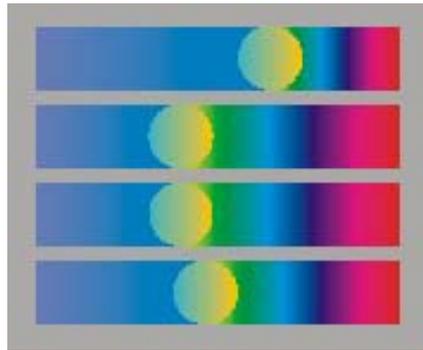


CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT

**IDENTIFICATION DES ASPECTS ESSENTIELS
DES ACCORDS D'INVESTISSEMENT
DANS LA RÉGION DE L'APEC**

**Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement
international au service du développement**



NATIONS UNIES

CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT

**Identification des aspects essentiels
des accords d'investissement
dans la région de l'APEC**

**Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement
international au service du développement**



NATIONS UNIES
New York et Genève, 2008

NOTE

C'est la CNUCED qui, au sein des Nations Unies, est responsable de toutes les activités relatives à l'investissement et à la technologie. S'appuyant sur trente ans d'expérience en ces domaines, elle s'emploie, par l'intermédiaire de sa Division de l'investissement et du développement des entreprises (DITE) à faire mieux comprendre un certain nombre de questions clefs, en particulier celles qui concernent l'investissement étranger direct et le transfert de technologie. La DITE aide en outre les pays en développement à attirer l'IED, à en tirer parti et à améliorer leurs capacités de production et leur compétitivité internationale. Elle met l'accent sur une approche intégrée de l'investissement, du renforcement des capacités technologiques et du développement des entreprises.

Dans la présente étude, le terme «pays» s'entend également, selon qu'il convient, de territoires ou de zones; les appellations employées et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites. En outre, les désignations de groupes de pays ne sont utilisées que pour des raisons de commodité statistique ou analytique et n'expriment pas nécessairement de jugement quant au degré de développement atteint par un pays ou une zone donnée.

Les signes typographiques ci-après ont été utilisés dans les tableaux:

Deux points (..) signifient que les données ne sont pas disponibles ou ne sont pas fournies séparément;

Dans le cas où aucune donnée n'était disponible pour l'ensemble des éléments composant une ligne d'un tableau, celle-ci a été omise;

Un tiret (-) signifie que l'élément considéré est égal à zéro ou que sa valeur est négligeable;

Tout blanc laissé dans un tableau indique que l'élément considéré n'est pas applicable;

Une barre oblique (/) entre deux années, par exemple 1994/95, indique qu'il s'agit d'un exercice financier;

Le trait d'union (-) entre deux années, par exemple 1994-1995, indique qu'il s'agit de la période tout entière, y compris la première et la dernière année.

Sauf indication contraire, le terme «dollars» (\$) s'entend du dollar des États-Unis d'Amérique.

Sauf indication contraire, les taux annuels de croissance ou de variation sont des taux annuels composés.

Les chiffres ayant été arrondis, leur somme et celle des pourcentages figurant dans les tableaux ne correspondent pas nécessairement aux totaux indiqués.

Le texte de la présente étude peut être cité sans autorisation sous réserve qu'il soit fait mention de la source.

UNCTAD/DIAE/IA/2008/3

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente F.08.II.D.27
ISBN 978-92-1-212362-2
ISSN 1819-5296

Copyright © United Nations, 2008
Tous droits réservés
Imprimé en Suisse

PRÉFACE

Le secrétariat de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) administre un programme concernant les accords en matière d'investissement international. Celui-ci vise à aider les pays en développement à participer aussi efficacement que possible à la définition de règles en ce domaine. Il comprend trois volets: recherche et développement sur les politiques, y compris la rédaction d'études ciblées; renforcement des capacités des ressources humaines et développement institutionnel, notamment par des séminaires nationaux, des colloques régionaux et des cours de formation; et soutien à la recherche d'un consensus intergouvernemental. Le programme est administré par une équipe conduite par James Zhan.

La présente publication s'inscrit dans le cadre de la collection consacrée aux *Études sur les politiques d'investissement international au service du développement* qui prolonge et développe la collection des *Études sur des questions concernant les accords internationaux d'investissement*. Comme celle qui l'a précédée, cette nouvelle collection s'adresse aux responsables gouvernementaux, aux dirigeants d'entreprises, aux représentants d'organisations non gouvernementales, aux agents d'organisations internationales et aux chercheurs.

Cette collection vise à présenter une analyse équilibrée des questions qui peuvent se poser dans le contexte des travaux internationaux sur la définition de règles en matière d'investissement et sur leur incidence sur le développement. Elle a pour but de contribuer à une meilleure intelligence de questions techniques délicates et de leur interaction et d'idées novatrices qui pourraient aider à renforcer la dimension développement des accords internationaux sur l'investissement.

Cette collection est l'œuvre d'une équipe dirigée par James Zhan dont les membres sont Bekele Amare, Hamed El-Kady, Anna Joubin-Bret, Joachim Karl, Marie-Estelle Rey, Jörg Weber et Thomas Westcott. Mark Kantor, Mark Koulen, Peter Muchlinski, Antonio Parra, Patrick Robinson, Karl P. Sauvant, Pierre Sauvé, M. Sornarajah et Kenneth Vandavelde ont participé au comité de lecture.

Cette publication a été préparée par Thomas Westcott avec la contribution de Joachim Karl. Les auteurs ont également bénéficié d'observations formulées par Danie Beukman, Anna Joubin-Bret, John Kline, Roy Nixon et Jörg Weber.

Le Secrétariat général de la CNUCED exprime sa reconnaissance au secrétariat de l'Association de coopération Asie-Pacifique (APEC) pour sa contribution à la présente étude.

Le Secrétaire général de la CNUCED

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'S. Panitchpakdi', written in a cursive style.

Supachai Panitchpakdi

Octobre 2008

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
PRÉFACE	iv
RÉSUMÉ	xi
INTRODUCTION	1
I. IDENTIFICATION DES ASPECTS ESSENTIELS	5
A. Questions de champ d'application	5
1. Investissement	6
2. Investisseur	10
3. Lien entre investissement et investisseur	13
4. Couverture des services	13
B. Libéralisation de l'investissement	14
1. Traitement de la nation la plus favorisée	15
2. Traitement national	16
3. Liste des dérogations	18
4. Autres questions	21
C. Protection de l'investissement	23
1. Traitement juste et équitable	23
2. Non-discrimination	26
3. Expropriation	33
4. Indemnisation des pertes	38
5. Transfert de fonds	41
6. Prescription de résultats	45
7. Emploi du personnel dirigeant	49
8. Règlement des différends entre l'investisseur et le pays	52

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Page</i>
D. Promotion de l'investissement	56
1. Promotion et facilitation de l'investissement	57
2. Coopération en matière d'investissement.....	57
3. Transparence	60
II. INSTRUMENTS D'INVESTISSEMENT DE L'APEC.....	65
A. Principes d'investissement non contraignants.....	65
1. Transparence	65
2. Traitement national.....	66
3. Traitement juste et équitable/protection et sécurité intégrales/protection contre les troubles civils	66
4. Prescription de résultats.....	67
5. Transfert de fonds.....	67
6. Personnel dirigeant	67
7. Comportement des investisseurs	68
B. Menu des options	68
C. Normes de transparence appliquées à l'investissement.....	72
CONCLUSIONS	75
RÉFÉRENCES	79
ANNEXE 1	81
ANNEXE 2	85
SELECTED UNCTAD PUBLICATIONS ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT	105
QUESTIONNAIRE	117

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

ABI	Accord bilatéral pour la promotion et la protection de l'investissement (ou accord bilatéral d'investissement)
ACR	Accord commercial régional
AGCS	Accord général sur le commerce des services
AIE	Accord d'intégration économique
AII	Accord international d'investissement
ALE	Accord de libre-échange
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
APCI	Accord préférentiel de commerce et d'investissement
APE	Accord de partenariat économique
APEC	Association de coopération économique Asie-Pacifique
APIE	Accord de protection de l'investissement étranger
APPI	Accord de promotion et de protection de l'investissement
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
CEP	Renforcement des partenariats économiques
ICSID	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
IED	Investissement étranger direct
MIC	Mesures concernant les investissements et liées au commerce
NPF	Nation la plus favorisée
OMC	Organisation mondiale du commerce
PINC	Principes d'investissement non contraignants
REIO	Organisation régionale d'intégration économique
UNCITRAL	Commission des Nations Unies sur le droit international

RÉSUMÉ

Cette étude répond à une demande du Groupe d'experts sur l'investissement de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) qui souhaitait identifier les aspects essentiels de l'investissement dans la région couverte par l'APEC. Ce travail impliquait d'identifier l'éventail des approches adoptées sur ces aspects. L'échantillon de l'étude, sélectionné par l'APEC, comprend 28 accords d'investissement international (AII) entre et/ou impliquant des économies membres de l'APEC. Ils se répartissent entre 14 accords bilatéraux d'investissement (ABI) et 14 accords préférentiels de commerce et d'investissement (APCI).

Cette étude est également l'occasion d'examiner comment les différents AII traitent trois objectifs possibles: la libéralisation, la protection et la promotion de l'investissement. Elle explique comment les économies de l'APEC abordent les questions juridiques de l'investissement international, la nature et les implications des principales dispositions (les «aspects essentiels») qui apparaissent dans les AII et comment ces dispositions interagissent. Elle identifie aussi le but de ces dispositions et les points d'accord et de différence d'approche entre les pays membres de l'APEC. Enfin, l'étude compare les approches adoptées dans les «AII de l'APEC» avec trois «instruments d'investissement de l'APEC» essentiels: les Principes d'investissement non contraignants (PINC), le Menu des options et les Normes de transparence appliquées à l'investissement (voir l'annexe 2)¹.

Les principales conclusions de cette étude sont:

- a) Les aspects essentiels des AII de l'APEC présentent un *degré considérable de conformité*. Cette tendance est également évidente dans le système mondial des AII (CNUCED 2007a et CNUCED à paraître). Ce niveau élevé de concordance est le reflet, entre autres, de l'évolution considérable observée au cours des cinquante dernières années, et en particulier des dix dernières années, et de l'influence qu'ont jouée des accords comme l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Sur un certain nombre d'aspects essentiels, les AII de l'APEC sont le reflet d'un consensus sur le contenu principal et le but prépondérant.

Des clauses telles que le traitement national et la nation la plus favorisée (NPF) pour les investissements établis, le traitement juste et équitable, les garanties d'une indemnisation prompte, adéquate et effective en cas d'expropriation, le libre transfert de capitaux et le consentement à un règlement des différends entre l'investisseur et le pays et entre pays, toutes ces clauses sont présentes dans la grande majorité des accords;

- b) Certaines économies de l'APEC adoptent une approche très concordante de leurs AII. Par exemple, dans cette étude, le Japon présente six AII très concordants. Les États-Unis ont l'ALENA et des accords très similaires fondés sur une révision de l'ALENA qui a abouti au format type de l'ABI révisé de 2004. En revanche, l'Australie dispose de quatre AII qui ont une présentation différente (trois accords de libre-échange – ALE) et un accord de promotion et de protection de l'investissement – APPI);
- c) Toutefois, un examen plus attentif révèle *des différences importantes dans la formulation et les détails*. Il y a des différences considérables dans le contenu et la signification des aspects essentiels comme par exemple dans les dispositions relatives au transfert des capitaux liés à l'investissement, au personnel dirigeant et aux mécanismes de règlement des différends entre les investisseurs et les pays. Certaines dispositions également n'apparaissent que dans une minorité d'accords et sont très différentes selon les accords: par exemple, les garanties de traitement national et NPF concernant le droit d'établir l'investissement et les dérogations aux prescriptions de résultats;
- d) Certains membres de l'APEC ont une approche différente des ABI et des APCI (par exemple, sur les questions de préétablissement), tandis que d'autres pays concluent désormais des ABI qui poursuivent les mêmes objectifs que les APCI;
- e) Les AII de l'APEC sont principalement et avant tout *protecteurs*. La grande majorité des modifications a pour objectif de protéger les flux d'investissement en limitant le pouvoir discrétionnaire de réglementation du pays d'accueil;

-
- f) Les AII de l'APEC sont modérément *libéralisants*. Néanmoins, l'APEC contient probablement proportionnellement plus d'AII libéralisants qu'il n'en existe parmi tous les pays considérés dans leur ensemble. Cette situation découle des preuves indéniables de libéralisme données par certaines économies de l'APEC ainsi que des objectifs des textes modèles des ABI de plusieurs économies. Néanmoins, l'analyse menée conclut que par rapport aux objectifs approuvés dans les instruments d'investissement de l'APEC, il y aurait matière à faire considérablement plus;
- g) Les AII de l'APEC sont indirectement *promotionnels*. La plupart des accords ne contiennent pas directement de clause de promotion des flux d'investissement international. La promotion est plutôt indirecte, induite par l'instauration d'un climat favorisant l'investissement en le protégeant. Trois AII de l'APEC incluent dans l'accord une disposition sur la coopération en matière d'investissement et trois accords de partenariat économique japonais (APE) contiennent des obligations de coopération ailleurs dans l'APE. Bien que 15 AII prévoient la promotion des flux d'investissement par les parties, peu présentent le détail des modalités pour ce faire;
- h) Dans des AII plus récents de l'APEC, les termes des dispositions de fond ont été modifiés, notamment la norme de traitement juste et équitable, l'expropriation et le règlement des différends entre l'investisseur et le pays. Il est démontré que les AII récents de l'APEC adoptent une norme minimale de traitement en accordant le même traitement que celui requis par le droit international coutumier, bien que ces mêmes économies aient également des AII qui contiennent la norme de traitement juste et équitable. Pour le moment, cela reste une tendance localisée à certains pays;
- i) Les AII de l'APEC suivent largement la structure générale et l'esprit des instruments d'investissement. En revanche, tous les AII de l'APEC contiennent des dérogations et des omissions indiquant ainsi que la libéralisation et la protection de l'investissement sont plus limitées que les meilleures pratiques présentées dans les instruments de l'APEC. D'une comparaison plus étroite avec ces instruments, il

ressort quatre observations: a) les Principes d'investissement non contraignants n'englobent pas les différentes normes de traitement général qui apparaissent dans les accords d'investissement de l'APEC comme, par exemple, le traitement juste et équitable; b) les Principes concernent le comportement des investisseurs alors que jusqu'à ce jour, la seule obligation que certains AII de l'APEC imposent est celle de fournir des informations sur l'investissement; c) les AII qui couvrent la phase de préétablissement pourraient utiliser plus activement les suggestions du Menu des options pour revoir les exigences d'autorisations préalables, les membres de l'APEC étant plus enclins à bloquer les mesures en vigueur qu'à revoir les exigences d'autorisations préalables dans le cadre de négociations de l'AII; et d) l'instrument d'investissement de l'APEC, Normes de transparence appliquées à l'investissement, expose les exigences de façon plus complète que ne le font les AII de l'APEC.

Ces conclusions soulignent trois défis auxquels l'APEC (et naturellement tous les AII) doit faire face. Le premier est la nécessité d'une harmonisation des politiques sous la forme d'une approche uniforme de la politique économique et de développement nationale. Le deuxième est la nécessité de trouver l'équilibre entre les intérêts des investisseurs et l'intérêt public au sens large. Et le troisième défi est de savoir comment répondre de façon adéquate dans les AII à la dimension de développement des pays en développement et aux questions de développement les plus pertinentes pour les pays en développement. Les instruments d'investissement de l'APEC sont des outils de politique utiles pour comprendre ces trois défis et pour encourager les approches de négociation des accords d'investissement parmi les économies membres de l'APEC (et dans le système des AII en général) qui cherchent à relever ces défis.

Note

¹ Dans la suite du texte, le terme «AII de l'APEC» fait référence aux 28 accords d'investissement individuels tandis que le terme «Instruments d'investissement de l'APEC» fait référence aux trois instruments conclus par l'APEC.

INTRODUCTION

Les 28 accords internationaux d'investissement (AII) sur lesquels s'appuie cette étude représentent un échantillon petit, mais différencié, des différents types d'AII (voir l'annexe 1). Ils sont l'illustration de la divergence des objectifs et de la complexité à laquelle se heurtent les décideurs politiques et les investisseurs qui opèrent dans un vaste réseau d'accords. La présente étude identifie les aspects essentiels, communs des AII de l'APEC et la façon dont ces dispositions contribuent à libéraliser, protéger et promouvoir l'investissement. Elle compare également les aspects essentiels avec les principes d'investissement des instruments de l'APEC actuellement en vigueur, notamment les Principes d'investissement non contraignants, le Menu des options¹, et les normes de transparence appliquées à l'investissement (voir l'annexe 2).

On distingue deux principaux types d'AII, tous deux communément employés par les économies membres de l'APEC: les accords bilatéraux d'investissement (ABI, encore appelés accords bilatéraux pour la promotion et la protection de l'investissement ou APPI) et les accords préférentiels de commerce et d'investissement (APCI). Les APCI englobent les investissements prévus dans les accords d'intégration économique (AIE) bilatéraux et plurilatéraux comme les accords commerciaux régionaux (ACR), les accords de libre-échange, les accords de partenariat économique (APE) et de renforcement des partenariats économiques (CEP). Les dispositions relatives aux investissements sont ainsi de plus en plus intégrées dans des accords qui couvrent un vaste éventail de questions, dont le commerce des biens et services. Il en est résulté un droit conventionnel relatif aux accords d'investissement international plus diversifié et un nouveau lot de questions, particulièrement pour ce qui concerne la relation entre l'investissement et les chapitres sur les services dans les APCI. Alors que les ABI restent bien plus nombreux que les APCI, ces derniers tiennent une place plus importante dans le système des investissements internationaux qu'ils n'en avaient il y a une décennie. Certains pays sont de plus en plus enclins à résoudre les questions traditionnelles de protection de l'investissement et les questions plus récentes de libéralisation de l'investissement dans le contexte de ces accords plus larges où l'investissement n'est qu'une partie d'un cadre plus large d'intégration économique (CNUCED, 2006).

Une autre tendance observée dans les ABI est la distinction entre deux modèles principaux (CNUCED, 2007b). La majorité des ABI de l'APEC examinés suivent le modèle traditionnel «d'admission» et ne couvrent les investissements qu'à l'étape de postétablissement. L'admission est de ce fait soumise à la législation nationale du pays d'accueil. Une petite catégorie d'ABI, bien que proportionnellement plus importante dans cette étude de l'APEC en raison de l'appartenance à l'APEC de trois principaux utilisateurs de ce modèle, ont comme objectif la libéralisation et la protection des investissements². Ce modèle du «droit d'établissement» s'applique aux phases de préétablissement et de postétablissement et inclut généralement des dispositions sur les prescriptions de résultats et le personnel dirigeant. Cette étude a pour méthodologie générale de déterminer les convergences et divergences entre les AII, que la question examinée apparaisse dans un ABI ou un APCI. Il arrive, toutefois, qu'il soit nécessaire de faire une distinction entre la pratique d'un ABI et d'un APCI.

Étape un: sélectionner les AII de l'APEC et identifier les éléments essentiels

Dans cette étude, les AII comprennent 14 ABI et 14 APCI retenus pour faire partie de l'étape un. Toutes les économies de l'APEC sont parties à au moins un AII de l'échantillon. Les plus représentées sont le Japon (avec 6 AII), Singapour (5), la Thaïlande (5), l'Australie (4), le Mexique (4), le Canada (3), le Chili (3) et les États-Unis (3). Ces accords ont été sélectionnés comme étant largement représentatifs des stratégies de négociation des AII adoptées par les économies membres, même si aucun critère de sélection plus rigoureux n'a été utilisé dans l'étape un du projet de façon que toutes les stratégies soient représentées. L'étape un a examiné les AII de l'APEC et classé les dispositions des accords en 17 points. Cette classification constitue la base de l'analyse des étapes deux et trois qui fait l'objet de cette étude.

Étape deux: analyser les approches qui conduisent à déterminer les aspects essentiels

Les AII de l'APEC poursuivent trois objectifs d'investissement étranger (la libéralisation, la protection et la promotion) à des degrés divers et selon des combinaisons différentes. Les combinaisons peuvent être regroupées en trois

catégories d'AII: les AII pour la promotion et la protection de l'investissement, les AII pour la protection et la libéralisation de l'investissement et les AII pour la promotion, la protection et la libéralisation de l'investissement. Dans cette étude, il n'existe pas d'accord de l'APEC ayant pour seule finalité la coopération en matière d'investissement. Un seul AII de l'APEC, l'Accord-cadre relatif à la zone d'investissement de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) correspond étroitement (du moins par sa structure) à ce qui pourrait être un AII pour la libéralisation de l'investissement (CNUCED, 2006). Une question séparée porte sur le niveau de libéralisation engendré par cet accord.

Les différents buts et objectifs des AII ajoutent à la complexité générale du système des AII. Bien qu'il ne soit pas traité explicitement dans le texte qui suit, c'est un thème important et récurrent dans l'étude de l'élaboration des règles régissant l'investissement. La complexité pour les administrations des pays d'accueil et des pays d'origine et pour les investisseurs est due au nombre croissant des accords, à la coexistence de différents types d'accords, à une diversité d'approches rédactionnelles des dispositions et aux implications juridiques de ces différences.

L'identification des aspects essentiels des AII favorise la concordance des politiques en faisant mieux comprendre les convergences et divergences d'approches des négociations. Elle soutient aussi l'objectif visant à instaurer un cadre réglementaire cohérent et prévisible pour les investisseurs et les États. Et elle donne aux négociateurs une compréhension plus approfondie de la façon dont les économies de l'APEC ont envisagé la libéralisation, la protection et la promotion de l'investissement.

Au niveau le plus général, les pays ont une vision concordante des aspects qu'ils considèrent comme essentiels dans les accords d'investissement. À un niveau plus fin, un éventail d'approches est adopté sur presque toutes les dispositions. Il existe un fort consensus parmi les membres de l'APEC sur les aspects essentiels de la protection de l'investissement. Le traitement national, la nation la plus favorisée (NPF), le traitement juste et équitable, la protection en cas d'expropriation, le libre transfert de l'investissement et les dispositions régissant le règlement des différends sont inclus dans presque tous les AII de l'APEC. Il n'y a pas encore de consensus sur la question d'inclure des dispositions relatives à la libéralisation et à la promotion de l'investissement.

L'augmentation du nombre d'ALE et d'autres accords de coopération économique et la présence croissante d'un droit d'établissement dans les ABI de certains membres de l'APEC indiquent qu'une part grandissante d'AII traite de la libéralisation de l'investissement sans toutefois atteindre le point de consensus au niveau de l'ensemble de l'APEC – ni même à un niveau moindre, multilatéral. De la même façon, la promotion de l'investissement est un objectif direct dans seulement un tiers environ des AII de l'APEC.

Certaines dispositions généralement incluses dans les AII dépassent néanmoins le champ d'application de cette étude. Par exemple, les clauses de protection sont une caractéristique importante de nombreux AII, mais elles sont moins répandues parmi les AII des membres de l'APEC et n'ont pas été traitées dans l'étape un de ce projet. Les mécanismes de règlement des différends d'État à État sont généralement inclus, bien que très rarement utilisés, et ont également été omis à l'étape un. Et enfin, les dérogations faites aux organisations régionales d'intégration économique (REIO) et aux dispositions relatives à la main-d'œuvre et à l'environnement ont été traitées en détail dans d'autres publications de la CNUCED et ne seront pas examinées en détail ici (voir CNUCED, 2004a sur les REIO; CNUCED, 2000 sur l'emploi; et CNUCED 2001 sur l'environnement).

Étape trois: comparer les aspects essentiels avec les instruments d'investissement de l'APEC

Une fois les aspects essentiels identifiés, ils sont comparés aux objectifs d'investissement développés dans trois instruments d'investissement de l'APEC: les Principes d'investissement non contraignants, le Menu des options et les Normes de transparence appliquées à l'investissement. Les conclusions basées sur l'observation examinent dans quelle mesure les pays dans leur pratique des négociations d'AII satisfont aux objectifs exposés dans ces instruments d'investissement.

Notes

¹ Officiellement intitulées «Options de libéralisation de l'investissement et de facilitation des affaires visant à renforcer les économies de l'APEC».

² Ce modèle a été utilisé par les États-Unis depuis les années 80, par le Canada après 1995 et par le Japon dès le début de cette décennie.

I. IDENTIFICATION DES ASPECTS ESSENTIELS

Ce chapitre examine les dispositions des AII de l'APEC et décrit les différentes approches utilisées par les économies de l'APEC dans la formulation du texte juridique. Il montre l'interaction entre définitions et champ d'application et les dispositions de fond. On commencera par traiter les questions concernant le champ d'application, puis les dispositions de fond seront divisées en trois types: les dispositions de libéralisation, les dispositions de protection et les dispositions de promotion. Lorsqu'une disposition peut, par exemple, libéraliser et protéger l'investissement étranger, elle sera classée en fonction de son trait dominant et inclura les commentaires sur ses effets au sens large, même si parfois, elle fera l'objet de commentaires dans une section différente.

A. Questions de champ d'application

Les questions concernant le champ d'application (ou la couverture) des AII touchent à toutes les dispositions de fond et sont de ce fait considérées séparément. La présente section ne traite que certaines questions concernant le champ d'application qui sont essentielles à l'étape un de l'étude et ne couvre pas d'autres aspects comme l'application dans l'espace et le temps de l'Accord. La couverture d'un AII est déterminante pour évaluer le degré de libéralisation ou de protection de l'Accord, même si l'effet des dispositions relatives au champ d'application dépend du contenu des dispositions de fond. Les AII qui cherchent à libéraliser l'investissement et à accorder une plus grande protection aux investisseurs sont caractérisés par une couverture large, ce qui inclut généralement: a) une définition large de l'investissement, une couverture de présences commerciales de mode 3 pour les services et une couverture des investissements de portefeuille; b) une définition large des investisseurs avec une couverture des résidents permanents; et c) des mesures dérogatoires limitées à la mise en œuvre des dispositions de fond.

