social est généralement considéré comme un but essentiel. Il faut donc veiller à ce que ces accords soient suffisamment souples pour favoriser non seulement l'investissement, mais aussi le développement³. Cette flexibilité peut se traduire de nombreuses manières : par exemple, par la définition d'objectifs de développement explicites, par l'établissement de priorités, par la structuration adéquate de l'accord en question, par la formulation de dispositions de fond concourant aux objectifs de développement, par l'autorisation d'exceptions ou par l'application d'un traitement différencié en ce qui concerne les droits et obligations des parties, en fonction du niveau de développement de chacune. Ces modalités sont examinées au chapitre II ci-après. Une telle flexibilité permettrait d'adapter les accords internationaux d'investissement à la situation particulière des pays en développement et d'accroître ainsi leurs incidences positives sur la croissance, tout en limitant leurs effets négatifs. Il ne faut cependant pas s'imaginer que tous les pays signataires exploiteront automatiquement au maximum la marge de manoeuvre qui leur est consentie : tout dépendra de la stratégie de développement suivie par chacun d'entre eux.

8. Pour répondre aux besoins et aux préoccupations des pays du tiers monde, les accords internationaux d'investissement doivent donc être conçus dès le départ dans l'optique du développement. La définition et la poursuite des objectifs de développement restent cependant avant tout l'affaire de chaque pays. Ces accords ont essentiellement des effets indirects et sont complémentaires de la politique nationale qu'ils ne sauraient remplacer.

9. Certes, les accords internationaux ne sont pas les seuls facteurs pouvant influencer sur les flux d'investissement (CNUCED, 1998a). Il y a d'autres déterminants, généralement plus importants, à savoir : la taille du marché du pays d'accueil, son taux de croissance, la situation politique et la stabilité macroéconomique, la disponibilité et le coût des ressources (main-d'oeuvre, qualifications, etc.) et, de plus en plus, l'existence d'actifs créés tels que la capacité d'innovation et le savoir-faire technologique, ainsi que la présence d'une infrastructure juridique, administrative, matérielle et commerciale adaptée. Ces accords sont importants parce qu'ils contribuent à accroître la confiance des investisseurs étrangers : en définissant les droits et les obligations des parties et en prévoyant des mécanismes de

règlement des différends, ils aident à établir un climat favorable à l'investissement. Ils peuvent également faciliter l'intégration des pays d'accueil dans le marché international.

10. La Réunion d'experts a donc pour objet principal d'examiner les caractéristiques qui confèrent aux accords internationaux d'investissement une certaine flexibilité pour promouvoir le développement, tout en leur permettant de servir d'autres objectifs, à savoir : garantir la sécurité et la prévisibilité des investissements, empêcher l'imposition de restrictions superflues et favoriser la stabilité. Dans cette double optique, les accords doivent définir les notions sur lesquelles ils reposent et établir les droits et obligations des parties de manière à concilier la stabilité et la prévisibilité pour les pays d'accueil et pour les investisseurs étrangers avec la flexibilité dans l'intérêt du développement.

II. LES QUESTIONS QUI SE POSENT

11. L'examen des accords internationaux d'investissement soulève une question importante : si les parties sont théoriquement égales (symétrie juridique), elles peuvent se situer à différents stades de développement économique (asymétrie économique) ⁴. Une solution est de reconnaître les différences réelles entre les parties en accordant notamment une certaine flexibilité aux pays en développement signataires pour l'application de l'accord.

12. Comment les accords internationaux d'investissement existants ménagent-ils aux pays en développement la flexibilité dont ils ont besoin pour stimuler leur croissance ? C'est le sujet de la présente section. Plus précisément, le souci de promouvoir le développement peut trouver son expression dans :

a) **Les objectifs** : en général, le préambule de l'accord énonce les objectifs à atteindre. Les dispositions liminaires peuvent définir des buts précis qui explicitent des principes généraux de développement, ou introduire pour la première fois le thème du développement ;

b) **Les dispositions de fond** : les préoccupations relatives au développement peuvent influencer sur le choix des questions qui sont abordées ainsi que sur la manière dont ces questions sont traitées ;

c) **Les modalités d'application et l'assistance technique** : ce sont les moyens par lesquels un accord concourt aux objectifs de développement. L'assistance technique peut porter non seulement sur la mise en oeuvre de l'accord, mais aussi sur d'autres domaines. De plus, le niveau de développement peut justifier des exceptions et des dérogations, ainsi que l'octroi de délais pour le respect des obligations ;

d) **La structure générale** : l'architecture même de l'accord, et pas simplement son contenu, peut favoriser le développement.

13. Chacune de ces approches est illustrée ci-après par des exemples tirés d'accords existants ⁵, étant entendu qu'il ne s'agit pas de faire le tour de la

question. Leur importance et leur efficacité relatives ne sont toutefois pas évaluées, ce dont pourrait se charger la réunion d'experts.

A. Objectifs

14. En vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Nations Unies, 1987, art. 31, par. 2), le préambule doit être pris en considération pour l'interprétation d'un traité. Il énonce les objectifs généraux de l'accord et résume les motifs de sa conclusion. Il est donc très utile pour interpréter des dispositions particulières. Par conséquent, lorsque le préambule d'un accord international d'investissement mentionne explicitement le développement, les dispositions de fond devraient être interprétées de manière à servir cet objectif.

15. Le développement est souvent cité comme objectif dans le préambule des accords internationaux d'investissement conclus non seulement entre pays développés et pays en développement, mais aussi, ce qui est significatif, entre ces derniers. En gros, on peut distinguer deux types de dispositions :

a) La reconnaissance en termes généraux des besoins particuliers des pays en développement et des pays les moins avancés, appelant une certaine flexibilité dans l'application de l'accord - en particulier concernant le contenu des lois et règlements nationaux (encadré 1) ⁶ et le régime d'investissement (encadré 2), encore qu'il ne soit pas toujours fait mention de la législation nationale (encadré 3);

Encadré 1. Préambule de l'Accord général sur le commerce des services

"Reconnaissant 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."

Préambule de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

"Reconnaissant aussi les besoins spéciaux des pays les moins avancés Membres en ce qui concerne la mise en oeuvre des lois et réglementations au plan intérieur avec un maximum de flexibilité pour que ces pays puissent se doter d'une base technologique solide et viable."

Encadré 2. Préambule des Principes facultatifs de l'APEC applicables aux investissements

"Considérant la diversité des niveaux et rythmes de développement des pays membres, qui se retrouve dans leurs régimes d'investissement, et déterminés à oeuvrer sans relâche pour améliorer et libéraliser encore ces régimes."

Encadré 3. Préambule du Traité portant création de l'Association latino-américaine d'intégration

"*Conscients* de la nécessité d'accorder un traitement spécial aux pays relativement moins avancés du point de vue économique."

b) L'expression d'une forme plus précise de contribution au développement économique, par exemple, la libéralisation progressive ou l'application de certaines normes de traitement en matière d'investissement (encadré 4).

