



HAL
open science

L'IMPACT DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT SUR LES FLUX D'INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS

Alain Pirotte, Aikaterina Titi

► **To cite this version:**

Alain Pirotte, Aikaterina Titi. L'IMPACT DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT SUR LES FLUX D'INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS : UNE NOUVELLE APPROCHE PAR LA PRISE EN COMPTE DES RÈGLES DE DROIT DES TRAITÉS. [Rapport de recherche] Mission de Recherche Droit et Justice. 2020. halshs-02910927

HAL Id: halshs-02910927

<https://shs.hal.science/halshs-02910927>

Submitted on 3 Aug 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Rapport n° 17.09

Mai 2020

Rapport final de recherche

L'IMPACT DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT SUR LES FLUX D'INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS

UNE NOUVELLE APPROCHE PAR LA PRISE EN COMPTE DES RÈGLES DE DROIT
DES TRAITÉS

Sous la direction de :

Alain PIROTTE

Professeur des universités

CRED – Université Paris II Panthéon Assas

Aikaterini (Catharine) TITI

Chargée de recherche CNRS

CNRS – CERSA – Université Paris II Panthéon-Assas – CREDIMI – Université de Bourgogne

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS	1
INTRODUCTION	4
1. L'ANALYSE DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT	8
1.1. LES PAYS SÉLECTIONNÉS	8
1.2. LES CLAUSES DE DROIT SUBSTANTIEL ET PROCÉDURAL RETENUS POUR L'EXAMEN DES TRAITÉS	12
1.2.1. La nature du traité	12
(i) <i>Les traités bilatéraux d'investissement</i>	12
(ii) <i>Les traités de libre-échange ou traités de coopération économique avec chapitre sur les investissements</i>	14
(iii) <i>Les autres traités d'investissement</i>	16
1.2.2. La définition du terme « investissement ».....	17
(i) <i>Définition « ouverte » (de l'anglais « open ») et définition « fermée » (de l'anglais « closed »)</i>	17
(ii) <i>Des exclusions explicites de certains types d'investissement</i>	18
1.2.3. Le traitement national.....	20
(i) <i>Le traitement national accordé dans la phase « après l'établissement » (« post-establishment national treatment »)</i>	20
(ii) <i>Le traitement national accordé tant dans la phase « après l'investissement » que dans la phase « avant l'établissement »</i>	21
(iii) <i>Absence de traitement national accordé par le traité</i>	22
1.2.4. L'expropriation indirecte.....	22
(i) <i>La protection en cas d'expropriation indirecte</i>	23
(ii) <i>La protection en cas d'expropriation indirecte « avec annexe interprétative »</i>	23
(iii) <i>Pas de protection en cas d'expropriation indirecte</i>	24
1.2.5. Les exceptions	25
(i) <i>Les exceptions pour l'intérêt public</i>	25
(ii) <i>Les exceptions relatives aux intérêts de sécurité essentiels</i>	26
1.2.6. Le droit de l'État de réglementer	27
1.2.7. L'accès au règlement des différends en matière d'investissements internationaux.....	28
(i) <i>L'accès à l'arbitrage sous la Convention de Washington</i>	28
(ii) <i>L'accès à d'autres types d'arbitrage</i>	29
(iii) <i>L'accès à l'arbitrage sous la Convention de Washington et accès à d'autres types d'arbitrage</i>	29
(iv) <i>L'accès à une cour permanente pour les investissements</i>	30

(v) <i>Pas d'accès au règlement des différends investisseur-État</i>	30
1.2.8. Les mécanismes institutionnels.....	31
2. SYNTHÈSE DE LA LITTÉRATURE SUR LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT ET LES FLUX D'INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS	32
2.1. De la théorie aux études empiriques	32
2.2. Les données utilisées.....	34
2.3. Données de panel multidimensionnels et défis méthodologiques.....	37
3. DES DONNÉES À LA SPÉCIFICATION ET À L'ESTIMATION DES MODÈLES GRAVITATIONNELS	38
3.1. Les spécifications retenues	38
3.2. Les données.....	45
3.2.1. Les variables liées aux traités d'investissement et à leurs clauses	45
3.2.1.1. Traités bilatéraux d'investissement.....	45
3.2.1.2. Traités de libre-échange avec chapitre sur les investissements	74
3.2.1.3. Autres traités sur les investissements	82
3.2.2. Les variables économiques.....	91
3.3. Les résultats d'estimation	93
CONCLUSION	97
RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES	99
ANNEXE A	105
ANNEXE B	107

AVANT-PROPOS

Ce rapport final fait la synthèse d'un travail engagé depuis la date de notification de la convention entre le GIP « Mission de recherche Droit et Justice » et l'université Panthéon-Assas Paris II et en collaboration avec le centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI) de l'université de Bourgogne, le 30 mars 2017, sur le thème : « *L'impact des traités d'investissement sur les flux d'investissements directs étrangers : Une nouvelle approche par la prise en compte des règles de droit des traités* ».

Dès la signature de la convention, l'équipe associée au projet a commencé très activement ses travaux conformément au calendrier prévisionnel. L'attention s'est tout d'abord focalisée sur :

- ✓ l'analyse des traités bilatéraux d'investissement, mais aussi des accords internationaux de coopération économique, notamment ceux de libre-échange, qui incorporent un chapitre sur les investissements, de 63 pays représentatifs d'une part significative du total des flux d'investissements entrants et sortants. L'identification des règles de droit substantiel et procédural des traités d'investissement, i.e. susceptibles d'avoir un impact significatif sur les flux d'investissements directs étrangers, a constitué un préalable indispensable. Des problèmes de traduction et de disponibilité de plusieurs traités se sont posés. Certains traités sont restés, à la marge, non accessibles malgré nos recherches. Une attention particulière a concerné l'adéquation entre les règles de droit retenues et le contenu de certains traités puisqu'une identification exacte n'était pas toujours immédiate ;
- ✓ une revue de la littérature sur les flux d'investissements directs étrangers, avec une attention toute particulière quant aux liens réels ou supposés avec les traités d'investissement. Ce survol de la littérature a constitué un préalable indispensable pour orienter la modélisation empirique des flux d'investissements directs étrangers de ce projet et alimenter la réflexion sur les résultats obtenus.

Ces deux grands aspects ont été discutés à l'occasion de plusieurs réunions de l'équipe, de séminaires, de déplacements, dont plusieurs en Suisse, à l'école polytechnique de Zürich¹. Ces différentes rencontres ont notamment permis de sélectionner les règles de droit substantiel

¹ Nous tenons ici à remercier tout particulièrement le Professeur Peter EGGER de l'école polytechnique de Zürich pour ces précieux conseils et les collaborations toujours en cours sur le sujet.

et procédural des traités d'investissement pertinentes pour l'examen des traités. Ensuite, un étudiant en thèse a été employé afin de décortiquer plus de 1000 traités liés aux pays sélectionnés, dont 925 traités bilatéraux d'investissement. Des échanges réguliers ont eu lieu notamment avec Mme Titi, en charge de l'aspect juridique de ce projet, afin de clarifier certaines dimensions des traités, et éviter ainsi des interprétations erronées. Ce suivi, très lourd et long, a été absolument essentiel au regard de la justesse de l'information reportée dans la constitution de la base de données, c'est-à-dire son codage.

Pour l'examen de la littérature, notre travail s'est focalisé sur le lien entre les traités d'investissement et les flux d'investissements directs étrangers, sur le type de données et leur niveau d'agrégation (entreprise/industrie/secteur/pays) et sur les défis méthodologiques auxquels la modélisation des investissements directs étrangers est confrontée.

Parallèlement², il a fallu construire la dimension économique de la base de données (les flux/stocks des investissements directs étrangers, les produits intérieurs bruts, les dotations en capital humain, les dotations des facteurs, les coûts de transport,...) pour ensuite la fusionner avec les données juridiques ci-dessus évoquées. La principale difficulté a concerné la disponibilité et la fiabilité des données de flux-stocks des investissements directs étrangers sortants (nombreuses données manquantes, problèmes de fiabilité, etc.) pour les 63 pays retenus sur la période la plus longue possible. Au final, les données liées aux stocks des investissements directs étrangers sortants³ de la Conférence des Nations unies pour le commerce et le développement (CNUCED) ont été exploitées sur la période 1980-2012. Une alternative aurait pu être les données des investissements directs étrangers bilatéraux (stocks sortants) de l'organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) mais ces dernières impliquent forcément un pays de l'OCDE dans les relations bilatérales et restreignent le champ des relations bilatérales couvert. Cette option n'a donc pas été retenue. Ensuite, et en référence à la littérature sur le sujet, des modèles gravitationnels sur données de panel multidimensionnels à effets fixes et de Poisson ont été estimés. Cette partie s'est concentrée sur l'impact des clauses de droit substantiel et procédural des traités bilatéraux

² Les points qui suivent ont également fait l'objet de réunions de l'équipe, de séminaires et de déplacements.

³ La dernière partie soulignera en quoi les modèles estimés permettent finalement de ramener l'analyse en termes de flux.

d'investissement sur les stocks des investissements directs étrangers sortants. Les résultats et les enseignements sont présentés en dernière partie de ce rapport.

Alain PIROTTE & Aikaterini (Catharine) TITI

INTRODUCTION

L'évaluation des dispositifs juridiques internationaux reste encore en devenir, et plus particulièrement en droit international des investissements, où la multiplication des accords bilatéraux et plurilatéraux constitue une tendance très forte depuis la fin des années 80. Depuis la conclusion du premier traité bilatéral d'investissement entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959, le droit international des investissements a fait de l'encouragement et de la protection des investissements ses fondements et ses priorités absolues⁴. Dès lors, les États, désireux d'attirer des investissements internationaux et d'assurer la protection de leurs investisseurs à l'étranger, ont souscrit un nombre croissant de traités bilatéraux d'investissement garantissant des protections tels que le traitement juste et équitable, le libre transfert de capitaux, et une indemnité « prompte et adéquate » en cas d'expropriation.

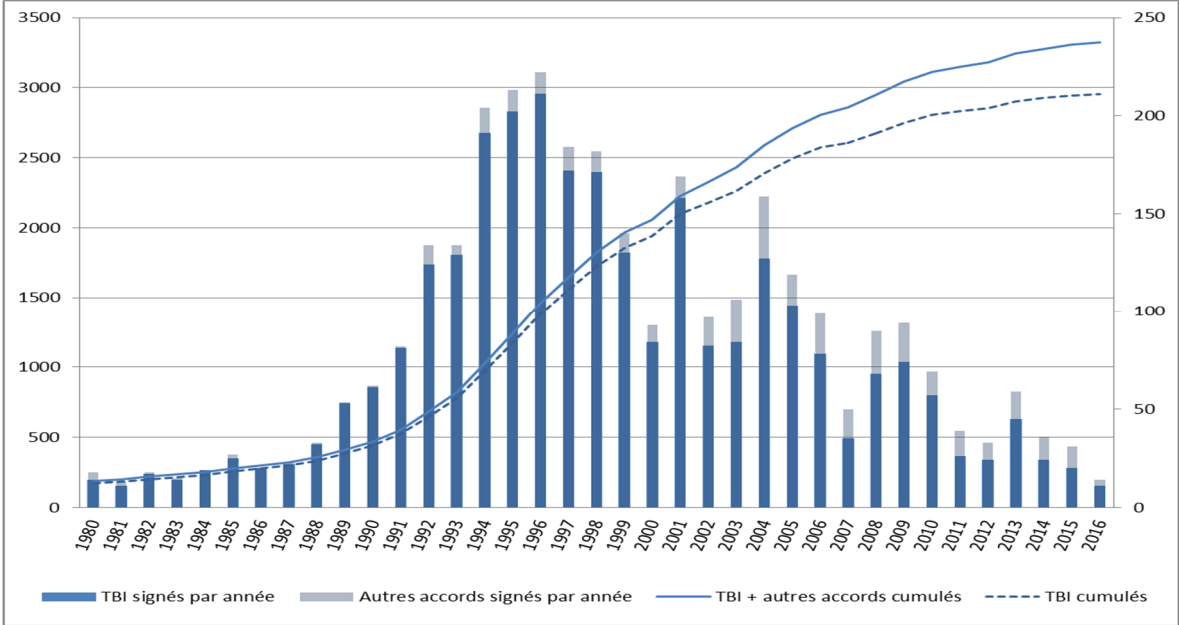
Globalement, les accords internationaux sur l'investissement intègrent non seulement les traités bilatéraux d'investissement, mais également les accords de coopération économique et notamment ceux de libre-échange, de plus en plus souvent régionaux, qui incorporent des clauses spécifiques consacrées aux investissements. Sur les décennies 80, 90 et 2000, le nombre moyen de traités bilatéraux d'investissement signés s'élève respectivement à 23, 147 et 89, avec des taux de croissance de 124%, 316% et 42%. La figure 1 retrace l'évolution du nombre de traités bilatéraux d'investissement signés, cumulés et par année, de 1980 à 2016. La prédominance des accords signés durant la décennie 90 en constitue un fait marquant, avec une évolution quasi-exponentielle de 1980 au début des années 2000. Plus précisément, pour expliquer l'essor des traités bilatéraux d'investissement à partir de la fin des années 80, Kurtz (2016) évoque notamment l'ouverture d'un grand nombre d'économies de pays en voie de développement, et leur volonté d'attirer les investisseurs étrangers. Fin 2018, les traités bilatéraux d'investissement représentent 88% des accords internationaux signés sur l'investissement⁵, et les accords de libre-échange avec clauses sur les investissements seulement 12%. Néanmoins, ces derniers progressent sensiblement depuis l'année 2000, puisqu'ils ne représentaient alors que 6%.

⁴ Voir par exemple Newcombe et Paradell (2009) et Salacuse (2009).

⁵ En 2018, la CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le Commerce Et le Développement) recense 3317 traités signés, dont 2932 traités bilatéraux d'investissement et 385 accords de libre-échange et autres accords internationaux sur l'investissement.

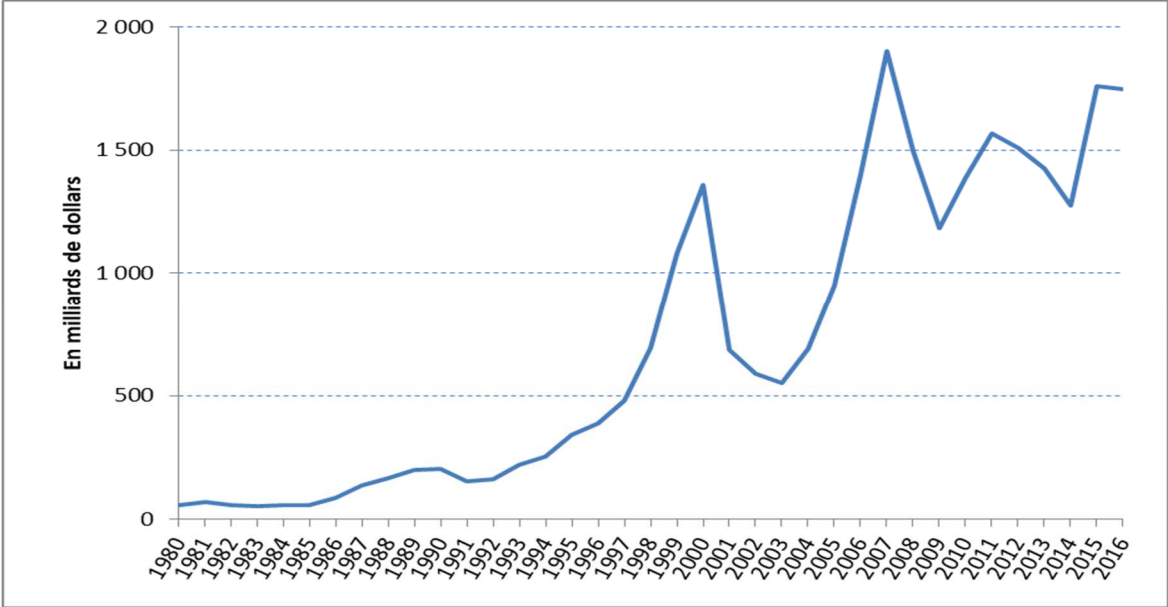
Ces évolutions sont à mettre en parallèle avec une progression globalement continue des flux d'investissements directs étrangers (dollars courants) (figure 2) depuis les années 80, avec une accélération marquée à partir des années 90.

Figure 1. Nombre de traités bilatéraux d'investissement et autres accords d'investissement signés par année et cumulés sur la période 1980-2016



Source : CNUCED.

Figure 2. Flux d'investissements directs étrangers sur la période 1980-2016



Source : CNUCED.

De nombreux travaux ont étudié l'impact des traités bilatéraux d'investissement sur les flux d'investissements directs étrangers. Parmi les plus récents, on peut citer Egger and Pfaffermayr (2004), Neumayer et Spess (2005), Egger and Merlo (2007), Sauvant et Sachs (2009), Busse, Königer et Nunnenkamp (2010), Berger, Busse, Nunnenkamp et Roy (2013,

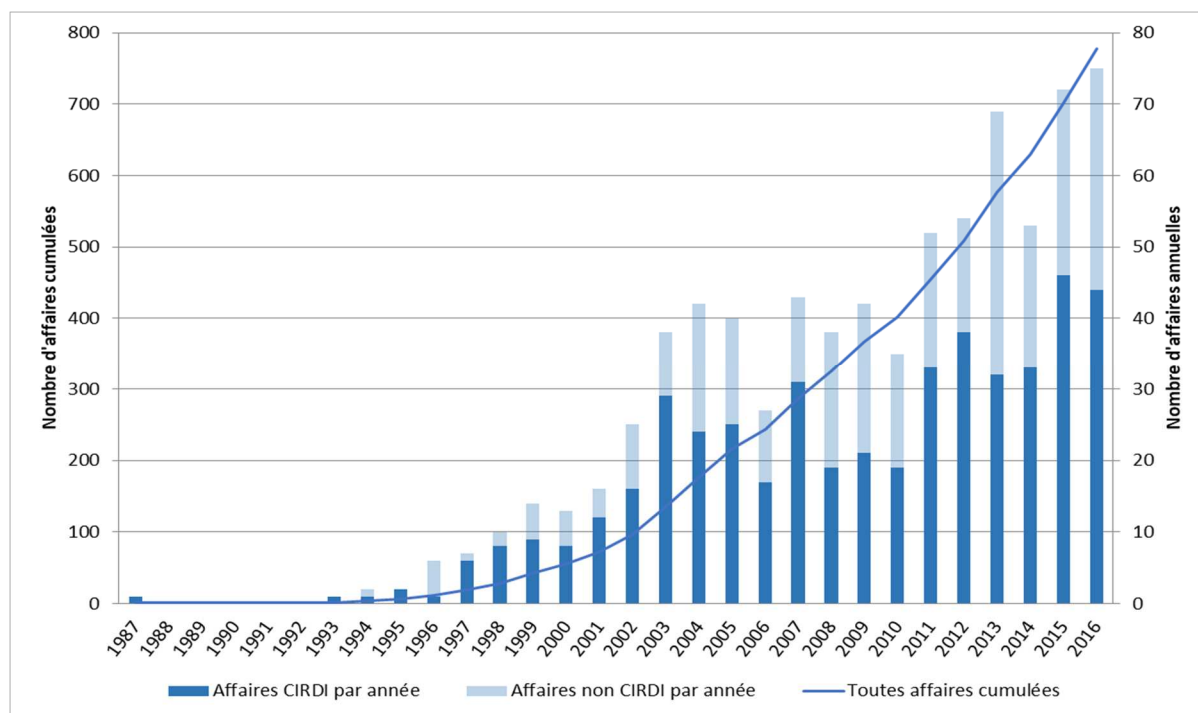
BBNR). Ces recherches soulignent notamment un impact positif et significatif des traités bilatéraux d'investissement sur les flux d'investissements directs étrangers. Certaines d'entre elles révèlent aussi que les effets des traités bilatéraux d'investissement dépendent fortement des relations entre les pays contractants, que leur impact n'est pas stable dans le temps, et qu'il aurait même tendance à décroître, ou encore que les traités bilatéraux d'investissement ne peuvent pas se substituer à des conditions favorables à l'accueil des investissements directs étrangers. Pour revenir sur l'impact des traités bilatéraux d'investissement sur les flux d'investissements directs étrangers, d'autres travaux arrivent à des conclusions plus mitigées, comme ceux de Hallward-Driemeier (2003), Tobin and Rose-Ackerman (2003), Gallagher and Birch (2006) ou encore Peinhardt et Allee (2008). Tous ces travaux ont au moins une caractéristique commune : ils prennent en compte uniquement l'existence ou pas d'un traité bilatéral d'investissement (le plus souvent par la présence d'une variable dichotomique dans la modélisation, qui vaut 1 si un traité bilatéral d'investissement a été signé, 0 sinon), mais lorsqu'il existe très peu d'études introduisent comme facteurs explicatifs les clauses et la nature des accords. Une exception notable est l'article de Berger, Busse, Nunnenkamp et Roy (2013), qui révèle une causalité fragile entre les flux d'investissements directs étrangers et la présence ou non d'une clause d'arbitrage dans les traités. Celle-ci autorise les investisseurs à accéder au règlement des différends entre États et investisseurs étrangers. Elle est présente dans la quasi-totalité des traités depuis la fin des années 80, et de plus en plus saisie en cas de différend. La figure 3 illustre cette évolution marquante au cours des 30 dernières années. Le nombre d'affaires connues (affaires du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)⁶ et non CIRDI confondues) fin 2015 s'élève à 702 alors qu'il n'était que de 56 fin 2000, soit un taux de croissance de plus de 1000%.

Ces autres facteurs potentiellement explicatifs des flux d'investissements directs étrangers, que sont les clauses et la nature des traités, offrent un champ quasiment inexploré, qui mérite une investigation plus poussée, i.e. désagrégée. En 2014, la CNUCED souligne ce point en constatant que la littérature sur le sujet a négligé la substance des traités bilatéraux d'investissement et autres accords et leur éventuel impact sur les flux d'investissements directs étrangers. Ce projet cherche donc notamment à cerner les types de clauses des traités dont la présence ou l'absence peut s'avérer significative pour leur efficacité. Il s'intéresse également à la question de savoir si la nature des traités (traité bilatéral d'investissement,

⁶Le CIRDI est un organisme rattaché à la Banque mondiale.

traité de libre-échange avec chapitre sur les investissements, autre traité sur les investissements non couvert par les catégories précédentes, etc.) peut avoir un impact sur les flux d'investissements directs étrangers. Parallèlement, il est important de dresser un bilan sur l'existence plus ou moins fournie d'une littérature théorique et/ou appliquée sur le sujet.

Figure 3. Évolution du nombre d'affaires CIRDI et non CIRDI par année et cumulées sur la période 1987-2016



Source : CNUCED. Le nombre d'affaires CIRDI comprend les affaires portées sous la Convention de Washington et celles qui relèvent du règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI.

Ainsi, ce rapport final comprend trois grandes parties :

- ✓ l'analyse des traités bilatéraux d'investissement, mais aussi des accords internationaux de coopération économique, notamment ceux de libre-échange, qui incorporent un chapitre sur les investissements et d'autres accords sur les investissements, de 63 pays représentatifs d'une part significative du total des flux d'investissements entrants et sortants. Dans cette perspective, l'identification des règles de droit substantiel et procédural des traités d'investissement, i.e. susceptibles d'avoir un impact significatif sur les flux d'investissements directs étrangers, a constitué un préalable indispensable ;
- ✓ une revue de la littérature sur les flux d'investissements directs étrangers, avec une attention toute particulière quant aux liens réels ou supposés avec les traités d'investissements ;
- ✓ enfin, la description des données utilisées (les variables juridiques (liées aux clauses de droit substantiel et procédural des traités bilatéraux d'investissement examinés) et

économiques) grâce notamment à des statistiques descriptives qui permettent d'en dégager les grandes caractéristiques, la spécification et l'estimation des modèles gravitationnels sur données de panel multidimensionnelles, l'analyse de leurs résultats et les conclusions tirées.

1. L'ANALYSE DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT

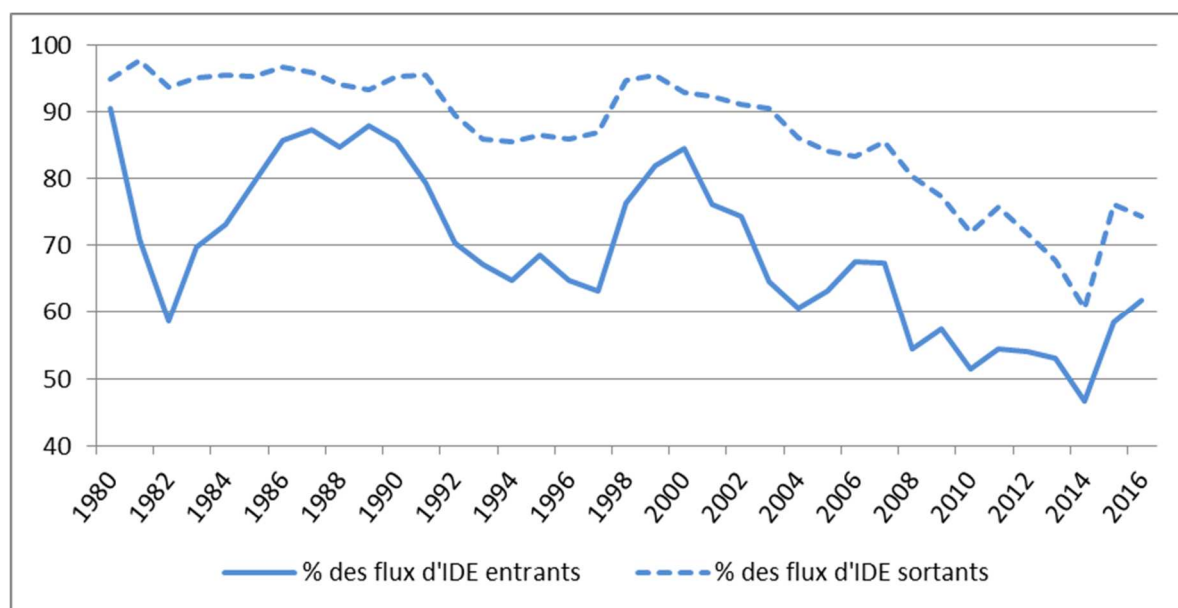
Cette section comporte une analyse approfondie du contenu des traités d'investissement pour permettre de « traduire » leur cadre juridique en éléments utiles pour la recherche empirique. Elle cherche notamment à identifier les clauses de droit substantiel et procédural susceptibles d'affecter les flux d'investissements directs étrangers. Par exemple, on peut envisager qu'un traité qui comprend une définition large du terme « investissement » aura un impact plus important qu'un traité qui ne protège que certains investissements et en exclut d'autres. Un même impact positif peut être attendu d'une clause sur le traitement national qui garantit aux investisseurs étrangers un traitement aussi favorable qu'aux ressortissants nationaux. Un autre exemple concerne la clause donnant accès à l'arbitrage : *a priori* elle est censée rassurer les investisseurs étrangers sur le respect de leurs droits inscrits dans les traités, et donc encourager les flux d'investissements directs étrangers. Cette section s'intéressera également à la nature des traités : les mêmes clauses dans un traité bilatéral d'investissement ou dans un accord de libre-échange, qui s'inscrit dans un cadre plus large de libéralisation et ouverture des marchés, peuvent avoir un impact différencié.

1.1. LES PAYS SÉLECTIONNÉS

Ce projet a sélectionné 63 pays (cf. tableau 1), dont 34 des 36 pays membres de l'OCDE en 2019, représentatifs du total des flux d'investissements entrants et sortants. Ainsi, sur la période 1980-2016, et en moyenne, 70% de l'ensemble des flux entrants et 87% de ceux sortants sont à rattacher aux pays de l'OCDE (cf. figure 4). Par ailleurs, les 63 pays retenus, pas forcément tous membres de l'OCDE (cf. tableau 2), englobent la plupart des économies importantes des zones Europe, Amérique du Nord, Asie (Chine, Hong Kong, Inde, Russie, Taïwan, ...), Amérique Latine (Argentine, Brésil,...), souvent caractérisés par des flux d'investissements directs étrangers entrants-sortants importants. Par exemple, parmi les pays non-OCDE, notre échantillon comprend cinq des dix pays de l'ASEAN (Association of South-East Asian Nations), l'Indonésie, la Thaïlande, la Malaisie, Singapour et les Philippines, l'ensemble des pays de l'ANCOM (Andean Community), la Bolivie, la Colombie, l'Équateur et

le Pérou, deux des six pays du CACM (Central American Common Market), le Costa Rica et Panama, trois des cinq pays du MERCOSUR (Mercado Común del Sur), l'Argentine, le Brésil et le Venezuela, ou encore six des vingt-et-un pays de la LAS (League of Arab States), l'Algérie, l'Égypte, les Émirats Arabes Unis, le Koweït, le Maroc et l'Arabie Saoudite. Enfin, notre échantillon couvre l'ensemble des pays membres du G20⁷.

Figure 4. Évolution de la part des flux d'investissements directs étrangers entrants et sortants des pays de l'OCDE sur la période 1980-2016



Source : CNUCED.

De plus, même si certains pays ne drainent pas des flux d'investissements directs étrangers considérables, ils se caractérisent par des situations particulières au regard du droit des investissements. C'est le cas, par exemple, de plusieurs pays d'Amérique latine, qui ont une importance particulière pour le droit des investissements. Par exemple, l'Argentine est le pays qui a attiré le plus grand nombre des réclamations en arbitrage investisseur-État. Or, malgré les différends initiés contre elle, l'Argentine n'a pas dénoncé ses traités d'investissement. Il est donc important d'apprécier si ces traités lui ont apporté des investissements directs étrangers. Inversement, trois pays d'Amérique latine (la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela) ont dénoncé la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, dite « Convention CIRDI » ou « Convention de Washington », et un certain nombre de leurs traités bilatéraux d'investissement. Il est donc intéressant d'examiner si le retrait de ces pays de la Convention de Washington est lié à la

⁷ La liste des pays membres du G20 est : Afrique du Sud, Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Australie, Brésil, Canada, Chine, Corée du Sud, États-Unis, France, Inde, Indonésie, Italie, Japon, Mexique, Royaume-Uni, Russie, Turquie, Union européenne.

