



Continentalisation
Cahier de recherche 04-04

LES ÉTATS-UNIS ET LA LIBÉRALISATION DE L'INVESTISSEMENT

CHRISTIAN DEBLOCK



Centre Études internationales et Mondialisation
Institut d'études internationales de Montréal
Université du Québec à Montréal
C.P. 8888, succ. Centre-ville,
Montréal, H3C 3P8

Tel : (514) 987 3000 # 3910
<http://www.ceim.uqam.ca>

AOÛT 2004

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans cette publication demeurent l'entière responsabilité de l'auteur-e et ne reflètent pas nécessairement ceux du Centre Études internationales et Mondialisation (CEIM).

« Les États-Unis ont toujours accueilli favorablement les investissements étrangers dans leur pays. Ces investissements apportent de substantiels bénéfices aux États-Unis. (...) Nos lois et règlements octroient aux investisseurs étrangers un traitement juste, équitable et non-discriminatoire.(...) Les États-Unis estiment que les investissements directs à l'étranger devraient également recevoir un traitement juste, équitable et non-discriminatoire, en conformité avec les standards juridiques internationaux. Le principal instrument pour le traitement de l'investissement est le principe du traitement national: les investisseurs étrangers ne doivent pas être traités moins favorablement que les investisseurs nationaux dans des situations semblables. (...) Les États-Unis s'opposent au recours par les gouvernements de pratiques qui distordent, restreignent ou imposent des contraintes déraisonnables aux investissements directs. Cela inclut des mesures comme les obligations commerciales ou de performance, les avantages fiscaux ou financiers. (...) Les États-Unis sont particulièrement préoccupés par les règles en matière d'investissement qui interdisent à l'industrie des services de faire des affaires à l'étranger. (...) »

Ronald Reagan, *Statement on International Investment Policy*, 9 septembre 1983.

Acteur-clé de la scène économique internationale, les États-Unis ont joué un rôle central dans la reconstruction de l'économie mondiale après la Seconde Guerre mondiale. De même, prenant la mesure des évolutions nouvelles prises par l'économie mondiale au tournant des années 1980, ont-ils joué un rôle déterminant dans le développement rapide que connaît depuis lors la mondialisation des marchés. Sur le plan de la mondialisation du droit également, leur rôle est loin d'être négligeable, et ce, même si les progrès réalisés dans ce domaine sont loin de correspondre à leurs attentes. En fait, ce à quoi on a assisté depuis une vingtaine d'années, c'est à une véritable prolifération d'accords de tout genre. Dans le domaine de l'investissement en particulier, il y aurait, selon la Banque mondiale, actuellement en vigueur pas moins de 2200 traités bilatéraux de l'investissement, 200 accords régionaux de coopération et quelque 500 conventions ou instruments multilatéraux¹. La rapidité avec laquelle la mondialisation s'est étendue et la course à l'investissement auxquels se livrent les pays ne sont, bien entendu, pas étrangers à cette prolifération désordonnée d'accords internationaux, mais tous ces accords ont beau s'enchevêtrer les uns dans les autres, converger quant aux dispositions et impliquer un nombre toujours grandissant de pays, cela ne crée pas pour autant un cadre juridique universel.

¹ Banque mondiale, *World Development Report 2005. Improving the Investment Climate for Growth and Poverty Reduction*, Washington, septembre 2004. (voir en particulier le chapitre 9: International Rules and Standards.

Un puissant mouvement de fond est à l'œuvre actuellement, poussé du « bas vers le haut » par les marchés et relayé par les grandes puissances, les États-Unis en tête, pour mettre en place des cadres normatifs universels, mais ce mouvement bute sur l'absence de « consensus explicite » au sein de la Communauté internationale tant sur les principes que sur les règles à suivre. Qui plus est, loin d'arranger les choses, les trois membres de la triade formée des États-Unis, de l'Union européenne et du Japon auraient, selon la CNUCED², une plus forte propension à signer des accords avec les pays qui feraient partie de leur zone d'influence, et ce, avec d'autant plus de facilité que ces derniers cherchent eux-mêmes à consolider, sinon établir une relation commerciale privilégiée avec leur partenaire principal et, sur la base de celle-ci, s'assurer un approvisionnement stable et régulier en capitaux et transferts de technologie. Autrement dit, si l'hypothèse de la CNUCED est fondée, cela signifierait non seulement que des mégablocs seraient en train de se former au sein de l'économie mondiale, la distribution géographique des accords correspondant sensiblement à celle des stocks d'investissement, mais surtout qu'il n'y aurait pas un, mais plusieurs modèles normatifs évoluant en parallèle, sinon en concurrence.

Certes, la mondialisation s'accommode fort bien des différences régionales et, dans une certaine mesure, la régionalisation des accords peut être considérée comme une solution temporaire à l'absence de cadre multilatéral. L'engagement des grandes puissances dans cette voie n'est d'ailleurs pas étranger aux difficultés rencontrées au sein des grands forums internationaux, mais force est de constater que, si cet engagement a pu créer ce que l'actuel Représentant au commerce des États-Unis, Robert B. Zoellick, appelle un climat de « libéralisation compétitive », les choses n'avancent guère sur le plan multilatéral. Du moins, pas dans le sens où les États-Unis le voudraient.

En effet, qu'il s'agisse du commerce, de l'investissement ou de tout autre domaine de l'économie mondiale, l'un des traits caractéristiques de la diplomatie commerciale des États-Unis, c'est sa très grande continuité, une continuité qui se double, et ce depuis la Seconde Guerre mondiale, d'une forte détermination à exercer un leadership exclusif dans les affaires économiques internationales. Cette continuité, elle apparaît tout d'abord sur le plan des principes, en particulier pour deux d'entre eux : premièrement, les marchés doivent être libres de toute interférence publique et deuxièmement, les relations commerciales entre les États ne doivent pas faire l'objet de discrimination, de quelque nature que ce soit. Elle apparaît ensuite dans la volonté de donner à ces principes un caractère formel universel, notamment par l'instauration de régimes multilatéraux qui viendront sanctionner ceux-ci

² CNUCED, « Towards mega blocks? », *World Investment Report*, 2003, Genève, pp. 23-26.

sur le plan légal et fixer en conséquence les lignes de conduite et les politiques des pays membres. Quant à la détermination des États-Unis d'exercer leur leadership, elle s'exprime de deux façons : dans le droit exclusif qu'ils s'adjugent de déterminer ce sur quoi doit porter l'intérêt commun d'une part et dans celui de définir le contenu et la portée des règles communes d'autre part.

Une telle vision des choses n'est pas sans conséquences. En particulier, elle implique qu'il ne saurait y avoir pour les États-Unis d'autre modèle normatif sur le plan international que le leur et que, si différence il doit y avoir entre les multiples modes de négociation, il ne peut s'agir que de différences de niveau, chacun d'eux étant forcément en interaction avec les autres. Elle ne va pas non plus sans soulever d'énormes problèmes ni susciter les plus vives tensions lorsqu'il s'agit de mettre en place des cadres normatifs internationaux. Par construction, le multilatéralisme est un mode de coopération qui repose sur l'égalité lorsqu'il s'agit d'aborder les questions d'intérêt commun et sur le critère de généralité lorsqu'il s'agit de définir les règles communes³. Sauf à accepter l'idée selon laquelle les États-Unis seraient, comme en défend l'argument la théorie de la stabilité hégémonique, le producteur des biens collectifs internationaux et, par le fait, même le garant de la stabilité du système international, l'adhésion à tout accord-cadre international commande la conciliation des intérêts et le partage de valeurs communes.

Ce sont ces dimensions particulières de la diplomatie commerciale américaine, de même que leurs conséquences sur la négociation internationale du traitement de l'investissement que nous nous proposons d'explorer plus en détail dans les pages qui suivent. Nous commencerons par présenter les principes généraux qui guident les autorités américaines dans ce domaine pour, ensuite, aborder successivement les négociations multilatérales, les négociations bilatérales et, enfin, les négociations hémisphériques qui feront l'objet d'un traitement particulier. Nous reviendrons dans la conclusion sur ses résultats, mais aussi sur les impasses auxquelles elle conduit la négociation internationale.

³ Lindsey Powell. « In Defense of Multilateralism », conférence présentée dans le cadre du colloque *Global Environmental Governance: The Post-Johannesburg Agenda*, Yale Center for Environmental Law and Policy, 23-25 octobre 2003 (disponible en ligne).

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT

Les États-Unis arrivent au premier rang mondial tant pour les investissements à l'étranger que pour les investissements entrants. Ils ont pour politique et pratique de contrôler très peu les entrées de capitaux et les activités des entreprises étrangères sur leur territoire⁴, et ce, depuis les débuts de la République⁵. En retour, ils s'attendent à obtenir la réciprocité de leurs partenaires, quitte à leur forcer la main⁶. La politique américaine à l'égard de l'investissement en général et de l'investissement étranger en particulier repose sur deux grands principes : celui de neutralité d'une part et celui de non-discrimination d'autre part.

⁴ La réciprocité est vraie également. Le gouvernement des États-Unis intervient très peu dans les affaires des entreprises américaines engagées à l'étranger. On peut néanmoins mentionner l'expérience des années soixante. Alors confronté au problème du déficit de la balance des paiements, le gouvernement américain a demandé aux FMN de limiter leurs sorties de capitaux vers les pays développés et de rapatrier davantage de dividendes en provenance de ces derniers. D'abord incitative, la mesure est devenue obligatoire en 1968, mais, devant les vives récriminations des milieux d'affaires, le gouvernement fera progressivement marche arrière.

⁵ La plupart des observateurs renvoient au rapport de 1791 d'Alexander Hamilton sur les manufactures, un rapport souvent cité pour justifier la politique de la porte ouverte et la philosophie de base en matière d'investissement étranger. L'extrait suivant du rapport est on ne peut plus explicite: « Il n'est pas impossible que certaines personnes soient enclines à regarder d'un œil jaloux l'introduction du capital étranger, comme s'il s'agissait d'un instrument qui viendrait priver nos propres citoyens des profits de notre propre industrie. Plutôt que de considérer celui-ci comme un concurrent, il faudrait plutôt voir en lui un précieux auxiliaire qui nous permet de mettre en mouvement une plus grande quantité de travail productif et de créer plus d'entreprises utiles que ce serait le cas sans lui. Il n'est pas moins évident que, pour un pays comme les États-Unis, disposant d'une quantité infinie de ressources inexploitées, chaque farthing de capital étranger, qui servira à améliorer notre environnement et à développer des établissements industriels permanents, est une acquisition précieuse. » (Alexander Hamilton, *Report on Manufactures*, 5 décembre 1791, disponible en ligne). Sur l'historique des débats, voir Mira Wilkins, *The History of Foreign Investment in the United States to 1914*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1989. Voir également Douglas A. Irwin, « The Aftermath of Hamilton's "Report on Manufactures" », *The Journal of Economic History*, Vol. 64, No. 3, Septembre 2004, <http://www.dartmouth.edu/~dirwin/ham.pdf>

⁶ La section 301 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur a été modifiée en 1984 pour inclure les pratiques en matière d'investissement et autoriser le Président à retirer les privilèges commerciaux octroyés aux pays dont les pratiques commerciales sont discriminatoires pour les États-Unis, qu'il s'agisse des biens, des services ou des investissements. Le spécial 301 porte plus spécifiquement sur les droits de propriété intellectuelle. La loi de 2002 sur le commerce extérieur reprend explicitement l'argument en vertu duquel les investisseurs américains à l'étranger doivent recevoir le même traitement que les investisseurs étrangers aux États-Unis. La loi précise en

Neutralité et non-discrimination

Le principe de neutralité renvoie à l'idée que le gouvernement ne doit agir ni dans un sens ni dans l'autre; autrement dit, celui-ci ne doit ni décourager ni encourager les investissements étrangers de quelque manière que ce soit⁷. Ce principe peut cependant, dans certains cas, rares néanmoins, être renforcé par celui de réciprocité⁸. Le principe de non-discrimination ou traitement national⁹ signifie que les entreprises étrangères doivent recevoir le même traitement que les entreprises nationales, notamment en ce qui a trait (1) aux conditions d'établissement, (2) à la gestion et aux opérations, et (3) à l'utilisation des revenus et des fonds¹⁰. Le traitement national est également étendu à l'application des lois et règlements, de même qu'aux conditions et compensations en cas d'expropriation à des fins d'intérêt public.

Ces deux principes sont des principes généraux qui participent, pour le premier, de la conception bien ancrée dans la société américaine selon laquelle progrès et liberté économiques sont indissociables et pour le second, que les droits individuels, en particulier le droit de propriété, doivent primer sur tout autre droit. Cela dit, il s'agit de principes généraux, de surcroît de portée universelle, qui n'excluent pas qu'il puisse y avoir néanmoins certaines formes de restriction, voire certaines formes d'encouragement, certaines justifiées, d'autres beaucoup moins. Que constatons-nous en effet? Deux choses.

Tout d'abord, et il convient de le rappeler, le traitement national s'applique aux investissements étrangers ; ceux-ci sont protégés par la Constitution, et la majeure partie des lois, à tous les niveaux de gouvernement, s'applique indistinctement aux entreprises,

outre que les investisseurs étrangers aux États-Unis ne doivent pas bénéficier de droits et avantages supérieurs aux investisseurs américains.

⁷ Edward M. Graham et Paul R. Krugman, *Foreign Direct Investment in the United States*, Washington, Institute for International Economics, 1989. Voir également Norman J. Glickman et Douglas P. Woodward, *The New Competitors. How Foreign Investors are Changing the U.S. Economy*, New York, Basic Books, 1989; Michel Rainelli, *Les investissements étrangers aux États-Unis*, Paris, Economica, 1990; Vito Tanzi et Isaias Coelho, « Barriers to Foreign Investment in the U.S. and other Nations », *Annals, AAPSS*, 516, juillet 1991, pp. 154-168.

⁸ Selon le principe de réciprocité, un investissement sera autorisé si le pays d'origine offre des avantages « comparables » ou « équivalents » aux investisseurs américains.

