



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

Distr.
GÉNÉRALE
TD/B/COM.2/68
18 janvier 2006
FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT
Commission de l'investissement, de la technologie
et des questions financières connexes
Genève, 6-10 mars 2006
Point 4 de l'ordre du jour provisoire

**ÉTABLISSEMENT DE RÈGLES EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT
INTERNATIONAL: TENDANCES, QUESTIONS
NOUVELLES ET INCIDENCES**

Note du secrétariat de la CNUCED*

Résumé

La présente note met en évidence les tendances observées récemment en matière d'accords internationaux d'investissement ainsi que des questions nouvelles, en particulier les difficultés systémiques dues à l'interdépendance des accords existants et leurs incidences sur la cohérence des politiques. Elle traite en outre des conséquences qui en résultent, notamment pour les pays en développement.

* Le présent document a été soumis à la date indiquée ci-dessus en raison de retards survenus dans la procédure.

TABLE DES MATIÈRES

<i>Chapitre</i>	<i>Page</i>
INTRODUCTION	3
I. TENDANCES RÉCENTES DES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT	4
A. Accords bilatéraux d'investissement	4
B. Conventions de double imposition	6
C. Autres accords internationaux d'investissement.....	7
D. Différends internationaux en matière d'investissement.....	9
II. QUESTIONS SYSTÉMIQUES	10
A. Interactions des dispositions d'un accord international d'investissement	10
1. Effet d'explication	10
2. Effet de cumul.....	11
3. Effet de contradiction	11
4. Effet d'amplification.....	12
B. Interactions avec d'autres accords internationaux d'investissement	12
1. Effet de renforcement	12
2. Effet de cumul.....	13
3. Effet de contradiction	13
C. Interactions avec les concessions publiques	14
D. Résoudre les contradictions systémiques et promouvoir la cohérence.....	14
III. CONSÉQUENCES	15
A. Conséquences générales	15
B. Conséquences pour les pays en développement	16
RÉFÉRENCES	18
FIGURES	
1. Nombre d'ABI signés entre 1990 et 2004, total cumulé	4
2. Nombre total d'ABI signés fin 2004, par groupe de pays	5
3. Nombre de CDI conclues, au total et année par année, entre 1990 et 1994 ...	7
4. Augmentation du nombre d'accords internationaux d'investissements autres que les ABI et les CDI, entre 1957 et juin 2005	8

INTRODUCTION

1. Au cours des 10 dernières années, les accords internationaux d'investissement se sont multipliés aux niveaux bilatéral, régional et interrégional. L'année dernière, plus de trois accords de ce type ont été signés chaque semaine. À cet égard, il convient de relever un certain nombre d'éléments. Premièrement, la nébuleuse des accords internationaux d'investissement, qui comprend les accords bilatéraux d'investissement (ABI), les conventions de double imposition et d'autres accords d'investissement, a poursuivi son expansion. Deuxièmement, une nouvelle génération d'accords apparaît dont les dispositions ont tendance à être de plus en plus élaborées et complexes, précisant le sens de certaines clauses standards et couvrant un plus large éventail de questions. Troisièmement, l'élaboration des politiques économiques se complique à cause de l'enchevêtrement des obligations découlant d'accords qui comportent de multiples dispositions applicables aux mêmes questions. Parallèlement, un certain nombre d'accords ne sont pas appliqués – soit parce qu'ils ne sont pas ratifiés par les parlements nationaux, soit parce qu'ils ne sont pas mis en œuvre par les autorités compétentes. De plus, les accords d'investissement ont une durée limitée et, compte tenu de l'évolution du droit international en la matière, plusieurs pays entreprennent de renégocier les accords existants. L'intensification de la négociation d'accords internationaux d'investissement s'accompagne aussi d'une augmentation des différends entre investisseurs et États. La multiplication des interprétations de certaines clauses par les tribunaux d'arbitrage ajoute encore à la complexité du sujet. Dans ces conditions, les pays – et les entreprises – doivent composer avec un ensemble de règles de plus en plus complexe qui se superposent et se juxtaposent et entraînent parfois un chevauchement des obligations et des engagements.

2. Cette situation engendre des difficultés nouvelles pour les responsables et les décideurs. L'intégration économique mondiale ne cesse de s'intensifier, et ses effets sur l'économie intérieure sont de plus en plus compliqués à gérer et les risques liés à la signature d'accords internationaux d'investissement (AII) d'autant plus grands. Dans ce contexte, il s'agit donc avant tout de conserver une politique nationale de développement économique cohérente.

3. Le souci des pays de préserver cette cohérence face au foisonnement des dispositions se heurte à plusieurs considérations. D'une manière générale, les interactions entre les dispositions de divers accords internationaux d'investissement peuvent prendre au moins cinq formes différentes. Premièrement, une disposition peut avoir pour objet de créer un droit ou une obligation, et une autre, de définir ce droit ou cette obligation, auquel cas il s'agit d'une interaction «d'explication». Deuxièmement, des dispositions figurant dans des accords distincts peuvent instituer un même droit ou une même obligation, ou en prévoir l'application, et l'on a donc affaire à un «renforcement». Troisièmement, elles peuvent créer des droits ou des obligations différents pour un même objet et ont donc un effet de «cumul». Quatrièmement, une disposition peut limiter, réduire ou annuler des droits ou des obligations prévus par une autre disposition, d'où une situation de «contradiction». Enfin, une disposition peut renforcer l'effet d'un droit ou d'une obligation qui découle d'une autre disposition et jouer un rôle d'«amplification».

