



## RAPPORT DE RÉUNION

# Le monde changeant des négociations en matière d'investissements : De la protection bilatérale à... ?

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE

Le onzième Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement (le Forum) s'est tenu à Nairobi, au Kenya, du 7 au 9 février 2018. L'organisation en a été assurée conjointement par l'Autorité kenyane pour l'Investissement (KenInvest), l'Institut international du développement durable (IISD) et le Centre Sud. S'appuyant sur le succès des Forums précédents, l'événement a réuni 141 participants provenant de 65 gouvernements de pays en développement, 11 organisations régionales et internationales et des universitaires invités.

Sous le thème « Le monde changeant des négociations en matière d'investissement : de la protection bilatérale à... ? », les participants ont abordé la conception des traités d'investissement et la réforme concernant le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) sous l'angle du développement durable. Ils ont passé en revue les tendances et les évolutions des politiques en matière d'investissement international aux niveaux mondial, régional et national, en se concentrant sur la portée et l'amplitude des négociations d'investissement et sur les aspects substantiels et procéduraux du régime d'investissement. On retrouvait également à l'ordre du jour des discussions sur les défis, les opportunités et les options stratégiques qui permettraient aux pays en développement de se rassembler afin de façonner le programme pour la réforme du régime d'investissement d'une manière qui contribue à leur développement économique et social.

Les participants ont remarqué avec regret une certaine fragmentation des processus de réforme actuels, qui a conduit à un examen séparé de plusieurs questions de fond et de procédure liées à l'investissement. Ils ont toutefois souligné le besoin de tirer profit des opportunités engendrées par la réforme et de s'attaquer aux problèmes actuels (en particulier en ce qui concerne le RDIE) tout en garantissant dès aujourd'hui une marge de manœuvre permettant de traiter des questions de fond à l'avenir. Ils ont estimé que les pays en développement devraient se préparer et s'engager dans toutes les discussions en cours à tous les niveaux, avec des positions communes basées sur un ordre du jour positif, même s'ils sont en désaccord avec le choix du forum ou les approches pour les négociations.



## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

Concernant les caractéristiques souhaitables d'un forum pour les négociations de réforme du régime d'investissement, les participants ont estimé que le forum idéal devrait inclure différentes approches nationales et régionales, favoriser le consensus, refléter les valeurs partagées par les pays en développement, poursuivre les objectifs de développement durable et fournir des processus de prise de décision équilibrés et équitables pour les pays en développement.

Alors que les participants ont évalué les avantages et les inconvénients des différents forums, approches et efforts en cours pour réformer le régime d'investissement aux niveaux bilatéral, régional et multilatéral, les discussions ont porté sur le processus de réforme du RDIE de la part de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et sur le lancement de « discussions structurées » autour de la facilitation des investissements au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Certains participants partageaient l'avis que l'OMC pourrait être un bon forum pour les négociations sur l'investissement, étant donné qu'elle pourrait donner une voix aux pays en développement. Cependant, d'autres participants ont exprimé leur désaccord, rappelant que l'OMC était très axée sur les échanges commerciaux et qu'elle avait des antécédents peu convaincants en matière d'intégration des questions de développement durable. En ce qui concerne les discussions sur la facilitation de l'investissement à l'OMC, certains participants ont exprimé leurs inquiétudes quant au contenu et à la portée de la « facilitation de l'investissement » et à son lien avec le développement durable, tandis que d'autres ont considéré que la discussion de la question était une chose positive, indépendamment des divergences d'opinion.

Les participants ont convenu et souligné que les pays en développement devraient jouer un rôle actif dans le processus de la CNUDCI pour la réforme du RDIE afin de s'assurer que les résultats du processus respectent leurs intérêts et répondent à leurs défis et besoins. Ils ont également reconnu que, parallèlement, les pays en développement devraient rechercher des solutions globales à long terme et réfléchir aux futurs traités d'investissement et mécanismes de règlement des différends.

Enfin, les participants ont discuté de la façon de modifier la culture des négociations sur l'investissement et sur la réforme du régime d'investissement vers une *solidarité normative*. Cela supposerait de parvenir à une position commune entre les pays en développement sur les principes qui devraient régir le régime international d'investissement, tout en tenant compte des spécificités nationales et régionales. Parmi les idées partagées par les participants, plusieurs peuvent être soulignées :

- Les pays en développement devraient d'abord chercher à mieux comprendre le sujet en question, puis trouver des positions communes en fonction de leurs objectifs nationaux de développement et, enfin, participer activement à de multiples forums



## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

basés sur ces positions. L'investissement pour le développement durable et l'équilibre des droits et des obligations entre les investisseurs et les États, entre autres questions de fond, devraient figurer parmi les positions communes adoptées par les pays en développement.

- La communication des gouvernements des pays en développement avec toutes les parties prenantes affectées par les investissements étrangers, en particulier la population locale, est essentielle pour obtenir la volonté politique et le soutien au niveau national. La communication avec les pays exportateurs de capitaux et les investisseurs étrangers est également très importante.
- Tous les départements au sein d'un gouvernement national doivent avoir une approche cohérente pour renforcer les positions institutionnelles nationales sur les différentes questions liées à l'investissement.
- Aux niveaux régional et mondial, les gouvernements devraient continuer à partager les meilleures pratiques en matière de conception institutionnelle pour les négociations et à renforcer les positions de négociation.
- La sensibilisation aux questions d'investissement devrait être renforcée et une forte volonté politique pour les résoudre devrait se construire au plus haut niveau. Pour compléter le Forum annuel des  *négociateurs*  en investissement dans les pays en développement, un forum des décideurs politiques des pays en développement pourrait être créé à ces fins.

## INTRODUCTION

Le onzième Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement (le Forum) s'est tenu à Nairobi, au Kenya, du 7 au 9 février 2018. L'organisation en a été assurée conjointement par l'Autorité kenyane pour l'Investissement (KenInvest), l'Institut international du développement durable (IISD) et le Centre Sud. S'appuyant sur le succès des Forums précédents, l'événement de cette année a réuni 141 participants représentant 65 gouvernements de pays en développement et 11 organisations régionales et internationales.

Sous le thème « Le monde changeant des négociations en matière d'investissement : de la protection bilatérale à... ? », les participants se sont penchés sur la question de remodeler plusieurs aspects de fond et de procédure des traités d'investissement et du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), afin d'améliorer les résultats en matière de développement durable. Les participants ont également exploré un éventail d'options stratégiques visant à aider les pays en développement à mettre en place une *solidarité normative*, en créant une opinion cohérente mais différenciée qui permettra de façonner le programme de réforme d'une manière qui contribue au développement économique et social.

On retrouvera l'ordre du jour du Forum sur le site Web de l'IISD : <http://www.iisd.org/event/11th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>.



## Première journée : mercredi 7 février 2018

### CÉRÉMONIE D'OUVERTURE

Le Forum a été inauguré conjointement par **M. Chris Kiptoo** (Secrétaire principal, Département d'État du commerce, Ministère de l'industrie, du commerce et des coopératives, Kenya), **S.E. Davaasuren Damdinsuren**, (Secrétaire d'État, Ministère des affaires étrangères, Mongolie), **Mme Nathalie Bernasconi** (Directrice de groupe, Droit et Politique économique, IISD) **M. Vicente Yu** (Directeur exécutif adjoint, Centre Sud). **M. Moses Ikiara** (Directeur Général, KenInvest, Kenya) a facilité la cérémonie d'ouverture.

Après avoir accueilli les participants au nom du gouvernement kenyan, le **Secrétaire principal Chris Kiptoo** a souligné le nombre croissant et le coût élevé des procédures d'arbitrage relatives aux investissements, auxquelles sont confrontés de nombreux pays en développement, y compris le Kenya. Il a précisé que les traités devraient prendre en compte les intérêts de toutes les parties prenantes et ne pas déconsidérer les lois nationales. Il a ensuite souligné l'importance de la participation des pays en développement au sein de processus internationaux tels que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). **S.E. Davaasuren Damdinsuren** a illustré la remarque de M. Kiptoo au sujet du coût élevé des procédures d'arbitrage en se référant à une affaire en cours contre la Mongolie, qui a vu un investisseur réclamer une compensation correspondant à 60 pour cent du budget national consacré à l'éducation. Il souligne également la nécessité de réformer le régime d'investissements.

### SÉANCE 1 : PORTÉE DU 11ÈME FORUM ANNUEL : LES NOUVELLES PIÈCES D'UN NOUVEAU PUZZLE

La première séance du Forum a abordé l'évolution récente et les orientations futures des négociations internationales sur l'investissement. La séance a été animée par **Mme Roslyn Ng'eno** (Responsable de la défense des politiques, KenInvest, Kenya).

Invitée à fournir un aperçu des tendances concernant l'élaboration des politiques relatives aux traités d'investissement, **Mme Nathalie Bernasconi** (IISD) s'est d'abord concentrée sur le niveau national, observant que les pays en développement adoptent trois approches générales en ce qui concerne leur stock actuel d'anciens traités bilatéraux d'investissement (TBI). Certains cherchent à les renégocier, d'autres y mettent fin, tandis que d'autres encore les gardent comme tel dans l'espoir qu'ils ne donneront pas lieu à des arbitrages. Au niveau régional, Mme Bernasconi considère l'Afrique comme un laboratoire pour les approches novatrices, y compris des modèles de traités (par exemple le modèle de TBI de la Communauté



de développement de l'Afrique australe [SADC] et le Code panafricain d'investissement [PAIC]) et des règles strictes (Accord d'investissement de la zone d'investissement commune (CIAA) du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe [COMESA]). Elle a encouragé les pays en développement à utiliser les meilleures pratiques d'autres régions en développement lors de l'élaboration de leur propre approche régionale. Au niveau multilatéral, Mme Bernasconi a précisé que des « discussions structurées » sont en cours, et a attiré l'attention sur les discussions autour des règles multilatérales pour la facilitation des investissements à l'OMC et sur un processus de réforme du RDIE à la CNUDCI. Il est particulièrement important de bien comprendre ces développements, y compris les risques et les opportunités pour les pays en développement, a-t-elle conclu.

**Mme Opeyemi Abebe** (Conseillère commerciale, Section de la compétitivité commerciale, Secrétariat du Commonwealth) a analysé la tendance consistant à inclure les chapitres sur l'investissement dans les accords commerciaux ou économiques régionaux et méga-régionaux. Elle a clarifié la différence entre les accords régionaux (au niveau de l'organisation de l'intégration d'une seule région) et les accords méga-régionaux (entre des régions distinctes provenant souvent de continents différents) ; et a noté que les accords méga-régionaux génèrent de nouvelles difficultés pour les pays en développement. Alors que les partenaires opérant dans une seule région essaient d'atteindre un objectif commun, ce niveau de cohésion fait généralement défaut dans les accords méga-régionaux entre partenaires marqués par des niveaux de développement économique différents. Elle a ensuite identifié les deux principaux risques que cette tendance crée pour les pays en développement. Premièrement, ces accords comportent habituellement des charges plus lourdes que celles que les pays en développement auraient à l'OMC, mais parfois sans la composante du traitement spécial et différentiel. On l'a notamment remarqué dans le récent accord régional entre l'Australie, la Nouvelle-Zélande et les îles du Pacifique. Deuxièmement, les négociateurs commerciaux utilisent le chapitre sur l'investissement comme monnaie d'échange pour l'accès aux marchés, convaincus qu'un investissement direct étranger (IDE) est toujours souhaitable. Elle a posé la question de savoir si, par rapport aux TBI, les accords méga-régionaux comprennent le niveau de garanties dont les pays en développement ont besoin. Concernant les « Amis de la facilitation de l'investissement pour le développement » à l'OMC, elle a noté que ce terme comprend le mot « développement », mais a rappelé que le cycle de Doha, qui vise à discuter des questions de développement, n'est pas encore conclu. Enfin, elle a encouragé les pays en développement à participer à tous les niveaux afin de faire avancer le programme de développement durable.

**M. Carlos Correa** (Conseiller spécial pour le commerce et la propriété intellectuelle, Centre Sud) a analysé l'orientation future des négociations multilatérales en matière d'investissements. Il a expliqué que, au début de la conception du régime de droit de l'investissement, l'objectif principal était de réglementer les IDE, afin de s'assurer qu'ils remplissent certaines fonctions dans l'économie. L'objectif est ensuite devenu celui de promouvoir et de libéraliser les IDE, se détournant ainsi de l'aspect lié à la réglementation. Cela a conduit à une protection des IDE, entraînant une augmentation considérable du





nombre de TBI. M. Correa a déclaré que la dernière évolution consiste à accorder des droits pré-établissement et à faciliter les investissements, et a soulevé plusieurs questions clés pour les pays en développement concernant les discussions sur la facilitation de l'investissement au niveau multilatéral. Premièrement, un accord sur la facilitation de l'investissement remplacerait-il ou compléterait-il les TBI ? Deuxièmement, la facilitation de l'investissement est-elle vraiment une question commerciale et, dans l'affirmative, quelle est la nature du lien entre commerce et investissement ? Troisièmement, l'OMC est-elle le forum approprié pour négocier la facilitation de l'investissement, et un accord plurilatéral est-il viable dans le cadre de l'OMC ? Espérant que toutes ces questions seront abordées lors du Forum, il a ensuite attiré l'attention sur le défi préliminaire consistant à parvenir à un mandat consensuel multilatéral en matière de négociation des investissements à l'OMC.

Au cours d'une deuxième série de questions, les intervenants ont eu l'occasion de discuter plus spécifiquement de la réforme du RDIE par la CNUDCI.

**Mme Bernasconi** a souligné que la réforme des obligations de fond va de pair avec celle des mécanismes liés au règlement des différends. D'une part, même avec de nouvelles règles de fond bien rédigées, les risques d'arbitrage en matière d'investissement persisteront tant que ces règles seront associées au système d'arbitrage traditionnel. D'un autre côté, un système d'arbitrage bien réformé ne pourrait aboutir à des solutions totalement satisfaisantes s'il interprète toujours des règles démodées, trop larges et déséquilibrées, a déclaré Mme Bernasconi. Ce contexte la pousse à s'interroger sur les implications de cette dynamique dans le cadre du processus de réforme de la CNUDCI, où seule la réforme du RDIE est en cours de négociation. Elle a encouragé les pays en développement à réfléchir à la manière dont le processus de la CNUDCI pourrait être concilié avec les futures réformes de fond, et à ce qu'il faudrait accomplir pour y parvenir.

Si elle reconnaît l'importance de combiner des réformes au niveau du fond et des procédures, **Mme Abebe** estime que les négociations sur le RDIE à la CNUDCI offrent aux pays en développement l'occasion de réformer une question cruciale, et que toute initiative de réforme représente un pas en avant dont il faut tirer parti. L'ensemble des processus – à la CNUDCI, à la CNUCED, aux niveaux national et régional – aboutiraient à une meilleure situation pour les pays en développement par rapport à ce que permet actuellement le RDIE, a suggéré Mme Abebe.