Encadré 4. Préambule de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce

"*Désireux* de promouvoir l'expansion et la libéralisation progressive du commerce mondial et de faciliter les investissements à travers les frontières internationales de manière à intensifier la croissance économique de tous les partenaires commerciaux, en particulier des pays en développement Membres, tout en assurant la libre concurrence."

**Préambule de l'accord bilatéral d'investissement
entre l'Argentine et les Pays-Bas**

"*Considérant* qu'un accord sur le traitement à réserver à ces investissements stimulera les flux de capitaux et de technologie ainsi que le développement économique des Parties contractantes, et qu'un traitement juste et équitable des investissements est souhaitable."

16. Les accords internationaux d'investissement peuvent également comporter des dispositions liminaires relatives aux "objectifs généraux", qui traitent du développement. Elles peuvent expliciter des thèmes du préambule, ou introduire la question du développement pour la première fois dans l'accord, ce qui est cependant inhabituel. Trois questions sont importantes à cet égard :

a) Les objectifs énoncés dans l'accord prennent-ils véritablement en compte le développement ?

b) Ces objectifs établissent-ils une distinction entre les différentes catégories de signataires ?

c) L'accord énonce-t-il de grands principes de développement et, dans l'affirmative, leur formulation permet-elle aux Parties contractantes de les appliquer avec une certaine flexibilité ?

17. Certains accords comportent des dispositions générales relatives au développement; reste à savoir si elles sont applicables à l'ensemble des engagements contractuels et dans quelles conditions. Afin de mesurer le degré de flexibilité accordé aux Parties contractantes, il peut être nécessaire d'examiner les autres dispositions de l'accord. Les dispositions liminaires de

la Convention de Lomé, par exemple, énoncent de nombreux objectifs en matière de développement : promotion du développement économique, culturel et social des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP); création d'un ordre économique international plus juste et équilibré (art. premier); droit des États ACP de déterminer en toute souveraineté leurs principes et stratégies de développement (art. 3); respect des droits de l'homme dans le cadre des objectifs de développement (art. 5); et application d'un traitement particulier aux États ACP les moins développés (art. 8). L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce dispose que les membres "pourront, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socioéconomique et technologique" (art. 8, par. 1); la suite du paragraphe précise que ces mesures doivent être compatibles avec les dispositions de l'Accord. On peut également trouver des principes généraux de développement, par exemple dans le Traité portant création de l'Association latino-américaine d'intégration (encadré 5). Si l'on considère l'ensemble de ses dispositions, cet accord semble viser à concilier les objectifs d'intégration et de croissance économiques, d'une part, et la nécessité d'autoriser une certaine flexibilité pour répondre aux besoins de développement particuliers de chaque partie contractante, d'autre part. Il convient de noter que ces pays sont différenciés en fonction de leur niveau de développement et que les moins développés bénéficient d'une plus grande liberté.

Encadré 5. Article 3 du Traité portant création de l'Association latino-américaine d'intégration (ALADI)

"Dans l'application du présent Traité et au cours du processus qui doit mener à son objectif final, les pays membres tiendront compte des principes suivants : a) pluralisme, fondé sur la volonté des pays membres de réaliser leur intégration, par-delà les différences politiques et économiques qui pourraient exister dans la région; b) convergence, se traduisant par une multilatéralisation progressive des accords de portée partielle grâce à des négociations périodiques entre pays membres, dans l'optique de la création du marché commun latino-américain; c) flexibilité, caractérisée par la capacité de ménager des possibilités de conclure des accords partiels, selon des modalités qui permettent leur convergence progressive et le renforcement des liens d'intégration; d) traitements différenciés, modulés en fonction de chaque cas, tant en ce qui concerne les mécanismes de portée régionale que ceux de portée partielle, sur la base de trois catégories de pays qui seront constituées compte tenu de leurs caractéristiques économique-structurelles. Ces traitements s'appliqueront dans une certaine limite aux pays moyennement développés et de manière plus favorable aux pays relativement moins développés du point de vue économique; et e) multiplicité, afin de permettre différentes formes d'arrangements entre les pays membres, en conformité des objectifs et des modalités du processus d'intégration, à l'aide de tous les instruments propres à stimuler et à élargir les marchés au niveau régional."

B. Dispositions de fond

18. Les dispositions de fond des accords internationaux d'investissement sont les principaux moyens de donner corps à des notions comme la flexibilité, à la fois par le choix des questions auxquelles s'applique l'accord et par la façon de les traiter.

19. Les pays qui concluent un accord d'investissement déterminent les catégories de questions qu'ils souhaitent y inclure et celles qu'ils préfèrent traiter à part dans des accords spéciaux (par exemple, sur la double imposition) ou dans le cadre de la législation et de la politique nationales. Ils peuvent aussi vouloir conserver une certaine marge de manoeuvre quant à leurs engagements, d'où l'emploi d'un libellé qui leur permet de poursuivre les buts de la politique nationale tout en respectant les principes généraux de l'accord. Pour illustrer notre propos, nous prendrons plus particulièrement en considération quatre questions (l'encadré 6 donne une liste plus détaillée des points traités dans les accords internationaux d'investissement) :

- a) Les type d'investissements, d'opérations et d'activités réglementés par les accords;
- b) L'admission des investissements;
- c) Les contraintes d'exploitation;
- d) Les normes générales de traitement des investisseurs étrangers, comme le principe du traitement national.

Encadré 6. Principales questions traitées dans les accords internationaux d'investissement conclus récemment a/

Admission et établissement
Concurrence
Règlement des différends (entre investisseurs et États, entre États)
Emploi
Environnement
Traitement juste et équitable
Transfert de fonds
Mesures prises par le pays d'origine
Mesures pratiques prises par le pays d'accueil
Paiements illicites
Mesures d'incitation
Mesures commerciales liées à l'investissement
Modalités et application
Traitement de la nation la plus favorisée
Traitement national
Objet et définitions
Responsabilité sociale
Marchés publics
Acquisition de biens
Fiscalité
Transfert de techniques
Tarification de cession interne
Transparence

a/ Les questions énumérées ici ne figurent pas nécessairement toutes dans tous les accords.

20. Ces questions sont essentielles pour les relations entre les investisseurs et le pays d'accueil, mais sont également importantes pour la politique et la stratégie des pays en développement. Dans les accords signés dernièrement, elles sont abordées avec une certaine flexibilité pour tenir compte des impératifs du développement. Voici quelques exemples des diverses démarches adoptées.

1. *Définition de l'investissement*

21. Les accords donnent souvent de l'investissement une définition large et non limitative (CNUCED, 1999a). Les définitions les plus générales englobent toutes sortes d'actifs, en particulier les biens mobiliers et immobiliers, les intérêts dans des sociétés (investissement de portefeuille et investissement direct), les droits contractuels (accords de services), les droits de propriété intellectuelle et les concessions commerciales. Cela a des conséquences importantes. Pour tenir compte des objectifs de développement, on peut notamment circonscrire la définition de l'investissement, mais il y a aussi d'autres solutions. À cet égard, il faut bien voir que l'effet d'un accord d'investissement résulte de l'interaction de son dispositif et des dispositions concernant les définitions (CNUCED, 1999a).