4. L'étude qui suit met en évidence les tendances observées récemment dans le domaine des accords internationaux d'investissement, ainsi que les questions nouvelles. Y sont ensuite décrites certaines relations d'interaction les plus courantes dans les accords existants et les difficultés systémiques qu'il y a à maintenir une cohérence politique. Enfin, sont abordées

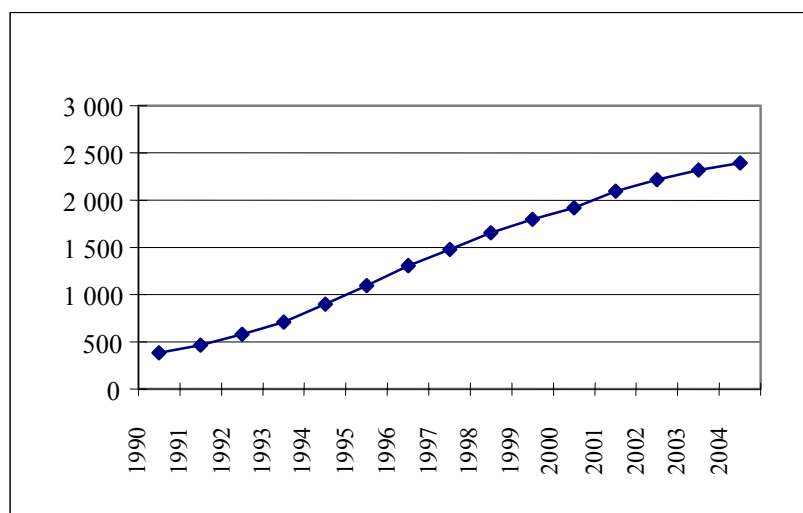
les incidences de la complexité croissante du système international d'investissement, en particulier pour les pays en développement.

I. TENDANCES RÉCENTES DES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT

A. Accords bilatéraux d'investissement

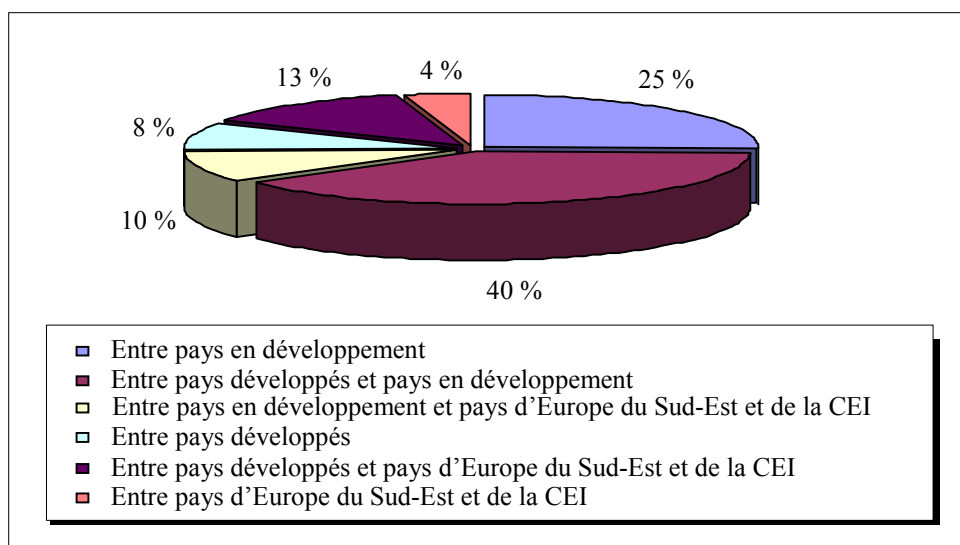
5. L'univers des accords bilatéraux d'investissement (ABI) a poursuivi son expansion l'année dernière, quoique plus lentement. En 2004, 73 nouveaux ABI ont été conclus, dont 10 pour remplacer des accords antérieurs, ce qui a porté leur nombre total à 2 392 (voir la figure 1). Ces chiffres attestent néanmoins d'un ralentissement depuis 2001. Deux accords sur cinq ont été signés entre des pays développés et des pays en développement, et un quart entre des pays en développement (voir la figure 2). Les pays développés ne passent généralement pas ce genre d'accord entre eux: soit leurs relations d'investissement sont régies par d'autres instruments internationaux, tels que le Code de la libéralisation des mouvements de capitaux de l'OCDE, soit la protection offerte par la législation du pays d'accueil est jugée suffisante. Si les pays développés restent en tête du classement pour le nombre d'accords signés, dernièrement les pays en développement ont intensifié leur activité dans ce domaine, ce qui s'est traduit par un accroissement rapide du nombre d'accords Sud-Sud.

Figure 1. Nombre d'ABI signés entre 1990 et 2004, total cumulé



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

Figure 2. Nombre total d'ABI signés fin 2004, par groupe de pays
(en pourcentage)



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

6. Dans la catégorie des accords bilatéraux d'investissement entre pays du Sud, la Chine, l'Égypte, la République de Corée et la Malaisie ont signé chacune plus de 40 accords avec d'autres pays en développement. En fait, chacun de ces quatre pays a signé plus d'accords avec d'autres pays en développement qu'avec des pays développés. L'augmentation du nombre d'accords bilatéraux d'investissement entre pays en développement s'explique par la place croissante qui est faite, dans les stratégies de développement, à la coopération entre pays du Sud en matière d'investissement, ainsi que par l'arrivée de quelques grandes entreprises de pays en développement sur la scène internationale (CNUCED, 2005a).

7. Les accords bilatéraux d'investissement couvrent en général les questions clés ci-après: portée et définition de l'investissement; admission et établissement; traitement national; traitement de la nation la plus favorisée; traitement juste et équitable; indemnisation en cas d'expropriation ou de préjudice causé à l'investissement; garantie de libre transfert des fonds; et mécanisme de règlement des différends, à la fois entre États et entre investisseurs et États (CNUCED, 1998). Tout récemment, une nouvelle génération d'accords bilatéraux d'investissement au contenu et à la portée plus larges a commencé d'apparaître, dans le sillage de certains accords commerciaux récents qui comportent des chapitres consacrés à l'investissement. On en trouve un bon exemple dans les nouveaux ABI types des États-Unis d'Amérique et du Canada, qui présentent tous des nouveautés importantes. Plusieurs pays d'Amérique latine ont eux aussi commencé de négocier ce nouveau type d'accord avec d'autres pays (CNUCED, à paraître, a).