L'analyse des AII de l'APEC révèle que la plupart adoptent une définition large de l'investissement et que presque tous couvrent les investissements de services. Environ la moitié prévoit explicitement une couverture d'investissement de portefeuille et seulement trois AII excluent explicitement les investissements de portefeuille. Environ la moitié étend les dispositions

des AII aux résidents permanents. Les économies de l'APEC ont différentes façons de rédiger des mesures dérogatoires à la non-discrimination préalable à l'établissement et cette question est également traitée brièvement.

1. Investissement

Vingt et un AII de l'APEC adoptent une définition de l'investissement large basée sur les actifs avec une liste d'exemples présentant différentes catégories d'investissements. Cette approche reflète l'accent mis par la plupart des AII de l'APEC sur la protection d'un vaste éventail d'activités liées à l'investissement (au-delà du seul investissement étranger direct (IED)) et, pour de nombreux APCI et un certain nombre d'ABI plus récents, elle reflète l'accent mis sur la libéralisation. La formulation la plus commune est illustrée par l'APPI entre la Chine et l'Allemagne (2005, art. 1)¹:

«Investissement» s'entend comme tout type d'actif investi directement ou indirectement par les investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante, et inclut en particulier, mais non exclusivement:

- a) Des biens mobiliers et immobiliers et autres droits de propriété comme les droits d'hypothèque;*
- b) Des actions, obligations, titres et tout autre type de participation dans des sociétés;*
- c) Des créances liquides ou créances sur tout autre prestation ayant une valeur économique associée à un investissement;*
- d) Des droits de propriété intellectuelle, en particulier, les droits d'auteur, les brevets et les dessins et modèles industriels, les marques commerciales, les dénominations commerciales, les procédés techniques, les secrets commerciaux, le savoir-faire et le fonds de commerce;*
- e) Des concessions commerciales conférées par la loi ou par un contrat autorisé par la loi, notamment les concessions à des fins de recherche, d'extraction ou d'exploitation des ressources naturelles; toute*

modification de la forme sous laquelle les actifs sont investis n'affecte pas leur caractère d'investissement.».

Une autre approche pour définir «l'investissement» consiste à utiliser une définition à partir de l'entreprise comme celle utilisée dans l'article 1139 de l'ALENA (1994). Celle-ci diffère de la définition plus large à partir des actifs en limitant l'investissement principalement aux actifs associés à l'entreprise. L'article G.40 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili (1997) adopte cette approche:

«investissement s'entend:

- a) D'une entreprise;*
- b) D'un titre de participation d'une entreprise;*
- c) D'un titre de créance d'une entreprise i) lorsque l'entreprise est une société affiliée à l'investisseur, ou ii) lorsque l'échéance originelle du titre de créance est d'au moins trois ans, à l'exclusion toutefois d'un titre de créance d'une entreprise d'État quelle qu'en soit l'échéance originelle;*
- d) D'un prêt à une entreprise i) lorsque l'entreprise est une société affiliée à l'investisseur, ou ii) lorsque l'échéance originelle du prêt est d'au moins trois ans, à l'exclusion toutefois d'un prêt à une entreprise d'État quelle qu'en soit l'échéance originelle;*
- e) D'un avoir dans une entreprise donnant droit à une part des revenus ou des bénéfices de l'entreprise;*
- f) D'un avoir dans une entreprise donnant droit à une part des actifs de l'entreprise au moment de la dissolution, autre qu'un titre de créance ou qu'un prêt exclu de l'alinéa c ou d;*
- g) Des biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales; et*

- h) Des intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire par exemple en raison: i) de contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la Partie notamment des contrats clefs en main, des contrats de construction ou des concessions, ou, ii) de contrats dont la rémunération dépend en grande partie de la production, des revenus ou des bénéfices d'une entreprise; [...].».*

Récemment, six AII de l'APEC (impliquant tous une des économies de l'ALENA) ont inclus une définition de «l'investissement» qui définit clairement aussi ce qui *n'est pas* un investissement. Dans plusieurs AII, ces clarifications apparaissent en notes de bas de page et dans plusieurs autres, comme dans l'article G.40 de l'Accord entre le Canada et le Chili (1997), elles apparaissent sous forme de liste:

«[...]

mais l'investissement ne s'entend pas comme,

- i) Des créances découlant uniquement:*
- i) De contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services par un ressortissant ou une entreprise sur le territoire d'une Partie à une entreprise située sur le territoire de l'autre Partie; ou*
 - ii) De l'octroi de crédits pour une opération commerciale, telle que le financement commercial, autre qu'un prêt visé à l'alinéa d; ou*
- j) De toute autre créance ne se rapportant pas à des avoirs des types visés aux alinéas a à h; ou*
- k) S'agissant des "prêts" et des "titres de créance" visés aux alinéas c et d dans leur application aux investisseurs de l'autre Partie et à leurs investissements dans des institutions financières sur le territoire de la Partie:*

- i) *D'un prêt ou d'un titre de créance établi par une institution financière qui n'est pas considéré comme capital réglementaire par la Partie sur le territoire de laquelle l'institution financière est située;*
- ii) *D'un prêt consenti ou d'un titre de créance possédé par une institution financière, autre qu'un prêt ou un titre de créance visé au sous-alinéa i;*
- iii) *D'un prêt consenti à une Partie ou à une entreprise d'État d'une Partie ou d'un titre de créance établi par une Partie ou par une entreprise d'État d'une Partie.».*

Toutefois, une autre approche récente adoptée dans l'Accord entre le Canada et la République du Pérou pour la promotion et la protection des investissements (2007) consiste à avoir recours à une définition sous forme de liste fermée qui expose de façon exhaustive les actifs qui peuvent constituer un investissement.

Le champ d'application de l'Accord peut être encore restreint en excluant l'investissement de portefeuille de la définition de «l'investissement». Trois AII de l'APEC retirent explicitement l'investissement de portefeuille. Par exemple, l'article 2 de l'Accord-cadre relatif à la zone d'investissement de l'ASEAN (1998) prévoit que l'Accord «couvre tous les investissements directs autres que [...] l'investissement de portefeuille [...]».

Une autre approche reprise dans plusieurs AII de l'APEC, notamment dans l'article premier de l'Accord-cadre relatif à la zone d'investissement de l'ASEAN (1998) et l'article 901 de l'ALE entre l'Australie et la Thaïlande (2005) consiste à définir «l'investissement» comme un investissement effectué conformément à la législation du pays d'accueil. Les investissements qui ne respectent pas les exigences et conditions d'approbation du pays d'accueil ne bénéficient pas des dispositions de l'Accord.

Enfin, le champ des activités couvertes par l'investissement peut non seulement être affecté par la définition de l'investissement, mais il peut aussi être déterminé par les dispositions de fond. Par exemple, la clause de

traitement national (art. 75) de l'Accord entre le Japon et la Malaisie retire le traitement préalable à l'établissement des investissements de portefeuille:

«[...] 2. Cet article ne s'applique pas à l'établissement, l'acquisition et l'expansion des investissements de portefeuille».

En résumé, les AII de l'APEC adoptent le plus souvent une définition large de l'investissement basée sur les actifs tandis que d'autres utilisent une définition à partir de l'entreprise. En outre, quelques-uns définissent expressément ce qui n'est pas destiné à être un investissement.

2. Investisseur

Tous les AII de l'APEC définissent le terme «d'investisseur» comme couvrant les personnes physiques et morales. Deux questions sont généralement soulevées: quels sont les types d'entités qui peuvent être qualifiées d'investisseurs et comment déterminer la nationalité de l'investisseur (un investisseur doit avoir la nationalité du pays d'origine de la Partie contractante pour faire valoir ses droits dans le cadre de l'Accord).

La définition type de «ressortissant d'une partie» est une personne physique reconnue comme ressortissant ou citoyen par le droit national de cette partie. Dans un certain nombre d'accords entre les membres de l'APEC, cette définition est étendue de façon à inclure les résidents permanents. Par exemple, l'article 27 3) de l'Accord de renforcement de partenariat entre la Nouvelle-Zélande et Singapour (2001) définit ainsi un «investisseur»:

«a) Une personne physique qui réside sur le territoire de l'autre Partie ou ailleurs et qui conformément au droit de cette autre Partie:

- i) Est un ressortissant de cette autre Partie; ou*
- ii) A droit de résidence permanente dans cette autre Partie, dans le cas où cette Partie accorde substantiellement le même traitement à ses résidents permanents qu'à ses ressortissants pour ce qui concerne les mesures relatives aux investissements, sous réserve que cette Partie ne soit pas obligée d'accorder à de tels résidents*

permanents un traitement plus favorable que celui que l'autre Partie leur accorderait; [...]».

Souvent se pose aussi aux AII de l'APEC la question des personnes physiques qui ont la nationalité des deux Parties contractantes. Dans certains AII comme l'ABI entre les États-Unis et l'Uruguay (2006), une personne ayant double nationalité est considérée comme ressortissant du pays où sa nationalité est dominante et effective:

«Article 1 Définitions

[...] “l'investisseur d'une Partie” s'entend comme une Partie ou une entreprise d'État de celle-ci, un ressortissant ou une entreprise d'une Partie qui tente de faire, fait ou a fait un investissement sur le territoire de l'autre Partie; sous réserve toutefois qu'une personne physique qui jouisse de la double nationalité soit réputée être exclusivement citoyenne de l'État où sa citoyenneté est dominante et effective.».

D'autres formulations ont pour effet d'exclure les ressortissants des deux parties de la couverture de l'Accord. Bien qu'aucun des AII de l'APEC examinés n'utilise cette approche, elle est suivie par le modèle 2004 d'ABI du Canada:

«Article 1 Définitions

investisseur d'une partie s'entend:

[...] ii) D'un ressortissant ou d'une entreprise du Canada qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement;

Dans le cas de ____:

_____;

*qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement et **qui ne possède pas la nationalité canadienne.**» (mise en gras ajoutée).*

En ce qui concerne les personnes morales, les formulations et l'approche privilégiée divergent considérablement selon les AII de l'APEC. Deux critères sont utilisés par les membres de l'APEC (souvent en combinaison) pour définir la nationalité des entreprises: le lieu d'enregistrement de l'entreprise ou le lieu de son siège social. Quelques exemples illustrent les différentes approches adoptées. L'Accord entre le Japon et la République de Corée (2003) exige que les entités soient constituées dans la Partie contractante pour être un investisseur de cette partie:

«Article 1

Aux fins de cet Accord,

1) Le terme "d'investisseur" concernant une Partie contractante s'entend comme:

[...]

b) Une personne morale ou toute autre entité constituée conformément à la législation applicable de cette Partie contractante, que ce soit ou non à des fins de profit et qu'elle soit privée ou publique ou contrôlée par les administrations publiques, et inclut une société, une société anonyme, un trust, une société de personnes, une entreprise à capital personnel, une société en participation, une association ou organisation.».

L'ABI entre la Fédération de Russie et la Thaïlande, signé en 2002, article premier, exige que l'entité morale satisfasse trois critères pour être couverte par l'ABI:

«[...]

ii) Les personnes morales, notamment les sociétés, sociétés anonymes, associations commerciales et autres organisations, qui sont enregistrées ou régulièrement constituées conformément à la législation de la Partie contractante et qui ont leur siège ainsi que leurs activités économiques réelles dans le territoire de cette même Partie contractante [...].».

Dans l'ensemble, les AII de l'APEC tendent à combiner l'obligation d'être enregistré avec l'obligation d'avoir le siège ou le contrôle direct dans ce pays.

3. *Lien entre investissement et investisseur*

Un autre aspect rencontré par certains, mais pas tous les AII de l'APEC, est le lien de propriété entre un actif et l'investisseur qui détermine si un actif est un investissement étranger et non pas un investissement national. Par exemple, l'article G.01 de l'ALE entre le Canada et le Chili (1997) prévoit qu'un «*investissement d'un investisseur d'une Partie s'entend comme un investissement détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur de cette Partie*». Cette disposition protège les investissements d'un ressortissant ou d'une entreprise d'une Partie contractante sans considération du nombre de strates d'entreprises qui existent entre l'entité investisseuse et l'investissement (voir CNUCED, 2007b: 16-17).

4. *Couverture des services*

Depuis la conclusion de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), la tendance a été de favoriser les accords d'intégration économique pour libéraliser le commerce des services, notamment ceux fournis au titre du mode 3 (présence commerciale). Cette évolution présente une question de politique sur la libéralisation de l'accès aux investissements de services qui a d'importantes implications sur la portée et la structure de l'Accord d'investissement. La moitié des AII de l'APEC dans cette étude comprend des engagements de libéralisation des services. Certains adoptent une structure qui s'appuie sur la méthode de la liste positive de l'AGCS tandis que d'autres utilisent la méthode de la liste négative de l'ALENA². Selon la méthode de l'AGCS, la libéralisation des services, y compris par la présence commerciale, est contrôlée par un chapitre sur les services et la protection des investissements dans les services est contrôlée par le chapitre sur les investissements. La libéralisation de l'accès aux investissements dans les services ne touche que les secteurs énumérés en annexe. Par ailleurs, certains accords incluent le mode 3 dans le champ d'application du chapitre sur l'investissement, mais appliquent une disposition d'accès au marché tirée du chapitre sur les

services. L'ALENA, en revanche, crée une règle générale de libéralisation de l'accès aux investissements de services dans tous les secteurs de services, sous réserve des dérogations contenues dans l'annexe.

B. Libéralisation de l'investissement

La libéralisation est généralement associée à la réduction et à l'élimination des obstacles à la pénétration des marchés, à l'établissement et à la mise en œuvre des investissements. Il y a différentes façons possibles d'y arriver. Tout d'abord, et ce qui est le plus important, ce sont les dispositions qui assurent un accès non discriminatoire aux investisseurs ou un droit d'établissement. Ensuite, les dispositions qui éliminent les obstacles liés à l'information (c'est-à-dire qui assurent la transparence), permettent le flux des dirigeants ou restreignent les prescriptions de résultats (pour donner quelques exemples) peuvent aussi contribuer à la libéralisation. Ce deuxième groupe de dispositions est aussi un aspect essentiel de la protection des investissements et sera donc traité plus substantiellement dans la section C.

Certains AII peuvent prévoir le droit d'établissement de façon directe et inconditionnelle. C'est rare dans le contexte de l'APEC; toutefois, un exemple en est donné par l'article 7 1) de l'Accord-cadre relatif à la zone d'investissement de l'ASEAN (1998):

«[s]ous réserve des dispositions de cet article, chaque État membre ... ouvrira immédiatement toutes ses industries aux investissements des investisseurs de l'ASEAN.».

Une approche plus répandue consiste à donner un droit d'établissement sur une base non discriminatoire en accordant le traitement national et/ou le traitement de la NPF. Les AII de l'APEC qui font référence à un droit d'établissement d'une façon ou d'une autre, limitent ce droit en ayant recours à une liste soit positive soit négative des exceptions sectorielles et des mesures dérogatoires.

1. Traitement de la nation la plus favorisée

Le traitement NPF (ou non-discrimination entre les économies sources) est régulièrement inclus dans les AII de l'APEC examinés, même si deux accords ne contiennent pas cette clause. Sur les 28 accords étudiés, 14 accordent la clause NPF dans la phase de préétablissement. Ces cas sont traités ici tandis que la clause NPF après établissement est traitée dans la section C. Les dispositions qui prévoient la clause NPF dans la phase de préétablissement sont généralement reconnues comme libéralisantes parce qu'elles garantissent la non-discrimination quant à l'admission des investisseurs et de leurs investissements.

Au niveau le plus général, il y a convergence sur les aspects essentiels de la clause avec de nombreuses variantes sur la formulation précise utilisée par les économies de l'APEC. La jurisprudence au cours des six ou sept dernières années a joué un rôle important dans certaines pratiques récentes du traitement NPF dans les accords (CNUCED, 2007c).

Les AII de l'échantillon exigent presque unanimement qu'une partie accorde «un traitement qui ne soit pas non moins favorable que celui accordé dans des circonstances analogues aux investisseurs d'un pays tiers et à leurs investissements». Il est toutefois possible de distinguer des approches différentes en matière de formulation et de construction.

L'approche la plus concise, utilisée à l'article 90 de l'APE entre le Japon et les Philippines (signé en 2006) prévoit que:

«Chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie et à leurs investissements un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investisseurs d'un pays tiers et à leurs investissements dans le domaine des activités d'investissement.»

Comme le terme «activités d'investissement» est très large, il semble couvrir à la fois la phase d'entrée et la phase opérationnelle d'un investissement.

Une deuxième approche consiste à définir clairement les étapes et phases d'un investissement qui bénéficient de la clause NPF, notamment la phase de préétablissement, et de prévoir dans des paragraphes séparés le traitement des investisseurs. L'article 1103 de l'ALENA (1994) exige que:

*«1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investisseurs d'une autre Partie ou d'un pays tiers, en ce qui concerne **l'établissement, l'acquisition**, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre disposition d'investissements.*

*2. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie ou d'un pays tiers, en ce qui concerne **l'établissement, l'acquisition**, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre disposition d'investissements.»* (la mise en gras est ajoutée).

Depuis l'ALENA, cette formulation a été adoptée dans plusieurs AII comme ceux entre l'Australie et les États-Unis, entre le Canada et le Chili, entre le Canada et le Pérou, entre l'Islande et le Mexique et entre les États-Unis et l'Uruguay. Membre de l'ALENA, le Mexique a aussi adopté d'autres formulations de la clause NPF dans ses AII avec le Japon et l'Australie.

2. Traitement national

Accorder aux investisseurs étrangers et à leurs investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé aux ressortissants est un aspect essentiel de la réglementation de l'investissement. L'analyse de la norme peut être scindée entre le traitement durant la phase de préétablissement (couvert ici) et le traitement, une fois les investissements réalisés dans le pays d'accueil (traité dans la section C). La norme du traitement national pour ce qui est de l'établissement est généralement appliquée parmi les AII de l'APEC: 14 APCI et 4 ABI récents de l'APEC

(entre le Canada et le Pérou, le Japon et la République de Corée, le Japon et le Viet Nam, et les États-Unis et l'Uruguay) couvrent les phases de pré et postétablissement, sous réserve des dérogations. Seulement huit ABI de l'APEC font référence au traitement national après l'établissement et deux ne font aucune référence à cette norme.

Plusieurs facteurs influent sur le degré de libéralisation des flux d'investissement atteint par le biais du traitement national. Les questions de champ d'application (définitions et dérogations) détermineront si une activité d'investissement est visée par l'Accord et par la clause de traitement national. Et le degré de libéralisation dépend aussi des charges qui pèsent ou non sur les investisseurs dans l'établissement de leur investissement. Il ne s'agit pas strictement d'une question de traitement *national* puisqu'il ne peut pas y avoir de comparaison directe avec la façon dont les investisseurs nationaux sont traités à la frontière. Il s'agit plutôt de traiter les investisseurs étrangers et leurs investissements comme s'ils étaient des entités nationales.

Un exemple d'octroi de traitement national en matière d'établissement, sous réserve des dérogations en annexe, est l'article 2.1 de l'APPI entre le Japon et la République de Corée (2003) qui prévoit:

*«Chacune des Parties contractantes accordera, sur son territoire, aux investisseurs de l'autre Partie contractante et à leurs investissements un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs (désigné ci-après "traitement national") en ce qui concerne **l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre cession d'investissements (ci-après désignés "activités commerciales et d'investissement".**» (mise en gras ajoutée).*

Cette approche générale du traitement national est répandue parmi les membres de l'APEC, à quelques variantes près sur la formulation précise utilisée. Une autre approche (par exemple, celle de l'article 75 de l'Accord entre le Japon et la Malaisie, 2006) applique le traitement national à l'établissement, mais n'étend pas ce traitement à *«l'établissement, l'acquisition et l'expansion des **investissements de portefeuille**»* (mise en gras ajoutée).

On peut conclure de cette pratique que, dans l'APEC, les dispositions de traitement national concernant le droit d'établissement sont des dispositions essentielles de libéralisation de l'investissement. Les AII de l'APEC montrent une uniformité d'approche rédactionnelle des clauses de traitement national, même si elles varient quant à l'extension du traitement national à la phase de préétablissement ou si elle le limite à la phase de postétablissement d'un investissement.

3. Liste des dérogations

Les dérogations à certaines dispositions de fond des AII énumérées dans un tableau en annexe sont le moyen habituel de déterminer de façon plus précise le champ d'application des APCI de l'APEC et sont mentionnées plusieurs fois dans cette étude. Bien que traditionnellement, elles n'apparaissent pas dans les ABI de l'APEC, des accords plus récents couvrant le préétablissement comme l'APIE entre le Canada et le Pérou (2007) et l'ABI entre les États-Unis et l'Uruguay (2006), utilisent également les annexes pour limiter la couverture. Si ces listes ne sont pas une caractéristique de libéralisation en soi des AII, il y a un certain nombre de mécanismes dans ces dispositions qui ont pour résultat *une plus grande libéralisation* et qui valent la peine d'être brièvement abordés.

Les AII de l'APEC suivent l'une des deux principales approches pour constituer une liste³. Tout d'abord, 16 accords couvrant la phase de préétablissement adoptent une liste négative et définissent les mesures et secteurs qui sont «exemptés» des obligations de libéralisation. Un exemple est donné par l'article 4 de l'APPI entre le Japon et la République de Corée (2003), qui permet aux parties de maintenir des mesures dérogatoires:

«1. Nonobstant les dispositions de l'article 2 [TN, NPF], [...] chacune des Parties contractantes peut adopter ou maintenir toute mesure dérogeant aux obligations imposées par l'article 2 [...] dans les secteurs ou concernant les matières spécifiées dans l'annexe I à cet Accord. [...]».

Utiliser une liste négative implique généralement un engagement de statu quo où les parties ne peuvent pas ajouter de nouvelles mesures dérogatoires à celles incluses dans la liste négative. Ces mesures dérogatoires sont

généralement présentées dans une annexe, avec une deuxième annexe couvrant les secteurs où est préservée une certaine souplesse pour le futur. Certains AII de l'APEC, à commencer par l'ALENA (1994), vont plus loin et incluent aussi un mécanisme «à effet cliquet», ce qui signifie que toute modification réglementaire entraînant une plus grande libéralisation est automatiquement incorporée dans les engagements du pays en vertu de l'Accord (CNUCED, 2006b). On fait généralement référence à l'approche de la liste négative comme approche inspirée de l'ALENA.

Une deuxième approche utilisée dans deux APCI – accords de la Thaïlande avec l'Australie (2005) et avec la Nouvelle-Zélande (2005) – consiste à inclure des listes positives, du style AGCS où les dispositions relatives au traitement ne s'appliquent qu'aux mesures et secteurs définis dans la liste⁴. L'Accord entre la Nouvelle-Zélande et la Thaïlande (2005) prévoit:

«Article 9.5 Listes d'engagements

1. Chacune des Parties définira, sous forme de liste, les engagements spécifiques dans les secteurs autres que les services, pris par elle en vertu du présent Accord. En ce qui concerne les secteurs sur lesquels portent ces engagements, chaque liste devra spécifier:

- a) Les termes, limites et conditions d'accès au marché;*
- b) Les conditions et restrictions appliquées au traitement national;*
- c) Les mesures liées à des engagements supplémentaires;*
- d) Le cas échéant, le calendrier de mise en œuvre de ces engagements; et*
- e) La date d'entrée en vigueur de ces engagements.».*

L'ALE entre l'Australie et la Thaïlande (2005) est unique parmi les AII de l'APEC en combinant liste positive et liste négative. Le traitement national concernant le préétablissement est régi par une liste positive et le traitement après établissement par une liste négative:

«Article 904 Traitement national concernant le préétablissement

Dans les secteurs inscrits à l'annexe 8, et sous réserve des conditions et restrictions définies dans les présentes, chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs en ce qui concerne l'établissement et l'acquisition d'investissements sur son territoire.» (mise en gras ajoutée).

«Article 907 Traitement national concernant l'après-établissement

1. *Chacune des Parties accordera aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements sur son territoire de ses propres investisseurs, sauf spécifications contraires dans ses engagements spécifiques tels que définis à l'annexe 8.*

2. *Chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, sauf spécifications contraires dans ses engagements spécifiques tels que définis à l'annexe 8.»* (mise en gras ajoutée).

Il est reconnu que les listes négatives apportent aux investisseurs étrangers une plus grande transparence des domaines où le traitement est différencié, mais elles peuvent être moins appropriées pour les pays en développement.

Une autre innovation favorisant la libéralisation a été incluse dans l'Accord entre le Chili et la République de Corée (2004) mais elle n'apparaît pas dans d'autres AII de l'APEC. L'article 10.10 verrouille une future libéralisation:

«Par le biais de négociations futures à organiser tous les deux ans par la Commission après la date d'entrée en vigueur de cet Accord, les Parties s'engageront à une plus grande libéralisation en vue d'arriver à réduire ou à éliminer les restrictions restantes comme prévu aux paragraphes 1 et 2 de

l'article 10.9 sur une base mutuellement avantageuse et en assurant un équilibre général des droits et obligations.».

Une autre option visant à préserver une certaine souplesse consiste à prévoir une révision des engagements ou une modification de la clause relative aux engagements, ce qui permettrait d'aboutir à une libéralisation plus ou moins grande. Par exemple, l'Accord entre le Liban et la Malaisie (2002) a maintenu une certaine souplesse pour les décideurs politiques par l'article 11 (modification), qui préserve la possibilité de modifier l'Accord par consentement mutuel, bien que les droits de l'Accord avant modification soient préservés. Une approche légèrement différente a été prise dans l'ALE entre l'Australie et Singapour (2003) où l'article 7 permet la modification ou l'ajout de réserves, sous réserve d'un préavis de trois mois notifié par écrit et que «*l'équilibre général des engagements pris par chacune des Parties*» soit maintenu.