22. Il y a des définitions qui excluent certains types d'investissements, - comme l'investissement de portefeuille - du champ d'application de l'accord, le pays d'accueil étant donc libre de les soumettre à un régime différent. Quand l'accord concerne uniquement l'"investissement étranger direct", on peut se reporter à la définition du Fonds monétaire international, selon laquelle : "Dans l'ensemble des investissements internationaux, la catégorie des *investissements directs* désigne les investissements qu'une entité résidente d'une économie (l'investisseur direct) effectue dans le but d'acquérir un intérêt durable dans une entreprise résidente d'une autre économie (l'entreprise d'investissement direct). Par intérêt durable, on entend qu'il existe une relation à long terme entre l'investisseur direct et l'entreprise, et que l'investisseur exerce une influence significative sur la gestion de l'entreprise" (FMI, 1993, par. 359). Dans l'accord bilatéral d'investissement entre le Danemark et la Lituanie (art. premier, par. 1), le terme "investissement" désigne "tous types d'actifs liés à des activités économiques, acquis dans le but d'établir des relations économiques durables entre un investisseur et une entreprise ...". De même, l'accord bilatéral entre l'Allemagne et Israël (art. premier, al. a) i)), donne la définition suivante : "investissement dans une entreprise avec participation active aux activités de celle-ci ...".

23. On peut également restreindre le champ de la définition en spécifiant que l'accord s'applique uniquement aux investissements effectués selon les lois du pays d'accueil. Ainsi, l'accord bilatéral type utilisé par la Chine stipule que "le terme 'investissement' désigne tout actif investi par les investisseurs d'une Partie contractante conformément aux lois et règlements de l'autre Partie contractante sur le territoire de celle-ci ..." (art. III, par. 1). On trouve une clause analogue dans l'Accord de l'ANASE sur la promotion et la protection des investissements (art. II, par. 1).

24. Pour limiter la définition de l'investissement, on peut aussi exclure les investissements antérieurs à une certaine date, par exemple celle de la signature ou de l'entrée en vigueur de l'accord. La convention portant création de la Société interarabe de garantie des investissements précise ainsi que seuls sont garantis les investissements effectués après la conclusion des contrats d'assurance (art. 15, par. 4).

25. Certains accords portent sur des secteurs déterminés, ce qui influe bien entendu sur la définition de l'investissement. Par exemple, selon l'article premier du Traité sur la Charte de l'énergie, le terme "investissement" désigne tout investissement lié à une activité économique dans le secteur de l'énergie, ainsi que les investissements dans des projets découlant de la Charte et concernant l'efficacité, notifiés par les Parties contractantes au secrétariat. De même, l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) s'applique uniquement au secteur tertiaire.

2. *Admission*

26. Les clauses d'admission ont des conséquences importantes pour le développement. En droit international coutumier, l'admission des investisseurs étrangers et ses modalités sont en grande partie à la discrétion du pays d'accueil. Les contrôles, restrictions et conditions d'entrée font partie des moyens que les pays d'accueil mettent au service de leur stratégie de développement. La mondialisation les pousse cependant de plus en plus à ouvrir leur marché aux investisseurs étrangers et à leur accorder le traitement national. Au fil des ans, on a vu s'esquisser plusieurs solutions qui permettent une certaine flexibilité en matière d'admission, eu égard aux impératifs du développement.

27. La plupart des accords internationaux sont axés sur la création d'un climat favorable à l'investissement, les conditions d'entrée et d'établissement étant généralement déterminées par les lois et règlements nationaux des pays signataires (CNUCED, 1999b). C'est le cas de la majorité des accords bilatéraux, anciens et nouveaux, comme ceux qui ont été signés par l'Allemagne, la France, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède, et presque tous ceux qui ont été conclus entre des pays en développement (CNUCED, 1998b). C'est aussi le cas de nombreux accords régionaux, par exemple l'Accord de l'ANASE sur la promotion et la protection des investissements (art. III, par. 1), le Protocole sur la promotion et la protection des investissements originaires d'États non membres du MERCOSUR (art. B.1), l'Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de la Conférence islamique (art. 2), le Traité du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (art. 101, par. 1) et les Principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger direct (art. II, par. 3).

28. Une deuxième solution consiste à accorder certains droits d'entrée et d'établissement, tout en stipulant que les Parties pourront limiter l'admission dans certains secteurs ("option de refus"). Par exemple, les accords bilatéraux signés par les États-Unis et le Canada prévoient, en matière d'entrée, l'octroi du traitement national et du régime de la nation la plus favorisée (NPF), sous réserve d'exception par pays dans les secteurs spécifiés dans une annexe (voir l'encadré 7). L'Accord de libre-échange

nord-américain (ALENA) (chap. XI, art. 1102 à 1104 et 1108) et le Protocole de Colonia du MERCOSUR sur l'investissement intrazone (art. 2.1) contiennent aussi des dispositions de ce genre. Les Principes facultatifs de l'APEC applicables aux investissements prévoient que les pays doivent faire de leur mieux (clause de l'effort maximal) pour admettre les investissements sur la base du traitement national et du traitement NPF, sous réserve des exceptions prévues par la législation et la politique nationales. Le Traité sur la Charte de l'énergie contient une clause analogue, les Parties s'engageant cependant à négocier un traité complémentaire ayant force exécutoire sur l'octroi du traitement national et du régime NPF.

**Encadré 7. L'accord bilatéral type des États-Unis (1994)
(art. II)**

"1. En ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation des investissements considérés, chaque Partie accorde aux investissements en provenance de l'autre un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des situations analogues, aux investissements effectués sur son territoire par ses propres ressortissants ou sociétés (ci-après dénommé "traitement national") ou aux investissements effectués sur son territoire par des ressortissants ou sociétés de pays tiers ("traitement de la nation la plus favorisée"), le régime le plus favorable des deux étant appliqué. Chaque Partie veille à ce que ses entreprises publiques fournissent leurs biens et services en accordant le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée aux investissements considérés.

2. a) Une Partie peut établir ou maintenir des exceptions aux obligations énoncées au paragraphe 1 dans les secteurs ou domaines spécifiés dans l'annexe du présent accord. Elle ne peut cependant pas exiger le retrait total ou partiel d'investissements antérieurs à la date où l'exception prend effet".

**Accord bilatéral entre le Canada et la Trinité-et-Tobago
(art. II, par. 3)**

"Chaque Partie contractante permet l'établissement d'une nouvelle entreprise ou l'acquisition d'une entreprise existante ou de parts dans cette entreprise par des investisseurs ou investisseurs potentiels de l'autre Partie contractante, dans des conditions non moins favorables que celles qu'elle accorde pour de telles opérations, dans des circonstances analogues : a) à ses propres investisseurs ou investisseurs potentiels; ou b) aux investisseurs ou investisseurs potentiels de tout pays tiers".