« performance » de leurs traités d'investissement, i.e. les flux d'investissements directs étrangers entrants ont-ils baissé au lieu de croître ?

Il convient également de mentionner le Brésil, qui constitue un cas à part en droit des investissements. La plus grande économie d'Amérique du Sud n'est liée pour l'instant que par un seul traité bilatéral d'investissement en vigueur. Sa relation avec le droit des investissements est donc très particulière et mérite une explication. Dans les années 60, l'hostilité vis-à-vis du droit international des investissements, et notamment face à l'arbitrage entre investisseurs et États, était répandue en Amérique latine, qui se trouvait sous l'emprise de la *doctrine Calvo*. Selon celle-ci, on ne devait confier le règlement des différends qu'aux cours internes (Calvo (1868, 1896)). Ce n'est qu'à la fin des années 80, et tout au long des années 90, que les pays de cette zone ont commencé à libéraliser leurs économies, à signer des traités d'investissement et à adhérer à la Convention de Washington.

Pour revenir au cas du Brésil, il a commencé à signer des traités d'investissement dans les années 90. Début 2015, il avait conclu 14 traités bilatéraux d'investissement, dont aucun n'a été ratifié. Six d'entre eux ont été soumis au Congrès brésilien pour approbation, mais sans suite. En 2015, le Brésil a commencé à signer de nouveau un nombre de traités d'investissement, cette fois-ci sur la base d'un modèle qu'il avait lui-même développé, et qui est radicalement différent des traités d'investissement classiques. Par exemple, il ne protège pas les investisseurs contre les expropriations indirectes, et il ne donne pas accès à l'arbitrage investisseur-État. Néanmoins, ces traités, sauf un, ne sont pas encore entrés en vigueur (Titi (2016, 2017b)).

Enfin, d'autres pays en développement, par exemple africains (Algérie, Maroc, Afrique du Sud,...), ont été retenus du fait de l'importance proclamée des traités d'investissement, avec parfois des institutions judiciaires peu robustes, etc., afin qu'ils arrivent à attirer des investissements directs étrangers.

TABLEAU 1 : LISTE DES PAYS CONSIDÉRÉS POUR L'EXAMEN DES TRAITÉS

Code	Pays	TBI + Autres traités ⁽¹⁾	Code	Pays	TBI + Autres traités ⁽¹⁾
1	DZA Algérie	46 (29) + 7 (5)	33	KOR Corée du Sud	94 (87) + 19 (17)
2	ARG Argentine	56 (52) + 17 (12)	34	KWT Koweït	84 (67) + 12 (6)
3	AUS Australie	20 (17) + 19 (17)	35	MYS Malaisie	66 (49) + 23 (20)
4	AUT Autriche	62 (58) + 68 (56)	36	MEX Mexique	32 (29) + 15 (14)
5	BEL Belgique	93 (73) + 68 (56)	37	MAR Maroc	68 (51) + 8 (7)
6	LUX Luxembourg	96 (73) + 68 (56)	38	NLD Pays-Bas	94 (90) + 68 (56)
7	BOL Bolivie	12 (11) + 10 (6)	39	NZL Nouvelle-Zélande	4 (2) + 15 (13)
8	BRA Brésil	19 (0) + 18 (13)	40	NOR Norvège	15 (14) + 29 (26)
9	BGR Bulgarie	67 (59) + 67 (56)	41	PAN Panama	23 (19) + 11 (9)
10	CAN Canada	32 (35) + 20 (17)	42	PER Pérou	29 (30) + 28 (21)
11	CHL Chili	51 (38) + 29 (25)	43	PHL Philippines	37 (32) + 14 (13)
12	CHN Chine	129 (110) + 22 (19)	44	POL Pologne	60 (60) + 68 (56)
13	COL Colombie	15 (7) + 20 (15)	45	PRT Portugal	55 (45) + 68 (56)
14	CRI Costa Rica	21 (14) + 17 (14)	46	ROU Roumanie	81 (79) + 67 (56)
15	CZE République tchèque	80 (77) + 68 (56)	47	RUS Russie	80 (62) + 6 (5)
16	DNK Danemark	53 (49) + 68 (56)	48	SAU Arabie Saoudite	24 (19) + 12 (7)
17	EGY Égypte	100 (72) + 12 (10)	49	SGP Singapour	44 (36) + 30 (27)
18	ECU Équateur	18 (16) + 9 (7)	50	SVK Slovaquie	56 (53) + 68 (56)
19	EST Estonie	28 (24) + 69 (57)	51	SVN Slovénie	37 (34) + 68 (56)
20	FIN Finlande	72 (67) + 68 (56)	52	ZAF Afrique du Sud	40 (14) + 11 (9)
21	FRA France	104 (96) + 68 (56)	53	ESP Espagne	79 (72) + 68 (56)
22	DEU Allemagne	133 (129) + 68 (56)	54	SWE Suède	69 (66) + 68 (56)
23	GRC Grèce	46 (42) + 68 (56)	55	CHE Suisse	114 (112) + 34 (31)
24	HKG Hong Kong	19 (18) + 5 (5)	56	TWN Taïwan	24 (17) + 6(6)
25	HUN Hongrie	56 (54) + 68 (56)	57	THA Thaïlande	39 (36) + 22 (20)
26	ISL Islande	9 (8) + 31 (27)	58	TUR Turquie	99 (76) + 21 (16)
27	IND Inde	68 (59) + 13 (9)	59	UKR Ukraine	72 (57) + 6 (5)
28	IDN Indonésie	42 (26) + 15 (14)	60	ARE Émirats Arabes Unis	54 (36) + 12 (6)
29	IRL Irlande	0 + 68 (56)	61	GBR Royaume-Uni	106 (95) + 68 (56)
30	ISR Israël	38 (34) + 5 (4)	62	USA États-Unis	46 (40) + 68 (50)
31	ITA Italie	84 (72) + 67 (55)	63	VEN Venezuela	28 (26) + 5 (5)
32	JPN Japon	28 (24) + 20 (19)			

(1) – Les nombres en parenthèses indiquent le nombre de traités en vigueur (« in force »). Les chiffres reportés sont ceux du sommaire de la CNUCED. Attention, il peut y avoir des décalages en rentrant dans la décomposition pays par pays. Certains d'entre eux sont donc susceptibles de modifications.

Les pays en **italique et en caractères gras** correspondent aux 34 des 36 pays membres de l'OCDE en 2019.

La Belgique et le Luxembourg signent les traités d'investissement conjointement sous l'égide de l'Union économique belgo-luxembourgeoise (UEBL ou BLEU). Une exception a été observée : il s'agit du traité bilatéral d'investissement signé entre la Belgique et l'Indonésie, le 15 janvier 1970.

Un nombre de traités bilatéraux d'investissement a été conclu à l'époque de l'ancienne Tchécoslovaquie. Étant donné son éclatement en 1992, qui a donné naissance à deux États, la République tchèque et la Slovaquie, ces traités (conclus par l'ancienne Tchécoslovaquie) ont été pris en compte en tant que traités bilatéraux d'investissement pour chacun des nouveaux pays.

TABLEAU 2 : RÉPARTITION DES PAYS SÉLECTIONNÉS PAR CONTINENT

	Nombre de pays	Dont membres de l'OCDE
Afrique	4 (6.35%)	0
Amérique	13 (20.64%) NA:2 – CA:4 – SA: 7	4 (11.76%) NA:2 – CA:1 – SA: 1
Asie	16 (25.40%)	4 (11.76%)
Europe	28 (44.44%)	24 (70.60%)
Océanie	2 (3.17%)	2 (5.88%)
Total	63 (100%)	34 (100%)

NA: Amérique du Nord, CA: Amérique Centrale, SA: Amérique du sud.

1.2. LES CLAUSES DE DROIT SUBSTANTIEL ET PROCÉDURAL RETENUS POUR L'EXAMEN DES TRAITÉS

Une liste exploratoire des modalités envisagées pour l'examen des traités avait été fournie dans la note méthodologique (cf. Annexe A). Cette section expose celles finalement retenues, et revient sur leur substance, soulignant ainsi leur poids et leur importance dans l'examen des traités d'investissement.

1.2.1. La nature du traité

Le premier critère concerne l'identification de la nature du traité : s'agit-il d'un TBI ou d'un traité de libre-échange, ou de coopération économique, avec chapitre sur les investissements ? Trois catégories de traités ont été retenues :

(i) Les traités bilatéraux d'investissement

Il s'agit ici de l'instrument juridique « classique » du droit des investissements, dans le sens où il est le plus répandu. C'est aussi le type de traité d'investissement privilégié des États membres de l'Union européenne, y compris la France, jusqu'en 2009. Depuis 2009, la capacité à conclure des traités d'investissements est partagée entre l'Union européenne et les États membres. La capacité à conclure des traités de libre-échange, même avant 2009, revient quant à elle à l'Union européenne. À la fin de 2018, et selon le *World Investment Report 2019* de la CNUCED, il y avait 2932 traités bilatéraux d'investissement, contre 385 autres traités avec dispositions sur les investissements (y compris les traités de libre-échange avec chapitre sur les investissements). Les traités bilatéraux d'investissement sont des accords signés entre

deux États ou deux économies (par exemple une organisation d'intégration régionale), qui ne contiennent que des dispositions sur les investissements.

Il convient ici de présenter la structure habituelle d'un traité bilatéral d'investissement, pour mieux le distinguer par la suite des autres traités d'investissement retenus. Sans exclure des différences importantes au niveau du contenu concret et du volume du traité (en fonction de l'identité des parties contractantes et du moment de sa signature), la structure d'un traité bilatéral d'investissement est globalement la suivante :

- Préambule. Le préambule d'un traité contient l'objet et le but du traité (Dolzer et Stevens (1995), Salacuse (2015)) ;
- Portée et définitions. Cette partie du traité, souvent un ou deux articles, précise et définit les types d'investissements ainsi que les types de différends qui sont couverts par le traité (Dolzer et Schreuer (2012), Newcomb et Paradell (2009), OECD (2008), Salacuse (2015), Sornarajah (2015), Titi (2018a), CNUCED (2011)) ;
- Protections matérielles. Les traités d'investissement offrent, entre autres, aux investisseurs :
 - le traitement national ;
 - le traitement de la nation la plus favorisée (un certain nombre de traités offrent les traitements nationaux et de la nation la plus favorisée non seulement aux investissements déjà fait (*post-establishment protection*) mais aussi aux investissements prospectifs (*pre-establishment protection*) – on parle dans ce cas de dispositions sur l'accès au marché ou sur l'admission et l'établissement (*establishment*) des investissements) ;
 - le traitement juste et équitable ou le traitement minimum du droit international coutumier ;
 - la protection pleine et entière ;
 - la protection en cas d'expropriation, y compris en cas d'expropriation indirecte ;
 - le libre transfert des capitaux (Dolzer et Schreuer (2012), Kläger (2011), McLachlan, Shore et Weiniger (2017), Newcomb et Paradell (2009), Reinisch (2008), Salacuse (2015), Sornarajah (2015), Titi (2018a), CNUCED (2012a, 2012b)) ;
- Exceptions. Il s'agit ici des exceptions liées aux protections matérielles ou ce que l'on appelle le « droit de réglementer ». Par exemple, des exceptions pour la protection des intérêts de sécurité essentiels (*essential security interests*) (Titi (2014, 2018b)) ;

- Protections procédurales. Autrement dit, cela concerne l'accès au règlement des différends entre investisseurs et États, et notamment l'arbitrage des investissements (Dolzer et Schreuer (2012), Newcomb et Paradell (2009)). Même si tous les traités bilatéraux d'investissement ne donnent pas accès à l'arbitrage des investissements, ceci est un élément important que l'on retrouve dans la plupart des traités. Ces dernières années, l'arbitrage des investissements fait face à plusieurs critiques, et le mécanisme de règlement des différends est en cours de réforme (Alvarez (2011), CNUCED (2015), Weber et Titi (2015)). Les traités d'investissement de l'Union européenne, tels que ceux avec Singapour, le Mexique et le Vietnam prévoient la création d'une cour internationale pour les investissements au lieu de la possibilité d'accès à l'arbitrage (Kaufmann-Kohler et Potestà (2016), Titi (2018c, 2018d, 2017a)). Les traités d'investissement offrent également, en général, l'accès à l'arbitrage interétatique ;
- Dispositions finales. Cela concerne l'entrée en vigueur des traités, les modalités de leur mise-à-fin, etc.

(ii) Les traités de libre-échange ou traités de coopération économique avec chapitre sur les investissements

Il s'agit des traités « globaux », le plus souvent des traités de libre-échange, comprenant un chapitre sur les investissements. Peu importe qu'ils soient des traités bilatéraux ou des traités plurilatéraux, les critères retenus sont :

- a) Que le traité ne soit pas entièrement consacré aux investissements. Par exemple, un traité de libre-échange est consacré au commerce, et non pas aux investissements. Il peut comprendre des chapitres sur les marchés publics, sur l'environnement, etc. ;
- b) Et qu'il comprenne un chapitre sur les investissements. Ce dernier critère a fait l'objet de débat lors de notre prise de décisions. Il convient de noter que la base des données sur les traités d'investissement de la CNUCED retient deux catégories des traités. La première concerne les traités bilatéraux d'investissement. Elle correspond à la première catégorie (i) ci-dessus. En revanche, la deuxième regroupe tous les autres traités qui comprennent des dispositions sur les investissements. De notre côté, on a dû décider si pour notre deuxième catégorie il fallait retenir les traités globaux avec quelques dispositions sur les investissements, ou seulement les traités avec chapitre sur les investissements. Finalement seuls les traités avec chapitre sur les investissements ont

été retenus. Ce choix trouve sa justification dans le fait que d'autres traités recensés par la CNUCED, comme de traités « d'investissement », n'entrent pas dans le champ classique du droit des investissements, et qu'ils élargiraient énormément le champ de la recherche sans apporter d'éléments probants. Prenons deux exemples : d'abord, les traités avec dispositions sur les investissements de la base de données de la CNUCED incorporent tous ceux incluant même une seule disposition sur les investissements. Nous avons décidé que ces traités ne pouvaient pas être considérés à proprement dit comme des traités d'investissement. Deuxièmement, ce critère nous aurait amené à inclure dans notre base de données des traités d'intégration régionale économique, tels que les traités constitutifs de l'Union européenne. Par exemple, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ou ceux de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) dans la mesure où ils concernent les investissements. L'étude de ces traités se situe en dehors du champ habituel du droit des investissements et ils sont souvent à l'origine d'autres disciplines de droit, comme par exemple le droit de l'Union européenne et le droit de l'OMC.

De plus, il est indispensable de noter l'importance de la distinction entre traités bilatéraux d'investissement et traités avec chapitre sur les investissements. Dans les grandes lignes, on pourrait dire qu'un traité bilatéral d'investissement, tel que défini dans notre première catégorie, est l'équivalent d'un *chapitre* sur les investissements dans les traités de notre deuxième catégorie. Au niveau de la structure du traité, un chapitre sur les investissements dans un traité de libre-échange est similaire à un traité bilatéral d'investissement, comme cela a été exposé ci-dessus. Néanmoins, il y a aussi quelques différences :

- Le chapitre n'a pas son propre préambule, mais le traité comprend un préambule au début couvrant tout le traité, i.e. y compris les autres chapitres ;
- Les dispositions concernant la portée et les définitions peuvent parfois être présentes au début du traité et non pas forcément dans le chapitre sur les investissements ;
- Les exceptions font en général partie d'un chapitre dédié intitulé « Exceptions » ;
- Les dispositions finales se trouvent à la fin du traité dans un chapitre qui leur est dédié, et non pas dans le chapitre sur les investissements.

Mais ce sont les différences au niveau du contenu qui sont les plus importantes. La « cohabitation » de normes sur les investissements avec celles sur le libre-échange, sur l'environnement, etc., font que les dispositions dont il est question ici doivent être

interprétées (selon l'article 31 du Traité de Vienne sur le droit des traités de 1969) notamment au regard de « leur contexte et à la lumière de [leur] objet et de [leur] but ». Ces derniers ne sont pas identiques à ceux d'un traité bilatéral d'investissement. Par exemple, le chapitre sur les investissements dans un traité de libre-échange avec chapitre sur l'environnement, entre autres, devrait être interprété tout en gardant à l'esprit la présence de ce dernier chapitre. En voici des exemples supplémentaires :

- les traités de libre-échange contiennent souvent des préambules plus élaborés, qui prennent en compte de façon plus appuyée l'intérêt public que les traités bilatéraux d'investissement ;
- les traités de libre-échange avec chapitre sur les investissements sont plus enclins à protéger les investissements dans la phase d'accès au marché (traitement national et de la nation la plus favorisée pendant l'accès au marché, i.e. pré-établissement) ;
- les traités de libre-échange contiennent en général de plus amples exceptions que les traités bilatéraux d'investissement.

Bien qu'il ne s'agisse ici que de quelques généralisations, il est évident que les deux premières catégories contiennent *a priori* des dispositions distinctes, qui pourraient éventuellement impacter les flux d'investissements. C'est par exemple notre hypothèse concernant l'accès au marché donné par les traités de libre-échange, mais souvent non prévu par les traités bilatéraux d'investissement.

(iii) Les autres traités d'investissement

Il s'agit ici du traité multilatéral de la Charte sur l'énergie et des traités plurilatéraux portant sur les investissements seuls, i.e. sans dispositions sur le libre-échange, etc. Le traité de la Charte sur l'énergie⁸ est un traité d'investissement particulier, focalisé sur la protection des investissements exclusivement dans le domaine de l'énergie.

⁸ Les pays signataires sont : Afghanistan, Albanie, Arménie, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Biélorussie, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Chypre, République tchèque, Danemark, Estonie, Union européenne et Euratom, Finlande, France, Géorgie, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Irlande, Japon, Kazakhstan, Kirghizstan, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Moldavie, Mongolie, Monténégro, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Roumanie, Russie, Slovaquie, Slovénie, Espagne, Suède, Suisse, Tadjikistan, ex-république yougoslave de Macédoine, Turquie, Turkménistan, Ukraine, Royaume-Uni, Ouzbékistan.

Ces deux types de traités n'entrent pas dans les deux premières catégories. En particulier, ce ne sont pas des traités bilatéraux.

1.2.2. La définition du terme « investissement »

La définition du terme « investissement » est un élément essentiel d'un traité d'investissement, puisque cette définition identifie le ou les types d'investissement qui sont protégés par le traité. Tout investissement n'entrant pas dans la définition de l'investissement est exclu de la portée du traité (Dolzer et Schreuer (2012), Newcomb et Paradell (2009), OECD (2008), Salacuse (2015), Sornarajah (2015), Titi (2018*a*), CNUCED (2011)).

Il convient de noter qu'en général les traités d'investissement n'identifient pas les investissements protégés en tant qu'investissements directs étrangers ou investissements de portefeuille. Ils se réfèrent aux différents types d'investissement en tant que types d'« avoirs », comme dans l'explication reportée au point (i) ci-dessous.

Deux éléments liés à la définition du terme « investissement » dans les traités ont été pris en compte :

(i) Définition « ouverte » (de l'anglais « open ») et définition « fermée » (de l'anglais « closed »)

On parle d'une définition « ouverte » quand le traité se réfère à tous types d'avoirs de manière non-exhaustive en les illustrant par quelques champs d'application. Par exemple, le traité bilatéral d'investissement signé entre la France et les Philippines en 1994, entré en vigueur en 1996, prévoit à l'article 1 § 1 que :

« Le terme « investissement » désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures, et plus particulièrement, mais non exclusivement :

- a) Les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et droits analogues ;
- b) Les titres, les actions et les créances d'une société constituée sur le territoire de l'une des Parties contractantes et toutes autres formes de participation dans une société, y compris les primes d'émission, les participations minoritaires ou indirectes ;
- c) Les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant une valeur économique ;

- d) Les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle (tels que les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles), les procédés techniques, les noms déposés et la clientèle ;
- e) Les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles qui se situent dans le territoire des Parties contractantes. ».

Par contre, une définition « fermée » désigne de manière exhaustive les types d'investissement que le traité protège. Par exemple, l'article 1 du modèle canadien de traité bilatéral d'investissement de 2004 prévoyait que (version française non disponible) :

« *investment means:*

1. *an enterprise ;*
2. *an equity security of an enterprise ;*
3. *a debt security of an enterprise*

(i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or

(ii) where the original maturity of the debt security is at least three years ».

Du fait de sa nature, une définition « ouverte » offre potentiellement à un plus grand nombre d'investissements la protection du traité. Par exemple, si l'on compare les deux dispositions ci-dessus, la première (définition « ouverte ») permet aux droits d'auteur d'être protégés par le traité, mais la deuxième (définition « fermée ») exclut en tout apparence de tels droits de la protection du traité.

(ii) Des exclusions explicites de certains types d'investissement

Certains traités d'investissement, et très souvent les traités dits de « nouvelle génération », cherchent à limiter les types d'investissements protégés. En d'autres termes, ce critère limite la portée de l'application du traité en excluant certains types d'investissements de la définition du terme. Le *World Investment Report 2015* de la CNUCED a proposé aux pays de penser à éventuellement exclure de la définition du terme « investissement » dans leurs traités les investissements de portefeuille, les obligations de dette souveraine, ou des avoirs liés exclusivement à des contrats commerciaux.

Par exemple, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) prévoit à son article 1139 (chapitre 11 sur les investissements) :

« *investissement* désigne :

a) une entreprise ;

b) un titre de participation d'une entreprise ;

c) un titre de dette d'une entreprise [...]

mais n'englobe pas un titre de dette, quelle que soit l'échéance originelle, d'une entreprise d'État ;

d) un prêt à une entreprise [...]

mais n'englobe pas un prêt, quelle que soit l'échéance originelle, à une entreprise d'État ; [...]

h) les intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire, par exemple en raison :

(i) de contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la Partie, notamment contrats clé en main ou contrats de construction ou concessions, ou

(ii) de contrats dont la rémunération dépend en grande partie de la production, du chiffre d'affaires ou des bénéfices d'une entreprise ;

mais ne désigne pas

i) *les créances découlant uniquement :*

(i) *de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services par un ressortissant ou une entreprise sur le territoire d'une Partie à une entreprise située sur le territoire d'une autre Partie ; ou*

(ii) *l'octroi de crédits pour une opération commerciale, telle que le financement commercial, autre qu'un prêt visé à l'alinéa d) ; ou*

j) *toute autre créance,*

à l'exclusion des intérêts visés aux alinéas a) à h) » (Nous soulignons).⁹

Pour un autre exemple, plus récent et un peu extrême, voir l'article 1 du modèle indien de traité bilatéral d'investissement, qui prévoit une longue liste d'exclusions, reproduite *in extenso* ci-dessous :

⁹ Dans la mesure du possible, des exemples ont été donnés à partir des traités disponibles en langue française. Il s'agit principalement des traités dont un des contractants est l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le Canada, ou la France. Pour cette raison, par exemple l'ALENA est utilisé pour fournir plusieurs exemples.

« 1.7 For greater clarity, Investment does not include the following assets of an Enterprise:

- (i) any interest in debt securities issued by a government or government-owned or controlled enterprise, or loans to a government or government owned or controlled enterprise ;
- (ii) any pre-operational expenditure relating to admission, establishment, acquisition or expansion of the Enterprise that is incurred before the commencement of substantial and real business operations of the Enterprise in the Host State ;
- (iii) portfolio investments ;
- (iv) claims to money that arise solely from commercial contracts for the sale of goods or services ;
- (v) Goodwill, brand value, market share or similar intangible rights ;
- (vi) claims to money that arise solely from the extension of credit in connection with any commercial transaction referred to in (v) above ;
- (vii) an order or judgment sought or entered in any judicial, regulatory, administrative, or arbitral proceeding ;
- (viii) any other claims to money that do not involve the kind of interests or operations set out in the definition of Investment in this Treaty.

1.8 For the purposes of this Treaty, a holding company or an investment company shall not be considered an Investment nor shall such companies be considered as protected assets of an Investment. ».

1.2.3. Le traitement national

Selon le traitement national, un pays s'engage à traiter les investisseurs étrangers sur son territoire de la même manière (i.e. non moins favorablement) que les investisseurs nationaux. Ce traitement requiert une comparaison entre investisseurs se trouvant dans les mêmes circonstances. Trois types de situations ont été retenus :

(i) Le traitement national accordé dans la phase « après l'établissement » (« post-establishment national treatment »)

La plupart des traités bilatéraux d'investissement, qui accordent le traitement national, offrent aux investisseurs le traitement national dans la phase « post-établissement ». Cela signifie qu'ils garantissent aux investisseurs, une fois l'investissement fait, les mêmes

protections qu'aux investisseurs ressortissant du pays. À l'exception des traités finlandais, les traités d'investissement des États membres de l'Union européenne signés jusqu'à 2009 offrent ce type de protection. Par exemple, le traité entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Venezuela signé en 1998 et entré en vigueur en 2004 prévoit, entre autres, à son article 3 § 3 :

« Pour toutes les questions réglées par cet accord, les investisseurs de chacune des Parties contractantes bénéficient, sur le territoire de l'autre Partie contractante d'un traitement non moins favorable que celui accorde par cette Partie à ses propres investisseurs [...] ».

(ii) Le traitement national accordé tant dans la phase « après l'investissement » que dans la phase « avant l'établissement »

En général, les traités d'investissement de « nouvelle génération », et surtout les traités de libre-échange avec chapitre sur les investissements protègent non seulement les investissements déjà réalisés sur leur territoire, mais également les investissements prospectifs. Offrir le traitement national dans la phase « avant l'établissement » est parfois une décision que les pays hésitent à prendre, parce qu'il donne accès au marché interne aux investisseurs étrangers sous les mêmes conditions que pour les nationaux. C'est pour cette raison que les traités qui accordent le traitement national dans la phase « avant l'établissement » incluent en annexe des listes positives (i.e. des listes des industries dans lesquelles les investissements bénéficient du traitement national) ou des listes négatives (i.e. des listes comprenant les industries qui ne bénéficient pas du traitement national).

Pour notre étude les traités qui accordent non seulement le traitement national « post-établissement » mais aussi et plus particulièrement « avant l'établissement » sont très importants. Ces derniers offrent l'accès au marché aux investisseurs dans les mêmes conditions que pour les compagnies nationales. Par exemple, les investisseurs européens disent que le plus grand défi auquel ils font face quant à leurs opérations en Chine est la difficulté d'accéder au marché. Garantir l'accès au marché dans les mêmes conditions que pour les nationaux serait *a priori* susceptible d'impacter de manière positive les flux d'investissements directs étrangers.

Un exemple d'une telle clause accordant le traitement national tant dans la phase « avant l'établissement » que dans la phase « après l'établissement » se trouve à l'article 1102 § 2 de l'ALENA. Ce dernier prévoit :

« Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués par ses propres investisseurs, *en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.* » (Nous soulignons.).

Les parties en italiques ci-dessus, montrent sans ambiguïté la portée du traitement national en vertu de l'ALENA.

D'autres traités d'investissement, au lieu de se référer directement à l'établissement, l'acquisition, etc. de l'investissement, font référence aux « activités liées à l'investissement ». La portée du traitement national est alors déterminée par la définition du terme « activités liées à l'investissement ». Par exemple, l'article I § 1 (e) du traité bilatéral d'investissement signé entre les États-Unis et la Pologne en 1990 prévoit que :

« "associated activities" are activities associated with an investment, such as the organization, control, operation, maintenance and disposition of companies, branches, agencies, offices, factories or other facilities for the conduct business; the making, performance and enforcement of contracts; the acquisition, use, protection and disposition of property of all kinds including intellectual property rights; the borrowing of funds; the purchase and issuance of equity shares and other securities; and the purchase of foreign exchange».

(iii) Absence de traitement national accordé par le traité

Il s'agit ici des traités qui n'offrent pas le traitement national aux investisseurs étrangers.

1.2.4. L'expropriation indirecte

La plupart des traités d'investissement protègent les investisseurs en cas d'expropriation, y compris en cas d'expropriation indirecte. On a une expropriation directe quand il y a transfert du titre de propriété et/ou saisie physique. On a une expropriation indirecte quand il n'y a ni transfert du titre de propriété ni saisie physique mais une mesure étatique – ou une série de mesures étatiques – et dont l'effet est équivalent à celui d'une expropriation. Par exemple, l'article 6 § 2 du modèle français de traité bilatéral d'investissement de 2006 prévoit, entre autres, que :

« Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou *toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder*, directement

ou *indirectement*, les investisseurs de l'autre Partie des investissements leur appartenant, sur leur territoire et dans leur zone maritime, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier.

Toutes les mesures de dépossession qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité prompte et adéquate dont le montant, égal à la valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession. ».

Sous ce titre, on a examiné trois éventualités : i) La protection en cas d'expropriation indirecte ; ii) La protection en cas d'expropriation indirecte « avec annexe interprétative » ; iii) Pas de protection en cas d'expropriation indirecte.

(i) La protection en cas d'expropriation indirecte

Sous cette catégorie, on a classé les traités d'investissement qui protègent les investisseurs en cas d'expropriation indirecte. Plusieurs phrases dans les traités démontrent une telle protection. Par exemple, on retrouve des termes comme : expropriation indirecte, mesure ayant un effet équivalent à une expropriation, « *de facto expropriation* », « *measures tantamount to expropriation* », « *creeping expropriation* », etc. Il est intéressant de préciser le sens de ce dernier type d'expropriation indirecte : par « *creeping expropriation* », on entend une série de mesures dont l'effet cumulatif est celui d'une expropriation, même si l'effet de chaque mesure individuelle n'en est pas.

(ii) La protection en cas d'expropriation indirecte « avec annexe interprétative »

Il s'agit des traités qui protègent les investisseurs en cas d'expropriation indirecte, mais qui incluent quelques précisions. Elles concernent la distinction expropriation directe et expropriation indirecte ; la distinction entre expropriation indirecte et réglementation dans l'intérêt public ; et l'insertion de la « *police powers doctrine* » dans le traité. Selon la « *police powers doctrine* », une mesure étatique non discriminatoire prise dans un but d'intérêt public, tel que la protection de la santé ou l'environnement, ne constitue pas une expropriation indirecte. Ces précisions sont apparues avec les modèles de traités des États-Unis et du Canada du milieu des années 2000 et maintenant elles sont très répandues dans les nouveaux traités d'investissement. Très souvent, ces précisions se retrouvent dans une annexe interprétative (d'où le titre de cette section) mais elles ont été prises en compte

indépendamment du « où » elles se trouvaient concrètement dans le traité, i.e. même si elles ne se trouvaient pas dans l'annexe.