L'interaction entre les listes d'exceptions et les dispositions de fond déterminera le degré de libéralisation et de protection offert. En général, les AII qui couvrent l'admission et utilisent les listes d'exceptions semblent favoriser l'approche de la liste négative qui contribue à une libéralisation plus directe. Ces accords emploient souvent des mécanismes de statu quo ou à «effet cliquet». Ils fonctionnent ensemble pour empêcher que les parties se détournent de leurs engagements et deviennent plus protectionnistes. Toutefois, on ne peut en conclure que les AII de l'APEC favorisent, d'une façon générale, la libéralisation.

4. Autres questions

Les dispositions relatives à la transparence visent à éliminer les obstacles à l'entrée liés à l'information en permettant aux participants au processus d'investissement d'avoir accès aux informations nécessaires pour prendre des décisions en connaissance de cause et satisfaire aux obligations. La mise à disposition de l'information peut libéraliser, promouvoir et protéger l'investissement et c'est pourquoi cette question intéresse plusieurs sections de cette étude⁵. L'inclusion de dispositions relatives à la transparence dans les AII peut imposer des droits et obligations aux trois participants à la relation d'investissement – le pays d'origine, le pays d'accueil et

l'investisseur étranger. Dans la plupart des AII de l'APEC, les obligations ne sont imposées qu'au pays d'origine et au pays d'accueil. Toutefois, certains AII de l'APEC, par exemple l'article 1111 2) de l'ALENA (1994), permettent aux parties de «*demander à un investisseur d'une autre partie, ou à son investissement sur son territoire, de fournir des renseignements d'usage concernant cet investissement, renseignements qui ne seront utilisés qu'à des fins d'information ou à des fins statistiques*».

Dans les AII, les dispositions relatives aux prescriptions de résultats restreignent l'imposition et l'application par l'administration du pays d'accueil de certaines obligations imposées aux investissements étrangers ou aux investisseurs, qui ont pour but de déterminer les conséquences économiques d'un investissement. Par exemple, pour s'assurer que l'investissement contribue à l'emploi dans le pays d'accueil ou aux recettes d'exportation, l'investissement peut impliquer l'obligation de recruter un personnel local ou d'exporter un certain pourcentage de la production. Ces exigences peuvent être imposées en les conditionnant à l'établissement de l'investissement ou bien elles peuvent servir de condition en contrepartie de quelque autre avantage. Ce type d'exigences peut aussi déséquilibrer le commerce et agir contre la libéralisation. Tant que ces exigences sont interdites et éliminées, les dispositions relatives aux prescriptions de résultat favorisent la libéralisation, bien que, souvent, ce ne soit pas l'objectif désiré des pays d'accueil⁶.

Les dispositions des AII concernant *l'emploi de personnel dirigeant* visent à renforcer la libre décision des investisseurs étrangers d'engager des dirigeants ou des professionnels de leur choix. Cela leur laisse une marge de manœuvre supplémentaire dans un domaine où les pays d'accueil exigent quelquefois que les investissements étrangers impliquent l'emploi de leurs ressortissants en vue d'augmenter l'emploi et de faciliter le transfert de compétences. En cela, ces dispositions ont un effet libéralisant. Une partie de l'avantage compétitif d'un investissement étranger peut tenir au savoir managérial et technique de ses employés étrangers⁷.

On peut résumer en plusieurs points l'effet libéralisant de ces accords. Tout d'abord, la couverture des questions d'admission dans la moitié des accords et leur tendance générale à privilégier les listes négatives démontrent,

du point de vue de leur architecture, un niveau modéré d'engagement dans l'objectif de libéralisation. Toutefois, en deuxième lieu, il y a très peu d'exemples d'AII de l'APEC qui servent de véhicule pour libéraliser les politiques et la législation régissant l'investissement. Une seule exception partielle est celle de l'ALE entre l'Australie et les États-Unis (2005) où l'Australie a modifié sa législation pour appliquer les engagements de l'ALE en réduisant ses obstacles aux investisseurs des États-Unis⁸. Comme commenté dans le chapitre II ci-après, les instruments d'investissement de l'APEC, en particulier le Menu des options, encouragent une approche de libéralisation qui n'est par reprise dans la pratique des accords par les économies de l'APEC.

C. Protection de l'investissement

La protection de l'investissement étranger reste l'objectif le plus important des AII. Les dispositions de protection se trouvent généralement dans les ABI bien que la pratique acceptée soit d'inclure aussi ces dispositions dans les APCI qui ont pour objectif principal une intégration économique plus étroite.

1. *Traitement juste et équitable*

«Le traitement juste et équitable» offre une norme de base, détachée de la législation nationale du pays, qui permet d'évaluer le comportement du pays d'accueil en matière d'investissement étranger. C'est une norme essentielle de protection de l'investissement incluse dans tous les AII de l'APEC, sauf trois. Toutefois, le «traitement juste et équitable» est resté largement indéfini jusqu'à relativement récemment. Ces dernières années, des investisseurs, parties contestantes, se sont de plus en plus appuyés sur cette disposition dans des différends et de ce fait, la norme a fait l'objet d'une attention considérable.

L'opinion est divisée quant à savoir si l'obligation d'accorder «un traitement juste et équitable» est synonyme de la norme minimale de traitement de l'investissement étranger requise par le droit international coutumier, ou si elle signifie quelque chose de différent – malgré certains recouvrements. Certains ont avancé que la signification claire de ce terme dans des accords particuliers plaçait la norme à un niveau supérieur à celui requis par le droit international coutumier. Ceci a été reconnu dans des

sentences arbitrales récentes (comme dans *Saluka c. la République tchèque*⁹). Toutefois, plusieurs tribunaux n'ont fait aucune distinction de fait entre la norme de traitement requise dans le droit international coutumier et la norme de traitement juste et équitable¹⁰.

Il y a des divergences d'approches considérables dans la rédaction de la norme dans les AII de l'APEC. Certains accords ne font pas de lien entre l'expression «traitement juste et équitable» et «traitement» selon le droit international, et certains le font. Une étude des AII de l'APEC fait état de cinq approches pour traiter ces dispositions. D'autres catégories d'accords, qui ne sont pas traitées ici, combinent la norme de traitement juste et équitable avec d'autres principes juridiques comme les obligations d'accorder la protection et la sécurité intégrales et d'assurer la non-discrimination¹¹.

Tout d'abord, 14 AII de l'APEC accordent aux investissements couverts un traitement juste et équitable sans faire référence au droit international¹². Par exemple, l'ABI entre l'Inde et l'Indonésie (2004) dispose:

«Article 3 Promotion et protection de l'investissement

[...]

2. Les investissements et revenus des investisseurs de chacune des Parties contractantes doivent bénéficier en permanence d'un traitement juste et équitable sur le territoire de l'autre Partie contractante.».

L'absence de référence au droit international coutumier conduit certains commentateurs à privilégier, sur la base de ces formulations, une interprétation qui aboutit à évaluer au cas par cas si les actions enfreignent un critère basé sur l'équité¹³.

On trouve une variante de cette approche dans l'APPI entre le Liban et la Malaisie (2002) où il n'est fait référence qu'à un traitement «équitable» dans la disposition relative à la promotion et à la protection (art. 2); puis, la clause de la NPF (art. 3) stipule que les investissements «recevront un traitement qui est juste et équitable et non moins favorable que celui accordé aux investissements effectués par des investisseurs d'un pays tiers».

Une troisième approche apparaît dans des accords comme l'ALENA (1994) et les accords du Japon avec le Mexique (2005) et les Philippines (signé en 2006). Cette approche tente de définir la relation entre le traitement juste et équitable et le droit international. Elle introduit expressément la norme de protection et de sécurité intégrales pour en faire une partie intégrante de la norme minimale du traitement. L'article 1105 de l'ALENA (1994) exige des parties qu'elles accordent aux investissements effectués par les investisseurs «un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable [...]». Dans le contexte de l'ALENA, les parties ont eu une interprétation clarifiante, à savoir qu'il n'était pas nécessaire que le traitement aille au-delà de ce que requiert la norme minimale de traitement des ressortissants étrangers dans le droit international coutumier. Cette clarification transparaît dans la formulation de l'ALE entre le Chili et le Pérou (signé en 2006) et a été incluse en note de bas de page dans les AII susmentionnés impliquant le Japon:

«Note: Cet Article prévoit que la norme minimale de traitement des ressortissants étrangers selon le droit international coutumier doit être la norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie. Les concepts de "traitement juste et équitable" et de "protection et sécurité intégrales" n'exigent pas de traitement supplémentaire ou allant au-delà de ce qui est requis par la norme minimale de traitement des ressortissants étrangers selon le droit international coutumier [...]».

Une quatrième approche a été adoptée dans la pratique récente de plusieurs économies de l'APEC. Le Canada, le Mexique et les États-Unis ont tenté de surmonter la confusion ou l'incertitude du contenu voulu de la norme en revoyant la formulation dans leurs nouveaux accords. Le point de départ est la liste des exigences du chapitre 11 de l'ALENA¹⁴. La différence essentielle tient à ce que la troisième approche requiert un traitement conforme au «droit international» et que la quatrième approche parle de «droit international coutumier». Cinq AII de l'APEC¹⁵ ont incorporé cette reformulation qui clarifie la signification de «traitement juste et équitable» et qui la limite à la norme minimale de traitement. C'est l'approche utilisée dans l'ALE entre le Chili et la République de Corée (2004):

Article 10.5: Norme minimale de traitement

1. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie un traitement conforme à la norme minimale de traitement des ressortissants étrangers dans le droit international coutumier, y compris le traitement juste et équitable et la protection et la sécurité intégrales.

2. Les concepts de «traitement juste et équitable» et de «protection et sécurité intégrales» du paragraphe 1 ne requièrent pas de traitement supplémentaire ou allant au-delà de ce qui est requis par la norme de traitement minimale des ressortissants étrangers dans le droit international coutumier.

[...]

La cinquième approche consiste à omettre toute référence au traitement juste et équitable ou à la norme minimale de traitement. Ce fut la décision adoptée dans l'ALE entre l'Australie et Singapour (2003), la Nouvelle-Zélande et Singapour CEP (2001) et la Nouvelle-Zélande et la Thaïlande CEP (2005).

Si la grande majorité des AII inclut encore une norme de traitement juste et équitable sans lien ni référence à une norme de droit international, un nombre croissant de pays revoient leur formulation de la norme juste et équitable. On peut s'attendre à ce qu'elle continue d'être un point important de discussion parmi les économies de l'APEC.

2. Non-discrimination

Les clauses de non-discrimination garantissent aux investissements le traitement national et/ou NPF. Ces clauses ont été traitées d'une façon générale et, pour ce qui concerne leur application à la phase de préétablissement, dans la section précédente sur la libéralisation. Comme examiné plus haut, les mêmes garanties peuvent aussi protéger les investissements une fois qu'ils ont passé la frontière et ne s'appliquent de ce fait qu'à la phase d'après établissement dans un grand nombre des accords de

l'APEC examinés (12 accords dans le cas de la NPF et 8 accords dans le cas du traitement national). Le traitement national assure que les investisseurs étrangers n'aient pas un traitement moins favorable que les investisseurs nationaux dans le pays d'accueil. Le traitement NPF offre une protection contre la discrimination qui pourrait affecter les investissements émanant de différents pays étrangers. Ces garanties s'appliquent aux investissements couverts par un accord une fois qu'ils ont été admis dans un pays d'accueil conformément à la législation intérieure de ce pays. C'est pourquoi, la non-discrimination après établissement ne requiert normalement pas que les parties établissent des listes de mesures dérogatoires puisque le plus souvent la discrimination est faite à la frontière.

a. Traitement de la nation la plus favorisée

Une approche de traitement NPF après établissement est illustrée par l'accord entre l'Allemagne et les Philippines (2000):

«Article 3 Traitement

[...]

2) Chaque État contractant accordera, sur son territoire, aux investisseurs de l'autre État contractant pour ce qui concerne la gestion, la maintenance, l'utilisation, la jouissance ou la cession de leurs investissements, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux investisseurs d'un État tiers [...].»

Une deuxième approche implique d'associer le traitement NPF aux autres normes générales de traitement. Par exemple, l'article 3 de l'APPI entre la Malaisie et le Viet Nam (1992) combine le traitement NPF avec le traitement juste et équitable:

«1) L'investissement effectué par les investisseurs d'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante recevra un traitement juste et équitable et qui ne sera pas moins favorable que celui accordé aux investissements effectués par les investisseurs d'un pays tiers.»

Une variante utilisée dans l'APPI entre Hong Kong, Chine et la Thaïlande (2006) consiste à combiner le traitement juste et équitable et le traitement NPF dans un paragraphe qui traite des investissements, avec un paragraphe séparé qui applique les deux normes aux investisseurs, mais en le limitant à la phase d'après établissement:

«Article 3 Traitement des investissements

1) Les investissements effectués par les investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante, et également le produit de ces investissements, recevront un traitement juste et équitable et non moins favorable que celui accordé aux investissements et produits de ces investissements réalisés par les investisseurs de l'autre Partie contractante ou tout pays tiers.

2) Chacune des Parties contractantes accordera, sur son territoire, aux investisseurs de l'autre Partie contractante, en ce qui concerne la gestion, la maintenance, l'utilisation, la jouissance ou la cession de leurs investissements, un traitement juste et équitable et non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de tout autre pays tiers.».

Une autre approche consiste à appliquer la norme NPF à certaines dispositions spécifiques de l'accord. L'article 3 de l'APPI entre la Malaisie et le Viet Nam (1992) en est encore un exemple en appliquant le principe NPF dans le cas d'indemnisation pour pertes:

«[...] 2) Les investisseurs d'une des Parties contractantes dont les investissements sur le territoire de l'autre Partie contractante subissent des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé ou en raison d'un état national d'urgence, de révolte, d'insurrection ou d'émeutes sur le territoire de l'autre Partie contractante, se verront accorder par l'autre Partie contractante un traitement en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation, la réparation ou autre règlement, qui ne sera pas moins favorable que celui que l'autre Partie contractante accorde aux investisseurs d'un pays tiers.».

Enfin, le traitement NPF n'est pas inclus dans l'ALE entre l'Australie et Singapour (2003). Plutôt que de garantir un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui accordé à des pays tiers, les parties se sont mises d'accord sur une approche dite «des meilleurs efforts», exigeant qu'une partie «*considère de façon positive la requête de l'autre partie visant à obtenir l'incorporation à l'accord*» de la garantie d'un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui accordé à un pays tiers ou résultant d'une libéralisation unilatérale (art. 15).

L'évolution la plus importante concernant l'usage de la clause NPF découle de la jurisprudence qui interprète l'effet de la clause sur les quelques dernières années (voir CNUCED, 2007b: 39). La sentence arbitrale *Maffezini* concluant que les dispositions plus favorables d'un autre ABI pouvaient être invoquées pour régler un différend portant sur la clause NPF a donné considérablement matière à discussion sur le champ des dispositions NPF et sur le fait de savoir si le traitement NPF concernait les dispositions de procédure au même titre que les dispositions de fond¹⁶. Un certain nombre d'autres affaires importantes ont depuis traité de l'applicabilité de la norme NPF dans le règlement des litiges devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Si certaines allaient dans le sens des conclusions *Maffezini*¹⁷, d'autres décidaient que le traitement NPF ne s'étendait aux dispositions de règlement des différends qu'en cas d'intention claire et sans équivoque¹⁸.

Pour répondre à cette incertitude, dans des AII récents, on a pris soin de rédiger explicitement le champ d'application voulu du traitement NPF. Parmi les AII de l'APEC examinés, le récent accord entre le Canada et le Pérou (2007) aborde directement la question:

«Annexe B.4 Traitement de la nation la plus favorisée

Pour plus de clarté, le traitement "en ce qui concerne l'expansion, la gestion, la conduite, l'exploitation et la vente ou autre disposition des investissements" en référence aux paragraphes 1 et 2 ne comprend pas les mécanismes de résolution des différends comme ceux de la section C, qui sont prévus dans les traités internationaux ou les accords commerciaux.».

En revanche, la note de bas de page à la clause NPF (art. 59) dans l'APE entre le Japon et le Mexique (2005) prévoit que les investisseurs aient le même accès aux tribunaux nationaux *et* internationaux que les pays tiers et les investisseurs nationaux:

«Note 3: Chaque Partie devra, sur son territoire, accorder aux investisseurs de l'autre Partie, un traitement qui ne soit pas moins favorable que le traitement qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'un pays tiers en ce qui concerne l'accès aux instances juridictionnelles et aux tribunaux et organes administratifs à tous les niveaux de juridiction, que ce soit dans le cadre de la revendication ou de la défense des droits de ces investisseurs.».

Le principe NPF peut favoriser la concordance entre différents accords et la convergence de traitement accordé aux investisseurs. Il peut, toutefois, également restreindre la souplesse politique laissée aux pays d'accueil et neutraliser les efforts des Parties contractantes pour distinguer un accord d'un autre. Généralement, des dispositions NPF larges ont pour résultat une plus grande harmonisation et une moindre souplesse politique. Il est toutefois habituel d'inclure des dérogations dans le texte de l'accord qui dispensent les Parties contractantes d'étendre certains avantages comme ceux négociés dans le cadre d'accords d'intégration économique régionale ou d'accords de double imposition. Aussi, un nombre croissant de pays se met à formuler avec soin le texte sur la NPF afin de réduire le champ d'interprétation de cette clause.

b. Traitement national

Seulement huit des AII de l'APEC examinés prévoient le traitement national pour les investissements après établissement dans le pays d'accueil. Parmi les huit, on peut observer deux approches rédactionnelles. La première applique la norme aux «investissements effectués conformément à sa législation». Les AII qui utilisent cette approche couvrent quelquefois ensemble le traitement national et le traitement NPF et la protection est accordée à la fois à l'investissement et à l'investisseur. Un exemple est l'ABI entre la Russie et la Thaïlande (signé en 2002):

«Article 3 Traitement des investissements

1. *Chacune des Parties contractantes devra accorder, sur son territoire, aux investissements effectués conformément à sa législation par les investisseurs de l'autre Partie contractante, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements de ses propres investisseurs ou aux investissements d'investisseurs de pays tiers, selon celui qui est le plus avantageux.*

2. *Chacune des Parties contractantes devra, sur son territoire, accorder aux investisseurs de l'autre Partie contractante, en ce qui concerne la gestion, la maintenance, l'utilisation, la jouissance ou la cession de leurs investissements, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'un pays tiers, selon celui qui est le plus avantageux.».*

En second lieu, l'article 4 de l'APPI entre l'Australie et le Mexique (signé en 2005) adopte une autre formulation en invoquant le traitement par une Partie contractante «sous réserve de ses lois...», accordé aux investissements effectués sur son territoire:

«Chacune des Parties contractantes, sous réserve de ses lois, règlements et politiques, accorde aux investissements effectués sur son territoire par les investisseurs de l'autre Partie contractante et aux activités associées aux investissements, dans des circonstances analogues, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements de ses propres investisseurs.» (mise en gras ajoutée).

C'est une obligation bien plus faible parce qu'elle subordonne le traitement national aux lois, règlements et politiques intérieurs.

Enfin, plusieurs AII de l'APEC ont adopté une approche hybride du traitement national. Les accords entre l'Australie et la Thaïlande (2005) et entre la Nouvelle-Zélande et la Thaïlande (2005) accordent un traitement national avant établissement en utilisant une liste positive tandis qu'une clause séparée définit le traitement national après établissement pour les

«investissements couverts» avec une liste négative des dérogations. Le CEP entre la Nouvelle-Zélande et la Thaïlande (2005) stipule ce qui suit:

«Article 9.6 Traitement national en ce qui concerne l'établissement et l'acquisition d'investissements

Dans les secteurs inscrits dans l'annexe 4 [tableau sur les investissements], et/ou sous réserve des conditions et restrictions définies dans les présentes, chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie, en ce qui concerne l'établissement et l'acquisition d'investissements sur son territoire, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs en ce qui concerne leurs investissements.

Article 9.7 Traitement national en ce qui concerne les investissements couverts et les investisseurs

1. Chacune des Parties accordera aux investissements couverts un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements sur son territoire effectués par ses propres investisseurs en ce qui concerne la gestion, la conduite, l'exploitation et la vente ou autre disposition d'investissements, sauf spécifications contraires à l'annexe 4.

2. Chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs en ce qui concerne la gestion, la conduite, l'exploitation et la vente ou autre disposition d'investissements, sauf spécifications contraires à l'annexe 4.».

Ces trois approches pour formuler les clauses de traitement national après établissement révèlent une relative convergence entre les AII de l'APEC qui ne protègent les investissements qu'après leur établissement.

3. Expropriation

Historiquement, la protection contre l'expropriation a été la question de droit la plus importante concernant l'investissement international. Il y a une forte convergence de formulation de cette clause parmi les AII de l'APEC. Les AII reconnaissent le droit d'expropriation au pays d'accueil, mais imposent des conditions à satisfaire. Le texte qui suit résume les deux questions principales qui se posent, à savoir le champ d'application de la clause d'expropriation et les conditions d'une expropriation légale. D'autres publications de la CNUCED (par exemple, UNCTAD, 2006a et 2007b) traitent cette question de façon plus détaillée.

Le champ d'application de cette clause fait référence aux mesures du pays d'accueil qui peuvent être considérées comme expropriantes. La mesure de ce type la plus évidente et bien comprise consiste en un acte d'expropriation directe ou de nationalisation qui transfère la propriété de l'investissement au pays d'accueil. Toutefois, d'autres mesures du pays d'accueil peuvent dévaluer un investissement tout en cherchant à poursuivre des objectifs réglementaires légitimes et sans qu'il y ait eu transfert préalable de la propriété au pays d'accueil. Ces mesures peuvent indirectement exproprier un investissement. Le champ d'application de certaines dispositions relatives à l'expropriation dans les AII cherche à couvrir expressément les situations impliquant ou non une indemnisation des investisseurs conséquemment à l'exercice par les pays de leur droit de légiférer dans l'intérêt public (que les mesures réglementaires du gouvernement soient légitimes ou non).

L'accord entre la Fédération de Russie et la Thaïlande (signé en 2002) est un exemple de la formulation utilisée dans 27 des 28 AII de l'APEC pour décrire ces actes d'expropriation (avec des variantes mineures dans l'expression)¹⁹:

«Article 4 Expropriation

1. Les investissements effectués par les investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante ne seront ni nationalisés, ni expropriés ou soumis à des mesures ayant un effet

équivalent à la nationalisation ou à l'expropriation (ci-après désigné expropriation) sauf [...]».

La plupart des AII de l'APEC ne contiennent pas de termes plus clairs pour définir le champ d'application de la clause d'expropriation. La question d'expropriation indirecte est traitée dans presque tous les AII de l'APEC, mais de différentes façons comme dans l'ALE entre le Chili et la République de Corée (2004), article 10.13 qui fait spécifiquement référence aux mesures qui exproprient directement *ou indirectement*:

«1. Aucune Partie ne peut, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué par un investisseur de l'autre Partie sur son territoire [...]».

D'autres AII de l'APEC, notamment l'article 4 de l'ABI entre l'Allemagne et les Philippines (2000), traitent de mesures *équivalentes* à l'expropriation:

«2) Les investissements effectués par les investisseurs ressortissants de l'un ou l'autre pays contractant ne seront ni expropriés, ni nationalisés ou soumis à toute autre mesure directe ou indirecte dont les effets seraient équivalents à l'expropriation ou la nationalisation [...]».

Plusieurs économies se sont montrées préoccupées par la lecture éventuellement large que l'on pourrait faire de ce texte et par la possibilité qu'il laisse d'assimiler à une expropriation indirecte toute mesure portant substantiellement atteinte à la valeur de l'investissement. Toutefois, dans le sillage de nombreux différends relatifs aux investissements, certaines économies de l'APEC ont commencé à expliciter de façon plus précise les situations qui pourraient entraîner des expropriations indirectes. Par exemple, l'ALE entre l'Australie et les États-Unis (2005) inclut une annexe sur l'expropriation:

«Annexe 11-B – Expropriation

1. Les Parties confirment leur compréhension commune que l'article 11.7.1 [Expropriation], est censé refléter le droit international coutumier concernant l'obligation des États en matière d'expropriation.

2. Une mesure ou une série de mesures prise par une Partie ne peut pas constituer une expropriation à moins qu'elle n'interfère avec un droit de propriété matérielle ou immatérielle ou un intérêt dans un bien faisant partie de l'investissement.

3. L'article 11.7.1 concerne deux situations. La première est l'expropriation directe en cas de nationalisation d'un investissement ou de toute autre forme d'expropriation directe par cession formelle du titre ou saisie inconditionnelle.

4. La deuxième situation visée par l'article 11.7.1 est l'expropriation indirecte lorsqu'une mesure ou une série de mesures a un effet équivalant à une expropriation directe sans cession formelle de titre ou saisie inconditionnelle.

a) Pour déterminer si une mesure ou une série de mesures prises par une Partie, dans une situation de fait spécifique, constitue une expropriation indirecte, il est nécessaire de procéder à une enquête au cas par cas, factuelle, qui tienne compte, entre autres facteurs, de:

i) L'impact économique de la mesure gouvernementale, bien que le fait qu'une mesure ou une série de mesures prises par une Partie ait un effet négatif sur la valeur économique d'un investissement, ne prouve pas en soi-même qu'il y ait eu expropriation indirecte;

ii) La mesure dans laquelle la mesure gouvernementale contrarie les attentes spécifiques et raisonnables suscitées par l'investissement; et

iii) Du caractère de la mesure gouvernementale;

b) Sauf en de rares circonstances, les mesures réglementaires non discriminatoires prises par une Partie qui sont conçues et appliquées en vue d'atteindre des objectifs légitimes de bien-être public comme la protection de la santé et de la sécurité publiques et de l'environnement, ne constituent pas des expropriations indirectes.»²⁰.