29. Troisième solution : une "libéralisation progressive", chaque partie contractante commençant par accorder l'accès au marché dans certains secteurs seulement, spécifiés dans une liste ou une annexe de l'accord. Le principal

exemple en est l'article XVI de l'Accord général sur le commerce des services (voir plus loin la section D), renforcé par l'article XVII qui limite l'octroi du traitement national aux secteurs inscrits sur la liste, "compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées". Cela permet à chaque pays de négocier la libéralisation de certains services le moment venu, et d'ouvrir peu à peu son marché. En outre, le paragraphe 2 de l'article XIX stipule que "le processus de libéralisation respectera dûment les objectifs de politique nationale et le niveau de développement des différents Membres, tant d'une manière globale que dans les différents secteurs. Une flexibilité appropriée sera ménagée aux différents pays en développement ...".

3. *Contraintes d'exploitation*

30. Pour que l'IED ait un effet bénéfique, les pays cherchent souvent à imposer des conditions particulières aux investisseurs étrangers. Généralement, les accords internationaux d'investissement laissent le pays d'accueil libre de recourir comme il l'entend à ce genre de mesures.

31. Certains accords récents réglementent cependant le recours à ces contraintes d'exploitation. Ils donnent aux pays d'accueil une marge de manoeuvre plus ou moins grande dans ce domaine. En voici quelques exemples :

a) **Interdiction de certaines contraintes d'exploitation** : l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) interdit l'imposition de certaines conditions (à savoir les mesures incompatibles avec les articles III et XI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce). Les mesures mentionnées dans la liste exemplative annexée à l'Accord ne comprennent cependant pas les prescriptions en matière de transfert de technologie (qui sont particulièrement importantes pour améliorer les capacités techniques des pays en développement d'accueil), ni les conditions en matière d'exportation. Les accords bilatéraux signés par les États-Unis et le Canada et, récemment, certains accords entre pays en développement (par exemple l'accord bilatéral conclu par El Salvador et le Pérou) contiennent aussi des dispositions interdisant diverses contraintes d'exploitation. Dans certains cas (accord bilatéral type des États-Unis), l'interdiction ne s'applique pas aux conditions exigées pour pouvoir bénéficier d'un avantage ou d'une mesure d'incitation, ce qui permet au pays d'accueil de subordonner l'octroi de ces avantages à des prescriptions particulières (bien qu'il puisse être tenu de respecter la clause de la nation la plus favorisée). L'article 1106 de l'ALENA interdit sept types de contraintes d'exploitation, dont quatre auxquels il est également défendu de lier l'octroi d'avantages;

b) **Dispositions visant à décourager l'imposition de contraintes d'exploitation** : l'accord bilatéral entre les États-Unis et le Zaïre (devenu depuis la République démocratique du Congo) et l'accord entre la Malaisie et les Émirats arabes unis stipulent que le pays d'accueil doit éviter dans toute la mesure possible d'imposer de telles prescriptions. Au niveau multilatéral, les Principes directeurs de la Banque mondiale découragent le recours aux contraintes et autres conditions d'exploitation discriminatoires. Selon les Principes facultatifs de l'APEC applicables aux investissements, il convient d'user le moins possible de ce genre d'instruments. Au niveau régional, la Déclaration sur l'investissement international et les entreprises

multinationales ainsi que des décisions connexes de l'OCDE prévoient la suppression progressive des prescriptions incompatibles avec le principe du traitement national, et découragent la pratique consistant à lier l'octroi d'avantages à de telles conditions.

c) **Octroi d'un traitement spécial (dérogation temporaire) aux pays en développement** : l'accord sur les MIC donne aux pays en développement un délai spécial pour lever les mesures prohibées (voir également plus loin).

4. *Traitement national*

32. Le principe du traitement national - selon lequel le pays d'accueil doit accorder aux investisseurs étrangers un régime non moins favorable que celui qu'il réserve à ses propres entreprises - est, certes, important, mais il peut mettre certains pays dans l'embarras, en permettant à des entreprises étrangères, notamment à de grandes sociétés transnationales, de concurrencer les entreprises locales au risque de leur faire du tort. En outre, les pays d'accueil accordent parfois des avantages particuliers à leurs entreprises pour stimuler le développement de l'industrie nationale. Ils cherchent donc souvent à limiter de diverses façons l'application du traitement national pour qu'il ne porte pas préjudice à ces entreprises.

33. Certains accords, tout en réglementant le traitement des investisseurs étrangers, ne prévoient pas l'octroi du traitement national. C'est le cas de l'Accord de l'ANASE sur la protection et la promotion des investissements, ainsi que de la majorité des accords bilatéraux conclus par la Chine.

34. Le principe du traitement national est relatif. Souvent, les dispositions à ce sujet précisent qu'il s'applique uniquement "dans les mêmes circonstances" ou "dans des situations analogues", ce qui en limite la portée. La décision de l'OCDE concernant le traitement national et les accords conclus par les États-Unis en sont un exemple (cf. l'accord bilatéral type de 1994 utilisé par ce pays).

35. Certains accords excluent du champ d'application de ce principe tous les avantages accordés aux investisseurs locaux. C'est le cas de l'accord bilatéral conclu entre le Danemark et l'Indonésie, où il est question non pas de "traitement", mais d'"imposition de conditions" (article 3).

36. On peut aussi dispenser un pays (ou plusieurs) de l'obligation d'accorder le traitement national, en raison de sa situation économique. Ainsi, le protocole No 2 de l'accord bilatéral entre l'Indonésie et la Suisse permet de ne pas appliquer le traitement national aux investisseurs suisses, étant donné "le niveau de développement actuel de l'économie indonésienne".

37. La plupart des accords internationaux d'investissement conclus récemment excluent certains secteurs ou activités du champ d'application du traitement national. On citera l'ALENA et les accords bilatéraux passés par les États-Unis. L'Accord général sur le commerce des services prévoit que le traitement national doit être négocié progressivement, tout comme l'accès aux marchés, eu égard aux listes nationales. La décision de l'OCDE concernant le traitement national autorise des exceptions restreintes, sous réserve du maintien du statu quo.

38. Soulignons de nouveau que l'analyse qui précède vise simplement à donner une idée des questions traitées dans les accords, de la façon dont elles sont abordées et des différents moyens utilisés pour introduire une certaine flexibilité dans les principales dispositions de ces instruments.

C. Application

39. Les modalités d'application des accords internationaux d'investissement sont très importantes dans la perspective du développement. Elles peuvent dépendre des caractéristiques des accords considérés, et varient notamment selon qu'il s'agit d'instruments autonomes (comme les accords bilatéraux) ou d'accords s'inscrivant dans un ensemble d'engagements. Il importe de structurer les mécanismes d'application de façon à promouvoir les objectifs de développement. En outre, pour une efficacité maximale, il peut être nécessaire de mettre en place un dispositif spécial d'assistance technique et financière.