En voici un exemple. L'annexe B.10 du modèle canadien de traité bilatéral d'investissement (version de 2012), intitulé « Expropriation » prévoit :

« Les Parties confirment leur compréhension commune des points suivants :

- a) l'expropriation indirecte résulte d'une mesure ou d'une série de mesures d'une Partie qui ont un effet équivalent à une expropriation directe en l'absence de transfert formel de titre ou de confiscation pure et simple ;
- b) la question de savoir si une mesure ou une série de mesures d'une Partie constituent une expropriation indirecte doit faire l'objet d'une enquête factuelle au cas par cas portant notamment sur les facteurs suivants :
 - i) les effets économiques de la mesure ou de la série de mesures en cause, étant entendu que le fait que la mesure ou la série de mesures de la Partie ait un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffit pas à lui seul à établir qu'il y a eu expropriation indirecte ;
 - ii) l'étendue de l'atteinte portée par la mesure ou la série de mesures en cause aux attentes définies et raisonnables sous-tendant l'investissement ;
 - iii) la nature de la mesure ou de la série de mesures ;
- c) sauf dans de rares cas, tels ceux où une mesure ou une série de mesures sont si rigoureuses au regard de leur objet qu'on ne peut raisonnablement penser qu'elles ont été adoptées et appliquées de bonne foi, ne constitue pas une expropriation indirecte la mesure non discriminatoire d'une Partie qui est conçue et appliquée dans un but de protection légitime du bien-être public concernant, par exemple, la santé, la sécurité et l'environnement. ».

(iii) Pas de protection en cas d'expropriation indirecte

Concernant cette dernière catégorie, on a regroupé les traités qui ne protègent pas en cas d'expropriation indirecte. Une difficulté importante concernant cette catégorie est que parfois les traités protègent contre les « expropriations » en général, sans préciser s'il s'agit de protéger contre tous les types d'expropriation (directe et indirecte), ou seulement en cas d'expropriation directe. La jurisprudence est divisée sur la façon d'interpréter ce type de clauses. Afin de surmonter cette difficulté, nous avons utilisé la règle d'interprétation de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Par exemple, nous

avons interprété une mention expresse de protection en cas d'expropriation *directe* comme excluant la protection en cas d'expropriation *indirecte*. Ou, dans le cadre de certains nouveaux traités brésiliens, qui font référence à une « expropriation » tout court et sans précision, les travaux préparatoires et les déclarations officielles du gouvernement du Brésil ont été pris en compte. Ils montrent sans ambiguïté que si ces traités ne mentionnent pas l'expropriation indirecte, c'est qu'il n'y a pas de volonté politique de protéger les investisseurs en cas d'expropriation indirecte.

1.2.5. Les exceptions

Cette rubrique prend en compte : *i*) des exceptions pour l'intérêt public ; et, *ii*) des exceptions relatives aux intérêts de sécurité essentiels. Pour les exceptions concernant l'expropriation indirecte, elles ont été abordées dans la section précédente (protection d'expropriation indirecte « avec annexe interprétative », l'annexe effectivement contenant des exceptions pour l'intérêt public).

(i) Les exceptions pour l'intérêt public

Ici, c'est la présence d'exceptions générales pour l'intérêt public qui a été étudiée, et notamment pour la protection de l'environnement, de la santé publique, et de la sécurité. La sécurité telle qu'entendue ici (« *safety* ») doit être distinguée de la sécurité relative aux intérêts de sécurité essentiels sous la partie suivante (« *security* »). Une autre précision est nécessaire : par « exceptions générales », on entend des exceptions qui s'appliquent à la totalité du traité et non pas à un standard de protection particulier. Elles commencent souvent par « *rien dans le traité n'empêchera un État de prendre des mesures nécessaires pour ...* ».

Il faut distinguer deux catégories en fonction du type du traité :

A) Pour les traités d'investissement purs (i.e. traités bilatéraux d'investissement et autres traités d'investissement), on a exploré la présence d'une clause dédiée aux exceptions. Le modèle canadien de traité bilatéral d'investissement (version de 2012) offre l'exemple d'une telle clause. Selon l'article 10 § 1 de ce modèle de traité, intitulé « Exceptions générales » :

« 1. Pour l'application du présent accord :

a) chacune des Parties peut adopter ou appliquer les mesures nécessaires, selon le cas :

« This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests. » (Nous soulignons.)

Cette clause contient une exception dite « *non self-judging* », i.e. il s'agit d'une exception dont l'application est déterminée par l'arbitre ; c'est l'arbitre qui doit décider de la question de savoir si la mesure étatique a bien été « nécessaire » pour la protection des intérêts de sécurité essentiels de l'État. Les traités de nouvelle génération lui préfèrent une autre exception, dite « *self-judging* », où c'est l'État qui décide de l'application de l'exception, l'arbitre ne pouvant se prononcer que sur la question de savoir si l'État était de bonne foi en prenant une mesure qu'il a estimé nécessaire pour la protection de ses intérêts de sécurité essentiels. Un exemple d'une exception des intérêts de sécurité essentiels *self-judging* est offert par l'article 18 du modèle de traité bilatéral d'investissement des États-Unis de 2012. Il prévoit :

« Nothing in this Treaty shall be construed:

- 1. to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or*
- 2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests. ».* (Nous soulignons.)

1.2.6. Le droit de l'État de réglementer

Le droit de l'État de réglementer a une signification particulière en droit international des investissements qui ne coïncide pas avec la capacité incontestable de l'État de réglementer en droit international public. Pour le droit des investissements, le terme « droit de réglementer » est utilisé pour désigner le droit de l'État à prendre, dans l'intérêt public, des mesures qui *a priori* violeraient un traité d'investissement sans pour autant créer une obligation d'indemniser l'investisseur étranger lésé (cf. Titi (2014)). Le droit de réglementer tel que décrit ci-dessus est donc garanti au travers des exceptions conventionnelles qui permettent à l'État de déroger à ses obligations découlant du traité (cf. Titi (2014)). Étant donné leur importance, on a examiné la présence des exceptions séparément (voir sous-

section précédente). Or un nombre de traités d'investissement ne se contentent pas d'inclure des exceptions, mais ils mentionnent expressément le droit de l'État de réglementer, souvent dans leur préambule. Mentionner le droit de réglementer, dans le préambule ou ailleurs dans le traité, est important dans la mesure où il démontre la volonté des États parties contractantes de réserver leur droit de réglementer dans l'intérêt public, et peut être pris en compte dans l'interprétation d'autres dispositions du traité en vertu de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Pour ce qui est des flux d'investissements directs étrangers, étant donné la prise en compte des exceptions sous des rubriques séparées, ici le choix s'est porté sur la mention du terme « droit de réglementer » pour tester si cet élément perçu comme limitant la protection des investisseurs, quoiqu'augmentant la légitimité du traité, peut avoir un impact négatif.

1.2.7. L'accès au règlement des différends en matière d'investissements internationaux

La question de savoir si un traité d'investissement donne accès au règlement des différends en matière d'investissement est une des questions les plus importantes pour les investisseurs. La présence d'une clause compromissoire, qui donne accès au règlement des différends entre investisseurs et États (cela renvoie ici essentiellement ou presque exclusivement à l'arbitrage des investissements), et les modalités liées sont d'une très grande importance. Il s'agit d'une garantie procédurale qui permet aux investisseurs d'avoir accès à un recours au niveau international – plutôt qu'aux cours nationales souvent vis-à-vis desquelles peut exister une méfiance – en cas de violation du traité. Cela concerne en d'autres termes l'arbitrage ou le règlement des différends dit « investisseur-État ». Sans cette garantie procédurale, les protections du traité pourraient devenir « lettre morte » sans moyens de les faire respecter. On a pris en compte quatre catégories différentes : *i)* L'accès à l'arbitrage sous la Convention de Washington de 1965 ; *ii)* L'accès à d'autres types d'arbitrage ou à d'autres types de règlement des différends ; *iii)* L'accès à l'arbitrage sous la Convention de Washington et accès à d'autres types d'arbitrage ; *iv)* L'accès à une cour permanente pour les investissements ; et, *v)* Pas d'accès au règlement des différends.

(i) L'accès à l'arbitrage sous la Convention de Washington

La Convention de Washington (avec ses règles d'arbitrage) est l'instrument le plus utilisé dans l'arbitrage des investissements. Elle est dans ce sens le mode de règlement des différends le

plus « classique » du droit international des investissements. La Convention de Washington a ses désavantages pour les investisseurs (e.g. les règles strictes concernant la compétence du tribunal) ; mais elle a aussi plusieurs avantages, dont les plus importants sont le fait qu'elle contienne son propre système de contrôle (annulation auprès d'un comité d'annulation CIRDI), et une garantie d'exécution des sentences rendues par les tribunaux CIRDI : selon l'article 54 § 1 de la Convention de Washington :

« Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose *comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État.* » (Nous soulignons.)

La Convention de Washington demeure en principe l'instrument de règlement des différends préféré des investisseurs (Schreuer et al. (2009)). Par contre, la Convention de Washington, victime de son succès, a aussi été la cible de plusieurs critiques, et trois États latino-américains (la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela) l'ont dénoncé. Il est donc à noter que, même si l'accès à l'arbitrage sous sa tutelle est prévu dans des traités toujours en vigueur de ces pays, il n'en constitue plus un recours.

(ii) L'accès à d'autres types d'arbitrage

La Convention de Washington n'est pas le seul instrument qui permet aux investisseurs l'accès au règlement des différends au niveau international. On a ici pris en compte d'autres règles arbitrales qui peuvent être saisies par l'investisseur – il s'agit par exemple de l'arbitrage sous le règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ; l'arbitrage sous le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ; l'arbitrage sous le règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) ; l'arbitrage sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) ; l'arbitrage sous le Règlement de la « *London Court of International Arbitration* » (LCIA) ; l'arbitrage sous le Règlement du « *Stockholm Chamber of Commerce* » (SCC) ; etc.

(iii) L'accès à l'arbitrage sous la Convention de Washington et accès à d'autres types d'arbitrage

Ici on a pris en compte les traités d'investissement qui donnent l'accès tant à la Convention de Washington qu'à d'autres modes de règlement des différends. Ces traités favorisent a

priori plus la protection des investisseurs, puisqu'ils leurs laissent le choix entre plusieurs modes de règlement des différends, et concrètement entre plusieurs types d'arbitrage.

Il est à noter que les traités de l'Union européenne mentionnées ci-dessous qui donnent accès à une cour permanente pour les investissements ne sont pas concernés par cette catégorie, puisqu'ils excluent l'accès à l'arbitrage.

(iv) L'accès à une cour permanente pour les investissements

Les traités d'investissement de l'Union européenne, conclus depuis le Traité de Lisbonne, prévoient la création d'une cour permanente pour les investissements. Des dispositions concernant la création d'une telle cour ont été intégrées, par exemple dans le CETA et dans le traité de libre-échange entre l'Union européenne et Viêtnam. Le traité entre l'Union européenne et Singapour, dont les négociations ont abouti, était le seul parmi les traités d'investissement de l'Union européenne qui au début ne donnait pas accès à une cour pour les investissements, mais plutôt à l'arbitrage. Or sa version finale, dévoilée à la fin du mois d'avril 2018, a remplacé l'arbitrage par une cour permanente pour les investissements.

Parmi les différences entre la cour et l'arbitrage des investissements, on peut noter, par exemple que : à l'inverse de l'arbitrage des investissements où les arbitres sont nommés *ad hoc* par les parties au différend, et une fois le différend né, les membres de la cour sont eux nommés par les États/Union européenne et cela pour une certaine durée – c'est-à-dire pas uniquement pour résoudre un seul différend. Par ailleurs, à l'inverse de l'arbitrage des investissements, il y aura la possibilité d'un recours en appel, etc.

Par contre, il faut préciser que ces traités ne sont pas encore entrés en vigueur. Au final, il faut ajouter que l'Union européenne est en ce moment en train de négocier – sous l'égide de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (Groupe de travail III) – la réforme du règlement des différends en matière d'investissements internationaux, y compris la création d'une cour multilatérale pour les investissements (Kaufmann-Kohler et Potestà (2016), Titi (2018c, 2018d, 2017a)).

(v) Pas d'accès au règlement des différends investisseur-État

Contrairement aux traités précités, les traités d'investissement appartenant à cette catégorie n'offrent aucun accès au règlement des différends investisseur-État et sont les moins

favorables pour les investisseurs étrangers. Dans le cas d'une violation du traité d'investissement, les investisseurs n'ont pas un recours devant un tribunal international. Quoique rares, il y a un nombre de traités de ce type, comme par exemple le traité de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis.

1.2.8. Les mécanismes institutionnels

Au final, on a examiné la présence des mécanismes institutionnels dans les traités d'investissement. En réalité, ces mécanismes sont rares. Un exemple récent est offert par les traités d'investissement du Brésil signés en 2015 et en 2018. Le premier de ces traités à être entré en vigueur est celui conclu entre le Brésil et l'Angola le 11 octobre 2017. Ces traités se focalisent sur la mise en place de mécanismes institutionnels pour faciliter les investissements et pour empêcher que des différends naissent entre les parties (ces mêmes traités ne donnent pas accès à l'arbitrage investisseur-État). En d'autres termes, les traités se concentrent sur la prévention des différends, et non pas sur leur règlement. Le mécanisme institutionnel le plus innovant de ces traités est celui des « ombudsmen » ou, autrement dit, des « points de contact nationaux » (« *focal points* » or « *puntos focales nacionales* »), (Titi (2016 et 2017b)). On retrouve ce mécanisme à l'article 19 du traité d'investissement conclu entre le Brésil et le Chili en novembre 2015. Selon cette disposition :

« 1. Cada Parte designará un único Punto Focal Nacional, que tendrá como principal responsabilidad el apoyo a los inversionistas de la otra Parte en su territorio.

[...]

4. El Punto Focal Nacional, entre otras responsabilidades, deberá :

- (a) procurar atender las recomendaciones del Comité Conjunto e interactuar con el Punto Focal Nacional de la otra Parte ;*
- (b) gestionar las consultas de la otra Parte o de los inversionistas de la otra Parte, con las entidades competentes e informar a los interesados sobre los resultados de sus gestiones ;*
- (c) evaluar, en diálogo con las autoridades gubernamentales competentes, sugerencias y reclamaciones recibidas de la otra Parte o de inversionistas de la otra Parte y recomendar, cuando sea procedente, acciones para mejorar el ambiente de inversiones ;*
- (d) procurar prevenir diferencias en materia de inversión en colaboración con las autoridades gubernamentales y las entidades privadas competentes ;*

(e) proporcionar información oportuna y útil sobre temas de regulación de la inversión, en general, o en proyectos específicos, cuando se le solicite ;

(f) informar al Comité Conjunto sus actividades y acciones, cuando sea procedente.

5. *Cada Parte procurará que las funciones de su Punto Focal Nacional, se ejecuten con celeridad y en forma coordinada entre sí y con el Comité Conjunto.*

6. *Cada Parte establecerá reglas y plazos para la ejecución de las funciones y responsabilidades del Punto Focal Nacional, los que serán comunicados a la otra Parte.*

7. *El Punto Focal Nacional deberá dar respuestas precisas y oportunas a las solicitudes del Gobierno y de los inversionistas de la otra Parte. »*

D'autres articles du même traité prévoient des mécanismes institutionnels supplémentaires. Par exemple, l'article 20 prévoit l'échange d'informations entre les parties, entre autres, afin d'identifier des opportunités pour les investissements ; et l'article 26 prévoit un agenda pour la coopération et la facilitation des investissements.

2. SYNTHÈSE DE LA LITTÉRATURE SUR LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT ET LES FLUX D'INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS

2.1. De la théorie aux études empiriques

Les théories des flux d'investissements directs étrangers, initialement établies sur les aspects microéconomiques de la décision d'investissement des firmes multinationales (Hymer (1976), Dunning (1977)), ont été enrichies par le développement de nouveaux modèles d'investissement stratégique (investissements horizontaux et verticaux, investissements en R&D,...) et les nouvelles théories du commerce international (concurrence imparfaite, rendements croissants, différenciation des produits, intégration du rôle des firmes multinationales,...). Ces apports ont notamment permis de mieux cerner et expliquer les comportements des firmes dans leurs stratégies d'investissement à l'étranger. Par ailleurs, la nouvelle économie géographique fournit un éclairage complémentaire pour expliquer les logiques d'agglomération qui sont au cœur de la dynamique des stratégies d'investissement à l'étranger.

La littérature sur les flux d'investissements directs étrangers fait ressortir l'influence essentielle de certains facteurs économiques fondamentaux des pays hôtes sur les flux d'investissement : l'existence et la taille du marché, l'accès potentiel à des marchés régionaux,

l'inverse de la distance économique (coûts de transport,...), les dotations¹⁰ en main d'œuvre (niveau d'éducation, de qualification), en ressources naturelles, la stabilité politique et économique, l'indice de perception de la corruption, la libéralisation des politiques commerciales (l'ouverture commerciale), l'état des infrastructures et des institutions, les risques financiers (la stabilité du taux de change, l'accès au crédit pour les entreprises, la fiscalité pesant sur les entreprises, l'inflation,...), l'existence de tarifs douaniers, de quotas à l'importation, minimum concernant l'utilisation de dotations locales (main d'œuvre, ressources naturelles) la proximité culturelle et linguistique entre les pays, etc. L'absence partielle ou totale de ces facteurs contribue *a priori* à augmenter les risques pour les firmes multinationales, et ainsi à réduire les flux d'investissements étrangers directs.

Empiriquement, pour analyser des flux d'échange bilatéraux, une approche particulièrement fertile est liée aux modèles gravitationnels. On peut se reporter notamment à Mátyás (1997), Egger (2000), Feenstra (2003), Egger et Pfaffermayr (2003), Baldwin (2006), Baldwin et Taglioni (2006). La transposition du concept de gravité aux flux d'échange a été pour la première fois introduite par Tinbergen (1962), Pöyhönen (1963) et Linnemann (1966). Néanmoins, c'est Anderson (1979) qui apportera les premiers fondements au modèle gravitationnel en s'appuyant sur la théorie du commerce international d'Heckscher-Ohlin. De nombreux auteurs ont ensuite étoffé le lien entre les modèles théoriques du commerce international et les modèles gravitationnels, tels que Bergstrand (1989, 1990), Krugman (1980), Deardorff (1998, 2001), ou encore Anderson et van Wincoop (2003). Ce type de modèle a depuis été largement également appliqué aux déterminants des flux d'investissements directs étrangers. Parmi les articles les plus récents sur le sujet, on peut citer Egger et Merlo (2012), Aisbett, Busse et Nunnenkamp (2016).

De nombreux travaux ont étudié l'impact des traités bilatéraux d'investissement sur les flux d'investissements directs étrangers. Parmi les plus récents, on peut citer Egger and Pfaffermayr (2004), Neumayer et Spess (2005), Egger and Merlo (2007), Sauvant et Sachs (2009), Busse, Königer et Nunnenkamp (2010), Berger, Busse, Nunnenkamp et Roy (2013, BBNR). Ces recherches soulignent notamment un impact positif et significatif des traités

¹⁰ Si les pays ont des dotations similaires, la structure des flux d'investissements directs étrangers sera le plus souvent horizontale alors que dans le cas inverse, elle sera verticale, i.e. l'investissement direct étranger peut traduire une volonté de délocalisation. Néanmoins, les études empiriques révèlent que des pays aux dotations similaires sont caractérisés par des flux d'investissements directs étrangers plus importants.

bilatéraux d'investissement sur les flux d'investissements directs étrangers. Certaines d'entre elles révèlent aussi que les effets des traités bilatéraux d'investissement dépendent fortement des relations entre les pays contractants, que leur impact n'est pas stable dans le temps, et qu'il aurait même tendance à décroître, ou encore que les traités bilatéraux d'investissement ne peuvent pas se substituer à des conditions favorables à l'accueil des investissements directs étrangers. Par ailleurs, des pays aux facteurs économiques fondamentaux similaires auront tendance à signer plus facilement des traités sur les investissements que des pays aux caractéristiques très dissemblables.

Pour revenir sur l'impact des traités bilatéraux d'investissement sur les flux d'investissements directs étrangers, d'autres travaux arrivent à des conclusions plus mitigées, comme ceux de Hallward-Driemeier (2003), Tobin and Rose-Ackerman (2003), Gallagher and Birch (2006) ou encore Peinhardt et Allee (2008). Tous ces travaux ont au moins une caractéristique commune : ils prennent en compte uniquement l'existence ou pas d'un traité bilatéral d'investissement (le plus souvent par la présence d'une variable dichotomique dans la modélisation, qui vaut 1 si un traité bilatéral d'investissement a été signé, 0 sinon), mais lorsqu'il existe très peu d'études introduisent comme facteurs explicatifs les clauses et la nature des accords. Une exception notable est l'article de BBNR (2013), qui révèle une causalité fragile entre les flux d'investissements directs étrangers et la présence ou non d'une clause d'arbitrage dans les traités. Celle-ci autorise les investisseurs à accéder au règlement des différends entre États et investisseurs étrangers. Elle est présente dans la quasi-totalité des traités depuis la fin des années 80, et de plus en plus saisie en cas de différend.

2.2. Les données utilisées

Afin d'évaluer l'impact des traités internationaux d'investissement, il est nécessaire d'accéder et d'exploiter des données qui varient selon plusieurs dimensions (compagnie/industrie/secteur, pays et temps). En général, deux sources principales de données sur les investissements directs étrangers sont habituellement identifiées :

- (i) La balance de paiements. Celle-ci fournit des informations concernant les flux d'investissements directs étrangers entrants et sortants et les stocks d'investissements directs étrangers, i.e. issus de l'accumulation des flux d'investissements directs étrangers. De telles données sont disponibles au niveau des pays et elles varient dans le temps ;

(ii) Les opérations des compagnies multinationales dans leurs pays et à l'étranger. Le principal avantage de cette source est qu'elle permet la quantification de l'impact des traités d'investissement sur les investissements directs étrangers à un niveau désagrégé. Un exemple d'une telle base de données est la *Micro-Database Direct Investment (MiDi)*, qui a été mise en place par la *Deutsche Bundesbank*, i.e. la Banque centrale allemande. Elle contient des informations concernant tous les investissements des ressortissants allemands – qu'ils soient des individus ou des compagnies – au-dessus d'un certain seuil (Egger et Merlo (2012)). Un autre exemple concerne les études liées aux opérations à l'étranger des compagnies multinationales suédoises, qui sont menées par le *Research Institute of Industrial Economics*¹¹. Or ces informations au niveau de l'entreprise restent rares et difficiles à obtenir. Une alternative à l'utilisation de données agrégées (pays) ou désagrégées (entreprise) est de prendre en considération les dimensions « industrie » ou « secteur ». Cela a été fait, par exemple, par Colen, Persyn et Guariso (2016). Ces auteurs étudient les investissements directs étrangers dans 13 pays de l'ancienne URSS et en Europe centrale et orientale, pour sept secteurs (agriculture, banque, immobilier, services, ...) à partir de données recueillies par le *Vienna Institute for International Economic Studies*.

En général, la majorité des études empiriques exploite le premier type des données (pays), comme cela a été souligné dans un *survey* de la CNUCED (2014). Plusieurs institutions publient des données sur les flux d'investissements directs étrangers sur le fondement de la balance de paiements, comme par exemple le Fonds monétaire international (FMI), les Nations Unies (voir le *World Investment Report* publié annuellement par la CNUCED), ou encore l'OCDE. Des informations concernant les traités d'investissements, y compris l'accès aux textes des traités, sont disponibles notamment sur le *International Investment Agreements Navigator* de la CNUCED (nombre/types de traités, date de signature, date d'entrée en vigueur, date d'expiration, parties contractantes, et surtout les textes des accords). Selon les données disponibles sur l'*International Investment Agreements Navigator*, les traités bilatéraux d'investissements représentent depuis les années 1980 approximativement 90% de l'ensemble des traités d'investissement. Il en découle que la plupart des études appliquées se focalisent sur les traités bilatéraux d'investissements, et ne prennent pas en compte d'autres

¹¹ La première étude a été faite au début des années 1970, et la plus récente en 2003.

traités avec dispositions ou chapitre sur les investissements. De plus, l'existence des traités bilatéraux d'investissement est habituellement prise en compte dans la modélisation grâce à une variable binaire 0-1 (1 si un traité bilatéral d'investissement existe entre deux pays, 0 dans le cas contraire), négligeant le contenu des traités, et la question de savoir si ce dernier peut affecter de manière significative les flux d'investissements directs étrangers. Comme cela a été mis en avant dans la section 1, les traités sont caractérisés par une hétérogénéité considérable dans leur contenu. Par exemple, certains traités d'investissement protègent les investissements prospectifs (« avant l'établissement ») pendant la phase d'« accès au marché », tandis que d'autres protègent seulement les investissements déjà admis dans un État d'accueil (« après l'établissement »). Jusqu'à maintenant, uniquement un petit nombre d'études a essayé de prendre en compte le contenu, ou certaines clauses « essentielles », des traités d'investissements.

Quelques problèmes doivent être résolus sur ce point. Le premier est comment traduire le contenu des traités d'investissement en variables, indicateurs quantifiables et opérationnels. Le second revient à s'interroger sur les protections des investissements qui présentent un intérêt pour la quantification. Leshar et Miroudot (2007) ont construit un indice lié aux dispositions sur les investissements dans des traités d'investissement régionaux, tandis que d'autres auteurs ont quantifié l'impact des traités en se focalisant sur un nombre limité de dispositions/clauses spécifiques. Par exemple, Berger et al. (2013) ont pris en compte la clause du traitement national. Auparavant, Berger et al. (2011) s'étaient focalisés sur les dispositions des traités bilatéraux d'investissement et l'accès à l'arbitrage investisseur-État. Plus récemment, Dixon et Haslam (2016) ont montré que la qualité de la protection d'investissement affectait les flux d'investissements directs étrangers en Amérique latine. Par ailleurs, certaines publications récentes ont montré que les traités de libre-échange avec chapitre sur les investissements ont un impact plus important sur les flux d'investissements directs étrangers que les traités bilatéraux d'investissements, voir notamment Dee et Gali (2005), Te Velde et Bezemer (2006) ou encore Medvedev (2012). Globalement, il est généralement admis que les traités qui affectent la gouvernance et les structures institutionnelles d'un État ont un impact important sur les flux d'investissements directs étrangers.

De plus, la plupart des études ne prennent pas en compte le statut du traité (signé, ratifié, entré en vigueur). En 2016, 79% des traités d'investissement étaient soit ratifiés, soit en

vigueur. Pour finir, deux éléments liés, et qui sont souvent ignorés, sont le nombre d'affaires en arbitrage investisseur-État et les motifs pour lesquels ces affaires sont portées au règlement des différends. La prégnance de cette relation pourrait avoir un impact sur la robustesse des traités d'investissement. Une exception notable est le papier de Skovgaard Poulsen et Aisbett (2013). Ces auteurs ont montré que la probabilité de signer de nouveaux traités bilatéraux d'investissement diminue de manière significative après l'initiation d'une requête contre un État donné. Il convient aussi de noter que l'impact d'un traité semble décroître dans le temps, voir Egger et Merlo (2007), Pinto (M.P.), Pinto (S.M.) and Stier-Moses (2010).

2.3. Données de panel multidimensionnels et défis méthodologiques

Des défis méthodologiques existent par rapport à la spécification du modèle, la disponibilité des données et le niveau d'agrégation. Un cadre souvent retenu est le modèle gravitationnel, à l'origine lié à la littérature empirique sur les flux de commerce bilatéraux, et de manière plus générale à l'économie internationale (Baltagi, Egger et Erhardt (2017)). Les modèles gravitationnels présupposent que les relations bilatérales peuvent être modélisées comme des fonctions multiplicatives du poids des économies des deux pays (PIB, ...), et de l'inverse de la distance économique (coûts de transport, coûts d'investissement, coûts de migration). Baltagi, Egger et Pfaffermayr (2015) présentent les enjeux, notamment méthodologiques, des modèles gravitationnels sur données de panel. Cela renvoie notamment à questions économétriques telles que les problèmes d'hétéroscédasticité, les zéros (absence de flux d'investissements) et données manquantes, les systèmes d'équations, les dynamiques, l'endogénéité des régresseurs ou encore les liens entre les entités considérées i.e. souvent les pays.

Un aspect intéressant est la multi-dimensionnalité des données, i.e. les flux d'investissements directs étrangers sont alors indexés au moins doublement, ou triplement, voire quadruplement. Par exemple, on peut noter F_{ijt} le logarithme de la valeur des flux sortants d'investissements directs étrangers du pays i vers le pays j au temps t . Cette structure permet de s'intéresser à différents aspects des flux d'investissements directs étrangers, tels que notamment les dynamiques sous-jacentes et/ou prendre en compte les liens entre les pays (*cross-sectional dependence*). Depuis les années 2000, la plupart des études ont utilisé des méthodologies relevant des panels multidimensionnels au lieu d'approches sur coupes

transversales. Grâce aux panels, il est possible de contrôler l'hétérogénéité individuelle et temporelle inobservables, et ainsi de mieux mesurer le véritable impact des facteurs explicatifs introduits. L'introduction d'effets fixes individuels et/ou temporels peut se justifier par l'omission de variables explicatives (Hsiao (2003)). L'inconvénient est que cela peut amener à l'estimation d'un grand nombre de paramètres, ce qui réduit l'efficacité (i.e. la précision des estimations). Néanmoins plusieurs options existent pour la spécification des effets fixes, se reporter à Baltagi, Egger et Pfaffermayr (2015).