**Lors de la discussion en plénière**, certains participants se sont dits inquiets devant l'inefficacité des négociations bilatérales continues et fondées sur des modèles obsolètes. Il a été proposé de passer de la protection bilatérale à la « solidarité normative », les participants soulignant la nécessité pour les pays en développement de s'impliquer activement pour atteindre un point de vue cohérent à travers l'ensemble des forums et des questions, y compris le RDIE. Certains participants ont exprimé leur inquiétude par rapport au fait que les codes d'investissement de nombreux pays en développement offrent aux investisseurs étrangers une



protection plus large que certains TBI modernes, et ont appelé à une plus grande cohérence au niveau national. D'autres ont considéré qu'une révision totale du RDIE est le seul moyen de résoudre les problèmes présents dans le système, et ont appelé à un point de vue partagé parmi les pays en développement concernant les réformes aux niveaux bilatéral et multilatéral, y compris le processus actuel de la CNUDCI.

**Mme Roslyn Ng'eno** a conclu la séance en appelant à une plus grande cohérence et à une position unique pour l'ensemble des pays en développement, dans tous les processus de négociation d'investissement.

## SÉANCE 2 : DEVELOPPEMENTS RÉCENTS DANS LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT ET L'ELABORATION DES POLITIQUES EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT

La deuxième séance, animée par **S.E. Davaasuren Damdinsuren** (Mongolie), a porté sur les récents développements dans le domaine de l'élaboration des politiques d'investissement international, de la réforme et du règlement des différends, en mettant l'accent sur les questions spécifiques du Forum.

Invité à faire le point sur les négociations relatives aux investissements régionaux en Amérique latine, **M. José Henrique Vieira Martins** (Coordonnateur général pour la politique commerciale et d'investissement, Secrétariat aux affaires internationales, Ministère des finances, Brésil) a décrit les principales caractéristiques du Protocole du Marché commun du Sud (MERCOSUR) sur la coopération et la facilitation des investissements (le Protocole d'investissement du MERCOSUR), adopté en avril 2017. Fondé en grande partie sur l'Accord de Coopération et de Facilitation de l'Investissement (ACFI) du Brésil, le Protocole d'investissement du MERCOSUR se concentre sur l'amélioration de l'environnement commercial et instaure un médiateur dans chacun des états membres et un comité mixte pour prévenir les différends et élaborer un programme commun en matière d'investissement. Il a précisé que le protocole fournit également certaines garanties aux investisseurs, telles que l'expropriation directe et les transferts de fonds, et inclut également une importante clause sur la responsabilité sociale des entreprises (RSE). En ce qui concerne l'Union des nations sud-américaines (UNASUR), il a expliqué que des négociations sont en cours depuis presque dix ans en vue de la création d'un centre alternatif pour le règlement des différends en matière d'investissement. Contrastant avec le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ce centre disposera probablement de règles novatrices en matière de sélection des arbitres et d'arbitrage entre États, et jouera également un rôle consultatif auprès des décideurs politiques régionaux. Il a ensuite précisé que le Brésil, bien que n'étant pas impliqué dans l'Alliance du Pacifique, a signé des ACFI avec ses membres. Cela



démontre, selon M. Martins, les points de vue partagés par les pays de l'Alliance du Pacifique sur certains aspects importants tels que la facilitation de l'investissement. Pour conclure, il a souligné l'importance d'avoir des discussions productives sur la facilitation de l'investissement.

**Mme Elisabeth Tuerk** (Responsable, Section des accords internationaux en matière d'investissement, département des investissements et des entreprises, CNUCED) a présenté les tendances mondiales en matière d'élaboration des politiques d'investissement en s'appuyant sur le rapport de la CNUCED sur les investissements mondiaux (2016) et sur les bases de données des Accords d'Investissement International (AII). Elle a expliqué que ces statistiques montrent une tendance positive importante en ce qui concerne la qualité des récents traités. De plus, pour la première fois, le nombre de TBI auxquels il a été mis fin en 2017 (50) est supérieur au nombre de nouveaux TBI ou traités conclus avec des dispositions sur l'investissement (TIP). Mme Tuerk a également souligné le nombre croissant de TIP, même si 80 % de tous les AII existants sont encore des TBI. Cependant, dans le cadre de la phase 2 de la réforme des AII de la CNUCED, elle a insisté sur la nécessité d'aborder l'ensemble des traités conçus selon les anciens modèles : 95 % des TBI (soit 2.500 traités) ont été conclus avant 2010. Elle a en outre présenté une analyse comparative entre les traités anciens et récents, montrant que les nouveaux traités sont généralement meilleurs du point de vue du développement durable, mais ne sont pas parfaits. Mme Tuerk a invité les pays en développement à évaluer ce que signifient les négociations aux niveaux régional et multilatéral pour leur stock actuel. Par exemple, le processus de réforme de la CNUDCI peut-il remédier aux insuffisances en termes de RDIE dans le cadre des TBI existants ? Une approche multilatérale remplacera-t-elle les TBI existants, ou ajoutera-t-elle simplement davantage de complexité ? À cet égard, elle a rappelé que les 10 options de modernisation des traités de l'ancienne génération, figurant dans le Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable (CPIDD) de la CNUCED, constituent des outils utiles pour les pays en développement. En conclusion, Mme Tuerk a soulevé une question qui fait écho au thème général du Forum : Des traités qui mordent à... ?

**M. Martin Kohout** (Chargé des Affaires économiques associé, Section des politiques d'investissement, Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique [CEA]) a fait le point sur les négociations concernant l'Accord de libre-échange continental africain (AfCFTA) et le Code panafricain d'investissement (PAIC), deux initiatives de l'Union africaine (UA). Il a expliqué que la zone de libre-échange continentale (ZLEC) deviendra la plus grande zone de libre échange au monde après l'OMC en termes de nombre de pays participants. Au cours du sommet des chefs d'État de l'UA en janvier 2018, les États membres de l'UA ont convenu de signer l'accord de la ZLEC et les protocoles de la phase 1 le 21 mars 2018 à Kigali. Alors que la négociation de la phase 1 concernait le commerce des marchandises, le commerce des services et le règlement des différends, la phase 2 couvrira l'investissement, la propriété intellectuelle et la concurrence, et devrait débiter juste après la phase 1. Au sujet du PAIC, M. Kohout a expliqué qu'il a été adopté par le Comité technique spécialisé (CTS) sur les finances, les affaires monétaires, la planification économique et l'intégration de l'Union africaine en octobre





## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

2017 en tant qu'instrument politique non contraignant. Le CTS a également demandé à la CUA de partager le projet avec d'autres comités concernés. En ce qui concerne l'interaction entre les deux outils, il note le potentiel de convergence entre l'accord de la ZLEC et le PAIC. Après cette mise à jour, il a souligné que les accords de commerce et d'investissement intra-africains devraient promouvoir la transformation structurelle et créer un espace économique plus large et des opportunités d'investissement pour l'ensemble des investisseurs. Soulignant la nécessité d'une cohérence accrue et d'un environnement réglementaire propice au développement durable, il a appelé à ce que le chapitre sur l'investissement de la ZLEC garantisse une certaine marge de manœuvre politique, améliore la prévisibilité et uniformise les règles du jeu.

Les intervenants ont ensuite eu l'occasion d'échanger leurs points de vue sur les différentes tendances au niveau régional et mondial.

**M. Martins** a décrit les trois principales différences entre l'ACFI brésilien (sur lequel repose le Protocole d'investissement du MERCOSUR) et les TBI traditionnels : les approches du Brésil et du MERCOSUR se concentrent sur la facilitation de l'investissement, prévoient uniquement un arbitrage entre États et excluent les investissements de portefeuille. Par rapport à l'approche du MERCOSUR et à la plupart des ACFI du Brésil, M. Martins a affirmé que l'accord la ZLEC est plus complet et inclut des dispositions d'investissement. Il a également noté des similitudes entre les trois approches abordées (ACFI / MERCOSUR, CFTA et PAIC) : l'accent mis sur la sauvegarde de la marge de manœuvre politique, la création de prévisibilité et l'uniformisation des règles du jeu. M. Martins a également précisé que le PAIC, en tant qu'instrument non contraignant, promeut de nouveaux points de vue concernant l'élaboration des politiques d'investissement, qui sont similaires à ceux que l'on retrouve dans certains outils contraignants en Amérique latine.

**M. Kohout** a noté que l'Afrique est devenue un laboratoire d'innovation, qui offre plusieurs options aux décideurs politiques en termes de préparation des programmes. Plusieurs accords ou modèles de traités au niveau continental (PAIC), régional (COMESA, CAE et SADC) ou bilatéral (par exemple, le TBI Maroc-Nigéria) sont considérés comme des outils modernes, comme le souligne la récente enquête de la CNUCED sur la qualité des AII. Décrivant plusieurs points communs entre le PAIC et le TBI Maroc-Nigéria, M. Kohout a souligné qu'ils reconnaissent chacun explicitement les objectifs de développement durable dans le préambule, protègent le droit de réglementer, utilisent une définition étroite des investissements, contiennent des dispositions sur les obligations des investisseurs, la RSE et les droits de l'homme, et le PAIC permet également aux États de faire des demandes reconventionnelles contre un investisseur dans le cas d'une violation alléguée d'un traité. M. Kohout a partagé le point de vue selon lequel ils représentent un changement au niveau l'élaboration des traités d'investissement sur le continent.

**Mme Tuerk** a souligné l'importance pour les pays en développement de concevoir les traités qui leur conviennent le mieux. À cette fin, elle a rappelé que la Feuille de route 2015 de la



CNUCED pour la réforme des AII recommande cinq questions à examiner : (1) préserver le droit de réglementer, (2) améliorer le règlement des différends (pas nécessairement le RDIE), (3) assurer un investissement responsable, (4) faciliter l'investissement et (5) aborder la complexité systémique. Par conséquent, Mme Tuerk estime qu'il s'agit moins de savoir où trouver l'inspiration, mais plus précisément de savoir quels traités favorisent le développement durable, et comment gérer le stock de traités d'ancienne génération.

**M. Martins** soutient Mme Tuerk en ce qui concerne le fait que chaque pays ou région devrait rechercher un modèle qui lui convient. En s'appuyant sur l'exemple du Brésil et des discussions à l'OMC sur la facilitation de l'investissement, il estime que les discussions au niveau multilatéral pourraient s'avérer positives et aider à obtenir l'appui d'un plus grand nombre de pays ou d'organisations, telles que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ou la CNUCED. **Mme Tuerk** a convenu qu'il est important de discuter de la manière de faciliter efficacement les investissements. Elle a toutefois précisé que la CNUCED ne prend pas position sur la question de savoir si ce sujet devait être discuté à l'OMC et ne fait donc pas partie des « amis » du groupe des Amis de la facilitation de l'investissement pour le développement (AFID). Pour **M. Kohout**, l'important est que les modèles régionaux et les TBI modernes communiquent un signal caractérisé par des engagements une compréhension et une volonté partagées.

**Lors des discussions en plénière**, plusieurs participants ont souligné l'importance de concevoir des mesures concrètes pour la réforme aux niveaux national et régional, et ont appelé à un plus grand partage d'expériences sur la gestion du stock de TBI d'ancienne génération. Ayant été sollicité sur la question de savoir si le PAIC formerait la base pour les négociations liées aux investissements dans la ZLEC, **M. Kohout** a répondu que cette option pourrait être prise en compte. À la question de savoir si le Brésil a conclu un ACFI avec un pays développé, **M. Martins** a répondu qu'un tel accord n'a pas été établi à ce jour ; il a précisé que, bien que le Brésil soit disposé à faire preuve de souplesse, il se retirera si les parties ne parviennent pas à atteindre un consensus minimal. Plusieurs participants ont remis en question les rôles des politiques de développement dans les négociations de traités d'investissement en Afrique, et ont exprimé leur préoccupation quant à la capacité des pays à développer une vision commune malgré les différentes réalités et contraintes économiques. Les participants se sont également interrogés sur la capacité des pays les moins avancés (PMA) à adopter une approche similaire à celle embrassée par des pays comme le Brésil, l'Inde ou l'Afrique du Sud, même au sein d'organisations d'intégration régionale.



## SÉANCE 3 : ÉTUDE APPROFONDIE DE LA PORTEE SUBSTANTIVE DES ACCORDS

**M. Moses Ikiara** (Kenya) a animé la troisième séance, qui consistait à examiner le développement actuel du contenu des traités d'investissement, ainsi que leur relation avec les accords commerciaux et les accords économiques régionaux. La discussion s'est ouverte en invitant l'Inde et le Nigéria à partager les dispositions de fond les plus innovantes dans leurs récents TBI ou modèles.

**M. Chanchal Chand Sarkar** (Directeur du département des accords internationaux d'investissement, Ministère des finances, Inde) a rappelé que son pays a signé 84 TBI sur la base d'un TBI type de 1993. Depuis la mi-2000, l'Inde a fait face à un certain nombre de revendications fondées sur des traités, y compris le célèbre cas de la *White Industries*. Il y a maintenant une vingtaine de procédures en instance contre l'Inde, et beaucoup d'entre elles sont de nature extravagante. Les changements socio-économiques considérables qui ont eu lieu depuis le précédent modèle TBI de l'Inde de 1993, les expériences dans les litiges et les changements du régime des IDE, ont conduit l'Inde à revoir son TBI type et à développer un nouveau modèle global. M. Sarkar a ensuite décrit certaines des principales caractéristiques du modèle indien, notamment : 1) une définition de l'investissement fondée sur les entreprises ; 2) la protection post-établissement seulement ; 3) le champ d'application du traité n'inclut pas les questions fiscales et les subventions ; 4) l'exclusion des décisions des autorités locales (au niveau du village) du champ d'application des mesures couvertes par le TBI ; 5) l'omission de la clause de traitement de la nation la plus favorisée (NPF) ; 6) l'exclusion des mots « traitement juste et équitable » (TJE) mais le maintien de l'esprit de cette protection d'une manière soigneusement limitée ; 7) l'épuisement des recours internes (limité à cinq ans) avant que l'investisseur puisse recourir au RDIE ; 8) l'obligation des investisseurs d'équilibrer les droits accordés aux investisseurs ; 9) l'incorporation de dispositions procédurales sur la transparence, les conflits d'intérêts et la qualification des arbitres dans le mécanisme de RDIE. M. Sarkar a également souligné les différences entre les négociations commerciales et les négociations d'investissement et la manière dont les négociations d'investissement ne devraient pas être subordonnées par les premières. Selon lui, il est essentiel de maintenir une approche bien coordonnée entre les pays ainsi qu'au sein d'un pays entre les différents départements gouvernementaux tels que le commerce, l'investissement et les affaires étrangères, entre autres.