1. Exceptions et dérogations

40. Pour permettre d'appliquer un accord avec une certaine flexibilité, dans l'intérêt du développement, on peut prévoir des exceptions ou dérogations aux obligations qu'il impose. Elles peuvent être classées en deux grandes catégories :

a) Les exceptions et dérogations dont peuvent bénéficier toutes les parties contractantes, quel que soit leur niveau de développement, à savoir :

- i) Les *exceptions générales* pour des raisons de santé publique, d'ordre public, de bonnes moeurs et de sécurité nationale. Pratiquement tous les accords d'investissement comportent de telles exceptions, mais elles ne sont pas nécessairement liées au développement;
- ii) Les *exceptions concernant certaines questions* qui sont exclues du champ d'application de certaines dispositions. Par exemple, les clauses concernant le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée peuvent prévoir des exceptions concernant la propriété intellectuelle, les avantages découlant de l'appartenance à un système d'intégration économique régionale, la fiscalité ou les sauvegardes macroéconomiques temporaires;
- iii) Les *exceptions applicables à certains pays*, qui permettent à une partie contractante de se réserver, par exemple, le droit d'établir une distinction entre les investisseurs nationaux et les investisseurs étrangers pour des raisons de politique économique et sociale;

b) Les dispositions temporaires qui permettent de différer l'entrée en vigueur des obligations. Le but est de donner aux pays en développement un "délai de grâce" pour adapter leur politique ainsi que leurs lois et règlements aux règles de l'accord, compte tenu du fait qu'ils ne sont pas toujours en mesure d'agir comme les pays développés, leur économie et leur compétitivité étant plus faibles (voir l'encadré 8).

Encadré 8. Article 4 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC)

"Un pays en développement Membre sera libre de déroger temporairement aux dispositions de l'article 2 dans la mesure et de la manière prévues par l'article XVIII du GATT de 1994, le Mémoire d'accord sur les dispositions du GATT de 1994 relatives à la balance des paiements et la Déclaration relative aux mesures commerciales prises à des fins de balance des paiements adoptée le 28 novembre 1979 (IBDD, S26/226-230), permettant à un Membre de déroger aux dispositions des articles III et XI du GATT de 1994."

Article 5 de l'Accord sur les MIC

1. Dans un délai de 90 jours à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, les Membres notifieront au Conseil du commerce des marchandises toutes les MIC qu'ils appliquent et qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent accord. De telles MIC, qu'elles soient d'application générale ou spécifique, seront notifiées, avec leurs principales caractéristiques.

2. Chaque Membre éliminera toutes les MIC qui sont notifiées conformément au paragraphe 1, dans un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC dans le cas d'un pays développé Membre, de cinq ans dans le cas d'un pays en développement Membre et de sept ans dans le cas d'un pays moins avancé Membre.

3. Si la demande lui en est faite, le Conseil du commerce des marchandises pourra proroger la période de transition prévue pour l'élimination des MIC notifiées conformément au paragraphe 1 pour un pays en développement Membre, y compris un pays moins avancé Membre, qui démontrera qu'il rencontre des difficultés particulières pour mettre en oeuvre les dispositions du présent accord. Lorsqu'il examinera une telle demande, le Conseil du commerce des marchandises tiendra compte des besoins individuels du Membre en question en matière de développement, de finances et de commerce.

4. Durant la période de transition, un Membre ne modifiera pas les modalités d'une MIC qu'il notifie conformément au paragraphe 1 par rapport à celles qui existaient à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC d'une manière qui accroisse le degré d'incompatibilité avec les dispositions de l'article 2. Les MIC introduites moins de 180 jours avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC ne bénéficieront pas des arrangements transitoires prévus au paragraphe 2.

5. Nonobstant les dispositions de l'article 2, un Membre, afin de ne pas désavantager des entreprises établies qui font l'objet d'une MIC notifiée conformément au paragraphe 1, pourra appliquer pendant la période de transition la même MIC à un nouvel investissement *i*) dans les cas où les produits visés par cet investissement sont similaires à ceux des entreprises établies, *ii*) dans les cas où cela est nécessaire pour éviter de fausser les conditions de concurrence entre le nouvel investissement et les entreprises établies. Toute MIC ainsi appliquée à un nouvel investissement sera notifiée au Conseil du commerce des marchandises. Cette MIC aura des modalités équivalentes, dans leur effet sur la concurrence, à celles qui sont applicables aux entreprises établies, et il y sera mis fin en même temps."

**Article 65 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété
intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)**

"1. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2, 3 et 4, aucun Membre n'aura l'obligation d'appliquer les dispositions du présent accord avant l'expiration d'une période générale d'un an après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.

2. Un pays en développement Membre a le droit de différer pendant une nouvelle période de quatre ans la date d'application, telle qu'elle est définie au paragraphe 1, des dispositions du présent accord, à l'exclusion de celles des articles 3, 4 et 5.

3. Tout autre Membre dont le régime d'économie planifiée est en voie de transformation en une économie de marché axée sur la libre entreprise, et qui entreprend une réforme structurelle de son système de propriété intellectuelle et se heurte à des problèmes spéciaux dans l'élaboration et la mise en oeuvre de lois et réglementations en matière de propriété intellectuelle, pourra aussi bénéficier d'un délai comme il est prévu au paragraphe 2.

4. Dans la mesure où un pays en développement Membre a l'obligation, en vertu du présent accord, d'étendre la protection par des brevets de produits à des domaines de la technologie qui ne peuvent faire l'objet d'une telle protection sur son territoire à la date d'application générale du présent accord pour ce Membre, telle qu'elle est définie au paragraphe 2, ledit Membre pourra différer l'application des dispositions en matière de brevets de produits de la section 5 de la Partie II à ces domaines de la technologie pendant une période additionnelle de cinq ans.

5. Un Membre qui se prévaut des dispositions des paragraphes 1, 2, 3 ou 4 pour bénéficier d'une période de transition fera en sorte que les modifications apportées à ses lois, réglementations et pratiques pendant cette période n'aient pas pour effet de rendre celles-ci moins compatibles avec les dispositions du présent accord."

2. *Mesures de promotion, y compris la coopération technique et financière*

41. Les accords internationaux d'investissement peuvent contenir des dispositions indiquant les mesures à prendre pour favoriser le développement. Les pays d'origine peuvent notamment être appelés à encourager les flux d'investissements et de techniques vers les pays en développement. La Convention de Lomé (1989), par exemple, comporte des clauses concernant la promotion et le financement de l'investissement, qui visent à stimuler le transfert de capitaux privés de l'Union européenne aux pays ACP; elle décrit aussi l'action que les pays d'origine doivent mener à l'échelon national (encadré 9). D'autres mesures, comme la conclusion d'accords portant sur des projets précis, peuvent également avoir des effets bénéfiques.