8. Cette évolution normative – qui résulte dans une large mesure de l'expérience tirée de l'application du chapitre sur l'investissement de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) – fait apparaître quatre grandes tendances. Premièrement, certains ABI de la nouvelle génération et certains ABI types s'écartent de la définition traditionnelle, non limitative d'un investissement reposant sur des actifs en s'efforçant de concilier le maintien d'une définition

suffisamment générale de l'investissement avec l'exclusion d'actifs que les parties ne souhaitent pas voir considérés comme des investissements. Deuxièmement, des modifications sont apportées au libellé de diverses obligations contractuelles de fond en vue d'affiner l'expression et de clarifier le sens de dispositions traitant de normes absolues de protection, s'agissant notamment du «traitement juste et équitable» et de la notion d'expropriation indirecte. Troisièmement, les ABI portent désormais non seulement sur des aspects purement économiques, tels que les investissements dans les services financiers, mais aussi sur des questions de réglementation pour lesquelles on cherche à ménager une plus grande latitude au pays d'accueil – concernant, par exemple, la santé, la sécurité, l'environnement, la promotion des droits du travail reconnus au niveau international. Quatrièmement, des innovations importantes sont apportées aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, en particulier pour ce qui est d'une plus grande transparence des procédures d'arbitrage (par exemple, audiences publiques, publication des documents juridiques relatifs aux différends).

9. Une autre grande tendance est que les pays s'efforcent de plus en plus de renégocier les accords existants, soit lorsqu'ils arrivent à échéance, soit parce que la situation a changé. Si les accords bilatéraux font généralement l'objet d'une reconduction tacite, dans certains cas les pays entreprennent de les renégocier et acceptent en général de prendre des engagements plus larges. Dans ce cas, le nouvel accord remplace le précédent, ou le modifie substantiellement. Cette tendance à la renégociation s'est amplifiée à partir des années 90: 85 accords avaient été renégociés en 2004, contre seulement 34 en 2000.

10. En 2004, 78 accords bilatéraux d'investissement sont entrés en vigueur, ce qui a porté à plus de 1 718 le nombre total d'accords en vigueur (d'après les données disponibles) (CNUCED, 2005b). Cela indique que près de 30 % des accords signés n'avaient pas été ratifiés et n'étaient donc pas entrés en vigueur fin 2004. Les conditions de ratification varient d'un pays à l'autre en fonction de la Constitution et des procédures législatives. Dans certains pays, par exemple, pour pouvoir ratifier un accord, il faut adopter une loi d'exécution, laquelle peut à son tour exiger des adaptations importantes des textes applicables. Toutefois, la signature d'un ABI (même si celui-ci n'est pas entré en vigueur) a des conséquences juridiques pour la protection et la promotion des investissements étrangers. La ratification n'est cependant qu'une étape. Elle doit être suivie de l'application effective des dispositions de l'accord, ce qui suppose notamment de veiller à la cohérence entre les obligations découlant de cet accord et les politiques et stratégies nationales, et d'informer correctement les principaux bénéficiaires de l'accord, à savoir les investisseurs étrangers et les autorités locales qui sont de fait chargées de son application. Beaucoup de pays en développement sont à la traîne en la matière, ce qui engendre parfois des différends onéreux et d'autres effets contraires à ce qui est recherché par l'acceptation d'engagements internationaux.

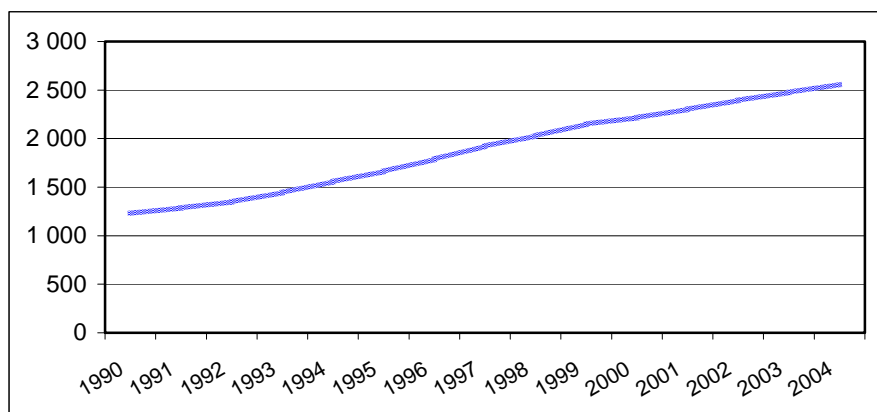
B. Conventions de double imposition

11. En 2004, 84 nouvelles conventions de double imposition (CDI) ont été passées entre 80 pays. L'augmentation du nombre de CDI s'est donc poursuivie, malgré un léger ralentissement par rapport à 2003, pour atteindre un total de 2 559 accords fin 2004 (voir la figure 3). Contrairement à ce que l'on a pu constater pour les ABI, les 10 premiers pays signataires de CDI sont des pays développés. Environ 39 % des conventions ont été passées entre des pays en développement et des pays développés, 29 % sont des accords entre pays

développés, 19 % concernent des pays en transition et les 13 % restants ont été passés entre des pays en développement.

12. Pour ce qui est des conventions conclues par des pays en développement, on observe une tendance semblable à celle des accords bilatéraux d'investissement, bien que moins prononcée, à une coopération accrue entre pays du Sud. Après la signature de la première Convention Sud-Sud (entre l'Argentine et le Pérou) en 1948, les CDI se sont rapidement multipliées dans la seconde moitié des années 90. Dans les années 90, 156 nouvelles CDI ont été signées entre 69 pays en développement et on en dénombrait au total 256 fin 1999. Cette tendance a perduré jusqu'en 2004, avec un total de 345 conventions impliquant 90 pays en développement.