⁹ En vertu du principe du traitement national, chaque Partie contractante doit accorder aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs. Le principe NPF impose à toute Partie contractante d'étendre aux autres Parties les privilèges qu'elle accorde aux investisseurs d'une ou plusieurs Parties en particulier. Le traitement concerne, d'une manière générale, l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente d'investissements.

¹⁰ Il n'y a pas non plus de restrictions imposées aux transferts de capitaux et de revenus en dehors des mesures qui peuvent être prises pour des raisons de sécurité nationale, de politique étrangère, d'activités illicites ou de financement du terrorisme.

que celles-ci soient nationales ou étrangères. Les principales restrictions ont trait à la sécurité nationale et à la protection des informations classifiées¹¹. Elles s'appliquent notamment aux marchés publics de la défense et à certains secteurs à risque, celui de l'énergie nucléaire, par exemple, soumis, depuis 1954, à un mécanisme d'octroi de licences dont sont exclus les entreprises étrangères et les gouvernements étrangers. D'autres formes de restriction, plus douteuses, existent cependant. Il convient cependant de préciser qu'elles sont malgré tout peu nombreuses et qu'elles datent le plus souvent de la fin du 19^e -début du 20^e siècle. Néanmoins elles sont liées à la défense d'intérêts particuliers. C'est le cas des restrictions qui s'appliquent, entre autres, aux secteurs du transport (transport aérien et cabotage et navigation intérieure)¹², des banques¹³, des mines¹⁴, voire encore à l'acquisition de terres. Mentionnons également que l'accès à certains programmes nationaux de financement¹⁵, dans les domaines de la recherche-développement et de l'énergie notamment, est soumis à certaines restrictions de citoyenneté. Une certaine souplesse existe toutefois, en autant qu'il est possible de faire la démonstration que c'est dans l'intérêt économique des États-Unis et que le pays dont origine l'investisseur ou la filiale accorde la réciprocité et assure une protection adéquate des droits de propriété intellectuelle.

Ensuite, on constatera que, si le gouvernement américain intervient très peu pour attirer les investissements étrangers et faciliter leurs activités aux États-Unis, par contre, les États et les gouvernements locaux sont très actifs dans ce domaine. Les autorités de ces deux paliers de gouvernement ont adopté, notamment à partir des années 1980, de nombreuses mesures incitatives en vue d'attirer les investissements pour les bénéfices économiques, réels ou potentiels, qu'ils procurent¹⁶. Mais, là encore, il convient de noter, premièrement, que ces mesures ne sont toutefois guère différentes de celles que l'on retrouve

¹¹ Les sociétés étrangères sont soumises à d'importantes restrictions lorsqu'elles exécutent des contrats nécessitant l'accès à des informations confidentielles. Les conditions sont toutefois assouplies lorsqu'il n'y a pas d'étrangers parmi les administrateurs ou lorsqu'un accord de procuration existe entre la filiale d'une société étrangère et une autre compagnie américaine ou lorsqu'il y a entente de gestion avec le gouvernement.

¹² La loi de 1958 sur l'aviation oblige les transporteurs aériens à avoir une licence. Le transporteur doit être une entreprise américaine, 75 % du capital doit appartenir à des Américains et les deux tiers de la direction et du conseil d'administration doivent être des Américains. Des dispositions analogues s'appliquent au transport par voies navigables intérieures. D'après la Loi Jones, les navires doivent être construits aux États-Unis et les sociétés exploitant ceux-ci doivent être contrôlées à 75 % et plus par des ressortissants américains.

¹³ La loi de 1987 sur les banques internationales octroie le traitement national aux entreprises étrangères, mais des dispositions particulières peuvent être appliquées au niveau des États.

¹⁴ La loi de 1920 sur les concessions minières impose des exigences de citoyenneté aux activités de transport ou d'exploitation dans les domaines du charbon, du pétrole et certains minéraux. Toutefois, les investisseurs étrangers peuvent contrôler une compagnie américaine qui, elle, aura le droit de réaliser ces activités. La réciprocité doit cependant s'appliquer aux entreprises américaines.

¹⁵ Les services offerts par la Société pour les investissements privés à l'étranger (OPIC) sont également réservés aux citoyens américains

¹⁶ Pour une synthèse des débats, voir OCDE, Groupe de travail du Comité des échanges, *Étude sur la relation entre le commerce et l'investissement direct étranger*, TD/TC/WP(2002)14/FINAL, 24 juin 2002.

ailleurs (réductions fiscales, subventions directes, financement d'infrastructures, etc.) ; deuxièmement, qu'elles s'appliquent à toute catégorie d'entreprises, que celles-ci soient nationales ou étrangères ; et troisièmement que les États ne peuvent à toutes fins pratiques réglementer les investissements étrangers, la Constitution imposant, en effet, la liberté du commerce entre les États, que ce commerce soit le fait d'entreprises nationales ou étrangères.

Il est difficile de mesurer le coût et l'impact réel des différentes mesures d'attraction de l'investissement étranger, le dynamisme renouvelé de l'économie américaine et la taille de son marché ayant sans doute un impact plus grand sur la confiance des investisseurs que les mesures incitatives. Par contre, il est intéressant de relever qu'en matière de restrictions, les États-Unis sont loin d'avoir suivi le mouvement général. Au début des années 1980 en effet, les États-Unis étaient, de tous les pays de l'OCDE, le pays le plus ouvert à l'investissement. Selon une étude récente, ils se situent maintenant dans la moyenne OCDE en ce qui a trait aux restrictions à l'IDE¹⁷. Il y a deux raisons principales à ceci. Premièrement, la libéralisation de l'investissement a touché de nombreux pays, ceux de l'Europe communautaire en particulier, ce qui a été beaucoup moins le cas aux États-Unis. Deuxièmement, les restrictions relatives à la sécurité ont été renforcées. Toutefois, comme nous allons le préciser maintenant, il ne s'agit pas non plus de surestimer leur impact réel.

¹⁷ Giuseppe Nicoletti, Steve Golub, Dana Hajkova, Daniel Mirza et Kwang-Yeol Yoo, *Policies and International Integration: Influences on Trade and Foreign Direct Investment*, OCDE, *Economics Department Working Papers* n° 359, 17 juin 2003; Steve Golub, « Measures of Restrictions on Inward Foreign Direct Investment for OECD Countries », OCDE, *Economics Department Working Papers*, n° 357, 2003.

LE CONTRÔLE DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER

Les États-Unis ont toujours été plus intéressés à préserver l'accès de leurs entreprises à l'étranger qu'à contrôler les entrées d'investissement sur leur territoire¹⁸. En fait, en dehors des exceptions prévues par la loi que nous venons d'évoquer, les entreprises étrangères investissant et oeuvrant aux États-Unis sont traitées de la même manière que les entreprises nationales. Leur seule obligation est de déclarer leurs investissements au Département du Commerce, mais, ceci à des fins statistiques uniquement¹⁹. Certains contrôles existent cependant, ou du moins possibilité il y a de blocage des projets d'acquisition ou d'investissement après investigation si ces projets peuvent affecter la sécurité nationale, et ce, en vertu de l'amendement Exon-Florio à la Loi Omnibus de 1988 sur le commerce et la compétitivité. L'application de la Loi relève du Comité sur les investissements étrangers aux États-Unis. Il convient cependant de replacer cet amendement et la création de ce comité dans leur contexte historique.

Les entrées importantes de capitaux étrangers, d'abord de capitaux pétroliers dans les années 1970 puis de capitaux japonais dans les années 1980, susciteront certaines inquiétudes dans l'opinion publique, ce dont les médias et le Congrès se feront l'écho²⁰. Ces inquiétudes étaient aussi nombreuses que variées. Elles portaient sur le lobbying et le financement étranger des partis politiques, sur le contrôle étranger des intérêts économiques et la perte de puissance de l'économie américaine, sur le détournement des secrets militaires et le contrôle des technologies et approvisionnements dans le domaine de la défense, ou encore, plus généralement, sur l'indépendance et la souveraineté nationales. De plus, le contexte économique à l'époque était difficile et marqué, d'un côté, par les

¹⁸ UNCTD, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*, New York, 2003, p. 266.

¹⁹ La Loi de 1990 sur l'investissement étranger direct et l'amélioration des données financières vise à mieux coordonner le travail des différentes agences et à améliorer l'information statistique. Elle ne contient pas, cependant, de prescriptions supplémentaires. Il faut cependant noter le rôle très actif que joue le Département du Trésor, notamment pour tout ce qui a trait au blanchiment d'argent, à la corruption et au financement des activités terroristes. Un bureau particulier, l'Executive Office for Terrorist Financing and Financial Crime, voit à l'application des lois et règlements dans ces différents domaines de surveillance. De même convient-il de relever que la loi Sarbanes-Oxley impose d'importantes contraintes de gouvernance aux entreprises qui sont cotées en bourse aux États-Unis. Voir à ce sujet, Estelle M. Sohne, « The Impact of Post-Enron Information Disclosure Requirements Imposed Under U.S. Laws on Foreign Investors », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, Vol. 42, n° 1, pp. 217-259.

²⁰ Voir en particulier, Sara L. Gordon et Frances A. Lees, *Foreign Multinational Investment in the United State: Struggle for Industrial Supremacy*, New York, Quorum Books, 1986.

problèmes de la balance des paiements et de l'autre, par la perte de compétitivité de l'industrie américaine. Le débat ne portait donc pas seulement sur les contrôles mais également sur l'opportunité de mettre ou non en place des politiques industrielles, le Canada servant d'ailleurs d'exemple à suivre pour ceux qui en préconisaient l'adoption et, par le fait même, un plus grand contrôle de l'État sur l'économie.

C'est pour répondre à ces inquiétudes que le président Gerald Ford créera, en 1975, le Comité sur les investissements étrangers aux États-Unis (*Committee on Foreign Investments in the United States*, CFIUS). Ce comité a pour mandat d'examiner les transactions et de déterminer si celles-ci doivent être soumises à enquête²¹. Mais contrairement au Canada où avait été créée, en 1973, l'Agence d'examen des investissements étrangers avec le mandat de tamiser l'investissement étranger, aucun mécanisme de ce genre ne sera mis en place aux États-Unis²².

Par la suite, le débat sur les politiques industrielles va très rapidement tourner court sous la présidence de Ronald Reagan, l'engagement sans réserve en faveur du libre-échange et de la liberté économique devenant la ligne directrice de sa politique de renouveau économique. Avec le lancement d'un nouveau cycle de négociations commerciales multilatérales, la protection des investissements américains à l'étranger sera l'une des deux grandes priorités de son administration sur la scène économique internationale. Comme il le précisera dans un discours prononcé le 9 septembre 1983²³, il s'agissait de poursuivre une politique internationale active en matière d'investissement dont les objectifs étaient de réduire, sinon d'éliminer, les mesures gouvernementales discriminatoires et de mettre en place un régime international de l'investissement fondé sur les principes du traitement national et de la nation la plus favorisée²⁴. Les deux lignes directrices de la politique américaine étaient ainsi clairement établies. Néanmoins, comme c'est toujours le cas aux États-Unis, la présidence n'aura d'autre choix pour obtenir l'appui du Congrès que de faire certaines concessions partisans et d'accepter l'inclusion dans la Loi Omnibus de 1988 de certaines dispositions à forte saveur protectionniste parmi lesquelles on retrouve l'amendement Exon-Florio (section 721).

L'article 5021 de la loi vient modifier la loi de 1950 sur la production de matériel militaire et autorise le président à suspendre ou à interdire toute fusion, acquisition ou prise

²¹ Le comité est composé de représentants des départements ou agences concernés; il est présidé par le représentant du Département du Trésor.

²² Les milieux d'affaires s'opposent vivement à toute forme de contrôle.

²³ Ronald Reagan, *Statement on International Investment Policy*, 9 septembre 1983.

²⁴ En valorisant, le lien existant entre l'investissement étranger et le dynamisme de l'économie américaine, un autre objectif de ce discours était autant de lancer un signal clair aux investisseurs étrangers, que de contrer le discours de ceux qui craignaient pour la puissance et la sécurité des États-Unis.

de contrôle étrangère qui menacerait la sécurité nationale²⁵. Il incombera au Comité sur les investissements étrangers de recevoir et d'examiner les cas de fusion-acquisition susceptibles de porter préjudice à la sécurité nationale. Cet amendement est néanmoins le résultat d'un compromis, le président Reagan ayant menacé d'imposer son veto à tout projet de loi qui viendrait remettre en question le principe de liberté d'investissement²⁶. En pratique, peu de cas ont fait l'objet d'enquêtes²⁷, mais l'amendement aura néanmoins un effet dissuasif et préventif. Plusieurs observateurs sont toutefois d'avis que, depuis l'adoption de la Loi sur le commerce extérieur de 2002, les autorités pourraient accorder une attention accrue aux opérations financières impliquant des intérêts étrangers touchant de près ou de loin à la sécurité²⁸.

²⁵ Il faut qu'il y ait des présomptions sérieuses de menaces sur la sécurité nationale mais aussi qu'aucune autre loi ne permette au président d'agir. Aucune définition n'est cependant donnée de la sécurité nationale. En vertu des préambules, tout produit, service ou technologie important pour les besoins de la défense relève de la sécurité nationale. La procédure d'investigation doit prendre en compte la production nationale de défense, la capacité des entreprises nationales à répondre aux besoins, de même que les impacts d'une prise de contrôle étranger sur la production et capacité de réponse.

²⁶ L'amendement présenté par le sénateur J. James Exon et le représentant James Florio constitue une sorte de compromis entre l'attitude intransigeante du président Reagan et la formule d'examen extensive présentée par le représentant du Texas, John Bryant, dans son projet de loi, le seul critère retenu étant en fin de compte la sécurité nationale, ce qui exclut le « commerce essentiel » et le bien-être économique. Une attention particulière est accordée aux entreprises publiques étrangères, mais leurs investissements sont si faibles que l'on peut considérer cette question comme relevant des présupposés idéologiques.