Encadré 9. Article 259 de la quatrième Convention ACP-CEE de Lomé

"Afin de stimuler les flux d'investissements privés et le développement des entreprises, les États ACP et la Communauté, en coopération avec d'autres organismes intéressés et dans le cadre de la Convention :

- a) appuient les efforts visant à encourager les investissements privés européens dans les États ACP en organisant des discussions entre tout État ACP intéressé et des investisseurs privés potentiels concernant le cadre juridique et financier que les États ACP peuvent offrir aux investisseurs;
- b) favorisent les flux d'informations concernant les possibilités d'investissement en organisant des réunions de promotion des investissements, en fournissant régulièrement des informations sur les institutions financières ou d'autres institutions spécialisées existantes, leurs services et leurs conditions et en facilitant la création de points de rencontre pour ces réunions;
- c) favorisent la diffusion d'informations sur la nature et la disponibilité des garanties des investissements et des mécanismes d'assurance destinés à faciliter les investissements dans les États ACP;
- d) aident les petites et moyennes entreprises des États ACP à élaborer et obtenir aux meilleures conditions un financement sous forme de prises de participations ou de prêts;
- e) recherchent les moyens de surmonter ou de réduire le risque que présente le pays d'accueil pour les projets d'investissement privés qui pourraient contribuer au progrès économique;
- f) apportent leur concours aux États ACP pour :
 - i) créer ou renforcer la capacité des États ACP d'améliorer la qualité des études de faisabilité et la préparation des projets de façon à permettre de tirer des conclusions économiques et financières appropriées;
 - ii) concevoir des mécanismes intégrés de gestion des projets couvrant la totalité du cycle de développement des projets dans le cadre du programme de développement de l'État ACP."

42. L'Accord sur les ADPIC contient également des dispositions de ce genre (CNUCED, 1996c). Aux termes du paragraphe 2 de l'article 66, "les pays développés Membres 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 Membres pour leur permettre de se doter d'une base technologique solide et viable". L'Accord précise également les domaines de coopération technique (encadré 10).

Encadré 10. Article 67 de l'Accord sur les ADPIC

"Afin de faciliter la mise en oeuvre du présent accord, les pays développés Membres offriront, sur demande et selon des modalités et à des conditions mutuellement convenues, une coopération technique et financière aux pays en développement Membres et aux pays les moins avancés Membres. Cette coopération comprendra une assistance en matière d'élaboration des lois et réglementations relatives à la protection et au respect des droits de propriété intellectuelle ainsi qu'à la prévention des abus, et un soutien en ce qui concerne l'établissement ou le renforcement de bureaux et d'agences nationaux chargés de ces questions, y compris la formation de personnel."

43. Certains accords bilatéraux décrivent les mesures particulières que l'une ou l'autre partie contractante doit prendre afin de promouvoir l'investissement. C'est le cas de l'accord entre la Malaisie et les Émirats arabes unis (encadré 11). L'accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Cameroun, quant à lui, tient compte de l'asymétrie des relations entre les pays développés exportateurs de capitaux et les pays en développement, et n'impose pas au Cameroun l'obligation de promouvoir l'investissement sur le territoire de l'Union (encadré 11).

**Encadré 11. Accord bilatéral d'investissement entre la Malaisie
et les Émirats arabes unis (art. 2)**

"6) Les Parties contractantes se consultent périodiquement au sujet des possibilités d'investissement existant sur le territoire de chacune dans diverses branches de l'économie, pour déterminer dans quels secteurs les investissements de l'une sur le territoire de l'autre peuvent être le plus bénéfiques aux deux États.

7) Pour atteindre les objectifs de l'Accord, les Parties contractantes encouragent et facilitent la formation d'entités juridiques appropriées associant leurs investisseurs en vue de concevoir et d'exécuter des projets d'investissement dans divers secteurs économiques, conformément aux lois et règlements du pays d'accueil."

**Accord bilatéral d'investissement entre l'Union économique
belgo-luxembourgeoise et le Cameroun (art. 2, par. 3)**

"Consciente de l'importance des investissements pour la promotion de sa politique de coopération au développement, l'Union économique belgo-luxembourgeoise s'emploie à prendre des mesures pouvant stimuler ses opérations commerciales de façon à soutenir les efforts de développement de la République-Unie du Cameroun conformément à ses priorités."

D. Structure générale des accords

44. Les dispositions que nous venons d'examiner sont importantes parce qu'elles donnent aux accords la souplesse nécessaire pour contribuer au développement. Mais il faut aussi que la structure même des accords soit conçue dans l'optique du développement car, en définitive, c'est elle qui détermine la nature des relations entre les parties. Les accords internationaux sont généralement fondés sur la réciprocité et la symétrie juridique, autrement dit les parties ont le plus souvent les mêmes droits et les mêmes obligations. Quand il s'agit de pays qui n'ont pas le même niveau de développement, la symétrie formelle peut cependant masquer une asymétrie économique. Dans la pratique internationale des 50 dernières années, on a cherché à tenir compte de cette asymétrie de diverses façons. On peut adopter des dispositions particulières comme celles dont il a été question plus haut, et aussi structurer l'accord en conséquence.

45. La flexibilité structurelle des accords internationaux est très variable. Les accords bilatéraux n'établissent apparemment pas de distinction structurelle entre les droits et obligations des pays développés et ceux des pays en développement. Leurs dispositions permettent cependant parfois une certaine souplesse dans l'intérêt du développement. Certaines clauses ne s'appliquent en outre qu'aux relations entre ces deux catégories de pays. On citera notamment les dispositions concernant la subrogation du pays d'origine pour des demandes de paiement découlant de garanties en matière d'investissement, qui ne sont normalement prévues que pour l'investissement dans les pays en développement.

46. La Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) fait, en revanche, une distinction fondamentale entre les pays développés et les pays en développement. Plus précisément, elle s'applique uniquement aux investissements effectués sur le territoire des pays en développement membres (énumérés dans l'annexe A de cet instrument)⁷. Cette convention est exceptionnelle en ce sens que, dans la structure des accords internationaux d'investissement, on ne différencie généralement pas les pays développés des pays en développement. Autre exception importante : la Convention de Lomé, dont la première partie comprend des dispositions et principes généraux concernant la coopération CEE-ACP, la deuxième porte sur les domaines de coopération, la troisième sur les instruments de coopération et la quatrième sur les organismes de coopération. Le titre IV de la troisième partie, en particulier, va jusqu'à établir une distinction entre les pays en développement les moins avancés, sans littoral et insulaires.