Figure 3. Nombre de CDI conclues, au total et année par année, entre 1990 et 2004



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

C. Autres accords internationaux d'investissement

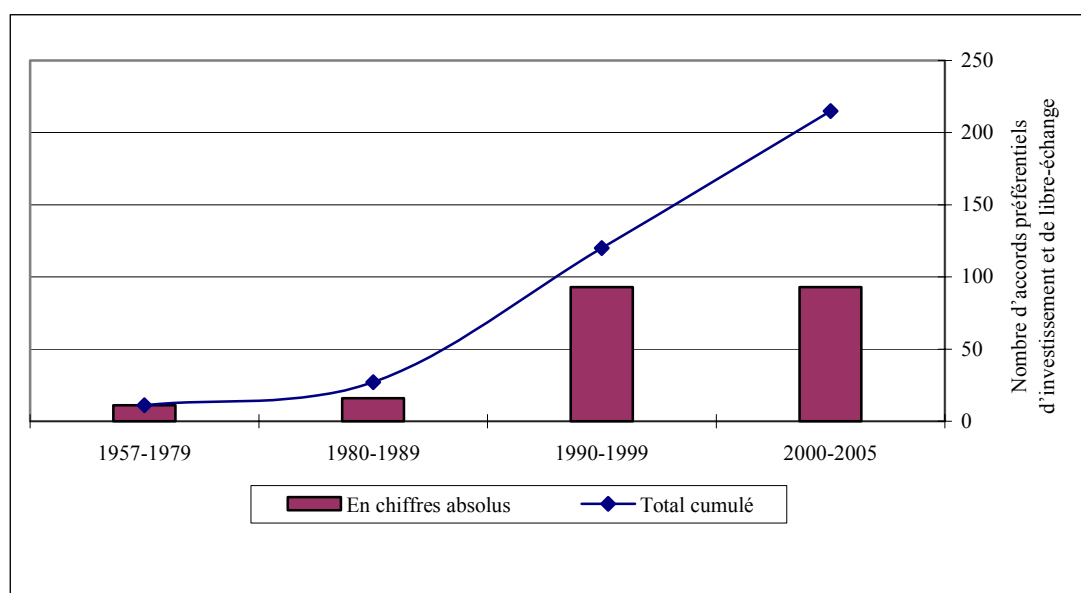
13. Outre les ABI et les CDI, des règles relatives aux investissements internationaux sont de plus en plus souvent adoptées dans le cadre d'accords bilatéraux, régionaux, interrégionaux et plurilatéraux visant à faciliter les transactions commerciales et les opérations d'investissement (CNUCED, à paraître, b)¹. En plus d'une gamme variable de dispositions relatives à la libéralisation et à la promotion des échanges, ces accords prévoient des engagements de libéralisation, de protection ou de promotion des flux d'investissement entre les parties. Leur nombre est en progression constante et, en juin 2005, on en comptait plus de 215 (contre 209 fin 2004). Pour la grande majorité, soit environ 87 %, ils ont été signés à partir des années 90 (voir la figure 4). Leur multiplication est l'une des évolutions majeures des relations économiques internationales ces dernières années, sous l'effet d'une concurrence mondiale croissante à laquelle les pays doivent faire face en matière de ressources et de marchés. Bien sûr, le choix des partenaires au sein d'une région et d'une région à une autre dépend non seulement

¹ Ces accords peuvent prendre différents noms: «accord de libre-échange», «accord commercial régional», «accord de partenariat économique», «accord d'intégration économique», «accord de partenariat de la nouvelle génération», «accord de complémentarité économique», «accord d'établissement d'une zone de libre-échange», «accord de partenariat économique renforcé».

d'une diversité d'intérêts économiques et politiques, mais aussi des caractéristiques des pays concernés.

14. Comme indiqué plus haut, l'un des principaux objectifs de ces accords est de faciliter les flux commerciaux et les flux d'investissement. À cette fin, les dispositions relatives aux investissements visent en premier lieu à libéraliser les flux d'investissement et, dans une moindre mesure, à protéger et à encourager les investissements. Elles portent en outre souvent sur des questions connexes, comme la protection de la propriété intellectuelle et la concurrence. Ainsi, par rapport aux ABI, ces accords ont un champ d'application, une approche et un contenu beaucoup plus variés, même si certains traitent relativement peu de questions d'investissement. En outre, les accords récents ont de plus en plus tendance à englober un plus large éventail de transactions économiques, concernant notamment le commerce des biens et services, les investissements et les capitaux, et le marché du travail. Cependant, ils ne traitent pas nécessairement les questions d'investissement et les questions commerciales et autres de la même manière. En conséquence, plus les questions traitées sont nombreuses, plus les accords sont complexes et plus le texte exprimera la situation particulière de pays qui, d'une part n'ont pas le même niveau de développement économique et, d'autre part, se trouvent dans des régions différentes.

Figure 4. Augmentation du nombre d'accords internationaux d'investissement autres que les ABI et les CDI, entre 1957 et juin 2005



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

15. Comme dans le cas des ABI, la structure des accords récents et leur approche de l'investissement ont été influencées par des accords antérieurs, notamment les accords bilatéraux d'investissement et les Accords de l'OMC, et se situent dans le prolongement des accords auxquels ils succèdent. De ce fait, un certain nombre de constantes caractérise les dispositions relatives aux investissements, même si les variantes sont nombreuses:

- Les accords axés sur la libéralisation des investissements répondent en général à deux approches principales. La première est illustrée par l'ALENA et prévoit une libéralisation effective assortie d'un certain nombre d'exceptions pour chaque pays (méthode de la liste négative). L'autre (dont on trouve des exemples dans plusieurs accords de l'Union européenne avec des pays tiers) consiste à prévoir la suppression progressive des restrictions à l'entrée, à l'établissement et à l'exploitation des investissements;
- Les accords qui prévoient la protection et la libéralisation des investissements (conclus par un petit groupe de pays, dont le Chili, les États-Unis d'Amérique, le Japon, le Maroc, le Mexique et Singapour) suivent le modèle de l'ALENA, mais sont plus complets (ils couvrent un plus grand nombre de secteurs), plus détaillés et, pour la plupart, plus rigoureux que les précédents accords d'investissement établis sur le modèle de l'ALENA;
- D'autres accords récents ont une portée plus restreinte en ce qui concerne les questions d'investissement et établissent uniquement des modalités de coopération pour la promotion des investissements (c'est le cas par exemple des accords de libre-échange signés entre les pays de l'Association européenne de libre-échange et les pays d'Europe centrale).