²⁷ Selon l'OMC, entre 1988 et 2002, il n'y aurait eu que 18 enquêtes sur les 1434 acquisitions notifiées au CFIUS. Une seule a été interdite, en 1989. (OMC, *Examen des politiques commerciales. États-Unis. Rapport du Secrétariat*, Genève, 17 décembre 2003, p. 35)

²⁸ Pour un regard critique, sinon inquiet, voir l'article de James D. Rosener et Gregory C. Dorris, « Uncle Sam Watches Nervously: Foreign Investment in U.S. Industries », *The Journal of Corporate Accounting and Finance*, Janvier-février 2004, Vol. 15, n°2, pp. 31-41. Voir également, David Bailey, « U.S. Policy towards Inward FDI: CFIUS and Extension of National Security », *The Journal of World Investment*, 2003, vol. 4, n° 5, pp. 867-891.

LES NÉGOCIATIONS MULTILATÉRALES

Lorsqu'il s'est agi pour les États-Unis, une fois la Guerre terminée, de reconstruire l'économie mondiale sur de nouvelles bases, le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national seront posés d'emblée comme les deux piliers juridiques sur lesquels devait reposer le nouvel ordre international, que ce fût dans le domaine du commerce, de l'investissement ou de tout autre domaine des affaires économiques internationales²⁹. Des négociations de la Havane à celles de Doha, en passant par celles de l'OCDE, leur engagement en faveur du multilatéralisme et de la mise en place d'un cadre commercial multilatéral intégré ne s'est jamais trouvé démenti³⁰. C'est ce que nous allons préciser maintenant.

²⁹ Les propositions commerciales anglo-américaines de décembre 1945 n'abordent pas la question de l'investissement. (The Department of State Bulletin, *Proposals for Expansion of World Trade and Employment*, (9 décembre 1945, pp. 913-929). Les États-Unis entendaient dissocier les négociations commerciales proprement dites des négociations plus générales portant sur l'Organisation internationale du commerce où les questions relatives à l'investissement devaient être abordées dans le contexte plus large du mandat et du rôle que devrait jouer la nouvelle institution dans le développement d'un monde unifié et prospère. Il est clair cependant que les États-Unis voulaient étendre le principe de non-discrimination à l'investissement. En témoigne le dernier paragraphe de la proposition américaine de 1945 de Charte économique des Amériques à l'effet que «les républiques américaines devront voir à supprimer les discriminations qui sont imposées sur la base du critère de nationalité aux personnes étrangères ou leurs compétences, ou contre le capital étranger» (*U.S. Economic and Industrial Proposals made at Inter-American Conference*, 26 février 1945 (<http://www.ibiblio.org/pha/policy/1945/450226a.html>)).

¹³ Comme le note avec beaucoup d'à-propos James N. Miller, le concept de multilatéralisme peut prendre des sens fort différents. Les Américains ont toujours voulu que le multilatéralisme repose sur un principe clair, celui de non-discrimination, et son implantation passe par la voie du consensus entre les parties. C'est ce qu'il appelle le « multilatéralisme procédurier », c'est-à-dire un multilatéralisme qui implique l'existence d'un « consensus explicite » sur les principes ou les politiques tel que toutes les parties sont prêtes à s'y conformer et à coordonner leurs actions en conséquence, qu'elles aient ou non pris part à leur négociation. (James N. Miller, « Origins of the GATT-British Resistance to American Multilateralism », *Working Paper* n° 318, Jerome Levy Economics Institute at Bard College, décembre 2000 (en ligne). Voir également à ce sujet, James Caporaso, « International Relations Theory and Multilateralism: The Search for Foundations », *International Organization*, 1992, Vol 46, n° 3, pp. 600-601; et John-Gerard Ruggie, « Multilateralism: The Anatomy of an Institution », *International Organization*, 1992, Vol 46, n° 3, pp. 561-598.

Le conflit Nord-Sud

Lors des négociations commerciales d'après-guerre, les États-Unis éprouveront beaucoup de difficultés à faire étendre l'application du traitement national et de la nation la plus favorisée au domaine de l'investissement³¹. Les débats porteront autant sur le « traitement juste et équitable » et « la protection et de la sécurité intégrales » dont devait bénéficier l'investissement³², que sur le droit souverain des États d'autoriser, de restreindre ou d'interdire les investissements étrangers. La conférence de la Havane débouchera néanmoins sur une formule de compromis³³, mais les négociateurs américains avaient tellement fait de concessions que l'agenda libre-échangiste avait été dilué et les exceptions étaient tellement nombreuses que la Charte ne pouvait, à toutes fins pratiques, être acceptée par le Sénat³⁴. Les négociations panaméricaines de 1948 connaîtront les mêmes problèmes, et l'Accord économique de Bogota qui sera adopté par la neuvième conférence internationale des États américains subira le même sort que la Charte de la Havane³⁵. L'une

³¹ Les discussions buteront également sur d'autres sujets litigieux, notamment la concurrence, le commerce étatique et les accords régionaux.

³² Sur les débats concernant l'interprétation à donner à ce principe et son inclusion dans les accords internationaux, voir UNCTAD Series on issues in international investment agreements, *Fair and Equitable Treatment*, New York, Nations Unies, 1999.

³³ La charte de la Havane aborde à peine la question des investissements internationaux, dans le chapitre III portant sur le développement économique et la reconstruction. Elle reconnaît la contribution des investissements internationaux au développement économique (et à la reconstruction) en autant, cependant, que la possibilité leur est offerte et que des « conditions de sécurité » leur soient assurées (art. 12). Elle spécifie également que les États membres ne peuvent prendre, « sans justification ou sans raison valable », des « mesures préjudiciables aux droits et aux intérêts » des ressortissants étrangers (art. 11). D'une façon générale également, les restrictions relatives à la propriété doivent être équitables et le traitement des investisseurs étrangers doit être raisonnable. Enfin, la charte fait référence au principe du « traitement juste et équitable », principe qu'il est suggéré d'introduire dans les futurs accords ». Ces dispositions sont très en retrait par rapport aux propositions américaines initiales. On notera néanmoins deux choses. Premièrement, possibilité est donnée à l'Organisation internationale du Commerce d'« élaborer un accord général ou une déclaration de principes sur la politique et les pratiques à suivre en ce qui concerne les investissements étrangers et sur le traitement à leur accorder, et en encourager l'adoption » (art. 11). Deuxièmement, la Charte reconnaît la possibilité (et dans une certaine mesure, les y invite) pour les pays membres de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux qui assurent « un traitement juste et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise, les compétences techniques, les capitaux, les procédés ou techniques apportés d'un État Membre dans un autre » ou tendent à éviter « les doubles impositions internationales » (art. 11). Voir également à ce sujet la version commentée de la charte par le département d'État (The Department of State, *Havana Charter for an International Trade Organization, Including a Guide to the Study of the Charter*, 24 mars 1948).

³⁴ Voir à ce sujet, entre autres William Jr. Diebold, « The End of the ITO », *Essays in International Finance*, octobre 1952; W.A. Brown Jr., *The United States and the Restoration of World Trade. An Analysis and Appraisal of the ITO Charter and the General Agreement on Tariffs and Trade*, Washington, The Brookings Institution, 1950; Clair Wilcox, *A Charter for World Trade*, New York, MacMillan, 1949; Jeffrey L. Dunoff, « The Death of the Trade Regime », *The European Journal of International Law*, Vol 10, n°4, 1999, pp. 733-762.

³⁵ L'accord (*convenio*) économique de Bogota reconnaît (chapitre IV) le rôle important de l'investissement étranger dans le développement économique et social. Entre autres dispositions on relèvera que l'investissement étranger doit bénéficier du « traitement équitable », que le personnel des entreprises doit également bénéficier d'un « traitement juste et équitable », que les États ne doivent pas prendre des mesures « déraisonnables ou

des conséquences de ceci sera que, par la suite, les questions commerciales et celles relatives à l'investissement seront traitées de manière distincte ; les premières au GATT, et les secondes dans d'autres forums internationaux, à la Banque mondiale et à l'OCDE notamment.

C'est au sein de ces deux forums que les États-Unis concentreront d'abord l'essentiel de leurs efforts diplomatiques pour faire valoir leurs vues et leurs intérêts. Ils vont cependant se heurter à deux réalités. Premièrement, les fractures entre le Nord et le Sud étaient trop profondes et les sources de conflit trop nombreuses pour que l'on puisse mettre en place un cadre juridique international qui satisfasse deux types d'exigence, soit celle de préserver les droits souverains des États, d'une part, et celle d'assurer une protection adéquate des intérêts des investisseurs internationaux, d'autre part³⁶. Deuxièmement, le nationalisme économique ne se limitait pas aux seuls pays du Sud. Pour des raisons d'indépendance économique, la plupart des pays entendaient non seulement conserver la haute main sur les grands leviers de développement et les secteurs jugés stratégiques, mais également exercer un contrôle étroit sur les activités des entreprises étrangères, tant à l'entrée qu'une fois celles-ci installées sur leur territoire. Tant et si bien que les choses progresseront très peu, et, lorsque les pays finiront malgré tout par s'entendre, que ce soit sur des codes ou des conventions, la portée juridique de ces instruments sera en bout de ligne fort limitée³⁷ et,

injustifiables » qui discriminent ou lèsent les intérêts des nationaux des autres pays et les droits de propriété, ou encore imposent des restrictions « injustifiables » aux transferts de capitaux ou de bénéfices. (OAS, *Economic Agreement of Bogota*, 2 mai 1948, OAS Treaty Series, n° 21, 1961)

³⁶ Pendant les années soixante et soixante-dix, les pays en développement vont faire prévaloir aux Nations Unies deux idées centrales: le droit souverain des États sur les ressources naturelles pour la première et le droit de contrôle des activités des sociétés étrangères sur leur territoire pour la seconde. Ces deux idées trouveront leur consécration dans la Résolution des Nations Unies de 1973 sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles (Résolution 3171), dans la Résolution 3201 de mai 1974 sur un Nouvel ordre économique international, puis, finalement, dans la Résolution 3281 adoptée en décembre 1974 sur la Charte des droits et devoirs économiques des États. Comme le souligne Guzman, la « formule Hull » ne pouvait plus désormais être considérée comme une règle du droit coutumier international. (Andrew T. Guzman, « Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38, 1997-1998, pp. 639-688)

³⁷ Mentionnons notamment les codes de libéralisation de l'OCDE, de même que la Déclaration de 1976 de l'OCDE, accompagnée de quatre instruments, dont les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales et l'instrument relatif au traitement national. La Déclaration de 1976 invite les pays membres à adhérer au principe du traitement national et à recourir en cas de différend, à l'arbitrage international. Elle n'engage toutefois pas les pays à lever les obstacles à l'investissement, tant à l'entrée qu'une fois sur place. Une autre initiative importante a été la signature, en 1965 dans le cadre de la Banque mondiale, de la convention portant création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), sans oublier la création, en 1966, par l'Assemblée générale des Nations Unies de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Pour une synthèse historique des débats et des résultats de cette époque, voir CNUCED, *Trends in International Investment Agreements: An Overview*, New York, Nations Unies, 1999, ainsi que le dossier spécial que l'OMC consacre au commerce et à l'investissement étranger direct dans son rapport annuel de 1996.

surtout, très en retrait par rapport aux demandes des milieux d'affaires internationaux soumis à cette époque à de très nombreuses formes de discrimination³⁸.

La conjoncture économique internationale va changer radicalement dans les années 1980. Premièrement, avec la libéralisation des échanges et le mouvement de déréglementation qui s'amorce, les espaces économiques internationaux sont de plus en plus décloisonnés et ouverts aux flux de capitaux, ce qui, en retour, augmente leur circulation et leur volatilité et rend les économies nationales vulnérables à tout changement de comportement de la part des investisseurs. Deuxièmement, aux prises avec la crise de la dette, les pays en développement voient leur pouvoir de négociation et leur capacité d'orienter les grands agendas considérablement affaiblis. Dans le même temps, ils vont se trouver dans l'obligation de réorienter leurs stratégies de développement et d'aligner leurs politiques économiques sur de nouvelles priorités, dont une en particulier : l'intégration compétitive de leur économie dans l'économie mondiale. Troisièmement, les investissements directs sont de plus en plus croisés entre les pays développés, lesquels sont, de surcroît, plus intéressés désormais à protéger leurs investissements à l'étranger qu'à régler les investissements étrangers chez eux. Quatrièmement, enfin, bousculant leurs partenaires commerciaux et les institutions internationales, les États-Unis vont proposer un nouvel agenda économique international reposant sur trois piliers : la liberté d'entreprise, l'autorégulation des marchés et le libre-échange.

Dans le domaine de l'investissement, ces changements ne seront pas sans conséquences sur « le ton et la direction du discours légal »³⁹ d'une part, sur le contenu et la forme que prendront les négociations internationales d'autre part⁴⁰. En effet, comme les pays sont désormais davantage intéressés à attirer les investissements chez eux qu'à les contrôler, le débat juridique ne va plus porter sur les droits des États, mais sur ceux des entreprises⁴¹ et, du même coup, les négociations sur leurs responsabilités vont se trouver dissociées de celles sur les droits à leur accorder. Parallèlement, à défaut pour les États d'en arriver

³⁸ Voir à ce sujet Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, Blackwell, 1999; et Thomas L. Brewer et Stephen Young, *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*, New York, Oxford University Press, 1998.

³⁹ CNUCED, *Trends in International Investment Agreements: An Overview*, New York, Nations Unies, 1999, p. 31.

⁴⁰ Un autre changement doit être noté. Jusqu'aux années 1970, les débats internationaux porteront à la fois sur la libéralisation et la protection de l'investissement et sur la conduite des FMN et leur contribution au développement économique et social dans les pays d'accueil. Ces deux grandes questions seront par la suite dissociées, chacune d'elle faisant l'objet de négociations séparées. Dans les deux cas, on ne parviendra pas à définir de cadre juridique multilatéral. Par contre, en associant la protection de l'investissement à sa libéralisation et à sa promotion, les accords et traités bilatéraux connaîtront beaucoup plus de succès.