47. La flexibilité peut aussi être assurée au moyen d'une liste "positive" et d'une liste "négative". La première énumère les secteurs ou mesures auxquels s'appliquent les obligations, et la seconde les secteurs auxquels elles ne s'appliquent pas. Par exemple, l'Accord général sur le commerce des services comporte une liste positive : les parties ne sont pas obligées d'accorder l'accès aux marchés ni le traitement national, mais elles ont le droit, en application des articles XVI et XVII, d'énumérer dans leur liste les domaines où elles sont prêtes à prendre des engagements dans ce sens (encadré 12). Cette démarche tient compte du fait que les engagements sont négociés sur la base de la réciprocité, laquelle peut être offerte pour d'autres services et "modes de fourniture" ou pour l'accès à des marchés de

produits. L'AGCS encourage une participation accrue des pays en développement aux échanges de services en facilitant la libéralisation de leur secteur tertiaire grâce à l'obtention d'engagements réciproques dans d'autres domaines de négociation. On trouvera un exemple de "liste négative" dans l'ALENA, les parties acceptant un ensemble de principes, puis négociant des exceptions sectorielles. La liste des réserves peut être longue. Les activités nouvelles sont automatiquement visées par l'Accord, sauf stipulation contraire. Signalons que ces deux démarches ne sont pas incompatibles. Ainsi, l'AGCS comporte à la fois une liste positive et une liste négative limitant l'accès aux marchés et l'octroi du traitement national dans certains secteurs et sous-secteurs.

Encadré 12. Article XVI de l'AGCS

"1. En ce qui concerne l'accès aux marchés suivant les modes de fourniture identifiés à l'article premier, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa Liste.

2. Dans les secteurs où des engagements en matière d'accès aux marchés seront contractés, les mesures qu'un Membre ne maintiendra pas, ni n'adoptera, que ce soit au niveau d'une subdivision régionale ou au niveau de l'ensemble de son territoire, à moins qu'il ne soit spécifié autrement dans sa Liste, se définissent comme suit :

a) limitations concernant le nombre de fournisseurs de services, que ce soit sous forme de contingents numériques, de monopoles, de fournisseurs exclusifs de services ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;

b) limitations concernant la valeur totale des transactions ou avoirs en rapport avec les services, sous forme de contingents numériques ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;

c) limitations concernant le nombre total d'opérations de services ou la quantité totale de services produits, exprimées en unités numériques déterminées, sous forme de contingents ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;

d) limitations concernant le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur de services particulier, ou qu'un fournisseur de services peut employer et qui sont nécessaires pour la fourniture d'un service spécifique, et s'en occupent directement, sous forme de contingents numériques ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;

e) mesures qui restreignent ou prescrivent des types spécifiques d'entité juridique ou de coentreprise par l'intermédiaire desquels un fournisseur de services peut fournir un service; et

f) limitations concernant la participation de capital étranger, exprimées sous forme d'une limite maximale en pourcentage de la détention d'actions par des étrangers, ou concernant la valeur totale d'investissements étrangers particuliers ou des investissements étrangers globaux."

48. De l'avis général, le régime de la liste positive peut être mutuellement avantageux. Il offre aux pays en développement une grande flexibilité. Par exemple, l'AGCS n'interdit pas les contraintes d'exploitation, et l'Accord sur les MIC ne s'applique pas aux services.

CONCLUSIONS

49. Les accords internationaux d'investissement, qu'ils soient bilatéraux, régionaux ou multilatéraux, imposent certaines disciplines et certains engagements qui peuvent restreindre la marge de manoeuvre des gouvernements. Lorsqu'il s'agit d'accords auxquels sont parties à la fois des pays développés et des pays en développement, il y a symétrie formelle, mais asymétrie économique. Une certaine souplesse est donc nécessaire, en particulier pour permettre aux pays en développement de retirer un maximum d'avantages de ces accords. Nous avons vu ici comment les accords en vigueur ménageaient une telle flexibilité, sans toutefois comparer l'intérêt et l'efficacité des diverses démarches.

50. La question se pose bien entendu aussi pour les accords économiques internationaux conclus dans d'autres domaines. Par exemple, les accords commerciaux passés dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) prévoient un traitement spécial et différencié, les pays en développement pouvant être dispensés pendant un certain temps des obligations prévues, compte tenu de leurs besoins particuliers (encadré 13). On citera aussi l'exemple de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et du Protocole de Kyoto (encadré 14). Il serait utile d'étudier de plus près les dispositions de ces instruments, dans la perspective des accords internationaux d'investissement.

Encadré 13. Article 15 de l'Accord sur l'agriculture

"Traitement spécial et différencié

1. Étant donné qu'il est reconnu qu'un traitement différencié et plus favorable pour les pays en développement Membres fait partie intégrante de la négociation, un traitement spécial et différencié en matière d'engagements sera accordé conformément à ce qui est indiqué dans les dispositions pertinentes du présent accord et énoncé dans les Listes de concessions et d'engagements.
2. Les pays en développement Membres auront la possibilité de mettre en oeuvre les engagements de réduction sur une période pouvant aller jusqu'à 10 ans. Les pays les moins avancés Membres ne seront pas tenus de contracter des engagements de réduction."

**Article 10 de l'Accord sur l'application de mesures sanitaires
et phytosanitaires**

"Traitement spécial et différencié

1. Dans l'élaboration et l'application des mesures sanitaires ou phytosanitaires, les Membres tiendront compte des besoins spéciaux des pays en développement Membres, et en particulier des pays les moins avancés Membres.
2. Dans les cas où le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire donnera la possibilité d'introduire progressivement de nouvelles mesures sanitaires ou phytosanitaires, des délais plus longs devraient être accordés pour en permettre le respect en ce qui concerne les produits présentant de l'intérêt pour les pays en développement Membres, afin de préserver les possibilités d'exportation de ces derniers.
3. En vue de permettre aux pays en développement Membres de se conformer aux dispositions du présent accord, le Comité est habilité à les faire bénéficier, s'ils lui en font la demande, d'exceptions spécifiées et limitées dans le temps, totales ou partielles, aux obligations résultant du présent accord, en tenant compte des besoins de leurs finances, de leur commerce et de leur développement.
4. Les membres devraient encourager et faciliter la participation active des pays en développement Membres aux travaux des organisations internationales compétentes."

Encadré 14. Mesures de flexibilité prévues pour les pays en développement dans la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et dans le Protocole de Kyoto

Objectifs

La Convention a pour objectif "de stabiliser ... les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique", en veillant à ce que "le développement économique puisse se poursuivre d'une manière durable" (art. 2).

Préambule et principes

La Convention pose trois principes essentiels :

- 1) Responsabilités communes mais différenciées : il incombe aux Parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures, en fonction de leurs responsabilités communes mais différenciées selon leur niveau de développement économique, sachant que les émissions des pays en développement iront sans doute augmentant, mais moins rapidement que si elles n'étaient pas régies par la Convention;
- 2) Les pays en développement, notamment les pays insulaires et autres pays ayant des zones côtières de faible élévation, ainsi que les pays ayant des zones semi-arides, des zones sujettes aux inondations, à la sécheresse ou à la désertification ou des écosystèmes montagneux fragiles, sont particulièrement vulnérables aux effets néfastes des changements climatiques et doivent faire l'objet d'une attention particulière;
- 3) Les Parties devraient promouvoir un développement durable, et les mesures visant à faire face aux changements climatiques devraient être adaptées à la situation particulière de chacune d'entre elles et intégrées dans les programmes nationaux de développement.