La deuxième question soulevée par l'expropriation concerne les conditions imposées à un pays d'accueil s'il veut exproprier légalement un investissement. Dans tous les AII de l'APEC, une expropriation par la Partie contractante est légale, comme le montre l'article 10.10 de l'ALE entre le Chili et la République de Corée (2004), lorsque l'expropriation est:

«[...]

a) *À des fins publiques;*

b) *Sur une base non discriminatoire;*

c) *Conforme à un procès en bonne et due forme et à l'article 10.5(1) [norme minimale de traitement]; et*

d) *Contre le paiement d'une indemnité conformément aux paragraphes 2 à 6.».*

Certains AII de l'APEC exigent seulement que le paiement de l'indemnité soit «*prompte, adéquate et effective*», et dans un seul cas, l'accord entre l'Inde et l'Indonésie (2004) – l'indemnité doit être «*juste et équitable*». Toutefois, la plupart des AII de l'APEC adoptent l'approche suivante (utilisée dans l'article 10.10 de l'ALE entre le Chili et la République de Corée) et précisent les exigences relatives à l'indemnisation, bien que les formulations soient différentes et que peu d'AII fassent référence à la devise qui sera utilisée pour le paiement de l'indemnité:

«[...]

2. *L'indemnisation sera équivalente à la juste valeur marchande que l'investissement exproprié avait immédiatement avant que l'expropriation n'ait eu lieu ("date d'expropriation") et elle ne tiendra compte d'aucun changement de valeur dû au fait que l'intention d'expropriation était déjà connue. Les critères d'évaluation seront la valeur de l'investissement comme entreprise en activité, la valeur déclarée des biens matériels et éventuellement d'autres critères pour déterminer la juste valeur marchande.*

3. *L'indemnité sera versée sans délai et sera pleinement réalisable.*
4. *Si le paiement est effectué dans une devise du G-7, l'indemnité comprendra les intérêts, calculés à un taux commercial raisonnable pour cette devise à compter de la date de l'expropriation jusqu'à la date du paiement de l'indemnité.*
5. *Si une Partie choisit de verser l'indemnité dans une devise autre qu'une devise du G-7, la somme versée à la date du paiement, si elle est convertie en une monnaie du G-7 au taux de change en vigueur à cette date, ne pourra être inférieure au montant de l'indemnité due à la date de l'expropriation si ce montant avait été converti en une monnaie du G-7 au taux de change en vigueur à cette date, et que les intérêts avaient couru, à un taux commercial raisonnable pour cette monnaie du G-7 à compter de la date de l'expropriation jusqu'à la date du paiement de l'indemnité.*
6. *Au moment du paiement, l'indemnité sera librement transférable comme prévu à l'article 10.11 [Transferts].*
7. *Le présent article ne s'applique pas à la délivrance de licences obligatoires accordées en vertu des droits de propriété intellectuelle, ni à l'annulation, à la limitation ou à la création de droits de propriété intellectuelle, pour autant que la délivrance, l'annulation, la limitation ou la création soit compatible avec l'accord sur les ADPIC.»*

En conclusion, la question d'expropriation est un aspect essentiel des AII de protection. De récents AII contiennent des clauses plus détaillées dans le but de minimiser les différends qui mettent en cause les mesures réglementaires ayant entraîné l'expropriation d'un investissement et exigent le versement d'une indemnité. Comme susmentionné, certaines économies de l'APEC incluent maintenant dans l'accord un texte plus explicite sur le champ d'application des dispositions d'expropriation et en particulier sur ce qui pourrait être assimilé à une expropriation indirecte. Il est probable que cet aspect restera un point important parmi les économies de l'APEC. Deux autres options visant à réduire les demandes possibles d'expropriation montrent comment des dispositions de fond comme celles relatives à

l'expropriation peuvent interagir avec les dispositions relatives au champ d'application. Tout d'abord, on pourrait donner une définition plus étroite de «l'investissement» pour limiter le type d'actifs auxquels les obligations d'expropriation s'appliquent. Et une deuxième option consiste à éliminer du champ d'application d'un AII les mesures réglementaires dans certains domaines politiques, soit au sens large, par le biais d'exceptions générales, soit de façon plus étroite en prévoyant une exception à la disposition relative à l'expropriation.

4. Indemnisation des pertes

Cet aspect tente d'apporter aux investisseurs un certain niveau de protection lorsque leurs biens subissent des dommages à la suite d'une guerre ou de troubles civils. La protection due en vertu de cette disposition est en général formulée comme une norme relative, laissant ainsi le choix au pays d'accueil d'indemniser ou non, mais exigeant que toute mesure prise le soit sur une base non discriminatoire.

Il y a un degré de convergence considérable sur l'usage et le contenu de cet aspect. Tout d'abord, il y a peu de variations dans l'éventail des situations qui impliquent une indemnisation dans les AII de l'APEC par rapport aux situations envisagées dans le système plus large des AII. Ensuite, les variations portent sur l'étendue de la protection apportée.

Dix-huit AII de l'APEC prévoient un traitement non discriminatoire pour l'indemnisation des pertes. La plupart des dispositions assurent protection contre une combinaison de certains ou de tous types de violence perpétrée par l'homme: «*la guerre ou autre conflit armé*», «*les troubles civils*», «*la révolution*», «*l'état d'urgence nationale*», «*la révolte*», «*l'insurrection*» ou «*une émeute ou autre situation similaire*». Un seul AII de l'APEC, l'APIE entre le Canada et le Pérou inclut aussi les catastrophes naturelles:

«Article 12 Indemnisation des pertes

1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie ainsi qu'aux investissements visés, un traitement qui ne soit pas discriminatoire quant aux mesures qu'elle adopte ou maintient

*concernant les pertes subies par des investissements sur son territoire à la suite d'un conflit armé, d'une guerre civile ou d'une **catastrophe naturelle**.*» (mise en gras ajoutée).

L'accord entre le Chili et la République de Corée (2004) prévoit aussi pour les investisseurs les conditions les plus avantageuses du traitement national ou du traitement NPF. L'exemple ajoute les pertes résultant de la réquisition ou de la destruction de biens, mais limite le champ d'application de l'indemnisation aux pertes «*non causées dans des actes de combat ou non requises par la nécessité de la situation*». L'article 10.6 de l'ALE entre le Chili et la République de Corée (2004) dispose:

«Les investisseurs d'une Partie dont les investissements subissent sur le territoire de l'autre Partie des pertes dues à la guerre ou à un autre conflit armé, à un état d'urgence nationale, à une révolte, à une insurrection, à des émeutes ou à d'autres situations similaires et des pertes comme celles résultant de la réquisition ou de la destruction de biens qui ne soit pas causée dans un acte de combat ou requise par la nécessité de la situation, se verront accorder par cette Partie, en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation, la réparation ou autres formes de règlement, un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui que cette Partie accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'un pays tiers, en se basant sur le traitement le plus favorable aux investisseurs concernés.»

Six AII de l'APEC seulement accordent le traitement NPF pour l'indemnisation des pertes. L'ALE entre la Nouvelle-Zélande et la Thaïlande (2005) illustre ce concept:

«Article 9.12 Indemnisation des pertes

*Lorsqu'une Partie adopte des mesures relatives aux pertes des investissements visés sur son territoire, subies par des personnes d'un pays tiers pour cause de guerre ou autre conflit armé, révolution, état d'urgence nationale, troubles civils ou autres événements similaires, le **traitement** accordé aux investisseurs de l'autre Partie en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation, la réparation ou autre dédommagement **ne***

sera pas moins favorable que celui que la première Partie accorde aux personnes d'un pays tiers.» (mise en gras ajoutée).

On constate aussi une forte normalisation des moyens d'indemnisation des pertes, presque tous les AII de l'APEC utilisant les termes de «*restitution, indemnisation, réparation ou autre dédommagement*».

Enfin, trois accords incluent une protection supplémentaire de l'investisseur allant au-delà des normes relatives du traitement national et du traitement NPF²¹. Ces AII prévoient que, dans certaines situations, les pays d'accueil ont l'obligation absolue d'indemniser les investisseurs étrangers. Cette obligation s'applique lorsque le pays d'accueil joue un rôle actif dans les dommages causés par la guerre ou des troubles civils qui sont à distinguer des dommages causés sans agissement direct du pays d'accueil. Ainsi, lorsque les forces ou autorités du pays d'accueil réquisitionnent un investissement «*non requis par la nécessité de la situation*», il y a absolue obligation de réparation. L'APPI entre Hong Kong, Chine et la Thaïlande (2006) en est un exemple:

«Article 4 Indemnisation des pertes

[...]

2) Sans préjudice du paragraphe 1 de cet article, les investisseurs d'une des Parties contractantes qui, dans une quelconque des situations mentionnées dans ce paragraphe, subissent des pertes sur le territoire de l'autre Partie contractante à la suite de:

a) La réquisition de leur bien par ses forces ou autorités; ou

b) La destruction de leur bien par ses forces ou autorités, non causée par un acte de combat ou non requise par la nécessité de la situation, se verront accorder la restitution de leur bien ou leur indemnisation raisonnable. Les remboursements correspondants seront promptement effectués et seront librement transférables en devises librement convertibles.».

En conclusion, la plupart des AII de l'APEC prévoient, *pour le moins*, le traitement NPF pour indemniser les pertes encourues par les investisseurs pour cause de guerre ou de troubles civils. Plus de la moitié de ces AII offrent aussi aux investisseurs un traitement pleinement non discriminatoire et plusieurs AII de l'APEC vont même jusqu'à imposer aux pays d'accueil l'obligation absolue d'indemniser.

5. *Transfert de fonds*

La possibilité de transférer des capitaux liés à un investissement ainsi que tout produit découlant d'un investissement est essentielle à la protection de cet investissement. Cette norme promeut aussi la libre circulation des capitaux et favorise de ce fait largement la libéralisation. En même temps, les dispositions relatives au transfert de fonds peuvent être préoccupantes pour les économies en développement. Les conséquences néfastes de la fuite des capitaux et de leur afflux soudain et massif peuvent être graves, du moins à court terme. Néanmoins, tous les AII de l'APEC incluent comme aspect essentiel de la protection de l'investissement, le droit de transférer les fonds liés à un investissement.

Si l'on examine de plus près la pratique des économies de l'APEC, on constate que, généralement, il y a obligation d'autoriser le libre transfert de fonds liés à un investissement et qu'il est d'usage d'inclure une liste à titre d'exemples, non exclusive, des transferts qui doivent être permis. La devise et le taux de change des transferts sont également spécifiés comme dans l'APPI entre le Japon et la République de Corée (2003):

«Article 12

1. Chacune des Parties contractantes veillera à ce que tous les versements liés à un investissement sur son territoire effectué par un investisseur de l'autre Partie contractante puissent être librement et promptement transférés à l'intérieur et hors de son territoire. Ce transfert inclura, en particulier, mais non exclusivement:

a) Le capital initial et les montants additionnels pour maintenir ou augmenter un investissement;

- b) Les bénéfices, intérêts, dividendes, plus-values, redevances ou redevances pour services rendus;*
- c) Les paiements effectués sous contrat, y compris un contrat de prêt;*
- d) Le produit de la vente totale ou partielle de l'investissement ou le produit de la liquidation partielle ou totale de l'investissement;*
- e) Les versements effectués conformément aux articles 10 et 11;*
- f) Les versements dus au titre du règlement d'un différend conformément à l'article 15; et*
- g) Les gains et rémunérations du personnel engagé par l'autre Partie contractante dans le cadre d'un investissement.*

2. Aucune des Parties contractantes n'empêchera la prompte réalisation des transferts dans une devise librement convertible au taux de change du marché à la date du transfert [...]».

Certains AII de l'APEC ne protègent que des transferts spécifiques et de ce fait, incluent une liste fermée. L'accord entre la Malaisie et le Viet Nam (1992) en est un exemple. Cette formulation est particulière aussi en ce qu'elle permet les transferts spécifiés seulement sous réserve des lois et règlements nationaux. Un autre trait distinctif est que les transferts doivent être effectués dans une devise librement utilisable. Cet exemple inclut aussi le traitement NPF des transferts:

«Article 6 Rapatriement de l'investissement

1) Chacune des Parties contractantes, sous réserve de ses lois, règlements et pratiques administratives, permettra que soient effectués sans retard déraisonnable les transferts dans une devise librement utilisable:

- a) Les bénéfices nets, les dividendes, les redevances, les frais techniques et d'assistance technique, les intérêts et autres produits courants*

provenant de l'investissement effectué par les investisseurs de l'autre Partie contractante;

b) Le produit de la liquidation partielle ou totale d'un investissement effectué par des investisseurs de l'autre Partie contractante;

c) Les fonds en remboursement des prêts liés à un investissement; et

d) Les gains des citoyens et résidents permanents de l'autre Partie contractante qui sont employés et autorisés à travailler dans le cadre d'un investissement sur le territoire de l'autre Partie contractante.

2) Les taux de change applicables aux transferts visés au paragraphe 1 de cet article seront les taux de change en vigueur au moment de l'envoi des fonds.

3) Les Parties contractantes s'engagent à accorder aux transferts visés au paragraphe 1 de cet article, un traitement aussi favorable que celui accordé aux transferts induits par les investissements effectués par les investisseurs d'un pays tiers.».

Dix-huit AII de l'APEC permettent, dans certaines circonstances, de limiter le droit de transfert des fonds. La plupart de ces AII sont moins restrictifs que l'AII ci-dessus entre la Malaisie et le Viet Nam (1992). La plupart permettent au pays d'accueil de restreindre les transferts pendant les périodes de difficultés de balance des paiements ou de difficultés de gestion macroéconomique conformément aux statuts du FMI. Par exemple, dans l'APE entre le Japon et le Mexique (2005):

«Article 72 Mesures de sauvegarde temporaires

1. Une Partie peut adopter ou maintenir des mesures dérogeant à ses obligations spécifiées à l'article 58 [Traitement national] en ce qui concerne les transactions de capitaux transfrontières et l'article 63 [Transferts]:

a) En cas de graves difficultés de la balance des paiements et de difficultés financières extérieures ou du risque imminent de ces difficultés; ou

b) Si, dans des circonstances exceptionnelles, des mouvements de capitaux causent ou risquent de causer de graves difficultés pour la gestion économique, en particulier les politiques monétaire et de taux de change.»

Même les accords qui permettent le libre transfert incluent généralement des réserves. La formulation suivante est presque universellement utilisée:

«3. Nonobstant les paragraphes 1 et 2, une Partie pourra retarder ou empêcher un transfert au moyen de l'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi de ses lois concernant:

a) La faillite, l'insolvabilité ou la protection des droits des créanciers;

b) L'émission, le négoce ou le commerce des valeurs mobilières;

c) Les infractions de droit pénal;

d) Les rapports concernant les transferts de devises ou autres instruments monétaires; ou

e) L'exécution de jugements rendus à l'issue de procédures judiciaires.»
(art. 63, transferts, Japon-Mexique APE, 2005).

Une autre façon de différencier la pratique des pays, est d'examiner si les entrées de capitaux dans le pays d'accueil sont aussi bien protégées par l'accord que les sorties les plus communément protégées. L'exemple de l'accord ci-dessus entre le Japon et la République de Corée (2003) couvre explicitement aussi bien les entrées que les sorties de capitaux. La protection des entrées de capitaux correspond souvent aux accords qui visent la phase de préétablissement de l'investissement (comme dans le cas du Japon et de la République de Corée). Ainsi, la disposition relative au transfert de fonds peut aller de pair avec celles relatives à l'établissement pour faciliter un système d'investissement plus ouvert. Il existe un lien avec la protection de l'investissement étant donné que cette question couvre également les

investissements dans le cadre desquels les investisseurs souhaitent importer des capitaux supplémentaires afin de développer leur investissement.

6. Prescription de résultats

Des prescriptions de résultats peuvent être utilisées pour imposer certaines obligations aux investissements ou aux investisseurs étrangers. De nombreux pays de l'APEC utilisent des prescriptions de résultats de toute sorte en les intégrant dans leur politique économique. Quinze AII de l'APEC ne sont pas concernés par les prescriptions de résultats. Toutefois, qu'elles soient incluses ou non dans les AII, ces mesures peuvent être incompatibles, entre autres, avec la clause du traitement national des AII de l'APEC et avec l'Accord de l'OMC sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC). Lorsqu'un AII utilise des listes, un pays d'accueil doit se réserver, dans une annexe à l'accord, le droit d'imposer une mesure liée au résultat qui contrevienne à la clause de traitement national.

Sur les 13 AII de l'APEC restants, la plupart sont les APCI de cinq économies: le Canada, le Chili, le Japon, la République de Corée et les États-Unis. Les ABI récents qui contiennent des prescriptions de performance sont ceux entre les États-Unis et l'Uruguay (2006), le Canada et le Pérou (2007), le Japon et la République de Corée (2003) et entre le Japon et le Viet Nam (2004). On peut distinguer deux principaux types de clauses dans les AII qui visent à limiter l'usage des prescriptions de résultats: une approche compatible avec l'Accord sur les mesures concernant les MIC qui ne vise que le commerce des marchandises et l'approche de l'ALENA qui étend la couverture des interdictions en restreignant aussi l'usage des mesures relatives aux résultats autres que les MIC et en l'étendant aux secteurs des services.

La première approche consiste à incorporer l'Accord concernant les MIC dans le texte de l'AII. C'est la méthode utilisée dans l'APE entre le Japon et la Malaisie (2006):

«Article 79 Interdiction des prescriptions de résultats

1. Aux fins du présent chapitre, l'annexe à l'Accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce figurant dans l'annexe

1A à l'Accord de l'OMC, est incorporée au présent Accord, éventuellement dans une forme modifiée, et en fait partie, *mutatis mutandis*.

2. Les pays devront engager d'autres consultations le plus tôt possible. Le but de ces consultations est de revoir les questions relatives à l'interdiction des prescriptions de résultats dans les cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de cet Accord.

3. Le but des consultations visées au paragraphe 2 de cet article peut inclure la révision des réserves relatives à l'interdiction des prescriptions de résultats.».

Dans cet Accord, les parties sont convenues d'un examen complémentaire de la clause de prescription de résultats, laissant entendre qu'elles pourraient inclure des obligations plus détaillées à un moment donné. Cette formulation signifie aussi que tout dispositif de règlement des différends prévu dans l'APE rend exécutoires les obligations MIC incorporées.

La deuxième formulation utilisée dans les AII de l'APEC comprend des interdictions de prescriptions de résultats allant au-delà de celles visées par l'Accord MIC. Onze AII de l'APEC contiennent une liste des prescriptions de résultats interdites proche de celle utilisée dans l'article 1106 de l'ALENA (1994) qui est un accord «MIC-plus» de l'OMC. L'APIE entre le Canada et le Pérou (2007) illustre cette approche:

«Article 7 Prescription de résultats

1. Aucune des Parties ne pourra imposer ou appliquer l'une quelconque des prescriptions suivantes, ou exécuter un quelconque engagement, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers:

a) Exporter un niveau donné ou un pourcentage donné de produits ou de services;

b) Atteindre un niveau donné ou un pourcentage donné de teneur nationale;

c) Acheter, utiliser ou privilégier des produits ou des services fournis sur son territoire, ou acheter des produits ou services de personnes situées sur son territoire;

d) Rattacher de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations, ou aux rentrées de devises;

e) Restreindre sur son territoire la vente des produits ou des services que cet investissement permet de produire ou de fournir, en rattachant de quelque façon leur vente au volume ou à la valeur des exportations, ou aux rentrées de devises, résultant de cet investissement;

f) Transférer une technologie, un procédé de fabrication ou autre savoir-faire exclusif à une personne située sur son territoire, sauf lorsque la prescription est imposée ou l'engagement exécuté par une juridiction judiciaire ou administrative ou par une autorité compétente en matière de concurrence, pour corriger une prétendue violation des lois sur la concurrence ou agir d'une manière qui contrevient à d'autres dispositions du présent accord; ou

g) Agir comme le fournisseur exclusif d'un marché mondial ou régional pour les produits que l'investissement permet de produire et pour les services qu'il permet de fournir.

2. Une mesure qui exige qu'un investissement doit employer une technologie pour répondre à des prescriptions d'application générale en matière de santé, de sécurité ou d'environnement ne sera pas réputée incompatible avec l'alinéa 1 f). Pour plus de certitude, les articles 3 et 4 s'appliquent à la mesure.

3. Nulle Partie ne pourra subordonner la réception ou le maintien de la réception d'un avantage, en ce qui concerne un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers, à l'observation de l'une quelconque des prescriptions suivantes:

- a) *Atteindre un niveau donné ou un pourcentage donné de teneur nationale;*
- b) *Acheter, utiliser ou privilégier les produits obtenus sur son territoire, ou acheter des produits de producteurs situés sur son territoire;*
- c) *Rattacher de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations, ou aux rentrées de devises, résultant de cet investissement; ou*
- d) *Restreindre sur son territoire les ventes de produits ou de services que cet investissement permet de produire ou de fournir, en rattachant de quelque façon ces ventes au volume ou à la valeur des exportations ou aux rentrées de devises résultant de l'investissement [...]*».

Les AII de l'APEC définissent aussi de façon assez détaillée des mesures qui pourraient être considérées comme des prescriptions de résultats mais qui sont permises dans la mesure où elles font partie des mesures d'incitation du pays d'accueil. On reconnaît là le rôle que jouent les prescriptions de résultats dans l'élaboration des politiques de certains pays d'accueil. Par exemple, l'article 10.7 de l'ALE entre le Chili et la République de Corée (2004) prévoit que:

«[...]

4. Le paragraphe 3 ne pourra être interprété comme empêchant une Partie de subordonner la réception ou le maintien de la réception d'un avantage, en ce qui concerne un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers, à l'obligation de situer l'unité de production, de fournir un service, de former ou d'employer des travailleurs, de construire ou d'agrandir certaines installations ou d'effectuer des travaux de recherche et de développement sur son territoire. En cas d'incompatibilité entre ce paragraphe et l'Accord MIC, ce dernier prévaudra pour autant que l'incompatibilité sera concernée [...]».

Une autre caractéristique qui apparaît dans sept AII de l'APEC (y compris l'ALENA) est l'obligation de ne pas imposer les prescriptions de résultats non seulement aux investissements et investisseurs de chacune des Parties, mais aussi aux investissements et investisseurs d'un pays tiers. Les investisseurs des pays tiers bénéficient alors indirectement de cette interdiction sans que leur pays d'origine ait besoin d'engager de négociations ou sans qu'ils aient besoin de s'appuyer sur une clause NPF. Le but de ce principe de non-discrimination est d'offrir aux investisseurs un terrain de jeux moins limité et plus égal. Cela pourrait aussi avoir pour effet d'établir progressivement cette norme plus étendue comme norme internationale, limitant ainsi encore plus la marge de manœuvre politique du pays d'accueil.

En résumé, le recours intermittent à des restrictions posées sur les prescriptions de performance indique que ce n'est pas encore un aspect essentiel des économies de l'APEC, ce qui est cohérent avec la situation qui prévaut dans la communauté plus large des AII en dehors de l'OMC. Toutefois, cette disposition est devenue plus commune ces dernières années en utilisant comme base l'Accord de l'OMC concernant les MIC. La principale différence rédactionnelle entre les économies de l'APEC qui incluent des dispositions relatives aux prescriptions de résultats tient à ce que certains utilisent l'approche «MIC tout court» et d'autres l'approche «MIC plus». Restreindre les prescriptions de résultats peut donner aux investisseurs l'assurance supplémentaire de disposer d'une autonomie de décision concernant les investissements, et empêche aussi les distorsions. D'un autre côté, les économies de l'APEC reconnaissent le rôle que les prescriptions de résultats peuvent jouer dans l'élaboration des politiques économiques et ces dispositions visent à instaurer un équilibre entre des objectifs conflictuels.

7. Emploi du personnel dirigeant

Dix AII de l'APEC contiennent une disposition prévoyant l'emploi de personnel dirigeant. Comme susmentionné, cette disposition a pour but de laisser aux investisseurs étrangers une plus grande liberté d'employer du personnel de direction ou des professionnels de leur choix. Bien que cette clause soit le plus souvent associée aux ABI et à la protection des investissements, dans la pratique juridique de l'APEC, sept des accords contenant une clause relative au personnel dirigeant sont des APCI. Certains

accords d'intégration économique comme, par exemple, l'ALE entre l'Australie et la Thaïlande (2005), contiennent un chapitre sur la circulation des personnes qui s'applique également aux chapitres sur le commerce des services et l'investissement.

Il y a constance de vue sur le texte juridique de cette clause parmi les AII de l'APEC qui la contiennent. L'ALE entre le Canada et le Chili en est un exemple:

«Article G-07. Dirigeants et conseils d'administration

1. Aucune des Parties ne pourra obliger une entreprise qui est située sur son territoire et qui est un investissement effectué par un investisseur d'une autre Partie à nommer comme dirigeants des personnes d'une nationalité donnée.».

Nonobstant, les pays d'accueil peuvent préserver les restrictions de nationalité appliquées au personnel dirigeant dans les AII incluant des listes, en mettant des réserves à ces mesures. Par exemple, l'Australie met la réserve suivante dans son ALE avec les États-Unis (2005) en ce qui concerne sa compagnie de télécommunications partiellement détenue par l'État:

<i>«Secteur:</i>		<i>Télécommunications</i>
<i>Obligations concernées:</i>	<i>[...]</i>	<i>Dirigeants et conseils d'administration (art. 11.10)</i>
<i>Niveau de gouvernement:</i>		<i>Central</i>
<i>Source de la mesure:</i>		<i>Telstra Corporation Act 1991</i>
<i>Description:</i>	<i>[...]</i>	<i>Le Président et la majorité des administrateurs de Telstra doivent être des citoyens australiens et Telstra est tenu de conserver son siège social, sa base principale d'exploitation et son lieu d'immatriculation en Australie.».</i>

Une autre catégorie regroupant quatre de ces 10 accords de l'APEC prévoit une clause qui préserve le droit qu'a une partie d'exiger que la majorité du conseil d'administration d'un investissement soit d'une nationalité donnée ou ait un statut de résident sur le territoire de la partie. Cette obligation peut être imposée sous réserve qu'elle ne compromette pas l'aptitude de l'investisseur à contrôler son investissement. Un exemple est donné par l'article 11.10 (Dirigeants et conseils d'administration) de l'ALE entre l'Australie et les États-Unis (2005):

«[...]»