16. En somme, bien qu'il y ait un certain nombre de points communs dans le contenu et la structure des principales dispositions applicables aux investissements dans les accords récents, même des accords de types analogues présentent des différences importantes. De nouveaux accords commencent à voir le jour, dont la structure et la façon d'aborder les questions d'investissement sont réellement inédites. Dans bien des cas, les différences sont liées à la nécessité de corriger certains défauts relevés dans l'application des accords précédents. Ainsi, l'évolution observée dans l'élaboration des règles applicables à l'investissement dans les nouveaux accords repose à la fois sur l'expérience acquise et sur l'expérimentation de nouvelles solutions pour faire face à de nouvelles difficultés. Parallèlement, les interactions entre un grand nombre de règles contenues dans un même accord traitant de l'investissement et d'autres activités économiques créent un risque de chevauchement et d'incompatibilité. D'où la difficulté de mesurer toutes les incidences juridiques et politiques de tels accords et un risque accru de différends.

D. Différends internationaux en matière d'investissement

17. Les initiatives bilatérales et régionales précédemment décrites sont destinées à renforcer la confiance des investisseurs dans la fiabilité du cadre législatif et réglementaire. Un important pilier de cette équation est la mise en place d'un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et État. Les investisseurs recourent de plus en plus souvent à ce mécanisme, ce qui a de sérieuses incidences sur le développement. Le nombre total d'affaires ainsi portées devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) du Groupe de la Banque mondiale et devant d'autres instances d'arbitrage a énormément augmenté au cours des cinq dernières années, avec au moins 219 plaintes connues en novembre 2005².

² Dans plusieurs systèmes d'arbitrage, l'existence d'un différend et son issue ne sont jamais rendues publiques. Même dans le système d'arbitrage du CIRDI, les décisions des tribunaux

Cette évolution pose des difficultés particulières aux pays en développement. Au moins 61 gouvernements – dont 37 de pays en développement, 14 de pays développés et 10 de pays d'Europe du Sud-Est et de la Communauté d'États indépendants – ont été parties à des procédures d'arbitrage (CNUCED, à paraître, c).

18. Les différends en matière d'investissement concernent toutes les activités et tous les types d'investissements (y compris des contrats de privatisation et des concessions publiques), tout un éventail de secteurs et d'activités et peuvent avoir des répercussions financières considérables, du point de vue aussi bien du coût de la procédure d'arbitrage que des décisions rendues. Compte tenu de la forte expansion des différends découlant d'accords internationaux d'investissement et des frais occasionnés par ces différends, il faut que les gouvernements fassent preuve de discernement dans leur négociation de tels accords. Il faut aussi qu'ils suivent l'évolution des différends afin d'anticiper les causes possibles d'une action en justice. En outre, il est important de faire le point des diverses expériences de l'application des obligations internationales contenues dans les accords internationaux d'investissement et d'en tirer des enseignements.

II. QUESTIONS SYSTÉMIQUES

19. Les interactions des dispositions d'un accord international d'investissement et les interactions des accords eux-mêmes peuvent être néfastes à la cohérence des politiques. En général, celle-ci demande que les dispositions des accords internationaux d'investissement conclus par un pays cadrent avec sa politique nationale en la matière. Le champ d'application des accords ne devrait donc être ni trop étendu, ni trop restreint (c'est-à-dire ne pas aller au-delà, ni rester en deçà des exigences de la politique qui les sous-tend). La cohérence des politiques veut aussi que les accords internationaux d'investissement conclus par un pays soient compatibles entre eux. Non seulement il devrait être possible à une partie de se conformer à toutes les dispositions applicables des accords, mais le respect de telle ou telle disposition ne devrait pas compromettre la mise en œuvre de la politique qui sous-tend telle autre. Dans ce contexte, plusieurs questions méritent d'être examinées³.

A. Interactions des dispositions d'un accord international d'investissement

1. Effet d'explication

20. Les interactions des dispositions d'un accord que l'on observe le plus couramment sont d'ordre *explicatif*. Dans tout accord international d'investissement, ce sont les interactions des

n'ont pas toujours été rendues publiques. Bien que cette situation avance progressivement, cela signifie qu'il n'est pas possible de connaître le nombre réel d'affaires portées devant les tribunaux à ce jour, ni d'obtenir des renseignements sur tous les points de droit ou de fait mis en cause. Le CIRDI est la seule instance d'arbitrage où il existe un registre public des plaintes. On sait toutefois qu'un certain nombre de plaintes sont jugées par des instances autres que le CIRDI.

³ Pour une analyse plus approfondie, voir UNCTAD/APEC (2005).

dispositions relatives aux définitions, aux exceptions, aux questions de fond et au règlement des différends qui déterminent la portée générale de l'accord. Ainsi, la disposition relative à l'expropriation qui figure dans de nombreux accords prescrit une indemnisation en cas d'expropriation d'un investissement, mais la nature des actifs qu'elle vise est généralement déterminée par la définition du terme «investissement». En l'espèce, le principal risque pour la cohérence peut venir de la complexité de l'accord. Plus les dispositions mises en interaction sont nombreuses, plus le risque que les négociateurs soient incapables d'anticiper toutes les conséquences de ces interactions est grand.

2. *Effet de cumul*

21. Une interaction de plus en plus courante avec l'extension du champ d'application des accords d'investissement de la nouvelle génération est l'interaction de nature *cumulative*. Les accords contenant un chapitre sur l'investissement et un autre sur le commerce des services, par exemple, présentent un risque d'incohérence manifeste. Ainsi, il arrive que le chapitre sur l'investissement contienne des dispositions relatives à l'établissement fondées sur une approche de type liste négative, alors que le chapitre sur les services contient, lui, des dispositions en matière d'accès aux marchés fondées sur une approche de type liste positive. Il en va de même des accords comportant un chapitre sur le commerce des services considéré dans son ensemble et d'autres chapitres sur le commerce de services spécifiques, tels que les services financiers.