3. DES DONNÉES À LA SPÉCIFICATION ET À L'ESTIMATION DES MODÈLES GRAVITATIONNELS

3.1. Les spécifications retenues

Elles renvoient à la littérature sur les modèles gravitationnels évoqués dans la section précédente. Un modèle gravitationnel présuppose que les relations bilatérales peuvent être modélisées notamment comme des fonctions du poids des économies des deux pays (taille des marchés), des dotations en main d'œuvre (niveau de qualification), de la stabilité politique et économique, de l'état des infrastructures, de la fiscalité pesant sur les entreprises, l'existence de tarifs douaniers et de l'inverse de la distance économique (coûts de transport, coûts d'investissement, coûts de migration).

Une spécificité accolée à ces modèles concerne la nécessité de disposer de données multidimensionnelles afin de pouvoir les estimer. Les flux/stocks d'investissements directs étrangers sont alors indexés au moins doublement, ou triplement, voire quadruplement, ainsi que la plupart des variables prises en compte dans la modélisation. Cette étude exploite donc des données de panel multidimensionnelles liées au pays i d'où sont originaires les flux/stocks directs d'investissement, qualifié de pays sortant, et au pays j qui les accueille, appelé pays entrant, sur une période donnée. Ainsi, par la suite, l'indice i est utilisé pour le pays sortant, j pour le pays entrant et t représente l'année. Par conséquent, les modèles font intervenir des variables triplement indicées qui peuvent être aussi combinées à des variables doublement indicées. Par exemple, tel est le cas lorsque l'on prend en compte l'indice de perception de la corruption du pays d'accueil j à l'année t comme variable explicative. On note F_{ijt} le logarithme de la valeur des stocks sortants des investissements directs étrangers du pays i

vers le pays j à l'année t . Afin de tenir compte notamment de l'hétérogénéité inobservable et des biais de variables omises, on retient le modèle à effets fixes¹² suivant :

$$\begin{aligned}
 F_{ijt} = & \beta_0 + \beta_1 \sum PIB_{ijt} + \beta_2 SIMI_{ijt} + \beta_3 \Delta SK_{ijt} + \beta_4 (DIST_{ij} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}) \\
 & + \beta_5 (\Delta PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}) + \beta_6 \left(\sum PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt} \right) \\
 & + \beta_7 \left(- \sum PIB_{ijt} \times D_- \times \Delta SK_{ijt} \right) + \beta_8 TBIR_{ijt} + a_{ijt}^* + \varepsilon_{ijt},
 \end{aligned} \tag{1}$$

où la structure des effets fixes a_{ijt}^* peut prendre deux formes

$$a_{ijt}^* = \mu_{ij} + \lambda_t, \tag{2}$$

ou

$$a_{ijt}^* = \mu_{ij} + \alpha_{it} + \alpha_{jt}^*. \tag{3}$$

La description des variables explicatives est donnée dans le tableau 3. Le modèle (1) est par la suite enrichi de variables explicatives supplémentaires (régresseurs) liées au contenu des traités bilatéraux d'investissement (cf. tableau 3 et le descriptif des variables indicatrices rattachées au contenu des traités bilatéraux d'investissement) mais également par d'autres variables de contrôle (les taxes sur les biens et services, le nombre d'abonnements téléphoniques (lignes fixes) souscrits pour 1000 habitants, l'accès à l'électricité en % de la population ou encore l'indice de perception de la corruption rattaché au pays d'accueil des investissements directs étrangers). Dans tous les modèles des effets fixes bilatéraux μ_{ij} , $i = j = 1, \dots, N$, ont été introduits afin de tenir d'éventuels biais de variables explicatives omises invariants dans le temps et/ou encore liées à des aspects géographiques et culturels. La structure des effets fixes (2) incorpore également des effets fixes temporels λ_t , $t = 1, \dots, T$, pour contrôler les biais de variables explicatives omises variant dans le temps qui affectent toutes les relations bilatérales de la même façon. Concernant la structure (3), deux types d'effets fixes supplémentaires sont présents, le premier, α_{it} , vise à corriger des biais de variables explicatives omises spécifiques au pays i variant dans le temps, le second, α_{jt}^* , vise à tenir compte de ceux liés au pays j variant avec la période t . Le terme ε_{ijt} renvoie à une

¹² En général, il est préférable de ne pas utiliser directement les données liées aux flux des investissements directs étrangers. Ici la variable expliquée F_{ijt} du modèle (1) renvoie au logarithme de la valeur des stocks sortants (et non aux flux sortants) des investissements directs étrangers du pays i vers le pays j à l'année t . Il est à noter que l'estimateur du modèle à effets fixes est similaire au modèle écrit en différences premières (se reporter à Arellano (2003) pour plus de détails sur cette analogie). Par conséquent, raisonner sur les stocks sortants des investissements directs étrangers comme variable expliquée revient à considérer l'information sur les différences des stocks, ce qui n'est rien d'autre qu'une mesure nette des flux, se reporter à Egger et Merlo (2007).

perturbation de moyenne nulle et variance σ_ε^2 . Les variables explicatives sont supposées non corrélées avec ε_{ijt} . Tous les effets fixes peuvent être corrélés avec les variables explicatives.

Le modèle (1) explique l'évolution du logarithme de la valeur des stocks sortants des investissements directs étrangers du pays i vers le pays j à l'année t . Si pour certaines relations bilatérales au cours du temps les stocks sortants sont nuls, il n'est pas possible de les considérer lors de l'estimation du modèle (1). Une solution est de recourir au modèle de Poisson à effets fixes estimé à partir du pseudo-maximum de vraisemblance (Fixed-Effects Poisson Pseudo-Maximum Likelihood, en abrégé FE-PPML). En toute généralité, ce modèle s'écrit¹³ :

$$y_{ijt} = \exp(a_{ijt}^* + x'_{ijt}\beta)u_{ijt}, \quad (4)$$

où u_{ijt} est une perturbation dont la distribution dépend du choix fait dans les distributions de probabilité rattachées à la famille exponentielle avec $E[u_{ijt}] = 1$. x'_{ijt} correspond au vecteur des variables explicatives, et β à celui des paramètres à estimer qui y sont associés. y_{ijt} est la valeur des stocks sortants des investissements directs étrangers du pays i vers le pays j à l'année t . Le modèle (4) permet d'exploiter les zéros caractérisant certaines observations de la variable expliquée (dans notre cas celles des investissements directs étrangers qui peuvent être nuls pour un couple de pays (i, j) donné à l'année t , i.e. IDE_{ijt}), mais encore d'éviter des biais dûs aux modèles log-linéaires quand les perturbations sont hétéroscédastiques (cf. Santos Silva et Tenreyro (2006)).

¹³ Pour plus de détails, on peut consulter Santos Silva et Tenreyro (2011), Fally (2015), Egger et Staub (2016), Correia, Guimaraes et Zylkin (2019).

TABEAU 3 : VARIABLES – ABRÉVIATIONS ET DÉFINITIONS

Abréviations	Définitions	
F_{ijt}	$\ln IDE_{ijt}$	Logarithme de la valeur des stocks sortants des investissements directs étrangers (IDE) du pays i vers le pays j à la période t
Variables liées à la taille des marchés et à la dotation des facteurs		
$\sum PIB_{ijt}$	$\ln(PIB_{it} + PIB_{jt})$	Logarithme de la somme des produits intérieurs bruts (PIB) des pays i et $j \Rightarrow$ Effet absolu de la taille des marchés
$SIMI_{ijt}$	$\ln\left(1 - \left[\frac{PIB_{it}}{(PIB_{it} + PIB_{jt})}\right]^2 - \left[\frac{PIB_{jt}}{(PIB_{it} + PIB_{jt})}\right]^2\right)$	Effet de similarité de la taille des marchés
ΔSK_{ijt}	$\ln\left(\frac{tert. school enr. it}{tert. school enr. jt}\right)$	Logarithme du rapport des taux de scolarisation dans l'enseignement supérieur des pays i et j
D_+	1 si $\Delta SK_{ijt} > 0$, 0 sinon	Variable indicatrice
D_-	1 si $\Delta SK_{ijt} < 0$, 0 sinon	Variable indicatrice
$DIST_{ij} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	$\ln(distance_{ij}) \times D_+ \times \ln\left(\frac{tert. school enr. it}{tert. school enr. jt}\right)$	Le lien entre la distance géographique entre les pays i et j et les coûts de transports justifie l'introduction de ce terme
$\Delta PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	$\ln\left(\frac{PIB_{it}}{PIB_{jt}}\right) \times D_+ \times \ln\left(\frac{tert. school enr. it}{tert. school enr. jt}\right)$	Ces deux variables sont différentes de 0 si le pays d'origine i est abondant en main d'oeuvre qualifiée. Dans le cas contraire, elles sont nulles.
$\sum PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	$\sum PIB_{ijt} \times D_+ \times \ln\left(\frac{tert. school enr. it}{tert. school enr. jt}\right)$	

$$-\sum PIB_{ijt} \times D_- \times \Delta SK_{ijt}$$

$$-\sum PIB_{ijt} \times D_- \times \ln \left(\frac{tert. scholl enr. it}{tert. scholl enr. jt} \right)$$

{ Cette variable est différente de 0 si le pays d'accueil *j* est abondant en main d'oeuvre qualifiée. Dans le cas contraire, elle est nulle.

Variables liées aux accords entre pays

<i>NAFTA_{ijt}</i>	1 après l'entrée en vigueur de l'accord de libre-échange nord-américain (NAFTA) le 1 ^{er} janvier 1994 entre le Canada, le Mexique et les États-Unis, 0 sinon
<i>EU_{ijt}</i>	1 si les pays <i>i</i> et <i>j</i> sont membres de l'Union Européenne, 0 sinon
<i>TBI_{ijt}</i>	1 à partir de la signature du traité bilatéral d'investissement, 0 sinon
<i>TBIR_{ijt}</i>	1 à partir de la ratification du traité bilatéral d'investissement, 0 sinon

Variables indicatrices liées aux contenus des traités bilatéraux d'investissement

<i>NAT_TREAT_1_{ijt}</i>	1 si le traité bilatéral d'investissement accorde uniquement le traitement national dans la phase « après l'établissement », 0 sinon
<i>NAT_TREAT_2_{ijt}</i>	1 si le traité bilatéral d'investissement accorde le traitement national aussi bien dans la phase « après l'établissement » que dans celle de l'« avant établissement », 0 sinon
<i>NAT_TREAT_3_{ijt}</i>	1 si le traité bilatéral d'investissement n'accorde le traitement national ni dans la phase « après l'établissement » ni dans celle de l'« avant établissement », 0 sinon
<i>IND_EXP_1_{ijt}</i>	1 si le traité bilatéral d'investissement contient une clause d'expropriation indirecte, 0 sinon
<i>IND_EXP_2_{ijt}</i>	1 si le traité bilatéral d'investissement contient une clause d'expropriation indirecte avec une « annexe interprétative », 0 sinon

<i>IND_EXP_3_{ijt}</i>	1 si le traité bilatéral d'investissement ne contient pas de clause d'expropriation indirecte, 0 sinon
<i>R_TO_R_{ijt}</i>	1 si le traité bilatéral d'investissement n'autorise pas l'État de réglementer, 0 sinon
<i>INST_MECH_{ijt}</i>	1 si le traité bilatéral d'investissement ne contient pas de mécanismes institutionnels, 0 sinon
<i>EXCEP_PU_{ijt}</i>	1 si le traité bilatéral d'investissement ne contient pas d'exceptions pour l'intérêt public, 0 sinon
<i>EXCEP_ESS_{ijt}</i>	1 si le traité bilatéral d'investissement ne contient pas d'exceptions relatives aux intérêts essentiels, 0 sinon
<i>A_ISDS_1_{ijt}</i>	1 si le traité bilatéral d'investissement contient un accès au règlement des différends sous la convention de Washington, 0 sinon
<i>A_ISDS_2_{ijt}</i>	1 si le traité bilatéral d'investissement contient un accès au règlement des différends sous d'autres types d'arbitrage, 0 sinon
<i>A_ISDS_3_{ijt}</i>	1 si le traité bilatéral d'investissement contient un accès au règlement des différends sous la convention de Washington et d'autres types d'arbitrage, 0 sinon
<i>A_ISDS_4_{ijt}</i>	1 si le traité bilatéral d'investissement ne contient pas d'accès au règlement des différends, 0 sinon

Autres variables de contrôle¹⁴

<i>RELEC_{ijt}</i>	$\ln\left(\frac{ELEC_{it}}{ELEC_{jt}}\right)$	Logarithme du rapport de l'accès à l'électricité en pourcentage de la population des pays <i>i</i> et <i>j</i>
<i>RTELF_{ijt}</i>	$\ln\left(\frac{TELF_{it}}{TELF_{jt}}\right)$	Logarithme du rapport des abonnements téléphoniques (lignes fixes) souscrits pour 1000 habitants des pays <i>i</i> et <i>j</i>

¹⁴ Plusieurs transformations ont été envisagées pour ces variables de contrôle.

$RTAXBS_{ijt}$

$$\ln\left(\frac{TAXBS_{it}}{TAXBS_{jt}}\right)$$

Logarithme du rapport des taxes sur les biens et services des pays i et j

$ITRANS_{ijt}$

$$\ln(TRANS_{jt})$$

Logarithme de l'indice de transparence du pays d'accueil j

In correspond au logarithme népérien.

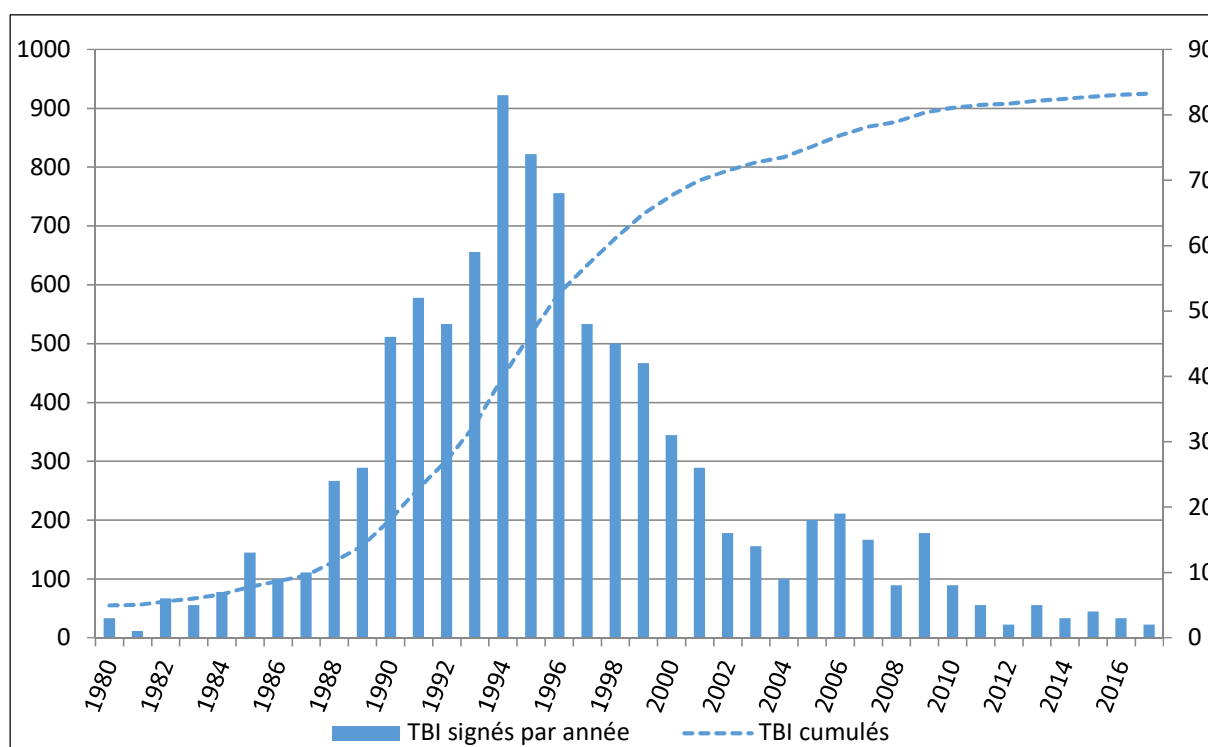
3.2. Les données

3.2.1. Les variables liées aux traités d'investissement et à leurs clauses

3.2.1.1. Traités bilatéraux d'investissement

La partie empirique de cette étude s'est concentrée uniquement sur l'impact des traités bilatéraux d'investissement et de leurs règles de droit sur les flux d'investissement directs étrangers. Au final, 925 traités ont été décortiqués sur la période 1960-2017. Le profil en forme de cloche de la figure 5 est à rapprocher de celui de la figure 1. Cette comparaison souligne que les 925 traités bilatéraux d'investissement examinés sont représentatifs de l'évolution des accords signés au cours de la période.

Figure 5. Nombre de traités bilatéraux d'investissement examinés sur la période 1980 à 2017



D'après le tableau 4, une majorité des traités signés renvoient à des relations bilatérales entre pays de l'OCDE et pays non-OCDE à 61.2%, et à 22.9% si l'on considère uniquement ceux conclus entre pays membres de l'OCDE. Au total, 81.1% des traités bilatéraux signés au cours de la période impliquent au moins un pays de l'OCDE. Cette prédominance reflète le besoin traditionnel de protéger les investissements directs étrangers des pays développés mais aussi d'augmenter l'attractivité des pays d'accueil souvent en voie de développement. Par ailleurs, on retrouve comme fait marquant la prédominance du nombre de traités signés dans les années 90 (cf. pour plus de détails les tendances énoncées dans l'introduction). Ici, notre

échantillon laisse apparaître que 61.1% (565) des traités bilatéraux d'investissement ont été conclus entre 1990 et 1999. Ce pourcentage passe ensuite à plus de 18% (172 traités) dans la première décennie des années 2000, pour tomber à 3.5% (32 traités) dans la décennie suivante. Cette décroissance se fait en partie au bénéfice des traités de libre-échange et autres accords internationaux avec chapitre sur les investissements. Ces derniers sont souvent à portée régionale ou plurilatérale. Ils regroupent par conséquent plusieurs pays sous couvert d'un seul traité. En d'autres termes, les traités bilatéraux d'investissement sont en partie en train d'être remplacés par des accords de libre-échange plurilatéraux ou régionaux. Le tableau 6 montre la forte progression de la signature de ce type de traités au cours des deux premières décennies du XXI^e siècle. Il souligne également que 60 accords de libre-échange et 31 autres accords ont également été étudiés par ce projet. Au total, les clauses de droit substantiel et procédural de 1016 traités d'investissement ont été analysées.

Toujours d'après le tableau 4, les traités bilatéraux d'investissement atteignent de bons taux de ratification une fois signés. Les plus susceptibles d'être ratifiés après signature sont les traités bilatéraux d'investissement conclus entre pays de l'OCDE. Seulement 6 traités bilatéraux d'investissement sur 212 n'ont pas été ratifiés pour la période 1960-2017, c'est-à-dire moins de 3% des traités non-ratifiés ou, à l'inverse, que plus que 97% des traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon conclus entre pays de l'OCDE ont été ratifiés. Si l'on s'intéresse maintenant aux traités bilatéraux d'investissement qui sont un peu moins susceptibles d'être ratifiés, on constate qu'ils sont signés entre un pays de l'OCDE et un pays non-OCDE (sur les 566 traités bilatéraux d'investissement signés sur la période 1960-2017, 522 ont été ratifiés tandis que 44 ne l'ont pas été). En d'autres termes, approximativement 92% de ces traités ont été ratifiés, ce qui souligne un taux très important. La dernière catégorie concerne les traités bilatéraux d'investissement qui sont un peu moins susceptibles d'être ratifiés. Ils impliquent des pays uniquement non-OCDE. Sur la période 1960-2017, 147 de ces traités ont été signés, parmi ceux-là 129 ont été ratifiés, soit un taux de ratification de presque 88%. Ce taux de ratification est un peu plus bas que celui qui correspond à la globalité des traités bilatéraux d'investissement (92%). Concernant le nombre moyen de mois nécessaire à la ratification, il est de 23.2 mois, c'est-à-dire presque deux ans. Le temps moyen nécessaire pour la ratification ne varie pas de manière significative en fonction de l'identité des pays qui ont signé le traité en question (21.5 mois en moyenne pour les traités bilatéraux d'investissement signés entre pays de l'OCDE ; 26.4 mois en moyenne pour les traités

bilatéraux d'investissement signés entre un pays de l'OCDE et un pays non-OCDE ; et, 21.6 mois en moyenne pour les traités bilatéraux d'investissement signés entre pays non-OCDE).

Concernant l'examen des chiffres du tableau 5, ils concernent les clauses de droit substantiel et procédural des 925 traités bilatéraux d'investissement.

- Définition du terme « investissement »

Les résultats soulignent que la vaste majorité des traités bilatéraux d'investissement contiennent une définition de l'investissement « ouverte ». Seulement sept traités bilatéraux d'investissement, 1.3% de l'échantillon, renvoient à une définition « fermée ». Six traités bilatéraux d'investissement (1%) ne contiennent aucune définition du terme « investissement ». Il s'agit des vieux traités, signés dans les années 1960 et 1970, entre des pays de l'OCDE et des pays non-OCDE.

Le tableau 5 fait aussi ressortir si les traités bilatéraux d'investissement, qui comprennent une définition du terme « investissement », excluent, ou non, certains types de biens ou transactions. Ceci est particulièrement important s'agissant des traités bilatéraux d'investissement contenant une définition « ouverte » du terme d'investissement, notamment parce qu'une telle définition étend très considérablement le champ d'application du traité.

Un exemple d'un traité bilatéral d'investissement compris dans notre échantillon, et qui comprend une définition « ouverte » classique, est l'accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Gouvernement de la République de Corée concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements. Son article premier prévoit entre autres que :

« 1. Le terme « investissements » désigne tout élément d'actif quelconque détenu ou contrôlé, directement ou indirectement, par tout investisseur de l'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante, et notamment, mais non exclusivement :

- a. les biens meubles et immeubles ainsi que tous autres droits de propriété tels qu'hypothèques, privilèges, baux ou gages,

- b. les actions, parts et obligations et toutes autres formes de participations, même minoritaires, dans le capital d'une société ou d'une entreprise commerciale ainsi que les droits ou intérêts qui en découlent,
- c. les créances et droits à toute prestations contractuelles ayant une valeur économique,
- d. les droits de propriété intellectuelle, y compris les droits d'auteur, les brevets, les marques de commerce, les noms déposés, les dessins industriels, les procédés techniques, les secrets commerciaux, le savoir-faire et le fonds de commerce, et
- e. les concessions commerciales ayant une valeur économique accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment celles relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles.

Aucune modification de la forme dans laquelle les avoirs ont été investis ou réinvestis n'affectera leur qualité d'investissements. »

Les exclusions, quand elles existent, viennent précisément limiter la portée du traité, en excluant certaines catégories de biens ou transactions qui sinon pourraient être considérés comme protégés. Notamment, les exclusions de certains types de biens ou de transactions concernent en particulier des nouveaux traités bilatéraux d'investissement. Pour cette raison, les exclusions dans notre échantillon sont peu nombreuses, mais correspondent aux nouvelles tendances. 7% des traités bilatéraux d'investissement signés entre pays de l'OCDE, 6.5% des traités bilatéraux d'investissement conclus entre un pays de l'OCDE et un pays non-OCDE, et 4.8% des traités bilatéraux d'investissement signés entre pays non-OCDE comportent des exclusions, quand ils contiennent une définition du terme « investissement ». Au total, 59 traités bilatéraux d'investissement contenant une définition « ouverte » du terme investissement et trois traités bilatéraux d'investissement comprenant une définition « fermée » incorporent des exclusions de certains types de biens.

Par exemple, l'article premier de l'accord entre le Canada et l'État du Koweït concernant la promotion et la protection des investissements conclu en 2011 et entré en vigueur en 2014 prévoit :

« « investissement » s'entend :

- a) d'une entreprise ;
- b) d'actions et d'autres formes de participation au capital social d'une entreprise ;
- c) d'obligations, de celles non garanties et d'autres titres de créance d'une entreprise ;

- d) d'un prêt à une entreprise ;
- e) nonobstant les sous-paragraphes c) et d) de la présente définition, un prêt consenti à une institution financière ou un titre de créance émis par une institution financière est un investissement uniquement s'il est considéré comme capital réglementaire par la Partie sur le territoire de laquelle l'institution financière est située ;
- f) d'un avoir dans une entreprise donnant droit au propriétaire à une part des revenus ou des bénéfices de l'entreprise ;
- g) d'un avoir dans une entreprise donnant droit au propriétaire à une part des actifs de l'entreprise au moment de la dissolution ;
- h) des intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire, par exemple en vertu :
 - 1. soit de contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la Partie, y compris des contrats clé en main ou des contrats de construction et des concessions en vue de la recherche et de l'extraction de pétrole et d'autres ressources naturelles,
 - 2. soit de contrats dont la rémunération dépend en grande partie de la production, des revenus ou des bénéfices d'une entreprise ;
- i) des droits de propriété intellectuelle ;
- j) de tout autre bien meuble, corporel ou incorporel, ou bien immeuble et tous droits connexes de propriété acquis dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou utilisés à cette fin ou à d'autres fins commerciales ;

mais ne s'entend pas :

- k) des créances découlant uniquement :
 - 1. soit de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services par un ressortissant ou une entreprise sur le territoire d'une Partie à une entreprise située sur le territoire de l'autre Partie,
 - 2. soit de l'octroi de crédits liés à une opération commerciale, telle que le financement commercial, autre qu'un prêt visé au sous-paragraphes d) ;
- l) de toute autre créance ne se rapportant pas aux types d'avoirs visés aux sous-paragraphes a) à j) ».

Ce traité bilatéral d'investissement est un exemple rare d'un traité qui comprend une définition fermée du terme « investissement » et qui en même temps comprend des exclusions concrètes de types de biens qui ne peuvent pas constituer un « investissement ». Le traité est aussi intéressant pour une autre raison : il démontre qu'il n'est parfois pas aisé de distinguer entre une définition « fermée » et une définition « ouverte ». On a considéré ce traité comme comprenant une définition « fermée » du terme « investissement » parce qu'il propose de limiter les types de biens qui constituent un « investissement », contrairement à d'autres traités d'investissement qui prévoient qu'investissement est « tout type de biens » et qui donnent par la suite quelques exemples non-exhaustifs. Or ce même traité comprend également une clause (voir j ci-dessus) qui « ouvre » considérablement la portée du traité. Dans des situations comme celle-ci, il n'est pas toujours évident si un traité comprend une définition « ouverte » ou une définition « fermée », ce qui peut donner lieu au débat et à des avis différends.

Il convient de noter que les traités bilatéraux d'investissement peuvent également contenir des exclusions plus larges du champ du traité. Par exemple, ce même accord entre le Canada et l'État du Koweït prévoit, entre autres, à son article 17 que « [l]es dispositions du présent accord ne s'appliquent pas aux investissements effectués dans les industries culturelles », avant de préciser ce que signifie l'expression « industries culturelles ». Cette exclusion ressemble à une exclusion de la définition du terme « investissement ». On pourrait comprendre que « investissement ne s'entend pas d'activités effectuées dans les industries culturelles ». Concrètement, il s'agit d'une exclusion du champ de l'application du traité avec essentiellement le même effet qu'une exclusion *stricto sensu* par rapport à la définition du terme investissement.

Un autre exemple plus classique d'un traité bilatéral d'investissement, toujours minoritaire, qui combine une définition du terme « investissement » « fermée » avec des exclusions spécifiques est celui de l'Accord entre le Canada et la République du Pérou pour la promotion et la protection des investissements, signé en 2006 et entré en vigueur en 2007. Son article premier prévoit que :

« « investissement » s'entend :

- I. d'une entreprise ;
- II. d'un titre de participation d'une entreprise ;

- III. d'un titre de créance d'une entreprise
 - a. lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou
 - b. lorsque l'échéance originelle du titre de créance est d'au moins trois ans, à l'exclusion, toutefois, d'un titre de créance d'une entreprise d'État, quelle qu'en soit l'échéance originelle;

- IV. d'un prêt à une entreprise
 - a. lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou
 - b. lorsque l'échéance originelle du prêt est d'au moins trois ans, à l'exclusion, toutefois, d'un prêt à une entreprise d'État, quelle qu'en soit l'échéance originelle;

- V. (i) nonobstant les alinéas (III) et (IV) ci-dessus, un prêt consenti à une institution financière ou un titre de créance établi par une institution financière est un investissement uniquement s'il est considéré comme capital réglementaire par la Partie sur le territoire de laquelle l'institution financière est située ; et
 - (ii) un prêt consenti ou un titre de créance possédé par une institution financière, autre qu'un prêt ou un titre de créance visés par le sous-alinéa (i), n'est pas un investissement ;
il demeure entendu :
 - (iii) qu'un prêt consenti à une Partie ou à une entreprise d'État d'une Partie ou qu'un titre de créance établi par une Partie ou par une entreprise d'État d'une Partie ne constituent pas un investissement ; et
 - (iv) qu'un prêt consenti ou un titre de créance possédé par un fournisseur de services financiers transfrontières, autre qu'un prêt consenti à une institution financière ou un titre de créance établi par une institution financière, constituent un investissement si le prêt ou le titre de créance répondent aux critères en matière d'investissement énoncés ailleurs dans cet article ;

- VI. d'un avoir dans une entreprise donnant droit à une part des revenus ou des bénéfices de l'entreprise ;

- VII. d'un avoir dans une entreprise donnant droit à une part des actifs de l'entreprise au moment de la dissolution, autre qu'un titre de créance ou qu'un prêt exclu des alinéas (III), (IV) ou (V) ;
 - VIII. des biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales ; et
 - IX. des intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire, par exemple en raison :
 - (i) de contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la Partie, notamment des contrats clé en main, des contrats de construction ou des concessions, ou
 - (ii) de contrats dont la rémunération dépend en grande partie de la production, des revenus ou des bénéfices d'une entreprise ;
- mais ne s'entend pas :
- X. des créances découlant uniquement
 - (i) de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services par un ressortissant ou une entreprise sur le territoire d'une Partie à une entreprise située sur le territoire de l'autre Partie, ou
 - (ii) de l'octroi de crédits pour une opération commerciale, telle que le financement commercial, autre qu'un prêt visé aux alinéas (IV) ou (V) ; et
 - XI. de toute autre créance, ne se rapportant pas à des avoirs des types visés aux alinéas (I) à (IX) ».