**Mme Ajuma Patience Okala** (Directrice adjointe et conseillère juridique de la Commission nigériane de promotion des investissements, Nigéria) a fait part de l'expérience de son pays en matière de révision et d'utilisation de son modèle de TBI. Elle a rappelé que le précédent modèle de TBI du Nigéria était axé sur la protection des investisseurs, ce qui incluait des dispositions générales et vagues, sans sauvegardes. Elle a également précisé que le gouvernement est soumis au RDIE via sa loi nationale sur l'investissement. Suite aux



déversements de pétrole et à la dégradation massive de l'environnement dans le delta du Niger et à des cas de RDIE contre le Nigéria, le gouvernement a commencé à considérer la *qualité* – et pas seulement la *quantité* – des investissements, a expliqué Mme Okala. Le Nigéria a donc procédé à un examen de son stock de TBI. Elle a déclaré que l'on pouvait se demander s'il existait une corrélation directe entre ces derniers et le montant des IDE reçus. Elle a également souligné qu'il existe d'autres facteurs encourageant les IDE au Nigéria. Cette constatation a conduit à un changement significatif de la façon de penser, et à une révision du modèle de TBI du Nigéria pour équilibrer les droits et obligations des investisseurs, faire référence aux objectifs de développement durable du pays et protéger le droit de réglementer. Le nouveau modèle a été adopté en 2016 et dispose encore de nombreuses protections pour les investisseurs, y compris le transfert gratuit de fonds, le traitement NPF, le traitement national et l'expropriation – mais dans un langage plus prudent, limité et avec plus de garanties. Le modèle inclut également des obligations sur la RSE, le travail, la lutte contre la corruption et les droits de l'homme, et établit une commission mixte. En se basant sur une cartographie qualitative de 21 de ses 29 anciens TBI, qui a démontré un manque important de dispositions axées sur la réforme, le Nigéria a l'intention d'amender, de renégocier ou mettre fin aux anciens TBI qui ne répondent pas à la qualité requise.

**M. Aaron Cosbey** (Économiste adjoint et principal, IISD) a présenté les TBI et leurs implications pour la marge de manœuvre de la politique industrielle ; avec comme point de départ le fait que les outils de politique industrielle peuvent transformer les investissements et les rendre positifs pour le développement. Il a expliqué que le débat actuel n'est pas de savoir *s'il faut ou non*, utiliser la politique industrielle, mais bien *comment* le faire correctement. Le paradoxe est que, malgré un changement d'attitude à l'égard de la politique industrielle de l'époque du Consensus de Washington, les pays signent toujours des TBI qui limitent leur utilisation de ces outils (par exemple, dans le cas de prescriptions de résultat sur le contenu local, la gestion locale, la balance des paiements, les coentreprises et les prescriptions en matière de R & D). M. Cosbey a observé que bien que de nombreux TBI ne limitent pas la marge de manœuvre de la politique industrielle, ce n'est pas le cas de tous les TBI. Il reconnaît qu'il est indéniablement difficile de mettre en place une bonne politique industrielle et qu'il y a plus d'échecs que de succès, mais qu'étant donné leur importance pour le développement durable, leur utilisation ne devrait pas être interdite. Il a poursuivi en analysant ce que les AII devraient faire en matière de politique industrielle, et en particulier dans le cadre des prescriptions de résultat, en envisageant de : (1) ne rien indiquer (revenir sur l'interdiction limitée de certaines prescriptions de résultats dans l'Accord de l'OMC sur les mesures concernant l'investissement et le commerce [MIC]), comme c'est le cas dans la plupart des TBI ; (2) exclure certaines prescriptions de résultats ; (3) interdire les prescriptions de résultat mais en maintenant ceux qui sont déjà en place ; (4) interdire les prescriptions de résultat mais en les excluant des RDIE ; (5) limiter l'utilisation de la politique industrielle sur la base de ce que nous savons fonctionner (par exemple, utiliser des clauses d'extinction (sunset clause) pour assurer leur élimination après un certain temps). M. Cosbey a conclu en affirmant qu'il n'est pas clair si les TBI augmentent les IDE ou non, et que même si c'était le cas, il n'y



aurait aucune raison de restreindre l'utilisation par les pays en développement des outils de politique industrielle nécessaires pour assurer un développement durable.

**M. Vicente Yu** (Centre Sud) a présenté la discussion sur la facilitation de l'investissement dans de multiples forums et les enjeux croissants découlant de ces discussions. Il a tout d'abord souligné que des discussions sur la facilitation de l'investissement ont eu lieu dans différents forums multilatéraux (par exemple, Coopération économique Asie-Pacifique [APEC], MERCOSUR, CNUCED) et au niveau national (Brésil et Afrique du Sud, par exemple). M. Yu s'est ensuite penché sur les questions clés liées aux discussions sur la facilitation des investissements à l'OMC, et notamment sur la manière de structurer ces discussions, sur les obligations de facilitation des investissements au niveau de l'OMC et sur le contenu des obligations multilatérales. Il a insisté sur le fait que les pays en développement devraient examiner attentivement le type d'exclusions et les garanties dont ils auront besoin pour protéger leur marge de manœuvre politique si les discussions cèdent la place aux négociations. Il a encouragé les participants à réfléchir à ces questions, en commençant par une idée claire de ce que le gouvernement entend faire au niveau national. Ensuite, la question du champ d'application des obligations multilatérales de facilitation de l'investissement peut être considérée du point de vue de comment allier les objectifs nationaux aux objectifs régionaux, continentaux et internationaux, a conclu M. Yu.

**M. Ikiara** a donné l'occasion à M. Sarkar et à Mme Okala de réfléchir d'analyser l'expérience de leur pays respectif en termes de négociation basée sur leurs nouveaux modèles.

**Mme Okala** a affirmé que le Nigéria a signé des TBI basés sur le nouveau modèle avec le Maroc et Singapour. Le Nigéria négocie actuellement avec d'autres pays, dont certains qui lui ont proposé un TBI très « vieille école », avec des droits de pré-établissement et une interdiction des prescriptions de résultat. Mme Okala a expliqué que la position du Nigéria était que son TBI type se révèle bénéfique tant pour les investisseurs responsables que pour les pays hôtes. Les négociateurs nigériens ont également expliqué à leurs partenaires que le Parlement nigérian ne serait pas en mesure de ratifier de nouveaux accords fondés sur des TBI de l'ancienne génération, compte tenu de l'orientation politique actuelle du gouvernement.

**M. Sarkar** a expliqué que le Conseil des ministres de l'Inde a décidé de résilier les anciens TBI de l'Inde lorsque leur durée initiale a expiré. Depuis lors, l'Inde est activement engagée dans des négociations avec ces pays. M. Sarkar a déclaré que l'Inde négocie en utilisant son modèle TBI comme texte de base (non pas comme du « à prendre ou à laisser ») avec les pays en développement et les pays développés. Dans tous les cas, l'Inde a conservé les dispositions relatives à l'épuisement des recours et à l'annulation des revendications extravagantes liées aux RDIE.

En ce qui concerne la question de savoir quels éléments à haut risque des AII doivent être évités à tout prix, **M. Cosby** et **M. Yu** sont d'accord sur le fait que le TJE est très





problématique, car il est invoqué dans la grande majorité des différends et peut grandement influencer la flexibilité réglementaire. **M. Sarkar** a souligné que les droits NPF et pré-établissement, s'ils sont inclus, ne devraient pas être soumis aux RDIE et que la définition de l'investisseur est essentielle pour limiter la possibilité de procédures multiples.

Orientant la discussion vers les forums de négociation, **M. Ikiara** a expliqué que le risque de « nivellement par le bas » est élevé lorsque les pays sont en concurrence pour un IDE, et se demande s'il ne serait pas préférable de limiter les négociations d'investissement à des forums régionaux plutôt que bilatéraux. **Mme Okala** a répondu que chacun a ses mérites et ses défis et que l'un ne devrait pas nécessairement remplacer l'autre.

**Lors des discussions en plénière**, les participants ayant révisé leur modèle TBI, et renégocié ou mis fin à des TBI confirment les commentaires de l'Inde et du Nigéria. Les participants ont partagé des exemples de négociations avec des pays développés où un pays demande des dispositions requérant du pays qu'il la permission des investisseurs étrangers avant de modifier ses lois, ainsi que celles de la préparation onéreuse de listes positives ou négatives relatives aux droits de pré-établissement pour les pays en développement. Les participants conviennent que de nombreux pays en développement considèrent encore les TBI comme un symbole d'amitié jusqu'à ce qu'ils soient « mordus » par les affaires de RDIE. Un participant a souligné qu'il est très difficile de faire le premier pas en termes de réforme des TBI. D'autres ont partagé le cas où des pays développés refusent de renégocier et essayent de convaincre les partenaires des pays en développement que tous leur investisseurs quitteraient le pays s'il était mis fin à leurs TBI. Les participants ont ensuite partagé des expériences positives en termes de réforme des BIT, tout en soulignant qu'il peut être difficile de résister à la pression internationale. Les participants ont insisté sur la nécessité de se concentrer d'abord sur les lois nationales, la marge de manœuvre en termes de politique industrielle et les objectifs de développement pour répondre aux besoins du pays en fonction de son niveau de développement, ainsi que l'importance de protéger la souveraineté et son droit de réglementer. Ce faisant, les participants ont convenu qu'une volonté politique du plus haut niveau est essentielle.

## SÉANCE EN GROUPES 1 : QUEL DEVRAIT ÊTRE LA PORTÉE DES NÉGOCIATIONS EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT ?

La session est animée par **Mme H. Suzy Nikiéma** (Conseillère en droit international et coordinatrice régionale [Afrique] pour le programme ELP, IISD). Les participants ont été invités à discuter en groupes et à débattre du champ d'application des principales questions de fond dans les futurs traités d'investissement et chapitres d'investissement dans les accords de libre-échange (ALE), en fonction de la portée géographique considérée (ALE



mégarégionaux, ALE régionaux, TBI entre pays en développement, TBI entre pays ayant des niveaux de développement différents).

À cette fin, on les a invités à examiner plusieurs éléments, notamment : les obligations de fond en matière de libéralisation des investissements ; les obligations de protection des investissements ; les obligations et responsabilités des investisseurs ; les obligations de l'État d'origine ; les exceptions et exclusions ; les garanties pour le droit de réglementer ; et la facilitation de l'investissement.

Concernant la **libéralisation de l'investissement**, les participants ont convenu qu'il est préférable de ne pas accorder de droits de pré-établissement dans les traités d'investissement, ou de les inclure, sous réserve des exclusions de l'ISDS et des secteurs sensibles (en utilisant la méthode de la liste positive).

Au sujet des **obligations en matière de protection des investissements**, certains groupes ont convenu d'inclure des dispositions telles que le traitement national, le traitement NPF, le TJE et le libre transfert de fonds, mais de manière plus limitée que dans les TBI de l'ancienne génération. D'autres ont proposé d'exclure les dispositions controversées telles que l'expropriation indirecte et le TJE.

Tous les groupes soulignent la nécessité de préserver le **droit de réglementer de l'État hôte** ; certains ont demandé des exceptions et des exclusions spécifiques (pas seulement une clause d'exception générale). Un autre point de convergence dans l'ensemble des groupes a été l'inclusion d'**obligations des investisseurs**, y compris la RSE.

Certains groupes ont proposé d'inclure la **facilitation de l'investissement** dans le but de simplifier les procédures administratives que les investisseurs doivent affronter, en réduisant les coûts d'exploitation et en améliorant la transparence réglementaire.

Plusieurs groupes ont également convenu qu'il est de **l'obligation de l'État d'origine** de partager des informations sur les opportunités d'investissement, **l'exclusion des questions fiscales** de la portée du traité et les **obligations de respecter les lois nationales** liées aux droits de l'homme, à la protection de l'environnement et à la lutte contre la corruption.

## SÉANCE 4 : LA PORTÉE SUBSTANTIVE ET LES DÉFIS DE LA NÉGOCIATION : PARTAGE D'EXPÉRIENCES

Cette session a été animée par **Mme Amira Klai** (Directrice, Investissement et Coopération Internationale, Ministère du Développement, Tunisie). Les intervenants ont été invités à partager leurs expériences et difficultés rencontrées par rapport aux questions abordées lors



de la première séance en groupes : Quelle devrait être la portée des négociations sur l'investissement ?

**Mme Erika Ramanarivo** (Directrice de la Promotion des PPP, Ministère des Finances et du Budget, Madagascar) a partagé son expérience en termes de négociations entre Madagascar et un partenaire provenant d'un pays développé, il y a cinq ans. Le pays partenaire a demandé des droits pré-établissement alors que les TBI de Madagascar incluait uniquement des droits post-établissement. Elle a précisé que, vu que Madagascar n'avait pas de modèle, la négociation s'est basée sur le modèle du pays partenaire, ce qui a mis Madagascar dans une position de faiblesse en termes de négociation. Elle a également souligné que le secteur minier est essentiel pour Madagascar et que deux pays développés cherchent actuellement à conclure des TBI de l'ancienne génération avec son pays. Madagascar est en train de mettre au point un TBI type et de réviser le code minier. Mme Ramanarivo a expliqué que le droit de réglementer a été une question clé pour Madagascar et a conduit à un échec des négociations avec certains pays.

**S.E. Davaasuren Damdinsuren** (Mongolie) a donné un aperçu du stock actuel d'accords de commerce et d'investissement de son pays. Il a expliqué que les traités auquel il a été mis fin n'ont pas produit les avantages attendus pour la Mongolie, mais ont plutôt conduit à de grands risques financiers et ont eu un impact négatif sur la capacité du pays à atteindre un développement durable. S.E. Damdinsuren a souligné que la Mongolie a créé un groupe de travail chargé de réformer l'ensemble du régime d'investissement, de rédiger un nouveau modèle de TBI et de renforcer les capacités de son personnel technique avec l'appui de IISD et de la CNUCED. La Mongolie envisage également l'option de modifier, de mettre fin ou de renégocier ses traités pour réformer son stock d'anciens traités. S.E. Damdinsuren a expliqué que la Mongolie étudie les questions des obligations des investisseurs et de comment adapter ses TBI à sa situation nationale. Le pays a également établi un conseil pour aider à résoudre les griefs des investisseurs avant qu'ils ne se transforment en différends. Il a conclu en soulignant que les objectifs de développement durable (ODD) rendent les politiques d'investissement plus difficiles que jamais pour les pays en développement, et que l'IDE est nécessaire pour l'atténuation du changement climatique, la santé, l'éducation, l'énergie, les infrastructures et les secteurs productifs.