⁴¹ Comme le note Salacuse, on retrouve trois grandes finalités dans les TBI: protéger, promouvoir et libéraliser l'investissement. (Jeswald W. Salacuse, « Toward a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain », <http://fletcher.tufts.edu/salacuse/>)

rapidement à un accord international dans ce domaine, ces derniers opteront pour la « voie rapide » des traités bilatéraux, avec beaucoup de succès d'ailleurs⁴².

L'OMC et l'AMI

C'est à partir des années 1980 que les États-Unis vont intensifier leurs efforts diplomatiques en vue d'en arriver à un accord multilatéral sur l'investissement de grande portée⁴³. Ces efforts vont être concentrés en premier lieu sur le GATT où, malgré l'opposition de l'Inde et du Brésil, l'investissement sera finalement inclus dans le cycle de négociations commerciales qui sera lancé à Punta del Este en septembre 1986⁴⁴. Les négociations du cycle de l'Uruguay produiront certains résultats⁴⁵. Tout d'abord, l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) inclut sur la liste des quatre modes de fourniture de services ceux qui sont fournis par un Membre « grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre »⁴⁶. Ensuite, l'investissement et la propriété intellectuelle font, l'un et l'autre, l'objet d'un accord particulier, le premier « sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce » (MIC) et le second « sur les droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC). L'accord sur les MIC marque un progrès incontestable pour ce qui concerne la reconnaissance du traitement national et l'élimination des restrictions commerciales, notamment en ce qui a trait aux prescriptions relatives au contenu local et à l'équilibrage des échanges commerciaux. Cela dit, les résultats des négociations du cycle de l'Uruguay demeurent fort minces ; très en retrait, en tout cas, par rapport aux dispositions de l'Accord de libre-échange nord-américain signé en décembre 1992. De plus, l'accord sur les MIC ne porte pas directement sur l'investissement mais, comme son nom l'indique, uniquement sur les mesures concernant l'investissement qui touchent au commerce. C'est ce qui poussera les États-Unis à se tourner de nouveau vers l'OCDE.

⁴² Sur les raisons, voir l'excellent article de Andrew T. Guzman, *op. cit.*

⁴³ Les autorités américaines ont toujours été davantage préoccupées par les obstacles que par les incitatifs à l'investissement. D'une part, parce que les entreprises américaines à l'étranger bénéficient également de ces incitatifs, à condition toutefois que le traitement national leur soit reconnu. D'autre part, parce que, par l'entremise des États et des autorités locales, les États-Unis sont, eux-mêmes, engagés dans la course aux investissements.

⁴⁴ Les États-Unis tenteront d'inclure l'investissement dans le programme de négociations du cycle de Tokyo. Il se heurteront toutefois à l'opposition des pays en développement.

⁴⁵ Voir à ce sujet Murray Gibbs et Mina Mashayeki, *The Uruguay Round Negotiations on Investment: Lessons for Future Negotiations*, CNUCED, mars 1998, <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/investmentpaper.html>

⁴⁶ L'accord sur les subventions et mesures compensatoires et celui sur les marchés publics s'appliquent également à l'investissement. L'investissement est également intégré au mécanisme d'examen des politiques commerciales et le mécanisme de règlement différé s'applique également à celui-ci.

Les États-Unis, mais également les pays européens, étaient pressés d'arriver à une entente en matière d'investissement⁴⁷. C'est à partir de 1991 que l'OCDE commencera à jongler avec l'idée d'un accord multilatéral. Le Conseil de l'OCDE réuni au niveau des Ministres demandera, en juin 1994, un rapport à cet effet au Comité de l'investissement international (CIME) et au Comité des mouvements de capitaux et des transactions invisibles (CMIT). Une fois le rapport entériné par le Conseil le 5 mai 1995, les négociations débiteront peu de temps après, en septembre, soit six mois à peine après la signature des accords de Marrakech⁴⁸. Selon le mandat confié aux négociateurs, elles devaient être complétées avant la réunion du Conseil de l'OCDE en 1997. Pour donner plus de légitimité à leur démarche, les pays membres de l'OCDE inviteront quatre pays en développement, l'Argentine, le Brésil, Hong Kong et la Chine, à participer dès le départ aux négociations en qualité d'observateurs⁴⁹.

Les négociations visaient trois grands objectifs : premièrement, mettre en place un cadre multilatéral contraignant, fixant « des normes élevées pour la libéralisation des régimes en matière d'investissement et pour la protection des investissements et avec des procédures efficaces de règlement des différends » ; deuxièmement, consolider et renforcer les engagements existants, que ce soit dans le cadre des codes et autres accords internationaux ou des accords bilatéraux ; et, troisièmement, renforcer le régime commercial multilatéral et établir des règles qui viendraient harmoniser les régimes nationaux et internationaux existants⁵⁰.

⁴⁷ Les raisons sont nombreuses. L'OCDE en invoquera trois principales: la croissance rapide des IDE, le mouvement généralisé de libéralisation des investissements et la prolifération des accords et autres instruments internationaux. On peut également ajouter la volonté des pays membres de l'OCDE d'introduire plus de discipline dans les politiques d'attractivité de l'investissement.

⁴⁸ Si les États-Unis étaient, d'une manière générale, assez satisfaits des résultats du cycle de l'Uruguay, ils l'étaient beaucoup moins de l'Accord sur les MIC. Ils tenteront d'ailleurs, mais sans succès, de relancer immédiatement un nouveau cycle de négociations. Sur les positions américaines dans le dossier de l'AMI, voir Elizabeth Smythe, « Your Place or Mine? States, International Organizations and the Negotiation of Investment Rules », *Transnational Corporations*, Vol. 7, N° 3, décembre 1998, pp. 85-120.

⁴⁹ La méthode de négociation mérite d'être notée. Plutôt que de procéder par voie de consensus, comme c'est le cas à l'OMC, la démarche va consister, dans un premier temps, à ouvrir des négociations entre les pays membres de l'OCDE et les Communautés européennes en vue d'en arriver à la signature d'un « traité international autonome », lequel traité sera, dans un deuxième temps, ouvert « à l'adhésion de pays non membres de l'OCDE ». La méthode était d'autant plus prometteuse que, d'une part, environ 85 % des IDE provenaient des pays de l'OCDE et 65 % y étaient localisés, et que, d'autre part, un certain consensus existait entre eux tant sur la nécessité d'établir des « normes élevées » en matière de libéralisation et de protection de l'investissement que sur le contenu de ces normes, notamment celles que l'on retrouve dans les conventions bilatérales sur l'investissement et autres accords économiques internationaux.

⁵⁰ L'accord contenait 12 chapitres, concentrés sur trois grands thèmes: la libéralisation de l'investissement, la protection de l'investissement et le règlement des différends. Les négociateurs vont s'inspirer très largement des accords bilatéraux existant, mais surtout du Chapitre 11 de l'ALENA et, dans une moindre mesure, du Traité de 1994 sur la Charte de l'énergie où se trouvent reconnus deux principes: celui de la concurrence équitable (*level-*

Nous ne reviendrons pas sur ces négociations qui furent un fiasco⁵¹. Notons simplement que, si les questions relatives à la protection de l'investissement, au règlement des différends, aux transferts monétaires et aux compensations en cas d'expropriation ne suscitèrent pas de grands débats, il en fut tout autre, par contre, de la libéralisation de l'investissement, une question qui opposa les États-Unis aux Européens⁵². Aux tensions internes vinrent s'ajouter les critiques extérieures⁵³. Celles, tout d'abord, des pays en développement qui, comme l'Inde par exemple, déniaient à l'OCDE toute légitimité pour négocier un accord multilatéral sur l'investissement. Celles, ensuite, des ONG qui reprochaient à l'organisation de négocier dans le plus grand des secrets un accord qui favorisait les entreprises multinationales au détriment des États et des citoyens⁵⁴.

Depuis lors, le dossier a été renvoyé à l'OMC. Mais, malgré les nombreux efforts des États-Unis et de l'Union européenne, appuyés dans ce sens par d'autres pays comme le Canada, le Japon, la Corée ou encore l'Australie, peu de progrès ont été réalisés. La conférence ministérielle de Seattle, qui devait lancer le cycle de négociations du millénaire, échouera, en grande partie à cause de la question de l'investissement et de la vive opposition des pays en développement menés par l'Inde et le Brésil. La conférence suivante, celle de Doha, marquera une certaine ouverture⁵⁵. La Déclaration reconnaît « les arguments en faveur d'un cadre multilatéral destiné à assurer des conditions transparentes,

playing field) en matière d'investissement et celui de non-discrimination en matière de protection des investissements étrangers.

⁵¹ Une fois le projet d'accord mis en ligne en 1997, les négociations seront plus que jamais sous le feu de la critique. En mai 1998, le Conseil de l'OCDE suspendra, pour six mois, les négociations, lesquelles seront définitivement abandonnées, le 3 décembre 1998, avec le retrait de la France et après une dernière tentative de les poursuivre sans cette dernière. Le dossier sera par la suite renvoyé à l'OMC. Il est également convenu que « des négociations auront lieu après la cinquième session de la Conférence ministérielle sur la base d'une décision qui sera prise, par consensus explicite, à cette session sur les modalités des négociations ». Voir à ce sujet, Christian Deblock et Dorval Brunelle, « Globalisation et nouveaux cadres normatifs: le cas de l'Accord multilatéral sur l'investissement », *Géographie, Économie et Société* Vol. 1, n° 1, mai, 1999, pp. 49-95.

⁵² Européens et Américains s'opposaient également sur le statut des négociations. Les Européens voyaient en celles-ci une solution de deuxième choix (*second best*) par rapport à celles qui auraient dû être menées dans le cadre de l'OMC. Ils souhaitaient également une formule d'exemption pour les accords économiques régionaux. Il y avait d'autres sujets de discorde. Deux en particulier: le principe d'extraterritorialité introduit par la loi Helms-Burton soulevait les plus vives critiques et les Français et les Canadiens voulaient que le principe de « l'exception culturelle » soit reconnu.

⁵³ Un autre facteur doit également être invoqué. La conjoncture financière internationale va se dégrader très rapidement en 1997 et 1998 avec la crise asiatique. Le débat autour de l'AMI va alors glisser au second rang des priorités gouvernementales.

⁵⁴ Voir à ce sujet David Wood, « The International Campaign Against the Multilateral Agreement on Investment: A Test Case for the Future of Globalisation », dans *Ethics, Peace and Environment*, vol. 3, n°1, 2000, pp. 22-45.

⁵⁵ On prendra soin de mettre la sourdine sur les questions dites de Singapour (facilitation des échanges, politique de la concurrence, investissements et transparence dans les marchés publics) et de faire du développement le thème central des négociations. Voir à ce sujet, Wolfgang Iglar et Manfred Schekulin, « From Doha to Cancun: The prospects for WTO Investment Rules », 2002, <http://www.bmwa.gv.at/NR/rdonlyres/0B12A4D1-AE37-467D-B4D8-6C07B8D6C8DA/6714/FromDohatoCancun.pdf>

stables et prévisibles pour l'investissement transfrontalier à long terme, en particulier l'investissement étranger direct, qui contribuera à l'expansion du commerce ». Autre point important, elle annonce l'ouverture de négociations sur l'investissement et ce, dans le cadre du processus d'ensemble. Cela dit, pour faire contrepoids, la Déclaration reconnaît aussi « la nécessité d'une assistance technique et d'un renforcement des capacités accru dans ce domaine » et elle spécifie clairement que « tout cadre devrait refléter de manière équilibrée les intérêts des pays d'origine et des pays d'accueil, et tenir dûment compte des politiques et objectifs de développement des gouvernements d'accueil ainsi que de leur droit de réglementer dans l'intérêt général ». Les besoins particuliers des pays en développement et des pays les moins avancés en matière de développement, de commerce et de finances doivent également être pris en compte « en tant que partie intégrante de tout cadre, qui devrait permettre aux Membres de contracter des obligations et des engagements qui correspondent à leurs besoins et circonstances propres ». Enfin, il est clairement précisé que les négociations auraient lieu « après la cinquième session de la Conférence ministérielle sur la base d'une décision qui sera prise, par consensus explicite ». Ce ne sera pas le cas puisque la conférence qui se tiendra à Cancún en septembre 2003 se conclura par un nouveau fiasco diplomatique⁵⁶.

⁵⁶ Les États-Unis semblent prêts maintenant à accepter une formule moins rigide que l'ALENA, sans mécanisme de règlement des différends. Certains avancent l'hypothèse selon laquelle ce serait en raison de la multiplication (ou du risque de multiplication) des cas dans lesquels ils sont impliqués, d'autres qu'il ne s'agirait que d'un recul tactique. Toujours est-il que dans son rapport sur l'ALE États-Unis-Australie transmis au Représentant au commerce, l'*Intergovernmental Policy Advisory Committee* se réjouit de l'absence de dispositions investisseur-État, au motif que les investisseurs provenant de pays ayant des systèmes légaux bien développés abuseraient de telles dispositions pour contester l'autorité des gouvernements des états et locaux. Le rapport fait référence aux cas *Metanex* et *Loewen* pour justifier leur point de vue. (The US-Australia Free Trade Agreement (FTA), Report of the Intergovernmental Policy Advisory Committee , 12 mars 2004, <http://www.ustr.gov/new/fta/Australia/advisor/igpac.pdf>)

LES NÉGOCIATIONS BILATÉRALES

Ce sont les difficultés rencontrées et les frustrations accumulées sur le plan multilatéral qui pousseront les États-Unis (et les pays industrialisés) à prendre la voie bilatérale. Il s'agira pour eux, en procédant de la sorte, de faire avancer plus efficacement leur agenda commercial tout en impulsant un mouvement du « bas vers le haut » en vue d'en arriver à un accord multilatéral. La voie bilatérale prendra trois formes (successives): celle des Traités d'amitié, de commerce et de navigation (TACN), celle des Traités bilatéraux d'investissement (TBI) et celle des Accords de libre-échange (ALE)⁵⁷.