- Le traitement national

Toujours dans le tableau 5, on peut constater que la majorité des traités bilatéraux d'investissement (un peu plus de 75%) offrent le traitement national seulement à la phase « post-établissement ». Concrètement, il s'agit de 165 traités bilatéraux d'investissement signés entre pays de l'OCDE, 431 traités bilatéraux d'investissement signés entre un pays de l'OCDE et un pays non-OCDE, et 99 traités bilatéraux d'investissement signés entre pays non-

OCDE pour un total des 925 traités bilatéraux d'investissement que comprend notre échantillon.

L'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et l'État du Koweït concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, conclu en 2000, en offre un exemple. Il prévoit à son article 4, intitulé « Traitement des investissements », paragraphe 1 :

« Chaque Partie contractante accordera aux investisseurs de l'autre Partie contractante, pour ce qui concerne l'utilisation, l'administration, la gestion, l'exploitation, l'expansion et la vente ou toute autre forme d'aliénation de leurs investissements sur son territoire, un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qu'elle accorde dans des circonstances analogues à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de tout État tiers, suivant le traitement le plus favorable auxdits investissements. »

Le traité mentionne de manière très claire que le traitement national ne concerne que « l'utilisation, l'administration, la gestion, l'exploitation, l'expansion et la vente ou toute autre forme d'aliénation de leurs investissements sur son territoire ». Par conséquent, il ne protège pas la phase antérieure à l'utilisation de l'investissement, telle que l'acquisition de l'investissement.

Seule une minorité des traités bilatéraux d'investissement accordent le traitement national tant dans la phase « post-établissement » que dans la phase « pré-établissement ». Un exemple illustratif est le traité entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République du Panama pour l'encouragement et la protection des investissements de 1996. Ce traité contient deux dispositions différentes, l'une visant la phase « pré-établissement » et l'autre la phase « post-établissement ». Par conséquent, il prévoit à son article II, paragraphe 3 :

« Chacune des Parties contractantes autorise l'établissement d'une nouvelle entreprise commerciale ou l'acquisition, en totalité ou en partie, d'une entreprise commerciale existante par des investisseurs ou des investisseurs potentiels de l'autre Partie contractante, et cela à des conditions non moins favorables que celles qu'elle pose, dans des circonstances analogues, pour l'acquisition ou l'établissement d'une entreprise commerciale :

a) par ses propres investisseurs ou investisseurs potentiels ; ou

b) par les investisseurs ou investisseurs potentiels d'un État tiers. »

Il prévoit également à son article III, paragraphes 1 et 2, intitulé « Traitement de la nation la plus favorisée (traitement NPF) après l'établissement et exceptions au traitement NPF » :

« Chacune des Parties contractantes accorde aux investissements ou aux revenus des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements ou aux revenus d'investisseurs de tout État tiers.

Chacune des Parties contractantes accorde aux investisseurs de l'autre Partie contractante, en ce qui concerne l'administration, l'emploi, la jouissance ou la disposition de leurs investissements ou revenus, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investisseurs de tout État tiers. »

Un autre exemple est offert par le traité bilatéral d'investissement signé en 1991 entre l'Argentine et les États-Unis. Selon l'article II, paragraphe 1, de ce traité :

« Each Party shall permit and treat investment, and activities associated therewith, on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals or companies, or of nationals or companies of any third country, whichever is the more favorable, subject to the right of each Party to make or maintain exceptions falling within one of the sectors or matters listed in the Protocol to this Treaty. Each Party agrees to notify the other Party before or on the date of entry into force of this Treaty of all such laws and regulations of which it is aware concerning the sectors or matters listed in the Protocol. Moreover, each Party agrees to notify the other of any future exception with respect to the sectors or matters listed in the Protocol, and to limit such exceptions to a minimum. Any future exception by either Party shall not apply to investment existing in that sector or matter at the time the exception becomes effective. The treatment accorded pursuant to any exceptions shall, unless specified otherwise in the Protocol, be not less favorable than that accorded in like situations to investments and associated activities of nationals or companies of any third country. »

L'article I, paragraphe 1(e), explique ce que sont les « *associated activities* » :

« "associated activities" include the organization, control, operation, maintenance and disposition of companies, branches, agencies, offices, factories or other facilities for the conduct of business; the making, performance and enforcement of contracts; the

acquisition, use, protection and disposition of property of all kinds including intellectual and industrial property rights; and the borrowing of funds, the purchase, issuance, and sale of equity shares and other securities, and the purchase of foreign exchange for imports. »

C'est quand on lit ces deux dispositions ensemble qu'on réalise que le traité étend le traitement national non seulement à la phase « post-établissement » mais également à la phase « pré-établissement », puisque des activités telles que l'acquisition d'investissement sont protégées.

Un nombre important des traités bilatéraux d'investissement n'accordent pas aux investisseurs étrangers le traitement national, réservant la possibilité d'un traitement plus favorable à leurs investisseurs nationaux.

- L'expropriation indirecte

Le tableau 5 montre que la majorité des traités bilatéraux d'investissement protègent en cas d'expropriation indirecte. Ces traités-là ne contiennent pas une annexe concernant l'interprétation de l'expropriation indirecte. 96.2% des traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon signés entre pays de l'OCDE, 95.4% des traités bilatéraux d'investissement signés entre un pays de l'OCDE et un pays non-OCDE et 93.2% des traités bilatéraux d'investissement signés entre pays non-OCDE offrent ce type de protection.

Parmi les 925 traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon, 915 protègent en cas d'expropriation indirecte, soit 98.91%. Ils se décomposent en deux catégories : en premier lieu, les traités qui recouvrent l'expropriation indirecte et, en second lieu, les traités qui, tout en recouvrant l'expropriation indirecte, contiennent une annexe précisant comment distinguer entre une expropriation directe et une expropriation indirecte. Cette distinction renvoie à une clause qui prévoit que, sauf dans de rares cas, ne constitue pas une expropriation indirecte une mesure non discriminatoire d'une partie qui est conçue et appliquée dans un but de protection légitime du bien-être public concernant, par exemple, la santé, la sécurité et l'environnement. Ce dernier type de clause peut parfois exister dans l'article lui-même qui prévoit la protection en cas d'expropriation indirecte, et pas nécessairement à une annexe.

Toujours parmi les 925 traités bilatéraux d'investissement, 96.75% (895) d'entre eux, protègent en cas d'expropriation indirecte, mais ne contiennent pas une annexe concernant l'interprétation de l'expropriation indirecte. Sur ces 895 traités, 99.1% ont été signés entre pays de l'OCDE, 96.6% entre un pays de l'OCDE et un pays non-OCDE, et 92% entre pays non-OCDE.

L'accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et l'État du Koweït concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, conclu en 2000, en offre un exemple. Il prévoit à son article 6, intitulé « Expropriation », paragraphe 1, que :

« Les investissements effectués par des investisseurs de l'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante ne seront ni nationalisés, ni expropriés, ne feront pas l'objet d'une dépossession ni ne seront soumis à des mesures directes ou *indirectes ayant un effet équivalent à une nationalisation, à une expropriation ou à une dépossession* (désignées ci-après sous le terme général « d'expropriation ») par l'autre Partie contractante, si ce n'est dans le cadre de mesures prises dans l'intérêt public pour les besoins internes de ladite Partie contractante, moyennant le paiement sans délai d'une indemnité effective et adéquate et à condition que ces mesures soient prises sur une base non discriminatoire et selon une procédure légale d'application générale. »

Un autre exemple est offert par un nombre de traités bilatéraux d'investissement conclus par l'Autriche, tels que, entre autres, les traités bilatéraux d'investissement signés par l'Autriche, de l'un côté, et, de l'autre, la Bolivie (1997), l'Égypte (2001), l'Estonie (1994), la Hongrie (1988), Inde (1999), Pologne (1988), la Russie (1990), l'Afrique du Sud (1996) et l'Ukraine (1996). L'article sur l'expropriation de ces traités ne mentionne que le terme « expropriation » sans mentionner si cela recouvre l'expropriation indirecte ou non. Or l'article sur les définitions des traités expliquent que le terme « expropriation » recouvre l'expropriation indirecte. Par exemple, le traité bilatéral d'investissement entre l'Autriche et l'Égypte de 2001 prévoit à son article 1, paragraphe 4, que :

« *the term "expropriation" also comprises a nationalization or any other measure having equivalent effect* ».

Le terme expropriation « indirecte » n'est pas utilisé mais la mention d'une mesure ayant un effet équivalent à une expropriation est une autre façon de se référer à une expropriation indirecte.

Vingt traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon protègent en cas d'expropriation indirecte et contiennent une annexe telle que celle décrite ci-dessus. Il s'agit d'un peu plus de 2 % des traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon, pourcentage bas mais qui est expliqué par le fait que la clause prévoyant que ne constitue pas une expropriation indirecte une mesure non discriminatoire d'une partie qui est conçue et appliquée dans un but de protection légitime du bien-être public est récente et qu'on la retrouve plus souvent dans les traités de libre-échange et non pas aux traités bilatéraux d'investissement. Parmi les vingt traités, six sont signés par le Canada et six par la Colombie, ce qui correspond à 80 pour cent des traités qui contiennent ce type de clause.

Par exemple, le traité bilatéral d'investissement conclu entre le Canada et Chine en 2012 prévoit :

« A Party may not expropriate a covered investment either directly or indirectly through measures having an effect equivalent to expropriation, except for a public purpose, in accordance with due process of law, in a non-discriminatory manner and on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 and 3. For greater certainty, this paragraph shall be interpreted in accordance with Annex I. » (Article 10, paragraphe 1)

Et puis :

« The Parties confirm their shared understanding that:

(a) indirect expropriation results from a measure or a series of measures of a Party that has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure;

(b) the determination of whether a measure or a series of measures of a Party constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the measure or the series of measures, although the sole fact that a measure or a series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred,

- (ii) the extent to which the measure or the series of measures interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations, and*
- (iii) the character of the measure or the series of measures;*
- (c) except in rare circumstances, such as when a measure or a series of measures is so severe in the light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, a non-discriminatory measure of a Party that is designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, does not constitute indirect expropriation. » (Annexe)*

L'article 5 du traité bilatéral d'investissement entre la Colombie et la Corée du Sud offre un autre exemple d'un traité qui contient des dispositions très similaires, y compris des dispositions qu'on retrouve dans l'annexe du traité que l'on vient de citer. Il établit que :

« 1. No Party may expropriate or nationalize an investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (hereinafter "expropriation"), except:

- a. for a public purpose ;*
 - b. in a non-discriminatory manner and in good faith;*
 - c. on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and*
 - d. in accordance with due process of law.*
- 2. The Parties confirm their shared understanding that:*
- a. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right in an investment.*
 - b. Paragraph 1 addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.*
 - c. The second situation addressed by Paragraph 1 is indirect expropriation, where an action or a series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.*
 - d. The determination of whether an action or a series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers all relevant factors relating to the investment, including:*

- i. *the economic impact of the government action, although the fact that an action or a series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;*
 - ii. *the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and*
 - iii. *the character of the government action, including its objectives and context. Relevant considerations could include whether the investor bears a disproportionate burden that exceeds what the investor or investment should be expected to endure for the public interest;*
- e. *Except in rare circumstances, such as, for example, when an action or a series of actions is extremely severe or disproportionate in light of its purpose or effect, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, the environment, and real estate price stabilization (through, for example, measures to improve the housing conditions for low-income households), do not constitute indirect expropriation. [...] »*

Seuls dix traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon ne contiennent pas de protection spécifique concernant l'expropriation indirecte, c'est-à-dire 1.1%, donc six signés entre des pays de l'OCDE et des pays non OCDE et quatre signés entre des pays non-OCDE. Ces traités incluent trois traités bilatéraux d'investissement du Brésil (dits *Facilitation and Cooperation Investment Agreements* (aussi connus comme *FCIAs*, de leur acronyme anglais) signés en 2015 avec le Chili, la Colombie et le Mexique. Quand le Brésil avait élaboré son modèle de traité bilatéral d'investissement il n'avait laissé planer aucun doute sur le fait que ses traités ne protègent pas en cas d'expropriation indirecte. Un nombre de traités du Brésil se réfèrent simplement à une protection en cas d'expropriation *directe*. Le traité bilatéral d'investissement entre le Brésil et le Chili prévoit explicitement que la protection du traité ne s'étend qu'aux cas d'expropriation directe. L'article 7, paragraphe 5, de ce traité établit que :

« Para mayor certeza, este artículo sólo prevé la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio. »

- Les exceptions pour l'intérêt public

La majorité des traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon ne contiennent pas d'exceptions générales concernant la protection d'un intérêt public et applicables au traité entier. Ceci est particulièrement vrai pour les traités bilatéraux d'investissement signés entre pays de l'OCDE : 97.2% d'entre eux, c'est-à-dire 206 traités bilatéraux d'investissement, ne contiennent pas une telle exception. 92.9% des traités bilatéraux d'investissement signés entre un pays de l'OCDE et un pays non-OCDE et 93.2% des traités bilatéraux d'investissement signés entre pays non-OCDE ne contiennent également pas de telles exceptions.

Ceci ne signifie pas que ces traités-là ne peuvent pas contenir d'autres exceptions qui, en général, ne s'appliquent pas au traité entier. Par exemple, l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et l'État du Koweït concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, conclu en 2000, contient une exception concernant l'application du traitement national. Après la garantie du traitement national énoncée au paragraphe 1 de l'article 4 de ce traité, le paragraphe 2 prévoit que :

« Toutefois, les dispositions du présent Article ne pourront être interprétées comme obligeant l'une des Parties contractantes à étendre aux investisseurs de l'autre Partie contractante le bénéfice de tout traitement, préférence ou privilège résultant :

- (a) d'une union douanière, d'une union économique, d'une zone de libre-échange, d'une union monétaire, d'une autre forme d'arrangement économique régional ou d'un accord international analogue, auquel l'une des Parties contractantes est ou peut devenir partie ;
- (b) d'un accord ou d'un autre arrangement international, régional ou bilatéral analogue ou de lois nationales concernant principalement ou exclusivement l'imposition. »

Il s'agit donc ici d'une exception qui vise le traitement national (et non pas toutes les protections du traité) et qui ne concerne pas l'intérêt public, mais des privilèges résultant d'une union économique, telle que notamment l'Union européenne, et qui permet par exemple à la Belgique d'accorder aux investisseurs provenant d'un autre pays de l'Union européenne un traitement plus favorable qu'aux investisseurs du Koweït, sans pour autant violer le traité. L'exception couvre également des privilèges dus sur la base des traités pour éviter la double imposition.

- Les exceptions relatives aux intérêts de sécurité essentiels

Un nombre relativement faible des traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon (98 sur 925 traités, c'est-à-dire 10.6% des traités) contiennent une exception relative aux intérêts de sécurité essentiels. L'occurrence de ce type d'exception varie entre 6.6% dans les traités bilatéraux d'investissement signés entre des pays de l'OCDE, 11.5% pour les traités bilatéraux d'investissement signés entre un pays de l'OCDE et un pays non-OCDE, et 13% pour les traités bilatéraux d'investissement conclus entre des pays non-OCDE.

Le traité bilatéral d'investissement signé entre la Finlande et l'Inde en offre un exemple. L'article 12, paragraphe 2, de ce traité établit que rien dans le traité n'empêche l'État d'accueil de prendre de mesures nécessaires dans des circonstances « anormales » pour protéger ses intérêts de sécurité essentiels :

« Nothing in this Agreement precludes the host Contracting Party from taking necessary action in abnormal circumstances for the protection of its essential security, interests or in circumstances of extreme emergency in accordance with its laws applied on a non discriminatory basis. »

Le reste 89.4% des traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon ne contiennent pas des exceptions relatives aux intérêts de sécurité essentiels.

- Le droit de réglementer

Seulement 0.86% des traités bilatéraux prévoient de manière explicite le droit de l'État à réglementer dans l'intérêt public.

Tel est le cas du traité bilatéral d'investissement conclu entre la Colombie et l'Arabie saoudite de 2017, dont le préambule stipule entre autres :

« Recognising the right of each Contracting Party to regulate the investments made in its territory in order to protect legitimate public welfare objectives in the field of health, public order and environment ».

Tel est aussi le cas du traité bilatéral d'investissement signé entre la Grèce et l'Arabie saoudite de 2014 dont l'article 12 prévoit que :

« Consistent with the provisions of this agreement each Contracting Party retains the right to adopt, maintain and enforce measures necessary to pursue legitimate policy objectives to protect society, the environment, public health and safety. »

Ces dispositions par elles-mêmes ne suffisent pas à garantir le droit de l'État de réglementer sans créer une obligation d'indemniser les investisseurs lésés. La « faiblesse » de la première disposition est qu'elle se retrouve au préambule et ne peut donc pas créer un droit concret pour l'État. La « faiblesse » principale de la deuxième disposition est l'incertitude créée par la phrase *« consistent with the provisions of this agreement »*.

L'absence des mentions du droit de réglementer des traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon n'a pour autant rien d'étonnant : la notion du droit de réglementer n'est mentionnée que dans des traités très nouveaux et il est plus courant dans les traités de libre-échange.

- L'accès au règlement des différends entre investisseurs étrangers et États (ISDS)

La grande innovation des traités d'investissement a été le fait de pas seulement « offrir » des protections de droit substantiel, mais d'accorder les moyens de faire respecter les protections substantielles, en donnant aux investisseurs accès direct à des mécanismes de règlement des différends au niveau international, tels que l'arbitrage selon la Convention CIRDI ou l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. On s'est intéressé au règlement des différends au niveau international, mais non pas au règlement des différends au niveau national, même si celui-ci est proposé dans le traité. De toute manière, l'investisseur a toujours l'option de se tourner vers les cours et tribunaux locaux de son pays d'accueil, sans que ça soit proposé dans le traité. Également, on n'a pas pris en compte les mécanismes de résolution des différends dits « souples », tels que les consultations entre les parties au différend ou de manière plus large le règlement à l'amiable. Ces mécanismes de règlement des différends dépendent de la bonne volonté des parties et ils ne sont pas certains d'aboutir à un règlement ; même quand ils aboutissent, le « règlement » prend la forme d'une décision non contraignante, donc il n'est pas possible de s'assurer qu'elle sera respectée. Dans ce domaine, les choses pourraient

changer avec la Convention de Singapour sur la médiation, mais il n'est pas pour l'instant certain que cette Convention s'applique aux différends d'investissement.¹⁵

Les traités ont été classés en quatre catégories : 1) traités qui donnent accès à l'arbitrage selon la Convention CIRDI ; 2) traités qui donnent accès à l'arbitrage selon d'autres règles, tels que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international ; 3) traités qui donnent accès à l'arbitrage selon la Convention CIRDI et selon au moins un autre Règlement d'arbitrage ; 4) traités qui ne donnent pas l'accès à l'arbitrage.

La décomposition des traités bilatéraux d'investissement par rapport au règlement des différends, se fait de la manière suivante : 25.30% des traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon (c'est-à-dire 234 traités) donnent accès à l'arbitrage selon la Convention CIRDI mais non pas à d'autres types de règlement de différends au niveau international. L'accès à l'arbitrage selon la Convention CIRDI, à l'exclusion d'autres types de règlement des différends, apparaît souvent dans les traités bilatéraux d'investissements conclus entre pays de l'OCDE (27.30% des traités entre pays de l'OCDE), et beaucoup moins dans les traités conclus entre pays non-OCDE (20.4%).

En voici quelques exemples. L'article 8 paragraphe 2 de l'Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise et le Gouvernement de la République Populaire de Chine concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements de 2005 prévoit que :

« À défaut de règlement du différend, par consultation, dans les six mois de la date de notification par l'une des parties, chaque Partie Contractante consent à ce que le différend soit soumis, au choix de l'investisseur :

- a) à la juridiction compétente de la Partie Contractante qui est partie au différend ;
- b) au Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), crée par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, ouverte à la signature à Washington, le 18 mars 1965. »

¹⁵ Pour la Convention de Singapour, voir Hal Abramson, *New Singapore Convention on Cross-Border Mediated Settlements: Key Choices*, in Titi et Fach-Gómez (dir.), *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, Oxford University Press, 2019.

Comme il ressort de cette clause, le traité prévoit également accès aux cours internes du pays d'accueil (« la juridiction compétence de la Partie Contractante qui est partie au différend »). Or, comme il a été expliqué ci-dessus, l'accès aux cours internes n'est pas pris en compte pour cette catégorie, parce qu'il n'est pas considéré comme une garantie « supplémentaire ».

Un autre exemple est offert par l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume d'Arabie saoudite sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements de 2002. L'article 6 paragraphe 2, de ce traité bilatéral d'investissement prévoit que :

« Si le différend n'a pas pu être réglé selon la procédure décrite au paragraphe 1 du présent Article¹⁶ dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la demande de règlement a été déposée, il est, sur demande de l'investisseur, soumis au tribunal compétent de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé, ou est soumis à arbitrage conformément aux dispositions de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, signée à Washington le 18 mars 1965. Si l'investisseur opte pour l'arbitrage, la Partie contractante s'engage à ne pas exiger que toutes les procédures de recours locales aient été auparavant épuisées. »

Par contre, il faut reconnaître que parfois des traités peuvent paraître comme s'ils donnent accès à un certain type d'arbitrage, quand en réalité tel n'est pas le cas. Un exemple est offert par le traité entre la Bolivie et la Corée du Sud de 1996. Ce traité semble donner accès à l'arbitrage selon la Convention CIRDI. Or, tant au moment de la conclusion du traité qu'aujourd'hui, la Bolivie n'est pas partie contractante à la Convention CIRDI, ce qui empêche tout différend la concernant d'être soumis à l'arbitrage selon la Convention CIRDI. Selon l'article 12, paragraphe 2, de ce traité :

« If [disputes, with respect to investment between one Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party] cannot be settled in accordance with the provision of paragraph 1) of this Article within six months from the date of request for settlement, the disputes shall be submitted to:

¹⁶ Ce paragraphe prévoit une procédure de règlement des différends à l'amiable : « Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est réglé à l'amiable dans la mesure du possible. »

*(a) the competent court of justice of the Contracting Party for decision, or,
(b) the International Center for the Settlement of Investment Disputes established by the Washington Convention of 18 March 1965 on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states in the event that the Republic of Bolivia becomes a party to this Convention. Until that moment the dispute shall be submitted to conciliation or arbitration procedures to be mutually agreed upon on the basis of the Washington Convention. »*

13.62% des traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon (c'est-à-dire 126 traités bilatéraux d'investissement) offrent aux investisseurs accès à un type d'arbitrage autre que l'arbitrage selon la Convention CIRDI. Ceci peut être par exemple l'arbitrage selon le Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international. Ce type de clause est plus fréquent dans les traités bilatéraux d'investissement conclus entre pays non-OCDE (19%) et le moins fréquent dans les traités bilatéraux d'investissement conclus entre deux pays de l'OCDE (7.5%).

Prenons quelques exemples. L'article 8 de l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Panama sur le traitement et la protection des investissements de 1982 prévoit que :

« 1. Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un national ou une société de l'autre Partie contractante est autant que possible réglé à l'amiable entre les deux Parties concernées.

2. Si le différend n'a pas été réglé à l'amiable dans un délai de six mois, il pourra être réglé selon les procédures figurant dans des engagements particuliers qui pourraient exister entre la Partie contractante et le national ou la société de l'autre Partie contractante, dès lors que ces engagements auront été conclus avant l'entrée en vigueur du présent Accord.

En l'absence de tels engagements, le différend sera soumis à l'arbitrage international conformément au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international, tel qu'il a été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 31198 du 15 décembre 1976 et compte tenu des dispositions du présent Accord. »

Il est intéressant de noter que ce traité, autre que l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI reconnaît que les parties au différend pourraient s'être déjà mis d'accord sur un autre type de règlement de différends avant l'entrée en vigueur du traité d'investissement. Dans ce cas, le traité prévoit que le différend peut être réglé selon ces « engagements particuliers qui pourraient exister » entre les parties, mais seulement « dès lors que ces engagements auront été conclus avant l'entrée en vigueur du présent Accord. »

Un autre exemple d'un traité bilatéral d'investissement de notre échantillon qui prévoit de l'arbitrage mais non pas l'arbitrage selon la Convention CIRDI est le traité signé entre le Gouvernement de l'Autriche et le Gouvernement de Hong Kong en 1996. Selon l'article 9 de ce traité, intitulé « *Settlement of Investment Disputes* » :

« Any dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an investment of the former in the area of the latter which has not been settled amicably, shall, after a period of six months from written notification of the claim, be submitted to such procedures for settlement as may be agreed between the parties to the dispute. If no such procedures have been agreed within that six month period, the parties to the dispute shall be bound to submit the dispute to arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law as amended by the last amendment applicable to both Contracting Parties. The parties may agree in writing to modify those Rules. »

Cet article laisse aux parties la liberté de choisir, si le différend n'a pas pu être réglé à l'amiable, les procédures selon lesquels leur différend sera réglé. En l'absence d'accord des parties dans six mois, la clause prévoit que les parties doivent soumettre le différend (« *shall be bound to submit* ») à l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. L'article est également intéressant en ce qui précise que la « version » applicable du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sera la plus récente s'il y a eu modification du Règlement entre la conclusion du traité et l'arbitrage. Par ailleurs, tel est le cas. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a été modifié un nombre de fois. En même temps, le traité laisse toujours aux parties une liberté importante : les parties peuvent se mettre d'accord par écrit pour modifier les règles du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui s'appliqueront à leur différend.

D'autres traités bilatéraux d'investissement donnent accès à l'arbitrage selon la Convention CIRDI et à l'arbitrage selon d'autres règlements arbitraux. Il s'agit là de la catégorie des traités

la plus importante : dans notre échantillon, 61.8% des traités bilatéraux d'investissement conclus entre pays de l'OCDE ; 54.7% des traités bilatéraux d'investissement signés entre un pays de l'OCDE et un pays non-OCDE et 56.5% des traités signés entre pays non-OCDE appartiennent à cette catégorie. (Ce qui donne une moyenne de 56.54% des traités bilatéraux d'investissement au total.) Il s'agit d'une observation peu étonnante mais qui est très significative dans le sens où elle montre que la majorité des traités bilatéraux d'investissement offrent aux investisseurs un choix entre les différents types de règlement des différends – ou plutôt entre les différents types d'arbitrage. Un traité qui prévoit plusieurs types d'arbitrage permet à l'investisseur de choisir le type d'arbitrage qui lui convient le plus.

Prenons quelques exemples des traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon qui donnent accès à l'arbitrage selon la Convention CIRDI et selon d'autres règlements d'arbitrage. L'article XII paragraphe 6 du traité bilatéral d'investissement signé entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Colombie (2009) prévoit que :

« In the case of international arbitration, the dispute shall be submitted for settlement by arbitration, at the option of the investor, to one of the following fora:

- 1. An ad hoc arbitral tribunal that unless otherwise agreed by the Parties, shall be established in accordance with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) arbitration Rules, in the territory of a Contracting State to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (hereinafter referred to as the "New York Convention"); or*
- 2. The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) set up by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, opened for signature in Washington on March 18, 1965 (hereinafter the "ICSID Convention", when each State party to this Agreement has become a party to the said Convention. In the event that only one Contracting Party is a party to the ICSID Convention, each Contracting Party agrees that the dispute may be submitted to arbitration pursuant to the Rules of the Additional Facility of the ICSID; or*
- 3. The Arbitral Court of the International Chamber of Commerce in Paris; or*
- 4. An arbitral tribunal of the Conciliation and Arbitration Centre of the Chamber of Commerce of Bogota. »*

Un autre exemple d'un traité signé par l'Union économique belgo-luxembourgeoise qui donne accès à plusieurs types d'arbitrage est l'Accord entre l'Union économique belgo-

luxembourgeoise et l'État du Koweït concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements conclu en 2000. Il prévoit à l'article 9, paragraphe 3 :

« Dans le cas où un investisseur choisit de soumettre le différend à l'arbitrage international, il donnera en outre son consentement écrit à ce que le différend soit soumis à l'un des organismes suivants :

- (a) au Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (le « Centre »), créé en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965 (la « Convention de Washington ») ;
- (b) à un tribunal arbitral établi selon les règles d'arbitrage (les « Règles ») de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international (C.N.U.D.C.I.), étant entendu que ces Règles peuvent faire l'objet de modifications par les parties au différend (l'Autorité investie du pouvoir de nomination visée à l'article 7 desdites Règles sera le Secrétaire général du Centre) ;
- (c) à un tribunal arbitral constitué selon les règles d'arbitrage de tout organisme d'arbitrage accepté d'un commun accord par les parties au différend. »

Un autre exemple est offert par l'Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la Roumanie pour l'encouragement et la protection des investissements de 2009. Selon l'article XIII paragraphe 3 :

« Un investisseur peut, en conformité avec le paragraphe 4, soumettre à l'arbitrage un différend visé au paragraphe 1, uniquement si les conditions suivantes sont réunies :

- a. l'investisseur a consenti par écrit à l'arbitrage;
- b. l'investisseur a renoncé à son droit d'introduire ou de poursuivre toute autre instance se rapportant à la mesure dont il est allégué qu'elle constitue un manquement au présent accord devant les juridictions civiles ou administratives de la Partie contractante concernée ou selon tout autre mode de règlement des différends;
- c. si l'affaire se rapporte à des questions fiscales, les conditions prévues au paragraphe 5 de l'article XII (Mesures fiscales) sont remplies;

- d. pas plus de trois ans se sont écoulés depuis la date à laquelle l'investisseur a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance pour la première fois du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi. »

Par ailleurs, le paragraphe 4 prévoit :

- « a plainte peut, au choix de l'investisseur concerné, être soumise à l'arbitrage en vertu :
 - a. du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), établi conformément à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, faite à Washington le 18 mars 1965 (ci-après désignée la « Convention du CIRDI »), à condition que la Partie contractante défenderesse et la Partie contractante dont relève l'investisseur soient toutes deux parties à la Convention du CIRDI; ou
 - b. du Règlement régissant le mécanisme supplémentaire pour l'administration de procédures par le Secrétariat du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après désigné le « Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI »), à condition que soit la Partie contractante défenderesse, soit la Partie contractante dont relève l'investisseur, mais non les deux, soit partie à la Convention du CIRDI; ou
 - c. des règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). »

Un autre exemple également d'un traité canadien est l'Accord entre le gouvernement du Canada et le Gouvernement du Royaume de Thaïlande pour l'encouragement et la protection des investissements de 1997. L'article XIII paragraphe 4 de ce traité prévoit que :

- « Le différend peut, au choix de l'investisseur concerné, être soumis à l'une des instances arbitrales suivantes :
 - a. le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), établi conformément à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965 (ci-après dénommée « Convention CIRDI »), à la condition que la Partie Contractante en cause et celle dont l'investisseur est ressortissant soient toutes deux parties à la Convention CIRDI; ou

- b. le Mécanisme supplémentaire du CIRDI, à la condition que, soit la Partie Contractante en cause, soit celle de l'investisseur, mais non les deux, soit partie à la Convention CIRDI; ou
- c. un arbitre international ou un tribunal arbitral ad hoc, établi conformément au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). »

Au final, nous avons des traités bilatéraux d'investissement qui ne donnent pas accès à l'arbitrage. Tel est notamment le cas d'un nombre des vieux traités, mais pas exclusivement. Tel est aussi le cas des *Facilitation and Cooperation Investment Agreements* conclus par le Brésil et basés sur le modèle de traité brésilien. Ces traités « remplacent » le mécanisme de règlement des différends par des mécanismes de prévention des différends, tels que la mise en place d'*ombudsmen*. Ce mécanisme est pris en compte sous la catégorie « mécanismes institutionnels ».