2. Une Partie pourra exiger que la majorité des membres du conseil d'administration, ou d'un comité du conseil d'administration d'une entreprise qui est située sur son territoire et qui est un investissement effectué par un investisseur d'une autre Partie soit d'une nationalité donnée, ou réside sur le territoire de la Partie, à condition que cette exigence ne compromette pas de façon importante l'aptitude de l'investisseur à contrôler son investissement.»

La mesure dérogatoire de l'Australie concernant Telstra Corporation (voir ci-dessus) prévoit également le droit d'exiger que la majorité des membres du Conseil soit de nationalité australienne. Si l'article 11.10 2) préserve le droit d'exiger qu'une majorité du conseil d'administration soit d'une nationalité donnée, en retirant une réserve, il ne peut pas y avoir de contestations basées sur les dispositions en matière de règlement de différends d'un AII, pour savoir si cette exigence «compromet de façon importante» l'aptitude de l'investisseur à exercer son contrôle.

Une autre limitation est constituée par le droit d'employer des dirigeants de toute nationalité sous réserve qu'ils soient admis légalement dans le pays d'accueil. Un seul AII de l'APEC, l'ALE entre le Canada et le Pérou (2007, art. 6), lie la clause relative au personnel dirigeant à la question d'admission et de séjour de ce personnel:

«[...]»

3. Sous réserve de ses lois, règlements et politiques relatifs à l'admission des étrangers, chacune des Parties accorde l'autorisation de séjour temporaire aux ressortissants de l'autre Partie engagés par un investisseur de celle-ci comme dirigeants, cadres ou experts, et qui se proposent de fournir des services à un investissement effectué par cet investisseur sur son territoire.».

Un autre accord, l'APPI entre l'Australie et le Mexique (signé en 2005), ne contient pas de clause concernant l'emploi de dirigeants étrangers, mais contient l'obligation d'une partie «dans le cadre de sa législation» de «considérer favorablement les demandes de permis nécessaires à l'embauche des principaux dirigeants et cadres techniques ayant un rapport avec les investissements sur son territoire, et choisis par l'investisseur à l'étranger» (art. 5).

On trouve une approche similaire, bien que plus générale, dans les termes utilisés et sans référence aux dirigeants, dans l'article 8 de l'APPI entre le Japon et le Viet Nam (2004). Il requiert «l'examen favorable des demandes d'entrée, de séjour et de résidence d'une personne ayant la nationalité de l'autre Partie contractante qui souhaite entrer sur le territoire de la Partie contractante et y demeurer dans le but d'y exercer des activités liées à l'investissement».

On peut conclure que, dans le contexte de l'APEC, la clause sur l'emploi de personnel étranger se trouve plus souvent associée aux APCI, bien que dans le système plus large des AII, elle soit plus souvent utilisée dans les ABI. La réglementation de l'embauche des dirigeants ne constitue pas encore un aspect essentiel établi des AII de l'APEC, mais elle est liée à d'autres dispositions réglementant la circulation des personnes.

8. Règlement des différends entre l'investisseur et le pays

Le règlement des différends entre l'investisseur et le pays renforce le niveau de sécurité du climat des affaires dans le pays et dépolitise les différends en veillant à ce qu'ils soient tranchés sur des bases juridiques.

D'autres études font l'analyse détaillée de tous les aspects de règlement des différends entre l'investisseur et le pays (CNUCED 2004b (vol. 1, chap. 12), 2005, 2006a, et 2007b). Les clauses relatives au règlement des différends sont incluses dans les AII par les membres de l'APEC et servent à protéger l'investissement étranger. Un dispositif qui permet aux investisseurs de déposer des plaintes directement contre le pays d'accueil est inclus dans tous les AII examinés, sauf un (l'ALE entre l'Australie et les États-Unis, 2005). Dans l'APE entre le Japon et les Philippines (signé en 2006), les Parties contractantes sont convenues de poursuivre les négociations sur un dispositif de règlement des différends entre le pays et l'investisseur. Entre temps, une partie en litige peut, de son propre gré, accorder ou refuser son consentement dans chaque différend²². Les clauses d'arbitrage entre l'investisseur et le pays ont évolué et connu récemment des innovations significatives dans plusieurs économies de l'APEC. Ces tendances récentes sont des aspects essentiels des négociations des accords impliquant les économies de l'APEC. Le texte qui suit résume les aspects essentiels de l'arbitrage entre le pays et l'investisseur en mettant en lumière ces récents développements dans les AII de l'APEC.

La pratique en matière de clauses relatives au règlement des différends varie considérablement entre les pays. Certaines économies de l'APEC suivent le modèle de l'ALENA et traitent cette question par un ensemble de dispositions longues et détaillées qui instruisent les parties en litige sur les questions de procédure et visent à renforcer la nature réglementaire de ces mécanismes. D'autres accords, particulièrement la plupart des ABI, ne mentionnent que les principales caractéristiques et contiennent des directives générales sur les procédures. Ils s'appuient plus sur les règles d'arbitrage en vigueur, souvent celles du CIRDI ou de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Comme mentionné, les pratiques récentes parmi un certain nombre de membres de l'APEC, inspirées par l'expérience ALENA du Canada et des États-Unis, ont consisté à réformer les procédures de règlement des différends pour donner plus de transparence aux procédures d'arbitrage, permettre une implication plus grande des pays tiers concernés et faciliter la consolidation des plaintes.

Une caractéristique importante de ces dispositions entre l'investisseur et le pays est le champ couvert par les plaintes qui peuvent être soumises à l'arbitrage international. Elles vont d'un différend entre un investisseur et le pays d'accueil jusqu'à des litiges concernant une clause de l'accord ou une

obligation des Parties contractantes. Un certain nombre d'AII de l'APEC prévoit un accès plus limité à l'arbitrage et exige que l'investisseur «ait subi des pertes ou des dommages pour cause de, ou à la suite de la violation alléguée d'un droit» (art. 15, ABI entre le Japon et la République de Corée, 2003). Le champ couvert par ces dispositions est aussi une question de statut juridique. Certains AII permettent à une filiale étrangère, constituée localement, d'avoir accès aux dispositions en qualité d'investisseur étranger.

Un autre aspect essentiel concerne les conditions préalables d'accès à l'arbitrage. Premièrement, les consultations entre parties au différend sont presque toujours requises bien qu'il y ait divergence entre les AII de l'APEC sur la durée des consultations qui peut être de trois, cinq ou six mois. Deuxièmement, le consentement à l'arbitrage est souvent apporté par l'inclusion d'une clause de «jurisdiction obligatoire», les parties à un différend respectant ainsi les exigences de consentement de la Convention du CIRDI. Là encore, il y a des divergences considérables dans la façon dont le texte est rédigé. Troisièmement, presque tous les AII de l'APEC n'exigent pas l'épuisement préalable des recours judiciaires locaux pour soumettre un différend à l'arbitrage international. Cela reflète le fait que la plupart des membres de l'APEC considèrent l'arbitrage comme un autre moyen de résoudre les différends et non pas comme le mécanisme subsidiaire d'une procédure judiciaire nationale.

Des réformes ont aussi été adoptées pour favoriser une plus grande prévisibilité procédurale et le contrôle de l'arbitrage par les parties. Tout d'abord, les parties à certains accords sont maintenant obligées d'être impliquées dans la procédure d'arbitrage pour interpréter les aspects de leurs accords. Par exemple, l'article 41 de l'APIE entre le Canada et le Pérou (2007) exige des parties, siégeant à la «Commission» qui surveille le fonctionnement de l'accord, d'interpréter les annexes:

«1. Lorsqu'une Partie contestante affirme en défense que la mesure dont il est allégué qu'elle constitue un manquement relève d'une réserve ou d'une exception visée aux annexes I, II ou III, le tribunal demande, sur demande de ladite Partie, l'interprétation de la Commission sur ce point. La Commission présente, par écrit, dans les soixante jours suivant la signification de la demande son interprétation au tribunal.».

Ensuite, certaines économies de l'APEC se sont efforcées de limiter les frais judiciaires, par exemple, en cherchant à éviter les plaintes futiles et en autorisant la consolidation des plaintes. L'article 28 (Conduite de l'arbitrage), paragraphe 6 de l'ABI entre les États-Unis et l'Uruguay (2006), dispose qu'en décidant de poser en question préliminaire toute objection faite par le défendeur qu'une plainte déposée ne peut pas faire l'objet d'une sentence:

«[...] le tribunal examinera si la plainte du demandeur ou l'objection du défendeur est futile et donnera aux parties en litige la possibilité de faire leur commentaire.»

Et, dans ce même accord, il est prévu une procédure de consolidation des plaintes à l'article 33: *«si deux ou plusieurs plaintes ont été soumises séparément à l'arbitrage [...] et que ces plaintes ont une question de droit ou de fait en commun et ont pour origine les mêmes événements et circonstances.»*

On s'est aussi efforcé de créer une plus grande transparence. Par exemple, l'APIE entre le Canada et le Pérou (2007) contient la clause suivante:

«Article 38

Accès du public aux audiences et aux documents

1. Les audiences tenues en vertu de la présente section sont ouvertes au public. Dans la mesure où il est nécessaire d'assurer la protection de renseignements confidentiels, y compris les renseignements confidentiels commerciaux, le tribunal pourra temporairement interdire l'accès du public aux audiences.

2. Le tribunal établit, avec la collaboration des parties contestantes, des procédures destinées à assurer la protection des renseignements confidentiels et des arrangements logistiques appropriés pour les audiences ouvertes au public.

3. À moins que les parties contestantes n'en décident autrement, tous les documents soumis au tribunal ou délivrés par celui-ci sont mis à la

disposition du public, sous réserve de la suppression des renseignements confidentiels.

4. Nonobstant le paragraphe 3, toute sentence rendue par le tribunal en vertu de la présente section est mise à la disposition du public sous réserve de la suppression des renseignements confidentiels.»

Enfin, le désir d'assurer une plus grande cohérence des sentences d'arbitrage a incité à une discussion ouverte sur la soumission des arbitrages en appel, bien que rien de concret n'ait été proposé.

Pris dans leur ensemble, ces aspects essentiels et les développements récents soulignent que la pratique en matière de clauses sur le règlement des différends entre un investisseur et un pays varie et évolue. Les réformes visent à améliorer la prévisibilité de la procédure d'arbitrage et, plus généralement, à renforcer la primauté du droit.

D. Promotion de l'investissement

La plupart des AII promeuvent indirectement l'investissement étranger en assurant la protection de l'investissement (CNUCED, 2008). On peut dire de même des AII de l'APEC. Douze AII conclus par les économies de l'APEC prévoient de promouvoir l'investissement, avec plusieurs autres APCI impliquant le Japon qui font référence à la promotion de l'investissement dans un chapitre séparé²³. Ces accords utilisent des termes qui encouragent la promotion et la facilitation de l'investissement en général et un petit sous-ensemble de trois AII contient des dispositions plus détaillées sur la coopération des parties en matière d'investissement. Une troisième catégorie d'AII qui promeuvent l'investissement regroupe ceux qui incluent des clauses de transparence.

Les AII qui ont pour objectif la promotion de l'investissement sont souvent conclus par une économie en développement avec une économie industrialisée. La promotion de l'investissement peut donc prêter à malentendu pour la partie moins développée en retour de la protection qu'elle offre en tant que pays d'accueil aux investisseurs et aux investissements de l'économie industrialisée. En fait, cela ne se produit que si le pays développé s'engage lui-même dans des

activités de promotion de l'investissement. L'objectif de promotion est également central pour certains AII entre pays en développement, en particulier lorsque les dispositions relatives aux investissements font partie d'une politique d'intégration régionale plus étroite. L'Accord-cadre relatif à la zone d'investissement de l'ASEAN en est un exemple.

1. Promotion et facilitation de l'investissement

La première catégorie d'AII faisant référence à la promotion de l'investissement présente un engagement vague et général pour «encourager» ou «promouvoir» l'investissement, ou «créer des conditions favorables» aux investisseurs. Ces termes sont souvent inclus dans le préambule de l'accord:

«Reconnaissant le besoin de promouvoir et de protéger les investissements étrangers dans le but d'encourager la prospérité économique.» (Accord entre l'Australie et le Mexique, signé en 2005).

Un autre exemple est donné par l'article 2 (Promotion et protection de l'investissement) de l'APPI entre la Malaisie et le Viet Nam (1992):

«1) Chacune des Parties contractantes encouragera et créera des conditions favorables aux investisseurs de l'autre Partie contractante et sous réserve de ses droits à exercer les compétences conférées par ses lois, règlements et pratiques administratives, admettra ces investissements. [...]».

L'article 3 (Promotion et protection de l'investissement) de l'APPI entre l'Inde et l'Indonésie (2004) requiert des Parties qu'elles «encouragent et créent les conditions favorables aux investisseurs» et l'article 3 de l'APPI entre l'Australie et le Mexique (signé en 2005) demande que chacune des parties «dans la mesure du possible, promeuve, sur son territoire, les investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie contractante».

2. Coopération en matière d'investissement

Plusieurs AII vont plus loin et imposent des obligations plus spécifiques aux parties²⁴. Par exemple, un AII peut demander aux parties d'échanger des informations sur les opportunités d'investissement dans leurs économies

respectives. Cela peut faire l'objet d'une clause distincte ou être incorporé dans une clause relative à la transparence. L'APE entre le Japon et la Malaisie (2006) contient une clause séparée sur la coopération. L'article 92 stipule:

«1. Les deux pays coopéreront pour promouvoir et faciliter les investissements entre les pays de la façon suivante:

a) En discutant des moyens efficaces de promouvoir l'investissement et le renforcement des institutions;

b) En facilitant l'apport et l'échange d'informations concernant les investissements, y compris les informations relatives à leurs lois, règlements et politiques afin qu'ils soient mieux informés des opportunités d'investissement;

c) En encourageant et soutenant les activités de promotion de l'investissement de chacun des pays ou de leurs secteurs d'activité.

2. L'application de cet article sera soumise à la disponibilité des fonds et aux lois et règlements applicables de chacun des pays.».

Le CEP entre la Nouvelle-Zélande et la Thaïlande (2005) contient une clause similaire, mais exprimée de façon plus large dans son article 9.4 qui demande aux parties «de renforcer et développer les efforts de coopération en matière d'investissement» par la «recherche et le développement», «l'échange d'informations», le «renforcement des capacités», etc. Toutefois, cet accord définit aussi les principaux secteurs dans lesquels la coopération doit être développée, à savoir «la biotechnologie, le logiciel, la production électronique et l'industrie alimentaire».

La distinction faite entre les clauses censées promouvoir et faciliter l'investissement et celles qui prévoient une coopération est parfois illusoire. Dans la pratique, la formulation des clauses de coopération ne prévoit pas beaucoup plus qu'une obligation «d'encourager et promouvoir» les investissements.

Un AII de l'APEC se singularise en allant beaucoup plus loin pour promouvoir les flux d'investissement. L'article 6 de l'Accord-cadre relatif à la zone d'investissement de l'ASEAN (1998) contient des programmes et plans d'action pour la promotion de l'investissement, y compris une obligation de révision:

«1. Les États membres, en application des obligations du présent Accord, entreprendront en commun le développement et la mise en œuvre des programmes suivants:

- a. Programme de coopération et facilitation comme spécifié à l'annexe I;*
- b. Programme de promotion et sensibilisation comme spécifié à l'annexe II;...*

2. Les États membres présenteront des plans d'action pour la mise en œuvre des programmes spécifiés au paragraphe 1, au Conseil de l'AIA créé conformément à l'article 16 du présent Accord.

3. Les plans d'action seront revus tous les deux ans pour s'assurer que les objectifs de cet Accord sont atteints.».

On pourrait se demander si les AII des économies de l'APEC pourraient inclure plus de clauses détaillées sur la promotion de l'investissement. Ils pourraient couvrir des questions diverses comme la transparence et l'échange d'informations sur l'investissement, l'établissement de meilleurs liens entre les investisseurs étrangers et les entreprises du pays, le renforcement des capacités et l'assistance technique, l'octroi d'une assurance pour l'investissement, l'encouragement du transfert de technologie, l'assouplissement des obstacles informels à l'investissement, les mesures visant à promouvoir l'investissement en commun, l'accès au capital et l'établissement d'un dispositif institutionnel pour coordonner les mesures de promotion de l'investissement (CNUCED, 2008).

3. *Transparence*

Le premier objectif de la transparence est de renforcer la prévisibilité et la stabilité de la relation d'investissement et d'assurer un contrôle contre le contournement et l'évasion des obligations par des moyens cachés ou indirects. Ainsi, la transparence peut servir à promouvoir et à protéger l'investissement par la diffusion d'informations sur les mesures de soutien disponibles auprès des pays d'origine, les conditions et opportunités d'investissement dans les pays d'accueil et par la création d'un climat de bonne gouvernance. La transparence est également importante pour évaluer le traitement et la protection de l'investissement et pour contrôler les orientations, restrictions, domaines réservés et dérogations prévus dans les AII. De la même façon, l'extension des obligations de transparence aux informations sur les entreprises peut contribuer à protéger les intérêts des pays d'accueil et des pays d'origine ainsi que d'autres parties prenantes (CNUCED 2004b, vol. 1, chap. 10).

Neuf AII de l'APEC contiennent des exigences de transparence parmi les dispositions relatives à l'investissement et au moins 11 des APCI comprennent des clauses de transparence qui constituent des chapitres séparés. Il y a une convergence évidente dans la façon dont les membres de l'APEC traitent les questions de transparence. Le contenu des obligations de transparence varie en fonction des informations à rendre publiques (politiques, lois, règlements, décisions administratives ainsi qu'informations concernant les entreprises). Différentes modalités sont employées pour appliquer la transparence, ce qui peut impliquer, par exemple, l'échange d'informations ou la publication de mesures gouvernementales pertinentes.

Un seul type de clause de transparence utilisé dans les AII de l'APEC exige la prompt publication ou l'accès aux lois et règlements «concernant toute matière visée par cet accord» ou «qui se rapportent ou affectent les investissements visés». Par exemple, l'APPI entre le Japon et le Viet Nam (2004) stipule:

«Article 7

1. Chacune des Parties contractantes publiera sans délai ou rendra publics par tout autre moyen ses lois, règlements, procédures administratives et décisions judiciaires d'application générale ainsi que les accords internationaux qui se rapportent ou affectent les activités liées à l'investissement [...].»

Puisque le cadre réglementaire du pays d'accueil et du pays d'origine affecte l'investissement étranger, les obligations de transparence formulées en ces termes pourraient concerner les lois et règlements des deux pays. Bien que cette lecture paraisse logique, la tendance est d'interpréter ce type de dispositions comme ne visant que les pays d'accueil (CNUCED, 2004b, vol. 1, chap. 10). Cette approche implique aussi une obligation plus large parce qu'en plus des «lois et règlements relatifs à l'investissement», elle exige de rendre publiques «des règles administratives et des décisions judiciaires d'application générale» et les obligations internationales d'une partie qui pourraient «se rapporter ou affecter» l'activité des entreprises.

D'un autre côté, certaines clauses, comme l'article 6 de l'APPI entre l'Australie et le Mexique (signé en 2005), présentent une obligation plus étroite et sont rédigées pour cibler plus clairement les pays d'accueil:

«Chacune des Parties contractantes, en vue de favoriser la compréhension de ses lois et règlements sur l'investissement, qui se rapportent ou affectent les investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie contractante, prennent les mesures raisonnables possibles pour rendre publics ces lois et règlements.»

Un deuxième type de clauses utilisé par plusieurs économies de l'APEC oblige les parties à répondre aux demandes sur les lois et règlements de l'autre partie qui se rapportent ou affectent les investissements et les activités des entreprises. Cela laisse la possibilité aux investisseurs de demander que leur pays d'origine fasse les demandes en leur nom:

«[...] 2. Chacune des Parties contractantes répondra sans délai, sur demande de l'autre Partie contractante, aux questions spécifiques et

communiquera à cette autre Partie des informations sur les matières visées au paragraphe 1 de cet article. [...]» (art. 7, APPI entre le Japon et la République de Corée, 2003).

Les AII qui présentent la plus grande transparence incluent l'exigence, dans la mesure du possible, de publier à l'avance les lois, règlements proposés, etc., de laisser aux parties concernées la possibilité raisonnable de commenter les mesures proposées et de notifier l'autre partie des mesures proposées ou en vigueur qui pourraient affecter la mise en œuvre de l'investissement ou les intérêts de l'autre partie (ALE entre l'Australie et les États-Unis, 2005, art. 20.2 et 20.3).

En résumé, les clauses de transparence sont généralement élaborées en termes généraux et dans les AII de l'APEC, elles imposent le plus souvent des obligations aux pays d'origine et aux pays d'accueil. Elles peuvent jouer un rôle important en favorisant le renforcement des institutions et en assurant une transparence réglementaire. Les exigences de transparence du pays d'origine ont l'avantage supplémentaire de contribuer aux objectifs de promotion d'investissement dans les pays d'accueil. Par exemple, les renseignements sur les règlements et programmes d'investissements à l'étranger fournis par les pays exportateurs d'investissement (c'est-à-dire les pays d'origine) pourraient aider les pays d'accueil à identifier les investisseurs appropriés. Par ailleurs, la question de la transparence des règlements du pays d'origine qui pourraient constituer des obstacles aux flux d'investissement peut être soulevée dans les négociations des accords d'investissement en vue de supprimer ces empêchements à l'investissement.

Notes

¹ Les dates de l'Accord font référence à l'année d'entrée en vigueur, sauf indications contraires.

² Les listes de dérogations sont traitées plus en détail à la section B 3.

³ Dix accords n'utilisent pas de listes et ne prévoient le traitement national qu'après l'établissement.

⁴ Le récent APE entre le Japon et la Thaïlande, qui ne fait pas partie de l'échantillon APEC, a aussi suivi l'approche de la liste positive pour les services et l'investissement.

⁵ Les questions de transparence sont traitées en détail à la section D 3.

⁶ Les dispositions relatives aux prescriptions de résultats sont traitées plus en détail à la section C 6.

⁷ Les dispositions relatives à l'emploi du personnel dirigeant sont traitées à la section C 7.

⁸ Voir l'ALE entre l'Australie et les États-Unis, annexe 1, http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/us_fta/final-text/index.html.

⁹ *Saluka Investments B. V. c. la République tchèque*, sentence arbitrale partielle, 16 mars 2006, UNCITRAL (ABI Pays-Bas-République tchèque).

¹⁰ Voir par exemple, *Occidental Exploration and Production Company c. Équateur*, LCIA affaire n° UN 3467, sentence arbitrale finale, 1^{er} juillet 2004 (ABI États-Unis/Équateur), *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, sentence, 12 mai 2005, CIRDI affaire n° ARB/01/8 (États-Unis/Argentine BIT), *Azurix Corp c. Argentine*, sentence, 14 juillet 2006, CIRDI affaire n° ARB/01/12 (ABI États-Unis/Argentine), et voir T. Westcott, «Recent Practice on Fair and Equitable Treatment». *Journal of World Investment and Trade*. Vol. 8, n° 3, 2007: 409-430.

¹¹ Il est à noter que l'étude sur les ABI, CNUCED 2007, distingue sept catégories utilisées entre tous les ABI (CNUCED, 2007b).

¹² Ce sont les AII suivants: Hong Kong, Chine-Thaïlande, Japon-République de Corée, Japon-Malaisie, Japon-Singapour, Japon-Viet Nam, Australie-Thaïlande, Pérou-Singapour, Australie-Mexique, Chili-Pérou, Fédération de Russie-Thaïlande, Malaisie-Viet Nam, Liban-Malaisie, Inde-Indonésie et Allemagne-Philippines.

¹³ R. Dolzer et M. Stevens (1995) *Bilateral Investment Treaties*. Brill, Leiden: 60.

¹⁴ Voir particulièrement, *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, Award on the Merits, 10 avril 2001, CIRDI Rapport 102.

¹⁵ Ce sont les AII entre l'Australie et les États-Unis, le Canada et le Pérou, le Chili et la République de Corée, l'Islande et le Mexique, et les États-Unis et l'Uruguay.

¹⁶ *Maffezini c. le Royaume d'Espagne*, CIRDI affaire n° Avr/97/7, Decision on Jurisdiction du 25 janvier 2000 et sentence arbitrale du Tribunal du 13 novembre 2000.

¹⁷ *Siemens c. la République d'Argentine*, CIRDI affaire n° ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 août 2004; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. la République d'Argentine* CIRDI affaire n° ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, 16 mai 2006 ; *National Grid plc c. la République d'Argentine*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 20 juin 2006.

¹⁸ *Salini Construttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Maroc* CIRDI affaire n° ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001; *Plama Consortium Limited c. la Bulgarie*, CIRDI affaire n° ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 février 2005; *Berschader & Berschader c. la Fédération de Russie* (Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm); *Telenor Mobile Communications AS c. la République de Hongrie*, CIRDI affaire n° ARB/04/15, sentence arbitrale, 13 septembre 2006.

¹⁹ Dans l'échantillon retenu pour cette étude, seul l'accord de renforcement de partenariat économique entre la Nouvelle-Zélande et Singapour ne contient pas de protection contre l'expropriation.

²⁰ Les autres AII de l'APEC ayant la même annexe ou une annexe similaire sont l'ABI entre les États-Unis et l'Uruguay (2006) et l'APIE entre le Canada et le Pérou (2007).

²¹ L'APIE entre Hong Kong, Chine et la Thaïlande (2006), l'ALE entre l'Australie et les États-Unis (2005) et l'ABI entre les États-Unis et l'Uruguay (2006).

²² «Article 107 Négociations ultérieures:

1. *Les Parties ouvriront des négociations après la date d'entrée en vigueur de cet Accord pour créer un organe pour le règlement d'un différend relatif à un investissement entre une Partie et un investisseur de l'autre Partie.*

2. *En l'absence d'organe compétent pour régler un différend relatif un investissement entre une Partie et un investisseur de l'autre Partie, le recours à un tribunal de conciliation ou d'arbitrage est soumis au consentement mutuel des parties au différend, ce qui signifie que la Partie contestante peut, à son gré, accorder ou refuser son consentement concernant chaque différend particulier portant sur un investissement et qu'en l'absence de consentement exprès par écrit de la Partie contestante, un tribunal international de conciliation ou d'arbitrage ne sera pas compétent pour trancher le différend en cause.»*

²³ Un des 12, l'ABI entre la Fédération de Russie et la Thaïlande (signé en 2002), ne fait référence à la promotion de l'investissement que dans le préambule et ne contient pas de clause spécifique relative à la promotion de l'investissement.