**M. Samuel Trujillo** (Procureur général, Conseil d'administration des investissements et services étrangers, Ministère du commerce, Colombie) a noté que la Colombie est actuellement en train de renégocier un TBI avec l'Espagne et, en tant que membre de l'Alliance du Pacifique, négocie des traités avec l'Australie, le Canada, la Nouvelle-Zélande et Singapour. Il a expliqué que l'approche de la Colombie en matière de libéralisation ne consiste pas à inclure les questions commerciales dans les TBI, mais à négocier des chapitres sur l'investissement dans les ALE. M. Trujillo a fait remarquer que la Colombie a essayé – en vain – d'utiliser les TBI comme moyen de parvenir à un ALE avec deux pays. Dans d'autres situations, un ALE peut être indésirable du point de vue de la politique commerciale, alors qu'un TBI peut être



acceptable. M. Trujillo a suggéré que l'intégration des objectifs commerciaux dans les instruments d'investissement ne signifiait pas nécessairement l'élargissement de la portée des traités d'investissement, mais au contraire l'affinement de leur portée. À titre d'exemple, après avoir défini une typologie de base des investissements (IDE tourné vers les ressources naturelles, IDE orienté vers les marchés de consommation et IDE orienté vers l'efficacité et la création de chaînes de valeur mondiales), M. Trujillo a expliqué que, dans la perspective d'une politique commerciale, ce dernier est le plus recherché par les pays en développement. Ceci explique la préférence pour une définition de l'investissement basée sur l'entreprise par certains pays comme l'Inde ou le Brésil, qui consiste essentiellement en une réduction de la portée des accords d'investissement inspirés par des objectifs commerciaux légitimes. M. Trujillo a estimé que la clause NPF, en particulier l'application inadéquate de cette norme par de nombreux tribunaux, constitue un autre obstacle à l'inclusion des disciplines liées au commerce dans les TBI. En tant qu'exemple de domaine où les accords d'investissement ont traditionnellement importé des dispositions liées au commerce, M. Trujillo a mentionné un engagement fréquent dans les nouveaux TBI établissant que l'investissement ne devrait pas être encouragé par la réduction des normes environnementales et du travail. Même si dans les accords commerciaux cet engagement suit les principes d'un marché libre plus qu'une véritable préoccupation pour les normes environnementales ou de travail (par exemple en empêchant la compétitivité artificielle des pays en développement due à des coûts environnementaux et de main-d'œuvre plus bas), dans les instruments d'investissement cet engagement est plus profond en raison de sa relation avec le droit de réglementer et la protection des objectifs légitimes de politique publique. Par exemple, il a aussi souligné que certaines propositions, notamment le nouveau modèle de TBI de la Colombie, visent à élargir davantage la clause de refus d'accorder des avantages, de manière à tenir compte du comportement des investisseurs, au-delà des éléments traditionnels de contrôle et d'activités commerciales importantes, qui dans le cas du nouveau modèle TBI de la Colombie impliquent des dommages environnementaux et des violations des lois du travail en tant que problèmes limitant l'accès des investisseurs au RDIE.

Dans le but de susciter un débat en plénière, **Mme Klai** a remis en question la nécessité d'un modèle et le fait qu'un tel modèle soit effectivement utilisable lors d'une véritable négociation.

Des participants ont fait remarquer que, contrairement au commerce, il n'existe pas d'« Organisation mondiale des investissements », et qu'un modèle est donc nécessaire pour guider les pays en développement. Sinon, ils se retrouveraient avec le modèle des pays développés, ce qui ne jouerait pas en leur faveur. Un modèle peut aider à déterminer et à discipliner la politique du gouvernement, de sorte qu'elle ne soit pas déterminée par des négociateurs différents au cas par cas. Des participants ont également fait remarquer que les accords continentaux ou régionaux (comme le PAIC et le Modèle type de TBI de la SADC) peuvent être utiles aux pays ne disposant pas d'un modèle. Réagissant aux commentaires des participants, **Mme Ramanarivo** a convenu de l'importance d'un modèle qui serve de « point d'ancrage juridique » pour guider les négociateurs sur ce qu'il faut inclure ou exclure



lors des négociations. En tant que tel, le projet de réforme actuel de Madagascar comprend le développement d'un modèle et d'une stratégie de négociation. Elle a précisé que la stratégie de négociation devrait également différer, selon qu'il s'agit d'une négociation nord-nord ou sud-sud. **M. Trujillo** a donné l'exemple des avantages découlant d'un modèle comprenant une disposition relative au transfert de fonds. Il a déclaré que le champ d'application de l'exclusion prudentielle devrait comporter une disposition standard au sujet de la limite infranchissable, vérifiée par la banque centrale du pays, un organisme de réglementation prudentielle et le ministère des finances, et que celle-ci devrait être non-négociable. Il a ensuite expliqué qu'un BIT type ne devrait pas limiter la flexibilité s'il est utilisé correctement, car l'équipe devrait savoir quels aspects du modèle constituent des limites infranchissables, tel que l'exemple fourni, et lesquels peuvent être plus flexibles.

**Mme Klai** a clôturé la session en précisant que la Tunisie a également élaboré un modèle de TBI et a fait écho à l'expérience des intervenants et des participants en ce qui concerne l'utilité d'un tel modèle.

## Deuxième journée : jeudi 8 février 2018

### SÉANCE 5 : ÉTUDE APPROFONDIE DE L'AMPLITUDE DES ACCORDS : LE COMMERCE DANS LES ACCORDS D'INVESTISSEMENT ET L'INVESTISSEMENT DANS LES ACCORDS DE PARTENARIAT COMMERCIAL ET ÉCONOMIQUE

**Mme H. Suzy Nikièma** (IISD) a animé la séance, qui traite du développement croissant de la négociation des dispositions commerciales dans les accords d'investissement et des dispositions d'investissement dans les accords de partenariat commerciaux et économiques au sens large.

Le modérateur a invité **M. Jonathan Bonnitcha** (Professeur de droit, Université de Nouvelle-Galles du Sud et Associé, ELP, IISD) à partager les principales conclusions de son livre récemment co-écrit (« L'économie politique du régime des traités d'investissement ») et son étude récemment publiée (« Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the evidence »). M. Bonnitcha a affirmé que plus de 50 études ont analysé l'impact des TBI sur les flux d'IDE. Si les résultats dépendent grandement de la méthodologie utilisée, la plupart des études indiquent que l'impact des TBI sur les IDE est nul ou minime. Il a précisé qu'il est souvent très difficile d'isoler les impacts des TBI de ceux des réformes économiques et politiques plus larges. M. Bonnitcha s'est demandé si le lien TBI-IDE est la bonne question à poser, car il s'agit de mesurer la quantité plutôt que la qualité de l'investissement. Il a affirmé





## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

que les TBI encouragent la forme la plus risquée d'IDE, car ils agissent comme une forme de police d'assurance. Les TBI sont plus susceptibles d'attirer les IDE sensibles aux changements réglementaires du fait que l'investissement a un impact important sur les communautés locales, l'environnement, etc., et en tant que tels, les TBI peuvent changer la *structure* des IDE existants plutôt que d'attirer de nouveaux investissements. M. Bonnitcha a rappelé que, en ce qui concerne l'effet de « gel réglementaire », certains affirment que les TBI améliorent la prise de décision gouvernementale (afin de se conformer à leurs engagements en matière de TBI). Bien que les preuves montrent qu'il n'y a pas d'effets généralisés et réguliers des TBI sur la prise de décision gouvernementale, il existe néanmoins des impacts isolés majeurs. Il a appelé les participants à partager leur expérience en ce qui concerne la façon dont les TBI influencent les processus gouvernementaux. M. Bonnitcha a observé deux autres impacts clés des TBI : l'inversion du pouvoir de négociation entre les gouvernements et les investisseurs et les coûts qu'ils entraînent au niveau du système (argent et heures passés à négocier, à gérer l'arbitrage, etc.). Les gouvernements des pays en développement ayant des capacités et des ressources limitées doivent tenir compte des coûts d'opportunité des TBI.

Avant de répondre à la question du modérateur de savoir d'où provient la demande de questions d'investissement de fond à l'OMC et pourquoi, le **professeur Makane Moïse Mbengue** (Professeur agrégé de droit international, Faculté de droit, Université de Genève) a contextualisé le débat sur le lien entre l'investissement et le système commercial multilatéral. Il a rappelé que cette relation n'est pas récente, faisant allusion à la Charte de La Havane de 1947 (qui n'a jamais été ratifiée), qui incluait des règles d'investissement, et le consensus en 2004, après la Conférence ministérielle de l'OMC à Cancun, sur le fait de ne pas étendre l'investissement au-delà de l'Accord sur les MIC et l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). Il a souligné que la *réelle* nouveauté, c'est la question savoir s'il devrait y avoir des règles multilatérales et contraignantes en matière d'investissement au niveau de l'OMC. Quant au *pourquoi*, le professeur Mbengue a noté deux développements récents qui pourraient avoir une certaine influence. Premièrement, le Département du commerce des services du Secrétariat de l'OMC a été rebaptisé « Département du commerce des services *et des investissements* », indiquant l'intention du Secrétariat de couvrir les questions liées à l'investissement. En outre, depuis 2017, un nouveau groupe de pays connu sous le nom des Amis de la facilitation de l'investissement pour le développement (AFID) encourage les négociations d'investissement à l'OMC. Les membres des AFID sont pour la plupart des pays en développement et des PMA, qui ne souhaitent négocier uniquement sur la facilitation de l'investissement transfrontalier à l'OMC, et non sur la protection des investissements ou le RDIE. Ils estiment qu'une approche multilatérale est la meilleure parce qu'elle réduirait l'incertitude réglementaire en instaurant des règles claires et cohérentes, et renforcerait la stabilité en rattachant les politiques et règles nationales aux engagements internationaux.

**Le professeur Mbengue** a identifié trois risques pour les pays en développement en ce qui concerne la négociation de la facilitation de l'investissement à l'OMC. Il y a tout d'abord un « risque sociologique » : les négociateurs commerciaux ne connaissent pas nécessairement les



## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

problèmes liés aux investissements et vice versa. Le professeur Mbengue a conseillé aux pays désireux de s'engager dans ces négociations de s'assurer que leurs négociateurs commerciaux se coordonnent avec leurs négociateurs en investissement. Ensuite, davantage de règles et de pressions seront imposées aux pays en développement, et les engagements de facilitation des investissements pourraient conduire à une nouvelle génération de droits pour les investisseurs, sous la forme d'un « droit » à la facilitation de l'investissement. Troisièmement, si la facilitation de l'investissement est soumise au mécanisme de règlement des différends de l'OMC, les pays pourraient être assujetti à un autre forum pour les différends liés à l'investissement.

Appelé à expliquer la différence entre le règlement des différends de l'OMC et les RDIE, **Mme Opeyemi Temitope Abebe** (Secrétariat du Commonwealth) a souligné que l'OMC ne se concentre que sur le règlement des différends entre États, alors que le RDIE implique à la fois les investisseurs et les États. Elle a fait remarquer que les intérêts des États et les intérêts des investisseurs sont très différents. En outre, les recours disponibles à l'OMC par rapport au RDIE sont très différents : à l'OMC, les demandeurs se limitent à demander l'annulation de la mesure qui est source du préjudice ou des mesures de rétorsion ou de retrait des avantages, tandis qu'avec le RDIE, les investisseurs peuvent réclamer des indemnités pécuniaires. Mme Abebe a souligné que cela a des implications très différentes pour l'État, par exemple lorsque 60 % du budget annuel de la santé d'un pays est attribué à un investisseur dans le cadre du RDIE. Elle a également insisté sur la différence entre les deux systèmes en ce qui concerne le droit d'appel, qui est très limité dans le cadre du RDIE, tandis qu'à l'OMC, il existe un organe d'appel spécialisé. La structure de chaque système est également très différente. Le Conseil de règlement des différends de l'OMC a un groupe d'arbitres rémunéré par le système de l'OMC, tandis que les arbitres du RDIE peuvent provenir de n'importe où, et les parties payent leurs propres arbitres ; il leur est, par définition, impossible de rester neutres. Mme Abebe a partagé son opinion selon laquelle le fait d'ouvrir les conversations sur la facilitation de l'investissement à l'OMC est très risqué pour les pays en développement, car le programme pourrait s'étendre bien au-delà de la facilitation de l'investissement pour englober la libéralisation et la protection.

On a ensuite demandé à **Mme Abebe** d'expliquer l'impact, en termes de mécanisme de règlement des différends, des dispositions relatives aux TBI qui se réfèrent aux engagements des parties en matière d'investissement dans le cadre de l'OMC. Elle a affirmé qu'un investisseur pourrait en effet utiliser le RDIE pour se dresser contre un pays qui ne respecte pas ses engagements en matière de mesures de l'OMC liées à l'investissement et au commerce, donnant aux arbitres la liberté d'interpréter les règles de l'OMC. Compte tenu de la façon dont les arbitres ont interprété les TBI, Mme Abebe s'est dite préoccupée par le fait que cela élargirait énormément le champ d'application des engagements par rapport à ce qui était initialement prévu. Elle a souligné que les dispositions liées aux prescriptions de résultat du récent accord économique régional entre l'Australie, la Nouvelle-Zélande et les pays insulaires du Pacifique incorporent des engagements liés à l'investissement et au commerce et que, bien



qu'il n'y ait aucun recours au RDIE possible pour ces dispositions, d'autres traités peuvent autoriser un tel recours.

**Monsieur Martin Kohout** (CEA) a présenté les résultats attendus d'une étude de la CEA sur les liens entre les TBI et les conventions de non double imposition (CDI). Il a commencé par expliquer que les CDI éliminent ou minimisent les cas de double imposition dans lesquels le même revenu est imposé à la fois dans le pays d'origine et le pays hôte. Comme les TBI, elles contiennent des dispositions de non-discrimination et généralement une procédure d'accord mutuel entre les autorités fiscales pour le règlement des différends. M. Kohout a souligné certains des risques des CDI, qui sont différents des TBI, notant qu'ils peuvent faciliter l'évasion fiscale et restreindre les droits fiscaux d'un gouvernement, en leur permettant souvent d'abaisser ou d'abolir l'imposition mais pas d'imposer de nouvelles formes d'imposition qui ne sont pas prévues dans la législation nationale. M. Kohout a ensuite décrit les façons dont les TBI et les CDI peuvent interagir de façon négative, se chevaucher ou se contredire. Il a particulièrement insisté sur le cas des définitions des investisseurs / investissements, de la NPF, du TJE et de l'expropriation. Sur la question de la procédure d'accord mutuel et du RDIE, il a souligné que les investisseurs peuvent utiliser les deux procédures en même temps, ce qui pourrait potentiellement aboutir à des conclusions différentes ou incohérentes. En conclusion, M. Kohout a mis en exergue les recommandations du rapport de la CEA, selon lesquelles les pays en développement doivent articuler clairement leur politique nationale d'investissement et examiner ensuite toutes les CDI et les TBI à la lumière de cette politique. Ils doivent aligner les institutions responsables des TBI et des CDI, se concentrer sur une plus grande intégration régionale, renforcer les institutions nationales et être plus actifs dans les discussions à échelle mondiale.