- Mécanismes institutionnels

La présence des mécanismes institutionnels dans les traités bilatéraux d'investissement est rare. Elle concerne un peu moins de 3% des traités bilatéraux. Le traité bilatéral d'investissement conclu entre le Brésil et le Chili en 2015 (« *Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile* ») en offre un exemple intéressant. Il comprend deux mécanismes institutionnels : des *ombudsmen* et un comité composé des représentants de deux parties contractantes. D'abord, Il établit des « *ombudsmen* » ou « points focaux nationaux » à l'article 19 (voir s. 1.2.8). Ce traité prévoit donc que chaque partie contractante désignera un « point focal national » ou un *ombudsman* qui aura comme responsabilité principale de soutenir les investisseurs de l'autre partie contractante sur son territoire. Pour le Brésil, le « point focal national » se trouve à la Chambre de commerce externe (CAMEX), qui fait partie du gouvernement brésilien. Il est intéressant de noter que le Brésil a permis à tous les investisseurs étrangers, qu'ils soient protégés par un traité d'investissement ou non, d'accéder à ce même « point focal national ». Pour le Chili, le « point focal national » sera à l'Agence de promotion de l'investissement étranger (« *Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera* »).

Le traité prévoit par ailleurs quelles sont les responsabilités des « points focaux nationaux ». Elles comprennent, entre autres, les suivantes : se conformer aux recommandations du

comité des représentants de deux parties et interagir avec le « point focal national » de l'autre partie ; gérer les consultations de l'autres parties ou des investisseurs de l'autre partie avec les autorités compétentes et informer les parties intéressées des résultats de leurs efforts ; évaluer, en dialogue avec les autorités gouvernementales compétentes, suggestions et plaintes reçues de l'autre partie ou d'investisseurs de l'autre partie et recommander, le cas échéant, des mesures pour améliorer l'environnement d'investissement ; chercher à prévenir les différends d'investissement en collaboration avec les autorités gouvernementales et les entités privées compétentes ; fournir des informations utiles sur les questions de réglementation concernant les investissements, en général ou concernant des projets spécifiques sur demande ; informer le comité des représentants de deux parties contractantes de ses activités. En bref, le « point focal national » est un mécanisme permanent implanté dans les parties contractantes qui vise l'encouragement de l'investissement.

Le traité ne s'arrête pas là. Le rôle des « points focaux nationaux » est complété par le rôle du comité des deux parties qui réunit des représentants de chaque partie. Notamment, l'article 18 prévoit que ce comité aura les fonctions et responsabilités suivants : (a) superviser l'administration et exécution de l'accord ; (b) partager et discuter des opportunités d'investissement sur le territoire des parties contractantes ; (c) coordonner la mise en place un agenda pour la coopération et l'encouragement de l'investissement ; (d) inviter le secteur privé et la société civile à présenter leurs avis et points de vue par rapport à des questions spécifiques liées au travail du comité ; et (e) tenter de régler les différends en matière d'investissement de manière amicale en conformité avec la procédure prévue à l'article 24 du traité (intitulé « *Consultas y negociaciones directas para la prevención de controversias* »).

**TABLEAU 4 : STATISTIQUES DESCRIPTIVES SUR LES TRAITÉS BILATÉRAUX
D'INVESTISSEMENT (TBI) EXAMINÉS SUR LA PÉRIODE 1960 À 2017**

	TBI signés					Total
	Avant 1980	1980-1989	1990-1999	2000-2009	2010-2017	
Entre les pays de l'OCDE	9 (17.3%)	35 (33.7%)	143 (25.3%)	23 (13.4%)	2 (6.3%)	0 (22.9%)
Entre les pays de l'OCDE – Non-OCDE	42 (80.8%)	60 (57.7%)	333 (58.9%)	109 (63.4%)	22 (68.8%)	0 (61.2%)
Entre les pays non-OCDE	1 (1.9%)	9 (8.7%)	89 (15.8%)	40 (23.3%)	8 (25.0%)	0 (15.9%)
Total	52 (100%)	104 (100%)	-9 (100%)	-9 (100%)	-7 (100%)	0
	5.6%	11.2%	61.1%	18.6%	3.5%	100%

		TBI signés	TBI ratifiés			σ
			Oui	Non	Nombre moyen de mois* de mois	
Entre les pays de l'OCDE	Avant 1980	9	8	1	17.9	15.6
	1980-1989	35	35	0	20.4	16
	1990-1999	143	139	4	24.8	18.2
	2000-2009	23	23	0	25.2	13.9
	2010-2017	2	1	1	19	0
	Total	212	206	6	19	14.3
Entre les pays de l'OCDE – Non-OCDE	Avant 1980	42	42	0	19	17.1
	1980-1989	60	59	1	31.3	30.9
	1990-1999	333	308	25	26.7	26.8
	2000-2009	109	99	10	27.6	22.3
	2010-2017	22	14	8	27.5	15.1
	Total	566	522	44	26.4	23.2
Entre les pays non-OCDE	Avant 1980	1	1	0	7	0
	1980-1989	9	8	1	25.8	27.2
	1990-1999	89	86	3	28.7	24.4
	2000-2009	40	31	9	24.9	20.1
	2010-2017	8	3	5	21.6	14.6
	Total	147	129	18	21.6	19.8
Total		925	857	68	23.2	19.4

* Avant la ratification.

TABLEAU 5 : CLAUSES DE DROIT SUBSTANCIEL ET PROCÉDURAL EXAMINÉES
Traités bilatéraux d'investissement

				Entre les pays de l'OCDE	Entre les pays de l'OCDE - Non-OCDE	Entre les pays non-OCDE	Total	
Définition de l'investissement	Ouverte	Exclusions	Oui	15 (7%)	37 (6.5%)	7 (4.8%)	59	
			Non	197 (93%)	516 (91.2%)	140 (95.2%)	853	
	Fermée	Exclusions	Oui	0	3 (0.6%)	0	3	
Non			0	4 (0.7%)	0	4		
Absence de définition			0	6 (1%)	0	6		
Total				212 (100%)	566 (100%)	147 (100%)	925	
Trait. national	Post			165 (77.8%)	431 (76.1%)	99 (67.3%)	695	
	Pre & Post			5 (2.4%)	27 (4.8%)	2 (1.4%)	34	
	Absence de traitement nat.			42 (19.8%)	108 (19.1%)	46 (31.3%)	196	
Total				212 (100%)	566 (100%)	147 (100%)	925	
Expro. indirecte	Oui			210 (99.1%)	547 (96.6%)	138 (93.9%)	895	
	Oui + Annexe			2 (0.9%)	13 (2.3%)	5 (3.4%)	20	
	Pas de protection			0	6 (1.1%)	4 (2.7%)	10	
Total				212 (100%)	566 (100%)	147 (100%)	925	
Exceptions	Intérêt public	Article		6 (2.8%)	40 (7.1%)	10 (6.8%)	56	
		Chapitre		0	0	0	0	
		Non		206 (97.2%)	526 (92.9%)	137 (93.2%)	869	
	Total				212 (100%)	566 (100%)	147 (100%)	925
	Séc. Esse.	Oui		14 (6.6%)	65 (11.5%)	19 (13%)	98	
Non		198 (93.4%)	501 (88.5%)	128 (87%)	827			
Total				212 (100%)	566 (100%)	147 (100%)	925	
Droit de l'Etat à réglementer	Oui			2 (1%)	5 (0.9%)	1 (0.7%)	8	
	Non			210 (99%)	561 (99.1%)	146 (99.3%)	917	
Total				212 (100%)	566 (100%)	147 (100%)	925	
Accès à l'ISDS	ICSID			58 (27.3%)	146 (25.8%)	30 (20.4%)	234	
	Autre			16 (7.5%)	81 (14.3%)	28 (19%)	126	
	ICSID + Autre			131 (61.8%)	310 (54.7%)	83 (56.5%)	523	
	Court perm. pour les inv.			0	0	0	0	
	Pas d'accès			7 (3.4%)	29 (5.2%)	6 (4.1%)	42	
Total				212 (100%)	566 (100%)	147 (100%)	925	
Méc. inst.	Oui			2 (1%)	20 (3.5%)	4 (2.7%)	26	
	Non			210 (99%)	546 (96.5%)	143 (97.3%)	899	
Total				212 (100%)	566 (100%)	147 (100%)	925	

3.2.1.2. Traités de libre-échange avec chapitre sur les investissements

D'après le tableau 7, la plupart des traités de libre-échange qui sont signés se voient ratifiés. Plus précisément, 90% des traités de libre-échange de notre échantillon le sont. En revanche, le temps nécessaire entre la signature et la ratification varie selon les configurations des relations bilatérales. Pour les traités de libre-échange conclus entre pays de l'OCDE, il a fallu en moyenne 11.1 mois entre la signature et la ratification. Sur la période 2000-2009, le nombre de mois entre la signature et la ratification s'élève à 15.8 mois. Le temps qui s'écoule en moyenne entre la signature et la ratification est plus important pour les traités de libre-échange signés qui ne font pas intervenir un pays membre de l'OCDE. Par exemple, pour les traités de libre-échange conclus entre pays non-OCDE, le délai moyen de ratification est de 17 mois. Globalement, le délai moyen pour tous les traités de libre-échange de notre échantillon est 21 mois entre la signature et la ratification.

Concernant l'examen des chiffres du tableau 8, ils concernent les clauses de droit substantiel et procédural des accords de libre-échange.

- Définition du terme « investissement »

Comme dans le cas des traités bilatéraux d'investissement, les traités de libre-échange de notre échantillon contiennent dans la majorité une définition « ouverte » du terme « investissement ». 52 des 60 traités de libre-échange de notre échantillon, soit 86.7%, contiennent une définition « ouverte » de l'« investissement ». Ceci laisse 8.3% des traités avec une définition « fermée » du terme « investissement » et 5% d'entre eux sans aucune définition du terme.

- Le traitement national

Contrairement aux traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon qui dans leur majorité n'offrent le traitement national que dans la phase « post-établissement », la plupart des traités de libre-échange accordent le traitement national non seulement à la phase « post-établissement » mais également à la phase « pré-établissement ». 50 traités de libre-échange de notre échantillon, c'est-à-dire 83.33% des traités, appartiennent à cette catégorie. Ceci n'a rien d'étonnant, puisque les traités de libre-échange combinent des dispositions sur les investissements avec les dispositions sur l'accès au marché, qui est souvent lié à la protection des activités d'investissement « pré-établissement ». 13.33% des traités de libre-échange de

notre échantillon, ce qui correspond à huit traités, offre le traitement national seulement à la phrase « post-établissement », tandis que le reste 3.33% des traités n'offre pas le traitement national.

- L'expropriation indirecte

Contrairement aux traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon, la plupart des traités de libre-échange protègent les investisseurs en cas d'expropriation indirecte, mais contiennent aussi une annexe pour préciser, entre autres, que sauf dans des circonstances rares, des mesures non-discriminatoires prises dans un but d'intérêt public ne constituent pas une expropriation. Il s'agit de 39 traités de libre-échange dans notre échantillon, ce qui signifie 65 pour cent des traités. 13 traités, c'est-à-dire 21.66% des traités, protègent en cas d'expropriation indirecte mais sans inclure une annexe. Huit traités, 13.33% des traités, ne protègent pas en cas d'expropriation indirecte.

- Les exceptions pour l'intérêt public

73.3% des traités de libre-échange de notre échantillon contiennent des exceptions pour l'intérêt public. Parmi eux approximativement un tiers (15 traités) contiennent des exceptions dans un article et le reste (29 traités) contient un chapitre avec des exceptions pour l'intérêt public qui s'appliquent à tout le traité, y compris au chapitre sur les investissements.

Un exemple d'un traité de libre-échange qui contient des exceptions à un article du chapitre sur les investissements est le traité de libre-échange conclu entre l'Association européenne de libre-échange (AELE) et l'Ukraine. L'article 4.14 de ce traité, intitulé « *Exceptions* » prévoit que :

« The rights and obligations of the Parties in respect of general exceptions shall be governed by Article XIV of the GATS, which is hereby incorporated into and made part of this Chapter, mutatis mutandis. »

L'article XIV de l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS) que ce traité incorpore *mutatis mutandis* prévoit que :

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune

disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures :

- a) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public ;
- b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ;
- c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent :
 - i) à la prévention des pratiques de nature à induire en erreur et frauduleuses ou aux moyens de remédier aux effets d'un manquement à des contrats de services ;
 - ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels ;
 - iii) à la sécurité ;
- d) incompatibles avec l'article XVII, à condition que la différence de traitement vise à assurer l'imposition ou le recouvrement équitable ou effectif d'impôts directs pour ce qui est des services ou des fournisseurs de services d'autres Membres ;
- e) incompatibles avec l'article II, à condition que la différence de traitement découle d'un accord visant à éviter la double imposition ou de dispositions visant à éviter la double imposition figurant dans tout autre accord ou arrangement international par lequel le Membre est lié. »

Un exemple d'un traité qui inclut les exceptions pour l'intérêt public dans son chapitre intitulé « *Exceptions* » (Chapitre 22) est le traité de libre-échange entre le Canada et Pérou de 2008.

Entre autres, l'article 2201, paragraphe 3, de ce chapitre dispose que :

« Aux fins du chapitre huit (Investissement), sous réserve qu'elles ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les investissements ou entre les investisseurs, soit une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement international, aucune disposition du présent accord n'est interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par une Partie des mesures nécessaires :

- a) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, étant entendu par les Parties que ces mesures englobent

- les mesures environnementales nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ;
- b) pour assurer l'observation des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord ;
- c) à la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques. »

Les pourcentages les plus importants pour les traités contenant de tels exceptions concernent les traités de libre-échange conclus entre pays de l'OCDE et organisations d'intégration régionale (100%), les traités de libre-échange conclus entre pays non-OCDE et organisations d'intégration régionale (87.5%), les traités de libre-échange conclus entre pays de l'OCDE (76.9%), et les traités de libre-échange conclus entre pays de l'OCDE et pays non-OCDE (75%).

Un petit nombre de traités de libre-échange (26.7%) ne contiennent pas des exceptions pour l'intérêt public.

- Les exceptions relatives aux intérêts de sécurité essentiels

La majorité des traités de libre-échange de notre échantillon contiennent des exceptions de sécurité. Il s'agit de 45 traités de libre-échange, c'est-à-dire 75% des traités, ce qui laisse seulement 25% des traités de libre-échange sans exceptions concernant la sécurité nationale. Par exemple, l'article 23.2 du chapitre intitulé « *Exceptions* » du traité de libre-échange conclu entre les États-Unis et le Chili prévoit que :

« *Nothing in this Agreement shall be construed:*

- (a) to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or*
- (b) to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations under the United Nations Charter with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests. »*

- Le droit de réglementer

Contrairement aux traités bilatéraux d'investissement où la phrase explicite « droit de réglementer » est quasiment toujours absente du traité (moins d'un pour cent des traités bilatéraux d'investissement de notre échantillon prévoient explicitement que les États ont le

droit de réglementer), 16.66% des traités de libre-échange se réfèrent au droit de l'État de réglementer.

Entre eux, on peut par exemple citer le traité de libre-échange conclu entre les États de l'Association européenne de libre-échange (AELE) et la Colombie, qui prévoit à son article 5.6 du chapitre sur les investissements, article qui est intitulé « *Right to regulate* » (« droit de réglementer »), que :

« Subject to the provisions of this Chapter and Annexes XIV (Payments and Capital Movements) and XVIII (Reservations/Non-conforming Measures), a Party is not prevented from regulating the commercial presence as set out in subparagraph 1(d) of Article 5.2 (Definitions). »

Le nombre des traités de libre-échange qui mentionnent le droit de réglementer reste restreint, or il faut prendre en compte qu'il ne s'agit que des nouveaux traités qui mentionnent explicitement le droit de l'État de réglementer.

- L'accès au règlement des différends entre investisseurs étrangers et États (ISDS)

La majorité des traités de libre-échange avec chapitre sur les investissements de notre échantillon, donnent accès à l'arbitrage selon la Convention CIRDI et, en même temps, à l'arbitrage selon d'autres règlements d'arbitrage. Cette catégorie des traités réunit 48 traités, c'est-à-dire 80% des traités de libre-échange de notre échantillon. Le traité d'investissement entre Union européenne et Singapour (anciennement traité de libre-échange avec chapitre sur les investissements mais qui a été modifié depuis) donne accès à un nouvel mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement, une cour internationale pour les investissements. Un mécanisme de ce type pourrait devenir important dans l'avenir. Au final, onze traités de libre-échange ne prévoient aucun mécanisme de règlement des différends au niveau international.

- Mécanismes institutionnels

Peu de traités de libre-échange comprennent des mécanismes institutionnels. Seuls 14 traités de libre-échange de notre échantillon, c'est-à-dire un peu plus de 23% des traités, prévoient un mécanisme institutionnel. Il s'agit des traités de libre-échange conclus entre des pays de l'OCDE (quatre traités) et des traités signés entre des pays non-OCDE et une organisation d'intégration régionale.

**TABLEAU 6 : STATISTIQUES DESCRIPTIVES SUR LES ACCORDS
DE LIBRE-ÉCHANGE (ALE) ET AUTRES ACCORDS EXAMINÉS SUR LA PÉRIODE 1960 À 2017**

	ALE & autres accords signés				Total	
	ALE	%	Autres	%		
Entre les pays de l'OCDE	13	21.7%	4	12.9%	17	18.7%
Entre les pays de l'OCDE – Non-OCDE	24	40%	10	32.2%	34	37.3%
Entre les pays non-OCDE	10	16.7%	2	6.5%	12	13.2%
Entre les pays de l'OCDE – REIO	3	5%	2	6.5%	5	5.5%
Entre les pays non-OCDE – REIO	8	13.3%	4	12.9%	12	13.2%
Intra-REIO	2	3.3%	9	29%	11	12.1%
Total	60	100 %	31	100%	91	100%

	ALE signés					Total
	Avant 1980	1980-1989	1990-1999	2000-2009	2010-2017	
Entre les pays de l'OCDE	0	0	3 (75%)	6 (21.4%)	4 (14.3%)	13
Entre les pays de l'OCDE – Non-OCDE	0	0	0	13 (46.4%)	11 (39.3%)	24
Entre les pays non-OCDE	0	0	0	4 (14.3%)	6 (21.4%)	10
Entre les pays de l'OCDE – REIO	0	0	0	1 (3.6%)	2 (7.1%)	3
Entre les pays non-OCDE – REIO	0	0	0	3 (10.7%)	5 (17.9%)	8
Intra-REIO	0	0	1 (25%)	1 (3.5%)	0	2
Total	0 (100%)	0 (100%)	4 (100%)	28 (100%)	28 (100%)	60
	0%	0%	6.6%	46.7%	46.7%	100%

	Autres accords signés					Total
	Avant 1980	1980-1989	1990-1999	2000-2009	2010-2017	
Entre les pays de l'OCDE	0	0	0	2 (11.8%)	2 (22.2%)	4
Entre les pays de l'OCDE – Non-OCDE	0	0	0	8 (47%)	2 (22.2%)	10
Entre les pays non-OCDE	0	0	0	1 (5.9%)	1 (11.1%)	2
Entre les pays de l'OCDE – REIO	0	0	0	2 (11.8%)	0	2
Entre les pays non-OCDE – REIO	0	0	0	1 (5.9%)	3 (33.4%)	4
Intra-REIO	0	3 (100%)	2 (100%)	3 (17.6%)	1 (11.1%)	9
Total	0 (100%)	3 (100%)	2 (100%)	17 (100%)	9 (100%)	31
	0%	9.7%	6.5%	54.8%	29%	100%

REIO signifie "Zones d'intégration économiques régionales".

**TABLEAU 7 : ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE SIGNÉS ET RATIFIÉS PAR ANNÉE
SUR LA PÉRIODE 1960 À 2017**

		ALE signés	ALE ratifiés			
			Oui	Non	Nombre moyen de mois*	σ
Entre les pays de l'OCDE	Avant 1980	0	0	0	0	0
	1980-1989	0	0	0	0	0
	1990-1999	3	3	0	11.3	4
	2000-2009	6	6	0	15.8	19.8
	2010-2017	4	4	0	6.3	2.4
	Total	13	13	0	11.1	11.7
Entre les pays de l'OCDE – Non-OCDE	Avant 1980	0	0	0	0	0
	1980-1989	0	0	0	0	0
	1990-1999	0	0	0	0	0
	2000-2009	13	13	0	24	20.5
	2010-2017	11	9	2	17.8	14.2
	Total	24	22	2	20.9	17.6
Entre les pays non-OCDE	Avant 1980	0	0	0	0	0
	1980-1989	0	0	0	0	0
	1990-1999	0	0	0	0	0
	2000-2009	4	4	0	11	5.3
	2010-2017	6	5	1	23	15.5
	Total	10	9	1	17	11.6
Entre les pays de l'OCDE – REIO	Avant 1980	0	0	0	0	0
	1980-1989	0	0	0	0	0
	1990-1999	0	0	0	0	0
	2000-2009	1	1	0	52	0
	2010-2017	2	1	1	21	0
	Total	3	2	1	36.5	0
Entre les pays non-OCDE – REIO	Avant 1980	0	0	0	0	0
	1980-1989	0	0	0	0	0
	1990-1999	0	0	0	0	0
	2000-2009	3	3	0	40.3	39.8
	2010-2017	5	3	2	16.3	6.1
	Total	8	6	2	28.3	28.5
Intra-REIO	Avant 1980	0	0	0	0	0
	1980-1989	0	0	0	0	0
	1990-1999	1	1	0	13	0
	2000-2009	1	1	0	11	0
	2010-2017	0	0	0	0	0
	Total	2	2	0	12	0
Total		60	54	6	21.0	15.1

* Avant la ratification.

TABLEAU 8 : CLAUSES DE DROIT SUBSTANCIEL ET PROCÉDURAL EXAMINÉES
Accords de libre-échange

			Entre les pays de l'OCDE	Entre les pays de l'OCDE – Non-OCDE	Entre les pays non-OCDE	Entre les pays de l'OCDE – REIO	Entre les pays non-OCDE – REIO	Intra-REIO	Total	
Définition de l'investissement	Ouvverte	Exclusions	Oui 7 (53.8%)	9 (37.5%)	5 (50%)	3 (100%)	0	0	24	
		Non	4 (30.8%)	13 (54.2%)	5 (50%)	0	6 (75%)	0	28	
	Fermée	Exclusions	Oui 2 (15.4%)	2 (8.3%)	0	0	0	0	0	4
		Non	0	0	0	0	0	1 (50%)	0	1
Absence de définition			0	0	0	0	2 (25%)	1 (50%)	3	
Total			13 (100%)	24 (100%)	10 (100%)	3 (100%)	8 (100%)	2 (100%)	60	
Trait. national	Post		1 (7.7%)	2 (8.3%)	0	0	5 (62.5%)	0	8	
	Pre & Post		12 (92.3%)	22 (91.7%)	9 (90%)	3 (100%)	3 (37.5%)	1 (50%)	50	
	Absence de traitement nat.		0	0	1 (10%)	0	0	1 (50%)	2	
Total			13 (100%)	24 (100%)	10 (100%)	3 (100%)	8 (100%)	2 (100%)	60	
Expro. indirecte	Oui		5 (38.5%)	2 (8.3%)	3 (30%)	0	2 (25%)	1 (50%)	13	
	Oui + Annexe		8 (61.5%)	21 (87.5%)	7 (70%)	3 (100%)	0	0	39	
	Pas de protection		0	1 (4.2%)	0	0	6 (75%)	1 (50%)	8	
Total			13 (100%)	24 (100%)	10 (100%)	3 (100%)	8 (100%)	2 (100%)	60	
Exceptions	Intérêt public	Article	2 (15.5%)	5 (20.8%)	2 (20%)	0	5 (62.5%)	1 (50%)	15	
		Chapitre	8 (61.5%)	13 (54.2%)	4 (40%)	3 (100%)	1 (12.5%)	0	29	
		Non	3 (23.1%)	6 (25%)	4 (40%)	0	2 (25%)	1 (50%)	16	
	Total			13 (100%)	24 (100%)	10 (100%)	3 (100%)	8 (100%)	2 (100%)	60
	Séc. Esca	Oui		10 (76.9%)	18 (75%)	6 (60%)	3 (100%)	7 (87.5%)	1 (50%)	45
		Non		3 (23.1%)	6 (25%)	4 (40%)	0	1 (12.5%)	1 (50%)	15
Total			13 (100%)	24 (100%)	10 (100%)	3 (100%)	8 (100%)	2 (100%)	60	
Droit de l'Etat à rég.	Oui		0	3 (12.5%)	0	1 (33.3%)	6 (75%)	0	10	
	Non		13 (100%)	21 (87.5%)	10 (100%)	2 (66.7%)	2 (25%)	2 (100%)	50	
Total			13 (100%)	24 (100%)	10 (100%)	3 (100%)	8 (100%)	2 (100%)	60	
Accès à l'ISDS	ICSID		0	0	0	0	0	0	0	
	Autre		0	0	0	0	0	0	0	
	ICSID + Autre		11 (84.6%)	24 (100%)	10 (100%)	2 (66.7%)	1 (12.5)	0	48	
	Court perm. pour les inv.		0	0	0	1 (33.3%)	0	0	1	
	Pas d'accès		2 (15.4%)	0	0	0	7 (87.5%)	2 (100%)	11	
Total			13 (100%)	24 (100%)	10 (100%)	3 (100%)	8 (100%)	2 (100%)	60	
Méc. inst.	Oui		4 (30.8%)	5 (20.8%)	0	0	5 (62.5%)	0	14	
	Non		9 (69.2%)	19 (79.2%)	10 (100%)	3 (100%)	3 (37.5%)	2 (100%)	46	
Total			13 (100%)	24 (100%)	10 (100%)	3 (100%)	8 (100%)	2 (100%)	60	

3.2.1.3. Autres traités sur les investissements

Pour les autres traités d'investissement, 77.41% ont été ratifiés (tableau 9). Le délai moyen est de 18.2 mois entre la signature et la ratification sachant que le délai moyen le plus long concerne les traités d'investissement intra-REIO, qui ont nécessité en moyenne 35.2 mois pour être ratifiés.

Enfin les chiffres du tableau 10 concernent les clauses de droit substantiel et procédural des accords sur les investissements.

- Définition du terme « investissement »

96.8% des autres traités sur les investissements contiennent une définition du terme « investissement ». 26 traités comprennent une définition « ouverte » du terme « investissement » (83.9%) et quatre traités une définition « fermée ». La plupart de ces traités ne prévoient pas des exclusions spécifiques à la définition du terme, que celle-ci soit « ouverte » (18 traités sur 26) ou qu'elle soit « fermée » (3 traités sur 4).

- Le traitement national

Tandis que trois traités sur 31 n'accordent pas le traitement national (moins de 10%), neuf traités accordent le traitement national pour la phase « post-établissement » (29%), et, ce qui est significatif, la plupart (29 traités, ce qui correspond à un peu plus que 61%) accordent le traitement national à la phase « pré-établissement » ainsi qu'à la phase « post-établissement ». Les plus importants pourcentages des traités qui offrent le traitement national aux deux phases concernent les traités signés entre des organisations d'intégration régionales et des pays de l'OCDE, les traités signés entre des pays non-OCDE (par contre, dans les deux cas, il ne s'agit que de deux traités), les traités signés entre pays de l'OCDE et pays non-OCDE, et les traités signés entre pays de l'OCDE.