Dispositions de fond

Les principes énoncés dans le préambule et dans l'article 3 de la Convention trouvent leur pleine expression dans les dispositions de fond de celle-ci et du Protocole de Kyoto. Certaines de ces dispositions n'ont pas encore été entièrement négociées, mais tout porte à croire qu'elles permettront d'agir avec flexibilité.

Engagements différenciés en ce qui concerne la limitation et la réduction des émissions

La Convention contient deux catégories d'engagements en matière de limitation ou de réduction des émissions : les engagements généraux énoncés au paragraphe 1 de l'article 4, en vertu duquel toutes les Parties doivent

prendre des mesures pour atténuer les changements climatiques, et les engagements spéciaux figurant aux alinéas a) et b) du paragraphe 2 du même article, selon lesquels les pays développés doivent s'employer à ramener leur émissions aux niveaux de 1990 avant l'an 2000. Le Protocole de Kyoto va plus loin. Il oblige les Parties visées à l'annexe I (pays développés) à réduire leurs émissions dans une proportion donnée pendant la période 2008-2012. À la différence des engagements énoncés aux alinéas a) et b) du paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention, cette obligation a un caractère contraignant pour les Parties considérées. Les pays en développement peuvent prendre des engagements analogues, mais n'y sont pas tenus. À la Conférence des Parties qui a eu lieu à Buenos Aires en novembre 1998, l'Argentine et le Kazakhstan ont annoncé qu'ils contracteraient des engagements volontaires.

Assistance financière et transfert de technique

Un mécanisme d'assistance financière a été établi pour aider les pays en développement à s'acquitter des obligations que leur impose la Convention-cadre et le Protocole de Kyoto. C'est le Fonds pour l'environnement mondial qui, en application du paragraphe 3 de l'article 4 de la Convention, couvrira "la totalité des coûts convenus encourus par les pays en développement Parties du fait de l'exécution de leurs obligations" en matière d'information. Le Fonds doit également couvrir la totalité des coûts supplémentaires encourus par ces pays pour réduire leurs émissions ou pour atteindre les objectifs de la Convention. Les Parties n'ont pas encore fini de négocier les modalités d'application des dispositions de la Convention relatives à la mise au point et au transfert de techniques.

Mise en conformité et adaptation

Conformément au principe 2), des mesures ont été prises pour aider les pays en développement à s'adapter aux changements climatiques. Le Fonds pour l'environnement mondial finance des études visant à déterminer la vulnérabilité et les besoins en matière d'adaptation, et s'est vu récemment confier la tâche d'aider ces pays. Le mécanisme pour un développement "propre", prévu dans le Protocole de Kyoto, doit consacrer une partie de ses ressources à l'aide aux pays en développement en matière d'adaptation.

Le mécanisme pour un développement "propre" et le développement durable

Le Protocole de Kyoto établit un mécanisme pour un développement propre afin d'aider les pays développés à honorer leurs engagements en matière de réduction d'émissions, et d'aider les pays du tiers monde à parvenir à un développement durable. Les pays développés ou leurs sociétés privées financeront des projets visant à réduire les émissions dans les pays en développement. Ils en retireront des crédits d'émission qu'ils pourront utiliser eux-mêmes ou céder à une autre partie. Les projets doivent favoriser le développement durable des pays d'accueil. Les Parties n'ont pas encore fini de négocier ce mécanisme et ses modalités d'application.

Notes

1. Au paragraphe 89 b) d' "Un partenariat pour la croissance et le développement" (TD/378/Rev.1), la CNUCED a été priée de définir et d'analyser "les conséquences pour le développement de l'éventuelle élaboration d'un cadre multilatéral pour l'investissement, en commençant par l'examen des accords existants, compte tenu des intérêts des pays en développement et des travaux d'autres organisations".

2. Sauf indication contraire, les accords régionaux et multilatéraux ainsi que les accords bilatéraux types cités dans le présent rapport se trouvent dans le document intitulé *International Investment Instruments: A Compendium* (CNUCED, 1996a). Les faits nouveaux survenus depuis la publication de ce document sont examinés dans les livraisons annuelles du *World Investment Report* (CNUCED, 1996b, 1997, 1998a).

3. Il convient de noter que les pays développés eux aussi recherchent souvent une certaine flexibilité dans les accords internationaux d'investissement, pour des motifs qui leur sont propres.

4. D'où parfois la difficulté de concilier le principe de l'application universelle avec la possibilité de prendre des mesures spécialement adaptées aux besoins des pays en développement.

5. Pour les besoins du présent rapport, l'analyse porte non seulement sur des accords juridiquement contraignants, mais aussi sur des directives. Il convient de noter que la nature juridique d'un accord peut être en soi un indicateur de flexibilité.

6. Sauf indication contraire, les textes de tous les accords bilatéraux d'investissement mentionnés dans le présent rapport figurent dans la publication du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (1972), mentionnée dans la bibliographie.

7. D'une façon générale, dans les accords concernant la coopération pour le développement - qui visent à soutenir les efforts de développement des pays du tiers monde - une distinction essentielle est souvent faite entre les pays développés et les pays en développement. Ainsi, l'Association internationale de développement (IDA) - organisme affilié à la Banque mondiale, qui offre aux pays en développement des prêts à des conditions particulièrement favorables - comprend deux grandes catégories de membres : les pays visés à la partie I, qui sont des pays donateurs, et les pays visés à la partie II, dont la plupart sont les bénéficiaires de l'aide.

Bibliographie

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (1972), *Investment Treaties*, Dobbs Ferry, NY, Oceana.

CNUCED (1996a). *International Investment Agreements: A Compendium*. Volume I: *Multilateral Instruments*. Volume II: *Regional Instruments*. Volume III: *Regional Integration, Bilateral and Non-Governmental Instruments* (Publications des Nations Unies, numéro de vente : E.96.II.A.9, 10 et 11, respectivement), Genève.

CNUCED (1996b). *World Investment Report 1996: Investment, Trade and International Policy Arrangements* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.96.II.A.14), New York et Genève.

CNUCED (1996c). *The TRIPS Agreement and Developing Countries* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.96.II.D.10), New York et Genève.

CNUCED (1997). *World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.97.II.D.10), Genève.

CNUCED (1998a). *World Investment Report 1998: Trends and Determinants* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.98.II.D.5), New York et Genève.

CNUCED (1998b). *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.98.II.D.8), New York et Genève.

CNUCED (1999a). *Scope and Definition*, International Investment Agreements Series (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.99.II.D.9), New York et Genève.

CNUCED (1999b). *Admission and Establishment*, International Investment Agreements Series (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.99.II.D.10), New York et Genève.

Fonds monétaire international (FMI) (1993) *Manuel de la balance des paiements : cinquième édition*, Washington DC, FMI, p. 92.

Nations Unies (1997), "Convention de Vienne sur le droit des Traités", Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 1155, p. 331 à 353.