**Pendant les discussions en plénière**, les participants ont posé des questions aux intervenants. Concernant la manière dont la politique d'investissement nationale pourrait contribuer au chevauchement et à l'interaction entre les CDI et les TBI, **M. Kohout** a répondu que la politique d'investissement – dont les TBI et les CDI devraient faire partie – devrait découler d'un plan national de développement. Cette politique devrait déterminer comment les TBI et les CDI s'imbriquent et pourraient envisager, par exemple, exclure complètement la fiscalité des TBI ou créer une hiérarchie en cas d'incohérence.

En ce qui concerne la facilitation de l'investissement à l'OMC, les participants ont observé que la portée de la facilitation de l'investissement n'est pas clairement définie et se demandent par conséquent comment les pays peuvent envisager de prendre des engagements en matière de facilitation des investissements. Il ne faut pas oublier que la déclaration commune publiée lors de la conférence ministérielle de l'OMC en 2017, à Buenos Aires, n'est pas une déclaration ministérielle et qu'il manque une base juridique pour discuter de la facilitation de l'investissement à l'OMC. En réponse à ce point, le **professeur Mbengue** a expliqué que de nombreuses décisions au niveau de l'OMC sont fondées sur la pratique et non sur le droit, de sorte que cette question n'est pas définitive. Il a estimé que la discussion ne devrait pas porter



sur la base juridique, mais plutôt sur la question de savoir s'il existe un consensus sur la question de la facilitation de l'investissement à l'OMC. Les participants ont exprimé une certaine préoccupation concernant le fait que la facilitation de l'investissement, s'il s'agit d'un sujet important, n'est en aucun cas bénigne, soulignant que des questions telles que la prévisibilité, la rapidité des publications et la transparence ont fait l'objet de différends à l'OMC. On craint que la facilitation de l'investissement ne devienne une porte d'entrée vers des obligations plus horizontales affectant le droit de réglementer. Le **professeur Mbengue** a convenu que la définition de la facilitation de l'investissement doit être clarifiée et que les pays en développement doivent insister sur le fait que la facilitation doit être réservée uniquement à l'investissement responsable et au développement durable. Il a ensuite encouragé les pays opposés à la facilitation de l'investissement à l'OMC à présenter leurs arguments et leurs préoccupations. **Mme Abebe** a rappelé que les pays peuvent faciliter les investissements par le biais du droit national.

**M. Bonnitcha** a été invité à clarifier sa remarque sur les TBI encourageant des formes d'investissement plus risquées et sur les preuves empiriques soutenant cette hypothèse. Il a expliqué que les problèmes de données rendent cette question difficile, mais qu'en général les TBI semblent être les plus pertinents pour l'IDE dans des secteurs tels que l'exploitation minière, et se révèlent hors de propos dans l'industrie high-tech et les chaînes de valeur mondiales. On l'a ensuite invité à partager son point de vue sur l'avenir des TBI, compte tenu du manque de preuves en faveur du fait qu'ils augmenteraient les IDE. M. Bonnitcha a répondu que les TBI ne représentent qu'une partie du cadre de gouvernance des investissements, et pas une partie particulièrement importante. Il a prédit une évolution vers les lois nationales et les politiques d'investissement, les TBI devenant très limités dans des domaines tels que l'expropriation directe, ou devenant plus équilibrés et incluant les obligations des investisseurs.

## SÉANCE EN GROUPES 2 : QUELLE EST L'AMPLITUDE OPTIMALE DES NÉGOCIATIONS POUR LES PAYS EN DÉVELOPPEMENT ET POURQUOI ?

La session a été animée par **M. Martin Dietrich Brauch** (Associé et Conseiller en droit international, Programme ELP, IISD). Les participants ont été invités à discuter en petits groupes et à concevoir l'amplitude optimale pour la négociation des traités d'investissement et des accords commerciaux. On leur a demandé d'envisager trois scénarios : 1) négocier uniquement les questions d'investissement dans les accords de libre-échange, 2) négocier les questions d'investissement uniquement dans les traités d'investissement, et les accords de libre-échange de façon séparée, 3) négocier uniquement en tant que groupe régional avec un autre État dans le contexte d'une organisation d'intégration régionale.



En ce qui concerne le **scénario 1** (investissement uniquement dans les ALE), les participants ont identifié des **avantages** comme une approche plus intégrée entre les questions de commerce et d'investissement, en évitant les accords qui se chevauchent ; une distribution efficace des ressources humaines et financières dans les négociations ; et plus de chances de se mettre d'accord sur un arbitrage entre États (pas de RDIE), comme cela est courant dans les accords commerciaux. Ils ont également identifié plusieurs **risques** : les questions d'investissement peuvent être « diluées » dans les questions commerciales ; l'investissement est plus susceptible d'être libéralisé via la diffusion de la libéralisation du commerce ; l'investissement peut être négocié par des experts commerciaux qui ne disposent pas particulièrement de connaissances pertinentes ; l'investissement peut être utilisé pour obtenir des concessions commerciales, au détriment de la marge de manœuvre politique ; il pourrait y avoir des retombées en ce qui concerne les normes communes au commerce et à l'investissement, comme la NPF, ce qui entraînerait des incohérences et des difficultés d'interprétation ; et la modification ou l'extinction des chapitres sur l'investissement est plus difficile dans le contexte d'un accord plus large.

En ce qui concerne le **Scénario 2** (investissement uniquement dans des TBI), les **avantages** identifiés étaient les suivants : les négociations sont plus simples et plus rapides grâce à des experts spécialisés, ce qui entraîne un gain de temps et des économies de coûts ; le champ d'application du traité peut être mieux défini ; les obligations de fond peuvent être individuellement considérées et soigneusement rédigées dans le seul contexte de l'investissement ; il est plus probable d'atteindre un équilibre entre les obligations des investisseurs et celles de l'État ; et les questions idéologiques contentieuses liées au commerce et à l'investissement peuvent être évitées. Les **risques** qu'entraînent cette option comprennent un chevauchement et une incohérence entre le stock de TBI et d'ALE d'un pays et la multiplication de divers mécanismes de règlement des différends, qui se traduisent par une plus grande exposition des États hôtes aux différends en matière d'investissement.

En ce qui concerne le **Scénario 3** (approche régionale uniquement), les participants ont identifié les avantages suivants : la négociation collective réduit la pression politique sur les pays individuels ; plus de ressources techniques dans les négociations ; un intérêt commun et une compréhension des normes au niveau régional ; la possibilité de répondre aux besoins régionaux ; et l'occasion de renforcer le processus d'intégration régionale. En matière de **risques**, les participants ont mentionné : l'absence de consensus au niveau régional ; l'incapacité à intégrer les contextes et les réalités spécifiques des nations ; la tentation d'accepter le plus petit dénominateur commun ; et la durée du processus de négociation.





## SÉANCE 6 : L'AMPLITUDE DES NÉGOCIATIONS : PARTAGE D'EXPÉRIENCES

Cette session a été animée par **Mme Aminata Traoré** (Secrétaire permanente, Conseil supérieur du secteur privé, Ministère de la promotion des investissements et du secteur privé, Mali). Les intervenants ont été invités à partager leur expérience et les difficultés qu'ils ont rencontrées en réponse aux questions débattues lors de la deuxième séance en groupes : Quelle est l'amplitude optimale des négociations pour les pays en développement et pourquoi ? Les participants commencent par donner un aperçu de leurs politiques de négociation dans le cadre des TBI et des ALE.

**M. Parvez Rifat** (Directeur général, Bureau des investissements, Pakistan) a expliqué que depuis 2003, la politique du Pakistan consiste à ne pas conclure de négociations sur les TBI. La politique d'investissement pakistanaise exige qu'un TBI type soit élaboré pour être examiné par les différentes parties prenantes. Une fois cela conclu, les négociations peuvent reprendre.

**M. Ariel Martins** (Chef de l'organe responsable de la négociation des traités d'investissement, Ministère des affaires étrangères et du culte, Argentine) a précisé que l'Argentine négocie actuellement de nouveaux TBI dans de nouveaux contextes, notamment de nouveaux chapitres sur l'investissement dans les ALE et les accords commerciaux. Par exemple, avec le Chili et le Mexique, l'Argentine a profité de l'occasion de développer des chapitres consacrés à l'investissement afin de remplacer leurs TBI datant des années 90. Il a fait remarquer que le MERCOSUR négocie également des ALE avec l'Union européenne et l'Association européenne de libre-échange (AELE), mais que les parties n'ont pas accepté d'utiliser ce processus pour renégocier les anciens TBI.

**M. Djamel Abdelli** (Directeur adjoint, Direction générale des relations économiques et financières extérieures, Ministère des Finances, Algérie) a souligné que l'Algérie ne négocie actuellement que des TBI et ne négocie pas de chapitres sur l'investissement dans le cadre des ALE. Il a précisé que l'Algérie a ratifié 42 TBI, y compris de nombreux traités de première génération signés dans les années 1990. Vers 2005, l'Algérie a été impliquée dans un certain nombre de différends. Cela a conduit à un examen de la stratégie en matière de traités d'investissement. Depuis 2009, un seul accord a été signé, avec un pays disposant du même niveau de développement que l'Algérie. M. Abdelli a cependant précisé que l'Algérie est actuellement fortement sollicitée par certains pays développés pour signer des TBI.

Les intervenants ont ensuite été invités à partager l'expérience de leur pays en termes de négociation d'ALE ou d'accords de partenariat économique (APE), y compris les chapitres sur l'investissement et les difficultés que ces négociations comportent.



## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

Selon **M. Martins**, les difficultés dépendent de la question de savoir si les négociations se font avec un pays en développement ou un pays développé. Il a fait remarquer que l'Argentine a reçu des propositions de TBI de type « nouvelle génération » comportant certains éléments positifs (par exemple, les obligations des investisseurs) et des éléments plus délicats (par exemple, la libéralisation des investissements et les interdictions en matière de prescriptions de résultat).

**M. Rifat** a partagé des informations concernant le stock d'ALE du Pakistan disposant de chapitres sur l'investissement. Il a précisé qu'il n'était pas difficile d'inclure des investissements dans ces ALE car le Pakistan avait déjà conclu des TBI avec ces pays. Le Pakistan négocie actuellement des ALE avec deux pays. L'un d'eux veut inclure un chapitre sur l'investissement, mais le Pakistan ne peut pas marquer son accord avant que le modèle de TBI ne soit révisé. M. Rifat a fait observer que le Pakistan dispose actuellement de politiques commerciales et d'investissement distinctes, mais qu'il travaille sur une politique intégrée et souhaite conclure des ALE avec des pays avec lesquels il a déjà signé des TBI.

**M. Djamel** a précisé que l'Algérie a signé et ratifié un ALE avec l'Union européenne qui n'inclut pas de chapitre sur l'investissement. Si tel avait été le cas, cela aurait donné l'occasion d'affronter la multiplicité et de l'incohérence des TBI signés avec les États membres de l'UE.

Concernant la manière d'assurer une cohérence entre les obligations liées aux TBI et aux ALE avec un même pays, **M. Martins** a déclaré que dans le cas de l'Argentine, les anciens TBI ont été remplacés par de nouveaux chapitres sur l'investissement dans les ALE avec le Chili et le Mexique, pour éviter tout risque de conflit. En ce qui concerne les négociations entre le MERCOSUR et l'Union européenne, il n'y a pas eu de problème de cohérence ou d'uniformité, car les anciens TBI resteront en vigueur et le chapitre sur l'investissement du nouvel ALE sera très limité.

On a demandé aux intervenants si leur pays a négocié sur d'autres questions en même temps que l'investissement – tels que les services et les marchés publics. **M. Abdelli** a répondu que l'Algérie s'efforce d'exclure les marchés publics des TBI car ces contrats ne sont pas considérés comme des investissements en droit algérien et parce que le pays a été exposé à des arbitrages d'investissement fondés sur des TBI de première génération incluant les marchés publics dans la définition des investissements. **M. Martins** a convenu que la cohérence entre les services et les chapitres sur l'investissement pourrait se révéler être un problème, et l'approche de l'Argentine a consisté à diviser l'accès au marché des services et la protection accordée aux investissements « mode 3 » (présence commerciale) de façon à ce que chacun soit gouverné par son chapitre respectif. Il a souligné que l'Argentine a été invitée à accorder aux investisseurs des protections supérieures à celles de l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), mais que l'Argentine ne peut accepter une telle chose, vu que le chapitre sur l'investissement ne peut accorder une protection supérieure à ce qui est déjà protégé au niveau de l'OMC, en particulier lorsque le



RDIE est inclus. Il a également souligné l'importance de prévoir des exceptions générales et d'assurer la cohérence des dispositions procédurales, telles que celles relatives à la conduite et à l'impartialité des arbitres.

**Lors des discussions en plénière**, les participants ont noté, en ce qui concerne le maintien de la cohérence entre les investissements et les dispositions relatives aux services dans le cadre des ALE, qu'il est important que l'accord établisse une hiérarchie d'interprétation en cas de conflit. Les participants ont abordé le lien entre commerce et investissement, en faisant observer que les deux devraient être traités séparément car ils ont des impacts différents sur le développement. Les participants ont remarqué une absence de pratiques claires quant à savoir si l'investissement et le commerce devraient être négociés ensemble ou séparément. **M. Martins** a répondu à cette remarque en convenant qu'il y a effectivement un chevauchement et une certaine confusion sur la définition du commerce et de l'investissement. Il a affirmé que lorsqu'un investissement est défini comme une entreprise, le champ d'application des TBI ne s'étend pas au domaine du commerce. Il a également précisé que la décision d'inclure ou non des engagements en termes de libéralisation appartient à un État, et que les pays en développement devraient examiner attentivement les compromis. Il estime que les droits pré-établissement ne devraient être accordés qu'en échange d'un accès au marché des biens ou d'une autre contrepartie valable.

## SÉANCE 7 : ÉTUDE APPROFONDIE DE LA QUESTION SPÉCIFIQUE DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS : MODELES NATIONAUX, RÉGIONAUX ET MULTILATÉRAUX

La séance s'est penchée sur les développements actuels des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États et a été animée par **M. Daniel Uribe** (Chercheur invité, Programme de gouvernance mondiale pour le développement, Centre Sud). Il a invité les experts à partager leurs points de vue sur diverses options pour la réforme du RDIE aux niveaux national, régional et mondial.