22. L'interaction de nature *cumulative* peut concerner non seulement les dispositions de fond d'un même accord, mais aussi les dispositions relatives au règlement des différends. Par exemple, certains accords comportent un chapitre sur l'investissement prévoyant un mécanisme spécifique de règlement des différends État-investisseur qui vient s'ajouter au mécanisme de règlement des différends plus général inscrit dans l'accord. La question peut se poser de savoir si des différends concernant d'autres chapitres de l'accord peuvent être soumis au mécanisme de règlement des différends État-investisseur.

3. *Effet de contradiction*

23. Dans les accords internationaux d'investissement, un conflit peut surgir entre l'objectif du pays d'origine de l'investissement étranger direct (IED), qui est d'obtenir le niveau de libéralisation et de protection de l'investissement le plus élevé possible, et les intérêts du pays bénéficiaire de l'IED, qui sont de mettre l'accent sur la contribution au développement de l'accord et de conserver une marge de manœuvre suffisante dans ce domaine. La tension créée par une telle situation est évidente. Une marge de manœuvre trop importante affaiblit la valeur des obligations internationales. Des obligations trop strictes limitent à l'excès la marge de manœuvre. Élaborer des accords internationaux d'investissement dont les objectifs, la structure, l'application et le contenu sont équilibrés du point de vue des objectifs de développement n'est donc jamais aisé.

24. Dans une optique de développement, les prescriptions de résultats, les mesures d'incitation, les politiques en matière de transfert de technologie et la politique de concurrence peuvent revêtir une importance toute particulière de par leur contribution potentielle aux objectifs visés. Dans chacun de ces domaines, il existe des solutions plus ou moins favorables au développement. Mais très peu d'accords s'y réfèrent encore explicitement. Faute de dispositions spécifiques, le principe fondamental de non-discrimination qui figure dans les accords peut

empêcher les pays en développement d'imposer des obligations spéciales aux seuls investisseurs étrangers.

4. *Effet d'amplification*

25. Il arrive que les dispositions d'un accord amplifient l'effet d'autres dispositions du même accord. Par exemple, un pays d'accueil qui conclut un accord international d'investissement contenant un chapitre sur le commerce des services peut s'engager à octroyer un accès aux marchés aux fournisseurs de services dans un secteur d'activité particulier. Une fois la présence commerciale d'un fournisseur de services établie dans le pays d'accueil conformément à cet engagement d'accès aux marchés, cette présence commerciale peut aussi être considérée comme un investissement au sens du chapitre sur l'investissement, et donc être admise à bénéficier de toutes les protections accordées à l'investissement en général.

B. Interactions avec d'autres accords internationaux d'investissement

1. *Effet de renforcement*

26. Bien souvent, les dispositions de différents accords se renforcent les unes les autres. Les accords existants ne sont pas tous élaborés selon la même approche. Ils peuvent contenir des dispositions par lesquelles les parties réaffirment les engagements contractés en vertu d'autres accords. Il en va ainsi, par exemple, des dispositions relatives aux services dans lesquelles les parties réaffirment les engagements déjà contractés en vertu de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). Les accords internationaux d'investissement exigent parfois des parties qu'elles respectent leurs obligations au titre d'un autre accord, par exemple l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce de l'OMC. Il arrive aussi qu'un accord reprenne des obligations figurant dans des accords antérieurs, à tel effet que la violation de l'un de ces accords pourrait constituer une violation de l'accord d'investissement et, par conséquent, permettre de saisir d'un différend concernant la violation alléguée de l'accord antérieur le mécanisme de règlement des différends de l'accord d'investissement, d'où un risque de double procédure.

27. Une disposition très courante des accords internationaux d'investissement qui peut servir à intégrer les dispositions de nombreux autres accords est la clause de la nation la plus favorisée (NPF), en vertu de laquelle le pays d'accueil accorde à l'investissement visé par l'accord un traitement non moins favorable que celui qui est accordé à tout autre investissement étranger. Selon le libellé de la clause NPF, le pays bénéficiaire peut être contraint de respecter, pour ce qui est des investissements visés, les engagements contractés en matière d'investissement étranger dans tout autre accord auquel il est partie.

28. À certains égards, l'intégration au titre de la clause NPF peut être légèrement plus restrictive qu'une intégration prévue par une disposition plus explicite. Premièrement, les clauses NPF prescrivent généralement non pas un traitement identique, mais un traitement «non moins favorable», ce qui permet au pays d'accueil d'octroyer un traitement différent dès lors qu'il n'est pas moins favorable. Deuxièmement, les clauses NPF ne s'appliquent qu'aux investissements réalisés «dans des circonstances similaires», permettant au pays d'accueil de faire abstraction des engagements pris au titre d'un autre accord international d'investissement si l'investissement visé par l'accord considéré n'est pas réalisé dans des circonstances similaires.

29. À d'autres égards, toutefois, l'intégration au titre de la clause NPF produit des effets beaucoup plus étendus que toute autre interaction de renforcement. Une clause NPF reprend non seulement les obligations qui découlent d'un autre accord d'investissement, mais aussi celles qui découlent de tous les autres accords conclus par une partie. Elle inclut également les obligations qui résulteront d'accords futurs. Les engagements qui sont pris dans d'autres accords le sont évidemment en fonction d'un équilibre global d'obligations contractées et de droits reconnus. Or, une clause NPF intègre les engagements pris par une partie en vertu d'autres accords en les dissociant des droits correspondants (situation du «bénéficiaire sans contrepartie»). À reprendre des engagements ainsi sortis de leur contexte d'origine, on court le risque qu'ils soient trop généreux⁴.

2. *Effet de cumul*

30. On observe souvent une interaction de nature *cumulative* entre les dispositions de différents accords d'investissement. Par exemple, la plupart des accords internationaux d'investissement s'appliquent à des investissements qui permettent de fournir des services à l'étranger et qui pourraient aussi être régis par l'AGCS dans la mesure où on pourrait considérer qu'ils constituent une présence commerciale dans le pays d'accueil.