Les TACN

De l'après-guerre aux années 1960, la voie bilatérale passera tout d'abord par la signature de Traités d'amitié, de commerce et de navigation (TACN)⁵⁸. Ceux-ci constituent la plus ancienne forme de protection⁵⁹, le premier, signé avec l'Angleterre, datant de 1815. Au nombre de 47 actuellement⁶⁰, ils reconnaissent « une protection et une sécurité

⁵⁷ Il faudrait également ajouter les accords de l'*Overseas Private Investment Corporation* (OPIC). L'organisme a été créé en 1971, avec le mandat d'aider les entreprises qui investissent à l'étranger, particulièrement dans les marchés nouveaux et émergents, de couvrir certains risques liés à l'investissement, et d'appuyer la politique étrangère des États-Unis. Les programmes de l'OPIC sont particuliers. À la différence des TBI qui établissent des obligations réciproques relativement au traitement de l'investisseur, les accords signés par l'OPIC visent principalement à établir un cadre procédurier d'assurance et de soutien financier pour les investissements américains à l'étranger.

⁵⁸ Voir à ce sujet Robert R. Wilson, *United States Commercial Treaties and International Law*, La Nouvelle Orléans, Hauser Press, 1960; Herman Jr Walker, « Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation », *Minnesota Law Review*, Vol. 42, avril, 1958, pp. 805-824; et Kathleen Kunzer, « Developing a Model Bilateral Investment Treaty », *Law and Policy in International Business*, Vol. 15, 1983, pp. 273-301.

⁵⁹ L'accent a été mis, après la Seconde Guerre mondiale, sur l'investissement. Les Traités reconnaissaient le droit pour les citoyens de l'un des deux pays signataires de s'établir et de mener librement des activités commerciales sur le territoire de l'autre pays, de même que celui de recevoir une protection adéquate. Mais ceux-ci dataient souvent du siècle précédent et souffraient de nombreux problèmes. Trois en particulier: premièrement, les Traités visaient davantage les personnes que l'investissement; deuxièmement, les protections étaient vagues; et, troisièmement, les Traités portaient sur de très nombreux sujets. Voir à ce sujet Mark S. Bergman, « Bilateral Investment Protection Treaties: An Examination of the Evolution and Significance of the U.S. Prototype Treaty », *Journal of International Law and Politics*, vol. 16, n°1, automne 1983, pp. 1-43.

⁶⁰ Les États-Unis ont des traités avec les pays suivants: Allemagne, Argentine, Autriche, Bolivie, Brésil, Brunei, Amérique centrale, Chili, République de Chine, Corée, Costa Rica, Danemark, Équateur, Estonie, Finlande, Grèce, Grenade, Guatemala, Honduras, Irlande, Israël, Italie, Japon, Lituanie, Liberia, Népal, Norvège, Paraguay, Pays-Bas, Philippines, Suède, Taiwan, Thaïlande, Venezuela, Yémen.
(<http://www4.law.cornell.edu/uscode/22/503.notes.htm>)

intégrales ». Toutefois, ils portent sur un très grand nombre de questions consulaires et commerciales, parmi lesquelles l'investissement⁶¹. De plus, leur portée juridique étant limitée, ils n'ont jamais constitué pour les autorités américaines qu'un pis-aller à défaut d'accord international. Le programme sera abandonné vers le milieu des années 1960⁶², en raison de la réticence des pays en développement, mais également parce que les États-Unis considéraient que leurs intérêts commerciaux étaient mieux servis au GATT. La vague des nationalisations et la prolifération des mesures restrictives à l'investissement au cours des années 1970⁶³ vont inciter les autorités américaines à changer leur fusil d'épaule et à s'engager dans les années 1980 dans la voie diplomatique des Traités bilatéraux d'investissement (TBI)⁶⁴.

Les TBI

Offrant une meilleure protection de l'investissement que les TACN, le programme des TBI a été établi en 1977, en étroite collaboration avec le secteur privé⁶⁵. À la différence des TACN, qui établissent les droits et obligations s'appliquant aux personnes physiques et morales, les TBI font, en effet, porter ces droits et obligations sur l'investissement en tant que tel, celui-ci étant de surcroît défini de manière très large, de manière à inclure toute

⁶¹ Les traités voient à ce qu'un traitement juste et équitable (ou simplement équitable) soit accordé aux personnes, propriétés, entreprises et autres intérêts de l'autre partie.

⁶² Selon *Kunzer* (op. cit., p. 276) les États-Unis signèrent 22 traités entre 1946 et 1958.

⁶³ Comme le note la CNUCED, c'est surtout dans les années 1970 que la vague des nationalisations, la multiplication des réglementations et l'imposition de mesures d'examen vont atteindre leur apogée, tant dans les pays en développement que dans les pays développés. Par la suite, le balancier va pencher dans l'autre direction, sous l'effet de quatre facteurs: les efforts diplomatiques des États-Unis, la crise de la dette et l'abandon des politiques de substitution aux importations, les pressions et le travail de lobbying des multinationales et le désengagement économique généralisé de l'État. (CNUCED, *Trends in International Investment Agreements: an Overview*, 1999 (http://www.unctad.org/en/docs/iteiit13_en.pdf).

⁶⁴ Voir à ce sujet Pamela B. Gann, « The U.S. Bilateral Investment Treaty Program », *Stanford Journal of International Law*, Vol. 21, n° 2, automne 1985, pp. 373-441; C. Fred Bergsten, « Multinationals: The Game and the Rules. Coming Investment Wars? », *Foreign Affairs*, automne 1974.; Kenneth J. Vandeveld, « U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave », *Michigan Journal of International Law*, 1993, Vol. 14, pp. 621-702, et « The Bilateral Investment Treaty Program of the United States », *Cornell International Law Journal*, vol. 21, 1988, pp. 201-276; Don L. Piper, « New Directions in the Protection of American-Owned Property Abroad », *International Trade Law Journal*, Vol. 4, 1979; Rudolf Dolzer et Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1995; et APEC Committee on Trade and Investment, *Guide to the Investment Regimes on the APEC Member Economies*, 5^{ème} édition, 2003.

⁶⁵ Le programme des TBI relève du Département d'État, plus précisément du bureau des affaires relatives à l'investissement. Ce bureau a pour mandat de protéger les investissements américains à l'étranger, de promouvoir des standards internationaux orientés vers les marchés et d'encourager les pays étrangers à adopter des politiques favorables aux investissements étrangers. Il a entre autres fonctions de négocier les traités et accords d'investissement, de diriger le travail sur l'investissement dans les forums multilatéraux, de lutter contre la contrefaçon et la corruption et d'apporter son appui et soutien technique aux ambassades et consulats à l'étranger dans les différends relatifs à l'investissement. (source: <http://www.state.gov/e/eb/afd/c9787.htm>).

forme d'actif présentant les caractéristiques d'un investissement⁶⁶. Le premier traité sera signé avec Panama, le 27 octobre 1982⁶⁷. Les États-Unis avaient signé, à la date de février 2004, 43 traités bilatéraux, dont 5 qui ne sont pas entrés en vigueur⁶⁸. Leur nombre est cependant, de très loin, inférieur à ceux qui ont été conclus par l'Union européenne, soit 908 selon le rapport de 2003 de la CNUCED⁶⁹.

Tous les traités procèdent d'un modèle commun⁷⁰ et visent quatre grands objectifs, soit: (1) assurer une meilleure protection de l'investissement et des droits de propriété intellectuelle contre les décisions et actions des pouvoirs publics étrangers; (2) faire reconnaître le principe d'une indemnisation « prompte, adéquate et effective » en cas d'expropriation, un principe mieux connu sous le qualificatif de « formule Hull »; (3) éliminer les facteurs de distorsion sur les marchés, comme les subventions et les incitatifs fiscaux ou encore les monopoles publics; et (4) faire reconnaître le principe du recours à l'arbitrage international en cas de différend. Le modèle n'est pas spécifique aux États-Unis. Au départ, il s'inspirait d'ailleurs largement des accords européens et du modèle développé par l'OCDE⁷¹. Il y ajoute cependant des disciplines additionnelles, en matière de prescriptions de résultats et de règlement des différends notamment. De plus, il ne s'applique pas seulement au traitement et à la protection des investissements déjà établis, mais également aux conditions d'entrée et d'établissement. Le modèle-type a été révisé en 1994 et, de nouveau, récemment, pour tenir compte de la Loi commerciale de 2002. Ces nouvelles dispositions portent notamment sur la transparence dans le règlement des différends et de protection des droits de propriété intellectuelle notamment⁷² et répondent à

⁶⁶ Ce qui inclut les compagnies, les actions, certaines formes de dette, certaines concessions, les contrats et la propriété intellectuelle.

⁶⁷ On notera par ailleurs que la protection de l'investissement est incluse dans l'Initiative en faveur du bassin des Caraïbes

⁶⁸ USTR, *The Presidents Trade Policy Agenda*, 2004.

⁶⁹ Neuf traités bilatéraux ont été signés par les États-Unis avec des pays de l'hémisphère occidental, ce à quoi il faut ajouter les accords de libre-échange qui contiennent tous des dispositions en matière d'investissement. Il faut cependant noter qu'à ce chapitre, avec une quarantaine de traités signés, les États-Unis se situent néanmoins loin derrière plusieurs autres pays, notamment l'Allemagne qui en a signé plus d'une centaine. Voir à ce sujet l'étude exhaustive de la CNUCED, *Trends in International Investment Agreements: An Overview*, 1999. Voir également, UNCTD, *World Investment Report*, Genève, 2003, pp. 23-26.

⁷⁰ En ligne sur le site du Département d'État: <http://www.state.gov/e/eb/rls/prsrl/28923.htm>

⁷¹ Le modèle européen était basé sur le projet de convention dit Abs-Shawcross datant de 1959. L'OCDE avait également produit, en 1967, un projet de convention sur la protection de la propriété étrangère. Voir à ce sujet, Marie-France Houde et Katia Yannaca-Small, « Relationships between International Investment Agreements », *Working Papers on International Investment*, n 2004/1, mai 2004, Paris, OCDE

⁷² On notera que dans la section 2102 relative aux objectifs de négociation, le législateur précise très en détail les objectifs à atteindre dans les domaines de l'investissement et de la propriété intellectuelle. Il est également intéressant de constater que le texte fait explicitement référence aux principes juridiques et aux pratiques établies aux États-Unis pour ce qui touche aux normes en matière d'expropriation, de même qu'aux normes en matière de traitement juste et équitable. Le texte prend également soin de souligner que les investisseurs étrangers aux

une nouvelle préoccupation: harmoniser le contenu des traités avec celui des accords de libre-échange⁷³, ce qui nous conduit à aborder ces derniers.

Les ALE

Pour promouvoir le libre-échange, les États-Unis auront au cours des années 1980 pour stratégie principale de rechercher un consensus sur le plan multilatéral et pour stratégie secondaire de s'appuyer, entre autres, sur le bilatéralisme⁷⁴. Le recours au bilatéralisme demeurait cependant prudent et limité. D'une part, parce que les accords bilatéraux n'offrent pas les mêmes avantages que les accords multilatéraux. D'autre part, parce que ce n'était que dans la mesure où les négociations multilatérales piétinaient que le stratégie bilatérale se trouvait justifiée. Toutefois, il ne s'agit pas de voir dans le recours au bilatéralisme une solution de repli mais, plutôt, un moyen de faire levier sur les négociations multilatérales, les trois voies, multilatérale, régionale et bilatérale, respectivement, étant considérées comme complémentaires par les responsables de la politique commerciale américaine. Mais la formule n'était pas sans avantages, à condition du moins que les autres pays acceptent de jouer le jeu. Elle permettait, entre autres choses, d'attirer les pays qui souhaitaient être parmi les premiers plutôt que parmi les derniers à profiter de la libéralisation des échanges et d'inciter les *outsiders* à se joindre aux accords, autant pour éviter les effets de détournement de commerce que pour profiter d'un accès préférentiel à des marchés élargis. C'est ce que la littérature appelle « l'effet de domino »⁷⁵.

États-Unis ne doivent pas se voir octroyer des droits supérieurs à ceux qui sont octroyés aux investisseurs des États-Unis aux États-Unis.

⁷³ Les accords de libre-échange signés avec Singapour et le Chili intègrent ces nouvelles dispositions, tout en introduisant une nouveauté, soit l'interdiction pour les deux pays d'imposer des contrôles sur les mouvements de capitaux, y compris en cas de difficultés de balance des paiements, une possibilité qui existait auparavant conformément aux dispositions des accords de Bretton Woods. L'accord de libre-échange signé avec l'Australie, par contre, introduit un étonnant précédent puisqu'il n'y a pas de mécanisme de règlement des différends investisseur-État. Il restreint la procédure à la consultation. Voir à ce sujet, Rémi Bachand, « La nouvelle donne en matière d'accords sur l'investissement pour les États-Unis: entre les vœux et la réalité », *Chronique des Amériques 04-11*, Mars 2004 (<http://www.ameriques.uqam.ca>)

⁷⁴ Ce point est clairement développé à propos des accords de commerce dans le Rapport économique du président de 1985 (*Economic Report of the President*, février 1985, pp. 125-127. On y retrouve également un vibrant plaidoyer en faveur du libre-échange.

⁷⁵ Richard E. Baldwin, « The Causes of Regionalism », *The World Economy*, vol. 20, n° 7, novembre 1997, pp. 865-888; Richard E. Baldwin, « A Domino Theory of Regionalism », *National Bureau of Economic Research, Working Papers*, n°4465.

Toutefois, le point tournant sera la signature, en 1987, de l'Accord de libre-échange avec le Canada (ALECAN), suivi, en 1992, de la signature de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)⁷⁶, un accord qui marque ce qu'un auteur a appelé, le « triomphe des négociateurs américains »⁷⁷ et « reflète parfaitement la conception américaine de la non-discrimination appliquée à l'investissement »⁷⁸. Avec la signature de l'ALECAN puis de l'ALENA, les autorités américaines vont, en effet, prendre la mesure des avantages de signer des accords de libre-échange (ALE) plutôt que des TBI. Ces avantages sont de trois ordres.