**Mme Nathalie Bernasconi** (IISD) a commencé par une vue d'ensemble et une mise à jour des discussions sur la réforme du RDIE au niveau mondial, notant qu'il existe un large consensus sur la nécessité d'une réforme. Elle a souligné que le RDIE : (1) contribue à la perte de marge de manœuvre politique ; (2) contourne les systèmes judiciaires nationaux ; (3) fournit des droits à un seul groupe d'acteurs (investisseurs étrangers) ; (4) accorde plus de droits aux investisseurs étrangers qu'aux investisseurs nationaux ; et (5) est perçu comme étant opaque, imprévisible et manquant d'indépendance. Les pays ont pris diverses mesures pour y répondre, à savoir : (1) recourir au règlement des différends à échelle nationale (Afrique du Sud) ; (2) autoriser uniquement le règlement des différends entre États (Brésil) ; (3) exiger un consentement spécifique pour entamer un RDIE ; (4) ne se tourner vers le RDIE qu'après



l'épuisement des voies de recours interne (Inde) ; (5) introduire un système de tribunal d'investissements propre à chaque traité (Union européenne). Mme Bernasconi met ensuite l'accent sur le tribunal multilatéral chargé des différends entre investisseur et État, proposé par l'Union européenne, notant qu'il ne s'agit pas d'une réforme globale, car elle combine des éléments nouveaux et anciens. Le tribunal proposé comprendrait une liste d'arbitres (plutôt que des arbitres nommés par les parties), un processus d'examen en appel et certaines normes d'éthique, surtout en ce qui concerne la « double casquette ». Elle a toutefois souligné qu'il s'agirait toujours d'un mécanisme de RDIE dans lequel seuls les investisseurs étrangers pourraient déposer plainte, et cela sans l'obligation d'épuiser les voies de recours internes. Passant au processus actuel de la CNUDCI sur la réforme du RDIE, elle a rappelé que la mission du Groupe de travail de la CNUDCI est d'identifier les préoccupations concernant le RDIE, d'examiner si une réforme est souhaitable et, dans l'affirmative, d'élaborer des solutions. Pour que ces règles puissent changer la donne, les pays en développement devront participer activement aux discussions, essayer d'influencer le processus de la CNUDCI et mettre de nouvelles options sur la table.

**M. Luis Guillermo Vélez** (Directeur général, Agence nationale pour la défense juridique de l'État, Colombie) a fait écho aux critiques du RDIE et a partagé l'opinion selon laquelle le RDIE ne possède pas les éléments fondamentaux pour représenter un système d'arbitrage équitable : il n'est pas juste, rapide ou prévisible. Il a expliqué que l'erreur initiale du RDIE était d'être calqué sur le modèle de l'arbitrage commercial international, choisissant des avocats commerciaux comme arbitres. Les États ainsi ont confié aux arbitres commerciaux la responsabilité de travailler avec des outils qu'ils connaissaient peu (traités et droit international coutumier, par opposition aux contrats détaillés avec lesquels ils étaient habitués à travailler) et sur une base philosophique qui ne leur était pas familière (objectifs d'intérêt public plus larges, par opposition au fait de maximiser les profits pour les parties privées en conflit). Soulignant la question du conflit d'intérêts, M. Vélez a indiqué qu'entre 1972 et 2011, 37 arbitres d'investissement basés dans quatre villes ont siégé dans 50 % des cas connus et portent tous une « quadruple casquette » (arbitre, conseiller juridique d'une partie en conflit, conseiller juridique d'un tiers bailleur de fonds et expert). Il a également soulevé la question du manque de prévisibilité et de règles pour empêcher les réclamations extravagantes. Enfin, M. Vélez a reconnu qu'une réforme multilatérale est nécessaire mais qu'elle sera lente, et que les pays en développement sont déjà confrontés à des conséquences négatives liées au RDIE. Il appelle par conséquent à de petits changements à court terme qui peuvent déjà avoir des résultats relativement importants.

**M. Mustaqeem De Gama** (Conseiller, Département du commerce et de l'industrie, Mission permanente de l'Afrique du Sud à Genève, Afrique du Sud) a convenu que le modèle d'arbitrage commercial est un animal étranger lorsqu'il s'agit de relations étatiques. Il a expliqué que l'Afrique du Sud a décidé d'utiliser le droit national comme principale loi applicable à toute relation, rappelant que la pratique des États représente une source primaire de droit selon l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ). Il a critiqué le



fait que l'on ait donné la priorité à des sources secondaires du droit international, y compris les écrits d'experts académiques et les décisions des tribunaux. Quant à la raison pour laquelle l'Afrique du Sud soumet les différends internationaux en matière d'investissement aux juges nationaux, il a expliqué les avantages des recours internes et leur séquençement, par rapport à l'indemnisation en tant que principal recours international dans l'arbitrage. L'Afrique du Sud a mis fin à bon nombre de ses TBI en 2010, ce qui, comme l'a expliqué M. De Gama, a permis au pays de commencer à se libérer de ses obligations juridiques internationales et de promulguer une législation nationale à la place. La Loi sur l'investissement empêche désormais le consentement à l'arbitrage international, ce qui rend indispensable l'autonomisation des tribunaux sud-africains et la mise en place d'un système de prévention des conflits. La Loi donne aux autorités et à l'investisseur la possibilité de régler les différends à l'amiable et permet l'arbitrage entre États sous certaines conditions. En conclusion, M. De Gama a souligné que l'accent mis sur les recours internes, les interventions ciblées, la politique commerciale et la politique industrielle a aidé l'Afrique du Sud à s'éloigner du système de traités d'investissement et de réduire les cas de RDIE.

**M. Joel Yaméogo** (Responsable du Département de l'Industrie, Commission de l'Union économique et monétaire ouest-africaine [UEMOA]) a expliqué que l'UEMOA est en train de négocier un code d'investissement régional et se penche sur les questions d'incitations à l'investissement et le statut juridique du code. Il fait remarquer que ces difficultés provenaient des différences en matière de développement économique, géographique (côtier versus enclavé) et de langue entre les États membres de l'UEMOA. En ce qui concerne le règlement des différends, le projet de code fait référence à la Cour de justice de l'UEMOA, étant donné que la réglementation régionale l'emporte sur les lois nationales. Bien que l'arbitrage international soit inclus, ce n'est pas l'option préférée, a-t-il affirmé.

**Ouvrant le débat en plénière, M. Uribe** s'est interrogé sur les opportunités et les difficultés que présente le processus de la CNUDCI pour les économies en développement et émergentes. Alors que plusieurs participants sont d'accord avec les critiques du RDIE, certains remarquent qu'il est difficile de suivre le modèle sud-africain dans les pays en développement où le système judiciaire n'est pas toujours indépendant et où des ressources et des efforts sont nécessaires pour améliorer les tribunaux nationaux. **M. Vélez** et **M. De Gama** ont souligné que le RDIE présente un problème même pour les pays développés, où le pouvoir judiciaire est supposé être indépendant et efficace. Les participants partagent également l'avis que l'arbitrage international devrait constituer le dernier recours, après les tribunaux nationaux et régionaux. **M. Yaméogo** a expliqué que les pays peuvent commencer par réduire les risques liés au RDIE, sans nécessairement s'en éloigner complètement.

Se penchant à nouveau sur le processus de la CNUDCI, **Mme Bernasconi** a souligné qu'il devrait à la fois traiter les risques liés aux différends actuels à court terme, mais aussi repenser plus largement le règlement des différends en matière d'investissement à long terme. Un nouveau mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement devrait prendre





en considération l'ensemble des intérêts, y compris ceux des communautés locales et des autres parties prenantes concernées, et aller au-delà du système contentieux du règlement des différends, comme le propose le RDIE. Il devrait plutôt garantir l'accès aux recours à un plus large groupe de parties prenantes et prévoir des processus davantage axés sur les solutions. En continuant sur le processus de la CNUDCI, **M. Vélez** a partagé une carte où figurent les pays défendant le statu quo, avec des réformes limitées au niveau bilatéral (Chili, Chine, Japon, Mexique, Russie et États-Unis), ceux qui plaident pour un tribunal multilatéral d'investissement (Australie, Canada et Union européenne) et un troisième groupe de pays en développement désireux de s'attaquer rapidement aux problèmes les plus importants du système (Argentine, Brésil, Colombie, Équateur, Égypte, Inde, Pakistan et Afrique du Sud). Il a encouragé les pays en développement représentés au Forum et membres de la CNUDCI à se préparer et à participer à la prochaine séance en avril et les invite à se joindre à ce dernier groupe.

## SÉANCE EN GROUPES 3 : QUELS SONT LES RÔLES APPROPRIÉS POUR DIVERSES OPTIONS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ?

La séance a été animée par **M. Joe Zhang** (Conseiller juridique, Programme ELP, IISD). Les participants ont commencé par discuter en petits groupes du pour et du contre, du point de vue gouvernemental, de trois mécanismes internationaux de règlement des différends : l'arbitrage investisseur-État, une cour investisseur-État et le règlement des différends entre États. Les participants ont ensuite été invités à concevoir un mécanisme plus large de règlement des différends en matière d'investissement. Ils se sont penchés sur plusieurs questions et options, notamment : juges versus arbitres ; jugement versus médiation ; les médiateurs ; les structures institutionnelles ; les parties prenantes au processus (qui sont les parties en conflit) ; et la longueur de la procédure.

En ce qui concerne **l'arbitrage investisseur-État**, les participants ont affirmé que les avantages comprennent : assurer l'applicabilité des engagements des parties ; promouvoir la bonne gouvernance dans les pays hôtes ; renforcer la confiance des investisseurs ; et assurer les investisseurs contre leurs risques. Les participants ont également fait mention, entre autres, des inconvénients suivants en termes d'arbitrage investisseur-État : il est principalement conçu pour les différends contractuels privés ; il limite la marge de manœuvre politique des États ; l'absence d'un mécanisme d'appel conduit entre autres à une certaine imprévisibilité et à des sentences arbitrales incohérentes ; c'est un système à sens unique (seuls les investisseurs peuvent déposer plainte) ; c'est trop coûteux et trop long ; il y a un manque de transparence ; cela comporte des risques de conflits d'intérêts et de double casquette du côté des arbitres ; cela soulève des questions concernant l'impartialité et la qualité des arbitres ; et il ne fournit pas de mécanisme pour éviter les réclamations extravagantes.



En ce qui concerne le **cour internationale investisseur-État**, les participants ont souligné des avantages tels que : la prévisibilité ; la transparence ; la présence d'un mécanisme d'appel ; la réduction du parti pris dans la nomination des juges ; et l'inclusion de juges de pays en développement. En retour, les participants ont également mentionné ses inconvénients, notamment : la mise en œuvre des jugements peut poser des difficultés ; les bons avocats pourraient rechigner à se rendre disponibles en tant que juges et perdre d'autres opportunités professionnelles ; le tribunal permettrait aux investisseurs d'éviter les tribunaux nationaux ; et les investisseurs ne seraient pas impliqués dans le choix des juges dans la liste. Plusieurs groupes ont des points de vue divergents sur les coûts et la durée des procédures : si certains groupes perçoivent le tribunal comme une alternative plus rapide et moins coûteuse, d'autres la perçoivent comme potentiellement plus lente et plus coûteuse.

Les participants ont souligné plusieurs avantages présents dans l'option du **règlement des différends entre États** : elle est plus transparente et flexible, moins coûteuse et non motivée par la maximisation des profits ; elle est susceptible de respecter la souveraineté de l'État ; elle est plus propice à une résolution à l'amiable, les États ayant un intérêt similaire dans la réglementation des investissements ; la compensation financière n'est pas la seule solution disponible ; cela peut éliminer le problème des réclamations extravagantes. Parmi les inconvénients que comporte cette option, les participants ont indiqué : les pays plus puissants peuvent exercer une pression sur les pays moins puissants ; les États assument les coûts de l'arbitrage pour les investisseurs ; la sélection des cas des investisseurs par l'État d'origine pourrait s'avérer difficile ; les procédures peuvent affecter les relations diplomatiques ; des considérations politiques peuvent affecter la procédure ; les procédures peuvent prendre du temps ; et cette option pourrait ne pas conduire à un changement dans la jurisprudence du RDIE.

En ce qui concerne **la conception d'un mécanisme plus large de règlement des différends**, les participants ont convenu que le mécanisme idéal devrait d'abord se concentrer sur la prévention (par l'entremise des médiateurs, par exemple) et les processus de règlement à l'amiable (via la médiation, par exemple) ; ensuite exiger l'épuisement des voies de recours internes. Si cela est prévu, l'arbitrage international devrait être un dernier recours et inclure un mécanisme d'appel.

## SÉANCE 8 : LE MODÈLE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS : PARTAGE D'EXPÉRIENCES

La séance a été animée par **Mme Elyjean Portoza** (Procureur général, Comité des investissements, Philippines). Les intervenants ont été invités à partager leurs expériences et difficultés rencontrées en réponse à la question abordée au cours de la séance en groupes 3 : Quels sont les rôles appropriés pour diverses options de règlement des différends ?



**M. Chanchal Chand Sarkar** (Inde) a fait remarquer que certaines questions sont exclues du champ d'application dans le nouveau modèle de TBI de l'Inde, telles que la fiscalité. Le nouveau modèle prévoit également plus de transparence dans le RDIE, aborde les conflits d'intérêts et fait référence aux normes de l'Association internationale du barreau (AIB). Enfin, il a rappelé que le modèle indien exige l'épuisement des voies de recours internes pendant cinq ans avant le recours à l'arbitrage.

**Mme Therenna Reeves** (Conseillère juridique principale, Département juridique, Commission nationale des investissements, Libéria) a expliqué que le Libéria ne négocie pas de TBI : d'abord, parce que le pays se concentre sur le maintien de la flexibilité pour le développement après une guerre civile qui a duré plus de 14 ans et ensuite, parce que les engagements des TBI sont en contradiction avec les lois libériennes. Elle a toutefois souligné que le pays a recours au RDIE dans la plupart de ses contrats d'investissement. Elle a conclu en affirmant que le Libéria s'intéresse aux problèmes liés au RDIE et travaille sur ses lois actuelles pour trouver des alternatives et des solutions.

**M. Ernesto Rossell** (Sous-procureur général de la Défense et de la Représentation légale, Bureau du Procureur général, Bolivie) a insisté sur la réforme entamée par la Bolivie. Après les élections de 2006, le nouveau gouvernement a introduit un modèle économique pluriel, nationalisé les sociétés d'hydrocarbures et dénoncé tous les TBI de la Bolivie et la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI). M. Rossell a souligné que la Bolivie a clôturé avec succès 13 affaires d'arbitrage d'investissement (y compris des règlements négociés), tandis que cinq sont en attente. Il a expliqué que la nationalisation et la dénonciation des TBI n'a pas produit d'effets négatifs prédits sur la croissance économique : cela a permis d'améliorer la capacité de la Bolivie à attirer des investissements. Il a conclu avec un message d'espoir pour les participants : le début de la réforme a été très difficile pour la Bolivie, mais le pays a maintenant un nouveau modèle de TBI qui permet d'assurer la sécurité juridique et la stabilité économique.

Les intervenants ont été invités à partager leurs expériences concernant l'utilisation de leurs modèles lors des négociations, notamment en ce qui concerne les dispositions relatives au RDIE. **M. Sarkar** a attiré l'attention sur le fait qu'il est difficile de s'entendre sur l'épuisement des voies de recours internes dans les TBI conclus avec les pays développés. **Mme Reeves** a précisé qu'il est important pour le Libéria d'exiger l'application de la loi libérienne même lorsque l'arbitrage a lieu dans un autre pays. **M. Rossell** a constaté que les pays d'Amérique latine sont susceptibles de trouver des solutions ensemble, car ils font face à des problèmes similaires. Il a appelé à la création de forums d'arbitrage capables de représenter les intérêts des États et de protéger les investisseurs.