31. L'interaction de nature *cumulative* peut aussi toucher des dispositions concernant la procédure. C'est le cas en particulier lorsque des dispositions relatives aux services créent des obligations similaires à celles prévues dans l'AGCS et peuvent de ce fait donner lieu à des différends pouvant relever aussi bien du mécanisme de règlement de différends de l'OMC que de celui de l'accord considéré.

32. Qu'elles portent sur les dispositions d'un même accord ou d'accords différents, des procédures de règlement des différends multiples constituent une grave menace pour la cohérence. Avant tout, elles peuvent donner lieu à des interprétations divergentes des accords. Et même lorsque les conclusions concordent, les dépenses occasionnées par deux procédures redondantes peuvent être considérables.

3. *Effet de contradiction*

33. Il arrive que les dispositions de différents accords soient en contradiction les unes avec les autres. Par exemple, un accord bilatéral peut accorder un droit d'établissement aux investisseurs étrangers, alors qu'un accord régional souscrit par l'État partie à l'accord bilatéral peut l'exclure. De la même manière, les accords peuvent contenir des dispositions ou des libellés différents concernant les prescriptions de résultats et d'autres questions de fond relatives au traitement de l'investissement étranger dans le pays.

⁴ Toutefois, le risque inverse existe aussi, c'est-à-dire que les deux parties à un accord d'investissement soient des «bénéficiaires sans contrepartie». Voir, à ce sujet, CNUCED (2004a).

C. Interactions avec les concessions publiques

34. Il existe aussi parfois des interactions entre les dispositions d'un accord d'investissement et celles d'un contrat conclu entre un pays d'accueil et un investisseur (concession publique), par exemple en ce qui concerne une autorisation d'investissement (CNUCED, 2004b). Dans certains cas, il peut s'agir d'un effet de renforcement. Ainsi, lorsque l'accord contient une clause générale faisant obligation au pays hôte de respecter les obligations contractées en matière d'investissement, toute violation d'une concession publique constitue aussi une violation de l'accord. Si la concession publique comporte une clause attributive de compétence précisant les modalités de règlement des différends, l'investisseur peut soumettre le différend à la fois à l'organe désigné par cette clause et au mécanisme spécifié dans l'accord d'investissement.

35. Il arrive que les dispositions d'accords d'investissement et celles de concessions publiques soient en contradiction les unes avec les autres. Par exemple, toute interdiction relative aux prescriptions de résultats figurant dans un accord peut empêcher le pays hôte d'inscrire certaines conditions dans une concession publique. De la même manière, les dispositions en matière de non-discrimination peuvent l'empêcher d'accorder un traitement préférentiel à l'investisseur visé par la concession.

D. Résoudre les contradictions systémiques et promouvoir la cohérence

36. Quelques accords internationaux d'investissement font appel à un certain nombre de solutions pour préserver une cohérence générale face à une situation de chevauchement de diverses dispositions; on en recense au moins cinq.

37. La solution de la «définition» consiste à définir les éléments d'une disposition de manière à éliminer toute disparité avec les dispositions correspondantes d'autres accords internationaux d'investissement. Cela suppose toutefois que des accords différents emploient des définitions presque identiques (par exemple, pour le terme «investissement»). C'est une solution qui peut être difficile à appliquer. Il en va de même, bien qu'à un moindre degré, de la «portée» des dispositions, qui peut être limitée pour que les dispositions considérées n'entrent en conflit avec des dispositions correspondantes (par exemple, le champ d'application géographique et temporel d'un accord). La solution de la «hiérarchie» précise, quant à elle, la disposition qui prévaut en cas de divergence. C'est l'approche préconisée par la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui prévoit que les dispositions du traité postérieur l'emportent sur celles du traité antérieur pour autant que les parties soient parties aux deux instruments. Un problème systémique pourrait donc se poser si une partie à des accords contradictoires n'était pas partie à la Convention de Vienne. La solution du «choix» permet à un acteur spécifié de choisir la disposition applicable en cas de disparité. Cette solution, qui est très rarement utilisée, se rapproche des procédures de règlement des différends. Enfin, la solution de l'«accord» dispose que toute disparité sera résolue par accord entre les parties. La question de savoir ce qui se passerait en cas d'échec reste ouverte.

III. CONSÉQUENCES

A. Conséquences générales

38. Le nombre d'accords internationaux d'investissement a considérablement augmenté depuis 1990, formant un ensemble de plus en plus complexe constitué d'une superposition de règles d'investissement multiformes. D'un côté, cet ensemble de normes contribue à la prévisibilité, à la transparence et à la stabilité des relations internationales en matière d'investissement, conditions indispensables pour attirer l'IED et profiter des avantages qu'il offre. D'un autre côté, les initiatives actuelles aux niveaux bilatéral et régional rendent la réglementation internationale en matière d'investissement toujours plus complexe, d'où un risque de chevauchement et de manque de cohérence des obligations.

39. Il en découle un certain nombre de conséquences dont il faudra tenir compte à l'avenir dans l'élaboration des règles en matière d'investissement international.

- Premièrement, la complexité des négociations s'accroît à mesure que le nombre de pays et de sujets augmente. Dès lors deux questions se posent: où fixer les limites d'une négociation? Quels engagements les parties sont-elles prêtes à prendre?
- Deuxièmement, la négociation d'un accord d'investissement englobe des questions de politique publique délicates, interdépendantes, qui, au niveau des principes du moins, touchent à tout un ensemble de préoccupations nationales, de plus en plus souvent d'ordre social et environnemental, notamment. Les accords illustrent de fait l'internationalisation croissante de la conduite de la politique intérieure, qu'il pourrait être très préjudiciable pour le développement des pays d'accueil de ne pas prendre correctement en considération. C'est pourquoi les accords internationaux d'investissement doivent parvenir à un certain équilibre de droits et de responsabilités – soit en les intégrant dans le même instrument, soit en établissant des passerelles avec d'autres instruments internationaux contraignants ou non;
- Troisièmement, bien que les accords internationaux d'investissement contiennent, par nature, des obligations qui, par définition, limitent l'autonomie des parties contractantes, il faut ménager aux pays une certaine flexibilité pour qu'ils puissent poursuivre leurs objectifs de développement en fonction des besoins et des circonstances qui leur sont propres. Plus les accords d'investissement cherchent à étendre leur champ d'action au-delà des questions de promotion et de protection et, en particulier, à promouvoir la libéralisation, plus les négociations sont compliquées. Lorsque l'objectif est la libéralisation de la réglementation des investissements, il peut être préférable de viser une libéralisation progressive, et non pas des engagements à effet immédiat et de portée universelle;
- Quatrièmement, la transparence dans la conduite des négociations est essentielle pour que les accords internationaux d'investissement bénéficient du soutien et se voient reconnu la légitimité nécessaires. L'information, la compréhension et la contribution de tous les acteurs du développement sont importantes.