Premièrement, les TBI ne portent que sur le traitement et la protection de l'investissement. Les ALE ont une portée plus large et plus contraignante. Ils permettent, entre autres, d'élargir l'accès aux marchés (en ouvrant à l'investissement certains secteurs jusque-là protégés par exemple), d'incorporer des dispositions et des protections qui, autrement, devraient faire l'objet d'accords particuliers (sur la propriété intellectuelle, sur l'accès aux marchés publics ou sur la concurrence par exemple), voire encore de couvrir certains domaines connexes comme les services financiers, la diffusion d'informations ou la protection culturelle. L'ouverture du marché américain amplifie également l'asymétrie de pouvoir dans les négociations, l'accès au marché américain, étant conditionnel à l'octroi de concessions, souvent très importantes, sur différents sujets

Deuxièmement, les TBI visent à prévenir les abus dans deux grands domaines: l'expropriation et la discrimination nationale. Avec la libéralisation et l'ouverture des marchés, les sources de conflits entre un investissement et un État dans ces deux domaines sont devenues plus rares. Par contre, il n'en va pas de même de l'environnement institutionnel et politique, un risque auquel les investisseurs internationaux sont extrêmement sensibles, ou encore des conditions difficiles dans lesquelles les investisseurs doivent opérer lorsque les marchés ou les réseaux d'affaires sont opaques⁷⁹. Les ALE offrent la possibilité d'y remédier et d'aborder directement certaines questions de

⁷⁶ Il faut mettre en parallèle les négociations commerciales entre le Canada et les États-Unis, puis avec le Mexique, avec les négociations qui déboucheront en Europe communautaire sur la signature, en 1986, de « l'acte unique » dont l'objectif sera de faire de l'Europe « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée » (art. 13).

⁷⁷ Jürgen Kurtz, *A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment*, 2002, Jean Monnet Working Paper 6/02, NYU School of Law, New York, p. 22.

⁷⁸ Edward M. Graham, NAFTA, « Foreign Direct Investment and the United States », *op. cit.* p. 114.

⁷⁹ Il est loin d'être démontré que la signature de traités ait des effets positifs sur les flux d'investissement. Beaucoup de pays attendent en vain un témoignage concret de leur bonne volonté, alors que d'autres, au contraire, la Chine ou le Brésil pour ne citer que ces deux pays, reçoivent les faveurs des investisseurs internationaux sans se plier pour autant à la discipline des traités bilatéraux. Voir à ce sujet Mary Hallward-Driemeyer, « Do bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...but they could bite », World Bank, *DECRG*, juin 2003. .

gouvernance publique. Ainsi, par exemple, en matière de politique de la concurrence, alors que l'ALENA reste très vague sur le sujet et se contente d'inviter les Parties contractantes à coopérer davantage entre elles, celle-ci fait l'objet dans l'ALE avec Singapour d'un chapitre très détaillé comportant des dispositions extrêmement contraignantes sur le plan législatif.

LES NÉGOCIATIONS HÉMISPHERIQUES

Les Amériques ont toujours fait l'objet d'une attention particulière de la part des autorités américaines. Pour des raisons historiques et géographiques, mais aussi économiques et politiques. Considérées comme stratégiques, les relations avec le Canada et le Mexique sont désormais régies par l'ALENA. Les relations avec les autres pays sont régies par de très nombreux accords, qui vont des TBI aux ALE en passant par les accords de partenariat et les accords de coopération. Enfin, sur le plan hémisphérique, ils sont engagés depuis décembre 1994 avec 33 autres pays dans un long processus de négociation dont l'objectif est de faire des Amériques une zone de libre-échange (ZLEA) et de cette dernière la pierre angulaire d'un ambitieux projet d'intégration de tous les pays dans une Communauté des démocraties⁸⁰.

Les États-Unis et les Amériques

Avec 36 % de la population, 80 % du PIB, 58 % du stock d'IDE entrants, 54 % des exportations et 68 % des importations, les États-Unis dominent de leur hyperpuissance l'espace économique des Amériques. À ce premier constat viennent s'en ajouter deux autres. Premièrement, rares sont les pays qui n'ont pas les États-Unis pour premier partenaire commercial ou pour premier investisseur. De leur côté, les États-Unis expédient 44 % de leurs exportations de marchandises vers le reste du continent et 29 % de leurs importations totales en proviennent. Deuxièmement, les entreprises américaines sont fortement implantées sur le continent et les réseaux d'échanges intrafirmes sont extrêmement serrés. Comme le montre le tableau 1, plus du quart des investissements directs américains dans le monde se trouve localisé dans l'hémisphère occidental. Les

⁸⁰ L'idée de faire des Amériques un bloc économique est pour les États-Unis une très vieille idée. Nous avons évoqué la création de l'Union panaméricaine, l'ancêtre de l'Organisation des États américains qui sera créée lors de la conférence panaméricaine de Bogota en 1948. Il faudrait aussi évoquer la conférence de Montevideo de 1933, une conférence au terme de laquelle les pays s'entendront, entre autres choses, sur la formation d'un bloc économique et l'attribution réciproque de privilèges commerciaux, la proposition d'une Charte économique des Amériques que les États-Unis présenteront en février 1945 et dont l'un des objectifs était d'abolir « le nationalisme économique sous toutes ses formes », ou encore le sommet hémisphérique de Punta del Este de 1967 qui sera clôturé par une déclaration et un programme d'action (*Declaration of the Presidents of the Americas*) qui engageaient les pays d'Amérique latine à mettre en place sur quinze ans, à partir de 1970, un Marché commun latino-américain, sans oublier les nombreuses déclarations du président Reagan sur le libre-échange de l'Alaska à la Terre de feu et l'Initiative pour les Amériques du président Bush père.

filiales des firmes multinationales américaines y réalisent le quart de leur chiffre d'affaires dans le monde et le tiers de leurs employés leur est rattaché. Plus intéressant encore, on notera que plus de la moitié des exportations des États-Unis et 60 % de leurs importations réalisées par les firmes multinationales américaines vont vers ou proviennent des filiales qui sont localisées dans l'hémisphère occidental.

Ces données globales tendent cependant à fausser la réalité. En fait, le Canada et le Mexique occupent une place centrale dans les relations économiques que les États-Unis entretiennent avec le reste du continent. Ainsi, la moitié des IDE américains dans l'hémisphère sont concentrés dans ces deux pays. Les filiales américaines y réalisent 70 % de leur chiffre d'affaires hémisphérique, les deux tiers des emplois relèvent des filiales canadiennes et mexicaines, et pas moins de 90 % du commerce intrafirme hémisphérique se fait entre ces dernières et leur société mère. Ces chiffres ne veulent pas dire que les relations économiques entre les États-Unis et les pays du continent autres que le Canada et le Mexique sont marginales. L'expérience de l'ALENA montre à cet égard que le libre-échange a des effets majeurs sur le commerce intrarégional et sur l'intégration des espaces économiques. Ils montrent plutôt, premièrement, que les effets de proximité géographique jouent dans le degré d'intensité de ces relations et, deuxièmement, que d'autres facteurs qu'économiques interviennent également dans les relations que les États-Unis cherchent à renforcer avec le reste du continent.

Tableau 1: Activités des filiales américaines à l'étranger
Indicateurs choisis, 2001

	IDE*	Actifs totaux	Ventes	Exp.**	Imp.***	Emplois
H'm. occidental	27,9	23,9	25,2	53,7	60,4	32,3
Canada	10,0	8,7	12,5	31,9	36,4	11,8
Mexique	3,8	2,2	4,5	16,9	20,2	10,4
Autres	14,1	13,0	8,2	5,0	3,8	10,1
Asie et Pacifique	17,7	15,9	22,3	21,6	19,2	21,6
Afrique	1,0	1,2	1,4	0,4	1,6	2,5
Moyen Orient	0,9	1,0	1,2	0,4	0,8	1,0
Europe	52,4	58,1	49,8	23,8	18,1	42,6
	100,0	100	100	100	100	100

Sources : Bureau of Economic Analysis, *Survey of Current Business*, septembre et novembre 2003

Notes : *: Investissements directs étrangers, 2002, stocks sur la base des coûts historiques ;

** : exportations des États-Unis vers les filiales ; *** Importations des États-Unis en provenance des filiales.

Les pays d'Amérique latine et de la Caraïbe, sans oublier le Canada, ont toujours entretenu des relations difficiles avec les États-Unis, le poids de l'histoire, les différences de taille et de développement et l'unilatéralisme de leur puissant voisin entretenant la méfiance à son égard. C'est cette méfiance qui poussera ceux-ci, dans l'après-guerre, à rechercher sur le plan économique une troisième voie entre le statu quo, qui ne pouvait conduire qu'à l'isolement économique, et le libre-échange, qui ne pouvait conduire, quant à lui, qu'à l'intégration de leur économie à celle des États-Unis. Cette troisième voie a pris des formes différentes d'un pays à l'autre, mais, dans tous les cas, elle a reposé sur deux grands piliers: un plus grand contrôle de l'activité économique par les autorités publiques et le développement d'un capitalisme local, d'une part, et la diversification géographique des flux commerciaux et d'investissement et la recherche de contrepoids, que ce soit sur le plan régional ou sur le plan international, d'autre part.

Si cette troisième voie fut loin de toujours produire les résultats escomptés, elle a néanmoins eu, dans le domaine de l'investissement étranger, pour première conséquence

d'entraîner d'importantes restrictions, prescriptions et discriminations et pour seconde conséquence de tendre à l'extrême les négociations internationales, que ce fût sur les droits et devoirs économiques des États ou bien sur les responsabilités internationales des investisseurs. Comme nous l'avons vu, le virage idéologique et la crise de ce modèle n'ont pas été étrangers au changement de cap qui a commencé à se dessiner dans les années 1980. Mais, il ne faudrait pas non plus mésestimer le durcissement de ton et l'offensive politique et diplomatique, appuyée en cela par les milieux d'affaires, qui sera lancée par Washington pour réaffirmer le *leadership* des États-Unis sur la scène économique internationale en général et sur celle des Amériques en particulier. En clair, avant d'être juridique, le débat sur l'investissement sera un débat politique, sur la conduite des affaires économiques autant que sur la gouvernance publique.

L'ALENA comme modèle

Cet aspect du débat n'a pas été immédiatement perçu, nous semble-t-il, lorsque les États-Unis ont commencé à négocier des TBI. On a peut-être un peu trop vite oublié que, depuis la Guerre, la politique commerciale américaine s'inscrit dans la continuité dans le domaine du commerce comme dans celui de l'investissement, et ce, sur le plan des principes comme des finalités.

Ainsi, par exemple, lorsque le Canada proposa aux États-Unis de signer un accord de libre-échange, l'objectif principal qu'il recherchait était de procurer aux entreprises canadiennes un accès élargi et sécuritaire au marché américain et les négociations ne devaient porter que sur le commerce des marchandises et des services⁸¹. C'est à la demande expresse des États-Unis que l'investissement fut inclus dans les négociations. De même, ce n'est qu'au prix de tractations de dernière minute et en faisant d'importantes concessions sur l'agriculture, que le Canada pourra obtenir ce qu'il souhaitait pour se protéger contre l'unilatéralisme américain, soit un mécanisme spécifique de règlement des différends⁸². Cet

⁸¹ Sur l'ALECAN et l'ALENA, voir Dorval Brunelle et Christian Deblock, *Le libre-échange par défaut*, Montréal, VLB éditeur, 1989, et Dorval Brunelle et Christian Deblock (dir.), *L'ALENA. Le libre-échange en défaut*, Montréal éditions Fides, 2004.

⁸² Il faut souligner en effet que la formule retenue repose sur un compromis et que l'application du mécanisme de règlement des différends repose en grande partie sur la bonne foi des partenaires commerciaux. L'examen des différends est fait sur la base des législations nationales, plus précisément à partir de la législation du pays d'origine des entreprises qui en appellent du différend. D'une façon générale, les gouvernements jouent le jeu, mais la saga du bois d'œuvre montre que, de toute évidence, le mécanisme de règlement des différends présente des failles importantes et qu'en la matière, le commerce n'est toujours pas totalement à l'abri des mesures unilatérales ni des aléas de la politique intérieure. Quant à la procédure, elle passe par trois étapes: la consultation, la négociation et l'arbitrage. Voir à ce sujet, l'article de Peter Watson, « Dispute Settlement under

épisode montre à quel point les négociations avec les États-Unis peuvent aller bien au-delà de l'intention initiale de la partie demanderesse, mais, également, que l'objectif recherché par ces derniers était bel et bien d'éliminer toute forme de discrimination sur le critère de nationalité dans le domaine de l'investissement, comme c'était le cas dans celui du commerce. Par la suite, le Canada n'aura d'autre choix que de se joindre aux négociations que les États-Unis et le Mexique allaient amorcer après que l'annonce en fut faite à Washington en juin 1990 par les présidents Bush et Salinas. Pour deux raisons principales : pour ne pas perdre les avantages obtenus dans l'ALECAN d'une part et ne pas laisser le champ libre aux États-Unis et à leur stratégie de faisceaux commerciaux (*hub-and-spokes*) qui commençait à se déployer, d'autre part⁸³. L'arrimage ayant été opéré, et à défaut d'autre option, le Canada en viendra à calquer sa politique commerciale sur celle de son voisin. Toujours est-il que, pour les États-Unis, la signature de l'ALENA constitue une double victoire. Une victoire sur le plan juridique tout d'abord, dans la mesure où cet accord marquera une étape importante, sinon un point tournant, dans les négociations devant mener à l'établissement d'un régime international de l'investissement⁸⁴. Une victoire sur le plan politique ensuite, dans la mesure où l'accord viendra verrouiller les politiques économiques de leurs deux partenaires et consacrer le virage politique pris par le Mexique dans la conduite des affaires économiques. Quatre observations peuvent être faites à ce propos.

Premièrement, sur le plan des droits et obligations des États, l'ALENA reprend, tout en les clarifiant, en les améliorant et en les élargissant, la plupart des dispositions contenues dans l'ALECAN. Concernant l'investissement, les dispositions du chapitre 11 de l'ALENA sont beaucoup plus précises et détaillées que celles du chapitre 16 de l'ALECAN. Les éléments les plus importants de ce chapitre sont les suivants :

FTA-NAFTA », dans *Policy Options-Options politiques*, juin 1999, pp. 33-37, et, Gilbert Gagné, « North American Free Trade, Canada, and US Trade Remedies », *The World Economy*, janvier 2000, vol. 23, n° 1, pp. 77-91.