**Pendant la discussion en plénière**, plusieurs participants ont demandé à **M. Sarkar** de clarifier la manière dont l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes fonctionne



dans la pratique. Concernant les clauses de survie dans les anciens TBI, il a expliqué que l'Inde tente de remplacer ou de négocier ces dispositions au cours des négociations, et lorsque la période de validité initiale n'est pas terminée pour les anciens TBI, des déclarations d'interprétation conjointes sont émises pour être adoptées conjointement par les partenaires du traité.

## Troisième journée : vendredi 9 février 2018

### SÉANCE 9 : FAISONS LE BILAN : QUEL DEVRAIT ÊTRE LE PAYSAGE DES NÉGOCIATIONS EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT ?

La séance a consisté à assembler les pièces du puzzle pour déterminer les prochaines étapes et a été animée par **Mme Champika Malalgoda** (Directrice exécutive, Département de la recherche et de la promotion des politiques, Bureau des investissements, Sri Lanka). Elle a commencé par demander aux intervenants si les questions de fond et le règlement des différends pourraient être séparés dans les négociations et si la réforme du RDIE peut continuer de façon autonome.

**M. Howard Mann** (Associé et Conseiller principal en droit international, Programme ELP, IISD) estime que la meilleure solution consiste à négocier ensemble le contenu et les mécanismes institutionnels. Tout régime juridique international viable est soutenu par un mécanisme institutionnel et une structure de mise en œuvre appropriés, offrant un soutien aux pays en développement membres (un élément manquant dans le régime actuel des traités d'investissement). M. Mann a souligné que les pays en développement doivent réfléchir à la fois à la situation optimale et à la réalité ; et la réalité est que les discussions sur le règlement des différends ont commencé. Étant donné que le processus de la CNUDCI décidera s'il y aura des négociations sur le règlement des différends et quelles en seront les conditions, M. Mann a encouragé les pays en développement à jouer un rôle actif dans ce processus. Il a précisé que le « troisième groupe » mentionné par M. Vélez réfléchit non seulement à la façon dont le règlement des différends devrait fonctionner en termes d'instruments *actuellement* disponibles, mais aussi selon ce que nous *désirons* mettre en place. Il a par conséquent insisté sur la nécessité de garder une marge de manœuvre politique qui permettra l'intégration de ce qui est nécessaire à l'avenir, par exemple, pour que les obligations des investisseurs soient exécutoires. M. Mann a également exhorté les pays en développement à faire preuve de prudence et à éviter de tomber dans le piège de penser qu'il est suffisant de se limiter à « rafistoler » le règlement des différends. Il estime qu'une articulation beaucoup plus claire du contenu de la prochaine génération de traités est importante pour garantir que toute réforme du processus de règlement des différends soit adaptée à cette nouvelle génération.



## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

Invité à discuter du rôle des principes et des déclarations telles que celles dans le cadre de la coopération Sud-Sud, du G7 et du G20 à propos de l'élaboration de la portée des négociations, le **professeur Mbengue** (Université de Genève) a fait remarquer que les principes non contraignants représentent du « droit mou » mais peuvent être plus puissants que le droit dur, comme illustré dans le contexte de la protection de l'environnement mondial et du changement climatique, et ne devraient pas être sous-estimés. Il a souligné que les principes et les déclarations reflètent souvent un consensus marqué, par rapport à des accords fragmentés et incohérents, donnant plus de pouvoir de négociation aux négociateurs des pays en développement. Le professeur Mbengue estime également que les déclarations et les principes contribuent à la *solidarité normative* et peuvent aider à combler l'écart pour les pays qui n'ont pas de modèle d'accord. Il a poursuivi en expliquant que l'une des forces de ces principes est de donner une voix aux pays en développement, qui ont, pour la plupart, et pendant longtemps, adopté ou consommé les règles. Les principes et les déclarations peuvent montrer que les pays en développement ont leur propre voix, par exemple dans ce qu'il appelle « l'africanisation » du droit de l'investissement, menée par les processus régionaux et continentaux. Cela dit, le professeur Mbengue a conseillé d'éviter de tomber dans le piège de l'« uniformisation », notant que l'approche « copier-coller » est courante dans l'espace TBI. Les déclarations et les principes devraient tenir compte du contexte local, tout en bénéficiant d'une inspiration mutuelle et d'un enrichissement réciproque, a-t-il conclu.

Concernant l'importance de choisir le bon forum pour les discussions sur les réformes de fond et de procédure, **M. De Gama** (Afrique du Sud) a souligné la nécessité de décider où et comment la réforme devrait se produire. Il a cependant précisé que le fond ne peut pas être séparé de la procédure : ils alimentent tous deux l'avenir que les pays en développement tentent de construire. Marquant son accord avec le professeur Mbengue, M. De Gama a souligné que *solidarité normative* devrait relier l'ensemble des programmes, en tenant compte des différents niveaux de développement et du contexte régional et en permettant à la fois à la solidarité normative et à la différenciation de coexister.

Sur le même sujet, **M. Mann** a expliqué l'importance de comprendre l'ensemble des négociations et des discussions en cours à différents niveaux. Cela comprend les négociations multilatérales au niveau des Nations Unies (ONU) concernant les entreprises et les droits de l'Homme, le travail de la CNUCED sur l'investissement durable, les discussions sur la facilitation des investissements à l'OMC, les questions de règlement des différends abordées à la CNUDCI, la révision des règles d'arbitrage par le CIRDI, la révision du traité sur la Charte de l'énergie, les nouveaux modèles ou traités régionaux et continentaux en Afrique (par exemple, le COMESA, le PAIC et la SADC) et les négociations sur l'investissement au sein de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN). M. Mann s'est demandé comment appliquer la solidarité normative dans le contexte de ces différents processus et comment les rassembler. Il a affirmé que, compte tenu de l'objectif, certaines organisations *ne devraient pas* servir de forum pour les négociations. M. Mann a estimé que l'OMC est avant tout une organisation commerciale, et que le commerce et l'investissement ne représentent pas les deux





faces d'une même pièce. Les pays en développement doivent aborder ces questions de façon séparée et distincte et ne pas échanger l'une contre l'autre. M. Mann a exprimé l'avis selon lequel les négociations de l'ONU sur le changement climatique constituent un modèle convaincant pour l'élaboration d'une plate-forme appropriée. En ce qui concerne les critères de sélection du meilleur forum, il a proposé de viser un forum qui soit holistique, qui mette l'accent sur la recherche d'un consensus entre les différentes approches régionales et qui lie l'investissement au développement durable.

Le **professeur Mbengue** a exprimé les critères qui, selon lui, devraient déterminer la sélection du forum de négociation approprié, à savoir un forum qui (1) poursuit des objectifs de développement durable, (2) est doté d'un processus décisionnel plus équilibré et équitable pour les pays en développement et (3) qui reflète les valeurs partagées par les pays en développement. Le professeur Mbengue a insisté sur l'importance de renforcer les réseaux de négociateurs en investissement des pays en développement, pour atteindre une position de négociation plus consolidée et proactive.

**M. De Gama** a souligné la nécessité pour les pays en développement de renforcer leur participation et d'être présents à tous les niveaux du débat, quel que soit le forum, car cela fait trop longtemps que les pays en développement ne font pas entendre leur voix. Il a encouragé les pays en développement à établir un programme positif sur ce qu'ils *veulent*, pas seulement ce qu'ils *ne veulent pas*. Les pays en développement devraient s'impliquer, même s'ils sont en désaccord (comme c'est le cas au sujet de la facilitation de l'investissement à l'OMC), a-t-il conclu.

**Pendant la discussion en plénière**, les participants ont demandé si le fait de s'éloigner de l'OMC ne risquerait pas d'introduire une certaine incohérence dans l'approche concernant l'investissement, compte tenu de l'Accord sur les MIC et des discussions autour de la facilitation de l'investissement. **M. Mann** a expliqué que, même s'il est courant de dire que « le commerce entraîne le développement », c'est bien les investissements effectués pour *permettre* le commerce et la *façon* dont ces investissements sont structurés et exploités qui détermine si le développement est durable, inclusif et équitable. Il a insisté sur la nécessité d'un forum davantage axé sur l'investissement, en particulier l'investissement durable, et une vision plus claire de sa mission. Enfin, il a fait remarquer que l'OMC n'a jamais réellement réussi à devenir le « foyer » de l'investissement pendant de nombreuses années, ce qui signifie que ce n'est pas le lieu désigné pour les investissements. Le **professeur Mbengue** a remarqué que l'OMC a montré des limites claires en ce qui concerne la façon dont elle est capable d'intégrer les questions de développement durable. Même si cela est abordé dans l'accord de Marrakech, chaque fois qu'il y a un conflit entre valeurs économiques et non économiques, le premier l'emporte. Il a affirmé que si l'OMC devait inclure l'investissement, la même dynamique se maintiendrait, au détriment des objectifs de développement durable. Le professeur Mbengue a poursuivi en disant que, étant donné que le cycle de Doha a maintenant 15 ans, même si la facilitation de l'investissement est mise sur la table, il n'y a



## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

aucune chance d'arriver à une issue négociée. **M. De Gama** a déclaré que le sujet de l'investissement à l'OMC n'est pas la question la plus urgente. La position de nombreux pays en développement est qu'ils pourraient accepter de négocier des investissements via l'OMC si toutes les autres promesses du cycle de Doha sont tenues.

Certains participants ont partagé l'avis que l'OMC pourrait être un bon endroit pour les discussions sur l'investissement, car de nombreux pays le perçoit comme l'un des seuls forums où leur voix est entendue et dans lequel ils ont de l'influence, grâce à son processus consensuel. Ils ont aussi exprimé une certaine inquiétude par rapport au fait de créer un nouveau forum sans la garantie qu'il réussisse. **M. Mann** a précisé que le succès d'un nouveau forum va dépendre de la cohérence de ses principes fondateurs. Continuant d'expliquer pourquoi l'OMC n'est pas le forum approprié, M. Mann a affirmé qu'un nouveau forum serait plus susceptible de définir des principes opérationnels concernant la *solidarité normative* ainsi qu'un programme de développement durable fort. **M. De Gama** a déclaré qu'il n'exclut pas la possibilité de se faire convaincre que l'investissement, dans toute sa complexité, est une question qui pourrait être mise en œuvre de manière appropriée au niveau de l'OMC, plutôt que d'être traitée de manière efficace au niveau des politiques nationales de développement. Il a rappelé aux participants que la création de nouvelles institutions pose de nouveaux problèmes, et qu'il serait peut-être préférable de rendre les institutions existantes plus efficaces et plus adaptées aux questions de développement durable. Selon lui, toute discussion sur l'investissement au niveau de l'OMC doit être *globale*, et non une discussion sur des sujets choisis. M. De Gama a convenu que le commerce et l'investissement coïncident tout en étant séparés, et qu'il est essentiel de comprendre le lien et la relation qui existe entre eux.

**Lors d'une deuxième série de discussions en plénière**, les participants sont demandés quel forum pourrait être chargé de mettre en place la réforme du règlement des différends et la réforme de fond. **M. Mann** a répondu qu'il existe actuellement plusieurs forums où sont discutés différents aspects du contenu, avec des points de vue et des participants différents, mais que la réforme du règlement des différends ne doit pas être traitée de façon isolée parce qu'il s'agit du plus petit dénominateur commun. Il a appelé à une harmonisation accrue de la vision au niveau régional, telle qu'elle est actuellement développée en Afrique. Les participants ont demandé comment favoriser la solidarité normative et la coopération dans un contexte de négociations de traités souvent marqué par une concurrence effrénée, la méfiance et une pression exercée par les pays développés. **M. De Gama** a répondu que personne ne sera laissé de côté et que la coopération compétitive et l'avantage comparatif sont intimement liés. Il a partagé le point de vue selon lequel, une fois que les pays africains auront diversifié leur production, ils seront en mesure de faire du commerce et de rivaliser de manière coopérative. Les participants ont également remarqué que les petits pays enclavés ont du mal à se faire entendre et comprendre aux niveaux multilatéral et régional. Le **professeur Mbengue** a convenu que l'absence de différenciation entre les pays en développement est au cœur du problème car il ne s'agit pas d'un groupe homogène. Il a insisté sur le fait que les



négociateurs doivent présenter un mandat et un objectif clairs afin de se faire entendre efficacement.

## SÉANCE EN GROUPES 4 : QUELLES DEVRAIENT ÊTRE LES PRIORITÉS DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT DANS LE CADRE DES NEGOCIATIONS D'INVESTISSEMENT ?

La session a été animée par **M. Martin Dietrich Brauch** (Associé et Conseiller en droit international, Programme ELP, IISD). Les participants ont été invités à discuter et à adopter trois priorités pour les négociations sur investissement du point de vue des pays en développement, ce à trois niveaux : (1) négociations bilatérales sur l'investissement, (2) négociations régionales sur l'investissement, (3) négociations multilatérales dans des forums tels que la CNUDCI, la CNUCED et l'OMC.

**Au niveau bilatéral**, les participants ont estimé que les États devraient donner la priorité, entre autres : au fait d'attirer des investissements durables et conformes aux politiques nationales de développement ; établir des cadres juridiques offrant des droits et des obligations équilibrés aux États et aux investisseurs ; créer des mécanismes permettant de prévenir les différends en matière d'investissement ; négocier des TBI uniquement avec des partenaires stratégiques ; et concevoir des modèles de TBI adaptés au niveau économique de leurs partenaires (partenaires moins développés, égaux ou plus développés).

**Au niveau régional**, les participants ont proposé que les États donnent la priorité : à l'identification des intérêts communs et au fait de veiller à ce que les différents niveaux de développement des États membres soient pris en compte ; renforcer l'intégration économique et coopérer au niveau des infrastructures régionales pour faciliter l'investissement ; protéger le droit de réglementer et la marge de manœuvre politique pour les prescriptions de résultat ; harmoniser les programmes de promotion des investissements pour éviter la concurrence et le chevauchement ; se concentrer sur les mécanismes régionaux de règlement des différends ; et équilibrer les droits et les obligations entre les États et les investisseurs.

**Au niveau multilatéral**, parmi les priorités soulevées, on retrouve : le fait d'entreprendre une réforme globale du RDIE, y compris un mécanisme multilatéral avec un mécanisme d'appel ou des approches régionales ; élaborer des lignes directrices sur les négociations de traités d'investissement en vue de promouvoir des objectifs de développement durable ; fournir des garanties pour protéger les intérêts des pays en développement ; développer de nouvelles normes et approches en matière d'obligations des investisseurs ; et veiller à ce que l'investissement ne fasse pas partie des négociations de l'OMC.