B. Conséquences pour les pays en développement

40. Si les questions ci-dessus intéressent tous les pays quel que soit leur niveau de développement – pays développés, pays en développement, pays en transition – elles sont d'autant plus pertinentes pour les pays en développement qu'ils sont moins bien équipés pour y répondre. À cet égard, ils ont quatre défis particuliers à relever:

- Premièrement, ils doivent déterminer comment intégrer au mieux les accords internationaux d'investissement dans leurs politiques de développement économique. Ces accords contribuent au développement économique en créant un environnement stable, prévisible et transparent pour l'investissement étranger. Toutefois, tous les accords internationaux restreignent le pouvoir discrétionnaire des parties, et les pays en développement doivent conserver une marge d'action suffisante pour promouvoir leur développement économique sans réduire l'efficacité des accords internationaux d'investissement;
- Deuxièmement, ces pays doivent établir et maintenir une cohérence d'action face à une multitude d'accords qui interagissent les uns avec les autres. Il leur faut tout d'abord élaborer une stratégie nationale de développement cohérente qui intègre les politiques concernant l'investissement, le commerce, la concurrence et la technologie et la production industrielle. Chaque nouvel accord négocié doit être soumis à une analyse minutieuse afin de vérifier qu'il est non seulement compatible avec le développement économique du pays, mais qu'il le favorise. Ces dernières années, il est devenu plus difficile pour les pays en développement d'établir et de maintenir une cohérence d'action, et ce, pour deux raisons au moins. La première tient au fait que beaucoup de ces pays sont maintenant à la fois importateurs et exportateurs de capitaux et qu'un accord peut de ce fait avoir une double incidence pour eux, en tant qu'ils sont pays de destination et pays d'origine. La deuxième raison tient au nombre et à la complexité mêmes des accords;
- Troisièmement, les pays en développement doivent être capables d'analyser la portée des obligations qu'ils contractent lorsqu'ils concluent un accord d'investissement. Ils doivent aussi développer leur capacité de comprendre les incidences économiques et sociales des engagements figurant dans les accords;
- Quatrièmement, ils doivent honorer les engagements contractés. Il leur faut pour cela mener à bien les procédures de ratification, mettre leurs lois et leurs pratiques nationales en conformité avec les engagements pris, sensibiliser et former les autorités locales qui appliquent les dispositions, gérer les différends qui surviennent et réévaluer les politiques nationales en matière d'investissement à la lumière des stratégies nationales de développement et de l'expérience acquise.

41. Élaborer des accords internationaux d'investissement offrant un bon compromis entre les objectifs de développement et ces préoccupations reste un pari difficile. Pour renforcer la contribution au développement des accords internationaux d'investissement, il faut aussi mettre davantage l'accent sur les engagements que doivent prendre les pays d'origine et sur ce que les STN peuvent faire pour que leurs investissements contribuent davantage au développement des pays en développement (CNUCED, 2005c, 2001a et 2001b). Comme il a été noté précédemment, ces pays, et surtout les pays les moins avancés auront certainement d'autant plus de mal à satisfaire à ces conditions qu'ils manquent souvent de ressources humaines et financières pour appliquer les accords, d'où l'importance de la coopération technique pour le renforcement des capacités afin de les aider à mieux évaluer les options qui s'offrent à eux avant de négocier de nouveaux accords et à honorer les engagements pris. Les organisations internationales peuvent jouer un rôle dans ce domaine.

RÉFÉRENCES

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) (à paraître, a). *Bilateral Investment Treaties 1995-2005: Trends in Investment Rule-making*. Études de la CNUCED consacrées aux politiques de l'investissement international et au développement (Genève et New York: Nations Unies), publication des Nations Unies.

_____ (à paraître, b). *Economic Integration Investment Agreements*. Études de la CNUCED consacrées aux politiques de l'investissement international et au développement (Genève et New York: Nations Unies), publication des Nations Unies.

_____ (à paraître, c). *Latest Developments in Investor-State dispute settlement. IIA Monitor Nr. 4 (2005)*, publication des Nations Unies.

_____ (2005a). *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*. Études de la CNUCED consacrées aux politiques de l'investissement international et au développement (Genève et New York: Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.05.II.D.26.

_____ (2005b). *Many Bits Have Yet To Enter Into Force, IIA Monitor Nr. 3 (2005)*, UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2005/10, disponible à l'adresse: www.unctad.org/iaa.

_____ (2005c). «Rapport de la Réunion d'experts sur les contributions positives des entreprises au développement économique et social des pays en développement d'accueil, Genève, 31 octobre-2 novembre 2005».

_____ (2004a). *The REIO Exception in MFN Treatment Clauses*. Études de la CNUCED consacrées aux politiques de l'investissement international et au développement (Genève et New York: Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.05.II.D.1.

_____ (2004b). *State Contracts*. Études de la CNUCED consacrées aux accords internationaux d'investissement (Genève et New York: Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.05.II.D.5.

_____ (2001a). *Home Country Measures*. Études de la CNUCED consacrées aux accords internationaux d'investissement (Genève et New York: Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.01.II.D.19.

_____ (2001b). *Social Responsibility*. Études de la CNUCED consacrées aux accords internationaux d'investissement (Genève et New York: Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.01.II.D.4.

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

_____ et Association de coopération économique Asie-Pacifique (CNUCED et APEC) (2005). *International Investment Agreements: Recent Trends and Implications* (Genève et Singapour: CNUCED et APEC).