- L'expropriation indirecte

26 autres traités sur les investissements de notre échantillon protègent en cas d'expropriation indirecte (presque 84% des traités) et seuls cinq ne le font pas. Parmi ces traités, 17 (65.4%) protègent en cas d'expropriation indirecte sans inclure une annexe interprétative et le reste 34.6% contient également une annexe interprétative ou des dispositions équivalentes à celle incluses d'habitude dans l'annexe. Par exemple, l'article 10.2, paragraphe 5, du *Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico* de 2014 établit que :

« Para mayor certeza, nada en el presente Capítulo se interpretará en el sentido de imponer a una Parte la obligación de privatizar cualquier inversión de su propiedad o bajo su control o de prohibir a una Parte la designación o el establecimiento de un monopolio. Si una Parte adopta o mantiene una medida para privatizar tal inversión o una medida para designar o establecer un monopolio, el presente Capítulo se aplicará a dicha medida. »

○ Les exceptions pour l'intérêt public

Parmi les 31 autres traités sur les investissements de notre échantillon, 16 contiennent des exceptions pour l'intérêt public (incluses à un article du traité) et 15 n'en incluent pas de telles exceptions. Par exemple, l'article 24 du Traité sur la charte de l'énergie de 1994 contient une longue liste d'exceptions pour l'intérêt public. On peut citer, entre autres, les suivantes :

« Les dispositions du présent traité [...] n'interdisent pas à une partie contractante d'adopter ou d'appliquer des mesures :

i) nécessaires à la protection de la vie ou de la santé des hommes, des animaux ou des plantes ;

ii) indispensables à l'acquisition ou à la distribution de matières et de produits énergétiques dans des conditions de pénurie qui sont dues à des causes échappant au contrôle de cette partie contractante, pour autant que ces mesures soient compatibles avec les principes selon lesquels :

A) toutes les autres parties contractantes ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international en ces matières et produits énergétiques

et

B) toute mesure qui est incompatible avec le présent traité est rapportée dès que les conditions qui ont été à son origine ont cessé d'exister

ou

iii) destinées à profiter aux investisseurs qui appartiennent aux populations indigènes ou sont des personnes ou des groupes socialement ou économiquement défavorisés ou à leurs investissements et notifiées au Secrétariat, sous réserve que ces mesures :

A) n'aient pas une incidence significative sur l'économie de la partie contractante

et

B) ne fassent pas de distinction entre les investisseurs d'autres parties contractantes et les investisseurs de cette partie contractante qui ne figurent pas parmi les bénéficiaires de ces mesures,

à condition qu'aucune mesure ne constitue une restriction déguisée aux activités économiques du secteur de l'énergie ou une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les parties contractantes ou entre les investisseurs ou d'autres personnes intéressées des parties contractantes. Ces mesures sont dûment motivées et n'annulent ni entravent, plus que ce qui est strictement nécessaire à l'objectif déclaré, les avantages qu'une ou plusieurs autres parties contractantes peuvent raisonnablement attendre au titre du présent traité. »

- Les exceptions relatives aux intérêts de sécurité essentiels

La plupart des autres traités sur les investissements de notre échantillon contiennent des exceptions pour la sécurité nationale. Il s'agit de 21 traités sur 31, c'est-à-dire 67.7% des traités. Pour prendre un exemple d'un traité qui contient une telle exception, selon l'article 24, paragraphe 3, du Traité sur la charte de l'énergie de 1994 :

« Les dispositions du présent traité autres que celles visées au paragraphe 1 ne doivent pas être interprétées comme empêchant une partie contractante de prendre toute mesure qu'elle estime nécessaire :

a) à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité, y compris les mesures qui :

i) concernent l'approvisionnement des établissements militaires en matières et produits énergétiques

ou

ii) sont prises en temps de guerre, en cas de conflit armé ou dans une autre situation d'urgence survenant dans les relations internationales ;

b) à la mise en œuvre des politiques nationales concernant la non prolifération des armes nucléaires ou autres systèmes nucléaires explosifs, ou nécessaires pour satisfaire aux obligations qui lui incombent en vertu du traité sur la non prolifération des armes nucléaires, des directives applicables à l'exportation de matières nucléaires et des autres obligations ou arrangements internationaux en matière de non prolifération des armes nucléaires

ou

c) au maintien de l'ordre public. »

- Le droit de réglementer

9.67% des autres traités sur les investissements mentionnent le droit de l'État de réglementer. Entre autres, on peut citer le *Protocolo de cooperación y facilitación de inversiones intra-MERCOSUR*. Il s'agit d'un traité d'investissement conclu en 2017 entre les pays du Marché commun du Sud (Mercosur, de l'espagnol Mercado Común del Sur), c'est-à-dire par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay. Ce traité est intéressant parce qu'il est basé sur le modèle de traité d'investissement brésilien, qui est – au moins pour l'instant – peu répandu. Le préambule du traité mentionne le droit des États de réglementer :

« *Garantizando el derecho inherente de los Estados Partes a regular sus políticas públicas.*
»

Un exemple similaire est celui de l'accord d'investissement entre le Chili et le Japon de 2007 (« Agreement between Japan and the Republic of Chile for a Strategic Economic Partnership »), qui prévoit de manière similaire et également à son préambule :

« *Recognizing the rights of the Parties to regulate in order to meet national policy objectives* ».

- L'accès au règlement des différends entre investisseurs étrangers et États (ISDS)

Comme pour les traités bilatéraux d'investissement et les traités de libre-échange avec chapitre sur les investissements, dans la majorité les autres traités sur les investissements donnent également accès tant à l'arbitrage selon la Convention CIRDI qu'à d'autres types d'arbitrage. Tel est le cas de 19 sur 31 autres traités dans notre échantillon, c'est-à-dire cette catégorie concerne 61.3% des autres traités. Cinq traités donnent accès à un type d'arbitrage autre que l'arbitration selon la Convention CIRDI (16.1% des traités) et autres cinq traités ne donnent aucun accès au règlement des différends au niveau international (16.1% des traités). Deux traités ne donnent accès qu'à la Convention CIRDI (6.5% des traités).

- Mécanismes institutionnels

La catégorie des autres traités sur les investissements est la seule catégorie de notre échantillon dont le nombre des traités qui contiennent des mécanismes institutionnels est plus important que le nombre des traités qui ne les contiennent pas. 18 sur 31 autres traités d'investissement, c'est-à-dire 58% des traités, comprennent un mécanisme institutionnel.

Prenons par exemple le *Protocolo de cooperación y facilitación de inversiones intra-MERCOSUR*. Ce traité, conformément au modèle brésilien dont il est inspiré, prévoit plusieurs mécanismes institutionnels. Son article 17 porte sur l'administration du *Protocolo* par un comité des représentants des États. L'article prévoit les responsabilités de ce comité comme suit :

« *La Comisión tendrá las siguientes funciones y responsabilidades:*

- (a) supervisar la aplicación y ejecución del presente Protocolo y, si fuere necesario, hacer recomendaciones a los Estados Partes para su modificación;*
- (b) discutir temas relevantes para la inversión en los Estados Partes y compartir oportunidades para la expansión de la inversión mutua;*
- (c) coordinar la aplicación de la cooperación mutuamente acordada y los programas de facilitación;*
- (d) consultar al sector privado y a la sociedad civil, cuando corresponda, sus puntos de vista sobre cuestiones específicas relacionadas con los trabajos de la Comisión;*
- (e) prevenir diferencias relativas a inversiones de los Estados Partes con el objetivo de resolverlas de manera amistosa; y*
- (f) coordinar la implementación de la Agenda para Cooperación y Facilitación de Inversiones. »*

L'article 18 du même traité contient des dispositions sur les « points focaux nationaux » ou ombudsmen. Ces dispositions sont similaires à celles qu'on a déjà vu dans le cadre des traités brésiliens. La responsabilité principale des « points focaux nationaux » est de soutenir les investisseurs étrangers. On a déjà vu qu'au Brésil le « point focal national » se trouve à la Chambre de commerce externe (CAMEX). Le *Protocolo* l'identifie comme l'ombudsman des investissements directs (« *Ombudsman de Inversiones Directas* »). En Argentine le « point focal national » est la *Subsecretaría de Comercio Exterior*, qui dépend de la *Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción*. Au Paraguay, le « point focal national » est le ministère de l'industrie et du commerce (« *Ministerio de Industria y Comercio* »). Au final, en Uruguaye, le « point focal national » est le ministère d'économie de des finances (« *Ministerio de Econormía y Finanzas* »).

Selon le même article 18 du *Protocolo*, les responsabilités concrètes des « points focaux nationaux » sont, entre autres, les suivantes : (a) interagir avec les autres « points

focaux nationaux » ; (b) évaluer, en dialogue avec les autorités gouvernementales compétentes de l'État d'accueil, les suggestions d'un autre État concernant les investissements ou les investisseurs et recommander, le cas échéant, des mesures pour améliorer l'environnement d'investissement ; (c) s'efforcer d'éviter les différends en matière d'investissement en coordination avec les autorités gouvernementales compétentes ; (d) fournir des informations sur les réglementations de portée générale en matière d'investissement ; et (e) informer le comité de ses activités si nécessaire.

Par ailleurs, l'article 19 du même traité prévoit des échanges d'information entre les parties contractantes concernant notamment : (a) les programmes gouvernementaux d'investissement ; (b) les politiques publiques qui peuvent avoir un impact sur les investissements ; (c) le cadre juridique des investissements ; (d) les traités d'investissement ; (e) les procédures douanières et régimes fiscaux ; (f) les statistiques concernant le marché ; (g) l'infrastructure disponible et les services publics ; (h) les concessions publiques ; (i) la législation en matière de social, travail, immigration et taux de change ; (j) la législation affectant des domaines spécifiques identifiés par les parties contractantes ; (k) les projets régionaux ; et (l) les partenariats public-privé.

Par ailleurs, l'article 22, paragraphe 1, établit une coopération entre les agences et autorités chargées de la promotion des investissements. Il prévoit que :

« Los Estados Partes, en la medida de lo posible y de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, incentivarán a sus agencias o entidades competentes en materia de promoción de inversiones a:

(a) compartir información no confidencial entre las agencias o entidades competentes en materia de inversión de los Estados Partes, con el fin de fomentar la inversión;

(b) colaborar entre las agencias o entidades competentes de los Estados Partes identificando áreas de mutua cooperación e intercambiando información, experiencia y mejores prácticas respecto del desarrollo de políticas de atracción de inversiones ;

(c) identificar áreas de mutua cooperación y negocios recíprocos, con el fin de brindarles a los inversionistas asesoría sobre las oportunidades de negocios;

(d) intercambiar en la medida de sus disponibilidades presupuestarias, y siempre que las agencias o entidades competentes así lo estimen conveniente, sus experiencias

en materia de promoción, internalización y atracción de inversión. pudiendo incluir visitas y capacitación del personal de dichas agencias o entidades; y

(e) realizar eventos en conjunto con las agencias o entidades competentes de los otros Estados Partes, con el objetivo de atraer inversiones extra-regionales en conjunto y/o dar a conocer las oportunidades de negocios recíprocas y los beneficios en materia de inversiones. »

Par ailleurs, le paragraphe 2 de ce même article identifie les autorités compétentes en matière de promotion des investissements des parties contractantes (en Argentine, *l'Agencia Argentina de Inversiones y Comercio Internacional* ; au Brésil, *l'Agencia Brasileira de Promo~ao de Exportagões e Investimentos - Apex Brasil* ; au Paraguay, *la Red de Inversiones y Exportaciones- REDIEX* ; et en Uruguay, *l'Instituto Uruguay XXI*).

**TABLEAU 9 : AUTRES ACCORDS SIGNÉS ET RATIFIÉS PAR ANNÉE
SUR LA PÉRIODE 1960 À 2017**

		Autres accords signés	Autres accords ratifiés			
			Oui	Non	Nombre moyen de mois [*]	σ
Entre les pays de l'OCDE	Avant 1980	0	0	0	0	0
	1980-1989	0	0	0	0	0
	1990-1999	0	0	0	0	0
	2000-2009	2	2	0	5.5	0.7
	2010-2017	2	1	1	24	0
	Total	4	3	1	14.8	0.5
Entre les pays de l'OCDE – Non-OCDE	Avant 1980	0	0	0	0	0
	1980-1989	0	0	0	0	0
	1990-1999	0	0	0	0	0
	2000-2009	8	8	0	7.9	7.3
	2010-2017	2	2	0	4.5	0.5
	Total	10	10	0	6.2	5.17
Entre les pays non-OCDE	Avant 1980	0	0	0	0	0
	1980-1989	0	0	0	0	0
	1990-1999	0	0	0	0	0
	2000-2009	1	1	0	1	0
	2010-2017	1	1	0	0	0
	Total	2	2	0	1	0
Entre les pays de l'OCDE – REIO	Avant 1980	0	0	0	0	0
	1980-1989	0	0	0	0	0
	1990-1999	0	0	0	0	0
	2000-2009	2	2	0	5.5	5
	2010-2017	0	0	0	0	0
	Total	2	2	0	5.5	5
Entre les pays non-OCDE – REIO	Avant 1980	0	0	0	0	0
	1980-1989	0	0	0	0	0
	1990-1999	0	0	0	0	0
	2000-2009	1	1	0	4	0
	2010-2017	3	1	2	24	0
	Total	4	2	2	14	0
Intra-REIO	Avant 1980	0	0	0	0	0
	1980-1989	3	3	0	31.7	41
	1990-1999	2	1	1	39	0
	2000-2009	3	1	2	35	0
	2010-2017	1	0	1	0	0
	Total	9	5	4	35.2	23.7
Total		31	24	7	18.2	10.1

^{*} Avant la ratification.

TABLEAU 10 : CLAUSES DE DROIT SUBSTANCIEL ET PROCÉDURAL EXAMINÉES

Autres accords

			Entre les pays de l'OCDE	Entre les pays de l'OCDE – Non-OCDE	Entre les pays non- OCDE	Entre les pays de l'OCDE – REIO	Entre les pays non-OCDE – REIO	Intra-REIO	Total	
Définition de l'investissement	Ouverte	Exclusions	Oui 1 (25%)	3 (30%)	0	1 (50%)	2 (50%)	1 (11.1%)	8	
		Non	2 (50%)	5 (50%)	2 (100%)	1 (50%)	2 (50%)	6 (66.7%)	18	
	Fermée	Exclusions	Oui 1 (25%)	0	0	0	0	0	1	
		Non	0	1 (10%)	0	0	0	2 (22.2%)	3	
	Absence de définition		0	1 (10%)	0	0	0	0	1	
Total			4 (100%)	10 (100%)	2 (100%)	2 (100%)	4 (100%)	9 (100%)	31	
Trait. national	Post		1 (25%)	2 (20%)	0	0	3 (75%)	3 (33.3%)	9	
	Pre & Post		3 (75%)	8 (80%)	2 (100%)	2 (100%)	1 (25%)	3 (33.3%)	19	
	Absence de traitement nat.		0	0	0	0	0	3 (33.3%)	3	
Total			4 (100%)	10 (100%)	2 (100%)	2 (100%)	4 (100%)	9 (100%)	31	
Expro. indirecte	Oui		3 (75%)	6 (60%)	0	2 (100%)	2 (50%)	4 (44.4%)	17	
	Oui + Annexe		1 (25%)	3 (30%)	2 (100%)	0	2 (50%)	1 (11.2%)	9	
	Pas de protection		0	1 (10%)	0	0	0	4 (44.4%)	5	
Total			4 (100%)	10 (100%)	2 (100%)	2 (100%)	4 (100%)	9 (100%)	31	
Exceptions	Intérêt public	Article	3 (75%)	2 (20%)	2 (100%)	2 (100%)	3 (75%)	4 (44.4%)	16	
		Chapitre	0	0	0	0	0	0	0	
		Non	1 (25%)	8 (80%)	0	0	1 (25%)	5 (55.6%)	15	
	Total			4 (100%)	10 (100%)	2 (100%)	2 (100%)	4 (100%)	9 (100%)	31
	Séc. Esse.	Oui		3 (75%)	5 (50%)	2 (100%)	2 (100%)	4 (100%)	5 (55.6%)	21
Non		1 (25%)	5 (50%)	0	0	0	4 (44.4%)	10		
Total			4 (100%)	10 (100%)	2 (100%)	2 (100%)	4 (100%)	9 (100%)	31	
Droit de l'Etat à rég.	Oui		1 (25%)	0	0	0	0	2 (22.2%)	3	
	Non		3 (75%)	10 (100%)	2 (100%)	2 (100%)	4 (100%)	7 (77.8%)	28	
	Total			4 (100%)	10 (100%)	2 (100%)	2 (100%)	4 (100%)	9 (100%)	31
Accès à l'ISDS	ICSID		0	1 (10%)	0	0	1 (25%)	0	2	
	Autre		0	1 (10%)	0	1 (50%)	0	3 (33.3%)	5	
	ICSID + Autre		3 (75%)	7 (70%)	1 (50%)	1 (50%)	2 (50%)	5 (55.6%)	19	
	Court perm. Pour les inv.		0	0	0	0	0	0	0	
	Pas d'accès		1 (25%)	1 (10%)	1 (50%)	0	1 (25%)	1 (11.1%)	5	
Total			4 (100%)	10 (100%)	2 (100%)	2 (100%)	4 (100%)	9 (100%)	31	
Méc. inst.	Oui		2 (50%)	6 (60%)	1 (50%)	2 (100%)	4 (100%)	3 (33.3%)	18	
	Non		2 (50%)	4 (40%)	1 (50%)	0	0	6 (66.7%)	13	
	Total			4 (100%)	10 (100%)	2 (100%)	2 (100%)	4 (100%)	9 (100%)	31

3.2.2. Les variables économiques

Comme la section 2 l'a déjà soulignée, la littérature sur les flux d'investissements directs étrangers fait ressortir l'influence essentielle de certains facteurs économiques fondamentaux des pays d'accueil sur les flux d'investissement : l'existence et la taille du marché, l'accès potentiel à des marchés régionaux, l'inverse de la distance économique (coûts de transport, ...), les dotations¹⁷ en main d'œuvre (niveau d'éducation, de qualification) et en ressources naturelles, la stabilité politique et économique, la libéralisation des politiques commerciales (l'ouverture commerciale), l'état des infrastructures et des institutions, les risques financiers (la stabilité du taux de change, l'accès au crédit pour les entreprises, l'inflation, ...), etc.

Le tableau B.1 à l'annexe B présente les sources de toutes les variables économiques, expliquée et explicatives, utilisées dans les modèles. Le tableau 3 en donne leurs définitions et les notations retenues. Par exemple, on peut voir que l'existence et la taille des marchés sont reliées aux produits intérieurs bruts (PIB) des pays, ou encore que les dotations en main d'œuvre renvoient aux taux de scolarisation dans l'enseignement supérieur (ou secondaire) des pays. Concernant les stocks bilatéraux sortants des investissements directs étrangers, les données de la CNUCED ont été privilégiées car elles permettent de ne pas restreindre l'analyse à une certaine configuration de relations bilatérales. En effet, une alternative possible consiste à utiliser les données des investissements directs étrangers bilatéraux (stocks sortants) de l'OCDE. Néanmoins, elles impliquent forcément un pays de l'OCDE (développé) dans les relations bilatérales, tel n'est le cas de celles fournies par la CNUCED. En revanche, ces dernières ne sont disponibles que sur la période 1980-2012 (33 années). La liste des pays considérés renvoie au tableau 1 où figurent 63 pays. La Belgique et le Luxembourg ont été systématiquement regroupés sous l'ensemble économique de l'Union économique belgo-luxembourgeoise. Taïwan n'a pas été pris en compte du fait de problèmes de données. L'échantillon retient donc 3 660 relations bilatérales¹⁸ observées sur une période 33 ans, soit 120 780 observations. Néanmoins, l'aspect très incomplet des données qui caractérisent les stocks sortants des investissements directs étrangers amène à raisonner sur un nombre d'observations souvent bien moindre. Par la suite, une attention toute particulière est portée

¹⁷ Si les pays ont des dotations similaires, la structure des flux d'investissements directs étrangers sera le plus souvent horizontale alors que dans le cas inverse, elle sera verticale, i.e. l'investissement direct étranger peut traduire une volonté de délocalisation. Néanmoins, les études empiriques révèlent que des pays aux dotations similaires sont caractérisés par des flux d'investissements directs étrangers plus importants.

¹⁸ Ce décompte comprend les relations dans les deux sens.

à cette « réduction » et ses conséquences (biais de sélection), en s'assurant notamment que l'échantillon réduit reste représentatif de toutes les configurations possibles en matière de relations bilatérales (existence ou pas de traités selon les « types » de pays, des continents d'appartenance). Par ailleurs, l'étude de l'impact de la prise en compte des clauses de droit substantiel et procédural des traités d'investissement sur les flux d'investissement se limite à celles rattachées aux traités bilatéraux d'investissement, c'est-à-dire aux 925 traités examinés.

Les tableaux B.2, B.3, B.4 et B.5 fournissent des statistiques descriptives attachées aux principales variables des modèles. Les tableaux B.3, B.4 et B.5 distinguent trois types de relations bilatérales, celles entre les pays de l'OCDE, entre les pays de l'OCDE et ceux non-OCDE et celles uniquement entre les pays non-OCDE. On constate que les stocks sortants des investissements directs étrangers sont plus élevés en moyenne pour les relations bilatérales intra-OCDE comparativement aux deux autres configurations de relations bilatérales. Ceci se vérifie également pour les tailles des marchés (effet absolu et similarité) qui font intervenir les produits intérieurs bruts de chaque pays. De plus, les différences de dotations des facteurs (niveau de qualification) sont moins importantes dans les relations bilatérales intra-OCDE. Le tableau B.2 révèle les traités bilatéraux d'investissement signés concernent 26% des paires de pays de notre échantillon sur la période 1980-2012. Ce taux est de 22.1% si l'on s'intéresse à leur ratification. Autrement dit, la plupart des traités signés finissent par être ratifiés, ce qui est en phase avec les tendances dégagées par les statistiques descriptives du tableau 4 de la section 3.2.1 (92% (857) des 925 traités signés ont fini par être ratifiés sur la période 1960-2017). La part des traités signés entre les pays OCDE et les pays non-OCDE est supérieure à celles des relations bilatérales des pays intra-OCDE et des pays intra-non-OCDE, respectivement à plus de 34% et de 84% sur la période 1980-2012. Le faible pourcentage associé aux accords bilatéraux intra-européens 6% s'explique par le fait qu'il retrace les liens avec les nouveaux entrants au sein de l'Union européenne au cours de la période 1980-2012. Cet aspect se vérifie tout particulièrement pour les pays d'Europe centrale et orientale qui ont accédé à l'indépendance pour ensuite adhérer à l'Union européenne.

Enfin, nous ne disposons pas d'observations caractérisant l'évolution de toutes les variables explicatives citées ci-dessus, en particulier certaines variables culturelle, géographique, historique ou institutionnelle. Seul l'indice de la perception de la corruption du pays d'accueil a été introduit comme variable explicative. L'introduction dans les modèles estimés d'effets

spécifiques (fixes) propres aux pays et/ou aux années permet de pallier ces biais de variables omises.

3.3. Les résultats d'estimation

Dans les modèles (1) et (4), seule l'indicatrice des traités bilatéraux ratifiés *TBIR* a été introduite. Ce choix tient au fait qu'il existe une très forte colinéarité entre l'indicatrice liée à l'existence de traités bilatéraux d'investissement signés (*TBI*) et celle qui caractérise leur ratification (*TBIR*). Le coefficient de corrélation s'élève à 0.90. Ceci implique que l'information apportée par une variable indicatrice est déjà en grande partie apportée par l'autre variable indicatrice. Du fait de cette redondance d'information, seule la variable indicatrice liée aux traités bilatéraux d'investissement ratifiés a finalement été incorporée dans les modèles. En cela, cette pratique est en phase avec les nombreuses études sur le sujet. Le coefficient estimé qui est affecté à la variable *TBIR* est toujours de signe positif, et significativement différent de zéro quelles que soient les spécifications envisagées (1) et (4). Cet impact positif des traités bilatéraux d'investissement ratifiés sur les flux directs des investissements étrangers est donc un résultat robuste. Par ailleurs, le coefficient estimé de la variable indicatrice rattachée à l'accord de libre-échange nord-américain (*NAFTA*) entre le Canada, le Mexique et les États-Unis, lorsqu'il est significatif, est toujours négatif indiquant que cet accord favorise le commerce au détriment des investissements directs étrangers sortants. En revanche, le coefficient estimé de la variable indicatrice des pays membres de l'Union européenne (*EU*) est positif et significatif soulignant clairement un impact positif sur les investissements directs étrangers sortants.

Les tableaux 11 et 12 présentent respectivement les résultats des estimations des modèles (1) et (4) en considérant la structure à effets fixes (2)¹⁹. Dans tous les cas, les valeurs extrêmes des deux derniers centiles des queues de distributions des résidus ont été exclues. De plus pour ces deux tableaux, seuls les résultats des coefficients estimés des variables liées à la taille des marchés, à la dotation des facteurs, aux accords entre pays et aux clauses de droit substantiel et procédural des traités bilatéraux d'investissement ont été reportés. Les coefficients estimés des effets fixes bilatéraux, des effets fixes des pays variant dans le temps et temporels n'apparaissent donc pas. Dans le tableau 12, d'autres variables de contrôle ont été ajoutées (les taxes sur les biens et services (*RTAXBS*), le nombre d'abonnements

¹⁹ Des travaux restent actuellement en cours sur des spécifications alternatives et des méthodes d'estimation qui permettent de prendre en compte des problèmes de biais de sélection/d'endogénéité.

téléphoniques (lignes fixes) souscrits pour 1000 habitants (*RTELF*), l'accès à l'électricité en pourcentage de la population (*RELEC*) ou encore l'indice de perception de la corruption rattaché au pays d'accueil des investissements (*ITRANS*). Leurs coefficients estimés n'ont pas été reportés.

TABLEAU 11 : RÉSULTATS DES MODÈLES (1) et (4) – DONNÉES DE PANEL MULTIDIMENSIONNELLES SANS LES VARIABLES LIÉES AUX CLAUSES DE DROIT SUBSTANTIEL ET PROCÉDURAL DES TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT

Variables	Modèle (1) + (2)		Modèle (4) + (2)	
$\sum PIB_{ijt}$	2.614 (22.42)*	2.614 (22.42)*	2.037 (10.74)*	2.037 (10.67)*
$SIMI_{ijt}$	0.671 (5.82)*	0.670 (5.80)*	1.110 (7.11)*	1.114 (7.10)*
ΔSK_{ijt}	0.722 (0.79)	0.712 (0.78)	1.503 (1.03)	1.000 (0.69)
$DIST_{ij} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	0.215 (5.52)*	0.215 (5.51)*	0.132 (3.37)*	0.134 (3.43)*
$\Delta PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	-0.021 (-0.77)	-0.021 (-0.76)	0.138 (3.56)*	0.140 (3.56)*
$\sum PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	-0.088 (-2.62)*	-0.087 (-2.60)*	-0.088 (-1.00)	-0.071 (-1.34)
$-\sum PIB_{ijt} \times D_- \times \Delta SK_{ijt}$	0.024 (0.74)	0.024 (0.73)	0.051 (1.00)	0.034 (0.66)
$NAFTA_{ijt}$	-	-0.239 (-0.70)	-	-0.584 (-4.82)*
EU_{ijt}	0.638 (16.63)*	0.639 (15.78)*	0.500 (7.65)*	0.494 (7.55)*
$TBIR_{ijt}$	0.220 (4.91)*	0.220 (4.91)*	0.317 (5.47)*	0.306 (5.27)*
Obs.	18003	18003	40576	40576

Les valeurs entre parenthèses en dessous des coefficients estimés représentent leurs *t* de Student calculés. L'astérisque * signifie que le coefficient est significativement différent de zéro au seuil de 5%.

Par ailleurs, dans les modèles (1) et (4), en lieu et place des taux de scolarisation dans l'enseignement supérieur des pays, les taux de scolarisation dans l'enseignement secondaires des pays et les produits intérieurs bruts par tête ont également été testés. Les résultats restent dans l'ensemble stables sur les « effets » des traités et non donc pas été reportés.

Le tableau 11 renvoie aux résultats sans les variables liées aux clauses de droit substantiel et procédural des traités bilatéraux d'investissement et sans les « autres » variables de contrôle

décrites dans le tableau 3. Ils laissent apparaître une stabilité des coefficients estimés même si le recours au modèle (4) fait plus que doubler le nombre d'observations utilisées (40576 observations contre 18003 observations pour le modèle (1)). La prise en compte de ces observations supplémentaires permet de se couvrir, du moins en partie, contre les conséquences de certains biais de sélection. On constate la stabilité du coefficient de la variable indicatrice « traités bilatéraux d'investissement ratifiés » (*TBIR*) positif et significatif. Les intervalles de confiance à 95% des différentes estimations pour ce coefficient se recoupent. Quant aux résultats reportés dans le tableau 12, ils incorporent l'ensemble des variables présentées dans le tableau 3. En particulier, les résultats liés aux coefficients estimés des clauses de droit substantiel et procédural des traités bilatéraux d'investissement. Les commentaires qui suivent privilégient les résultats du modèle (4) qui sont moins vulnérables aux biais de sélection. La non-existence de clauses concernant le traitement national (*NAT_TREAT_3*) semble avoir un impact négatif significatif (d'après son coefficient estimé), l'accès au règlement des différends en matière d'investissements internationaux (ICSID (Convention de Washington) + autres types d'arbitrage) (*A_ISDS_3*) est significatif et joue positivement. L'absence de clause concernant le droit à régler (*R_TOR*) semble ne pas avoir un effet significatif. Pour les coefficients estimés des clauses rattachées à l'absence d'exceptions pour l'intérêt public (*EXCEP_PU*) et l'absence d'exceptions relatives aux intérêts de sécurité essentiels (*EXCEP_ESS*) sont non significativement différents de zéro. Autrement dit, il n'est pas possible de rejeter la nullité de l'impact de ces variables sur les flux investissements directs étrangers sortants. Par ailleurs, les coefficients affectés aux variables « expropriation indirecte » apparaissent non significatifs. En fait, les clauses « expropriation indirecte qui incorpore une annexe interprétative » (*IND_EXP_2*), et « pas de protection en cas d'expropriation indirecte » (*IND_EXP_3*) concernent très peu de relations bilatérales. En effet, d'après les chiffres du tableau 5 qui figure à la section 3.2.1, on constate que sur la période 1960-2017 très peu de traités bilatéraux d'investissement sont concernés par les deux clauses qui viennent d'être évoquées, respectivement 20 (2.2%) et 10 (1.1%) sur les 925 traités de l'échantillon. Par ailleurs, la clause « expropriation indirecte qui incorpore une annexe interprétative » est liée quasi exclusivement à des traités bilatéraux d'investissement où l'un des contractants est soit la Colombie ou le Canada. Plus précisément, 16 des 20 traités sont concernés par cette configuration particulière, soit 80% des traités bilatéraux d'investissement. Pour la seconde clause, les traités bilatéraux concernés sont liés à 70% (7

traités sur 10) à deux pays, le Brésil et la Bulgarie²⁰. Autrement dit, ceux deux clauses sont rattachées quasi exclusivement à chaque fois à un type spécifique de relations bilatérales. Il n'est donc pas possible d'interpréter les effets estimés obtenus comme retraçant des impacts globaux sur les flux d'investissements directs étrangers.