⁸³ Le même argument sera invoqué plus tard par la CEPALC pour appuyer l'ouverture de négociations hémisphériques. Voir à ce sujet le document de travail *Le régionalisme ouvert en Amérique latine et aux Caraïbes*, Santiago du Chili, 1994.

⁸⁴ Voir à ce sujet, Lorraine Eden, « The Emerging North American Investment regime », *Transnational Corporations*, vol. 5, n° 3, décembre 1996, pp. 61-98; Edward M. Graham et Christopher Wilkie, « Multinationals and the Investment Provisions of the NAFTA », *The International Trade Journal*, 1994, Vol. 8, n° 8, pp. 9-38. Voir également Edward M. Graham, « NAFTA, Foreign Direct Investment, and the United States », dans Alan Rugman (dir.), *Foreign Investment and NAFTA*, University of South California Press, 1994, pp. 105-123.

1. Obligation est faite aux Parties contractantes d'accorder à l'investisseur le traitement national (art. 1102) et le traitement de la nation la plus favorisée (art. 1103)

2. Obligation est également faite d'accorder aux investisseurs un traitement conforme au droit international, « notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales ». (art. 1105)⁸⁵.

3. L'interdiction d'imposer des prescriptions de résultats s'applique aux exportations, au contenu national, aux achats de biens et services sur le territoire, au lien entre les exportations et les entrées de devises, à la vente et aux achats de l'investisseur sur le territoire, aux transferts de technologie, procédés de fabrications et autres savoir-faire exclusifs, à la fourniture exclusive de produits ou services sur un marché mondial ou régional ainsi qu'aux subventions art. 1108)⁸⁶.

4. Les mêmes interdictions s'appliquent aux dirigeants et aux membres des conseils d'administration (art. 1107.)

5. « Chacune des Parties permettra que soient effectués librement et sans retard tous les transferts se rapportant à un investissement sur leur territoire par un investisseur d'une autre partie ». La liste des transferts est très détaillée. (art. 1109).

6. Pour ce qui a trait aux mesures de nationalisation ou d'expropriation ou équivalentes, les Parties contractantes se trouvent soumises à trois exigences : d'intérêt public, de non-discrimination et de versement d'une indemnité. (art. 1110)

7. Enfin, en matière de règlement des différends, l'ALENA reconnaît à un investisseur le droit de poursuivre l'une des Parties contractantes devant l'institution internationale de son choix, avec obligation toutefois de suivre la procédure engagée, tout en prévoyant un mécanisme fort détaillé passant par trois étapes : la consultation, puis la

⁸⁵ Cette disposition fort ambiguë a fait l'objet d'une clarification partielle à la demande du Canada lors de la réunion de la Commission du libre-échange de l'ALENA, qui s'est tenue à Washington le 31 juillet 2001. La norme de l'ALENA sera dorénavant la norme minimale du droit international coutumier. Il est également convenu que les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui qui est exigé par le droit international coutumier. La norme minimale de traitement continue néanmoins de susciter des controverses. Voir à ce sujet, *Inside U.S. Trade*, 4 janvier 2002, pp. 1, et 22-25. Voir également, Guillermo Aguilar Alvarez et William W. Park, « The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11 », *Yale Journal of International Law*, été 2003, n° 28, pp. 365-407.

⁸⁶ L'ALENA va beaucoup plus loin que l'accord de l'OMC dans la mesure où l'interdiction porte sur tous les investissements, et non simplement sur ceux qui sont liés au commerce. Les obligations sont également plus nombreuses et plus détaillées. Certaines exceptions sont cependant prévues lorsqu'il s'agit, par exemple, de protéger la vie humaine, animale ou végétale, de remédier à certains problèmes de concurrence ou encore lorsqu'il s'agit de marchés publics et de programmes de promotion des exportations.

médiation et la conciliation, et enfin, la mise sur pied d'un groupe spécial d'arbitrage (Section B. art. 1115-38)⁸⁷.

Deuxièmement, il est significatif de constater que l'ALENA couvre tous les secteurs économiques et touche à toutes les lois de chacune des Parties contractantes à moins que les pays en aient fait explicitement mention. On retrouve ces « réserves et exceptions » à l'article 1108, ainsi que dans les annexes I à IV de l'accord⁸⁸. Il n'en demeure pas moins que la méthode des « listes négatives » enlève toute possibilité à un pays de protéger un secteur économique particulier et restreint considérablement l'application des législations nationales, et ce, même si obligation est faite à l'investisseur de respecter celles-ci de bonne foi. En outre, elle est beaucoup plus exigeante que la « formule hybride » qui a été retenue lors des négociations de l'AGCS⁸⁹. On notera également que le Traitement national s'applique également aux marchés publics (chapitre 10), ce qui prive les pays d'un instrument important de politique industrielle⁹⁰. Par contre, et curieusement, il faut noter la faiblesse des dispositions de l'accord pour ce qui touche aux politiques de la concurrence

⁸⁷ L'ALENA fait référence à la Convention CIRDI, au Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI et aux règles d'arbitrage de la CNUDCI.

⁸⁸ Par exemple, à l'annexe III « Activités réservées à l'État », il est explicitement mentionné que « Le Mexique se réserve l'exclusivité des activités et le doit d'interdire tout investissement dans les secteurs suivants »: Pétrole, autres hydrocarbures et produits pétrochimiques de base, Électricité, Énergie nucléaire et traitement des minéraux radioactifs, communications par satellite, services postaux, chemin de fer, émission de papier monnaie et frappe de la monnaie, contrôle, inspection et surveillance des ports maritimes et intérieurs (lacustres et fluviaux), et contrôle, inspection et surveillance des aéroports et héliports. À la demande du Canada, les industries culturelles font également l'objet de dispositions particulières. Autre exemple, à l'annexe IV « Exception au traitement de la nation la plus favorisée », les trois pays reconnaissent que « l'article 1103 ne s'applique pas aux programmes actuels ou futurs d'aide à l'étranger destinés à promouvoir le développement économique, tels que les accords régis par l'Energy Economic Cooperation Program et conclu avec l'Amérique centrale et les Antilles (Pacto de San José) et l'Accord de l'OCDE sur les crédits à l'exportation.

⁸⁹ L'AGCS prévoit que le Traitement de la nation la plus favorisée s'applique à tous les services, sauf dans le cas d'exemptions temporaires et non extensibles. En annexe à l'accord, on retrouve la liste des engagements sectoriels spécifiques contractés par les pays membres d'une part, et la liste des exemptions. Les engagements sont consolidés et les exemptions ne devraient pas en principe durer plus de dix ans. Pour Kurtz (*op. cit.* p. 22), la structure du chapitre 11 va de « haut en bas » alors que, par opposition à cette structure stricte, l'AGCS combine cette structure avec celle plus traditionnelle dans les négociations « du bas vers le haut » dans la mesure où les pays spécifient les secteurs qui seront soumis à l'obligation du Traitement national prévue à l'article XVII.

⁹⁰ Des seuils, ajustables selon le taux d'inflation aux États-Unis, ont été établis, soit 50 000 \$EU pour les marchés de produits et services et 6,5 millions de \$EU pour les marchés de la construction dans le cas des entreprises publiques fédérales, et 250 000 \$EU et 8 millions de \$EU, respectivement, dans le cas des entreprises publiques. Dans le cas des marchés publics impliquant des États ou des provinces, il est prévu que le champ d'application du texte fasse l'objet de consultations.

(chapitre 15) et l'absence d'innovation majeure pour ce qui a trait à la protection des droits de propriété intellectuelle (chapitre 17)⁹¹.

Troisièmement, en empêchant à peu près toute forme de prescription de résultat, l'ALENA donne la plus grande des libertés d'action aux entreprises sur le territoire des trois Parties contractantes. L'accord va plus loin encore dans la mesure où il réduit également considérablement le pouvoir de contrôle de l'investissement à l'entrée. Certes, le Canada et le Mexique conservent leur mécanisme d'examen des investissements étrangers, mais sa portée se trouve considérablement réduite. À toutes fins pratiques, les agences chargées de voir à son application ont, comme aux États-Unis, davantage pour mandat de compiler l'information que celui d'exercer une réelle surveillance de l'investissement étranger.

Quatrièmement, le Mexique est traité d'égal à égal, sans « traitement spécial et différencié » comme c'est le cas à l'OMC ou actuellement dans les négociations hémisphériques. Certes, le Mexique fait l'objet d'un traitement particulier dans l'accord et dans son application, voire de réserves importantes en matière de libéralisation de l'investissement. On notera toutefois qu'en contrepartie, celui-ci a dû concéder aux États-Unis que certains produits litigieux, dans le domaine agricole notamment, fassent l'objet de dispositions spécifiques, voire d'accords bilatéraux, tout comme il a dû, comme le Canada avant lui, soumettre ses politiques et législations à la discipline d'un accord qui limite considérablement sa marge de manœuvre pour moderniser son économie et développer ses capacités d'exportation.

Vers la ZLEA?

Fort logiquement, les États-Unis vont chercher à capitaliser sur les acquis de l'ALENA et vouloir étendre celui-ci à l'ensemble du continent. Une première tentative avait déjà été faite dans ce sens avec le lancement par le président Bush, en juin 1990, de l'Initiative des Amériques. Cette première tentative tournera court. Elle sera suivie d'une seconde, mieux préparée et plus attrayante. Lancé, en décembre 1994, à l'occasion d'un sommet qui réunira, à Miami, autour du président Clinton, 33 chefs d'État et de gouvernement, cette

⁹¹ Sur ces questions, voir, entre autres, Jean-Frédéric Morin, « Le droit international des brevets: entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain », *Études internationales*, Vol. XXXIV, n° 4, décembre 2003, pp. 537-562, et Christian Deblock, Dorval Brunelle et Michèle Rioux, « Globalización, competencia y gobernaza: el surgimiento de un espacio jurídico transnacional en las Américas », *Foro Internacional*, Vol. XLVI, N° 1 (175), janvier-mars 2004, pp. 66-102.

nouvelle initiative américaine vise à intégrer l'ensemble des Amériques dans une grande zone de libre-échange, la ZLEA⁹². Le processus de négociation a été officiellement lancé lors du deuxième Sommet des Amériques, tenu à Santiago du Chili en avril 1998 et neuf groupes de négociation ont été mis sur pied, dont un sur l'investissement, et auquel a été confié le mandat « d'établir un cadre juridique juste et transparent qui crée un environnement stable et prévisible qui protège les investisseurs, leurs investissements et les flux respectifs sans créer des obstacles aux investissements extra-hémisphériques ».

Après avoir progressé rapidement, au point qu'un premier avant-projet d'accord put être déposé lors du troisième Sommet des Amériques, tenu à Québec en avril 2001, les négociations ont par la suite piétiné, pour entrer, au cours de l'année 2003, dans une phase critique en raison de la tension extrême entre les deux co-présidents du processus pour la phase finale, les États-Unis et le Brésil. La divergence de vue entre les deux pays quant à la forme que doit prendre la ZLEA est profonde, depuis le début des négociations d'ailleurs. Le Brésil (et les autres pays du MERCOSUR) refuse l'extension du « modèle ALENA », et les points de friction sont les mêmes qu'à l'OMC, notamment pour ce qui a trait à l'investissement et à l'agriculture. Ne souhaitant pas voir se reproduire chez eux le fiasco de la conférence ministérielle de Cancún, les sources de litiges et les acteurs étant les mêmes, les États-Unis ont choisi d'accepter la formule de négociation proposée par le Brésil, soit celle d'une négociation à trois niveaux : multilatéral, c'est-à-dire à l'OMC, pour les questions de fond, notamment l'agriculture et les sujets de Singapour ; hémisphérique, pour les questions relatives à l'accès aux marchés, et plurilatéral, pour les pays qui souhaitent progresser plus rapidement dans la voie de la libéralisation. La nouvelle formule sera entérinée lors de la conférence ministérielle tenue à Miami en novembre 2003, au grand dam d'ailleurs de plusieurs pays, au premier rang desquels on retrouve le Canada, le Mexique et le Chili.

Le blocage de la négociation est réel, et les risques de déraillement de tout le processus sont plus grands que jamais. La formule de négociation adoptée n'est, dans le fond, qu'un compromis de circonstance, les États-Unis pas plus que le Brésil ne pouvant se permettre un échec dans ces négociations. Le Brésil, parce qu'il ne souhaite pas être marginalisé sur le continent ni porter l'odieux de la fin des négociations ; les États-Unis, parce que la ZLEA doit servir de levier dans les négociations à d'autres niveaux et que, sans le Brésil, le plus

⁹² Sur le projet des Amériques, voir Christian Deblock et Dorval Brunelle, « Le projet de Zone de libre-échange des Amériques. Un projet en trois dimensions », *Amérique latine 2000*, La Documentation française, 2000, pp. 37-63, et sur le contenu des négociations, voir José Antonio Rivas-Campo et Rafael Tiago Juk Benke, « FTAA Negotiations: Short Overview », *Journal of International Economic Law*, Vol. 6, n° 3, 2003, pp. 661-694, de même que José M. Salazar-Xirinachs et Maryse Robet (dir.), *Toward Free Trade in the Americas*, Washington, OAS, 2001.

grand marché d'Amérique latine, celle-ci se trouve vidée de sa substance. Elle laisse néanmoins aux acteurs toute marge de manœuvre pour négocier le libre-échange à la carte, comme ils le veulent et avec qui ils le souhaitent. Cela dit, deux observations peuvent être faites.