²⁴ Ils sont trois: l'APE entre le Japon et la Malaisie (2006), le CEP entre la Nouvelle-Zélande et la Thaïlande (2005), et l'Accord-cadre relatif à la zone d'investissement de l'ASEAN (1998).

II. INSTRUMENTS D'INVESTISSEMENT DE L'APEC

Ce chapitre examine dans quelle mesure les principes et pratiques juridiques des instruments d'investissement de l'APEC sont reflétés dans l'approche adoptée par chacune des économies membres pour élaborer les accords. Considérés dans leur ensemble, les instruments d'investissement de l'APEC présentent des principes et pratiques qui sont régulièrement repris dans les AII conclus par les membres de l'APEC. Toutefois, considéré isolément, chacun des trois instruments révèle des divergences dans plusieurs domaines.

A. Principes d'investissement non contraignants

Les Principes d'investissement non contraignants (PINC) ont été adoptés à Bogor en 1994 pour faciliter les flux d'investissement dans la région. L'instrument présente 12 principes d'investissement qui sont en gros semblables aux aspects essentiels des AII identifiés dans cette étude. Ces principes portent sur la transparence, la non-discrimination entre les économies sources, le traitement national, les incitations à l'investissement, les prescriptions de performance, l'expropriation et l'indemnisation, le rapatriement et la convertibilité des fonds, le règlement des différends, l'admission et le séjour du personnel, l'évitement de la double imposition et l'élimination des obstacles aux exportations de capitaux.

Il existe un certain nombre de points de différence ou d'écarts entre les principes et la pratique des accords d'investissement.

1. Transparence

Tout d'abord, la clause de transparence des PINC exige des économies membres qu'elles rendent publics «tous les lois, règlements et directives administratives **se rapportant à l'investissement dans leur économie**» (mise en gras ajoutée). Comme on l'a vu dans la section précédente avec l'exemple de l'article 6 (Transparence des lois) de l'APPI entre l'Australie et le Mexique, signé en 2005, cette disposition limite l'obligation de transparence en l'imposant exclusivement sur le pays d'accueil.

Toutefois, plusieurs autres AII de l'APEC ne limitent pas l'obligation de transparence aux pays d'accueil. Par exemple, l'article 19 de l'APIE entre le Canada et le Pérou (2007) prévoit que:

«1. Chacune des parties veillera, dans la mesure du possible, à ce que ses lois, règlements, procédures et décisions administratives d'application générale concernant toute matière visée par cet Accord, soient promptement publiés ou rendus accessibles par tout autre moyen de façon à permettre aux personnes concernées et à l'autre Partie d'en prendre connaissance [...]».

Les pays d'accueil pourraient ainsi bénéficier d'une meilleure information et connaissance des mesures du pays d'origine qui peuvent affecter un IED. C'est un moyen de promotion de l'investissement.

2. *Traitement national*

Deuxièmement, les principes recommandent aux économies membres d'accorder le traitement national aux investisseurs étrangers, mais sous réserve des lois nationales. Si la nature non contraignante des principes laisse une marge de manœuvre aux économies membres pour imposer des restrictions à l'entrée des investissements étrangers, l'idée de départ est néanmoins d'accorder un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux pendant l'établissement d'un investissement. Comme susmentionné à la section II, 10 ABI de l'APEC dans cette étude, ne prévoient pas de traitement national pour la phase de préétablissement, bien que plusieurs ABI récents aient adopté l'approche PINC.

3. *Traitement juste et équitable/protection et sécurité intégrales/protection contre les troubles civils*

Une troisième différence tient au fait que la pratique des accords d'investissement de l'APEC accorde une protection supplémentaire aux investisseurs conformément aux normes générales du traitement juste et équitable, de la protection et de la sécurité intégrales et de l'indemnisation des pertes dues à la guerre ou aux troubles civils. Ces normes ne sont pas

incorporées dans les PINC. C'est pourquoi, la pratique des AII par la plupart des économies de l'APEC étend l'objectif de protection de l'investissement au-delà de ce qui a été envisagé par cet instrument d'investissement de l'APEC.

4. Prescription de résultats

Quatrièmement, les PINC prévoient que les membres de l'APEC aspirent à «minimiser l'usage des prescriptions de résultats...». Plus de la moitié des AII de l'APEC examinés dans cette étude ne cherchent pas à faire moins usage des prescriptions de résultats, bien que toutes les économies de l'APEC soient maintenant soumises à l'Accord de l'OMC sur les MIC. Il y a donc un écart substantiel entre ce principe et la pratique des accords parmi les économies des membres, bien qu'en pratique, l'adhésion à l'OMC pourrait remplacer la couverture explicite des prescriptions de résultats dans les AII de l'APEC.

5. Transfert de fonds

Cinquièmement, les PINC encouragent les économies membres à permettre le rapatriement libre et sans délai et la convertibilité des fonds liés aux investissements étrangers. Cet objectif est adopté par les AII de l'APEC, la plupart garantissant le libre transfert quel que soit le type de transaction lié à l'investissement. Deux AII de l'APEC présentent une approche plus restrictive avec une liste fermée d'opérations garanties en vertu de l'AII et sous réserve que les transactions soient soumises aux lois et règlements nationaux des parties.

6. Personnel dirigeant

Sixièmement, les PINC prévoient clairement que les économies membres permettent l'admission temporaire du personnel dirigeant et technique étranger engagé dans des activités liées à l'investissement étranger, sous réserve de leur législation nationale. Il est important ici de faire la distinction entre les dispositions autorisant l'admission temporaire des personnes et les dispositions visant à réglementer la nationalité du personnel dirigeant ou des membres du conseil d'administration. Sur les 10 AII de l'APEC qui traitent

des questions de personnel liées à l'investissement, toutes sauf trois, contiennent des restrictions de nationalité pour les dirigeants. Comme mentionné dans le chapitre II B 5, un seul AII de l'APEC lie l'admission temporaire à la réglementation relative à la nationalité du personnel dirigeant et plusieurs accords d'intégration économique traitent la question de l'admission temporaire dans des chapitres séparés. C'est pourquoi il reste un champ considérable pour approfondir ces questions dans les AII de l'APEC.

7. Comportement des investisseurs

Enfin, les PINC soulignent le rôle que le comportement (et les obligations) des investisseurs jouent dans la facilitation des flux d'investissement et reconnaissent que l'investissement étranger est facilité lorsque les investisseurs respectent les lois et règlements de l'économie d'accueil. À l'exception de certains AII de l'APEC qui exigent des investisseurs qu'ils fournissent des renseignements sur leurs investissements à des fins statistiques et d'information, la question des obligations de l'investisseur n'est pas traitée dans les AII de l'APEC. Jusqu'à présent, les AII ont surtout créé des obligations pour les pays d'accueil et les droits correspondants pour les investisseurs. La question de savoir comment équilibrer les droits et intérêts des investisseurs étrangers et ceux des pays d'accueil est au cœur du débat actuel sur l'évolution future des règles de l'investissement international (CNUCED, 2007a; CNUCED, à paraître).

B. Menu des options

Les options de libéralisation de l'investissement et de facilitation des affaires pour renforcer les économies de l'APEC (ou «Menu des options») présentent une liste complète des politiques de libéralisation et de facilitation des affaires adoptée à la fin des années 90 et soumise régulièrement à révision. Cet instrument d'investissement se distingue particulièrement des AII, le Menu des options ayant une portée plus large que le seul encouragement de l'investissement étranger direct. Il a pour objectif d'améliorer tous les investissements dans les économies. C'est pourquoi, les points du Menu sont présentés comme des options de réformes réglementaires au niveau national. Il n'est pas possible à partir de l'examen de la pratique juridique des AII de faire une évaluation directe des résultats

des économies de l'APEC par rapport à certaines de ces options de réforme. Toutefois, dans de nombreux cas, les éléments de réforme nationale du Menu des options contiennent des engagements de droit international équivalents que l'on retrouve dans la pratique des AII. Ils peuvent donner une indication générale de la pratique du pays. Par exemple, l'approche adoptée par les économies de l'APEC pour définir «l'investissement» dans les AII peut être révélatrice de la façon dont les économies ont interprété la recommandation du Menu des options «élargir les définitions de l'investissement [...] dans la législation en vigueur».

La plupart des thèmes du Menu des options (points 1-9) sont repris dans les aspects essentiels des AII de l'APEC, mais un certain nombre de domaines politiques (points 10-15) ne sont pas spécifiquement inclus dans les AII de l'APEC¹. Ce sont les éléments relatifs à la propriété intellectuelle, à l'évitement de la double imposition, à la politique de la concurrence et les éléments des sections sur la facilitation des affaires, le transfert de technologie et le capital-risque. De plus en plus, ces questions sont couvertes dans d'autres chapitres d'accords d'intégration économique.

Les points 1.01-1.03 couvrent ce que l'on appelle «les questions générales», notamment la définition de l'investissement, l'autorisation et la promotion de l'investissement et son verrouillage en l'état. Ces points sont couverts par les AII de l'APEC. Les AII examinés dans l'étude adoptent une définition de «l'investissement» que le point 1.01 considérerait comme large et les AII couvrent les catégories de transactions incluses dans ce point. En revanche, tous les AII n'offrent pas aux investisseurs un statu quo des restrictions (point 1.03). Comme souligné ci-dessus, 12 des 14 ABI analysés n'utilisent pas de listes d'engagements pour identifier les restrictions affectant les investisseurs. Les engagements pour conserver le maintien en l'état de l'accord sont, toutefois, un trait commun des accords d'intégration économique de l'APEC.

L'écart, peut-être le plus remarquable, entre le Menu des options et les AII de l'APEC concerne les exigences d'autorisations préalables (points 1.04-1.07 et points 1.08-1.09). Le Menu des options recommande l'élimination ou la suppression progressive des exigences d'autorisations préalables, ce qui est considéré comme une étape critique de la libéralisation de l'investissement,

mais on observe peu d'économies de l'APEC qui utilisent les AII pour libéraliser les exigences d'établissement en vigueur. Tout d'abord, il est à noter que seulement deux ABI traitent de l'autorisation préalable. Ensuite, l'ALE entre l'Australie et les États-Unis (2005) fait exception partielle parmi les AII de l'APEC en assouplissant les exigences d'établissement tout comme la décision de l'Australie de relever ses seuils de sélection dans certains secteurs pour les investisseurs des États-Unis.

Il ressort d'une autre étude récente que les économies de l'APEC à haut revenu comme le Japon, la République de Corée et Singapour sont arrivées à une plus grande ouverture de leur secteur des services (y compris l'investissement dans les services par la présence commerciale) par le biais des AIE que les économies à plus faible revenu². C'est l'occasion de montrer plus d'ambition pour traiter les points 1.04-1.07 du Menu des options en tenant compte de la phase de développement du pays.

Le point 2, qui porte sur la transparence des systèmes d'investissement est traité ci-après dans le chapitre II C relatif aux normes de transparence appliquées à l'investissement.

Le point 3 concerne les options politiques en vue de renforcer la non-discrimination de l'investissement étranger. Les points 3.01-3.08 recommandent d'améliorer progressivement le niveau NPF et le traitement national offert aux investisseurs étrangers. Cette étude indique qu'un consensus général se dégage en faveur de l'inclusion dans les accords des dispositions qui engagent les économies de l'APEC à observer un traitement non discriminatoire. Comme pour le point 1, les membres de l'APEC ont pour pratique générale de lier les dérogations à la non-discrimination plutôt que d'utiliser les AII comme moteurs d'entraînement d'autres réformes nationales. Déterminer la couverture sectorielle de ces engagements de non-discrimination et des dérogations à ce traitement nécessite d'analyser les mesures nationales prévues dans les annexes des accords, ce qui pourrait faire l'objet d'une autre étude.

Les AII de l'APEC satisfont pleinement les objectifs du point 4 en matière d'expropriation et d'indemnisation. Dans la pratique, les économies

de l'APEC traitent cette question plus en détail en cherchant également à protéger les investisseurs étrangers contre l'expropriation indirecte.

Tous les AII de l'APEC satisfont aussi au niveau de traitement défini au point 5. Dans la pratique, les accords de l'APEC assurent aux investisseurs et à leurs investissements une protection non discriminatoire contre les conflits et les événements similaires. Certains prévoient à la fois la clause NPF et le traitement national, d'autres prévoient le traitement NPF et plusieurs assurent la protection absolue (c'est-à-dire un droit d'indemnisation) dans certains cas de guerre ou autres troubles civils.

Le point 6 concerne le transfert des capitaux liés aux investissements et recommande aux économies membres d'éliminer ou de limiter les restrictions imposées au libre transfert. Tous les AII de l'APEC reflètent un engagement à atteindre cet objectif. Dix accords remplissent pleinement les objectifs du point 6 et permettent le libre transfert. La plupart des autres AII contiennent des dérogations limitées (par exemple, une dérogation au libre transfert de capitaux en cas de crise de la balance des paiements), conformément au point 6.03.

Les points 7.01-7.03 concernent les restrictions relatives aux prescriptions de résultats. Comme observé précédemment, c'est un domaine de la réglementation de l'investissement traité de façon incomplète dans les AII de l'APEC et qui demandera plus d'attention dans les futures négociations des AII. Pourtant, certaines économies sont systématiquement allées plus loin que les recommandations de ce point en incluant des restrictions sur les prescriptions de résultats liées à l'investissement dans le secteur des services ainsi que dans le secteur des marchandises.

Les points 8.01 et 8.02 portent sur l'admission et le séjour temporaire du personnel employé pour les besoins de l'investissement. Ces points ont un objectif équivalent à ceux définis dans les PINC et, comme mentionné ci-dessus, cette question n'est traitée que dans trois des AII de l'APEC, plusieurs AIE traitant de l'admission temporaire dans des chapitres séparés. Toutefois, les points 8.03 et 8.04 du Menu des options lient la question de l'admission temporaire du personnel à celle de la réglementation nationale relative à la nationalité des dirigeants. Comme expliqué précédemment, ces

deux questions ne sont généralement pas traitées ensemble dans les AII de l'APEC.

Le point 9 soutient le recours à des mécanismes efficaces de règlement des différends (notamment le règlement des différends entre le pays et l'investisseur) et il appuie l'adhésion aux organes internationaux d'arbitrage. Ces options réglementaires sont bien suivies dans la pratique des accords de l'APEC.

C. Normes de transparence appliquées à l'investissement

Les principes de transparence ont été énoncés dans la Déclaration de Los Cabos, Mexique (octobre 2002) sur l'application des normes de transparence de l'APEC (Déclaration des dirigeants économiques). En octobre 2003, le groupe d'experts sur l'investissement a mis au point un ensemble de normes de transparence appliquées à l'investissement afin qu'elles soient incorporées dans la Déclaration des dirigeants économiques. Ces normes découlaient des principes 2002 des dirigeants économiques de l'APEC concernant la transparence et s'inspiraient du Menu des options.

Les normes de transparence de l'APEC couvrent la publication, l'accès et la sensibilisation aux lois et mesures sur l'investissement. Ce niveau d'obligation de transparence est ce qui apparaît généralement dans les AII de l'APEC. Les normes de transparence de l'APEC exigent aussi que les membres veillent à ce que «les procédures nationales appropriées soient en place pour permettre le prompt examen et la **correction des mesures administratives finales** [...]» (mise en gras ajoutée) en matière d'investissement. Cette extension du concept de transparence qui va jusqu'à inclure les garanties de procédure fait rarement partie des AII de l'APEC. Toutefois, nous en avons un seul exemple avec l'article 11 5) de l'ABI entre les États-Unis et l'Uruguay (2006). Il prévoit:

«[...]»

b) *Chacune des Parties veillera à ce que, dans toutes instances juridictionnelles ou procédures, les parties à l'instance ont droit à:*

i) La possibilité raisonnable de soutenir ou défendre leurs positions respectives; et

ii) Un jugement fondé sur la preuve et la présentation d'un dossier ou, si la loi nationale l'exige, la présentation du dossier constitué par l'autorité administrative.».

Les normes de transparence de l'APEC visent également à maintenir la cohérence dans l'emploi des directives de sélection, les procédures d'enregistrement et l'octroi de licences par le gouvernement, les exigences d'autorisations préalables et les programmes de promotion de l'investissement (par. 5-8). Ces questions ne sont pas couvertes par les AII.

Enfin, le paragraphe 9 des normes souligne le lien entre la transparence et les différends en matière d'investissement et encourage l'inclusion de clauses de transparence dans les mécanismes de règlement des différends entre l'investisseur et le pays. Une attention considérable a été apportée à la transparence dans les procédures de règlement des différends dans les AII de plusieurs membres de l'APEC, notamment le Canada et les États-Unis. Par exemple, l'article 29 de l'ABI entre les États-Unis et l'Uruguay (2006) demande au défendeur de transmettre certains documents au pays d'origine et de les rendre accessibles au public. Ces documents incluent la notification d'arbitrage, les mémoires, les procès-verbaux des audiences et la sentence arbitrale. Outre l'information du public, certains AII de l'APEC permettent aussi que des mémoires sont transmis *amicus curiae* par des parties non impliquées directement dans le différend. Cette évolution va au-delà de ce qui est prévu dans les normes de transparence.

Les implications des convergences et divergences dans la pratique des AII de l'APEC mises en évidence dans le chapitre I de cette étude sont regroupées dans le chapitre II. Quatre conclusions principales peuvent être tirées d'une comparaison des AII de l'APEC avec les principes et recommandations politiques exposés dans les instruments d'investissement de l'APEC. Tout d'abord, l'écart le plus important entre les principes de l'APEC et la pratique des AII tient à l'usage limité des AII comme éléments moteurs de la réforme nationale de la politique d'investissement en suivant le Menu des options, notamment en réduisant les obligations d'autorisations

préalables (point 1) et en réduisant les dérogations au traitement non discriminatoire des investisseurs étrangers (point 3). Un deuxième écart important entre les principes et la pratique des AII est la façon limitée dont les AII de l'APEC (considérés dans leur ensemble) utilisent les prescriptions de résultats. Troisièmement, cette analyse met en évidence que les AII de l'APEC satisfont pleinement les principes de l'APEC concernant l'expropriation et l'indemnisation (point 4), la protection non discriminatoire en cas de guerre ou de troubles civils (point 5), les transferts de fonds liés à l'investissement étranger (point 6) et les mécanismes de règlement des différends (point 9). Enfin, des protections supplémentaires non incluses dans les instruments d'investissement de l'APEC comme la norme de traitement juste et équitable et la norme minimale de traitement sont généralement incluses dans les accords d'investissement de l'APEC.

Notes

¹ Le texte complet du Menu des options figure à l'annexe 2.

² Fink C et Molineuvo M (2007).

CONCLUSIONS

Les aspects essentiels des AII de l'APEC décrits dans cette étude interagissent et cette interaction détermine les obligations des parties aux accords ainsi que le degré de libéralisation, de protection et de facilitation de l'investissement. On peut distinguer trois types d'interaction: a) l'interaction des définitions avec les dispositions de fond; b) les interactions des dérogations (dérogations générales et dérogations spécifiques sous forme de listes) avec les dispositions de fond; et c) l'interaction des dispositions de fond avec les dispositions des résolutions des différends.

Il y a accord général sur les aspects essentiels et les dispositions des AII qui impliquent les économies de l'APEC. Cette conformité est également évidente dans le système global des AII (CNUCED 2007b et CNUCED à paraître). Sur un certain nombre d'aspects essentiels, les AII de l'APEC reflètent un consensus sur les questions de fond visées par les accords et leur objectif principal. Des dispositions comme le traitement national et NPF pour les investissements établis, le traitement juste et équitable, les garanties d'indemnisation prompte, adéquate et effective en cas d'expropriation, le libre transfert des fonds et le consentement à résoudre les différends entre un investisseur et un pays et entre un pays et un autre pays, toutes ces dispositions apparaissent dans la grande majorité des accords.

Un examen plus attentif laisse apparaître que les AII sont très différents dans leur formulation et leur signification. Certaines dispositions n'apparaissent que dans une minorité d'accords et sont formulées très différemment selon les accords. C'est le cas, par exemple, pour les garanties du traitement national et du traitement NPF en ce qui concerne le droit d'établir l'investissement et les interdictions relatives aux prescriptions de résultats. Ces différences sont pour partie attribuables aux différences d'approche de chacun des pays en réponse aux incertitudes d'interprétation de ces dispositions. Cela demande un renforcement des capacités plus ciblé parmi les économies de l'APEC.

Il y a aussi eu une tendance récente dans un petit nombre d'AII de l'APEC, mais qui va s'élargissant, à inclure des révisions importantes de la formulation des différentes obligations substantielles des accords. La plus saillante est la formulation plus détaillée de la définition du traitement juste et équitable et du concept d'expropriation indirecte. Ont également été révisées

les dispositions de procédures de quelques AII, avec des innovations significatives concernant les procédures de règlement des différends entre l'investisseur et le pays. Le but principal de ces innovations est d'améliorer la transparence, de faire l'économie de frais de justice et d'encourager des résultats sûrs et cohérents. En même temps, toutes ces modifications rendent plus complexe le système de règlement des différends.

Devant la complexité générale croissante du système des AII, trois défis portant sur le contenu des AII de l'APEC sont évidents (CNUCED, à paraître). Ces défis sont résolus, en partie, par les instruments d'investissement de l'APEC. Tout d'abord, il y a le défi de promouvoir une cohérence des politiques, ce qui requiert que les AII d'un pays soient cohérents avec la politique économique et de développement du pays et avec les autres AII signés par ce pays. La cohérence des politiques est essentielle aux objectifs des PINC et du Menu des options. Ces deux instruments d'investissement promeuvent le besoin d'une approche claire et cohérente de développement national qui soutienne la croissance économique. Les PINC «mettent l'accent sur l'importance de la promotion des environnements nationaux propices à attirer l'investissement étranger». Le Menu des options présente aux économies membres de l'APEC un ensemble non exhaustif et non contraignant de choix de politiques, mais il propose des directives homogènes visant à améliorer la cohérence et à libéraliser plus encore le traitement de l'investissement. Malgré l'existence des instruments d'investissement de l'APEC, il apparaît que les AII de l'APEC n'ont pas encore atteint un niveau de cohérence substantiellement plus élevé.

Un deuxième défi consiste à transposer au mieux dans les AII l'équilibre entre les intérêts de l'investisseur et l'intérêt public. La viabilité à long terme du système rend nécessaire le maintien de cet équilibre. Outre les principes de protection de l'investissement, les PINC soulignent le principe selon lequel «les investisseurs étrangers doivent respecter les lois, règlements, directives administratives et politiques du pays d'accueil au même titre que les investisseurs nationaux». Les AII de l'APEC cherchent à équilibrer les intérêts privés et publics par le biais des dérogations et par l'inclusion dans certains AII de révisions des formulations sur des questions comme le traitement juste et équitable et l'expropriation.

Enfin, il y a la difficulté de savoir comment incorporer dans les AII les questions de développement les plus pertinentes pour les pays en développement. La tâche est rendue plus difficile par le fait que les intérêts de développement des différents pays ne peuvent pas être traités de façon uniforme dans tous les AII. Différents types d'AII répondent aux objectifs de développement de différents pays. Deux aspects sont évidents dans les AII de l'APEC. Tout d'abord, il faut ménager une souplesse d'approche de certains aspects essentiels des AII de l'APEC, par exemple dans la façon de définir l'investissement, par l'emploi de listes positives pour identifier les secteurs auxquels les engagements s'appliquent, par l'usage de dérogations temporaires et limitées au droit de l'investisseur de transférer librement les capitaux liés à l'investissement et par le recours à des dispositions de prescription de résultats. Par définition, il s'ensuit une tension avec le défi de cohérence exposé ci-dessus. Ensuite, utiliser les AII pour promouvoir plus activement et plus directement le développement peut être un moyen approprié pour certaines économies membres de l'APEC. Il est possible d'y arriver en incluant dans les futurs AII de l'APEC des dispositions plus spécifiques de promotion de l'investissement ou en esquissant d'autres moyens de résoudre les différends entre les investisseurs et les pays. Les instruments d'investissement de l'APEC sont formulés de façon suffisamment souple pour permettre aux économies membres de l'APEC de traiter de la façon la plus avantageuse la dimension du développement.

Les instruments d'investissement de l'APEC sont des outils politiques utiles pour chercher à comprendre ces trois défis des AII de l'APEC et pour encourager les stratégies de négociation des accords d'investissement parmi les économies membres de l'APEC (et au sein du système plus large des AII) qui visent à relever ces défis.

RÉFÉRENCES

- Fink C and Molineuvo M (2007). East Asian free trade agreements in services: roaring tigers or timid pandas. Washington. The World Bank. June mimeo.
- UNCTAD (2000). *Employment*. Collection de la CNUCED consacrée aux questions concernant les accords d'investissement international. New York et Genève. Nations Unies. Publication des Nations Unies. Document n° UNCTAD/ITE/IIT/19.
- UNCTAD (2001). *Environment*. Collection de la CNUCED consacrée aux questions concernant les accords d'investissement international. New York et Genève. Nations Unies. Publication des Nations Unies. Document n° UNCTAD/ITE/IIT/23.
- UNCTAD (2004a). *The REIO Exception in MFN Treatment Clauses*. Collection de la CNUCED consacrée aux politiques de l'investissement international pour le développement. New York et Genève. Nations Unies. Publication des Nations Unies. Numéro de vente E.05.II.D.1.
- UNCTAD (2004b). *International Investment Agreements: Key Issues*. Vol. 1, 2 et 3. New York et Genève. Nations Unies. Publication des Nations Unies. Numéro de vente E.05.II.D.6.
- UNCTAD (2005). *Investor–State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*. Collection de la CNUCED consacrée aux politiques de l'investissement international pour le développement. New York et Genève. Nations Unies. Publication des Nations Unies. Numéro de vente E.06.II.D.1.
- UNCTAD (2006a). *Investment Provisions in Economic Integration Agreements*. New York et Genève. Nations Unies. Publication des Nations Unies. Document n° UNCTAD/ITE/IIT/2005/10.
- UNCTAD (2006b). *Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations*. Collection de la CNUCED consacrée aux politiques de l'investissement international pour le développement. New York et Genève. Nations Unies. Publication des Nations Unies. Numéro de vente E.06.II.D.14.