## SÉANCE 10 : PERSPECTIVE GÉNÉRALE : MAXIMISER LES BÉNÉFICES POUR LE DÉVELOPPEMENT DES NÉGOCIATIONS D'INVESTISSEMENT

La séance a été animée par **M. Joel Richards** (Conseiller technique, Secteur de l'investissement et secteur privé, Secrétariat de la Communauté des Caraïbes [CARICOM]). Les participants ont été invités à partager leurs propres expériences et difficultés rencontrées en vue de répondre à la question abordée lors de la séance séparée 4 : Quelles devraient être les priorités des négociations sur l'investissement dans les pays en développement ?

Concernant la question des éléments clés des négociations sur l'investissement pour renforcer le programme de développement durable d'un pays donné, **M. José Henrique Vieira Martins** (Brésil) a rappelé l'absence de corrélation claire entre les TBI et les IDE. Compte tenu de la situation, il a souligné que le Brésil a choisi de chercher d'autres moyens d'attirer des investissements, notamment en améliorant généralement le climat d'investissement et en maintenant un espace pour la mise en place de politiques de développement durable. M. Martins a souligné que l'exclusion des engagements en matière d'expropriation indirecte pourrait constituer une bonne pratique car il peut être difficile et délicat de restreindre efficacement l'interprétation arbitrale de cette disposition. Il a également plaidé en faveur de l'inclusion de dispositions sur la RSE, le travail, l'environnement et d'exceptions spécifiquement pour la santé, l'environnement et la lutte contre la corruption. Il a souligné les engagements bilatéraux et régionaux du Brésil en matière de facilitation de l'investissement, tels que la mise en place de comités mixtes et de médiateurs afin de limiter l'approche contentieuse engendrée par les TBI traditionnels.

**Mme Naa Lamle Orléans-Lindsay** (Chef du département juridique et Secrétaire du conseil, Centre de promotion de l'investissement du Ghana, Ghana) a affirmé que les négociateurs des traités d'investissement doivent comprendre les objectifs de développement spécifiques de leur pays et identifier comment le TBI établira, protégera et aidera à atteindre ces objectifs. Elle a expliqué que, pour de nombreux pays, la difficulté réside dans le fait que les objectifs sont assez vagues et soumis à l'influence des donateurs institutionnels. Mme Orléans-Lindsay a insisté sur l'importance d'un modèle capable de guider un pays, définir ses priorités et qui contienne les éléments clés nécessaires pour protéger les objectifs de développement du pays en question. Elle a également souligné l'importance d'adhérer à un plan directeur en termes de négociations sur les TBI, au lieu de rester passifs et d'accepter des offres de négociation de TBI, surtout de la part de pays qui ne sont pas stratégiquement pertinents et qui ne représentent pas d'importantes sources d'IDE. Mme Orléans-Lindsay a expliqué la nécessité de préparer et de planifier correctement les négociations. Il est également important d'organiser des réunions de pré-négociation (échange de modèles, identification des zones de convergence et de divergence) pour décider, dès le début, s'il vaut la peine d'entamer des négociations. Elle a mis les participants en garde contre certaines stratégies



auxquelles elle a été confrontées et qui sont utilisées par certains pays lors des négociations, dans le but d'affaiblir les négociateurs lorsqu'ils sont hébergés dans leur capitale (par exemple, manque de nourriture et de confort, pas d'accès au Wi-Fi).

**M. Hoang Xuan Hoa** (Directeur du Département des affaires économiques, Commission Économique Centre [CEC] du Parti communiste vietnamien, Vietnam) a partagé les difficultés rencontrées par son pays lors des négociations autour des ALE. Il a expliqué que les ALE offrent de nouvelles opportunités aux nouveaux investisseurs et que le Vietnam négocie des accords bilatéraux, régionaux et méga-régionaux. Selon M. Hoang, les principales difficultés posées par les ALE consistent à surmonter les limites et les faiblesses lors de la mise en œuvre de nouveaux engagements dans les domaines économique, politique et social. Il a averti les participants qu'en raison des pressions concurrentielles pour ouvrir des marchés, plusieurs secteurs économiques, entreprises et produits du Vietnam feront face à un plus grand nombre de difficultés. Il a ajouté que les ALE n'abordent pas plusieurs questions essentielles pour le développement telles que l'accès limité à la main-d'œuvre qualifiée et aux ressources humaines, des limitations en matière de santé, d'éducation, d'accès au crédit ainsi que dans le domaine de la science et de la technologie. Le Vietnam cherche par conséquent d'autres solutions, notamment l'amélioration du système juridique national, le renforcement de la compétitivité et une réforme du modèle de croissance pour donner la priorité au développement agricole. M. Hoang a conclu en attirant l'attention sur l'impact négatif des ALE actuels.

**Mme Souphaphone Saignaleuth** (Chef adjointe de la Division de la coopération internationale en matière d'investissement, Département de la promotion des investissements, RDP Lao) a expliqué que la RDP Lao a récemment révisé sa loi sur la promotion des investissements afin d'attirer des investissements responsables et durables. Mme Saignaleuth a expliqué que la RDP Lao dispose d'un stock important de TBI (28) et de chapitres sur l'investissement dans les ALE, y compris le RDIE. La RDP Lao a été poursuivie à deux reprises et est en train de réviser son modèle de TBI et de tirer parti de l'expérience d'autres pays. Elle a fait observer que la RDP Lao a pris part à des négociations d'investissement régionales et multilatérales, y compris dans le contexte de l'ASEAN. Le modèle de TBI de la RDP Lao vise à apporter une approche plus cohérente aux négociations et à clarifier l'intention du gouvernement de conclure des TBI, tandis que l'approche régionale et multilatérale offre une occasion de promouvoir l'harmonisation. Mme Saignaleuth a précisé que l'un de ses TBI signé en 2013 manque de beaucoup d'innovations en matière de TBI, et a souligné la nécessité, du côté des décideurs politiques, d'examiner attentivement les impacts de leurs choix sur la marge de manœuvre de la politique réglementaire.

**M. Richards** a pris comme exemple les négociations de la CARICOM avec le Canada pour un chapitre consacré à l'investissement ; le Canada pensait que l'approche de la CARICOM était trop favorable à l'État et vice versa, et a demandé aux experts de réfléchir à une façon d'y remédier.





**Mme Orleans-Lindsay** a répondu que l'équilibre entre les droits de l'État et ceux des investisseurs constitue le plus grand défi. Elle a mentionné l'expérience du Ghana, qui doit sans cesse réitérer les différences de niveau de développement lors des négociations : le Ghana n'a que 60 ans et doit pouvoir utiliser la politique industrielle pour protéger ses industries naissantes, mais reconnaît qu'il ne peut pas simplement fermer l'économie et doit trouver un équilibre. Prenant l'exemple de la réforme actuelle de la loi sur l'investissement au Ghana, Mme Orleans-Lindsay a expliqué qu'il est compliqué d'atteindre cet équilibre compte tenu des différentes pressions au niveau national, y compris de la part de différents groupes industriels.

Invitée à parler de la difficulté de mettre en œuvre la vision de son pays dans le contexte des négociations, **Mme Saignaleuth** a répondu que, en tant que PMA, les négociations sont très difficiles pour la RDP Lao, en particulier dans le contexte de l'ASEAN, qui compte également des pays développés parmi ses membres. Elle a précisé que le secteur juridique de la RDP Lao est toujours en cours de développement.

**M. Hoang** a expliqué que le Vietnam dispose d'une loi sur l'investissement datant de 2014, et que la question clé pour le Vietnam est de s'assurer que les avantages sont répartis équitablement entre les investisseurs étrangers, les intérêts de l'État et les intérêts publics. Le cadre juridique doit être réformé pour promouvoir la transparence et l'équité, mais aussi pour améliorer le climat des affaires via des conditions macroéconomiques stables.

En termes d'exemples de négociations réussies, **Mme Orleans-Lindsay** a répondu que les meilleurs résultats pour le Ghana en matière de négociations ont été le fruit d'études de fond approfondies et d'une diligence raisonnable. Il était également crucial que les négociateurs puissent expliquer en détail *pourquoi* ils voulaient certaines dispositions, d'un point de vue objectif et non émotionnel. **Mme Saignaleuth** a mentionné l'expérience de la RDP Lao dans les négociations sur l'accord d'investissement global de l'ASEAN en 2012. L'accord contient des dispositions visant à renforcer la coopération dans l'ASEAN, à promouvoir la libéralisation et à renforcer la promotion et la protection des investissements afin d'attirer des IDE dans la région. La RDP Lao, en tant que PMA, a disposé de plus de temps pour mettre en œuvre ces engagements. **M. Hoang** a expliqué que le Vietnam a vécu une expérience similaire dans le cadre des négociations de l'ASEAN. **M. Martins** a fait mention des négociations avec l'Inde, et des discussions connexes sur la définition de l'investissement en utilisant le test *Salini*. Les négociations autour du MERCOSUR constituent un autre exemple positif aux yeux de M. Martins : les parties y ont convenu d'avoir recours au règlement de différends entre États (en utilisant le Tribunal permanent d'examen du MERCOSUR déjà existant) et d'établir un comité mixte pour favoriser le règlement rapide et à l'amiable des différends.

**Pendant les discussions plénières**, les participants ont partagé leur vécu en termes de méthodes de pression et d'intimidation employées par leurs homologues. Les participants ont également salué le courage des négociateurs en raison des pressions qu'ils subissent, et



mentionné les difficultés rencontrées par les négociateurs lorsqu'ils ne sont pas soutenus par leurs supérieurs hiérarchiques. **Mme Orleans-Lindsay** a convenu qu'il est très difficile d'essayer de négocier lorsqu'il apparaît qu'une décision a déjà été prise à un niveau supérieur. Elle a souligné que les négociateurs doivent faire du lobbying auprès de leurs supérieurs hiérarchiques et les amener à comprendre les risques. Elle a préconisé de faire circuler des avis écrits concernant les risques liés aux TBI au cabinet ainsi qu'à d'autres ministères et institutions, afin de les rendre plus difficiles à ignorer. **M. Martins** a convenu que la cohérence et la compréhension en interne sont essentielles, surtout au niveau de la direction. Les participants ont précisé que les négociateurs des pays en développement peuvent demander plusieurs exclusions, et que la meilleure façon d'aborder cela est d'avoir un cadre réglementaire national en place permettant de bénéficier des avantages de développement souhaités, plutôt que de tenter d'inclure toutes les exigences dans le traité.

**M. Richards** a conclu la séance en rappelant que les négociateurs des pays en développement ne connaissent pas tous leurs propres cadres juridiques aussi bien qu'ils le devraient. La CARICOM a commencé à examiner les lois qui sont pertinentes pour les obligations en matière de commerce et d'investissement, afin de renforcer les positions de négociation des États membres de la CARICOM.

## POINTS À RETENIR ET PROCHAINES ÉTAPES

La séance a été animée par le **professeur Mbengue** (Université de Genève). Notant que les négociateurs d'investissement des pays en développement font face à des difficultés encore plus grandes qu'auparavant, il a appelé à un changement d'horizon dans les négociations sur l'investissement. Le professeur Mbengue a invité les participants à partager leurs points de vue sur une série de questions de réflexion :

- Comment définir / élaborer des positions de négociation entre les pays en développement ?
- Est-ce possible d'y arriver dans un environnement multipolaire ? Comment devrions-nous réagir à cet environnement multipolaire ? Devrions-nous modifier cet environnement multipolaire ou s'y adapter ?
- Comment bâtir une solidarité *politique* afin d'atteindre une solidarité *normative* ?
- Comment les pays devraient-ils s'engager dans la facilitation de l'investissement pour le développement durable ?

Les participants ont partagé l'avis selon lequel les pays en développement devraient d'abord chercher à mieux comprendre ce qui est en train d'être discuté et trouver une position commune fondée sur leurs objectifs nationaux de développement. Ils doivent ensuite établir un plan clair en termes de présence dans plusieurs forums avant de prendre position sur toute question concernant la négociation des investissements. À cet égard, les participants ont



## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

insisté sur le fait que les pays en développement disposent de positions communes sur des questions de fond, y compris l'investissement pour le développement durable et l'équilibre des droits et des obligations.

Il a également été souligné que la communication avec toutes les parties prenantes, en particulier la population locale, est essentielle pour obtenir une volonté et un soutien politique. Par conséquent, une approche ascendante est cruciale si l'on désire instaurer une solidarité politique et normative. On a également fait observer que les discussions avec les pays exportateurs de capitaux et les investisseurs étrangers sont tout aussi importantes. Certains participants ont proposé de commencer par trouver des moyens de sortir des négociations sur les TBI plutôt que de simplement s'adapter à l'environnement multipolaire, soulignant que l'énergie et le temps consacrés aux négociations sur les TBI pourraient être investis dans d'autres domaines.

On a également souligné la nécessité d'avoir une approche cohérente entre tous les ministères pour renforcer les positions institutionnelles nationales sur différentes questions. Il a été proposé de restructurer les institutions internationales représentant le Sud afin de créer une solidarité politique entre les pays en développement. En ce qui concerne les discussions sur la facilitation de l'investissement à l'OMC, certains participants ont exprimé leur inquiétude quant au contenu et le champ d'application de la « facilitation de l'investissement » et son lien avec le développement durable, tandis que d'autres ont affirmé qu'il est positif d'aborder cette question, indépendamment des divergences d'opinion. Il a été proposé de préparer une étude collaborative entre IISD, le Centre Sud et le Secrétariat du Commonwealth sur les avantages et les inconvénients des discussions relatives à la facilitation de l'investissement à l'OMC.

Plusieurs participants ont proposé que les gouvernements partagent leurs meilleures pratiques en matière de conception institutionnelle pour les négociations d'investissement et sur la manière de renforcer les positions de négociation. On a souligné à plusieurs reprises l'importance de la création d'un réseau régional et mondial pour les négociateurs en investissement des pays en développement.

Enfin, tous les participants ont convenu qu'une volonté politique forte devrait être établie au plus haut niveau, car les négociateurs d'investissements ne sont pas les décideurs politiques. Dans ce contexte, on a évoqué l'idée de créer un forum des décideurs politiques des pays en développement. Cela a conduit à la proposition d'organiser une réunion parallèle d'une demi-journée au Forum mondial de l'investissement de la CNUCED, avec des hauts-représentants afin d'attirer l'attention sur les questions d'actualité et les discussions sur la réforme.



11th Annual Forum of Developing  
Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

## CÉRÉMONIE DE CLÔTURE

**Mme Nathalie Bernsaconi** (IISD), **M. Carlos Correa** (Centre Sud), et le **Dr. Moses Ikiara** (Kenya) ont prononcé la clôture officielle du Forum en remerciant les organisateurs et les sponsors pour leur soutien, ainsi que les participants pour leur engagement actif tout au long des discussions de ce programme de trois jours. Ils ont encouragé les participants à poursuivre la réflexion sur un système alternatif visant à favoriser l'investissement durable, ainsi qu'à participer aux discussions en cours à divers niveaux, notamment lors de la prochaine réunion de la CNUDCI sur la réforme du RDIE en avril 2018.