Premièrement, un très grand nombre de pays du continent sont liés aux États-Unis par des accords qui, soit, traitent directement de l'investissement, ce qui est le cas des TBI et des ALE, soit comportent des dispositions contraignantes en matière de libéralisation et de protection de l'investissement, ce qui est le cas des accords de partenariat avec les pays du Bassin de la Caraïbe et les pays andins⁹³, soit encore visent à établir un cadre permanent de coopération pour faciliter l'accès aux marchés, ce qui est le cas des accords-cadres sur le commerce et l'investissement (*Trade and Investment framework Agreement*, TIFA). Le tableau 2 dresse la liste des pays de l'hémisphère avec lesquels les États-Unis ont soit un TBI soit un ALE. Il montre à tout le moins que la stratégie de « libéralisation compétitive » mise de l'avant par le Bureau du représentant au commerce des États-Unis commence à porter fruit.

Deuxièmement, il faut prendre en compte le fait que le droit international et les législations nationales ont beaucoup évolué depuis une vingtaine d'années et qu'il existe, dans les Amériques comme ailleurs, une très grande convergence quant au contenu et à l'étendue de la protection accordée à l'investissement étranger⁹⁴. Les nombreux accords signés par les États-Unis, mais aussi par les pays qui leur ont emboîté le pas, ne sont pas étrangers à ces évolutions. Ainsi, par exemple, le recours direct à l'arbitrage international et la possibilité de voir ainsi un investisseur poursuivre un État furent sanctionnés pour la première fois par le traité bilatéral d'investissement signé par les États-Unis et Panama en 1982. Clarifiées par les traités signés avec Haïti (non ratifié), puis avec l'Argentine et, enfin avec le Canada et le Mexique, ces nouvelles dispositions ont depuis lors été systématiquement reconduites dans tous les traités bilatéraux signés par les États-Unis, le Canada, voire le Chili et le Mexique, depuis le début des années 1990. Jusqu'alors, les pays d'Amérique latine avaient pu s'appuyer sur la doctrine Calvo pour ne pas reconnaître de traitement préférentiel aux investisseurs étrangers ni la compétence d'une juridiction

⁹³ Les deux partenariats sont régis, respectivement, par la Loi de 2002 sur les préférences commerciales en faveur des pays andins et l'éradication des drogues (*Andean Trade Promotion and Drug Eradication Act*) et par la Loi de 2000 sur le commerce et le développement (*Trade and Development Act*).

⁹⁴ Pour un examen comparatif des régimes d'investissement dans les Amériques, voir OEA, *Investment Agreements in the Western Hemisphere: A Compendium*; Maryse Robert, *Multilateral and Regional Investment Rules: What Comes Next?*, OEA, Trade Unit, mars 2001. Rémi Bachand, *Étude comparative des accords et traités d'investissement dans les Amériques: existe-t-il une alternative au modèle ALENA?*, Montréal, GRIC, janvier 2001, <http://www.gric.uqam.ca>

internationale en cas de différend⁹⁵. Par effet de domino, cette doctrine est devenue à toutes fins pratiques caduque dans la mesure où il devient difficile pour un pays de signer un accord bilatéral avec d'autres pays sans concéder les mêmes avantages que ceux qui ont été concédés dans les accords précédents⁹⁶. Il ne s'agit là que d'un exemple, mais, vu la prolifération des accords signés, vu également la forte tendance à l'uniformité quant au contenu et à la portée de ces accords, y compris ceux qui sont signés entre pays d'Amérique latine et de la Caraïbe⁹⁷, on voit mal comment les derniers foyers de résistance pourraient tenir très longtemps. Tout comme à l'OMC, le chemin est encore long avant d'en arriver dans les Amériques à un accord-cadre de très grande portée en matière d'investissement comme l'est l'ALENA. Mais, malgré les réserves et résistances de certains pays, du Brésil et du Venezuela notamment, c'est néanmoins dans cette direction que l'on s'oriente progressivement⁹⁸.

⁹⁵ Les tribunaux nationaux ont toujours été considérés comme partiaux et inéquitables par les milieux d'affaires américains. Voir l'analyse fort détaillée de l'historique des mécanismes de règlement des différends que fait Rémi Bachand, dans *Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements. L'ALENA comme modèle?* Montréal, GRIC, février 2000, <http://www.gric.uqam.ca>

⁹⁶ Le Canada a signé neuf TBI avec des pays des Amériques, le Chili 14 et le Mexique trois. (source CNUCED)

⁹⁷ Le traité d'Asuncion de 1991 portant création du MERCOSUR comporte des dispositions sur l'investissement. Celles-ci sont assez proches de celles que l'on retrouve dans l'ALENA, sauf qu'on y prévoit des aménagements pour des raisons de développement, auquel cas les gouvernements peuvent surseoir à l'application du principe du traitement national. Une telle disposition pourrait être incluse dans le futur accord, dans les réserves et exceptions générales cependant.

⁹⁸ Les premières ébauches reprenaient les dix dispositions de base, soit celles relatives au traitement national, au traitement réservé à la nation la plus favorisée, au traitement juste et équitable, aux prescriptions de résultat, aux dirigeants et personnels-clés, aux transferts, aux expropriations et indemnités, aux indemnités en cas de perte, y compris en cas de guerre ou de guerre civile, aux exceptions et réserves et règlement des différends.

Tableau 2 : Etats-Unis : Traités bilatéraux et Accords de libre-échange dans les Amé

TBI			ALE		
	Signés	En vigueur		Signés	En vigueur Négociation
Haïti	12-déc-79				
Grenade	01-mai-82	02-mars-85	Canada	05-nov-83	31-déc-84
Panama	26-oct-78	29-mai-87			
Argentine	13-nov-87	19-oct-90	ALENA	16-déc-89	31-déc-89
Trinité-et-Tobago	25-sept-90	25-déc-92			
Jamaïque	03-févr-90	06-mars-93	Chili	05-juin-99	31-déc-99
Équateur	26-août-89	10-mai-93			
El Salvador	09-mars-95	09-mars-95	Amérique centrale		
Bolivie	16-avr-94	05-juin-97	El Salvador	27-mai-00	
Honduras	30-juin-91	10-juil-97	Guatemala	27-mai-00	
Nicaragua	30-juin-91		Honduras	27-mai-00	
			Nicaragua	27-mai-00	
			Costa Rica	27-mai-00	
			Rép. Dom.	04-août-00	
			<i>Négociations en cours</i>		
			Panama		25-avr-00
			Bolivie		
			Colombie		17-mai-00
			Équateur		17-mai-00
			Pérou		17-mai-00
			ZLEA		mars-94

Sources : Office of the United States Trade Representative ; United States Department of State.

CONCLUSION

La mondialisation, c'est indéniable, appelle des standards normatifs universels, des standards qui permettent d'harmoniser les multiples régimes de l'investissement et de réguler le fonctionnement des marchés⁹⁹. Mais, de quelles règles, de quels standards parlons-nous ? S'il s'agit d'aligner les normes nationales sur les normes internationales, lesquelles sont le plus souvent les normes américaines, cela ne revient-il pas à faire évoluer le droit international, non pas vers un droit mondial mais vers le droit américain ?

De fait, les États-Unis ont démontré depuis la Guerre, et plus particulièrement depuis le tournant des années 1980, une capacité certaine à façonner les structures juridiques du système international et à étendre leur conception tant du droit que des relations qui doivent s'établir entre le marché et l'État. Ainsi, d'une façon générale, le principe du traitement national est maintenant largement reconnu sur le plan international, et, si certaines restrictions de participation étrangère demeurent, tout comme certaines procédures de filtrage et d'agrément, force est d'admettre que les obstacles à l'IDE ont été substantiellement abaissés et que l'application généralement souple des contrôles en réduit considérablement l'effectivité. De même, en cherchant à étendre à l'échelle de la planète par la règle de droit, les principes de neutralité et de non-discrimination, les États-Unis ont fait progresser l'idée selon laquelle il revient, *in fine*, au marché d'être le régulateur ultime des rapports sociaux et aux acteurs privés de voir à l'autorégulation de leurs comportements.

C'est dans les Amériques, plus que partout ailleurs, que les résultats de leur diplomatie sont les plus palpables. L'ALENA (et l'ALECAN avant lui) a été pour les États-Unis une grande victoire, et, à défaut de modèle alternatif, c'est ce modèle qui s'impose, que ce soit *de jure* ou *de facto*. Par ailleurs, si, au cours des années 1980, les États-Unis étaient pratiquement seuls en lice pour la signature de traités ou d'accords traitant de l'investissement, quelque vingt années plus tard, le panorama a énormément changé : d'autres pays ont emboîté le pas aux États-Unis, le Canada, le Chili et le Mexique en particulier, et les accords se sont multipliés, intégrant de plus en plus les dispositions du

⁹⁹ Pour une excellente synthèse des débats, voir Kevin C. Kennedy, « A WTO Agreement on Investment: A Solution in Search of a Problem? », *Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, 01-08, Michigan State University, 2003, pp. 76-188.

modèle américain. Enfin, le mouvement de libéralisation des investissements internationaux a gagné tous les pays et groupes régionaux, avec le résultat que, sans jusqu'aller à parler d'alignement pur et simple, les régimes de l'investissement présentent de plus en plus de similitude avec le modèle américain.

Convergence sur le modèle américain, il y a donc, c'est manifeste. Mais les lignes de résistance à la diplomatie commerciale des États-Unis sont nombreuses et demeurent fortes, à commencer dans les Amériques où les négociations commerciales piétinent et où, plus que jamais, ils doivent composer avec des partenaires qui, soit, sont rétifs à leur projet, soit attendent davantage de garanties, soit encore entendent conserver la plus grande marge de manœuvre possible. Qui plus est, malgré tous leurs efforts en ce sens, aucune des tentatives pour mettre en place un régime international de l'investissement n'a jusqu'ici été couronnée de succès, à commencer à l'OCDE, un forum international où, pourtant, les pays membres ont des régimes de l'investissement fort comparables et des intérêts fort convergents. Le dossier de l'investissement a depuis lors été transféré à l'OMC, mais les fractures sont telles qu'aucun « consensus explicite » n'a pu encore être obtenu quant à l'opportunité même d'ouvrir des négociations.

Ces difficultés rencontrées et ces échecs successifs, on peut certes les attribuer aux États-Unis et au droit exclusif qu'ils s'adjugent de définir les termes et le contenu d'un tel régime, mais une part non négligeable de responsabilité incombe également aux autres pays et à l'absence de consensus qui règne actuellement au sein de la Communauté internationale quant au modèle suivre. Pourtant, comme le fait remarquer Delmas-Marty¹⁰⁰, quelles que soient les préoccupations impériales qui poussent les États-Unis, mais aussi, de façon plus silencieuse, les marchés à étendre le droit américain à travers le monde entier, on ne peut cependant nier l'utilité objective d'avoir des règles communes. La disparité des règles existantes ou, comme c'est le plus souvent le cas, leur absence ou leur opacité n'aide en rien au bon fonctionnement des marchés, encore moins à l'équilibre des rapports au sein de l'économie mondiale. Le régionalisme serait-il dans ce cas la solution?

On peut évidemment considérer le problème sous cet angle et dire, comme la CNUCED en défend implicitement l'argument, qu'à défaut de pouvoir en arriver à un accord multilatéral dans un avenir proche, la voie régionale est une solution de « second rang » (*second best*), qui, pour être imparfaite, n'en est pas moins tout à fait adéquate dans les circonstances. Du moins est-elle préférable à l'approche bilatérale, une approche qui ne peut être que fortement asymétrique, particulièrement lorsqu'elle implique des pays en développement, le plus souvent de fort petite taille et sans grand pouvoir de négociation.

¹⁰⁰ Mireille Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Éditions du Seuil, 1998.

Certains, comme Delmas-Marty par exemple, vont plus loin encore. Dans le domaine de la production de normes, écrit cette dernière, « la régionalisation pourrait faciliter un rééquilibrage, à la fois en imposant le respect du droit international et en posant les premiers jalons d'un droit économique à vocation mondiale »¹⁰¹. Peut-être, mais cela ne règle pas le problème de la concurrence normative qui se joue actuellement, une concurrence qui ne se limite pas au modèle à suivre mais porte également sur la défense des intérêts régionaux. De plus, pour les États-Unis, le régionalisme n'est pas un pis-aller, mais une option stratégique.

Pour ces derniers en effet, le recours aux voies bilatérale et régionale ne fait sens que dans la mesure où celui-ci permet d'obtenir de la part des pays signataires des engagements précis et, ainsi, d'étendre leur modèle tout en faisant levier sur les négociations multilatérales. Dans ces conditions, on voit mal comment le régionalisme « pourrait faciliter un rééquilibrage » lorsque celui qui est porté par l'un des principaux, pour ne pas dire le principal protagoniste de la scène internationale, n'a d'autre fin que de répondre à des ambitions de puissance et d'exporter les valeurs perçues comme universelles. En témoigne cette déclaration du président du Conseil des Amériques, Myles Frechette, à propos du projet des Amériques, un projet considéré comme prioritaire: « Lorsque nous aurons réussi, l'hémisphère pourra être un modèle pour le reste du monde »¹⁰². Ce point de vue, largement partagé à Washington, montre clairement à quel point les Amériques sont devenues, pour les États-Unis, le laboratoire institutionnel de la mondialisation, pour ne pas dire de l'américanisation de la mondialisation. Il montre également que ce projet n'est dans le fond qu'une pièce de l'édifice juridique de cette mondialisation, un édifice qu'il s'agit de construire, sous leurs auspices et morceau par morceau.

L'espace juridique international demeure aujourd'hui extrêmement fragmenté et, dans le domaine de l'investissement comme dans de nombreux autres domaines, on est encore fort loin d'un accord international ; du moins, du genre d'accord que les États-Unis souhaitent voir émerger. Une chose est sûre en tout cas: ils ne sont pas prêts à signer un accord au rabais. Ou pour dire les choses autrement: plutôt pas d'accord du tout qu'un mauvais accord. Mais si tel est le cas, on doit s'attendre à voir les TBI continuer de proliférer et les mégablocs se consolider, voire même se multiplier si d'autres puissances que celles de la triade décident à leur tour d'entrer en scène.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 19

¹⁰² Myles Fréchette, « FTAA Top Priority », *Latin Business Chronicle*, 26 mars 2003. (http://www.americas-society.org/as/pubs_downloads/asopedts.html).