CNUCED (2007a). Élaboration des règles régissant l'investissement international. Note du secrétariat de la CNUCED. Réunion d'experts de la Commission de l'investissement, de la technologie et des questions financières connexes, document n° TD/B/COM2/EM.21.2.

UNCTAD (2007b). *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.

UNCTAD (2007c). *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*. New York et Genève. Nations Unies. Publication des Nations Unies. Document n° UNCTAD/ITE/IIA/2007/3.

UNCTAD (2008). *Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements*. New York et Genève. Nations Unies. Publication des Nations Unies.

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

ANNEXE 1

Liste des traités couverts

1. Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, que modifica y sustituye el ACE N° 38, sus anexos, apéndices, protocolos y demás instrumentos que hayan sido suscritos a su amparo (Chile-Peru ALC) (signé en 2006)*
2. Accord entre le Canada et la République du Pérou pour la promotion et la protection des investissements (APIE Canada-Pérou) (2007)
3. Agreement between Japan and the Republic of Singapore for a New Age Economic Partnership (APE Japon-Singapour) (2002)
4. Agreement between Japan and the Republic of the Philippines for an Economic Partnership (APE Japon-Philippines) (signé en 2006)
5. Agreement between Japan and the Socialist Republic of Viet Nam for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment (APPI Japon-Viet Nam) (2004)
6. Agreement between Japan and the United Mexican States for the Strengthening of the Economic Partnership (APE Japon-Mexique) (2005)
7. Agreement between New Zealand and Singapore on a Closer Economic Partnership (CEP Nouvelle-Zélande-Singapour) (2001)
8. Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (ABI Allemagne-Philippines) (2000)
9. Agreement between the Government of Australia and the Government of the United Mexican States on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (APPI Australie-Mexique IPPA) (signé en 2005)
10. Agreement between the Government of Japan and the Government of Malaysia for an Economic Partnership (APE Japon-Malaisie) (2006)

11. Agreement between the Government of Japan and the Government of the Republic of Korea for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment (APPI Japon-République de Corée) (2003)
12. Agreement between the Government of the Hong Kong (China) Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments (APPI Hong Kong, Chine-Thaïlande) (2006)
13. Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Russian Federation on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (ABI Fédération de Russie-Thaïlande) (signé en 2002)
14. Agreement between the Government of the Lebanese Republic and the Government of Malaysia for the Promotion and Protection of Investments (APPI Liban-Malaisie) (2002)
15. Agreement between the Government of the Republic of Indonesia and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments (APPI Inde-Indonésie) (2004)
16. Agreement between the Government of the Republic of Singapore and the Government of the Republic of Peru on the Promotion and Protection of Investments (APPI Pérou-Singapour) (signé en 2003)
17. Agreement between the Government of the Socialist Republic of Viet Nam and the Government of Malaysia for the Promotion and Protection of Investments (APPI Malaisie-Viet Nam) (1992)
18. Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of the Republic of Iceland on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (ABI Islande-Mexique) (2006)
19. Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (ABI Chine-Allemagne) (2005)

20. Australia-Thailand Free Trade Agreement (2005)
21. Australia-United States Free Trade Agreement (2005)
22. Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili (1997)
23. Accord-cadre relatif à la zone d'investissement de l'ASEAN (et l'Accord de l'ASEAN 1987 sur la promotion et la protection des investissements tel que ratifié) (1998)
24. Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the Republic of Chile (ALE entre le Chili-République de Corée) (2004)
25. Accord de libre-échange nord-américain (1994)
26. Singapore-Australia Free Trade Agreement (2003)
27. Thailand-New Zealand Closer Economic Partnership Agreement (CEP Nouvelle-Zélande-Thaïlande) (2005)
28. Treaty Between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (ABI États-Unis-Uruguay) (2006).

Note

* La date indique l'entrée en vigueur de l'accord, sauf spécifications contraires.

ANNEXE 2

Instruments d'investissement de l'APEC

1. Principes d'investissement non contraignants de l'APEC

Jakarta, novembre 1994

Dans l'esprit de l'approche fondamentale d'un régionalisme ouvert,

Reconnaissant l'importance de l'investissement pour le développement économique, la stimulation de la croissance, la création d'emplois et les flux de technologie dans la région Asie-Pacifique,

Soulignant l'importance de promouvoir un environnement intérieur propice à attirer l'investissement étranger, comme une croissance stable accompagnée d'une inflation faible, des infrastructures adéquates, des ressources humaines formées de façon adéquate et la protection des droits de propriété intellectuelle,

Reflétant le fait que la plupart des économies de l'APEC sont à la fois sources et destinataires de l'investissement étranger,

Visant à augmenter l'investissement, y compris dans les petites et moyennes entreprises et à développer les industries de soutien,

Reconnaissant la diversité des niveaux et des rythmes de développement des économies membres comme le reflète leur régime d'investissement, et engagés à poursuivre leurs efforts pour améliorer et libéraliser leur régime d'investissement,

Sans préjudice des accords bilatéraux et multilatéraux applicables et des autres instruments internationaux,

Reconnaissant l'importance de la pleine application de l'Accord du cycle de l'Uruguay sur les MIC,

Les membres de l'APEC visent à adopter les principes non contraignants suivants:

Transparence

- Les économies membres rendront promptement publics, de façon transparente et facilement accessible, tous les lois, règlements, directives administratives et politiques relatifs à l'investissement.

Non-discrimination entre les économies sources

- Les économies membres étendront aux investisseurs appartenant à une économie quelle qu'elle soit, un traitement concernant l'établissement, l'expansion et la mise en œuvre de leurs investissements, qui ne soit pas moins favorable que celui accordé aux investisseurs de n'importe quelle autre économie dans des situations analogues, sans préjudice des obligations et principes internationaux afférant.

Traitement national

- Sauf dérogations prévues par les lois, règlements et politiques nationaux, les économies membres accorderont aux investisseurs étrangers concernant l'établissement, l'expansion, l'exploitation et la protection de leurs investissements, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui accordé dans des situations analogues aux investisseurs nationaux.

Incitation à l'investissement

- Les économies membres n'assoupliront pas les règlements relatifs à la santé, à la sécurité et à l'environnement à titre d'incitation encourageant l'investissement étranger.

Prescription de résultats

- Les économies membres minimiseront l'emploi de prescription de résultats qui fausse ou limite l'expansion du commerce et de l'investissement.

Expropriation et indemnisation

- Les économies membres n'exproprieront pas les investissements étrangers ou ne prendront pas de mesures ayant un effet similaire, sauf à des fins d'intérêt public et sur une base non discriminatoire, conformément aux lois de chacune des économies et aux principes du droit international et moyennant le prompt paiement d'une indemnisation adéquate et effective.

Rapatriement et convertibilité

- Les économies membres poursuivront la libéralisation en vue d'atteindre le libre et prompt transfert des fonds liés à l'investissement étranger comme les bénéfices, dividendes, redevances, remboursements de prêts et les valeurs de liquidation, en devise librement convertible.

Règlement des différends

- Les économies membres acceptent que les différends relatifs à un investissement étranger soient réglés promptement par le biais de consultations et de négociations entre les parties en litige ou, à défaut, par des procédures d'arbitrage conformément aux engagements internationaux des membres ou par le biais de toute autre procédure d'arbitrage acceptable par les deux parties.

Admission et séjour du personnel

- Les économies membres permettront l'admission et le séjour temporaires du personnel dirigeant et technique nécessaire pour mener les activités liées à l'investissement étranger, sous réserve des lois et règlements appropriés.

Évitement de la double imposition

- Les économies membres s'efforceront d'éviter la double imposition liée à l'investissement étranger.

Comportement de l'investisseur

- L'acceptation de l'investissement étranger est facilitée lorsque les investisseurs étrangers respectent les lois, règlements, directives administratives et politiques au même titre que les investisseurs nationaux.

Élimination des obstacles à l'exportation des capitaux

- Les économies membres acceptent de minimiser les obstacles institutionnels et réglementaires qui gêneraient la sortie des capitaux liés à l'investissement.

2. Options de libéralisation de l'investissement et de facilitation des affaires visant à renforcer les économies de l'APEC, 1997

À Bogor, Osaka, Subic et Vancouver, les dirigeants et ministres de l'APEC ont engagé leur économie à instaurer l'investissement libre et ouvert d'ici 2010 et 2020. Ils approuvent les plans d'action individuels comme principal instrument du processus. Ils demandent la transparence et l'amélioration tous les ans des plans d'action. Le Conseil consultatif des entreprises de l'APEC a aussi appelé les économies de l'APEC à progresser dans le domaine de l'investissement.

En réponse aux gouvernements et aux entreprises, le Groupe d'experts sur l'investissement, à St. John's, Canada, a entrepris d'élaborer un «Menu des options» pour aider les économies à identifier les mesures politiques qu'elles peuvent inclure unilatéralement dans leur Plan d'action individuel pour mettre en œuvre cet objectif. Il y avait consensus sur le fait que le projet devait porter sur des mesures concrètes plutôt que de poursuivre un débat philosophique. Les ministres de l'APEC ont approuvé l'initiative du «Menu» à Vancouver.

Construit en gardant ces instructions à l'esprit, le document suivant est un «menu directeur» non exhaustif de la libéralisation de l'investissement et des mesures de facilitation des affaires dans lequel les économies peuvent librement choisir une des options pour progresser dans la voie d'un régime d'investissement libre et ouvert. Le menu est conçu pour être un outil de

référence mis à la disposition des économies pour actualiser leur Plan d'action individuel.

L'approche de l'APEC en matière de libéralisation et de facilitation du commerce et de l'investissement, comme l'ont rappelé les directeurs économiques de l'APEC à Vancouver, reconnaît la diversité qui existe entre les économies de l'APEC. Le «Menu des options» en tient compte en présentant aux membres un vaste choix possible selon les différentes situations. Les éléments du Menu ne sont pas contraignants et, ils peuvent être modifiés, à son gré, pour répondre à des circonstances particulières. Le Menu n'est pas conçu pour présenter les phases du processus de libéralisation et il évoluera avec le temps.

Le Groupe d'experts sur l'investissement a l'intention de mettre ce menu régulièrement à jour, en commençant en 1999, afin de tirer profit du gain d'expérience et de l'évolution des points de vue des économies de l'APEC.

Point n°	Description
GÉNÉRALITÉ	
1.01	<p>Élargir les définitions de l'investissement et de l'investissement étranger dans la législation, la réglementation et les procédures administratives en vigueur afin de couvrir les formes d'investissement les plus diverses et de laisser la possibilité d'anticiper de nouvelles formes sans avoir besoin de modifier par la suite la législation/réglementation nationale.</p> <p>-- La définition pourrait inclure – à titre d'exemple – non seulement de tout nouveaux types d'investissements, mais aussi l'acquisition de participation dans les entreprises du pays d'accueil, les contrats de gestion, les baux à long terme, toutes formes d'organisation d'entreprise (détenues à part entière, filiales, sociétés de personnes, succursales, entreprises communes, partenariats intelligents, alliances stratégiques, capital-risque), certains types d'instruments d'endettement, la propriété intellectuelle, etc.</p>

1.02	Permettre et promouvoir toute forme d'investissement par des moyens autres que, ou complémentaires à, l'élargissement des définitions de l'investissement et de l'investissement étranger dans la législation, la réglementation et les procédures administratives en vigueur.
1.03	S'engager à verrouiller le traitement dans son statu quo pour les investisseurs dans des secteurs spécifiques (statu quo des restrictions).
Sur les exigences d'autorisations préalables	
1.04	Éliminer ou supprimer progressivement les exigences d'autorisations préalables. Le cas échéant, les remplacer par une notification après établissement.
1.05	Rendre l'approbation automatique conformément au dispositif en vigueur d'autorisations préalables, sauf pour un nombre de situations limitées spécifiées.
1.06	Relever le seuil (valeur de l'investissement) au-dessus duquel l'autorisation est requise. Le cas échéant, annoncer le relèvement progressif du seuil selon un échéancier en fixant une certaine date pour éliminer la plupart ou toutes les exigences d'autorisations préalables.
1.07	Limiter l'exigence d'autorisations préalables aux secteurs choisis. Le cas échéant, la remplacer par une notification après établissement.
Implication des autres économies	
1.08	Signer ou établir des accords bilatéraux, régionaux et/ou multilatéraux (ou le cas échéant, additionnels) pour la protection de l'investissement qui engagent les parties à maintenir le niveau de protection en vigueur et l'ouverture aux investisseurs/investissements.
1.09	Signer ou établir des accords bilatéraux, régionaux et/ou multilatéraux (ou le cas échéant, additionnels) pour la protection de l'investissement assurant une protection et une ouverture renforcées pour les investisseurs/investissements (par exemple, en limitant les secteurs restreints dans une économie, en limitant les restrictions au sein des secteurs, en renforçant les mécanismes de règlement des différends).

TRANSPARENCE	
2.01	Rendre rapidement accessibles aux investisseurs les modifications apportées aux régimes d'investissement, y compris par l'intermédiaire du secrétariat de l'APEC (qui en fera usage pour le guide de l'investissement de l'APEC).
2.02	Publier et/ou rendre largement accessibles périodiquement, par tout autre moyen, les renseignements sur le Code de l'investissement, les lois et règlements relatifs à l'investissement et les procédures de marchés d'une économie, en veillant à assurer la transparence dans l'administration des lois, règlements et procédures au niveau des autorités fédérales/centrales, provinciales/nationales et locales.
2.03	S'il y a sélection des projets, publier et/ou rendre largement accessibles par tout autre moyen les instructions d'évaluation et de notation des projets soumis à approbation.
2.04	Animer des réunions d'information (dans les tribunes appropriées) sur les politiques d'investissement en cours et sur les futures orientations qui seront prises par le gouvernement.
2.05	Avertir par avance des règlements et lois proposés et laisser la possibilité au public de les commenter.
2.06	Clarifier les procédures et pratiques concernant la demande, l'enregistrement, l'octroi de licences par le gouvernement et la passation des marchés en: <ul style="list-style-type: none"> -- Publiant (et diffusant largement) des instructions simples et claires et une explication du processus (les phases) impliqué dans la demande/soumission de l'offre/enregistrement; -- Publiant (et diffusant largement) les définitions des critères d'évaluation des propositions d'investissement; -- Publiant (et diffusant largement) les points de contact pour les demandes concernant les normes, les règlements techniques et les exigences de conformité; -- Revoyant périodiquement les procédures d'exigence d'autorisations préalables pour s'assurer qu'elles ont été simplifiées et qu'elles sont transparentes;

	-- Rendant accessibles aux investisseurs toutes les règles et informations relatives aux dispositifs de promotion de l'investissement.
NON-DISCRIMINATION relative au traitement NPF	
3.01	S'engager à appliquer le traitement NPF à l'échelle de l'économie, sauf dans un petit nombre limité de cas tels que spécifiés par chacune des économies membres, immédiatement ou dans un délai annoncé publiquement.
3.02	Pour les économies qui appliquent déjà le traitement NPF, revoir dans quels domaines les dérogations à la NPF adoptées dans le passé peuvent être éliminées ou réduites (en d'autres termes, revoir si quelques cas limités de dérogations à la NPF peuvent être encore diminués).
Relative au traitement national et à la fois au traitement national et au traitement NPF	
<i>Secteurs</i>	
3.03	Étendre le traitement national dès maintenant (ou à partir d'une date particulière) dans un ou plusieurs secteurs.
3.04	Étendre le traitement national à toute l'économie (à l'exception de quelques cas limités) dès maintenant ou à partir d'une date particulière; ou
3.05	Étendre progressivement le traitement national à d'autres secteurs.
3.06	Ouvrir des secteurs supplémentaires aux investisseurs étrangers ou permettre l'investissement étranger dans toute l'économie avec seulement un nombre limité d'exceptions. En d'autres termes, réduire la liste des secteurs qui sont fermés ou partiellement limités à l'investissement étranger.
3.07	Éliminer ou faire disparaître progressivement les restrictions sectorielles à l'investissement étranger.
3.08	Réexaminer les accords, lois en vigueur pour voir s'il est possible d'éliminer des dérogations au traitement national.

<i>Propriété</i>	
3.09	Permettre à tous les investisseurs de choisir leur forme d'établissement en respectant les cadres législatif et juridique.
3.10	Actualiser les règlements pour éliminer les exigences d'entreprise commune liées à l'établissement.
3.11	Permettre une plus grande prise de participation étrangère dans les secteurs partiellement ouverts à l'investissement étranger ou permettre une plus grande participation étrangère dans l'ensemble de l'économie. -- Préparer dès maintenant un calendrier des futures augmentations de prises de participation étrangère. -- Accélérer l'entrée en vigueur des dates de libéralisation des secteurs où c'est possible.
3.12	Éliminer ou faire disparaître progressivement les conditions de ratios d'exportation ou de ventes intérieures applicables à la propriété étrangère.
3.13	Réduire les domaines présentant des critères d'entreprise commune dans les plans de promotion de l'investissement pour permettre une plus grande prise de participation étrangère.
3.14	Mettre en œuvre (et annoncer) une politique n'exigeant pas de désinvestissement ou de décapitalisation des investissements sur la base de la nationalité. Éliminer ou faire disparaître en une période de temps donnée les exigences de transferts de propriété aux entreprises locales.
3.15	Éliminer ou faire disparaître progressivement les restrictions appliquées aux investisseurs étrangers pour l'établissement de succursales locales.
3.16	Éliminer ou faire disparaître progressivement les restrictions appliquées aux investisseurs étrangers qui veulent diversifier leurs activités.
3.17	Éliminer ou faire disparaître progressivement les restrictions appliquées aux investisseurs en matière de permis et de licences d'exploitation.

3.18	Étendre la période temps qui était spécifiée pour que les investisseurs puissent trouver des partenaires locaux.
<i>Finance et capitalisation</i>	
3.19	Actualiser les règlements en vue de réduire ou d'éliminer les restrictions faites aux entreprises d'emprunter à l'étranger.
3.20	Libéraliser l'accès des étrangers aux instruments financiers du pays d'accueil (comme les instruments du marché monétaire, le marché obligataire).
3.21	Concernant l'entrée de l'investissement étranger, éliminer ou faire disparaître progressivement l'obligation faite aux investisseurs étrangers de déposer certaines garanties.
3.22	Réduire, réduire progressivement ou éliminer les exigences de capitalisation minimale dans les secteurs où ces exigences ne sont pas nécessaires pour des raisons prudentielles.
3.23	Éliminer ou faire disparaître progressivement l'obligation pour les investisseurs étrangers de faire ultérieurement des investissements complémentaires ou de réinvestir.
3.24	Ouvrir les programmes d'incitations à l'investissement aux investisseurs étrangers de façon à rendre ces programmes accessibles sur un pied d'égalité aux investisseurs nationaux comme aux investisseurs étrangers.
<i>Autres mesures</i>	
3.25	Éliminer ou atténuer les restrictions discriminatoires sur les importations pour soutenir l'investissement étranger.
3.26	Modifier les politiques, directives, réglementations ou lois pour éliminer la fixation des prix par des monopoles désignés par l'État, ce qui est discriminatoire sur la base de la nationalité.
3.27	Modifier les politiques, directives, réglementations ou lois pour éliminer l'accès discriminatoire aux matières premières et aux moyens de production locaux.

EXPROPRIATION ET INDEMNISATION	
4.01	En conformité avec les principes/normes du droit international, limiter l'expropriation licite aux cas qui impliquent une cause d'intérêt public, l'expropriation étant entreprise de manière non discriminatoire, selon des règles judiciaires en bonne et due forme et accompagnée du paiement sans délai d'une indemnisation adéquate et effective. -- Prendre les mesures pour modifier les lois et règlements d'expropriation en s'appuyant sur les normes/principes du droit international en matière d'expropriation.
4.02	Inclure dans les accords bilatéraux, régionaux ou multilatéraux un engagement d'indemnisation en cas d'expropriation.
4.03	Pour améliorer la transparence, définir, publier et distribuer aux investisseurs les accords d'investissement pertinents.
PROTECTION CONTRE LES CONFLITS ET ÉVÉNEMENTS SIMILAIRES	
5.01	Décider – et, dans la mesure du possible, mettre par écrit dans les accords d'investissement entre les États et les investisseurs privés et dans les accords bilatéraux/multilatéraux entre États – que le pays d'accueil accordera un traitement non discriminatoire sur la base de la nationalité concernant les pertes que pourraient encourir les investissements sur son territoire pour cause de guerre, de conflit armé, de révolution, d'urgence nationale, d'insurrection, de troubles civils ou autres événements similaires.
TRANSFERTS DE CAPITAUX LIÉS AUX INVESTISSEMENTS	
6.01	Supprimer ou réduire les restrictions applicables aux transferts de capitaux liés à l'investissement étranger comme les bénéfices, dividendes, redevances, remboursements de prêts, intérêts, apport de ressources financières supplémentaires après réalisation de l'investissement initial et produits de liquidation – tous dans une devise librement convertible ou librement utilisable.

	-- Éliminer ou faire disparaître progressivement les restrictions qui gênent la récupération des profits comme les plafonds aux redevances, les frais ou droits spéciaux d'assistance technique, les restrictions à l'accès au change et le contrôle de l'affectation des devises étrangères.
6.02	Prévoir dans les accords un engagement contraignant visant à éliminer ou à réduire progressivement les restrictions placées sur les transferts de fonds liés à l'investissement étranger comme les bénéfices, dividendes, redevances, remboursements de prêts, intérêts, apport de ressources financières supplémentaires après réalisation de l'investissement initial et produits de liquidation – tous en devises librement convertibles ou librement utilisables.
6.03	Garantir le droit de transférer sans délai les capitaux liés à un investissement, entrant ou sortant d'une économie, aux taux de change du marché, avec seulement un nombre limité de dérogations.
PRESCRIPTION DE RÉSULTATS	
7.01	Publier et mettre en œuvre un plan d'élimination progressive des programmes non compatibles avec les MIC de l'OMC, identifiés d'après la liste des MIC.
7.02	Se mettre en conformité d'ici à 2000 avec la liste des MIC de l'OMC. Prendre des mesures pour accélérer autant que possible la mise en œuvre des plans d'élimination.
7.03	Éliminer, faire disparaître progressivement ou atténuer unilatéralement et/ou par le biais d'accords et de traités d'État à État, à l'échelle de l'économie ou sur une base sectorielle, les prescriptions telles que: <ul style="list-style-type: none"> -- L'obligation de recruter localement; -- L'obligation d'assurer une formation localement; -- L'obligation de fabriquer localement; -- L'obligation de vendre localement; -- L'obligation d'effectuer le transfert de technologie;

	-- L'obligation de recherche et développement; -- Les prescriptions liées à l'exportation (comme celles impliquant de générer des devises ou d'atteindre une cible d'exportation particulière).
ADMISSION ET SÉJOUR DU PERSONNEL	
8.01	En conformité avec la législation d'une économie en matière de visas, permettre l'admission et le séjour temporaire du personnel nécessaire pour établir, développer, administrer ou donner des conseils sur l'exploitation d'un investissement étranger (c'est-à-dire l'investisseur, le personnel dirigeant ou technique et des consultants).
8.02	Accorder un visa aux investisseurs pour leur faciliter l'acquisition d'un droit d'admission renouvelable (ou utiliser d'autres moyens compatibles avec les lois et politiques pour faciliter l'admission renouvelable des investisseurs dans le cadre de leurs activités d'investissement).
8.03	Prendre des mesures pour permettre aux investisseurs/porteurs de projets de recruter librement les meilleurs talents en conseil de gestion, indépendamment de la nationalité.
8.04	Prendre des mesures pour permettre aux investisseurs/porteurs de projets de recruter librement les meilleurs talents dans les domaines techniques et/ou de conseil, indépendamment de la nationalité.
RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	
9.01	Mettre au point des mécanismes efficaces pour résoudre les différends et des mécanismes pour appliquer les solutions trouvées à ces différends.
9.02	Prendre les mesures pour devenir membre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et/ou autres organes d'arbitrage internationaux.
<i>Note: Nous laissons au Groupe d'experts de l'APEC sur la médiation des différends, les options de menu spécifiques aux plans d'action individuels en matière d'amélioration de la médiation des différends.</i>	

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	
10.01	Mettre au point une protection adéquate de la propriété intellectuelle.
10.02	Assurer une protection de la propriété intellectuelle qui satisfasse pour le moins les normes établies dans l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle (ADPIC).
10.03	<p>Prévoir des mesures coercitives adéquates et efficaces, y compris le cas échéant, de droit administratif, civil et pénal pour sanctionner la violation des droits de propriété intellectuelle.</p> <p>-- Assurer une plus grande coopération entre les organismes responsables de l'administration et de l'application des droits de la propriété intellectuelle et entre ces organismes et ceux responsables des questions réglementaires.</p> <p>-- Prévoir et simplifier, le cas échéant, les procédures administratives et judiciaires de façon à procéder rapidement à l'application des mesures coercitives.</p> <p>-- Améliorer l'éducation du public sur l'importance de la propriété intellectuelle et son rôle dans l'économie ainsi que sur la nécessité d'appliquer avec efficacité et efficience les droits de la propriété intellectuelle.</p> <p>-- Renforcer les relations de coopération entre les différentes administrations répressives.</p> <p>-- Assurer une coopération étroite et efficace entre les administrations répressives et les détenteurs des droits de propriété intellectuelle.</p>
10.04	<p>Élaborer et mettre en œuvre des programmes qui requièrent des administrations publiques des économies membres qu'elles respectent les droits de propriété intellectuelle dans leur fonctionnement, par exemple, en n'utilisant que des logiciels dont les redevances légales ont été acquittées.</p> <p>-- Dans la mesure du possible, prévoir un budget adéquat pour l'achat légal des logiciels.</p>

10.05	Mettre au point/améliorer les régimes de propriété intellectuelle: -- Dans la mesure du possible, mettre en vigueur les normes internationales de protection de propriété intellectuelle; -- Dans la mesure du possible, coopérer avec les autres pays dans les instances internationales.
<i>Note: Nous laissons au Groupe de l'APEC sur les droits de la propriété intellectuelle, les options du Menu spécifiques aux plans d'action individuels relatifs à l'amélioration des droits de la propriété intellectuelle.</i>	
ÉVITEMENT DE LA DOUBLE IMPOSITION	
11.01	Le cas échéant, signer des accords bilatéraux en vue d'éviter la double imposition, qui soient conformes aux normes internationales. Étendre, le cas échéant, la couverture de ces accords.
POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION	
12.01	Assurer la compatibilité entre les politiques d'investissement et la politique de la concurrence et la réforme de la réglementation.
<i>Note: Nous laissons au Groupe de l'APEC sur la politique de la concurrence les options du Menu spécifiques aux plans d'action individuels concernant l'amélioration de la concurrence.</i>	
MESURES DE FACILITATION DES AFFAIRES POUR AMÉLIORER LE CLIMAT NATIONAL DES AFFAIRES	
13.01	Réduire l'usage discriminatoire du pouvoir discrétionnaire de la bureaucratie en: -- Préparant et diffusant des instructions écrites internes sur les pratiques administratives à respecter pour traiter les demandes, enregistrements, octrois de licences, etc.; -- Établissant des mécanismes internes de règlement du contentieux ainsi que des mécanismes de voies de recours accessibles au public.