TABLEAU 12 : RÉSULTATS DES MODÈLES (1) et (4) – DONNÉES DE PANEL MULTIDIMENSIONNELLES AVEC LES VARIABLES LIÉES AUX CLAUSES DE DROIT SUBSTANTIEL ET PROCÉDURAL DES TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT

Variables	Modèle (1) + (2)			Modèle (4) + (2)		
$\sum PIB_{ijt}$	2.448 (10.24)*	2.448 (10.24)*	2.469 (10.34)*	3.515 (10.25)*	3.524 (10.27)*	3.532 (10.30)*
$SIMI_{ijt}$	1.011 (4.70)*	1.011 (4.70)*	1.034 (4.82)*	1.231 (4.52)*	1.227 (4.50)*	1.235 (4.53)*
ΔSK_{ijt}	4.271 (2.97)*	4.272 (2.97)*	4.274 (2.97)*	-0.590 (-0.27)	-0.611 (-0.28)	-0.628 (-0.29)
$DIST_{ij} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	0.126 (2.22)*	0.126 (2.22)*	0.124 (2.18)*	0.081 (1.48)	0.082 (1.48)	0.080 (1.47)
$\Delta PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	0.115 (2.64)*	0.115 (2.64)*	0.114 (2.63)*	0.057 (0.82)	0.057 (0.82)	0.057 (0.81)
$\sum PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	-0.194 (-3.63)*	-0.194 (-3.63)*	-0.193 (-3.61)*	-0.000 (-0.01)	-0.000 (-0.00)	0.000 (0.01)
$-\sum PIB_{ijt} \times D_- \times \Delta SK_{ijt}$	0.155 (2.99)*	0.155 (2.99)*	0.155 (2.99)*	-0.017 (-0.23)	-0.018 (-0.24)	-0.019 (-0.25)
$NAFTA_{ijt}$	-	0.023 (0.05)	0.024 (0.05)	-	-0.338 (-3.22)*	-0.338 (-3.21)*
EU_{ijt}	0.633 (14.37)*	0.633 (14.37)*	0.634 (14.39)*	0.300 (4.06)*	0.298 (4.04)*	0.299 (4.04)*
$TBIR_{ijt}$	0.156 (1.91)	0.156 (1.91)	-	0.285 (2.18)*	0.285 (2.18)*	-
$NAT_TREAT_1_{ijt}$	0.148 (0.88)	0.148 (0.88)	0.145 (0.86)	0.047 (0.43)	0.048 (0.44)	0.044 (0.39)
$NAT_TREAT_2_{ijt}$	0.264 (0.85)	0.264 (0.85)	0.262 (0.85)	0.336 (1.68)	0.333 (1.67)	0.326 (1.62)
$NAT_TREAT_3_{ijt}$	-0.413 (-2.26)*	-0.413 (-2.26)*	-0.408 (-2.23)*	-0.384 (-2.75)*	-0.381 (-2.74)*	-0.370 (-2.65)*
$IND_EXP_1_{ijt}$	0.141 (0.38)	0.141 (0.38)	0.175 (0.47)	0.024 (0.06)	0.024 (0.06)	0.110 (0.28)

²⁰ En fait notre période d'estimation étant plus restreinte (1980-2012) que celle des statistiques descriptives du tableau 5 (1960-2017), les pourcentages sont encore plus importants. Pour la clause « expropriation indirecte qui incorpore une annexe interprétative », 12 des 15 traités sont concernés par cette configuration particulière, soit 80% des traités bilatéraux d'investissement. Pour la seconde clause, les traités bilatéraux concernés sont liés cette fois à plus de 57% (4 des 7 traités) à un pays, la Bulgarie.

<i>IND_EXP_2_{ijt}</i>	-0.717 (-1.83)	-0.717 (-1.83)	-0.769 (-1.97)*	-0.248 (-0.71)	-0.247 (-0.70)	-0.373 (-1.06)
<i>IND_EXP_3_{ijt}</i>	0.576 (1.57)	0.576 (1.57)	0.594 (1.61)	0.224 (0.61)	0.222 (0.60)	0.263 (0.70)
<i>R_TO_R</i>	1.753 (1.71)	1.753 (1.71)	1.818 (1.77)	1.168 (1.44)	1.167 (1.44)	1.315 (1.59)
<i>INST_MECH_{ijt}</i>	-1.361 (-2.56)*	-1.361 (-2.56)*	-1.373 (-2.59)*	-1.381 (-5.11)*	-1.383 (-5.11)*	-1.388 (-5.07)*
<i>EXCEP_PU_{ijt}</i>	-0.677 (-0.85)	-0.677 (-0.85)	-0.636 (-0.80)	-0.356 (-0.69)	-0.356 (-0.69)	-0.272 (-0.51)
<i>EXCEP_ESS_{ijt}</i>	0.087 (0.23)	0.087 (0.23)	0.094 (0.24)	0.092 (0.35)	0.093 (0.35)	0.062 (0.24)
<i>A_ISDS_1_{ijt}</i>	-0.180 (-1.36)	-0.180 (-1.36)	-0.177 (-1.34)	-0.324 (-1.48)	-0.324 (-1.80)	-0.332 (-1.47)
<i>A_ISDS_2_{ijt}</i>	0.555 (2.28)*	0.555 (2.28)*	0.543 (2.43)*	0.012 (0.05)	0.012 (0.05)	0.029 (0.12)
<i>A_ISDS_3_{ijt}</i>	-0.145 (-0.99)	-0.145 (-0.99)	-0.139 (-0.96)	0.345 (2.20)*	0.344 (2.21)*	0.341 (2.15)*
<i>A_ISDS_4_{ijt}</i>	-0.228 (-0.93)	-0.228 (-0.93)	-0.226 (-0.92)	-0.032 (-0.22)	-0.032 (-0.21)	-0.038 (-0.26)
Obs.	10313	10313	10313	17864	17864	17864

**Les valeurs entre parenthèses en dessous des coefficients estimés représentent leurs t de Student calculés. L'astérisque * signifie que le coefficient est significativement différent de zéro au seuil de 5%.*

CONCLUSION

Ce rapport s'est focalisé sur l'analyse des traités, les pays retenus, et l'identification des règles de droit substantiel et procédural retenues pour l'examen des traités d'investissement, i.e. celles susceptibles d'avoir un impact significatif sur les flux/stocks d'investissements directs étrangers (sortants). La description des règles de droit sélectionnés, souvent illustrées par des exemples, permet de mettre l'accent sur leur importance potentielle dans l'accroissement des flux/stocks d'investissements directs étrangers (sortants). Dans un deuxième temps, grâce à un examen attentif de la littérature, il a abordé le lien entre les traités bilatéraux d'investissement et les flux/stocks d'investissements directs étrangers (sortants), le type de données et leur niveau d'agrégation (entreprise/industrie/secteur/pays). Cet examen de la littérature a servi de point d'appui à la modélisation des flux/stocks d'investissements directs étrangers. Ensuite, la dernière partie s'est focalisée sur la modélisation des flux/stocks d'investissements directs étrangers sortants sur la période 1980-2012.

Dans tous les cas, la ratification des traités bilatéraux d'investissement a un effet positif et significatif sur les investissements directs étrangers sortants. Pour les clauses de droit substantiel et procédural des traités bilatéraux d'investissement, elles ont été introduites comme variables explicatives ce qui constitue une avancée importante au regard des travaux appliqués qui existent déjà sur le sujet²¹. Il en ressort que l'absence de clause sur le traitement national dans les traités bilatéraux d'investissement joue négativement. Ceci confirme notre hypothèse de base que le traitement national encourage les flux d'investissements directs étrangers. De même, l'absence des mécanismes institutionnels joue négativement sur les flux d'investissement. Ce résultat n'est pas étonnant puisque l'objectif des mécanismes institutionnels est, entre autres, l'encouragement des investissements. L'accès au règlement des différends en matière d'investissements internationaux (ICSID (convention de Washington) + autres types d'arbitrage) a un effet positif et significatif. Ce type de clause favorise aussi les investisseurs, en leur permettant non seulement d'accéder au règlement des différends au niveau international mais aussi de choisir parmi plusieurs types d'arbitrage. Pour les exceptions, les résultats ne semblent pas dégager d'effets significatifs tout comme les clauses liées à l'expropriation et celle qui concerne l'absence du droit de réglementer.

Au regard des résultats décrits ci-dessus, on peut conclure que les clauses les plus importantes pour encourager les flux d'investissement sont le traitement national, l'accès à des multiples types de règlement des différends et la présence des mécanismes institutionnels. Néanmoins, les problèmes de données (disponibilité, fiabilité) et la faible disponibilité des données des stocks/flux des investissements directs étrangers sortants a réduit considérablement le nombre d'observations exploitées pouvant engendrer des biais de sélection même si une attention particulière a été portée à la structure des échantillons restreints considérés. Des extensions en cours visent notamment à compléter la base de données et à prendre en compte les biais de sélection/d'endogénéité pour fixer la robustesse des résultats ici présentés.

²¹ Se reporter à la section 2.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Aisbett, E., M. Busse, et P. Nunnenkamp. 2016. Bilateral Investment Treaties Do Work; Until They Don't. Working Paper No. 2021, Kiel Institute for the World Economy.

Alvarez, J. E. 2011. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Hague Academy of International Law : Brill.

Anderson J.E. 1979. A theoretical foundation for the gravity equation, *American Economic Review* **69**, 106-116.

Anderson, J.E. et E. van Wincoop, 2003. Gravity with gravitas: A solution to the border puzzle. *American Economic Review* **93**, 170-192.

Arellano, M. 2003. *Panel Data Econometrics*. Oxford University Press, Oxford.

Baldwin, R., et D. Taglioni. 2006. Gravity for dummies and dummies for gravity equations. Working Paper No. 12516, NBER, Cambridge.

Baltagi, B.H., P.H. Egger et K. Erhardt. 2017. The estimation of gravity models in international trade. In Mátyás, L. (ed.), *The Econometrics of Multi-dimensional Panels : Theory and applications*, Springer Verlag, Chapter 11, 323-348.

Baltagi, B.H., P.H. Egger et M. Pfaffermayr. 2015. Panel data gravity models of international trade. In Baltagi, B.H. (ed.), *The Oxford Handbook of Panel Data*, Oxford University Press, 608-641.

Berger, A., M. Busse, P. Nunnenkamp, et M. Roy. 2011. More stringent BITs, less ambiguous effects on FDI? Not a BIT!, *Economics Letters* **112**, 270-272.

Berger, A., M. Busse, P. Nunnenkamp, et M. Roy. 2013. Do trade and investment agreements lead to more FDI? Accounting for key provisions inside the black box. *International Economics and Economic Policy* **10**, 247-275.

Bergstrand, J.H., 1989. The generalized gravity equation, monopolistic competition, and the factor-proportions theory in international trade. *Review of Economics and Statistics* **71**, 143-153.

Bergstrand, J.H. 1990. The Heckscher-Ohlin-Samuelson model, the Linder hypothesis and the determinants of bilateral intra-industry trade. *Economic Journal* **100**, 1216-1229.

Bergstrand, J.H., et P. Egger. 2013. What determines BITs ? *Journal of International Economics* **90**, 107-122.

Bungenberg, M., J. Griebel, S. Hobe, et A. Reinisch (dir.). 2015. *International Investment Law: A Handbook*. Beck, Hart, et Nomos Publishing.

Busse, M., J. Königer, et P. Nunnenkamp. 2010. FDI promotion through bilateral investment treaties: more than a bit ? *Review of World Economics* **146**, 147-177.

Calvo, C. 1896. *Le droit international théorique et pratique*. Paris, Rousseau.

- Calvo, C. 1868. *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*. Paris, D'Amyot Durand et Pedone-Lauriel.
- Colen, L., D. Persyn, et A. Guariso. 2016. Bilateral investment treaties and FDI: Does the sector matter? *World development* **83**, 193-206.
- Correia, S., P. Guimarães, et T. Zylkin, 2019. ppmlhdf: Fast Poisson estimation with high-dimensional fixed effects, Boston College Department of Economics.
- CNUCED, 2012a. Expropriation. Nations Unies : New York et Genève.
- CNUCED, 2012b. Fair and Equitable Treatment. Nations Unies : New York et Genève.
- CNUCED, 2011. Scope and Definition. Nations Unies : New York et Genève.
- CNUCED, 2014. The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998-2004. IIA Issues Note.
- CNUCED, 2015. *World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance*. Nations Unies : New York et Genève.
- CNUCED, 2016. *World Investment Report 2016 – Investor Nationality: Policy Challenges*. Nations Unies : New York et Genève.
- CNUCED, 2017. *World Investment Report 2017 – Investment and the Digital Economy*. Nations Unies : New York et Genève.
- Deardorff, A.V. 2001. Rich and Poor Countries in Neoclassical Trade and Growth. *Economic Journal* **111**, 277-294.
- Deardorff, A.V. 1998. Determinants of Bilateral Trade: Does Gravity Work in a Neoclassical World ? In J.A. Frankel, ed., *The Regionalization of the World Economy*, University of Chicago Press, 7-28.
- Dee, P., et J. Gali. 2005. The trade and investment effects of preferential trading arrangements, in T. Ito and A.K. Rose (eds.), *International Trade in East Asia*, NBER-East Asia Seminar on Economics, Vol. 14, Chapter 5, University of Chicago Press, 133-175.
- Dixon, J., et P. Alexander Haslam. 2016. Does the Quality of Investment Protection Affect FDI Flows to Developing Countries? Evidence from Latin America, *World Economy* **39**, 1080-1108.
- Dolzer, R., et C. Schreuer. 2012. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press.
- Dolzer, R., et M. Stevens. 1995. *Bilateral Investment Treaties*. The Hague: Martinus Nijhoff.
- Dunning, J. 1977. Trade Location of Economic Activity and the Multinational Enterprises: Search for an Eclectic Approach. In Ohlin et alii., *The International Allocation of Economic Activity*, Macmillan, London.
- Egger, P. 2000. A note on the proper specification of the gravity equation. *Economics Letters* **66**, 25-31.

- Egger, P., et V. Merlo. 2007. The Impact of Bilateral Investment Treaties on FDI Dynamics. *The World Economy* **30**, 1536-1549.
- Egger, P., et V. Merlo. 2012. BITs bite: An anatomy of the impact of bilateral investment treaties on multinational firms. *Scandinavian Journal of Economics* **114**, 1240-1266.
- Egger, P., et M. Pfaffermayr. 2003. The proper panel econometric specification of the gravity equation: A three-way model with bilateral interaction effects. *Empirical Economics* **28**, 571-580.
- Egger, P., et M. Pfaffermayr. 2004. The impact of bilateral investment treaties on foreign direct investment. *Journal of Comparative Economics* **32**, 788-804.
- Egger, P., et K. Staub. 2016. GLM estimation of trade gravity models with fixed effects, *Empirical Economics* **50**, 137-175.
- Fally, T., 2015. Structural gravity and fixed effects, *Journal of International Economics* **97**, 76-85.
- Feenstra, R. 2003. *Advanced International Trade, Theory and Evidence*. Princeton University Press.
- Gallagher, K.P., et M.B.L. Birch. 2006. Do investment agreements attract investment? Evidence from Latin America. *Journal of World Investment and Trade* **7**, 961-974.
- Gallagher, K.P., et M.B.L. Birch. 2006. Do investment agreements attract investment? Evidence from Latin America. *Journal of World Investment and Trade* **7**, 961-974.
- Hallward-Driemeier, M. 2003. Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit and they could bite. World Bank Policy Research Paper, WPS No. 3121. World Bank: Washington DC.
- Head, K., et T. Mayer. 2014. Gravity equations: workhorse, toolkit, and cookbook, *Handbook of International Economics*, vol. 4, Chapter 3, North-Holland, 131-195.
- Hsiao, C., 2003. *Analysis of Panel Data*, Cambridge University Press, Cambridge, MA.
- Hymer, S. 1976. *The International Operations of National Firms: A Study of Direct Foreign Investment*. MIT Press, London.
- Kaufmann-Kohler, G., et M. Potestà. 2016. Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? CIDS. www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf
- Kläger, R. 2011. *'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Krugman, P.R. 1980. Scale economies, product differentiation, and the pattern of trade. *American Economic Review* **70**, 950-959.
- Kurtz, J. 2016. *The WTO and International Investment Law*. Cambridge University Press.

- Leshner, M., et S. Miroudot. 2007. The economic impact of investment provisions in regional trade agreements, *Aussenwirtschaft* **62**, 193-232.
- Linnemann H. 1966. *An Econometric Study of International Trade Flows*, Amsterdam, North-Holland.
- Mátyás, L. 1997. Proper econometric specification of the gravity model. *The World Economy* **20**, 363-368.
- Mátyás, L. (ed.), 2017. *The Econometrics of Multi-dimensional Panels : Theory and applications*. Springer Verlag.
- Mayer, T. et S. Zignago. 2011. Notes on CEPII's distances measures: The GeoDist database, CEPII Working Paper n°2011-25.
- McLachlan, C., L. Shore et M. Weiniger. 2017. *International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Medvedev, D. 2012. Beyond trade: The impact of preferential trade agreements on FDI inflows, *World Development* **40**, 49-61.
- Neumayer, E., et L. Spess. 2005. Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? *World Development* **33**, 1567-1585.
- Newcombe, A., et L. Paradell. 2009. *Law and Practice of Investment Treaties*. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International.
- OCDE. 2008. *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. Paris : OCDE.
- Peinhardt, C., et T. Allee. 2008. The costs of treaty participation and their effects on U.S. foreign direct investment. American Society for International Law's International Economic Law Interest Group Meeting in Washington, DC, 1-39.
- Pinto, M.P., S.M. Pinto et N. Stier-Moses. 2010. Regulating foreign investment: A study of the properties of bilateral investment regimes, Paper presented at the Annual Meeting of the International Political Economy Society, Cambridge, MA, mimeo, 1-24.
- Pöyhönen, P. 1963. A tentative model for the volume of trade between countries, *Weltwirtschaftliches Archiv* **90**, 93-99.
- Reinisch, A., (dir.) 2008. *Standards of Investment Protection*. Oxford : Oxford University Press.
- Salacuse, J.W. 2015. *The Law of Investment Treaties*. Oxford : Oxford University Press.
- Santos Silva, J.M.C. et S. Tenreyro. 2006. The log of gravity, *Review of Economics and Statistics* **88**, 641-658.
- Santos Silva, J.M.C. et S. Tenreyro. 2011. Further simulation evidence on the performance of the Poisson pseudo-maximum likelihood estimator, *Economics Letters* **112**, 220-222.

- Sauvant, K.P., et L.E. Sachs (dir.). 2009. *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment*. New York: Oxford University Press.
- Schreuer, C., et al. 2009. *ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Skovgaard Poulsen, L.N. et E. Aisbett. 2013. When the claim hits: Bilateral investment treaties and bounded rational learning, *World Politics* **65**, 273-313.
- Sornarajah, M. 2015. *The International Law on Foreign Investment*. Fourth Edition, Cambridge University Press.
- Te Velde, D.E., et D. Bezemer. 2006. Regional integration and foreign direct investment in developing countries, *Transnational Corporations* **15**, 41-70.
- Tinbergen J. 1962. *Shaping the World Economy: Suggestions for an International Economic Policy*, New York, The Twentieth Century Fund.
- Titi, C. 2018a. Scope of international investment agreements and substantive protection standards. In M. Krajewski and R. Hoffmann (dir.) *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Edward Elgar, à paraître.
- Titi, C. 2018b. Embedded liberalism and international investment agreements: The future of the right to regulate, with reflections on WTO Law. In G. Moon et L. Toohey (dir.) *20 Years of Domestic Policy Under WTO Law: The Embedded Liberalism Compromise Revisited*, Cambridge University Press, à paraître.
- Titi, C. 2018c. Developments in international investment law and policy in the European Union. In L. Sachs et L. Johnson (dir.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2016-2017*, Oxford University Press, à paraître.
- Titi, C. 2018d. Procedural multilateralism and multilateral investment court. In E. Fahey (dir.) *Institutionalisation Beyond the Nation State: Transatlantic Relations – Data Privacy and Trade Law*, Springer, 145-164.
- Titi, C. 2017a. The European Union's proposal for an international investment court: Significance, innovations and challenges ahead. *Transnational Dispute Management* **1**, 1-35.
- Titi, C. 2017b. Non-Adjudicatory State-State mechanisms in investment dispute prevention and dispute settlement: Joint interpretations, filters and focal points. In H. Ascensio, N. Monebhurrin et C. Titi (dir.), *International Investment Law*, numéro spécial de la revue : *Brazilian Journal of International Law (Revista de Direito Internacional)* **14**, 36-48.
- Titi, C. 2016. International investment law and the protection of foreign investment in Brazil. *Transnational Dispute Management* **2**, Special Issue on Latin America, 1-15.
- Titi, C. 2015. Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements. *European Journal of International Law* **26**, 639-661.
- Titi, C. 2014. *The Right to Regulate in International Investment Law*. Nomos and Hart Publishing.

Tobin, J., et S. Rose-Ackerman. 2003. Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties. William Davidson Institute Working Paper Number 587. Michigan: The University of Michigan Business School.

Weber, J., et C. Titi. 2015. UNCTAD's Roadmap for Reform of Investment Dispute Settlement. *New Zealand Business Law Quarterly* **21**, 319-327.

ANNEXE A

Liste exploratoire des modalités juridiques reportées dans la note méthodologique du mois d'avril 2017 :

- La nature du traité : S'agit-il d'un traité bilatéral d'investissement ou d'un traité de libre-échange (ou de coopération économique) avec chapitre sur les investissements ?
- La participation au traité : S'agit-il d'un traité multilatéral, plurilatéral, régional ou bilatéral ?
- L'étendue de la définition des termes « investissement » et « investisseur » ;
- L'étendue de la protection du traité : protection dans la phase dite « pré-établissement », protection dans la phase « post-établissement », protection dans la phase « pré-établissement » et dans la phase « post-établissement » ;
- D'autres aspects de l'étendue du traité. Par exemple, l'étendue dans le temps, les exclusions de certains secteurs, les exceptions, etc. ;
- Les protections de droit substantiel du traité comme :
 - Le traitement national, et le traitement national dans la phase « pré-établissement » ;
 - Le traitement de la nation la plus favorisée, et le traitement de la nation la plus favorisée dans la phase « pré-établissement » ;
 - Le traitement juste et équitable ;
 - La protection en cas d'expropriation ;
 - La protection pleine et entière ;
 - Les libres transferts de capitaux.
- La présence d'une clause générale de respect des engagements (« clause parapluie ») ;
- La présence d'une clause spécifique à la promotion des investissements ;
- La présence d'une clause compromissoire, qui donne accès au règlement des différends entre investisseurs et États (arbitrage d'investissement), et les modalités y afférent. On peut notamment citer :
 - L'accès à l'arbitrage CIRDI (sous la Convention de Washington) ;
 - L'accès à l'arbitrage CIRDI (sous le règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI) ;
 - L'accès à l'arbitrage sous le règlement d'arbitrage de la CNUDCI ;
 - L'accès à l'arbitrage sous le règlement d'arbitrage de la CCI.

- La présence des conditions à l'accès à l'arbitrage et leur caractère plus ou moins contraignant (les clauses d'option irrévocable (« *fork-in-the-road* »), le recours préalable aux juridictions internes) ;
- La présence d'une clause donnant accès aux modes alternatifs de résolution des conflits, et notamment à la médiation, conciliation, règlement à l'amiable ;
- Les mécanismes institutionnels ;
- En dehors des traités, le règlement des différends sur le fondement des traités et les décisions arbitrales (favorables ou non à l'État) seront pris en compte.

ANNEXE B

TABLEAU B.1 : SOURCES DES DONNÉES UTILISÉES

Variables	Sources
<i>IDE</i>	Stocks bilatéraux sortants des investissements directs étrangers (US dollars constants 2010) – Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED).
<i>PIB</i>	Produit intérieur brut (PIB) (US dollars constants 2010) – Indicateurs du développement dans le monde – Banque Mondiale.
Population	Population – Indicateurs du développement dans le monde – Banque Mondiale.
<i>secon. school enr.</i>	Taux de scolarisation du secondaire – Indicateurs du développement dans le monde – Banque Mondiale.
<i>tert. school enr.</i>	Taux de scolarisation du supérieur – Indicateurs du développement dans le monde – Banque Mondiale.
<i>DIST</i>	Distance (du grand cercle) – Mayer et Zignago (2011) – Centre d'études prospectives et d'informations internationales (CEPII).
<i>TBI</i>	Traités bilatéraux d'investissement (TBI) signés – CNUCED.
<i>TBIR</i>	Traités bilatéraux d'investissement (TBI) ratifiés – CNUCED.
<i>TAXBS</i>	Taxes sur les biens et services du pays d'accueil – Indicateurs du développement dans le monde – Banque Mondiale.
<i>TELF</i>	Abonnements téléphoniques (lignes fixes) souscrits (pour 1000 habitants) du pays d'accueil – Indicateurs du développement dans le monde – Banque Mondiale.
<i>ELEC</i>	Accès à l'électricité en % de la population du pays d'accueil – Indicateurs du développement dans le monde – Banque Mondiale.
<i>TRANS</i>	Indice de perception de la corruption du pays d'accueil – Transparency International.

Pour les variables (indicatrices) liées aux clauses de droit substantiel et procédural des traités bilatéraux d'investissement, le site Web de la CNUCED a servi de point de référence pour l'obtention des traités. Tous les détails sur l'analyse des traités (fondements des clauses choisies) sont reportés à la section 1 et des statistiques descriptives fournies et commentées à la sous-section 3.2.1.

TABLEAU B.2 : STATISTIQUES DESCRIPTIVES DES VARIABLES – TOTALITÉ DE LA BASE DE DONNÉES

	Obs.	Moyennes	Écarts-types	Minima	Maxima
F_{ijt}	29628	5.525845	3.163438	-11.13204	13.34792
$\sum PIB_{ijt}$	106630	27.33604	1.156554	23.59774	30.75666
$SIMI_{ijt}$	106630	-1.472668	.9054357	-6.456172	-.6931472
ΔSK_{ijt}	73510	0	.8253233	-3.847872	3.847872
$DIST_{ij} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	73510	2.719353	4.296892	0	35.80475
$\Delta PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	63986	.0751554	1.16516	-10.5409	13.09239
$\sum PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	63986	8.72556	13.66322	0	113.7364
$-\sum PIB_{ijt} \times D_- \times \Delta SK_{ijt}$	63986	-8.72556	13.66322	-113.7364	0
EU_{ijt}	120780	.0575923	.2329719	0	1
TBI_{ijt}	120780	.2620633	.4397587	0	1
$TBIR_{ijt}$	120780	.2214439	.4152204	0	1

TABLEAU B.3 : STATISTIQUES DESCRIPTIVES DES VARIABLES SUR LA BASE DES RELATIONS BILATÉRALES ENTRE LES PAYS DE L'OCDE DE LA BASE DE DONNÉES

	Obs.	Moyennes	Écarts-types	Minima	Maxima
F_{ijt}	14068	6.485654	3.029467	-10.43317	13.34792
$\sum PIB_{ijt}$	29622	27.82066	1.100682	23.69243	30.69187
$SIMI_{ijt}$	29622	-1.462908	.9018752	-6.456172	-.6931472
ΔSK_{ijt}	25702	0	.5478685	-2.922223	2.922223
$DIST_{ij} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	25702	1.690266	2.744294	0	25.43724
$\Delta PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	21998	.0914442	.7577976	-5.779494	8.76865
$\sum PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	21998	5.736131	9.193062	0	81.66457
$-\sum PIB_{ijt} \times D_- \times \Delta SK_{ijt}$	21998	-5.736131	9.193062	-81.66457	0
EU_{ijt}	34848	.1854913	.3887012	0	1
TBI_{ijt}	34848	.2348485	.4239102	0	1
$TBIR_{ijt}$	34848	.2081038	.4059573	0	1

TABLEAU B.4 : STATISTIQUES DESCRIPTIVES DES VARIABLES – RELATIONS BILATÉRALES ENTRE PAYS DE L'OCDE ET PAYS NON-OCDE

	Obs.	Moyennes	Écarts-types	Minima	Maxima
F_{ijt}	12924	4.875621	2.905143	-11.07228	11.81013
$\sum PIB_{ijt}$	54014	27.34277	1.111031	23.73334	30.75666
$SIMI_{ijt}$	54014	-1.545169	.9673061	-6.216968	-.6931472
ΔSK_{ijt}	36012	0	.9483957	-3.847872	3.847872
$DIST_{ij} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	36012	3.279682	4.861546	0	35.80475
$\Delta PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	31504	.1718589	1.34888	-10.38917	13.09239
$\sum PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	31504	10.52689	15.63614	0	113.7364
$-\sum PIB_{ijt} \times D_- \times \Delta SK_{ijt}$	31504	-10.52689	15.63614	-113.7364	0
EU_{ijt}	60984	.0078709	.0883698	0	1
TBI_{ijt}	60984	.3153614	.4646673	0	1
$TBIR_{ijt}$	60984	.2647252	.441194	0	1

TABLEAU B.5 : STATISTIQUES DESCRIPTIVES DES VARIABLES – RELATIONS BILATÉRALES ENTRE PAYS NON-OCDE

	Obs.	Moyennes	Écarts-types	Minima	Maxima
F_{ijt}	2636	3.591437	3.37584	-11.13204	13.05384
$\sum PIB_{ijt}$	22994	26.69593	1.015017	23.59774	29.88737
$SIMI_{ijt}$	22994	-1.314931	.720165	-5.116987	-.6931472
ΔSK_{ijt}	11796	0	.9192314	-3.678681	3.678681
$DIST_{ij} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	11796	3.25098	4.790597	0	32.49275
$\Delta PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	10484	-.2496129	1.216314	-10.5409	6.331368
$\sum PIB_{ijt} \times D_+ \times \Delta SK_{ijt}$	10484	9.585183	14.07669	0	89.79114
$-\sum PIB_{ijt} \times D_- \times \Delta SK_{ijt}$	10484	-9.585183	14.07669	-89.79114	0
EU_{ijt}	24948	.000481	.0219269	0	1
TBI_{ijt}	24948	.1697932	.3754585	0	1
$TBIR_{ijt}$	24948	.1342793	.340959	0	1

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une mission réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention 17.09). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle est subordonnée à l'accord de la Mission.