13.02	<p>Simplifier les procédures de demandes, d'enregistrement, d'octroi de licences publiques, de passation de marchés publics en:</p> <ul style="list-style-type: none"> -- Simplifiant les formulaires; -- Simplifiant la soumission (par exemple, en permettant la transmission électronique ou en centralisant les bureaux d'approbation pour en faire un seul guichet); -- Réduisant le temps de traitement de ces demandes/enregistrement; et -- Réduisant les étapes inutiles.
13.03	<p>Prendre des mesures positives pour aider les investisseurs en:</p> <ul style="list-style-type: none"> -- Créant un bureau qui serve de centre d'échange d'informations (organe à guichet unique) pour que les investisseurs intéressés soient informés des opportunités de marchés et des partenaires possibles pour leur investissement; -- Mettre en réseau toutes les administrations auxquelles les investisseurs ou hommes d'affaires s'adressent pour effectuer leurs investissements; -- Créer/désigner une seule administration publique pour traiter les plaintes des investisseurs (par exemple, un médiateur en matière d'investissement).
13.04	<p>Examiner le rôle et les effets des incitations à l'investissement à tous les niveaux de gouvernement: fédéral/central, national/provincial et local.</p>
13.05	<p>Prévoir des incitations qui soient sans contrepartie, non discriminatoires et limitées dans la durée comme:</p> <ul style="list-style-type: none"> -- Les réductions d'impôts; -- Les garanties de prêts; -- Les dons, subventions et cautionnement du développement industriel; -- Les programmes de formation pour l'emploi;

	<ul style="list-style-type: none"> -- Les programmes visant à aider les entreprises à atteindre une meilleure efficacité; -- Les programmes de promotion des exportations compatibles avec l'OMC; -- Le développement des petites entreprises; -- Les programmes de développement de haute technologie; -- Les mesures de soutien au développement de nouvelles industries; -- Les programmes de couplages industriels; -- La mobilisation des ressources nationales.
13.06	<p>Adopter des mesures pour aider les entreprises à élever leur niveau d'efficacité comme:</p> <ul style="list-style-type: none"> -- Zéro stock; -- Programme juste à temps; -- Autres programmes connexes.
13.07	Établir des régimes juridiques et fiscaux dans des domaines comme les échanges de titres, la scission des entreprises, et les fusions et acquisitions pour permettre une réorganisation souple des entreprises.
13.08	Adopter des systèmes de rapports financiers et comptables qui suivent les normes de comptabilité internationalement acceptées.
13.09	Élaborer et simplifier le droit des faillites afin de faciliter la réorganisation de l'entreprise.
13.10	Établir un système financier qui permette différentes méthodes de financement et de levée de capitaux.
13.11	Renforcer et promouvoir des normes améliorées de gouvernance des entreprises.
13.12	Développer un marché du travail qui facilite la mobilité de la main-d'œuvre dans le pays en tenant compte des politiques et de l'état du marché national du travail.

13.13	Améliorer les normes des services professionnels comme les services comptables et juridiques.
TRANSFERT DE TECHNOLOGIE	
14.01	Améliorer la transparence des lois et règlements connexes.
14.02	Diminuer les restrictions concernant le transfert de technologie en respectant la protection des intérêts essentiels de sécurité (par exemple, en modifiant, le cas échéant, les lois et règlements en vigueur) afin de faciliter l'apport de technologie pour le développement économique des économies membres.
14.03	Développer la législation, les règlements et mesures pour assurer la protection adéquate et effective de la technologie et des intérêts connexes découlant du transfert de technologie.
CAPITAL-RISQUE ET JEUNES POUSES	
15.01	Adopter des mesures d'aide aux différents stades de l'entreprise, comme l'aide aux jeunes pousses qui cherchent des capitaux: -- Établissement d'un système juridique et fiscal qui contribue au développement du capital-risque et de la banque d'investissement; et -- Établissement de marchés financiers sains et transparents pour l'introduction en bourse des petites et moyennes entreprises.

3. Normes de transparence appliquées à l'investissement

Los Cabos, Mexique, octobre 2002

1. Chaque économie veillera, comme prévu au paragraphe 1 de la Déclaration des dirigeants économiques, à ce que les lois, règlements et progressivement les règles administratives et procédures d'investissement d'application générale, soient publiés sans délai ou mis à disposition par tout autre moyen de façon que les personnes intéressées et autres économies puissent en prendre connaissance.

2. Conformément au paragraphe 2 de la Déclaration des dirigeants économiques, dans la mesure du possible, chaque économie, publiera par avance toute mesure d'investissement proposée à l'adoption et laissera au public une possibilité raisonnable de commentaire.
3. Conformément au paragraphe 3 de la Déclaration des dirigeants économiques, sur demande d'une personne intéressée ou sur demande d'une autre économie, chaque économie:
 - a) S'efforcera de donner promptement des renseignements et de répondre aux questions concernant toute mesure d'investissement réelle ou proposée visée au paragraphe ci-dessus; et
 - b) Communiquera les coordonnées du bureau ou du fonctionnaire responsable de ces questions et contribuera autant que nécessaire à faciliter la communication avec l'économie demandeuse d'informations.
4. Lorsque cela sera justifié, chaque économie veillera à ce que soient mises en place des procédures nationales appropriées qui permettent la révision et la correction sans délai des mesures administratives finales, autres que celles prises pour des raisons prudentielles sensibles, concernant les questions d'investissement couvertes par ces normes. Ces mesures:
 - a) Prévoient des tribunaux ou des jurys qui soient impartiaux et indépendants de tout bureau ou autorité chargée de l'application des règles administratives et qui n'aient aucun intérêt substantiel aux résultats de l'investissement;
 - b) Donnent aux parties d'un procès la possibilité raisonnable de présenter leur position respective;
 - c) Assurent les parties à un procès que leur affaire sera jugée sur la base de preuves et sur soumission d'un dossier ou, si la loi nationale l'exige, du dossier élaboré par l'autorité administrative; et
 - d) Assurent que, sous réserve de pourvoi ou de contrôle ultérieur conformément au droit national, ces décisions seront exécutées par les

bureaux ou autorités concernés par la mesure administrative en question et qui en régiront la pratique.

5. En cas de sélection des investissements à partir des instructions d'évaluation des projets soumis à approbation et en cas de notation de ces projets, conformément au paragraphe 1 de la Déclaration des dirigeants économiques, chaque économie publiera et/ou mettra ces directives à la disposition du public par tout autre moyen.
6. Chaque économie tiendra à jour des procédures claires concernant la demande, l'enregistrement et l'octroi par l'administration de licences pour l'investissement en:
 - a) Publiant et/ou en mettant à disposition des instructions claires et simples et une explication du processus (par étapes) de demande/d'octroi de licence/d'enregistrement; et
 - b) Publiant et/ou en mettant à disposition les définitions des critères d'évaluation des propositions d'investissement.
7. Lorsqu'il existe une procédure de demande d'autorisation préalable, chaque économie examinera au moment approprié si ces procédures sont simples et transparentes.
8. Chaque économie mettra à disposition des investisseurs toutes les règles et autres informations appropriées concernant les programmes de promotion des investissements.
9. Dans les négociations d'accords régionaux de commerce et d'accords de libre-échange qui contiennent des dispositions prévoyant un mécanisme de règlement des différends entre l'investisseur et le pays, chaque économie examinera si elle doit inclure ou non des dispositions de transparence.
10. Chaque économie participera pleinement aux efforts de toute l'APEC pour tenir à jour le Guide de l'investissement de l'APEC.

SELECTED UNCTAD PUBLICATIONS ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT

(For more information, please visit www.unctad.org/en/pub)

A. SERIAL PUBLICATIONS

World Investment Reports

(For more information visit www.unctad.org/wir)

World Investment Report 2008. Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge. Sales No. E.08.II.D.23. \$80. http://www.unctad.org/en/docs/wir2008_en.pdf.

World Investment Report 2007. Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge. An Overview. 42 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2008overview_en.pdf.

World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Extractive Industries and Development. Sales No. E.07.II.D.9. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf.

World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Extractive Industries and Development. An Overview. 50 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2007overview_en.pdf.

World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development. Sales No. E.06.II.D.11. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf.

World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development. An Overview. 50 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2006overview_en.pdf.

World Investment Report 2005. Transnational Corporations and the Internationalization of R&D. Sales No. E.05.II.D.10. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2005_en.pdf.

World Investment Report 2005. Transnational Corporations and the Internationalization of R&D. An Overview. 50 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2005overview_en.pdf.

World Investment Report 2004. The Shift Towards Services. Sales No. E.04.II.D.36. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2004_en.pdf.

World Investment Report 2004. The Shift Towards Services. An Overview. 62 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2004overview_en.pdf.

World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives. Sales No. E.03.II.D.8. \$49. http://www.unctad.org/en/docs/wir2003_en.pdf.

World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives. An Overview. 66 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2003overview_en.pdf.

World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness. 352 p. Sales No. E.02.II.D.4. \$49. http://www.unctad.org/en/docs/wir2002_en.pdf.

World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness. An Overview. 66 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2002overview_en.pdf.

World Investment Report 2001: Promoting Linkages. 356 p. Sales No. E.01.II.D.12 \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir01content.en.htm>.

World Investment Report 2001: Promoting Linkages. An Overview. 67 p. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir01content.en.htm>.

Ten Years of World Investment Reports: The Challenges Ahead. Proceedings of an UNCTAD special event on future challenges in the area of FDI. UNCTAD/ITE/Misc.45. <http://www.unctad.org/wir>.

World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development. 368 p. Sales No. E.99.II.D.20. \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir00content.en.htm>.

World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development. An Overview. 75 p. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir00content.en.htm>.

World Investment Directories

(For more information visit

http://r0.unctad.org/en/subsites/dite/fdistats_files/WID2.htm)

World Investment Directory 2004: Latin America and the Caribbean. Volume IX. 599 p. Sales No. E.03.II.D.12. \$25.

World Investment Directory 2003: Central and Eastern Europe. Vol. VIII. 397 p. Sales No. E.03.II.D.24. \$80.

Investment Policy Reviews

(For more information visit <http://www.unctad.org/pr>)

Investment Policy Review – Rwanda. 130 p. Sales No. E.06.II.D.15. \$25.

Investment Policy Review – Colombia 73 p. Sales No. E06.II.D.4. \$25.

Investment Policy Review – Kenya. 126 p. Sales No. E.05.II.D.21. \$25.

Investment Policy Review – Benin. 147 p. Sales No. F.04.II.D.43. \$25.

Investment Policy Review – Sri Lanka. 89 p. No. E.04.II.D.19. \$25.

Investment Policy Review – Algeria. 110 p. Sales No. F04.II.D.30. \$25.

Investment Policy Review – Nepal. 89 p. Sales No. E.03.II.D.17. \$20.

Investment Policy Review – Lesotho. 105 p. Sales No. E.03.II.D.18. \$15/18.

Investment Policy Review – Ghana. 103 p. Sales No. E.02.II.D.20. \$20.

Investment Policy Review – Tanzania. 109 p. Sales No. E.02.II.D.6 \$20.

Investment Policy Review – Botswana. 107 p. Sales No. E.01.II.D.I. \$22.

Investment Policy Review – Ecuador. 136 p. Sales No. E.01.II.D.31. \$25.

Investment and Innovation Policy Review – Ethiopia. 130 p. UNCTAD/ITE/IPC/Misc.4.

Investment Policy Review – Mauritius. 92 p. Sales No. E.01.II.D.11. \$22.

Investment Policy Review – Peru. 109 p. Sales No. E.00.II.D.7. \$22.

Investment Policy Review – Egypt. 119 p. Sales No. E.99.II.D.20. \$19.

Investment Policy Review – Uganda. 71 p. Sales No. E.99.II.D.24. \$15.

Investment Policy Review – Uzbekistan. 65 p. UNCTAD/ITE/IIP/Misc. 13.

International Investment Instruments

(For more information visit <http://www.unctad.org/ia>)

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XIV. Sales No. E.05.II.D.8. 326 p. \$60.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XIII. Sales No. E.05.II.D.7. 358 p. \$60.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XII. Sales No. E.04.II.D.10. 364 p. \$60.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XI. 345 p. Sales No. E.04.II.D.9. \$60. http://www.unctad.org/en/docs/dite4volxi_en.pdf.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. X. 353 p. Sales No. E.02.II.D.21. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v9.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. IX. 353 p. Sales No. E.02.II.D.16. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v9.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VIII. 335 p. Sales No. E.02.II.D.15. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v8.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VII. 339 p. Sales No. E.02.II.D.14. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v7.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VI. 568 p. Sales No. E.01.II.D.34. \$60. http://www.unctad.org/en/docs/ps1dited2v6_p1.en.pdf (part one).

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. V. 505 p. Sales No. E.00.II.D.14. \$55.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. IV. 319 p. Sales No. E.00.II.D.13. \$55.

UNCTAD Investment Guides

(For more information visit

<http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2705&lang=14>)

An Investment Guide to Rwanda: Opportunities and Conditions. 79 p. UNCTAD/ITE/IIA/2006/3.

An Investment Guide to Mali: Opportunities and Conditions. 68 p. UNCTAD/ITE/IIA/2006/2.

An Investment Guide to Kenya: Opportunities and Conditions. 92 p. UNCTAD/ITE/IIA/2005/2.

An Investment Guide to Tanzania: Opportunities and Conditions. 82 p. UNCTAD/ITE/IIA/2005/3.

An Investment Guide to the East African Community: Opportunities and Conditions. 109 p. UNCTAD/ITE/IIA/2005/4.

An Investment Guide to Mauritania: Opportunities and Conditions. 80 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2004/4.

Guide de l'investissement au Mali: Opportunités et Conditions. 76 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2004/1.

An Investment Guide to Cambodia: Opportunities and Conditions. 89 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2003/6. http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20036_en.pdf.

An Investment Guide to Nepal: Opportunities and Conditions. 97 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2003/2. http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20032_en.pdf.

An Investment Guide to Mozambique: Opportunities and Conditions. 109 p.
UNCTAD/ITE/IIA/4. <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiad4.en.pdf>.

An Investment Guide to Uganda: Opportunities and Conditions. 89 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2004/3.

An Investment Guide to Bangladesh: Opportunities and Conditions. 66 p.
UNCTAD/ITE/IIT/Misc.29. <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiitm29.en.pdf>.

An Investment Guide to Ethiopia: Opportunities and Conditions. 90 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2004/2.

International Investment Policies for Development
(For more information visit <http://www.unctad.org/ia>)

Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements.
103 p. Sales no. E.08.II.D.5. \$15.

Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations. 104 p. Sales
No. E.06.II.D.14. \$15.

International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues. 110 p.
Sales No. E.06.II.D.03. \$15.

Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review. 106 p. Sales No. E.06.II.D.1. \$15.

South-South Cooperation in Investment Arrangements. 108 p. Sales No. E.05.II.D.26. \$15.

International Investment Agreements in Services. 119 p. Sales No. E.05.II.D.15. \$15.

The REIO Exception in MFN Treatment Clauses. 92 p. Sales No. E.05.II.D.1. \$15.

Issues in International Investment Agreements
(For more information visit <http://www.unctad.org/ia>)

International Investment Agreements: Key Issues, Volumes I, II and III. Sales No.: E.05.II.D.6. \$65.

State Contracts. 84 p. Sales No. E.05.II.D.5. \$15.

Competition. 112 p. E.04.II.D.44. \$15.

Key Terms and Concepts in IIAs: a Glossary. 232 p. Sales No. E.04.II.D.31. \$15.

Incentives. 108 p. Sales No. E.04.II.D.6. \$15.

Transparency. 118 p. Sales No. E.04.II.D.7. \$15.

Dispute Settlement: State-State. 101 p. Sales No. E.03.II.D.6. \$15.

Dispute Settlement: Investor-State. 125 p. Sales No. E.03.II.D.5. \$15.

Transfer of Technology. 138 p. Sales No. E.01.II.D.33. \$18.

Illicit Payments. 108 p. Sales No. E.01.II.D.20. \$13.

Home Country Measures. 96 p. Sales No. E.01.II.D.19. \$12.

**Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international
au service du développement**

Host Country Operational Measures. 109 p. Sales No E.01.II.D.18. \$15.

Social Responsibility. 91 p. Sales No. E.01.II.D.4. \$15.

Environment. 105 p. Sales No. E.01.II.D.3. \$15.

Transfer of Funds. 68 p. Sales No. E.00.II.D.27. \$12.

Flexibility for Development. 185 p. Sales No. E.00.II.D.6. \$15.

Employment. 69 p. Sales No. E.00.II.D.15. \$12.

Taxation. 111 p. Sales No. E.00.II.D.5. \$12.

Taking of Property. 83 p. Sales No. E.00.II.D.4. \$12.

National Treatment. 94 p. Sales No. E.99.II.D.16. \$12.

Admission and Establishment. 69 p. Sales No. E.99.II.D.10. \$12.

Trends in International Investment Agreements: An Overview. 133 p. Sales No. E.99.II.D.23. \$12.

Lessons from the MAI. 52 p. Sales No. E.99.II.D.26. \$10.

Fair and Equitable Treatment. 85 p. Sales No. E.99.II.D.15. \$12.

Transfer Pricing. 71 p. Sales No. E.99.II.D.8. \$12.

Scope and Definition. 93 p. Sales No. E.99.II.D.9. \$12.

Most-Favoured Nation Treatment. 57 p. Sales No. E.99.II.D.11. \$12.

Investment-Related Trade Measures. 57 p. Sales No. E.99.II.D.12. \$12.

Foreign Direct Investment and Development. 74 p. Sales No. E.98.II.D.15. \$12.

B. INVESTMENT ADVISORY SERVICES

Series A. No. 1. *Aftercare: A Core Function In Investment Promotion*. UNCTAD/ITE/IPC/2007/1 (October 2007).

Series A. No. 2. *Shaping the Investment Climate: The IPA as Policy Advocate* (forthcoming).

No. 18. *A Survey of Support by Investment Promotion Agencies to Linkages*. UNCTAD/ITE/IPC/2005/12. ISSN: 1819-5938.

C. INDIVIDUAL STUDIES

Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. 110 p. Sales No. E.07.II.D.10. \$30.

Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking. 172 p. Sales No. E.06.II.D.16. \$30.

Investment Provisions in Economic Integration Agreements. 174 p. UNCTAD/ITE/IIT/2005/10.

Globalization of R&D and Developing Countries. 242 p. Sales No. E.06.II.D.2. \$35.

Prospects for Foreign Direct Investment and the Strategies of Transnational Corporations, 2005-2008. 74 p. Sales No. E.05.II.D.32. \$18.

World Economic Situation and Prospects 2005. 136 p. Sales No. E.05.II.C.2. \$15. (Joint publication with the United Nations Department of Economic and Social Affairs.)

Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries. 318 p. Sales No. E.03.II.D.32. \$35. http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20037_en.pdf.

FDI in Land-Locked Developing Countries at a Glance. 112 p. UNCTAD/ITE/IIA/2003/5.

FDI in Least Developed Countries at a Glance: 2002. 136 p. UNCTAD/ITE/IIA/6. http://www.unctad.org/en/docs/iteiia6_en.pdf.

Foreign Direct Investment in Africa: Performance and Potential. 89 p. UNCTAD/ITE/IIT/Misc.15. Free of charge. Also available from <http://www.unctad.org/en/docs/poiteitm15.pdf>.

TNC-SME Linkages for Development: Issues-Experiences-Best Practices. Proceedings of the Special Round Table on TNCs, SMEs and Development, UNCTAD X, 15 February 2000, Bangkok, Thailand. 113 p. UNCTAD/ITE/TEB1. Free of charge.

Measures of the Transnationalization of Economic Activity. 93 p. Sales No. E.01.II.D.2. \$20.

The Competitiveness Challenge: Transnational Corporations and Industrial Restructuring in Developing Countries. 283p. Sales No. E.00.II.D.35. \$42.

FDI Determinants and TNC Strategies: The Case of Brazil. 195 p. Sales No. E.00.II.D.2. \$35. Summary available from <http://www.unctad.org/en/pub/psiteiid14.en.htm>.

Studies on FDI and Development

TNCs and the Removal of Textiles and Clothing Quotas. 78 p. Sales No. E.05.II.D.20.

Measuring Restrictions on FDI in Services and Transition Economies, 56 p. Sales No. 06.II.D.13.

D. JOURNALS

Transnational Corporations Journal (formerly *The CTC Reporter*).
Published three times a year. Annual subscription price: \$45; individual
issues \$20. http://www.unctad.org/en/subsites/dite/1_itnacs/1_tnacs.htm.

Les publications des Nations Unies peuvent être obtenues auprès de librairies
et de distributeurs partout dans le monde. Adressez-vous à votre librairie
habituelle ou écrivez à:

Pour l'Afrique, l'Asie et l'Europe:

Section des ventes
Office des Nations Unies à Genève
Palais des Nations
CH-1211 Genève 10 (Suisse)
Tél: (41-22) 917-1234
Télécopie: (41-22) 917-0123
Courriel: unpubli@unog.ch

Pour l'Asie et le Pacifique, les Caraïbes, l'Amérique latine et l'Amérique du
Nord:

Section des ventes
Bureau DC2-0853
Secrétariat de l'ONU
New York, NY 10017
États-Unis d'Amérique
Tél: (1-212) 963-8302 ou (800) 253-9646
Télécopie: (1-212) 963-3489
Courriel: publications@un.org

Tous les prix sont en dollars des États-Unis.

Pour plus d'informations sur les activités de la Division de l'investissement, de la technologie et du développement des entreprises de la CNUCED, écrire à:

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
Division de l'investissement et des entreprises
Palais des Nations, bureau E.10054
CH-1211 Genève 10 (Suisse)
Tél: (41-22) 917-5651
Télécopie: (41-22) 917-0498
Courriel: <http://www.unctad.org>

QUESTIONNAIRE

Identifying Core Elements in Investment Agreements in the APEC region Sales No. S.08.II.D.27

In order to improve the quality and relevance of the work of the UNCTAD Division on Investment, Technology and Enterprise Development, it would be useful to receive the views of readers on this publication. It would therefore be greatly appreciated if you could complete the following questionnaire and return it to:

Readership Survey

UNCTAD Division on Investment and Enterprise
United Nations Office at Geneva
Palais des Nations, Room E-9123
CH-1211 Geneva 10, Switzerland
Fax: 41-22-917-0194

1. Name and address of respondent (optional):

2. Which of the following best describes your area of work?

- | | | | |
|-----------------------------|--------------------------|----------------------------------|--------------------------|
| Government | <input type="checkbox"/> | Public enterprise | <input type="checkbox"/> |
| Private enterprise | <input type="checkbox"/> | Academic or research institution | <input type="checkbox"/> |
| International organization | <input type="checkbox"/> | Media | <input type="checkbox"/> |
| Not-for-profit organization | <input type="checkbox"/> | Other (specify) _____ | |

3. In which country do you work? _____
4. What is your assessment of the contents of this publication?
- | | | | |
|-----------|--------------------------|----------|--------------------------|
| Excellent | <input type="checkbox"/> | Adequate | <input type="checkbox"/> |
| Good | <input type="checkbox"/> | Poor | <input type="checkbox"/> |
5. How useful is this publication to your work?
- | | | | |
|-------------|--------------------------|-----------------|--------------------------|
| Very useful | <input type="checkbox"/> | Somewhat useful | <input type="checkbox"/> |
| Irrelevant | <input type="checkbox"/> | | |
6. Please indicate the three things you liked best about this publication:
- _____
- _____
- _____
7. Please indicate the three things you liked least about this publication:
- _____
- _____
- _____
8. If you have read other publications of the UNCTAD Division on Investment, Enterprise Development and Technology, what is your overall assessment of them?
- | | | | |
|--------------------|--------------------------|--|--------------------------|
| Consistently good | <input type="checkbox"/> | Usually good, but with some exceptions | <input type="checkbox"/> |
| Generally mediocre | <input type="checkbox"/> | Poor | <input type="checkbox"/> |

9. On average, how useful are those publications to you in your work?

Very useful Somewhat useful
Irrelevant

10. Are you a regular recipient of *Transnational Corporations* (formerly *The CTC Reporter*), UNCTAD-DITE's tri-annual refereed journal?

Yes No

If not, please check here if you would like to receive a sample copy sent to the name and address you have given above:

