



# Négociations sur les investissements de l'AfCFTA

Repères sur les concepts

Max Mendez-Parra (eds)

May 2020

---

# Remerciements

Ces notes sont conçues pour aider les participants aux négociations et à la mise en œuvre des politiques d'investissement dans le programme de renforcement des capacités en ligne de l'AfCFTA, organisé conjointement entre l'ODI et la CUA. Elles ont été préparées par les formateurs respectifs qui participeront à l'événement. Max Mendez-Parra a fourni l'introduction et révisé la collection. Nous apprécions le soutien reçu du DFID.

Les opinions exprimées dans cette publication sont celles des auteurs. Ils ne prétendent pas refléter les opinions ou les avis de l'AUC, du DFID ou de l'ODI.

## **Table des matières**

### **[3.1 Qu'est-ce que l'investissement?](#)**

---

### [3.2 L' impact économique de l'investissement](#)

### [3.3 Comment l'intégration régionale s'insère-t-elle?](#)

#### [Références](#)

### [Annexe: IDE entrants et développement économique](#)

#### [4.1 Investissements intra-africains: combien y en a-t-il?](#)

#### [4.2 Investissement Sud-Sud contre investissement Nord-Sud](#)

#### [4.3 Investissements intra-africains et considérations d'économie domestique](#)

#### [Références](#)

### [5.1 L'univers des accords d'investissement internationaux](#)

### [5.2 Architecture et préoccupations de l'All « ancienne génération »](#)

### [5.3 Architecture moderne des All](#)

### [5.4 Accords multilatéraux d'investissement](#)

### [5.5 Protocole d'investissement et TBI de l'AfCFTA entre les États membres de l'Union Africaine](#)

#### [6.1 Contexte du PAIC et du protocole d'investissement de l'AfCFTA](#)

#### [6.2 Contexte d'un protocole d'investissement: rééquilibrage du régime d'investissement](#)

#### [6.3 PAIC: un modèle de rééquilibrage du régime d'investissement en Afrique](#)

#### [6.4 Du PAIC au protocole d'investissement](#)

#### [Références](#)

### [7.1 Préoccupations liées au règlement des litiges investisseur-État](#)

### [7.2 Approches modernes du règlement des litiges entre investisseurs et États](#)

#### [8.1 Qu'est-ce que la promotion et la facilitation des investissements ?](#)

#### [8.2 Qu'est-ce que la facilitation des investissements pour le développement durable?](#)

#### [8.3 Gouvernance et outils nationaux, régionaux, continentaux ou internationaux](#)

#### [8.4 Utiliser les accords internationaux pour promouvoir et faciliter l'investissement durable](#)

#### [8.5 Le modèle brésilien - utiliser les accords internationaux d'investissement pour promouvoir la coopération et la facilitation des investissements](#)

#### [8.6 Organisation Mondiale du Commerce - discussions structurées sur la facilitation des investissements](#)

#### [8.7 Conclusion: comment les gouvernements devraient-ils aborder ces questions complexes?](#)

#### [Références](#)

---

[9.1 Pourquoi réformer](#)

[9.2 Options pour aborder les traités](#)

[9.3 Comment les pays tentent-ils actuellement de traiter ces dispositions dans les traités modernes?](#)

[9.4 Questions transversales](#)

[9.5 Règlement des différends](#)

[9.6 Comment les pays devraient-ils penser à ce qui est nécessaire / souhaité?](#)

[9.7 Références](#)

---

# Acronymes

AfCFTA	African Continental Free Trade (Zone de libre-échange continental africain)
AfDB	African Development Bank (Banque Africaine de Développement)
ARIA	Assessing Regional Integration in Africa (Evaluation de l'intégration régionale en Afrique)
AU	African Union (UA Union Africaine)
AUC	African Union Commission (CUA Commission de l'Union Africaine )
BIT	Bilateral investment treaty (TBI Traité bilatéral d'Investissement )
CCSI	Columbia Center on Sustainable Investment (Centre Colombien d'investissement durable)
CFIA	Cooperation and facilitation investment agreement (Accord de coopération et de facilitation de l'investissement)
COMAI	Conference of African Ministers in Charge of Integration (Conférence des Ministres Africains en charge de l'Intégration)
COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa (Marché commun pour l'Afrique orientale et australe)
CDIS	Coordinated Direct Investment Survey (Enquête coordonnée sur l'investissement direct)
ECA	United Nations Economic Commission for Africa (CEA Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique)
EPA	Economic Partnership Agreement (APE Accord de Partenariat Economique)
EU	European Union (UE Union européenne)
FDI	Foreign Direct Investment (IDE Investissements directs étrangers)
FET	Fair and Equitable Treatment (Traitement juste et équitable)
FTA	Free Trade Agreement (ALE Accord de Libre-Echange)
GATS	General Agreement on Trade in Services (AGCS Accord Général sur le Commerce des Services)
GVC	Global Value Chain (Chaîne de valeur mondiale)
IIA	International Investment Agreement / Accord international sur les investissements
IISD	International Institute for Sustainable Development/Institut international pour le développement durable
IMF	International Monetary Fund (FMI Fonds Monétaire International)
ISDS	Investor-State Dispute Settlement (Règlement des différends investisseur-État)
M&A	Mergers and Acquisitions (Fusions et Acquisitions)
MFN	Most-Favoured Nation (NPF nation la plus favorisée)
MIA	Multilateral Investment Agreement (AMI accord multilatéral sur l'investissement)
MNC	Multinational Corporation (Société Multinationale)
ODI	Overseas Development Institute (Institut de Développement Outre-Mer)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economiques)
PAIC	Pan-African Investment Code (Code d'investissement panafricain)

---

SADC	Southern African Development Community (Communauté de développement de l'Afrique australe)
SDG	Sustainable Development Goal (ODD Objectif de Développement Durable)
TIP	Treaty/agreement with investment provisions (Traité/accord avec les dispositions d'investissement)
UK	United Kingdom (Royaume – Uni)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development (CNUCED Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (CNUDCI Commission des Nations Unies pour le droit commercial international)
UNGPs	United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (Principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme)
US	United States (États-Unis États-Unis)
USMCA	US–Mexico–Canada Agreement (États-Unis–Mexique–Canada)

---

# 1 Introduction

La Zone de libre-échange continentale africaine (AfCFTA) vise à accroître le commerce intra-africain et à transformer les économies du continent africain. Il s'agit d'objectifs essentiels fixés dans l'Agenda 2063 de l'Union Africaine, visant à réduire la dépendance extérieure aux exportations de produits de base et à accroître la valeur ajoutée sur le continent.

La mise en œuvre de la phase I de l'AfCFTA, qui débutera en janvier 2021, éliminera progressivement les obstacles au commerce entre ses membres. Bien qu'elle ne va pas aborder les aspects relatifs aux obstacles physiques et infrastructurels qui limitent le commerce entre les pays africains, ni aux obstacles institutionnels et juridiques, l'AfCFTA pourrait créer des occasions d'œuvrer à les surmonter.

Dans la phase II, l'AfCFTA vise à approfondir les relations économiques entre les pays africains en négociant des dispositions visant à accroître les investissements bilatéraux.<sup>1</sup> La réalisation de l'Agenda 2063 nécessite la conception et la mise en œuvre d'outils qui, en plus d'éliminer les obstacles au commerce, peuvent également contribuer au développement des capacités de production à travers le continent. En ce sens, l'accroissement des investissements à travers l'Afrique contribuera simultanément à la transformation des économies et à l'augmentation des flux commerciaux bilatéraux.

La plupart des pays africains ont négocié des traités bilatéraux d'investissement (TBI) entre eux et avec des pays non africains. En général, ces objectifs visent à libéraliser les flux et à éliminer les restrictions à l'investissement entre les pays; et à fournir un espace et/ou une procédure pour résoudre les différends liés aux investissements qui peuvent survenir entre les entités des pays signataires. Dans cette perspective, le traitement non discriminatoire des partenaires à l'égard des investisseurs nationaux et la protection des concessions et des droits de propriété dans le pays signataire apparaissent comme des dispositions clés dans ces types d'accords.

Cependant, l'investissement a des effets qui vont au-delà des entreprises privées et relations strictement commerciales. Il a des répercussions importantes sur les dimensions sociales, environnementales et des droits de la personne. Les investissements ne produisent pas seulement des profits.

Les TBI, de par leur conception, n'ont pas été en mesure de résoudre ces problèmes et, dans de nombreux cas, ont en effet problématisé les politiques gouvernementales dans ces domaines. Les dispositions sur la protection des investissements ont compliqué la mise en œuvre des politiques dans un large éventail de domaines, à chaque fois que les bénéfices ou les investissements des investisseurs ont été affectés.

En outre, les données sur l'efficacité des TBI traditionnels en termes d'augmentation des investissements sont particulièrement faibles. Les dispositions non discriminatoires semblent insuffisantes pour attirer les investissements nécessaires au développement des capacités productives. Par conséquent, la facilitation des investissements devrait faire partie de la stratégie de la hausse des investissements.

Cela stipule qu'un accord d'investissement moderne et efficace devrait prévoir une répartition équilibrée des droits et des responsabilités entre les acteurs. Les investisseurs ont besoin de garanties

---

<sup>1</sup> La phase II comprendra également des négociations sur la politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle.

---

et de titres pour s'assurer que leurs investissements sont sûrs, et qu'ils seront traités équitablement par rapport aux concurrents nationaux. Ils sont également responsables de la conduite de leurs affaires dans le pays hôte d'une manière respectueuse de la législation, ainsi que d'assumer leur rôle dans le développement économique du pays hôte.

Parallèlement, les gouvernements ont l'obligation de maximiser le bien-être social pour l'ensemble de la société. Les accords d'investissement ne devraient pas empêcher les gouvernements de mettre en œuvre leurs politiques dès qu'ils ont un véritable objectif ultime. En outre, les gouvernements ont la responsabilité de créer un espace qui facilite l'investissement, en rendant transparentes et claires toutes les conditions.

Les négociations sur les investissements de la phase II visent à réunir tous ces éléments. Ils visent à créer un environnement commun sur le continent pour les flux d'investissements intra-africains, pour faciliter et protéger cet objectif sans renoncer à un espace politique plus large. La phase II vise également à créer une plate-forme commune de négociations sur les investissements que les pays africains pourraient entreprendre avec des pays tiers. Le but est de s'assurer que ces négociations contribuent à l'effort continental plutôt que de le saper.

Ce recueil d'éléments a pour mission de faciliter et d'aider les négociateurs de chaque pays africain à naviguer dans la complexité des sujets de négociation en discussion. Il vise à fournir des informations de base, des concepts, des discussions et des références supplémentaires pour contribuer à la compréhension et à la formation de la position de négociation respective dans chaque pays. Les notes ne sont pas destinées à guider les négociations vers un résultat particulier mais plutôt à expliquer les options disponibles.

Cette collection commence par une discussion sur des définitions très simples de l'investissement et de ses effets économiques, fournie par Dirk Willem te Velde de l'ODI. Cette section devrait fournir aux négociateurs un aperçu sur la manière dont l'investissement peut affecter la transformation économique de leur pays.

Thierry Mutombo met en évidence l'architecture des TBI dans le but d'expliquer comment l'AfCFTA peut être structurée, ainsi que de discuter des arrangements typiques. Cela fournira une esquisse initiale des principaux composants que pourrait avoir l'AfCFTA.

Jamie MacLeod présente un aperçu du Code panafricain de l'investissement (PAIC) et de sa relation avec les négociations de phase II en cours de l'AfCFTA, en particulier en relation avec le projet de protocole d'investissement.

Sarah Brewin de l'IISD discute de la protection des investissements et du règlement des différends. Sa section décrit la portée et les limites des différentes orientations visant à protéger les investissements et à résoudre les controverses. Il s'agit notamment des mécanismes de règlement des différends entre les Etats (État-État), ainsi que les litiges État-investisseur.

Brooke Güven de CCSI examine la promotion et la facilitation des investissements, en présentant des agencements typiques pour attirer et faciliter l'investissement. Dans une autre section, elle discute des agencements modernes des TBI associées aux résultats sociaux, environnementaux, du travail et de la santé.

Enfin, Stephen Gelb de l'ODI décrit les principales caractéristiques de l'investissement en Afrique, soulignant les différences entre les investissements intra et extracontinentaux. En particulier, cette discussion cherche à montrer comment les deux types d'investissement contribuent à la transformation économique.



---

## 2 Les auteurs

**Sarah Brewin** est conseillère en droit des investissements internationaux à l'Institut international du développement durable (IISD). Sarah conseille les gouvernements des pays en développement et les organismes régionaux sur les lois, politiques, contrats et traités relatifs aux investissements pour le développement durable. Sarah est basée à Kigali, au Rwanda, où elle a travaillé pendant deux ans en tant que conseillère juridique au Ministère Rwandais du Commerce et de l'Industrie. Sarah a également travaillé en tant que conseillère juridique intégrée auprès du Ministère Samoan du Commerce, de l'Industrie et du Travail ; et en tant que consultante dans un cabinet de conseil en développement international spécialisé en droit, justice et réforme du climat des investissements. Sarah a commencé sa carrière en tant qu'enquêtrice dans l'application du droit de la concurrence à l'Australian Competition and Consumer Protection Authority. Sarah est titulaire d'une License en droit (LLB) et d'un diplôme d'études supérieures en pratique juridique de l'Australian National University et d'une Maîtrise (MSc) en développement international de la London School of Economics and Political Science. Elle est autorisée à pratiquer le droit en Australie.

**Brooke Güven** est chercheuse juridique au Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI). Son travail se concentre sur l'analyse des contrats, des cadres nationaux et des accords juridiques internationaux régissant les investissements transfrontaliers et leurs impacts sur les objectifs de développement durable. Elle parle, publie et enseigne régulièrement sur des questions liées à l'investissement international durable et au droit des investissements. Avant de rejoindre le CCSI en 2016, elle a passé sept ans à travailler comme avocate en finance spécialisée dans les transactions transfrontalières, plus récemment chez Hogan Lovells US LLP, et au cours de l'année 2011, Brooke a travaillé pour l'International Senior Lawyers Project en tant que conseillère juridique auprès du Ministère Libérien de la Santé et de la Protection Sociale. Elle est titulaire d'une Maîtrise (LLM) de la faculté de droit de l'Université de New York, où elle a été boursière en droits de l'homme, un JD (*cum laude*) et une Maîtrise en affaires publiques internationales de l'Université du Wisconsin et une License en économie et sciences politiques de la Northwestern University. Elle est admise au barreau de New York.

**Stephen Gelb** est chercheur principal et dirige le développement du secteur privé à l'ODI. Il a un doctorat en économie et a effectué des recherches et des analyses de politiques en Afrique du Sud pendant trente ans, conseillant le président Mbeki, le Trésor National et d'autres ministères sur la croissance, la macroéconomie et les dépenses publiques, ainsi que sur les investissements internationaux et la politique africaine. Il a travaillé à la Banque de Développement de l'Afrique Australe et a créé un institut de recherche politique indépendant à Johannesburg. Il a enseigné l'économie de troisième cycle, les sciences politiques et les études de développement en Afrique du Sud, au Canada, aux États-Unis et en Suisse, et a consulté pour la Banque mondiale, les agences des Nations Unies et les gouvernements en Afrique et en Asie. Il a été conseiller de la CNUCED sur le World Investment Report pendant de nombreuses années. Il a écrit de nombreux articles sur la macroéconomie, l'investissement étranger direct et l'économie politique en Afrique du Sud, ainsi que sur l'IDE et les chaînes de valeur en Afrique et en Asie. Son travail a été façonné par un intérêt de longue date pour la stratégie d'entreprise et les processus de décision, et leurs effets économiques et politiques plus larges. Ses recherches actuelles portent sur la stratégie d'entreprise et l'action collective dans les chaînes de valeur; sur les migrations et les flux de ressources économiques; sur le renouveau de l'économie politique; et sur le développement des entreprises, les compétences et la technologie dans les pays à faible revenu.

---

**Jamie MacLeod** est un expert en politique commerciale du Centre africain de politique commerciale à la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA) à Addis-Abeba, en Éthiopie, où il fait partie du soutien technique de la CEA aux négociations de l'AfCFTA depuis 2016. Il dirige la rédaction de plus de 10 documents techniques et de deux rapports phares de la CEA à l'appui des négociations de l'AfCFTA, ainsi que de la coédition de " Le commerce inclusif en Afrique: la zone de libre-échange continentale africaine " - le premier long ouvrage d'analyse sur l'AfCFTA. Il a mené de vastes consultations sur la politique commerciale et les négociations, notamment avec la Banque mondiale, la Commission Européenne, BFA Global, et l'Agence Danoise de Développement International, et était auparavant économiste commercial au Ministère Ghanéen du Commerce et de l'Industrie. Il est titulaire d'une Maîtrise (M.Sc) en économie pour le développement de l'Université d'Oxford, où il était boursier Snell.

**Thierry Mutombo** est titulaire d'une maîtrise en droit économique, en économie et développement. Il a débuté sa carrière en tant qu'avocat en 1988. Avant de rejoindre le Marché commun de l'Afrique Orientale et Australe (COMESA) en 2007. Il a travaillé en République Démocratique du Congo en tant que commissaire aux comptes pendant 15 ans et en tant que responsable de la promotion des investissements. Il a travaillé en tant que consultant auprès de plusieurs agences internationales et banques multilatérales de développement, à divers titres, notamment sur les règles d'investissement international et l'investissement étranger direct, l'industrialisation durable et le programme détaillé de développement de l'agriculture africaine. Il a également agi en tant que président ou conférencier lors d'événements internationaux et anime des formations d'experts en investissement sur le régime d'investissement international et l'investissement responsable dans l'agriculture. M. Thierry pilote actuellement le développement des chaînes de valeur dans le cadre du programme de compétitivité des entreprises régionales et d'accès aux marchés. Il représente le COMESA, la Communauté de l'Afrique de l'Est et la Commission de l'Océan Indien sur le pilier de développement du secteur privé Afrique, Caraïbes et Pacifique-UE depuis 2017.

**Dirk Willem te Velde** est chercheur principal et directeur du développement économique international à l'Overseas Development Institute ODI. Il dirige le programme de soutien à la transformation économique et est directeur de recherche du programme de recherche sur la croissance DFID-ESRC. Il a écrit et révisé une douzaine de livres, 30 articles évalués par des pairs et 40 chapitres de livres, ainsi que des livres portant principalement sur l'investissement, le commerce et la transformation économique. Ses recherches ont été présentées par la BBC, le China Daily, The Economist, Financial Times, le Guardian, les journaux et la télévision asiatiques et africains. Il a conseillé des organismes donateurs (y compris DFID, SIDA et le Ministère Néerlandais des Affaires Etrangères), les deux chambres du Parlement britannique et les ministres du gouvernement, les ministres des pays en développement et les organismes multilatéraux (y compris les IFI et les agences des Nations Unies). Il est membre du UK DIT Strategic Trade Advisory Group, dirige un projet de renforcement des capacités commerciales au Bangladesh et a proposé la création d'une commission de prospérité UK-Afrique. Il est titulaire d'un doctorat en économie du Birkbeck College, Université de Londres.

**Max Mendez-Parra** est chercheur principal à l'ODI. Il est économiste avec plus de 20 ans d'expérience dans l'analyse des politiques commerciales et d'investissement dans les pays en développement. Il était fonctionnaire commercial au Ministère de l'Agriculture en Argentine où il a fourni un soutien analytique dans les négociations multilatérales et bilatérales. Il a travaillé pour la Banque Interaméricaine de Développement dans l'analyse d'impact des négociations multilatérales et bilatérales en Amérique latine. Il a une connaissance approfondie de l'OMC et des accords bilatéraux impliquant les pays développés et en développement et a fourni un soutien à la recherche et à l'analyse dans le cadre de l'examen à mi-parcours du SPG de l'UE, y compris l'évaluation de l'utilisation des préférences par les bénéficiaires. Il a travaillé dans plusieurs missions impliquant l'évaluation de l'impact des politiques commerciales et d'investissement sur la croissance économique en Afrique. Récemment, il a participé à l'évaluation des capacités de mise en œuvre de l'AfCFTA au Ghana ainsi qu'à l'évaluation des opportunités d'investissement et des obstacles au Nigeria. Il a obtenu son doctorat à l'Université du Sussex.

---

# 3 Investissement: définitions et effets économiques

## **Dirk Willem te Velde**

Cette note examine les définitions de l'investissement couramment utilisées dans les négociations sur l'investissement et présente une discussion générale des principaux effets économiques de l'investissement.

### 3.1 Qu'est-ce que l'investissement?

L'investissement fait souvent référence à la formation brute de capital fixe dans les comptes nationaux, mais dans le contexte des accords de commerce et d'investissement, il a tendance à faire référence à l'**investissement (direct) étranger (IDE)**, une catégorie de la balance des paiements du pays (encadré 3.1). L'investissement est différent des autres engagements transfrontaliers tels que les chaînes de valeur mondiales, où un acheteur passe des commandes aux fabricants (souvent) sans y investir.

Les accords internationaux d'investissement (AII) peuvent couvrir l'investissement en tant que chapitre distinct ou en tant que partie des services, comme l'un des modes de fourniture. La définition de l'investissement au sein de ces AII est importante, car elle définit leur champ d'application et leur portée. La principale question qui se pose lors de la définition de l'investissement est de savoir si les investissements autres que les IDE doivent être incorporés, tels que les investissements de portefeuille, les composantes capitaux propres et dettes, les autres flux de capitaux et les différents actifs d'investissement, tangibles et intangibles, y compris les droits de propriété intellectuelle.

Si la définition est large et que les dispositions sur le traitement national sont générales et contraignantes, cela peut également signifier que la protection couvre les émissions d'obligations souveraines et les fonds dits vautours. Il est important d'évaluer si c'est bien ce que l'on souhaite, en particulier en temps de crise.

#### **Encadré 3.1: Qu'est-ce que l'investissement étranger direct?**

«L'investissement direct est une catégorie d'investissement transfrontière effectuée par un résident d'une économie (l'investisseur direct) dans le but d'établir un intérêt durable dans une entreprise (l'entreprise d'investissement direct) qui réside dans une économie autre que celle de l'investisseur direct. La motivation de l'investisseur direct est une relation stratégique à long terme avec l'entreprise d'investissement direct afin d'assurer un degré significatif d'influence de l'investisseur direct dans la gestion de l'entreprise d'investissement direct. L'«intérêt durable» est mis en évidence lorsque l'investisseur direct détient au moins 10% des droits de vote de l'entreprise d'investissement direct. L'investissement direct peut également permettre à l'investisseur direct d'accéder à l'économie de l'entreprise d'investissement direct, ce qu'il pourrait autrement être incapable de faire. Les objectifs de l'investissement direct sont différents de ceux de l'investissement de portefeuille, les investisseurs ne s'attendant généralement pas à influencer la gestion de l'entreprise.»

Source: OCDE (2008)

Il n'y a pas de définition universelle de l'investissement et tous les accords n'intègrent pas une définition précise. Au niveau multilatéral, par exemple, l'Accord sur les mesures concernant les

---

investissements et liées au commerce ne définit pas l'investissement, et l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), le définit simplement comme une «présence commerciale». D'une manière générale, lorsque les AII définissent «investissement», ils utilisent trois types de définitions: fondé sur l'actif, fondé sur les transactions et fondé sur l'entreprise.

**1. Définition fondée sur les actifs:** elle est courante dans les accords de protection des investissements (par exemple les traités d'investissement bilatéraux) et comprend les actifs et les flux de capitaux, les biens mobiliers et immobiliers, les intérêts dans les entreprises, les créances pécuniaires, les droits de propriété intellectuelle et les concessions. Bien que la définition soit suffisamment large pour inclure à la fois l'investissement direct et l'investissement de portefeuille, elle a tendance à exclure les actifs qui ne sont pas liés à l'investissement à long terme. La portée de la définition est souvent restreinte (par exemple pour exclure des investissements de portefeuille ou pour limiter la taille minimale d'un investissement).

**2. Définition fondée sur les transactions:** ce type de définition se retrouve généralement dans les AII qui concernent la libéralisation des flux financiers transfrontières par le biais desquels un investissement est effectué. Un exemple de cette approche est la définition utilisée à l'annexe A du Code de libéralisation des mouvements de capitaux de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Le Code ne définit pas l'investissement mais énumère un certain nombre de transactions en capital entre résidents et non-résidents qui font l'objet d'engagements de libéralisation.

**3. Définition fondée sur l'entreprise:** elle limite les dispositions en matière d'investissement aux entreprises créées par des investisseurs étrangers dans un pays d'accueil. La définition de l'investissement de l'AGCS en tant que «présence commerciale» est en fait un exemple de ce type de définition. Un autre exemple de cette approche est l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis de 1988 (chapitre 16, Investissement).

Les négociateurs en investissements pensent souvent à attirer les IDE (encadré 3.1) lors de la conception des dispositions relatives aux investissements. Cependant, tous les IDE ne sont pas identiques. La littérature des écoles de commerce internationales définit quatre catégories de motivations pour l'IDE: la recherche de ressources naturelles, la recherche d'efficacité, la recherche d'actifs stratégiques et la recherche de marché. L'entrée dominante d'entreprises étrangères se fait par le biais de fusions et d'acquisitions transfrontalières plutôt que par des opérations entièrement nouvelles. Les instruments financiers liés à l'IDE comprennent les capitaux propres, les dépôts, les titres de créance, les prêts, les crédits commerciaux et autres comptes. Les données sur l'IDE font souvent la distinction entre les capitaux propres, les bénéfices réinvestis et les autres capitaux, y compris la dette. Une grande partie de l'IDE en Afrique, par exemple, comprend des bénéfices réinvestis par des multinationales. De plus, comme les filiales peuvent accorder des prêts à leurs parents pour des raisons fiscales, les flux d'IDE peuvent être négatifs au cours d'une année donnée.

## 3.2 L' impact économique de l'investissement

Les protocoles d'investissement contiennent généralement des objectifs de développement tels que le développement durable ou la transformation économique. La promotion, la facilitation et la protection des investissements visent à y contribuer. Beaucoup de publications ont été écrites sur la relation entre l'IDE et le développement au cours des dernières décennies et sur la question de savoir si l'intégration régionale peut faciliter l'IDE (de qualité). Les principaux enseignements sont que (i) l'IDE a un grand potentiel pour stimuler le développement mais les effets ne sont pas automatiques et nécessitent des politiques et des institutions complémentaires; et (ii) l'intégration régionale a tendance à entraîner une augmentation de l'IDE, notamment par le biais des dispositions relatives à l'investissement, mais toute une série d'autres facteurs sont cruciaux et probablement beaucoup plus importants. Cela signifie que les protocoles d'investissement doivent toujours être considérés conjointement avec d'autres politiques et facteurs d'un pays.

---

La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) (1999) examine plusieurs domaines dans lesquels l'IDE affecte le développement économique (voir le tableau en annexe; pour des examens supplémentaires, voir OCDE, 2002; Farole et Winkler, 2013):

1. emploi et revenus
2. formation de capital et accès aux marchés
3. structure des marchés
4. technologie et compétences
5. Recettes fiscales et
6. économie politique.

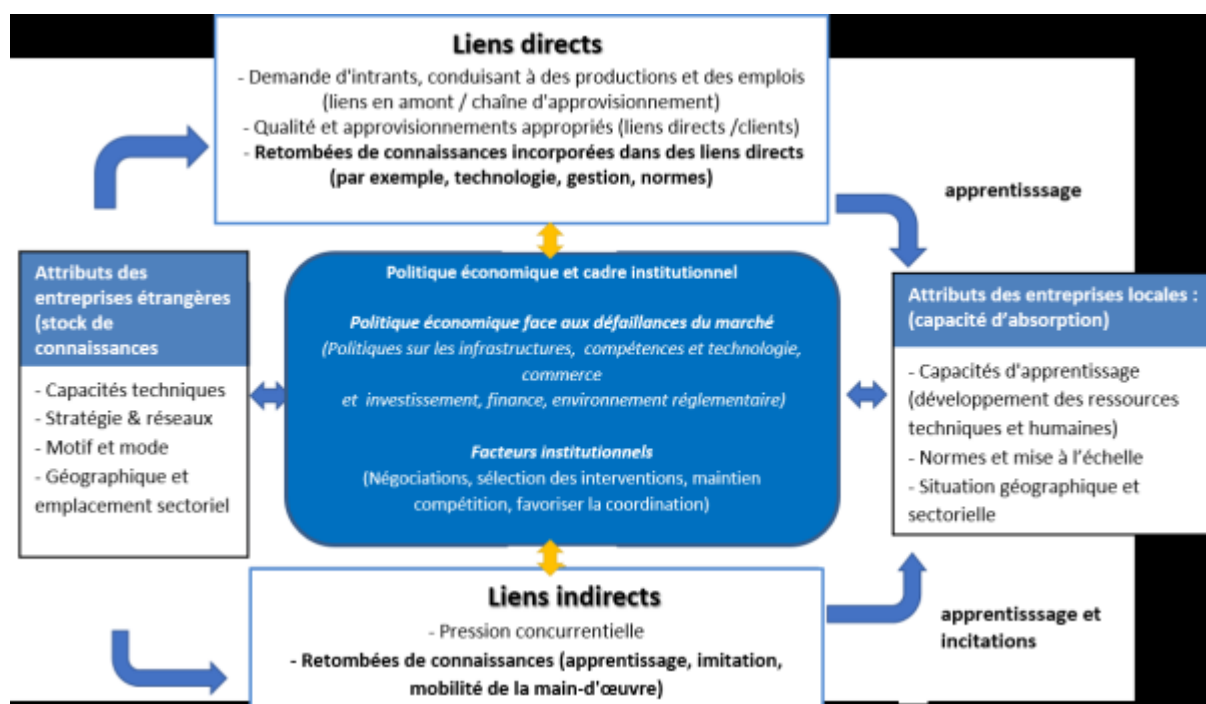
L'IDE conduit à la croissance économique en intensifiant les quantités de facteurs de production (en augmentant le capital ou l'emploi directement ou indirectement chez les fournisseurs et concurrents locaux), dans le contexte de la comptabilité de croissance, ou en accroissant l'efficacité avec laquelle ces facteurs sont utilisés (en utilisant technologie de pointe ou implantation dans des secteurs à forte productivité, ou par des retombées de productivité sur les entreprises locales), comme l'exprime la littérature sur la croissance endogène, l'IDE étant le port par lequel un pays peut accéder à de nouvelles idées.

L'ampleur des effets de productivité est un facteur décisif pour déterminer si l'IDE affecte l'économie locale de façon temporaire ou permanente. L'accumulation induite par l'IDE de facteurs de production sans résultats sur la productivité peut entraîner un changement ponctuel des capacités de production. Cela entraînera un changement ponctuel des revenus mais un changement temporaire de la croissance économique. À long terme, la variation de la productivité induite par l'IDE est importante pour une croissance économique durable. Cela peut se produire grâce à des retombées de connaissances qui améliorent les capacités des entreprises locales.

La **figure 3.1** conceptualise l'impact de l'IDE par le biais de liens et de retombées, et les rôles que la politique joue dans ce processus (dont certains seulement sont inclus dans les protocoles d'investissement). Les entreprises étrangères apportent avec elles un stock de connaissances et un ensemble de stratégies, de normes et d'autres attributs. Ils affectent les entreprises locales par le biais de liens directs (entreprises locales vendant ou achetant à des entreprises étrangères) et indirects. Les retombées désignent les effets/résultats de connaissances, sous la forme de connaissances technologiques (y compris, par exemple, sur l'exportation) ou de connaissances sur de nouvelles techniques de gestion qui sont transférées d'étrangers à des entreprises locales. Ces retombées peuvent se produire par le biais de liens directs, par exemple dans le cadre d'une relation avec les fournisseurs, ou de liens indirects, comme lorsque des entreprises locales imitent ce que font des entreprises étrangères (par exemple, l'exportation, ou le développement et l'adaptation de nouvelles technologies).

Les liens directs se réfèrent aux liens verticaux en arrière-plan et en avant; les liens indirects vont au-delà des liens horizontaux et couvrent les liens entre les entreprises au même niveau ou à des niveaux différents dans la chaîne de valeur que l'entreprise étrangère, tant qu'elles ne s'achètent ni ne se vendent directement.

**Figure 3.1: IDE, liens, retombées et rôle de la politique**



Source: te Velde (2019)

Selon la définition utilisée dans le protocole d'investissement, l'investissement peut également inclure le crédit bancaire et la dette de portefeuille, aussi bien que l'investissement en fonds propres. Les flux de portefeuille sont souvent plus volatils que l'IDE et peuvent contribuer à l'essor et au repli du crédit et de la consommation. L'impact des flux de portefeuille et des prêts bancaires est moins positif par rapport à l'IDE (Hou et al. 2013), quoique, comme d'habitude, il dépend de la manière dont les flux sont utilisés.

Les données de la CNUCED suggèrent que la plupart des IDE sont soit à la recherche de ressources naturelles (par exemple au Royaume-Uni ou aux États-Unis, dans le pétrole et le gaz; aux IDE dans le cuivre zambien; l'or tanzanien et ghanéen) ou à la recherche de marchés (supermarchés sud-africains, grandes banques, télécommunications). Cela concerne également les IDE intra-africains. Il y a beaucoup moins d'IDE à la recherche d'efficacité (et à forte intensité d'exportation), que les pays (y compris les Tigres d'Asie et le Costa Rica) du monde entier ont utilisés pour moderniser leurs structures de production et transformer leurs économies. Il existe quelques exceptions en Afrique, comme les vêtements et chaussures éthiopiens et les automobiles sud-africaines. Il existe également des IDE intra-africains dans le secteur de fabrication (ou manufacturier), comme dans les pays de la Communauté de l'Afrique de l'Est.

Il peut également y avoir des effets différentiels des IDE selon le mode d'entrée. À court terme, les fusions et acquisitions (M&A) conduisent à un transfert financier, tandis que les investissements entièrement nouveaux entraîneront également une formation accrue de capital fixe, bien que cette distinction soit moins forte à long terme. À long terme, la principale différence semble être que les fusions et acquisitions ont tendance à entraîner une concentration accrue, tandis que les investissements entièrement nouveaux font le contraire (CNUCED, 1999).

---

### 3.3 Comment l'intégration régionale s'insère-t-elle?

Au fur et à mesure que les pays s'intègrent dans le cadre de l'AfCFTA, ils devraient amplifier les IDE à la recherche d'efficacité et de recherche de marchés. La gamme de facteurs qui attirent les IDE peut être divisée en catégories sous mentionnées:

1. les conditions économiques générales et spécifiques du pays hôte, qui incluent la taille et la croissance du marché; infrastructures et compétences de bonne qualité et appropriées; et ressources naturelles
2. les politiques, institutions, procédures administratives et gouvernance générales et spécifiques du pays hôte (par exemple, la facilité de faire des affaires) et
3. règles et activités internationales (multilatérales, bilatérales et régionales); et les politiques du pays d'origine (par exemple, crédit dirigé, garanties d'investissement, etc.).

Te Velde (2006b), te Velde et Bezemer (2006), te Velde (2011) et te Velde et Munakula (2015) résument comment différents types de dispositions en matière d'intégration régionale peuvent soutenir l'IDE et les changements de productivité. La théorie suggère que les accords commerciaux régionaux devraient conduire à une augmentation de l'IDE extrarégional, mais il y a des résultats plus ambigus pour l'IDE intra régional. Une raison importante de l'ambiguïté des effets des règles commerciales est que les entreprises multinationales sont motivées par l'exploitation d'actifs propres à l'entreprise (par exemple, les coûts fixes spécifiques à l'entreprise) et veulent donc profiter d'économies d'échelle et de portée, en plus de simplement sauter les barrières commerciales. .

Cependant, la portée des dispositions régionales est cruciale. Dee et Gali (2003) et te Velde et Bezemer (2006) fournissent plus de détails sur la pertinence des différents types de dispositions régionales en matière d'investissement. Dee et Gali (2003) suggèrent que l'IDE répond de manière significative aux dispositions non commerciales des accords commerciaux régionaux (y compris les dispositions sur l'investissement). Te Velde et Bezemer (2006) constatent que l'appartenance à une région en tant que telle n'est pas significativement liée à l'IDE entrant, mais, surtout, lorsqu'un pays est membre d'une région disposant d'un nombre et d'un niveau suffisants de dispositions en matière de commerce et d'investissement (par exemple, décrivant le traitement des entreprises étrangères, les préférences commerciales importantes), cela contribuera à attirer davantage d'IDE entrants dans la région.

---

## Références

- Dee, P. et Gali, J. (2003) Les effets des accords commerciaux préférentiels sur le commerce et l'investissement, document de travail 10160, Cambridge MA: NBER
- Farole, T. et Winkler, D. (2013) Faire fonctionner l'investissement direct étranger pour l'Afrique subsaharienne: retombées locales et compétitivité dans les chaînes de valeur mondiales. Orientations en matière de développement: commerce. Washington DC: Groupe de la Banque Mondiale
- Hou, Z., Keane, J., Kennan, J., Massa, I. et Te Velde, D.W. (2013) *Shockwatch bulletin: la nature changeante des flux de capitaux privés vers l'Afrique subsaharienne. Document de travail*, mars
- OCDE - Organisation de coopération et de développement économiques (2002) *Investissements directs étrangers pour le développement. Maximiser les avantages, minimiser les coûts*, Paris: OCDE
- OCDE (2008) *Définition de référence de l'investissement étranger direct*, Paris: OCDE
- Te Velde, D.W. (2006a) «L'investissement étranger direct et le développement: une perspective historique», document de référence pour l'Enquête économique et sociale mondiale pour 2006
- Te Velde, D.W. (2006b) (éd.) *Intégration régionale et pauvreté*, Aldershot: Ashgate
- Te Velde, D.W. (2011) «Intégration régionale, croissance et convergence», *Journal of Economic Integration* 26 (1): 1–28
- Te Velde, D.W. (2019) «Renforcer les retombées de l'investissement étranger direct». Londres: ODI, SET
- Te Velde, D.W. et Bezemer, D. (2006) «Intégration régionale et investissement étranger direct dans les pays en développement», *Transnational Corporations* 15 (2): 41–70.
- Te Velde, D.W. et Munakula, T. (2015) «L'intégration régionale et l'investissement direct étranger dans le COMESA», dans N. Jansen Calamita *La régionalisation des accords internationaux d'investissement*, BIIIECL
- CNUCED - Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (1999) *Rapport sur l'investissement dans le monde*, Genève: CNUCED



## Annexe: IDE entrants et développement économique

Zone d'impact	Effets statiques		Effets dynamiques	
	Indicateurs	Différences entre les entreprises étrangères et locales	Processus d'impact	Indicateurs
Emploi et revenu	Création d'emplois dans les entreprises étrangères  Niveaux de salaire du personnel ayant des caractéristiques données	Les entreprises étrangères sont plus importantes et paient des salaires plus élevés (en particulier pour les travailleurs qualifiés) que les entreprises locales	Fournit de l'emploi et des revenus directement. Aussi indirectement par le biais de l'approvisionnement auprès des entreprises locales, qui peuvent croître en conséquence. Le travail salarié peut entraîner des dépenses et d'autres effets. Peut également éliminer indirectement d'autres emplois en remplaçant l'emploi existant ou en faisant monter les prix des facteurs; peut entraîner une augmentation de l'inégalité des salaires en haussant la demande relative de compétences	Génération d'emplois à long terme dans l'entreprise, chez les fournisseurs et acheteurs  Évolution à long terme des salaires dans les entreprises étrangères et effets d'entraînement sur les niveaux de salaires dans d'autres entreprises
Capital Physique	Formation de capital fixe  Transferts financiers	Les entreprises étrangères ont tendance à être plus capitalistiques	Source stable de financement extérieur, amélioration de la balance des paiements et augmentation potentielle de la formation de capital fixe  Peut évincer et concurrencer les investissements et les opportunités des entreprises nationales  L'approfondissement du secteur financier agrandit la disponibilité et réduit le coût du financement	Relation à long terme entre l'IDE et la formation de capital intérieur
Accès aux marchés et exportations	Part des intrants importés  Part de la production exportée	Les entreprises étrangères ont tendance à être plus axées sur le commerce	Les entreprises peuvent accéder aux marchés d'exportation en utilisant les réseaux mondiaux d'entreprises étrangères  Les entreprises étrangères peuvent maintenir un contrôle strict des canaux d'exportation	Relation à long terme entre les exportations et l'IDE, et entre les importations et l'IDE
Structure des marchés des facteurs et des produits	Concentration sur les marchés de produits et de facteurs  Marges bénéficiaires	Les entreprises étrangères se trouvent souvent dans des secteurs présentant des «barrières à l'entrée»	L'entrée d'une entreprise étrangère peut entraîner une concurrence accrue. Cela peut réduire les prix des produits en offrant aux consommateurs plus de choix  L'entrée d'entreprises étrangères peut également entraîner une concentration et un pouvoir de marché supplémentaires. Cela peut augmenter les prix des produits propres et autres	Relation à long terme entre l'IDE et la rentabilité

Zone d'impact	Effets statiques		Effets dynamiques	
	Indicateurs	Différences entre les entreprises étrangères et locales	Processus d'impact	Indicateurs
Technologie, compétences et techniques de gestion	<p>Niveau de compétence des employés</p> <p>Budgets de formation</p> <p>Production par employé</p> <p>Budgets de recherche et développement</p> <p>Types de technologies utilisées</p>	<p>Les entreprises étrangères sont plus exigeantes en compétences et ont tendance à utiliser des technologies plus récentes et à former plus</p>	<p>Fournit des techniques à jour, du personnel qualifié et des techniques de gestion avancées, augmentant le retour aux compétences offrant des incitations supplémentaires pour l'éducation. Effets d'entraînement positifs sur les entreprises nationales grâce à des liens en amont et en aval, à l'apprentissage, aux effets de démonstration et au développement des ressources humaines. Les retombées ne sont ni automatiques ni gratuites. La dépendance à l'égard de la technologie et des compétences étrangères peut entraver le développement des capacités locales. Le renforcement des liens accroît la dépendance des entreprises nationales à l'égard des entreprises étrangères</p>	<p>Effets de retombées verticales (intra-sectorielles) et horizontales (extra-sectorielles) sur la productivité locale; part des intrants d'origine locale</p> <p>Développement des fournisseurs</p> <p>Mise à niveau et développement à long terme des niveaux de technologie, de formation et de compétences dans les entreprises étrangères et locales</p>
Recettes fiscales	<p>Paiements fiscaux</p> <p>Subventions à des entreprises étrangères</p>	<p>Des exonérations fiscales ou des subventions directes sont parfois proposées aux entreprises étrangères</p>	<p>Les entreprises étrangères peuvent renforcer les recettes fiscales du gouvernement national en payant des impôts en cas de nouvelles activités économiques à plus forte valeur ajoutée. Si les entreprises étrangères écartent les entreprises nationales, les recettes fiscales peuvent être réduites grâce à des avantages fiscaux spéciaux, entraînant une érosion de l'assiette fiscale. Les avantages fiscaux spéciaux sont une subvention implicite, qui peut conduire à un comportement de recherche de rente</p>	<p>Paiements budgétaires à long terme par le biais d'entreprises étrangères et par un changement de l'activité économique plus généralement</p>
Economie politique	<p>Accords convenus entre l'État et les entreprises</p>	<p>Plus de concurrence pour les entreprises étrangères</p> <p>Relations entre l'État et les entreprises</p>	<p>Les entreprises étrangères peuvent exposer le pays hôte à d'autres normes et valeurs, par exemple la gestion de l'environnement, la gouvernance d'entreprise, l'éthique, mais les entreprises étrangères peuvent entraîner des problèmes politiques, sociaux et culturels, en imposant des valeurs inacceptables interférant avec le régime politique, et exacerberaient les problèmes de corruption existants. Les accords entre les entreprises et le gouvernement peuvent avoir des avantages en termes de gouvernance</p>	

Source: te Velde (2019)

---

# 4 Investissements intra et extra-africains - quelle différence fait le pays d'origine de l'investisseur?

**Stephen Gelb**

L'AfCFTA vise à promouvoir la facilitation et la réglementation des investissements intra-africains pour soutenir la transformation et le développement durable de l'Afrique, comme indiqué dans l'Agenda 2063. Les investissements directs étrangers (IDE) peuvent soutenir le développement durable à travers trois canaux, encore que, bien entendu, il ne soit pas inévitable que les IDE aient un impact net positif sur le développement. Du côté de la demande de l'économie, l'IDE peut stimuler l'épargne totale et les réserves de change à court terme, ainsi que les investissements fixes et l'emploi s'ils sont «entièrement nouveaux». Peut-être plus important pour le développement à long terme est la contribution potentielle de l'offre à la technologie et aux capacités, ou aux connaissances productives. L'IDE peut également avoir des impacts positifs sur le développement durable par le biais d'un troisième canal, en élevant les normes en matière de pratiques environnementales, sociales (y compris le travail et le genre) et de gouvernance.

## 4.1 Investissements intra-africains: combien y en a-t-il?

L'accent mis par l'AfCFTA sur la facilitation des investissements promet de stimuler l'investissement intra-africain à long terme. Mais à l'heure actuelle, une très grande part des IDE entrants en Afrique provient de l'extérieur du continent, et une proportion également importante des IDE sortants de l'Afrique est en dehors du continent, de sorte que les attributions directes de l'AfCFTA seront assez limitées à moyen terme, en ce qui concerne.

Il est très difficile d'être précis sur l'ampleur des investissements intra-africains, mais une estimation approximative est possible en examinant la base de données du CDIS sur les investissements bilatéraux, en conjonction avec la Conférence des Nations Unies sur les données par pays du commerce et du développement (CNUCED) sur l'IDE<sup>2</sup> total entrant et sortant. À ce jour, le CDIS ne comprend que 24 pays africains, mais dans la base de données de la CNUCED, qui couvre tous les pays africains, ces 24 représentent 85,8% du stock total d'investissement extérieur de l'Afrique (ainsi que 58,7% du stock total d'investissement intérieur de l'Afrique). L'Afrique du Sud à elle seule fournit 74,8% des IDE sortants d'Afrique, selon la CNUCED, le Maroc et l'Algérie - également dans le CDIS - contribuant pour 2,7% supplémentaires. Du côté intérieur, ces pays plus le Nigéria reçoivent 36,7% des IDE entrants vers l'Afrique du reste du monde, selon la CNUCED. Les principaux investisseurs africains à l'étranger qui ne participent pas au CDIS sont le Libéria, l'Égypte, la Libye, la République démocratique du Congo et l'Angola, ainsi que le Nigéria pour les investissements à l'étranger.

---

<sup>2</sup> La CNUCED fournit des données bilatérales sur les pays pour la plupart des pays, mais seulement jusqu'en 2012, et les données semblent incomplètes pour la plupart des pays africains.

---

Ensemble, ces pays représentent 17,8% du stock d'IDE sortant de l'Afrique dans les données de la CNUCED.

Le total des investissements interrégionaux indique que les 24 pays africains inclus dans le CDIS avaient un stock total d'IDE sortants de 551,4 milliards de dollars à fin 2018, dont seulement 84,7 milliards (15,4%) étaient investis en Afrique, principalement en provenance d'Afrique du Sud (35,4 milliards de dollars, ou soit 41,8%) et Maurice (36,97 milliards de dollars, ou 43,6%). Si nous excluons Maurice comme un cas spécial (discuté ci-dessous), cela tombe à 47,75 milliards de dollars (8,67%). Du stock total d'IDE sortant de l'Afrique du Sud, 14,4% étaient destinés au reste de l'Afrique, bien que ce chiffre tombe à 6,1% si Maurice est exclue<sup>3</sup>. Excluant Maurice entièrement, la part de l'Afrique dans le total des IDE entrants en Afrique se situe probablement entre 3,06% et 6,05%. Les limites inférieures et supérieures supposent que 16,5% et 50%, respectivement, des IDE sortants africains (à l'exception de l'Afrique du Sud) vont ailleurs en Afrique. L'hypothèse la plus basse est basée sur la moyenne du CDIS de 8,67%, tandis que l'hypothèse la plus élevée de 50% est la part de l'IDE sortant du Maroc vers l'Afrique.

Maurice est un cas particulier, illustrant un aspect important : le pays investisseur n'est pas toujours le pays d'origine de facto de l'investisseur. La majeure partie des stocks d'IDE entrants et sortants de Maurice sont des investissements non mauriciens acheminés via Maurice vers des pays tiers<sup>4</sup>. Pendant ce temps, selon le CDIS, Maurice dispose de très grands stocks d'investissements entrants et sortants, plus importants que ceux de l'Afrique du Sud, bien qu'environ 5% seulement du stock intérieur mauricien provienne de l'Afrique et 8 à 9% du stock d'investissement extérieur mauricien se trouve en Afrique. En revanche, la CNUCED signale que les stocks de Maurice sont très faibles, du même ordre que ceux du Botswana. La différence entre les deux est que les données de la CNUCED ne rendent compte que des stocks d'IDE concernant les résidents mauriciens, tandis que les données du CDIS incluent la catégorie des détenteurs de licences commerciales mondiales. Les autorités mauriciennes utilisent cette catégorie pour classer les non-résidents investissant à Maurice afin de faire des affaires en dehors de Maurice. Un tel acheminement vers des pays tiers est courant, car les investisseurs cherchent à profiter des traités de double imposition et/ou de la protection contre les accords internationaux d'investissement favorables.

Mais, bien que de faible volume, les investissements directs des pays africains en Afrique comprennent un large réseau: par exemple, l'Afrique du Sud et le Nigéria ont tous deux des investissements dans plus de 20 autres pays africains, tandis que le Togo possède des actifs d'investissement direct dans plus de 30 autres pays africains.<sup>5</sup>

Il convient également d'indiquer que les investissements étrangers peuvent ne pas être enregistrés en tant que tels dans les données officielles, parce que les citoyens locaux sont habitués à «diriger» l'investissement pour éviter les restrictions du pays d'accueil ou parce que les fonds sont apportés par des canaux financiers informels. De toute évidence, cela est largement applicable aux petites exploitations et, même inclus dans les données officielles, il est peu probable que la valeur globale de l'investissement augmente de manière significative. Mais cet IDE non officiel - qui est plus susceptible de provenir d'autres économies en développement en Afrique et ailleurs - peut être important en termes de nombre d'entreprises engagées dans des investissements intra-africains.

---

<sup>3</sup> D'après les données de la South African Reserve Bank : [www.resbank.co.za](http://www.resbank.co.za)

<sup>4</sup> Voir Banque de Maurice, Bilan des investissements internationaux: actifs et passifs extérieurs à fin décembre 2018 : [https://www.bom.mu/sites/default/files/iip\\_2018\\_provisional.pdf](https://www.bom.mu/sites/default/files/iip_2018_provisional.pdf)

<sup>5</sup> Les investissements du Togo sont probablement des opérations Ecobank.

---

## 4.2 Investissement Sud-Sud contre investissement Nord-Sud

Cependant, avec seulement 3 à 6% des investissements étrangers en provenance de l'Afrique elle-même, il est clairement important de considérer également les investissements non africains. Nous pouvons distinguer l'investissement «Nord-Sud» (N-S) et l'investissement «Sud-Sud» (S-S) - c'est-à-dire l'investissement d'un pays développé dans une économie en développement et celui d'une économie en développement dans une autre. Les investissements intra-africains font partie de cette dernière catégorie, ainsi que les investissements de la Chine, de l'Inde, d'autres pays asiatiques tels que la Malaisie et l'Indonésie, le Brésil et la Turquie, sans doute également de Hong Kong et de Singapour.

L'importance de la distinction entre les pays<sup>6</sup> d'origine (investisseur) du Nord et du Sud réside à la fois dans la volonté des investisseurs étrangers d'entrer dans les pays hôtes (d'accueil) dans le Sud, et dans leur impact une fois qu'ils ont investi (voir CNUCED, 2006; également Gelb, 2005). Tous les investisseurs étrangers sont confrontés à des défis lorsqu'ils entrent sur un nouveau marché, en raison de leur méconnaissance du marché, de son environnement opérationnel et de ses pratiques commerciales, ainsi que de leur manque de réseaux. Les investisseurs utilisent diverses stratégies pour faire face à cette «responsabilité de l'étranger», par exemple en exportant d'abord sur le marché pour mieux les comprendre. Mais la responsabilité de l'étranger peut être moindre pour les investisseurs des économies du Sud par rapport à ceux des économies du Nord, car les investisseurs du Sud sont probablement mieux familiarisés avec les défis de l'environnement d'exploitation hôte - réglementations, infrastructures, disponibilité des compétences, accès au financement - qui peuvent être similaires à ceux de leur pays d'origine. En conséquence, les investisseurs du Sud peuvent être moins réticents au risque que les investisseurs du Nord lorsqu'ils envisagent d'entrer dans d'autres économies du Sud, et peuvent donc entrer en plus grand nombre.

L'impact de l'IDE sur le développement dans les économies du Sud peut également différer entre les investisseurs des économies du Sud et des économies du Nord. Les premiers peuvent produire des biens ou des services dont la qualité ou le prix de vente conviennent mieux aux clients du Sud - entreprises achetant du matériel et des intrants de production, ménages achetant des biens de consommation. Les investisseurs du Sud peuvent également catalyser des entrées plus importantes de connaissances productives et de développement des capacités dans les entreprises nationales des économies du Sud que les investisseurs du Nord, car le «fossé» technologique est plus petit entre l'investisseur étranger et les entreprises nationales, une considération importante étant donné le peu de capacité d'absorption de la technologie dans les économies du Sud. Les liens en amont et en aval peuvent être plus efficaces en tant que mécanismes de transfert de connaissances et d'amélioration de la productivité par les entreprises nationales, tandis que les retombées «horizontales» sur le même marché, en raison d'une concurrence accentuée, peuvent être plus susceptibles de conduire à des améliorations de la productivité dans les entreprises nationales, plutôt que d'entraîner une contraction ou une fermeture.

Les IDE «non officiels» peuvent avoir des impacts significatifs sur le bien-être dans les économies africaines en élargissant le périmètre ou en abaissant le prix des biens ou services de consommation, ou en stimulant l'efficacité par une pression concurrentielle efficace sur les entreprises nationales.

La perception du risque des investisseurs, et leur volonté conséquente d'entrer, ainsi que l'impact de leurs investissements après l'entrée, dépendra non seulement du fait que leur pays d'origine soit ou non une économie en développement, mais aussi du secteur industriel dans lequel leur investissement est orienté, et, à cet égard, si leur motif d'investissement est la recherche de marché ou de ressources.<sup>7</sup> Les investissements du Sud en quête de marchés sont bien sûr plus susceptibles d'élargir la gamme des biens disponibles pour les consommateurs et les entreprises de l'économie d'accueil, et de réduire leurs

---

<sup>6</sup> Par pays d'origine ou pays d'origine, on entend ici le pays d'origine de facto d'où proviennent l'investisseur, et non un pays tiers par lequel l'investissement est acheminé pour des raisons de protection fiscale ou conventionnelle.

<sup>7</sup> D'autres motifs couramment mentionnés pour l'IDE sont la recherche d'efficacité et la recherche d'actifs stratégiques, mais ce sont peut-être des raisons moins fréquentes pour l'IDE dans les économies africaines

---

coûts, tout en étant capables potentiellement de tirer profit de gains de connaissances productifs plus importants grâce à des liens en amont et en aval. Les investissements à la recherche de ressources - motivés par les ressources naturelles, telles que les gisements minéraux, les terres agricoles ou les attractions touristiques, ou par les ressources en main-d'œuvre, y compris la main-d'œuvre à bas salaire - peuvent offrir des gains plus importants en termes d'emploi et d'exportations, mais peuvent également imposer des coûts plus élevés au pays hôte en termes de normes environnementales et sociales.

Mettre l'accent sur l'*IDE durable* en tenant compte de ces normes souligne deux sujets importants. Premièrement, les impacts sur le développement comprennent à la fois les avantages et les coûts, et le fait que l'impact net soit positif peut dépendre de manière significative des politiques de facilitation des investissements du pays hôte. Deuxièmement, l'hypothèse *à priori* serait que l'IDE du Sud aura des normes environnementales et sociales inférieures à l'IDE du Nord, de sorte que, dans ces domaines majeurs, l'impact sur le développement de l'IDE du Sud pourrait être moins bénéfique pour les hôtes du Sud.

Toutefois, il est crucial de se rappeler que les investisseurs du Nord n'ont élevé leurs normes sur les questions environnementales et sociales que relativement récemment, et en grande partie à cause des exigences réglementaires des gouvernements des pays d'origine. La question est donc de savoir si les gouvernements du Sud sont en mesure de hausser de la même manière leurs normes. Le récent changement d'orientation dans la réglementation des investissements, de la protection des investisseurs à la facilitation des investissements pour le développement durable - voir la contribution de Brooke Güven (section 9) - améliorera les perspectives de normes plus relevées grâce à une action conjointe des gouvernements, dans des contextes multilatéraux, régionaux, plurilatéraux et bilatéraux. Une action concertée pour relever les normes des États du Sud peut être à la fois plus probable (en raison de la pression des pairs) et plus efficace que l'action des États du Sud agissant seuls.

Les normes environnementales et sociales sont en train d'être rehaussées dans de nombreuses activités dans les pays du Sud à la suite de l'intervention d'investisseurs du Nord dans le cadre de leur rôle d'«entreprise leader» dans les chaînes de valeur mondiales (CVM). Dans de nombreux contextes, les CVM combinent les IDE Sud-Sud et Nord-Sud en tant que compléments, plutôt que de les présenter comme des alternatives ; par exemple dans les industries du vêtement à forte intensité de main-d'œuvre axées sur l'exportation qui ont émergé en réponse à de nombreux pays d'Afrique et d'Asie du Sud-Est aux préférences commerciales sur les marchés européens et nord-américains. Ici, de très petits investissements dans les pays producteurs du Sud par de grandes marques multinationales et des sociétés d'achat (principalement du Nord) s'accompagnent d'IDE dans les opérations de fabrication, souvent également relativement faibles en valeur, en grande partie du Sud.<sup>8</sup> Dans ces chaînes de valeurs mondiales, les marques et les acheteurs ont un rôle substantiel non seulement d'assurer le relèvement des normes environnementales et sociales, mais aussi d'encourager des liens au préalable plus solides avec les entreprises locales et le soutien au développement des entreprises. La coopération entre les marques et les acheteurs étrangers et le gouvernement hôte est essentielle mais peut être entravée par une dynamique d'économie politique sous-optimale, atténuant les avantages de l'IDE Sud-Sud.

---

<sup>8</sup>La plupart des IDE dans ces activités manufacturières proviennent d'Asie et d'Afrique, bien que certains soient européens.

---

### 4.3 Investissements intra-africains et considérations d'économie domestique

Il est important de considérer l'investissement intra-africain également du point de vue de l'économie nationale. Au-delà de la Chine et peut-être de l'Inde, l'impact sur le pays d'origine des IDE sortants du Sud a été peu analysé.

Une préoccupation primordiale des décideurs politiques lorsqu'ils envisagent l'investissement extérieur, qu'il provienne du Nord ou du Sud, a été de savoir s'il est un complément ou un substitut à l'investissement intérieur, avec des effets contrastés sur la production intérieure et l'emploi. Mais il est important de souligner que l'impact potentiel de l'IDE, à la fois par le biais des connaissances productives et des canaux de durabilité, peut être positif non seulement pour le pays d'accueil mais aussi pour le pays d'origine. L'internationalisation des entreprises - opérant au-delà des frontières dans plusieurs marchés nationaux avec des environnements réglementaires et opérationnels différents - peut améliorer les capacités commerciales globales d'une entreprise, les «résultats inverses» augmentant sa propre efficacité sur son marché intérieur et celui de ses concurrents. Les gains d'efficacité des économies d'échelle et d'envergure peuvent également découler de l'internationalisation, tandis que les pressions réglementaires et de marché sur les marchés étrangers d'une entreprise peuvent entraîner une amélioration de ses pratiques en matière de développement durable, non seulement sur ces marchés mais également sur son marché intérieur.

La capacité à opérer au niveau international lui-même doit être apprise. En Europe et en Asie, la plupart des entreprises ont initialement développé cette capacité grâce à de petits investissements dans leur propre région. En encourageant l'IDE intra-africain, l'AfCFTA offre une certaine promesse d'un coup de pouce bien nécessaire aux capacités des entreprises africaines.

### Références

- Gelb, S. (2005) «L'investissement Sud-Sud : le cas de l'Afrique», dans J.J. Teunissen et A. Akkerman (eds) *L'Afrique dans l'économie mondiale - les défis nationaux, régionaux et internationaux*, La Haye: Fondad
- CNUCED - Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (2006) *Rapport sur l'investissement dans le monde 2006: IDE des économies en développement et en transition: implications pour le développement*, Genève: CNUCED

---

# 5 Architecture des traités bilatéraux d'investissement

**Thierry Mutombo**

## 5.1 L'univers des accords d'investissement internationaux

La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a enregistré 3317 accords internationaux d'investissement (AII) à la fin de 2018, dont 2932 sont des traités bilatéraux d'investissement (TBI) et 385 traités / accords avec des dispositions sur l'investissement (TIP).

Un TBI est un accord établissant les conditions et modalités d'investissement privé par des ressortissants et des sociétés d'un État dans un autre État. Ce type d'investissement est appelé investissement étranger direct (IDE).

Au niveau régional, les dispositions liées aux investissements peuvent être contenues dans un cadre spécifique ou dans une annexe, un protocole ou un chapitre d'un cadre juridique global comme un accord de libre-échange. Pour l'Afrique, son protocole d'investissement l'AfCFTA, sera l'un des accords commerciaux méga-régionaux, aux côtés du partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement, de l'accord de partenariat Trans-Pacifique, et de l'Accord Economique et Commercial global Canada-UE.

## 5.2 Architecture et préoccupations de l'AII « ancienne génération »

La plupart des AII « ancienne génération », accordent aux investissements réalisés par un investisseur d'un État contractant sur le territoire de l'autre un certain nombre de garanties, qui comprennent généralement des normes de fond pour la protection des IDE. Pour certains, ils incluent même la « protection et la sécurité intégrales », le libre transfert des moyens et un mécanisme alternatif de règlement des différends, par lequel un investisseur dont les droits en vertu du TBI ont été violés pourrait avoir recours à l'arbitrage international, souvent sous les auspices du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Les États exportateurs de capitaux négocient généralement des TBI sur la base de leurs propres « modèles » de textes, dans le but de protéger et de faciliter leurs ressortissants et leurs entreprises.

Depuis 1996, année où le plus grand nombre d'AII signés (plus de 230) a été enregistré, une baisse permanente du nombre d'AII a été observée. Cela est dû au nombre de licenciements qui ne cesse d'augmenter: en 2018, au moins 24 licenciements sont entrés en vigueur ("licenciements effectifs"), dont 20 unilatéraux et 4 remplaçants (par l'entrée en vigueur d'un traité plus récent). Cela a incité la réforme de l'AII et les politiques d'investissement au niveau des pays. Dans ce contexte, il est observé que l'architecture des AII nouvellement conclus a changé, principalement en réponse aux défis auxquels sont confrontés les pays en développement, principalement en raison de l'espace réglementaire limité, des contentieux en matière d'investissement résultant des réclamations des investisseurs et de la nécessité de refléter les ODD( Objectifs de Développement Durable) dans les AII.



Spécifiquement, il existe cinq enjeux communs et interconnectés dans différents récits de réforme des traités, soulevés par les États hôtes, les organisations internationales et d'autres parties prenantes:

- grande importance accordée à l'investissement et à la protection des investisseurs
- trop peu de flexibilité politique
- définitions variées de l'investissement et de l'investisseur
- langage perçu comme manquant de précision et
- des clauses de règlement des litiges entre investisseurs et États (ISDS) accordant un niveau élevé de pouvoir discrétionnaire ou de délégation légale aux arbitres.

### 5.3 Architecture moderne des AII

L'architecture de la nouvelle génération des AII est diversifiée et est basée sur les principes directeurs énoncés dans le Cadre de politique d'investissement de la CNUCED pour le développement durable (WIR12, mis à jour en 2015), ou suit la Feuille de route de la CNUCED pour la réforme des AII telle qu'incluse dans les mesures de réforme de la CNUCED pour le Régime international d'investissement. Il s'appuie également sur le travail analytique et le plaidoyer menés par l'Institut international du développement durable (IISD) et d'autres institutions internationales. Les approches suivantes ont été identifiées pour guider l'architecture moderne des TBI:

Approches de conception des dispositions clés	Concentration sur les dispositions clés
Couverture du traité	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ investissement et protection des investisseurs</li> <li>✓ promotion et facilitation des investissements</li> <li>✓ pré-établissement et admission</li> <li>✓ libéralisation des investissements</li> <li>✓ Etendue de la disposition (définitions de l'investissement et de l'investisseur, exclusions pour les domaines politiques ou les secteurs économiques)</li> <li>✓ Traitement juste et équitable (FET) - droit international coutumier, obligations spécifiques de l'État, pas de FET</li> </ul>

<p>Inclusion des mesures focalisées sur le développement durable</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ signaler l'importance globale du développement durable (par exemple, préambule, clause sur les objectifs)</li> <li>✓ préserver la flexibilité des politiques (par exemple, exceptions pour la santé, l'environnement, les politiques sociales)</li> <li>✓ guider le comportement du gouvernement et les attentes des investisseurs (par exemple, clauses sur la non-baisse des normes, responsabilité sociale des entreprises, évaluations d'impact)</li> <li>✓ soutenir les petites et moyennes entreprises locales dans les chaînes d'approvisionnement, ainsi que protéger la sécurité nationale</li> <li>✓ soutenir et protéger les industries locales critiques</li> <li>✓ la santé publique grâce au filtrage des investissements étrangers</li> </ul>
<p>Équilibre entre la protection des investisseurs et les obligations des investisseurs</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ se conformer aux lois et réglementations nationales de l'État hôte</li> <li>✓ s'abstenir de corruption</li> <li>✓ défendre les droits des travailleurs</li> <li>✓ entreprendre des évaluations d'impact</li> <li>✓ répondre aux normes de responsabilité sociale des entreprises</li> <li>✓ encourager l'investissement responsable</li> <li>✓ respecter les droits de l'homme et les normes fondamentales du travail</li> </ul>
<p>Clarification de l'étendue et de la signification des normes de traitement des investissements et des clauses des investisseurs</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ couverture (investisseur ou investissement) à protéger</li> <li>✓ l'expropriation indirecte, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée,</li> <li>✓ protection et sécurité complètes, transferts gratuits</li> </ul>
<p>Droit pour l'État hôte de réglementer</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ exceptions (par exemple pour les objectifs généraux de politique publique, la sécurité nationale, les mesures prudentielles)</li> <li>✓ exclusions (par exemple de la portée du traité, obligations spécifiques, ISDS)</li> </ul>
<p>Équilibre entre les pouvoirs des arbitres et ceux des États parties</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ déterminer conjointement certaines questions soumises à l'examen d'un tribunal</li> <li>✓ publier des interprétations conjointes contraignantes pour les décisions des tribunaux</li> <li>✓ aperçu et commentaires sur les projets de sentences arbitrales</li> <li>✓ lancer des demandes reconventionnelles</li> </ul>

Différentes approches du règlement des contestations relatives aux investissements	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ pas d'ISDS</li> <li>✓ tribunal permanent de l'ISDS</li> <li>✓ ISDS limité</li> <li>✓ procédures ISDS améliorées</li> </ul>
Plans d'adaptation dans le temps du traité	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ programmes pour les futurs travaux ou négociations</li> <li>✓ examens périodiques du traité</li> </ul>

## 5.4 Accords multilatéraux d'investissement

L'architecture économique mondiale actuelle se caractérise par l'absence d'un accord multilatéral sur l'IDE. Un Accord Multilatéral sur l'Investissement (AMI) a été longuement débattu de 1970 à 1998 mais n'a jamais été conclu.

Nonobstant, la nécessité d'un tel accord s'est accrue au cours de la dernière décennie. L'IDE a considérablement augmenté et circule désormais dans les deux sens, entre les pays développés et les pays en développement, les entreprises multinationales venant de toutes les régions du monde. Les nombreux TBI justifient un ensemble international normalisé de règles pour l'IDE. Les investissements étant désormais clairement identifiés avec les multinationales et intégrés au commerce, l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) est devenue un foyer naturel pour un AMI. Des discussions sont en cours dans cette institution spécialisée des Nations Unies.

## 5.5 Protocole d'investissement et TBI de l'AfCFTA entre les États membres de l'Union Africaine

Le protocole d'investissement de l'AfCFTA est un ensemble continental de dispositions destinées à réglementer les relations d'investissement au sein des États membres de l'UA. La raison en est que ces États membres n'auront pas besoin de conclure entre eux de nouveaux TBI; et une fois que ceux en vigueur prennent fin, ils sont censés ne pas les renouveler.

La relation d'investissement entre les États membres africains et les tiers peut continuer d'être guidée par les TBI existants ou nouveaux, à moins qu'ils ne respectent les normes clés fixées dans le protocole d'investissement de l'AfCFTA

---

# 6 Un aperçu du PAIC en relation avec le Protocole d'investissement de l'AfCFTA

**Jamie MacLeod**

## 6.1 Contexte du PAIC et du protocole d'investissement de l'AfCFTA

La troisième Conférence des Ministres Africains en charge de l'intégration (COMAI III, Abidjan, 2008) a mandaté l'UA et ses partenaires de développement (y compris la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique, CEA) pour élaborer un code d'investissement global pour l'Afrique en vue de promouvoir la participation du secteur privé ».

Le Comité Technique Spécialisé sur les Finances, les Affaires Monétaires, la Planification Economique et l'Intégration (octobre 2017, Addis-Abeba) a adopté le Code panafricain de l'investissement (PAIC) en tant qu'«instrument non contraignant».

En juillet 2018, la CUA, avec la CEA, la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) et la Banque Africaine de Développement (BAD) ont entamé des recherches sur la 10<sup>ème</sup> édition du rapport phare sur l'évaluation de l'intégration régionale en Afrique (ARIA), qui examinerait les sujets de la phase II de l'AfCFTA et contribuerait à fournir une analyse de la situation des investissements en Afrique. Le rapport ARIA IX, y compris son chapitre sur un protocole d'investissement de l'AfCFTA, a été publié en juillet 2019.

Les négociations sur le protocole d'investissement devraient commencer en 2020 pour s'achever au milieu de 2021, bien que l'épidémie de coronavirus puisse perturber ce calendrier envisagé.

## 6.2 Contexte d'un protocole d'investissement: rééquilibrage du régime d'investissement

Traditionnellement, les accords internationaux d'investissement sont axés sur la protection des investissements. Les obligations de protection des investissements ciblent la réduction des risques politiques résultant de changements de politique ayant des effets néfastes pour les investisseurs, notamment la nationalisation ou la conduite des autorités de l'État. Les obligations de protection des investisseurs ont fourni aux investisseurs internationaux une couche supplémentaire de protection des investisseurs au-dessus du droit national (Salacuse et Sullivan, 2005; Sprenger et Boesma, 2014).

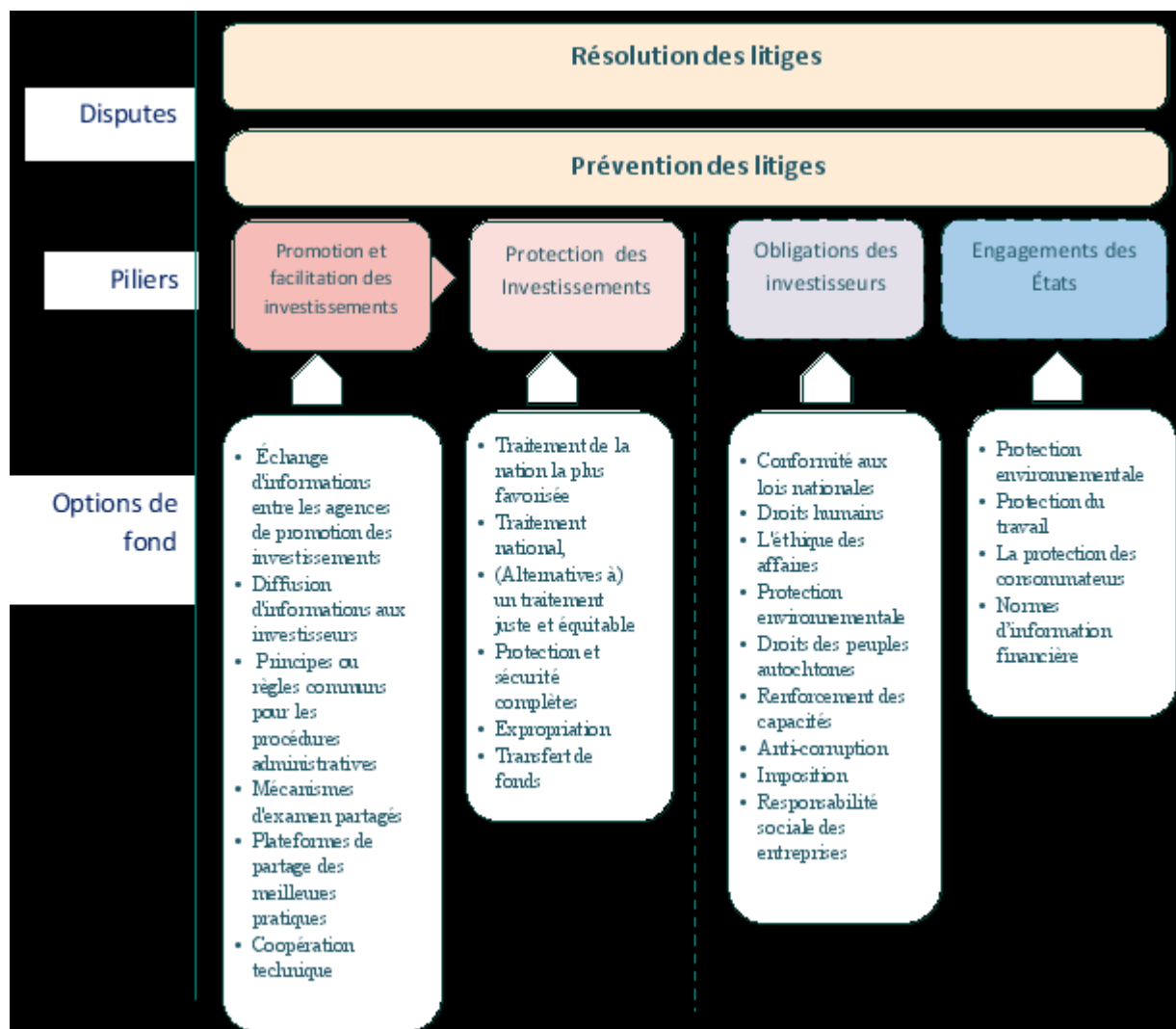
Cependant, les accords internationaux d'investissement traditionnels ont subi un contrecoup, notamment en raison de leur impact sur la limitation de l'espace politique, qui a été aggravé par l'incertitude et l'incohérence. Depuis lors, les accords d'investissement conçus plus récemment ont cherché à assurer un meilleur équilibre. Il s'agit notamment des accords de la Communauté de

Développement de l'Afrique Australe (SADC), du Marché commun de l'Afrique Orientale et Australe (COMESA) et des mesures de réformes de la CNUCED; les lois révisées du traité sur l'investissement intérieur de l'Afrique du Sud, de l'Équateur et de l'Indonésie; et les modèles de traités formulés par le Brésil, le Nigéria, l'Inde et les Pays-Bas, ainsi que le remplacement du règlement des conflits investisseur-État (ISDS) par un tribunal permanent (promu par l'UE).

Les nouvelles approches comprises dans les régimes d'investissement comprennent:

- protection de l'espace politique et administratif ; transparence, mauvaise utilisation et abus des traités,
- un intérêt croissant pour la promotion et la facilitation des investissements (bien que le deuxième mandat soit quelque peu amorphe) ces dernières années,
- les obligations des investisseurs, qui doivent être remplies pour que les investisseurs bénéficient des avantages de la protection, et
- les engagements des États à réduire les problèmes réglementaires de «course à l'abîme» sur des sujets tels que la fiscalité ou les droits du travail.

**Figure 6.1: Aperçu schématique des options du protocole d'investissement de l'AfCFTA**

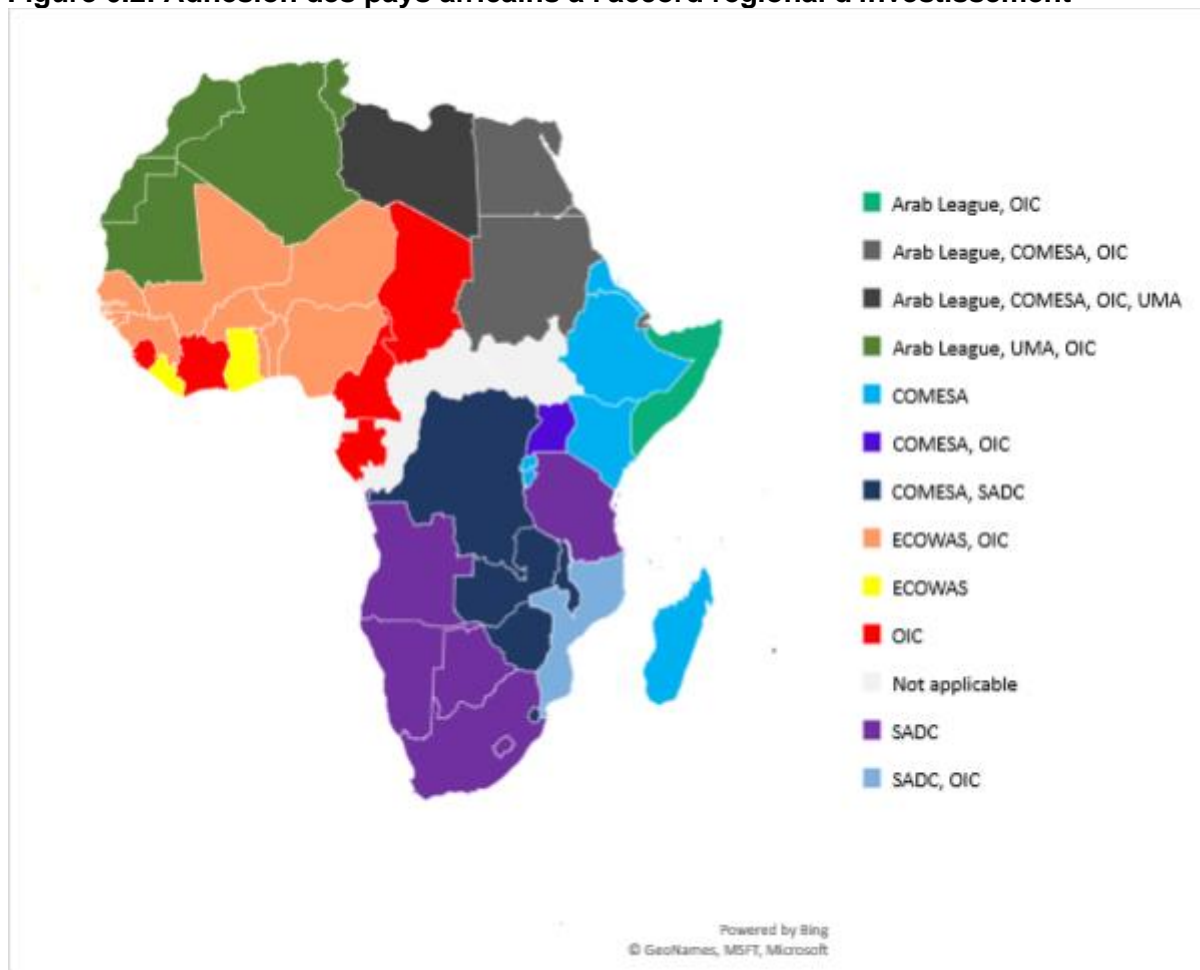


Sources: ECA et al. (2019)

Une deuxième évolution importante des accords d'investissement en Afrique a été la prolifération de traités bilatéraux et régionaux qui se chevauchent souvent, entre les États membres et avec des

partenaires extérieurs. Certains pays augmentent leur nombre de traités avec des partenaires africains et ces traités ne comportent pas toujours toutes les garanties nécessaires.

**Figure 6.2: Adhésion des pays africains à l'accord régional d'investissement**



Source: Centre des politiques d'investissement de la CNUCED

Le protocole d'investissement doit aborder suffisamment ces questions. Il offre également à l'Afrique l'occasion d'articuler et de proposer une vision alternative du régime d'investissement et d'orienter les futures négociations (CEA et al, 2019).

### 6.3 PAIC: un modèle de rééquilibrage du régime d'investissement en Afrique

Le PAIC a été largement célébré pour ses innovations et ses approches novatrices sur des sujets dans les accords internationaux d'investissement (Chidede, 2019). En particulier, les considérations de développement durable occupent une place centrale, notamment dans le préambule, les objectifs, la portée et les dispositions de fond (Mbengue et Schacherer, 2017). L'investissement est clairement défini comme un moyen de parvenir à un objectif de développement durable plutôt que comme un objectif en soi.

Sur le fond, le PAIC intègre et met l'accent sur les obligations des investisseurs concernant les droits de l'homme, le travail des enfants, la protection de l'environnement, le respect des lois nationales, la corruption ainsi que la responsabilité sociale des entreprises, entre autres. Le PAIC contient également des dispositions sur la promotion et la facilitation des investissements (Mbengue, 2018).

---

Le PAIC réévalue de manière critique les règles traditionnelles de protection des investissements. Par exemple, une disposition relative au traitement juste et équitable a été supprimée. L'articulation relative à la nation la plus favorisée (NPF) a été remaniée pour empêcher les achats conventionnels. Associé au traitement national, il était fondé sur des «circonstances similaires» et comprenait une liste d'exceptions. Ce faisant, le PAIC a été construit pour protéger l'espace politique permettant aux gouvernements africains de continuer à réglementer et à innover dans le domaine de la politique d'investissement.

Le PAIC était une entreprise ambitieuse, couvrant un grand nombre de questions liées à l'investissement, notamment les droits de propriété intellectuelle, la concurrence, le transfert de technologie et la fiscalité.

## 6.4 Du PAIC au protocole d'investissement

Le PAIC a été adopté en tant que «code» non contraignant pour aider à éclairer la conception des futurs accords d'investissement africains. Plusieurs étapes sont nécessaires pour transposer et examiner les idées du PAIC pour un protocole d'investissement de l'AfCFTA.

### Alignement avec l'architecture AfCFTA

Le protocole d'investissement doit être aligné sur l'architecture globale de l'AfCFTA sur les dimensions juridiques et institutionnelles.

La question centrale ici est la relation entre le protocole d'investissement et les protocoles de phase I et de phase II, comme dans les altercations en matière d'investissement limitant le commerce, la concurrence ou la propriété intellectuelle. Ces questions doivent toujours être présentes (par exemple, définition des actifs, référence potentiellement problématique à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, et exceptions à celui-ci lors de la prise en compte du Protocole d'investissement).

### Élaboration de dispositions au sein du PAIC

Plusieurs domaines d'élaboration de traités d'investissement se sont développés ces dernières années, ce qui pourrait conduire à un examen et à une mise à jour potentielle. Il s'agit notamment de la promotion et de la facilitation des investissements, qui pourraient être renforcées pour favoriser l'intégration (mais rester de préférence distinctes de la protection des investissements pour ne pas créer d'obligations supplémentaires des États hôtes *vis-à-vis* des investisseurs étrangers).

Les choix concernant le dispositif du traité doivent être consciencieux, car ils détermineront la voie de la future configuration de l'intégration régionale. En guise d'exemple, le développement durable et l'espace politique doivent rester fondamentaux pour un nouvel environnement d'investissement prévisible, clair et tourné vers l'avenir. Des problématiques doivent également être abordées en ce qui concerne le fait de placer les entreprises africaines dans une situation de désavantage relatif sous des protections plus strictes, par exemple pour les entreprises européennes ou asiatiques dans le cadre d'accords d'investissement parallèles (Kidane, 2017-2018) et au risque de chalandage des traités.

Les dispositions de fond sur la protection des investissements, s'appuyant sur les meilleures pratiques du continent (ou inspirées par des approches au-delà) comprennent:

- l'investissement et les actifs exclus doivent être définis
- Le traitement NPF et le traitement national sont bien développés dans le PAIC mais pourraient néanmoins être revus
- Un traitement juste et équitable peut être laissé de côté (comme c'est l'approche dans le PAIC) ou une alternative africaine avancée (comme dans la SADC) pourrait être proposée

- la protection et la sécurité intégrales pourraient être limitées à la sécurité physique
- le droit de réglementer pourrait être limité ou élargi
- les mesures de prévention d'aplanissement vers le bas pourraient être puissantes dans un contexte panafricain

### Dispositions techniques et administratives

Des décisions doivent être prises sur la manière dont le protocole d'investissement sera administré. Les décisions clés ici sont liées à:

- l'opérationnalisation des obligations des investisseurs par le biais de réclamations et de demandes reconventionnelles (c'est-à-dire de procédure, technique, institutionnelle - voir par exemple Amado et al., 2017; Krajewski, 2020)
- méthodes de prévention des conflits (faisant partie de la facilitation des investissements)
- choix des dispositions en matière de règlement des disputes, car elles incarnent la relation sous-jacente avec l'investissement et les investisseurs.

En particulier, le PAIC permet aux pays d'offrir des ISDS «sous réserve des lois applicables de l'État hôte et/ou de l'accord mutuel des parties contestantes» (une «solution intermédiaire aux États Africains qui sont soit pro-ISDS, soit anti-ISDS»). ' ) (Kane, 2018). Une telle approche pourrait être examinée dans le cadre de l'AfCFTA, avec d'autres options, notamment un Tribunal Panafricain de l'Investissement ou un tribunal hybride – ISDS. Il faut également veiller à l'harmonisation avec les mécanismes de règlement des différends existants (d'État à État) du Protocole sur le règlement des différends de l'AfCFTA, qui n'a pas été conçu en tenant compte des investisseurs et des questions d'investissement.

### Références

- Amado, J. D., Kern, J. S., et Rodriguez, M. D. (2018). *Arbitrage de la conduite des investisseurs internationaux*. La presse de l'Université de Cambridge.
- Chidede, T. (2019). Chapitre quinze Décoloniser les régimes d'investissement à des fins de développement en Afrique contemporaine. *Souveraineté économique africaine verrouillée: décoloniser les champs des forces socio-économiques et juridiques néo-impériales au 21e siècle*, 395.
- CEA - Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique, CUA - Commission de l'Union Africaine, BAD - Banque africaine de développement et CNUCED - Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (2019) 'Évaluation de l'intégration régionale en Afrique IX: prochaines étapes pour la zone de libre-échange continentale africaine.
- Kane, M. M. (2018). Le Code panafricain de l'investissement: un bon premier pas, mais il faut plus.
- Kidane, W. (2017). Tendances contemporaines du droit international de l'investissement et dilemmes de l'Afrique dans le projet de code panafricain de l'investissement. *Géo. Wash. Int'l L. Rev.*, 50, 523.
- Kidane, W. (2018). Différents traités d'investissement de la Chine et de l'Inde et expériences et implications en matière de règlement des différends pour l'Afrique. *Loyola of Chicago Law Journal*, 49, 406.
- Krajewski, M. (2020). Un cauchemar ou un noble rêve? Établir les obligations des investisseurs par la conclusion et l'application de traités. *Business and Human Rights Journal*, 5 (1), 105-129.
- Mbengue, M. M. (2018). Faciliter les investissements pour le développement durable: c'est important pour l'Afrique.



---

Mbengue, M. M. et Schacherer, S. (2017). L'africanisation du droit international de l'investissement: le Code panafricain de l'investissement et la réforme du régime international d'investissement. *Journal of World Investment & Trade*, 18 (3), 414-448.

Salacuse, J. W. et Sullivan, N. P. (2005). Les TBI fonctionnent-ils vraiment? Une évaluation des traités bilatéraux d'investissement et de leur grande affaire. *Harv. Int'l LJ*, 46, 67.

Sprenger, H., et Boersma, B. (2014). L'importance des traités d'investissement bilatéraux (TBI) lors de l'investissement dans les marchés émergents. *Bus. L. Today*, 1.

---

# 7 Règlement des différends investisseur-État

**Sarah Brewin**

La plupart des traités internationaux d'investissement permettent aux investisseurs étrangers de faire valoir les droits qui leur sont dus par les États, en vertu de ces traités de règlement des conflits investisseur-État (ISDS). Le terme ISDS désigne le règlement des litiges fondés sur des traités par voie d'arbitrage lorsque (i) le demandeur-investisseur peut déposer une plainte directement contre un État hôte; (ii) le différend est résolu par un tribunal créé sur une base ad hoc pour le différend; et (iii) les deux parties contestantes, y compris le demandeur-investisseur et l'État défendeur, jouent un rôle important dans la sélection du tribunal arbitral. Les questions ci-dessous sont celles soulevées par les États pour examen par le Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur la réforme des investissements.

Cette note expose d'abord certaines des préoccupations et des problèmes largement reconnus avec l'ISDS dans le cadre des accords internationaux d'investissement, puis examine les approches modernes de l'ISDS.

## 7.1 Préoccupations liées au règlement des litiges investisseur-État

Le Groupe de travail III de la CNUDCI examine trois séries de préoccupations.

### 1. Préoccupations concernant le manque d'uniformité, de cohérence, de prévisibilité et d'exactitude des décisions arbitrales des tribunaux de l'ISDS

- Parce qu'il n'y a pas de système de précédent contraignant dans l'ISDS, les arbitres interprètent les normes de fond (comme le niveau de protection que les États doivent aux investisseurs) de manière **conflictuelle, incohérente** et **imprévisible**. Il en va de même pour les questions de procédure et de compétence (un tribunal décidant s'il a ou non compétence pour entendre une affaire).
- Les États peuvent faire face à plusieurs procédures intentées par différents investisseurs contestant la même mesure, ou à plusieurs procédures intentées par le même investisseur dans différentes instances. Mais il n'y a pas **de cadre pour traiter de multiples procédures**, aggravant les problèmes de résultats incohérents et d'augmentation des coûts pour les États.
- Les États ont une **possibilité limitée de contester** ou **de faire appel** de décisions incorrectes ou incohérentes, à l'exception des procédures d'annulation actuelles, dont la portée est très étroite.

---

## 2. Préoccupations concernant les arbitres et les décideurs

- Parce que les parties nomment et paient leurs propres arbitres, elles sont plus susceptibles de désigner des arbitres qu'elles connaissent et qu'elles espèrent être les plus sympathiques à leur cause, et qui ne sont pas nécessairement **les plus impartiaux, compétents et bien qualifiés**.
- Il y a **peu de diversité** en termes de sexe, d'appartenance ethnique, de géographie, de langue, d'âge et de tradition juridique dans le petit groupe de personnes qui ont tendance à être désignées arbitres. Cela est préoccupant pour la représentation des différentes opinions et perspectives, et peut augmenter **le coût et la durée des procédures** lorsque les arbitres individuels ont des horaires chargés et une charge de travail importante.
- La question de la «double casquette» fait craindre que **les arbitres ne soient pas impartiaux** ou **aient préjugé des questions en litige**. La double casquette fait référence à une personne capable de jouer simultanément plusieurs rôles différents dans le processus de l'ISDS, comme arbitre, avocat, témoin expert et conseiller d'un bailleur de fonds tiers.
- Il n'existe pas de série de **normes cohérentes, claires et universelles** pour l'indépendance et l'impartialité des arbitres, pour guider des questions telles que la double casquette.
- Il existe un **mécanisme de contestation limité et inefficace** permettant aux États de contester la nomination d'un arbitre en raison de problèmes de manque d'indépendance et d'impartialité.

## 3. Préoccupations concernant le coût et la durée des cas d'ISDS

- Les procédures de l'ISDS ont tendance à être **longues et coûteuses**. Le coût moyen estimé pour défendre une réclamation est de 8 millions de dollars, mais il dépasse parfois largement ce montant. A titre d'exemple, les Philippines ont dépensé 58 millions de dollars pour défendre deux affaires portées par un investisseur allemand, et l'Australie a dépensé 39 millions de dollars pour défendre une affaire portée par la société de tabac Philip Morris.
- Il n'y a pas d'approche **claire et cohérente de la répartition des frais** par les tribunaux arbitraux.
- Il n'existe aucun mécanisme permettant aux États de **demander aux tribunaux de traiter ou de radier les réclamations frivoles ou non fondées** à un stade précoce de la procédure, ce qui contribuerait à réduire les coûts.

En plus des questions susmentionnées, les États et les commentateurs expriment depuis de nombreuses années des préoccupations plus larges au sujet de l'ISDS. Il s'agit particulièrement de contrariétés concernant l'ISDS:

- le fonctionnement dans des conditions de stricte confidentialité, empêchant la surveillance et la participation d'autres parties prenantes
- le déplacement des décisions judiciaires et du droit et des institutions internes
- agir contre les intérêts des pays en développement
- créer les conditions d'un «refroidissement réglementaire»
- créer une catégorie exclusive de règlement des différends pour les investisseurs étrangers
- autoriser des octrois monétaires de très grande taille aux investisseurs (à cet égard, les octrois de plusieurs milliards de dollars ne sont plus rares).

**D'autres formes de règlement des litiges sont disponibles et méritent d'être examinées.** Bon nombre des préoccupations ci-dessus sont plus fondamentales et inhérentes au concept de l'ISDS. Elles peuvent ne pas être facilement traitées par les garanties procédurales énoncées dans la section

---

suivante. Elles pourraient plutôt exiger un réexamen plus large de l'inclusion de l'ISDS dans les accords internationaux d'investissement, en particulier dans le contexte d'un instrument régional tel que le Protocole d'investissement de l'AfCFTA. D'autres formes de règlement des litiges comprennent l'arbitrage entre États, les options judiciaires nationales ou régionales et les mécanismes de prévention des différends, examinés plus en détail dans la section suivante. Ces options peuvent être envisagées comme des mécanismes alternatifs à l'ISDS, ou en combinaison avec lui.

### Lectures complémentaires

- [CNUDCI et réforme du règlement des différends relatifs aux investissements](#)
- [Phase 2 de l'examen de l' ISDS de la CNUDCI: pourquoi les «autres questions» importent vraiment](#)
- [Amendement de la règle du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements: tentative de remédier à certaines des préoccupations concernant le ISDS identifiées par le GT III de la CNUDCI](#)

## 7.2 Approches modernes du règlement des litiges entre investisseurs et États

Le langage moderne des traités d'investissement comprend des sauvegardes et des limitations sur l'ISDS pour tenter de résoudre les problèmes et minimiser les risques avec l'ISDS présentés dans la section précédente.

### Critères de soumission d'un litige

Les traités modernes établissent des exigences ou des obstacles que les investisseurs demandeurs doivent franchir avant de pouvoir introduire une demande d'ISDS. Par exemple, les demandeurs doivent généralement tenter de **résoudre le différend à l'amiable**<sup>9</sup> pendant une période (par exemple six mois), et **renoncer à leur droit de poursuivre la réclamation par d'autres moyens**<sup>10</sup>. Les demandeurs peuvent également être tenus **d'épuiser les recours internes**<sup>11</sup> (c'est-à-dire soumettre leur demande de règlement par les tribunaux nationaux ou les procédures administratives), généralement pour une période de trois ans, avant d'être autorisés à recourir à l'ISDS. De nombreux nouveaux traités imposent également un **délai de prescription**<sup>12</sup> exigeant que l'investisseur a présenter sa réclamation dans un certain délai à compter la violation présumée du traité (ordinairement trois ans).

Les traités plus récents peuvent également exiger **le consentement écrit préalable des parties contestantes** pour soumettre une contestation à l'arbitrage<sup>13</sup>. Cela peut aider à éviter une situation dans laquelle les arbitres statuent sur des lois et politiques d'intérêt public importantes, ou sur d'autres questions délicates de politique publique qui ne peuvent pas être résolues de manière appropriée par l'arbitrage. Certains traités **excluent** également certaines mesures du champ d'application de l'ISDS ou spécifient une liste limitée d'obligations auxquelles l'ISDS peut être appliqué.<sup>14</sup> La rédaction moderne peut également contenir des dispositions qui **renforcent les processus étatiques en relation avec**

---

<sup>9</sup> Voir, par exemple, l'art. 9(3) du BIT Cabo Verde-Hongrie (2019).

<sup>10</sup> Voir, par exemple, l'art. 16(6)c) du BIT Maroc-Japon (2020).

<sup>11</sup> Voir, par exemple, le protocole de la SADC de 2006 sur les finances et l'investissement, annexe 1, art. 28, para. 1. N.-B. Le texte actuel ne l'inclut plus puisque le traité a été modifié pour supprimer l'ISDS.

<sup>12</sup> Voir, par exemple, l'art. 13(1)f) du BIT Rwanda-Émirats arabes unis (2017).

<sup>13</sup> Voir, par exemple, l'art. 10. du BIT Maurice-Égypte (2014).

<sup>14</sup> De nombreux TBI plus anciens signés par la Chine limitent l'ISDS aux différends concernant le montant de l'indemnisation pour expropriation. Voir, par exemple, l'art. 9.3 du TBI Chine-Syrie (1996).

---

**l'ISDS**, en particulier dans les domaines politiques sensibles ou techniques. Cela permet aux parties, plutôt qu'aux arbitres, de décider si certaines mesures répondent au critère des exceptions qu'elles visent à créer.<sup>15</sup>

Enfin, certains nouveaux traités **subordonnent l'accès à l'ISDS au comportement de l'investisseur**.<sup>16</sup> Cela signifie, par exemple, qu'un investisseur qui a établi son investissement par la corruption ou la fraude, ou qui a commis de graves violations des droits de l'homme, des atteintes à l'environnement, de graves violations du droit du travail ou similaires, peut être empêché d'utiliser l'ISDS.

## Garanties procédurales

De nombreux traités modernes contiennent des garanties procédurales pour tenter de résoudre les problèmes exposés dans la note précédente et atténuer les risques pour les États posés par l'ISDS. Les plus récents traités peuvent fixer des normes **d'impartialité et d'indépendance des arbitres**,<sup>17</sup> ou faire référence à des **codes de conduite**<sup>18</sup> pour les arbitres. Certains traités abordent cette question en exigeant des parties qu'elles établissent une **liste d'arbitres**<sup>19</sup> qui sont sélectionnés à l'avance par les parties au traité, au lieu d'être choisis par les parties au différend lorsqu'une affaire est engagée.

La rédaction moderne des traités répond de plus en plus aux préoccupations concernant la **transparence et la participation** de parties prenantes plus larges aux procédures de l'ISDS. Certains traités font référence au Règlement de la CNUDCI sur la transparence de l'arbitrage entre investisseurs et États. Le modèle de traité bilatéral d'investissement (TBI) de la Communauté de Développement de l'Afrique Australe et l'Accord d'Investissement pour le Marché Commun de la zone d'investissement commune de l'Afrique Orientale et Australe contiennent de nombreuses dispositions sur la transparence des procédures d'arbitrage entre investisseurs et États.

Les traités modernes peuvent également contenir des dispositions autorisant expressément les soumissions d'un **amicus curiae** ou d'un «ami de la cour».<sup>20</sup> Il s'agit d'une personne qui n'est pas partie et qui n'est engagée ni par une partie ni par le tribunal, mais qui assiste le tribunal en offrant des informations pertinentes pour l'affaire.<sup>21</sup>

De nombreux traités plus récents fournissent désormais à un tribunal des indications **sur les sources du droit applicable**<sup>22</sup> qu'il doit prendre en considération lors de l'interprétation et de l'application du traité. Cela empêche le tribunal de se concentrer uniquement sur les dispositions du traité relatives à la protection des investisseurs lorsqu'il décide d'une affaire, et il précise généralement que **le droit interne de l'État hôte est le droit applicable**, ainsi que les principes généraux du droit international.

Ce type de disposition peut également obliger le tribunal à examiner (et à être lié par) toute **déclaration interprétative conjointe**<sup>23</sup> concernant l'interprétation de toute partie du traité. Une déclaration interprétative commune peut permettre aux États parties de clarifier ou de restreindre la façon dont une partie quelconque du traité est interprétée, en tant que «souple de sécurité» pour

---

<sup>15</sup> Par exemple, « Lorsqu'un investisseur soumet une demande d'arbitrage en vertu du présent article et que la partie contractante contestante invoque (l'exception générale liée aux mesures prudentielles), le tribunal investisseur-État... ne peut pas décider si et dans quelle mesure (l'exception générale relative aux mesures prudentielles) constitue une défense valable à l'égard de la réclamation de l'investisseur. Elle demande un rapport écrit des parties contractantes sur cette question. Le tribunal investisseur-État ne peut procéder en attendant la réception d'un tel rapport ou d'une décision d'un tribunal arbitral État-État, si un tel tribunal arbitral État-État est établi » (Canada-Chine TBI, art. 20.2(a)).

<sup>16</sup> Voir, par exemple, ALE Viêt Nam – UE, chapitre 8, section 3, sous-section 1, art. 1

<sup>17</sup> Voir, par exemple, l'article 18 du TBI Rwanda – Émirats arabes unis (2017).

<sup>18</sup> Voir, par exemple, l'annexe II du TBI Inde-Brésil (2020), qui établit un code de conduite pour les arbitres.

<sup>19</sup> Voir, par exemple, l'art. 29.8 de la CETA

<sup>20</sup> Voir, par exemple, l'art. 26 (2) du TBI Hong Kong – Chili (2016).

<sup>21</sup> Voir, par exemple, l'art. 8 du COMESA CCIA, et dans le modèle de TBI de la SADC Art. 29 (15).

<sup>22</sup> Voir, par exemple, l'art. 27 (2) (c) du TBI Maroc – Nigéria (2016)

<sup>23</sup> Voir, par exemple, l'art. 34 du TBI Canada – Burkina Faso (2015).

---

empêcher les interprétations non intentionnelles liant les parties. Cela peut être plus simple et plus direct que la modification du traité.

Il est de plus en plus courant que les États soient confrontés à plusieurs réclamations conventionnelles en même temps, toutes découlant de la même mesure et de dispositions similaires des traités d'investissement. Pour résoudre ce problème, les nouveaux traités contiennent des dispositions précisant comment **regrouper plusieurs revendications en un seul processus**.<sup>24</sup> Cela peut considérablement réduire le fardeau de l'État lorsqu'il tente de défendre plusieurs affaires en même temps. Cela réduit également le risque de prendre des décisions contradictoires sur la même question.

<sup>25</sup>

Pour répondre aux préoccupations concernant les coûts élevés pour les contribuables de défendre les réclamations de l'ISDS, les traités modernes commencent à inclure des dispositions sur **la garantie des coûts**.<sup>26</sup> Une ordonnance de cautionnement pour frais survient, lorsqu'un investisseur est tenu de déposer une certaine somme d'argent en garantie des frais de l'État pour défendre la réclamation en cas de perte de l'investisseur. Il s'agit d'une mesure de sauvegarde qui peut empêcher un État d'être lourdement endetté pour défendre une affaire infructueuse intentée par un investisseur qui devient par la suite insolvable, incapable ou peu disposé à payer. Cela peut également filtrer les allégations qui sont spéculatives.

Pour des raisons similaires, les derniers traités exigent également la **divulgaration du financement de tiers**.<sup>27</sup> Le financement par des tiers, où une entreprise qui a une participation dans la sentence finale paie pour les cas d'un investisseur, est désormais monnaie courante dans l'ISDS. Beaucoup considèrent que le financement par des tiers a le potentiel de modifier la dynamique du ISDS; par exemple, il peut encourager les investisseurs à quitter un pays et à chercher une récompense en espèces via ISDS, plutôt que de rester et d'essayer de négocier un règlement mutuellement acceptable. Elle peut permettre d'engager des procédures plus faibles ou marginales et inciter les investisseurs à rechercher des créances plus importantes.

Les investisseurs peuvent présenter un dossier faible ou marginal simplement pour faire pression sur un État dans un règlement financier ou pour retirer une nouvelle loi ou mesure («refroidissement réglementaire»). Les nouveaux traités abordent ce problème en prévoyant ce que l'on appelle « **un processus de radiation** »<sup>28</sup> une procédure accélérée de règlement des réclamations non fondées au stade préliminaire d'une procédure.<sup>29</sup> Cela permet de rejeter très tôt les allégations «manifestement dépourvues de fondement juridique»<sup>30</sup> ou «infondées en droit», avant de consommer inutilement des ressources d'État. Afin d'empêcher les investisseurs de la «boîte aux lettres» d'utiliser des sociétés fictives pour lancer des réclamations ISDS, de nombreux traités incluent une clause de «**refus d'avantages**» qui permet à l'État hôte de contester l'utilisation par l'investisseur du mécanisme ISDS du traité lorsqu'il n'est pas un véritable investisseur dans son État d'origine.<sup>31</sup> Dans le même but, certains traités plus anciens n'exigent qu'un investisseur soit approuvé ou enregistré à l'avance pour pouvoir utiliser l'ISDS en vertu d'un traité<sup>32</sup>.

De nombreux traités plus récents **limitent les types de sentences**<sup>33</sup> que les tribunaux peuvent ordonner. Dans le contexte d'une altercation en matière d'investissement, la mesure incriminée peut

---

<sup>24</sup> Voir, par exemple, l'article 28 du TBI Canada – Guinée (2015).

<sup>25</sup> Par exemple, une disposition de consolidation de l'ALENA a été utilisée avec succès par les États-Unis pour garantir la consolidation de trois arbitrages distincts entre investisseurs et États qui avaient été intentés contre les États-Unis par différentes sociétés forestières canadiennes pour le même type de mesure.

<sup>26</sup> Voir, par exemple, l'art. 26(6) du BIT Iran-Slovaquie (2016).

<sup>27</sup> Voir, par exemple, l'art. 8.26 de l'AECG (2016).

<sup>28</sup> Voir, par exemple, l'art. 26(3) du BIT de Hong Kong-Chili (2016).

<sup>29</sup> Voir, par exemple, la règle d'arbitrage du CIRDI 41 (5), et l'art. 8.32.

<sup>30</sup> Souvent désignées dans les juridictions de common law comme des réclamations «frivoles ou vexatoires» qui ne sont pas présentées de bonne foi.

<sup>31</sup> Voir, par exemple, l'article 22 du TBI Maroc – Nigéria (2016).

<sup>32</sup> Voir, par exemple, l'art. 3 du TBI Royaume-Uni-Thaïlande (1979).

<sup>33</sup> Voir, par exemple, l'art. 35 (2) du TBI Canada – Guinée (2015).

---

être un exercice parfaitement légitime de la souveraineté de l'État ou de la réglementation de l'intérêt public. En soi, le langage conventionnel moderne prévoit que les indemnités se limitent aux dommages-intérêts et ne s'étendent pas à permettre au tribunal d'ordonner l'annulation de la mesure. Enfin, certains traités récents contiennent des dispositions explicites sur un éventuel **mécanisme d'appel**<sup>34</sup> ou l'intention de négocier un mécanisme d'appel<sup>35</sup>. Un mécanisme d'appel pourrait améliorer la prévisibilité et la responsabilité, l'harmonisation et la cohérence de la jurisprudence investisseur-État.

### **Demandes reconventionnelles et obligations des investisseurs**

Les traités d'investissement modernes, tels que le Code Panafricain de l'Investissement ou le TBI Maroc-Nigéria de 2016, tentent d'équilibrer les droits accordés aux investisseurs par les États ayant des obligations envers les investisseurs, par exemple pour respecter les lois nationales et garantir que leurs opérations ne violent pas les droits de l'homme, ou de la protection du travail ou ne nuisent à l'environnement. Lorsque les obligations des investisseurs sont présentes dans un traité, elles peuvent devenir exécutoires en étant liées aux dispositions de l'ISDS contenues dans ce traité.

Cela se fait de deux manières. Un traité peut prévoir que, si un État partie à un différend porté par un investisseur allègue que l'investisseur a manqué à ses obligations d'investisseur, le tribunal doit en tenir compte en tant que **facteur d'atténuation**. Il s'agit notamment de déterminer si la violation de l'investisseur affaiblit son dossier ou réduit le montant des dommages auxquels il a droit. Le traité peut également permettre à l'État défendeur de déposer une **demande reconventionnelle** pour la violation par un investisseur de ses obligations ou de la législation nationale<sup>36</sup>.

### **Prévention des différends, conciliation et médiation**

Les États, les investisseurs et les communautés locales espèrent tous avoir des relations positives à long terme. En tant que tels, les traités modernes créent désormais des mécanismes pour empêcher les conflits mineurs de dégénérer en procédures contentieuses qui risquent de nuire aux relations entre les parties prenantes. Cela nécessite la mise en place d'institutions (par exemple points de contact, comités mixtes, médiateurs) et de processus. Cela peut inclure:

- établir des mécanismes efficaces de **coopération et de partage d'informations** entre les acteurs étatiques et non étatiques, ainsi que des points focaux, des comités mixtes et d'autres outils pour favoriser la prévention des différends.<sup>37</sup> Cela peut empêcher l'escalade des différends et l'engagement de l'ISDS
- exiger que la **conciliation**, la **médiation** ou tout **autre mécanisme alternatif de règlement** des litiges soit une condition préalable obligatoire au règlement plus formel des litiges, comme l'arbitrage et le jugement<sup>38</sup>
- mise en place **d'un délai de réflexion** entre un premier avis de litige et l'ouverture d'une procédure d'arbitrage formelle. Cela laisse plus de temps aux parties pour rechercher un règlement à l'amiable ou par le biais de mécanismes alternatifs de règlement des différends.<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> Voir, par exemple, ALE UE-Viêt Nam, chapitre 8, section 3, art. 13: «Un tribunal d'appel permanent est institué pour entendre les appels des sentences rendues par le Tribunal...»

<sup>35</sup> Si un accord multilatéral distinct entre en vigueur entre les parties établissant un organe d'appel chargé d'examiner les sentences rendues par des tribunaux constitués en vertu d'accords internationaux en matière de commerce ou d'investissement pour connaître des différends relatifs aux investissements, les parties s'efforceront de parvenir à un accord prévoyant que cet organe d'appel examine les sentences rendues en vertu des [dispositions relatives au règlement des différends] dans le cadre d'arbitrages engagés après l'entrée en vigueur de l'accord multilatéral entre les parties" (article 10.20.10 de l'ALE entre le Pérou et les États-Unis).

<sup>36</sup> Par exemple, «Lorsque le demandeur soumet une demande conformément aux [dispositions du chapitre sur l'investissement], le défendeur peut formuler une demande reconventionnelle en rapport avec le fondement factuel et juridique de la demande ou invoquer une demande aux fins d'une compensation avec le demandeur.» (Art. 9.18 (2) du PTPGP).

<sup>37</sup> Par exemple, l'art. 5 de l'Accord Brésil – Angola sur la coopération et la facilitation des investissements.

<sup>38</sup> Voir, par exemple, l'art. 12 (1) du TBI Égypte – Suisse.

<sup>39</sup> Voir, par exemple, l'article 8.3 du TBI Allemagne-UAE.

---

## Arbitrage entre États et options judiciaires nationales ou régionales

Les États peuvent également envisager d'autres options pour les mécanismes de résolution des conflits relatifs aux investissements. Une option consiste à confier la résolution des litiges relatifs aux investissements aux tribunaux nationaux et régionaux, seul mécanisme disponible. C'est l'approche actuellement adoptée par l'Afrique du Sud, par exemple. Un système fondé sur les tribunaux régionaux ou continentaux conduirait à des résultats et à des interprétations plus cohérentes, évitant une situation dans laquelle l'interprétation d'une disposition diffère selon la personne qui introduit la demande ou qui siège au tribunal. Les options institutionnalisées au niveau régional ou continental peuvent résoudre bon nombre des problèmes de procédure et de coût identifiés dans le contexte de l'arbitrage investisseur-État.

Une autre option consiste à prévoir uniquement des mécanismes d'arbitrage entre États, qui permettent aux pays de soumettre des réclamations contre un autre État au nom d'un investisseur national. Des mécanismes d'État à État existent déjà dans la plupart des traités d'investissement, mais généralement en tant qu'option parallèlement ISDS.

### Lectures complémentaires

- [Boîte à outils de durabilité pour les négociateurs commerciaux](#) (dispositions sur l'investissement)
- Série des meilleures pratiques de l'IISD [sur la sécurité des coûts, l'épuisement des recours internes, le règlement des différends entre États, les exigences d'enregistrement et d'approbation dans les traités d'investissement et la transparence dans le processus de règlement des différends](#)



---

# 8 Promotion et facilitation des investissements

**Brooke Güven**

## 8.1 Qu'est-ce que la promotion et la facilitation des investissements ?

L'investissement est un élément essentiel du développement durable. En particulier, dans de bonnes conditions, l'investissement étranger direct (IDE) peut améliorer la croissance économique et le niveau de vie, créer des emplois, transférer des technologies et du savoir-faire et entraîner une modernisation de la chaîne d'approvisionnement. Cependant, ses avantages ne sont pas automatiques et, s'ils ne sont pas soigneusement gérés, les investissements peuvent nuire à l'environnement, aux normes du travail et conduire à l'évasion fiscale ou à d'autres conséquences indésirables.

La promotion de l'investissement et la facilitation de l'investissement, à leur tour, peuvent aider les États à attirer, à développer et à retenir l'IDE. Ces deux concepts se renforcent mutuellement, mais impliquent en pratique des activités très différentes: la promotion des investissements consiste à promouvoir un pays (ou un emplacement dans un pays) en tant que destination d'investissement, et la facilitation des investissements signifie s'assurer que les investisseurs ne sont pas confrontés à des obstacles indus dans l'établissement ou l'expansion des investissements, ou dans la conduite de leurs affaires, y compris les exigences réglementaires opaques, déroutantes ou contraignantes; procédures administratives compliquées ou retardées; difficultés à comprendre ou à évaluer les opportunités d'investissement; la corruption; ou un manque d'infrastructures ou de services essentiels.

Même si, dans de nombreux pays, les agences de promotion des investissements sont chargées à la fois de promouvoir et de faciliter l'investissement, les cadres juridiques et politiques nécessaires pour faciliter et conserver efficacement l'investissement nécessitent une gouvernance et des approches gouvernementales plus larges.

### ***Points clés à retenir:***

- *La promotion des investissements consiste à promouvoir un pays (ou un emplacement dans un pays) comme destination d'investissement.*
- *La facilitation des investissements garantit que les investisseurs ne sont pas confrontés à des obstacles indus pour établir ou développer des investissements ou pour mener leurs affaires.*

## 8.2 Qu'est-ce que la facilitation des investissements pour le développement durable?

Les concepts traditionnels de facilitation des investissements, et même bon nombre des discussions actuelles sur ce sujet (même celles qui prétendent intégrer des objectifs de développement durable), ont tendance à être centrés sur l'investisseur, en se concentrant sur l'accélération des approbations, la suppression des obstacles ou des barrières réglementaires et la stabilisation de l'environnement juridique et réglementaire.

---

Cependant, comme l'indique le Menu d'Action Mondial pour la facilitation des investissements de la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) (2016):

*[Toute] initiative de facilitation ne peut être considérée indépendamment du programme plus large d'investissement pour le développement. Des efforts efficaces de facilitation des investissements devraient soutenir la mobilisation et la canalisation des investissements vers le développement durable, y compris le renforcement des capacités de production et des infrastructures essentielles. Il devrait faire partie intégrante du cadre général de la politique d'investissement, visant à maximiser les avantages de l'investissement et à minimiser les effets secondaires négatifs.*

De même, l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE), telle que reflété dans son Cadre politique pour l'investissement, conçoit la facilitation de l'investissement comme faisant partie d'un contexte politique plus large dans lequel les gouvernements devraient viser à soutenir un environnement propice à l'investissement, mais qui renforce ses bénéfices de développement pour la société (Novik et de Crombrughe, 2018).

Ainsi, les facteurs désormais reconnus comme essentiels pour progresser, parallèlement aux politiques dirigées sur les investisseurs, sont la protection de l'environnement, le développement économique et social local (y compris l'entrepreneuriat féminin), la modernisation industrielle, l'emploi et la formation professionnelle, les droits de l'homme, la santé, le climat et d'autres éléments des plans et programmes de développement nationaux, régionaux, continentaux et internationaux.

La facilitation des investissements pour le développement durable peut donc être comprise comme une combinaison d'outils, de politiques et de processus qui favorisent un cadre réglementaire et administratif pour faciliter les investissements qui maximisent et ne compromettent pas les objectifs de développement durable. Cependant, il n'y a pas suffisamment de preuves empiriques ou d'un accord commun quant aux outils, politiques et processus nécessaires ou souhaitables pour que les pays facilitent les investissements pour le développement durable, et si ces outils sont mieux mis en œuvre au niveau:

- national
- régional
- continental ou
- niveau international

et que ce soit par:

- l'état d'origine de l'investisseur
- l'état d'accueil de l'investissement
- l'investisseur
- réseaux bilatéraux ou multilatéraux (par exemple, organisations économiques ou réseaux conventionnels fondés sur des traités) ou
- institutions internationales (Novik et de Crombrughe, 2018).

***Points clés à retenir:***

- *La facilitation des investissements pour le développement durable est une combinaison d'outils, de politiques et de processus qui favorisent un cadre réglementaire et administratif pour faciliter les investissements qui maximisent et ne sapent pas les objectifs de développement durable.*
- *Chaque outil peut être mieux mis en œuvre au niveau national, régional, continental ou international, et / ou par l'État d'origine, l'État hôte, l'investisseur, les réseaux bilatéraux ou multilatéraux ou les institutions internationales.*

---

## 8.3 Gouvernance et outils nationaux, régionaux, continentaux ou internationaux

Les décisions concernant la manière dont un pays admettra, approuvera et gouvernera les investissements sont complexes et nécessitent une pondération des coûts et des avantages (concurrents) dans des domaines aussi variés que l'environnement, la santé, le travail, la concurrence, la fiscalité, ainsi que les considérations sectorielles qui peuvent varier selon les secteurs (par exemple les institutions financières, les industries extractives, l'eau et l'assainissement, les soins de santé, la fabrication, les télécommunications, l'agriculture, etc.) et même par économie.

Les questions réglementaires relatives à l'accessibilité et à la transparence des réglementations et procédures d'investissement, les procédures administratives applicables à un investissement et les moyens de faciliter les liens avec l'économie au sens large, sont toutes focalisées au niveau national. De même, les gouvernements de l'UA ont présenté individuellement des programmes et des plans de développement qui peuvent être considérablement avancés, grâce à des mesures de facilitation des investissements. Ainsi, les cadres juridiques et réglementaires nationaux sont à bien des égards les plus directement pertinents pour faire progresser les résultats du développement durable (Brauch et al. 2019).

Les gouvernements de l'UA ont également établi des objectifs de développement régionaux et continentaux qui intègrent des mesures de facilitation des investissements. Par exemple, la Communauté de Développement de l'Afrique Australe, le Marché Commun de l'Afrique Orientale et Australe et d'autres organisations régionales ont des accords types et d'autres initiatives pour faire avancer certains objectifs d'investissement vers et dans la région. De même, le Code Panafricain de l'Investissement représente une initiative continentale visant à promouvoir, faciliter et protéger les investissements, y compris leurs processus et leurs résultats, afin de favoriser le développement durable des États membres. Ces plates-formes régionales et continentales établies sont également importantes pour faire avancer les résultats convenus et faciliter les investissements à des fins de développement durable.

Le rôle de la facilitation des investissements est plus large que les seules politiques des États importateurs de capitaux ou entre les régions; les circonstances dans lesquelles les États d'origine devraient réglementer, faciliter ou subventionner (par exemple via l'assurance contre les risques politiques, les garanties, la protection des traités d'investissement), l'investissement extérieur varient selon l'économie, mais font également partie de la question plus large de savoir comment et dans quelles circonstances le capital passe et devrait passer d'une économie à une autre.

En Parallèle, les normes orientées sur les investisseurs concernant la conduite responsable des entreprises et les responsabilités en matière de respect des droits de l'homme évoluent rapidement, ce qui oblige les entreprises à assumer davantage des responsabilités et à respecter ces cadres.

À ce titre, la coopération supranationale pourrait également jouer un rôle important, ce qui pourrait aider à coordonner les efforts de facilitation, à promouvoir l'apprentissage et à relever certains défis d'action collective (Novik et de Crombrughe, 2018).

**Points clés à retenir:** *Bon nombre des questions réglementaires liées à la facilitation des investissements pour le développement durable peuvent être mieux mises en œuvre au niveau national, mais la coopération régionale, continentale et internationale peut également jouer un rôle pour résoudre certains obstacles de gouvernance.*

## 8.4 Utiliser les accords internationaux pour promouvoir et faciliter l'investissement durable

---

Dans un monde de chaînes de valeur mondiales et de capitaux mobiles, les pays sont confrontés à divers problèmes d'action collective liés à la facilitation des investissements pour le développement durable. En guise d'exemple, de nombreux pays sont en concurrence pour l'IDE, et des courses réglementaires vers le bas, en termes de normes environnementales, de travail et sociales, peuvent avoir lieu. De ce point de vue, la facilitation des investissements " peut signifier une rationalisation et une accélération excessives des exigences critiques, telles que les évaluations d'impact environnemental, social ou des droits de l'homme dans l'espoir de faciliter l'IDE, malgré les preuves que ces processus aboutissent finalement à des investissements de meilleure qualité et à plus long terme (Coleman et al., 2018). L'élaboration de normes et de plateformes qui intégreront la coopération internationale sur ces questions peut aider à équilibrer les priorités concurrentes de la facilitation des investissements dans une perspective de développement durable.

En parallèle, il peut être difficile de combler les lacunes de gouvernance transnationale, en termes d'élaboration, de suivi et d'application des lois régissant la conduite des entreprises. La structuration des entreprises peut entraîner une érosion de l'assiette fiscale, des préjudices externalisés pour les sociétés et une incapacité pour les économies d'origine ou d'accueil à obtenir efficacement des informations ou à réglementer la conduite des entreprises. La coopération internationale et le partage d'informations concernant les familles d'entreprises, et sur les moyens de réguler efficacement la chaîne d'investissement dans l'intérêt social du pays d'origine et du pays d'accueil, pourraient également constituer une base utile pour les efforts supranationaux.

En somme, les plateformes d'échange d'informations sur les meilleures pratiques et les défis peuvent être sous-développées. Les agences de promotion des investissements et d'autres entités gouvernementales peuvent souhaiter mieux comprendre et tirer parti des pratiques réussies, ou tirer des leçons des difficultés d'autres pays et en tirer des avantages, pour établir:

- outils pour faciliter les investissements (guichets uniques, systèmes d'enregistrement des entreprises, services de suivi)
- politiques d'amélioration des investissements (règles de transparence, pratiques anti-corruption, mécanismes de bonne gouvernance) et
- processus pour rendre les outils et les politiques utiles (dialogues; coordination inter institutions; renforcement des capacités) (Novik et de Crombrugghe, 2018; Brauch et al., 2019).

Ce qui sera important pour les gouvernements à considérer, c'est dans la mesure où les efforts régionaux, continentaux ou internationaux sur la facilitation des investissements sont avancés, dans quelle mesure les objectifs de développement durable sont atteints grâce à des approches plus collaboratives, douces ", ou bien plus basées sur l'engagement. , approches «dures». Des exemples de chacun sont discutés ci-dessous.

***Points clés à retenir:***

- *La résolution des problèmes d'action collective est nécessaire pour faciliter les investissements en faveur du développement durable, bien que le niveau et les outils les plus efficaces soient complexes et souvent peu clairs*
- *Les gouvernements devraient déterminer si des approches «douces», collaboratives ou «dures» fondées sur l'engagement résolvent mieux ces problèmes.*

## **8.5 Le modèle brésilien - utiliser les accords internationaux d'investissement pour promouvoir la coopération et la facilitation des investissements**

---

En 2014, le Brésil, un pays qui n'a jamais été partie à un accord d'investissement contenant un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, a proposé un nouveau modèle d'accord d'investissement - axé moins sur les concepts de « protection des investisseurs » et plutôt sur l'attraction et la rétention des investissements, en mettant l'accent sur la « coopération et la facilitation » (Brauch, 2020). Le Brésil a depuis conclu plusieurs accords de coopération et de facilitation des investissements (CFIAs).

Le modèle brésilien est né des consultations avec une grande variété de parties prenantes nationales et d'investisseurs étrangers, essayant de comprendre comment mieux attirer et retenir les investisseurs, et comment les accords et la coopération internationaux pourraient aider à faciliter ces processus. À la suite de ces enquêtes, les accords conclus par le Brésil comprennent désormais des points de contact et établissent des bureaux de médiateurs nationaux comme point focal pour gérer les préoccupations concernant les processus d'investissement. Des procédures sont en place pour faciliter les visas et autres questions de procédure nécessaires à l'investissement. Alors que le Brésil avait initialement prévu que les bureaux du médiateur ne seraient accessibles qu'aux investisseurs des partenaires au traité de CFIA (Accord de coopération et de facilitation de l'investissement), il a maintenant ouvert ces bureaux et les services qu'ils offrent à tous les investisseurs étrangers.

Bien que relativement nouveau, le modèle brésilien représente un changement dans la réflexion sur les accords internationaux d'investissement, s'orientant vers une concentration sur l'amélioration de la coordination et de la consultation dans le but de faciliter l'investissement dans les parties impliquées dans le traité. Le but est de prévenir les différends et, si et quand des disputes surviennent, et ne peuvent être résolus par le point de contact, le médiateur ou d'autres mécanismes établis par le traité, d'assurer la résolution de ces problèmes entre les États, grâce au règlement des contestations si nécessaire, plutôt que d'accorder aux entreprises privées le droit de porter plainte contre le pays hôte.

***Points clés à retenir:** le nouveau modèle brésilien représente un changement dans la réflexion sur les accords internationaux d'investissement, se concentrant sur une amélioration de la coordination et de la consultation dans le but de faciliter les investissements des parties impliquées dans le traité.*

## **8.6 Organisation Mondiale du Commerce - discussions structurées sur la facilitation des investissements**

En décembre 2017, 70 membres de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) ont publié une Déclaration Ministérielle Conjointe sur la facilitation des investissements pour le développement, appelant à des discussions structurées dans le but d'élaborer un cadre multilatéral sur la facilitation des investissements (qui ne devrait pas inclure l'accès aux marchés, la protection des investissements et les investisseurs - règlement des différends des États). Au total, 98 membres participent actuellement aux discussions. Ces discussions n'ont pas encore abouti à un accord sur la nature du cadre qui devrait émerger, et sur la question de savoir s'il devrait inclure des règles contraignantes ou se concentrer davantage sur la coopération et des obligations plus souples. Jusqu'à présent, le texte n'a pas été rendu public, bien que les versions entre crochets soient considérablement avancées et devaient être progressées ou finalisées au cours de 2020 (Baliño et al. 2020).

Bien qu'il n'y ait pas encore d'accord sur le format juridique ou le contenu du cadre proposé, le projet actuel préparé contient un mélange d'obligations contraignantes et d'efforts optimaux, sous réserve du renforcement des capacités et des exclusions de traitement spécial et différencié pour les pays en développement. Les domaines de fond inclus dans les discussions de l'OMC sont la non-discrimination et le traitement de la nation la plus favorisée; transparence et prévisibilité des mesures

---

d'investissement; rationaliser et accélérer les procédures administratives; établissement de points de contact; coordination et cohérence réglementaires; responsabilité sociale des entreprises; et la lutte contre la corruption (Baliño et al. 2020).

L'inclusion de la facilitation des investissements au sein de l'OMC a été contestée par certains pays ne participant pas aux discussions sur le cadre et par d'autres commentateurs pour diverses raisons, notamment que les processus de l'OMC conduisent généralement à des disciplines contraignantes, tandis que les mesures de facilitation des investissements peuvent bénéficier d'approches coopératives et de renforcement des capacités et que l'OMC n'a pas pour mandat de faire progresser les approches de développement durable (Brauch, 2017; Mann et Brauch, 2018).

**Points clés à retenir:** *L'OMC aborde la facilitation des investissements par le biais d'un accord, bien que le cadre final, y compris s'il doit inclure ou non des obligations contraignantes, n'a pas encore été convenu.*

## 8.7 Conclusion: comment les gouvernements devraient-ils aborder ces questions complexes?

Lors de l'examen de la manière d'aborder la question de la facilitation des investissements, les gouvernements de l'UA pourraient souhaiter commencer par les questions suivantes:

- Quels sont les objectifs de développement durable nationaux (et sous-nationaux), régionaux, continentaux et internationaux?
- Quels cadres nationaux, régionaux, continentaux et internationaux régissent actuellement ces objectifs?
- Quels sont les processus et résultats d'investissement souhaitables pour atteindre ces objectifs?
- Y a-t-il des lacunes réglementaires ou techniques qui entravent les investissements souhaitables?
- Ces lacunes réglementaires ou techniques sont-elles mieux comblées aux niveaux national, régional, continental ou international?
- Quels outils, politiques et processus seraient les mieux adaptés pour combler ces lacunes?
- Ces outils, politiques et processus seraient-ils plus efficaces en tant que mesures volontaires ou fondées sur des engagements, et quels sont les coûts et les avantages de chaque option?
- De quel type d'assistance, le cas échéant, les gouvernements de l'UA auraient-ils besoin pour mettre en œuvre ces outils, politiques et processus?
- Quels sont les coûts, les avantages et les conséquences potentielles (voulues ou non, positives ou négatives) de prendre ces mesures?

## Références

Baliño, S., Brauch, M. et Jose, R. (2020) «Facilitation de l'investissement: historique et derniers développements des discussions structurées». <https://www.iisd.org/library/investment-facilitation>

---

Brauch, M. (2017) «Un tango risqué? Facilitation des investissements et Conférence ministérielle de l'OMC à Buenos Aires ». <https://www.iisd.org/library/risky-tango-investment-facilitation-and-wto-ministerial-conference-buenos-aires>

Brauch, M. (2020) «Le meilleur des deux mondes? Traité de coopération et de facilitation en matière d'investissement Brésil-Inde », *Investment Treaty News* 11 (1)

Brauch, M., Mann, H. et Bernasconi-Osterwalder, N. (2019) «Atelier de facilitation des investissements SADC-IIDD». Rapport de la réunion tenue du 21 au 23 août 2018, Johannesburg, Afrique du Sud.

Coleman, J., Güven, B., Johnson, L. et Sachs, L. (2018) «Qu'entend-t-on par facilitation de l'investissement?» Blogue du CCAP. <http://ccsi.columbia.edu/2018/02/22/what-do-we-mean-by-investment-facilitation/>

Johnson, L., Sachs, L. et Lobel, N. (2019) «Harmoniser les accords internationaux sur l'investissement avec les objectifs de développement durable», *Columbia Journal of Transnational Law* (58). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3452070](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3452070)

Mann H. et Brauch, M. (2019) «Facilitation des investissements pour le développement durable: réussir pour les pays en développement», *Columbia FDI Perspectives*. <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/10/No-259-Mann-and-Brauch-FINAL.pdf>

Novik, A. et de Crombrughe, A. (2018) *Vers un cadre international pour la facilitation des investissements*, Investment Insights, Paris: OCDE

OCDE - Organisation de coopération et de développement économiques (2015) «Cadre politique pour l'investissement». <https://www.oecd.org/investment/pfi.htm>

CNUCED - Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (2016) *Menu d'action mondial pour la facilitation des investissements*, Genève: CNUCED

---

# 9 Dispositions modernes dans les traités d'investissement

**Brooke Güven**

## 9.1 Pourquoi réformer

Les gouvernements poursuivent une réforme substantielle et procédurale du régime international d'investissement en reconnaissant qu'il existe des préoccupations fondamentales, systémiques et interdépendantes concernant les approches actuelles de la gouvernance<sup>40</sup> des investissements et que les approches actuelles n'ont pas atteint leurs objectifs présumés.<sup>41</sup>

La grande majorité des 1 023 revendications conventionnelles connues du public ont été déposées en vertu de traités «d'ancienne génération».<sup>42</sup>En 2018, par exemple, 60% de ces demandes ont été déposées en vertu de traités initialement conclus dans les années 1990 ou avant, et tous sauf un ont été déposés en vertu d'un traité d'avant 2011 (CNUCED, 2019). Ces accords de l'«ancienne génération»<sup>43</sup> comprennent des obligations vagues et de grande portée pour les États, ne font généralement pas référence aux responsabilités des investisseurs (même en termes non contraignants) et contiennent rarement des dispositions qui visent à préserver et à protéger de manière significative la capacité des États à réglementer sans avoir à payer une compensation. Des dispositions efficaces en matière d'environnement, de droits de l'homme, de genre, de santé, de travail et d'autres intérêts publics sont généralement absentes de ces accords.

---

<sup>40</sup> Les gouvernements sont engagés dans divers processus de réforme du système. Il s'agit notamment d'efforts de réforme multilatéraux, notamment au sein du groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme de l'ISDS: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)

<sup>41</sup> Pour une analyse de la mesure dans laquelle l'ISDS n'a pas atteint ses objectifs supposés, voir Johnson et al. (2017). Voir également les documents suivants pour des discussions sur les coûts et les avantages associés aux traités d'investissement: Bonnitcho (2017); Pohl (2018); Johnson et coll. (2018a); Borga et al. (2019).

<sup>42</sup> Cas connus d' ISDS fondés sur des traités par Navigateur de la CNUCED, mis à jour au 31 décembre 2019: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

<sup>43</sup> La CNUCED (2017) fait référence aux traités d'«ancienne génération» comme ceux conclus avant 2010, notant que ces «[vieux] traités mordent»: à la fin de 2016, pratiquement tous les cas connus de règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS) étaient sur la base de ces traités». La phase 2 de la Feuille de route de la CNUCED pour la réforme de l'AIJ propose des options pour moderniser ces traités. Le CCAP a également développé certaines de ces options (voir Johnson et al., 2018b).



---

En l'absence de dispositions qui protègent efficacement la capacité des États à régler et à faire progresser de manière significative les objectifs de développement durable des États parties, les États hôtes défendeurs se sont retrouvés exposés à des coûteuses procédures de règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS) et à des réclamations contestant des mesures d'intérêt public.<sup>44</sup> Les investisseurs demandeurs se sont également appuyés sur les traités d'investissement et les dispositions du ISDS pour faire des menaces de poursuites afin de fausser les mesures gouvernementales ou de conduire en faveur des investisseurs étrangers<sup>45</sup>. Par exemple, dans le contexte de COVID-19, les cabinets d'avocats ont déjà saisi la pandémie pour conseiller les multinationales sur les stratégies de recours aux traités d'investissement et à l'ISDS pour porter plainte contre les gouvernements sur la base des mesures liées au COVID.<sup>46</sup>

## 9.2 Options pour aborder les traités

Au-delà des obligations de fond et de procédure spécifiques consacrées dans un traité, certains gouvernements réexaminent attentivement la structure et la forme des accords qui régissent l'investissement international, et l'opportunité /comment étendre et contracter différentes parties de ces accords afin d'atteindre les objectifs de développement visés. Les États reculent et posent une série de questions, notamment:

1. Que voulons-nous des investissements internationaux? Et quels aspects/impacts de l'investissement international voulons-nous éviter?
2. Quels sont les outils politiques disponibles pour nous aider à obtenir ce que nous voulons?
3. Quel rôle les traités peuvent-ils utilement jouer ou jouer mieux que d'autres outils?
4. Comment les traités peuvent-ils être conçus pour nous aider à atteindre nos objectifs?
5. Comment les traités peuvent-ils être conçus pour minimiser nos coûts et nos risques?
6. Quel est l'équilibre global des coûts et des avantages affecté par notre approche «modèle», et comment cet équilibre est-il réparti (par exemple, les investisseurs étrangers récoltent-ils les atouts et les acteurs nationaux les coûts?)
7. (Comment) l'État peut-il s'assurer que l'équilibre atteint dans le «modèle» est garanti dans la pratique (c'est-à-dire dans les négociations et les traités qui en découlent)?

Les questions 4, 5 et 6 concernent la conception d'un «modèle», tandis que la question 7 concerne ce qu'un État obtiendra dans la pratique lors de négociations sur la base de ce modèle. Dans chaque contexte, les créateurs de traités peuvent utiliser une variété de leviers différents pour façonner l'accord - élargir ou restreindre qui et ce qu'ils sont prêts à protéger, l'étendue des protections qu'ils sont disposés à fournir et l'exposition financière qu'ils sont prêts à assumer à leur tour (Coleman et al. 2018). Ces considérations nécessitent d'examiner le contenu des dispositions définissant les investisseurs couverts et les investissements couverts; quelles obligations de fond sont incluses et ce qu'elles exigent des États parties; la question de savoir s'il y a des exceptions pour justifier un manquement; qui peut présenter une réclamation contre qui; et quelle réparation est disponible.

**Points clés à retenir:** *lors de l'identification des dispositions souhaitées, il est essentiel d'adopter une vision holistique du modèle (et de tout traité éventuel négocié sur la base d'une approche «modèle») et de la manière dont ses parties - de fond et de procédure - fonctionnent ensemble.*

---

<sup>44</sup> Les montants moyens sont de 120 millions de dollars, excluant les valeurs aberrantes, et de 500 millions de dollars, y compris les valeurs aberrantes (Behn et Daza, 2019). Les procédures coûtent en moyenne 5 millions de dollars par partie, et les tribunaux exigent souvent que les États intimés paient leurs propres frais même lorsque la demande de l'investisseur est rejetée.

<sup>45</sup> Au sujet du refroidissement réglementaire, voir p. ex., van Harten et Scott (2016); Kelsey (2017); Tienhaara (2018); Sachs et al. (2020).

<sup>46</sup> Compte tenu du risque que pose le RDIE pour la capacité des pays et de la communauté mondiale dans son ensemble de relever le défi du COVID-19, les experts ont appelé (le 6 mai 2020) à un moratoire sur les demandes de RDIE pendant la pandémie et à une restriction permanente sur les demandes de RDIE pour le COVID-19 mesures connexes: <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>

---

## 9.3 Comment les pays tentent-ils actuellement de traiter ces dispositions dans les traités modernes?

Pour résoudre les problèmes transversaux signalés ci-dessous, les États intègrent des dispositions dans les modèles et traités qui affectent qui est protégé, la portée des obligations dont bénéficient les investisseurs (par exemple, la portée de l'expropriation indirecte), la portée des obligations envers les partenaires du traité (par exemple, dans les dispositions non - abaissement des normes), exceptions à la violation, règlement des contestations et obligations des investisseurs. Cette note ne se concentre pas sur les questions d'étendue des protections (par exemple, définition de l'investisseur ou des investissements) ou sur la nature des protections des investisseurs (traitement juste et équitable (FET), expropriation indirecte, traitement national, nation la plus favorisée, etc.) *en soi*, mais examine (i) comment les approches de ces obligations affectent les questions de protection de l'environnement, la réalisation des obligations en matière de droits de l'homme, etc. et (ii) comment certaines dispositions des traités ont cherché à traiter spécifiquement les questions transversales de l'environnement, des droits, etc.

## 9.4 Questions transversales

### Environnement

Dans les traités et modèles de nouvelle génération, les références aux obligations environnementales et à la protection de la capacité de réglementer figurent dans les types de dispositions suivants: préambules, réaffirmations du droit souverain des États de réglementer, et engagements de ne pas abaisser les normes environnementales afin d'attirer les investissements. Dans certains cas, ils peuvent également être trouvés dans les ordonnances concernant les responsabilités des investisseurs (pour, par exemple, effectuer des évaluations d'impact environnemental) et dans les dispositions d'exception générales. Ces références apparaissent dans de nouveaux traités et modèles avec une fréquence variable. La mesure dans laquelle ces dispositions font avancer les objectifs environnementaux ou protègent efficacement les mesures de l'État hôte dans la pratique n'est pas claire.

Les États membres de l'UA ont été à l'avant-garde de ces innovations. Le modèle de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), par exemple, exige que les investisseurs et leurs investissements se conforment aux processus d'évaluation d'impact environnemental et social applicables<sup>47</sup>. Le traité bilatéral d'investissement Maroc-Nigéria (TBI) contient une disposition similaire<sup>48</sup>, tout comme le projet de Code Panafricain de l'Investissement (PAIC).<sup>49</sup> Le modèle de la SADC comprend également une approche plus unique, exigeant que les investisseurs ne fonctionnent pas «d'une manière incompatible avec les obligations internationales en matière d'environnement, de travail et de droits de l'homme liant l'État hôte ou l'État d'origine, quelles que soient les obligations les plus élevées». <sup>50</sup>En ce qui concerne les obligations des États, le modèle de la SADC comprend une disposition de non-abaissement des normes, <sup>51</sup>et fait explicitement référence aux mesures environnementales dans son exception générale.<sup>52</sup>

D'autres pays ont également des exemples utiles. Le modèle de TBI révisé de la Colombie, comme le modèle de la SADC, fait explicitement référence aux mesures environnementales dans son exception générale.<sup>53</sup> Bien que l'exception générale de la Colombie soit l'autodétermination, ce qui signifie que

---

<sup>47</sup> Art modèle 13 de la SADC.

<sup>48</sup> TBI Maroc – Nigéria Art. 14.

<sup>49</sup> Projet d'article 37.4 de la PAIC.

<sup>50</sup> Art modèle SADC. 15.

<sup>51</sup> Art modèle SADC. 22.

<sup>52</sup> Art modèle SADC. 25.

<sup>53</sup> Colombia revised Model BIT Art. [XX] General Exceptions.

---

la disposition vise à ce que les États parties déterminent si une mesure relève de l'exception, elle exige néanmoins que les mesures soient « nécessaires » (souvent une barre haute pour qu'une mesure soit respectée).

Il est à noter que même les traités et modèles très récents ne contiennent pas spécifiquement de références explicites au changement climatique, y compris, par exemple, comment les obligations des États en vertu du droit international des investissements peuvent interagir avec les objectifs ou obligations climatiques.<sup>54</sup>

*À retenir: Malgré des liens clairs et profonds entre la gouvernance des investissements et la réalisation des objectifs climatiques, même les modèles récents ne parviennent pas à aborder ce lien, et risquent donc d'ouvrir les États aux revendications de l'ISDS contestant les mesures prises de bonne foi et conformes aux engagements et objectifs d'atténuation et d'adaptation climatiques. Les gouvernements de l'UA souhaitent peut-être examiner comment les traités d'investissement peuvent être adaptés pour promouvoir des investissements respectueux du climat, refuser la protection des investissements qui minent les objectifs climatiques et jouer un rôle dans la résolution des problèmes d'atténuation et d'adaptation climatiques qui nécessitent une coopération mondiale.*

## **Droits humains**

Une étude de 2014 publiée par l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) a révélé que seulement 0,5% des 2 107 traités inclus dans l'étude contenaient des références aux droits de l'homme, et que la majorité de ces références se trouvaient dans les préambules des accords pertinents (Gordon et al. 2014: 18).<sup>55</sup> L'évolution des pratiques de rédaction plus récentes indique une certaine amélioration, ce qui signifie que les traités plus récents incluent des références explicites (i) aux obligations des États en matière de droits de l'homme dans le contexte de la gouvernance des investissements et /ou (ii) les responsabilités des investisseurs en matière de droits de l'homme. Cependant, ces références restent rares et leur efficacité est généralement non testée et / ou limitée.

En ce qui concerne les responsabilités des investisseurs, qui peuvent permettre aux États de faire une demande reconventionnelle pour mauvaise conduite des investisseurs ou de refuser certaines protections conventionnelles dans certains cas, le projet de PAIC comprend un chapitre sur les obligations des investisseurs.<sup>56</sup> Certaines des dispositions qui y sont consacrées sont obligatoires, tandis que d'autres sont consacrées en termes de «meilleurs efforts». Le PAIC comprend une disposition sur les demandes reconventionnelles, qui permettrait à un éventuel État défendeur de former une demande reconventionnelle contre un investisseur s'il ne s'est pas conformé aux obligations du Code ou des «autres règles et principes pertinents du droit national et international». <sup>57</sup>Le Modèle d'accord sur la coopération et la facilitation des investissements (CFIA) du Brésil adopte une approche «de meilleurs efforts » de la responsabilité sociale des entreprises.<sup>58</sup> Bien que le modèle représente un pas en avant par rapport aux accords de l'«ancienne génération», il ne conditionne pas la réception des avantages du traité au respect de ces normes.

---

<sup>54</sup> Par comparaison, certains accords de libre-échange (ALE) et accords de partenariat économique (APE) sans protection des investisseurs contiennent de telles références. Les APE de l'UE avec l'Arménie et le Japon, par exemple, comprennent des réaffirmations des engagements des parties à la mise en œuvre des objectifs de la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, du protocole de Kyoto et de l'accord de Paris, ainsi qu'à la poursuite de la coopération et de la mise en œuvre des accords internationaux, cadres du changement climatique. Les ALE contiennent également fréquemment des dispositions reconnaissant les liens entre les obligations commerciales et environnementales et réaffirment les engagements à mettre en œuvre (dans les lois et pratiques nationales) les accords environnementaux multilatéraux auxquels les États sont parties.

<sup>55</sup> Gordon et al. ont examiné un échantillon de tous les traités d'investissement que 54 pays plus la Commission européenne avaient conclus avec tout autre pays « pourvu que le texte intégral soit disponible par voie électronique au début de 2014 », ce qui signifie qu'il couvrait 2,107 traités et « plus de 70 % de la population mondiale visée par les traités d'investissement » (p. 10).

<sup>56</sup>Projet PAIC Ch. 4. La plupart des traités actuellement en vigueur n'incluent aucune responsabilité ou obligation des investisseurs, ce qui signifie que les États sont souvent incapables de présenter des demandes reconventionnelles contre des investisseurs ou de refuser la protection des traités, même en cas d'actes répréhensibles des investisseurs.

<sup>57</sup> Projet PAIC Art. 43.

<sup>58</sup> Brésil Modèle CFIA Art. 14.

---

Le modèle néerlandais (2019) inclut l'ISDS, bien qu'il cherche à restreindre l'accès au mécanisme.<sup>59</sup> Le modèle comprend également quelques références notables aux responsabilités des investisseurs en matière de droits de l'homme et aux obligations des États. Par exemple, il oblige les États parties potentiels à «prendre les mesures appropriées» pour garantir que les personnes touchées par les violations des droits de l'homme liées aux entreprises aient accès à des recours efficaces.<sup>60</sup> Cela reflète le libellé du Principe 25 des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (UNGPs),<sup>61</sup> visant à renforcer ce principe dans le texte du modèle; cependant, ses effets pratiques restent flous.

Le modèle prévoit également qu'un tribunal de l'ISDS statuant sur une réclamation «devrait tenir compte du non-respect» par un investisseur demandeur des engagements pris en vertu des UNGPs et des Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales.<sup>62,63</sup> Ceci est unique parmi les modèles, mais il soulève la question, pour examen par les États de l'UA, de savoir si le non-respect des normes relatives aux droits de l'homme devrait être traité par un tribunal de l'ISDS par une réduction des dommages (qui permet toujours à un investisseur d'avancer des réclamations et un État à dépenser le temps et le coût de la défense contre eux), ou si la réception des avantages du traité, et donc la capacité de présenter une réclamation en premier lieu, devrait être subordonnée à la conduite commerciale responsable d'un investisseur.

Une poignée d'accords récents comprennent des exceptions ou réserves spécifiques qui visent à améliorer la capacité des gouvernements à prendre des mesures pour préserver les droits des peuples autochtones concernant les terres et les ressources naturelles. Les exemples incluent le TBI Argentine – Japon,<sup>64</sup> le TBI Canada – Moldavie,<sup>65</sup> l'Accord États-Unis – Mexique – Canada (USMCA) et<sup>66</sup> l'Accord global et Progressif de Partenariat Trans-Pacifique.<sup>67</sup>

Ces modèles de nouvelle génération représentent un progrès par rapport au manque de références aux obligations et responsabilités en matière de droits de l'homme dans les textes examinés par l'OCDE dans son étude de 2014. Cependant, les exemples mentionnés ci-dessus restent l'exception plutôt que la règle et, ce qui est important, il n'est pas encore clair que ces nouvelles dispositions seront efficaces pour préserver la capacité des États à respecter leurs obligations en matière de droits de l'homme et pour conditionner une conduite responsable des affaires par les investisseurs.<sup>68</sup>

**Points clés à retenir:** Déterminer si les dispositions sur les droits de la personne seront efficaces pour protéger la capacité de l'État de réglementer dans la pratique, et comment conditionner les avantages des traités au respect par les investisseurs de leurs obligations afin de promouvoir une conduite responsable des affaires.

---

<sup>59</sup> Le modèle de TBI néerlandais limite l'accès au RDIE en spécifiant, par exemple, que les tribunaux arbitraux «déclineront leur compétence» lorsqu'un investisseur «a changé sa structure d'entreprise dans le but principal d'obtenir la protection du présent accord à un moment où un différend avait surgi ou était prévisible» (art. 16.3).

<sup>60</sup> Pays-Bas Modèle BIT Art. 5.

<sup>61</sup> [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf).

<sup>62</sup> Pays-Bas Modèle BIT Art. 23.

<sup>63</sup> <https://www.oecd.org/corporate/mne/>

<sup>64</sup> Annexe II (Mesures non conformes, Liste de la République argentine).

<sup>65</sup> Annexe I (Réserve pour de futures mesures, Liste du Canada).

<sup>66</sup> Art. 32.5 Pour le Canada, les «obligations légales» mentionnées dans cette disposition comprennent les droits des peuples autochtones couverts par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et ceux énoncés dans les accords d'autonomie gouvernementale.

<sup>67</sup> Art. 29.6(1).

<sup>68</sup> Pour plus de détails sur les mérites de diverses approches, voir Johnson (2019).

---

## Le genre

Bien que l'intersection entre le genre et le commerce soit plus souvent abordée dans les accords commerciaux plus récents, il s'agit moins souvent d'un domaine qui est explicitement abordé dans les traités sur l'investissement et les chapitres sur l'investissement des accords de libre-échange (ALE). L'ALE Brésil-Chili, conclu en 2018, comprend un chapitre sur le genre qui réaffirme et intègre un certain nombre d'obligations internationales en matière de droits de la personne dans ce domaine.<sup>69</sup> Le chapitre prévoit également un examen, dans un délai de deux ans, de la mise en œuvre du chapitre, et des points de contact nationaux doivent être établis pour soutenir la coopération en ce qui concerne sa mise en œuvre.<sup>70</sup>

## Santé

Comme pour les dispositions environnementales, des références à la capacité des États à régir la santé de leurs populations se retrouvent dans certains traités et modèles plus récents. Les dispositions d'exception générale, lorsqu'elles sont incluses, tendent à prévoir que le traité n'interdit pas l'adoption ou l'application de mesures relatives à la protection de la santé humaine. De telles exceptions exigent souvent que les mesures soient "nécessaires",<sup>71</sup> justifiées, proportionnées aux objectifs ambitionnés et/ou qu'elles ne soient pas discriminatoires ou arbitraires.<sup>72</sup> Lorsqu'un traité comprend un ISDS un tribunal aura le pouvoir discrétionnaire d'évaluer la conduite du gouvernement.

## Le travail

Les questions du travail sont traitées dans certains traités et modèles récents dans des dispositions portant sur (i) la capacité de l'État à réglementer et ses obligations en vertu d'autres accords internationaux; et (ii) obligations ou responsabilités (non contraignantes) des investisseurs.

En ce qui concerne le point (i), ces références apparaissent de manière similaire à celles concernant l'environnement et la santé et pourraient être renforcées en conséquence. Concernant le point (ii), les dispositions récentes varient considérablement en termes de fréquence et d'intensité. Le modèle de TBI de la Colombie, par exemple, prévoit qu'un investisseur peut se voir refuser les avantages du traité si «un tribunal international ou une autorité judiciaire ou administrative d'un État avec lequel les parties contractantes entretiennent des relations diplomatiques a prouvé que « l'investisseur a directement ou indirectement violé, entre autres, les lois du travail de l'État hôte ».<sup>73</sup> Le projet de PAIC contient plusieurs mesures spécifiques au travail, principalement le fait que les investisseurs doivent «respecter leurs obligations sociopolitiques», y compris celles concernant le «respect des droits du travail». <sup>74</sup>L'élimination du travail forcé et obligatoire figure également parmi les principes énumérés comme régissant «le respect par les investisseurs de l'éthique des affaires et des droits de l'homme» dans le projet de PAIC.<sup>75</sup>

En général, les dispositions relatives au travail dans les modèles et les traités pourraient être renforcées par une exigence minimale de conformité aux normes internationales du travail adoptées par l'État d'accueil et l'État d'origine (selon la plus élevée des deux), et par une référence aux obligations existantes de l'État et aux normes des investisseurs dans le cadre de l'Organisation Internationale du Travail.<sup>76</sup>

---

<sup>69</sup> Ch. 8.

<sup>70</sup> Arts 18.4(9) et 18.5.

<sup>71</sup> Un tribunal chargé d'évaluer si une mesure était "nécessaire" examinera la conduite du gouvernement et, entre autres, si des mesures moins restrictives auraient pu être adoptées par le gouvernement. La nécessité est un critère difficile à satisfaire.

<sup>72</sup> Le projet de PAIC (art. 14), par exemple, n'exige pas que des mesures soient «nécessaires» mais il exige que les mesures «ne soient pas appliquées d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre investisseurs dans des circonstances similaires ou une restriction déguisée sur les flux d'investissement ».

<sup>73</sup> Art. [xx] Refus de prestations.

<sup>74</sup> Projet PAIC Art. 20.

<sup>75</sup> Art. 24.

<sup>76</sup> Pour plus de détails, voir Bernasconi-Osterwalder et al. (2018: 11-13).

---

Au-delà des références explicites aux obligations de travail, les dispositions concernant les exigences de performance, le respect de la législation nationale, etc. sont également étroitement liées à ce domaine, et devraient être examinées parallèlement à celles concernant spécifiquement les obligations de travail (des États parties et des investisseurs).

### Développement durable

Des références plus élargies aux objectifs de développement durable des États parties se trouvent dans les préambules de certains textes plus récents et (moins fréquemment) dans certaines dispositions opérationnelles. Le projet de PAIC contient des références au développement durable et aux objectifs de développement durable (ODD) dans son préambule, et l'objectif déclaré du code est de « promouvoir, faciliter et protéger les investissements qui favorisent le développement durable de chaque État membre, et en particulier de l'État membre État où se situe l'investissement ».

<sup>77</sup>Le code prévoit également que « [les] investisseurs contribuent au progrès économique, social et environnemental en vue de réaliser le développement durable de l'État hôte ». <sup>78</sup>De même, le Protocole d'investissement du Mercosur reconnaît également, dans son préambule, le rôle de l'investissement dans la promotion du développement durable et la réduction de la pauvreté, et prévoit aussi que les investisseurs et leurs investissements opèrent de manière socialement responsable. <sup>79</sup>L'objectif déclaré du Protocole est de promouvoir la coopération entre les États parties afin de faciliter les investissements qui permettent le développement durable. <sup>80</sup>Le modèle révisé de TBI de la Colombie, conditionne l'accès au règlement des différends en vertu de l'accord sur la « contribution de l'investisseur au développement durable et au bien-être de sa [Partie hôte] », bien que <sup>81</sup>le mécanisme d'évaluation ne soit pas décrit dans le texte du modèle.

Au-delà de ces références, on pourrait faire davantage pour concevoir des accords qui *encouragent et canalisent* les investissements qui contribuent au développement durable, et pour retirer les avantages des traités aux investissements qui érodent ou ne contribuent pas au développement durable.<sup>82</sup>

**Points clés à retenir:** *les modèles et traités récents peuvent contenir des dispositions importantes par rapport aux accords « d'ancienne génération ». Cependant, il est essentiel d'étudier et d'évaluer si ces nouvelles dispositions sont suffisantes pour atteindre les objectifs de développement durable que les décideurs politiques cherchent à atteindre avec la conclusion d'accords d'investissement. Même les dispositions de « nouvelle génération » restent insuffisantes.*

### Quelles mesures sont actuellement proposées au niveau multilatéral?

Les préoccupations fondamentales et systémiques concernant l'ISDS ont déclenché un certain nombre de processus de réforme aux niveaux régional et multilatéral. Au niveau multilatéral, le Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur la réforme de l'ISDS a « un vaste mandat pour travailler sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS) (CNUDCI, 2017), quoique ce mandat ait été interprété comme limitant le travail aux aspects procéduraux de l'ISDS plutôt qu'aux dispositions substantielles des traités. Les États ont réaffirmé dans leurs communications et interventions que la réforme de l'ISDS nécessiterait de traiter des dispositions de fond, y compris celles liées à la capacité des États à régler, afin de réformer utilement l'ISDS.

---

<sup>77</sup> Art. 1.

<sup>78</sup> Art. 22.3.

<sup>79</sup> Préambule.

<sup>80</sup> Art. 1.

<sup>81</sup> Section DD (règlement des différends) Art. X (3) (champ d'application du ISDS).

<sup>82</sup> Pour plus de détails, voir Johnson et al. (2019).

---

Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements (ISDS) entreprend également un processus de réforme des règles, qui ne traitera probablement pas directement les questions de fond transversales couvertes dans la présente note.

Le système de tribunaux d'investissement proposé par l'UE, également examiné par le Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme de l'ISDS, cherche également à modifier les procédures de règlement des litiges. Il ne traite pas directement des questions transversales soulevées dans cette note.

## 9.5 Règlement des différends

Le sens / l'interprétation des dispositions conventionnelles est fortement influencé par le règlement des altercations, y compris, en particulier, qui a le pouvoir de présenter et de formuler des revendications. L'exclusion de l'ISDS des modèles et des traités, est un moyen efficace de limiter l'exposition directe des États parties aux futures réclamations de l'ISDS.<sup>83</sup> D'autres mécanismes procéduraux moins efficaces pour limiter l'exposition aux allégations de l'ISDS contestant l'environnement, les droits de l'homme et d'autres mesures d'intérêt public comprennent (i) les filtres état-état; et<sup>84</sup> (ii) ne pas donner son consentement préalable au ISDS.<sup>85</sup>

Déterminez également qui a le pouvoir de participer en tant que tierce partie aux processus de règlement des conflits. Les tiers concernés sont actuellement exclus de toute participation significative à l'ISDS; leur capacité à soulever les questions sur l'environnement, les droits de l'homme et d'autres questions d'intérêt public est donc compromise. Lorsque l'ISDS, les médiateurs ou d'autres mécanismes de règlement des différends sont prévus dans un modèle ou un traité, la participation effective des tiers concernés permet d'entendre les questions d'intérêt public judiciaires et de représenter les droits et intérêts pertinents dans le différend / le processus.<sup>86</sup>

**Points clés à retenir:** *Lorsque vous évaluez comment préserver efficacement la capacité de réglementer, tenez compte de la manière dont l'environnement, les droits de l'homme, le sexe, la santé, le travail et d'autres agencements d'intérêt public interagiront avec les dispositions de règlement des différends, et la nature et la forme plus générales d'un accord d'investissement.*

---

<sup>83</sup> Le modèle CFIA du Brésil, par exemple, exclut le RDIE et se concentre davantage sur l'attraction et la rétention des investissements, au lieu de favoriser la création de mécanismes de médiation pour traiter les griefs des investisseurs, le cas échéant. Le règlement des différends entre États est prévu en dernier recours lorsque les différends ne peuvent être traités par les tribunaux nationaux ou par le mécanisme du médiateur. Il comprend également moins de normes traditionnelles de «protection des investisseurs». Les États auraient également choisi d'exclure le RDIE du Partenariat économique régional global. La portée de l'ISDS était également limitée dans l'USMCA: (i) entre les États-Unis et le Mexique, l'ISDS a été retenu pour certaines infractions, après épuisement des recours internes. Des exceptions sont faites pour un certain nombre de secteurs (notamment le pétrole, le gaz, la production d'électricité, les services de transport, les télécommunications et les infrastructures publiques) où les investisseurs ont couvert des marchés publics - ces demandeurs ne sont pas tenus d'épuiser d'abord les recours internes; (ii) Le Canada et les États-Unis ont retiré le RDIE des relations entre ces parties. Les investisseurs de ces parties au traité pourront déposer des réclamations au titre du RDIE contre leurs États hôtes pendant trois ans au cours d'une période de transition entre l'Accord de libre-échange nord-américain et l'USMCA, après quoi le RDIE ne leur sera plus accessible.

<sup>84</sup> Les filtres d'État à État aident à garantir que les parties au traité contrôlent en permanence la gestion de leurs traités en veillant à ce que les réclamations relevant de la protection soient avancées et à ce que les valeurs aberrantes claires ne puissent pas entraîner des réclamations opportunistes ou abusives (par exemple, celles qui contestent les mesures relatives à l'environnement et aux droits de l'homme), sous les auspices du traité. Ces filtres pourraient être appliqués à un large éventail de mesures ou, en fait, à toutes les revendications.

<sup>85</sup> Dans presque tous les traités d'investissement existants, les États parties consentent, dans le traité lui-même, à être poursuivis en arbitrage par tout investisseur remplissant les conditions requises pour bénéficier de la protection du traité. En d'autres termes, l'État donne son «consentement préalable» à toute réclamation future au moment où il ratifie le traité. Une approche différente, et qui donnerait un plus grand contrôle aux États défendeurs pour limiter les demandes de mesures d'intérêt public, consisterait à fournir des protections aux investisseurs fondées sur des traités, mais pas à consentir à l'avance à l'arbitrage avec l'investisseur; l'État pourrait plutôt donner ce consentement au cas par cas au fur et à mesure des réclamations.

<sup>86</sup> Pour les approches à considérer, voir CCAP et al. (2019).

---

## 9.6 Comment les pays devraient-ils penser à ce qui est nécessaire / souhaité?

Les questions qui peuvent soutenir l'évaluation de l'efficacité des dispositions relatives à l'environnement, aux droits de l'homme, au sexe, à la santé, au travail et à d'autres dispositions d'intérêt public comprennent:

- Les dispositions sont-elles **alignées** sur les objectifs recherchés par les parties au traité?
- Les dispositions **clarifient**-elles l'interaction entre les obligations des États dans d'autres domaines du droit international, régional et national (comme le droit de l'environnement et des droits de l'homme) et le droit des investissements?
- Les dispositions **protègent**-elles clairement et efficacement les mesures adoptées par l'État hôte pour se conformer aux obligations ou objectifs en matière d'environnement, de droits de l'homme, de genre, de travail, de santé et autres intérêts publics?
- Quels **signaux** les dispositions envoient-elles aux investisseurs, aux États et aux autres parties prenantes? Promeuvent-ils ou sapent-ils une conduite commerciale responsable?
- Répondent-ils aux **pressions** qui peuvent faire en sorte que les obligations d'investissement priment sur les obligations d'intérêt public dans la pratique?

Plus largement, les traités existants doivent être réformés et repensés pour parvenir à un alignement plus approfondi sur l'Agenda 2063 et les ODD. La plupart des traités d'investissement continuent d'être loin de cette marque. Les objectifs de développement durable recherchés par les décideurs devraient être au centre de toute nouvelle négociation et de la révision des accords existants. Les accords nouveaux et existants pourraient être évalués en fonction de leur capacité à:<sup>87</sup>

- encourager et canaliser les investissements qui favorisent, plutôt que de dégrader, le développement durable
- favoriser, plutôt que contraindre, la gouvernance en faveur des ODD au niveau national et
- promouvoir la coopération internationale pour surmonter les défis de l'action collective liés à la gouvernance des investissements internationaux.

Pour créer un espace de réforme, il faut également s'attaquer au stock existant de traités. Diverses options ont été avancées pour remédier au stock existant, notamment la résiliation des traités et le retrait du consentement à l'ISDS.<sup>88</sup> Plus récemment, en mai 2020, 23 États membres de l'UE ont signé un accord pour mettre fin aux TBI intra-UE en raison de l'incompatibilité de l'ISDS avec le droit de l'UE.<sup>89</sup> Cette plus récente évolution ouvre en outre la porte à la créativité dont nous avons tant besoin pour traiter le large stock de traités de l'«ancienne génération» et pour innover davantage les dispositions inscrites dans les futurs accords.

**Points clés à retenir:** *Pour aligner les traités d'investissement sur l'Agenda 2063 et les ODD, évaluer les accords nouveaux et existants par rapport aux objectifs de développement durable que ces accords cherchent à réaliser. Diverses options existent pour traiter le stock existant de traités «d'ancienne génération».*

---

<sup>87</sup> Ce cadre est décrit dans Johnson et al. (2019).

<sup>88</sup> Voir, par exemple, Porterfield (2014); Johnson et coll. (2018b); Bernasconi-Osterwalder et Brewin (2020).

<sup>89</sup> Les États membres de l'UE signent un accord pour la résiliation des TBI intra-UE (5 mai 2020): [https://ec.europa.eu/info/files/200505-bilateral-investment-treaties-agreement\\_en](https://ec.europa.eu/info/files/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en)



---

## 9.7 Références

- Behn, D. et Daza, A.M. (2019) «Le fardeau de la défense dans l'arbitrage international en matière d'investissement». Document de travail PluriCourts à paraître
- Bernasconi-Osterwalder, N. et Brewin, S. avec Brauch, M. et Nikièma, S. (2020) 'Mettre fin à traité bilatéral d'investissement', Best Practices Series, mars, Winnipeg: IISD
- Bernasconi-Osterwalder, N., Dommen, C., Abebe, M., Mann, H. et Zhang, J. (2018) *Exploiter l'investissement pour le développement durable: inclusion des obligations des investisseurs et des dispositions sur la responsabilité des entreprises dans les accords commerciaux et d'investissement*. Londres: IISD
- Bonnitcha, J. (2017) *Évaluation des impacts des traités d'investissement: aperçu des preuves*, Londres: IISD
- Borga, M., Ibarlucea Flores, P. et Sztajerowska, M. (2019) «Moteurs des décisions de désinvestissement des entreprises multinationales: une perspective transnationale au niveau de l'entreprise», Document de travail sur l'investissement international 2019/03, Paris: OCDE
- CCSI - Columbia Center on Sustainable Investment, IIDE - Institut international pour l'environnement et le développement et IISD - Institut international du Développement Durable (2019) `` Les droits des tiers dans le règlement des différends entre investisseurs et États: options de réforme ", Soumission au Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du ISDS, 15 juillet
- Coleman, J., Johnson, L., Lobel, N. et Sachs, L. (2018) `` Accords internationaux d'investissement 2018: un examen des tendances et des nouvelles approches ", dans L.Sachs, L., Johnson et J.Coleman (eds) Yearbook on international investment law & policy 2018. New York: OUP
- Gordon, K., Pohl, J. et Bouchard, M. (2014) 'Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct : A Fact Finding Survey », document de travail sur les investissements internationaux, 2014/01, Paris: OCDE
- Johnson, L. (2019) «IIAs and investisseurs (mis) conduct», CCSI Blog, 14 janvier, <http://ccsi.columbia.edu/2020/01/21/iias-and-investor-mis-conduct/>
- Johnson, L., Güven, B. et Coleman, J. (2017) «Règlement des différends entre investisseurs et États: qu'essayons-nous de réaliser? L'ISDS nous y mène-t-il? », Blog du CCAP, 11 décembre. <http://ccsi.columbia.edu/2017/12/11/investor-state-dispute-settlement-what-are-we-trying-to-achieve-does-isds-get-us-there/>
- Johnson, L., Sachs, L., Güven, B. et Coleman, J. (2018a) *Coûts et avantages des traités d'investissement: considérations pratiques pour les États*. New York: CCSI
- Johnson, L., Sachs, L., Güven, B. et Coleman, J. (2018b) `` Ouvrir la voie: retrait du consentement et résiliation comme prochaines étapes pour réformer le droit international de l'investissement ", Policy Paper, avril, New York: CCSI
- Johnson, L., Sachs, L. et Lobel, N. (2019) «Harmoniser les accords internationaux sur l'investissement avec les objectifs de développement durable», *Columbia Journal of Transnational Law* 58 (1): 58-120
- Kelsey, J. (2017) «Frisson réglementaire : leçons tirées de la Plain Packaging Tobacco Law de la Nouvelle-Zélande», *QUT Law Review*
- Pohl, J. (2018) «Avantages et coûts sociétaux des accords internationaux d'investissement: une revue critique des aspects et des preuves empiriques disponibles», Working Paper on International Investment 2018/01, Paris: OCDE

---

Porterfield, M. (2014) «Aron Broches et le retrait de l'offre unilatérale de consentement à l'arbitrage investisseur-État», Investment Treaty News, 11 août. <https://www.iisd.org/itn/2014/08/11/aron-broches-and-the-withdrawal-of-unilateral-offers-of-consent-to-investor-state-arbitration/>

Sachs, L., Johnson, L. et Merrill, E. (2020) «L'injustice environnementale: comment les traités portent atteinte aux droits humains liés à l'environnement», La Revue des Juristes de Sciences Po 18, janvier

Tienhaara, K. (2018) «Refroidissement réglementaire dans un monde en réchauffement: la menace pour la politique climatique posée par le règlement des différends investisseur-État», Transnational Law 7 (2): 229–250

CNUDCI - Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (2017) «Rapport du Groupe de travail III (Réforme du ISDS) sur les travaux de sa 34e session (Vienne, 27 novembre - 1er décembre 2017)» Partie 1, UN Doc. A / CN.9 / 930 / Rev.1 [6]

CNUCED - Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (2017) «Phase 2 de la réforme de l'AI: moderniser le stock existant de traités de l'«ancienne génération»», IIA Issues Note 2, juin

CNUCED (2019) «Fiche d'information sur les affaires de règlement des différends entre investisseurs et États en 2018», IIA Issues Note 2, mai

Van Harten, G. et Scott, D. (2016) «Les traités d'investissement et la vérification interne des propositions réglementaires: une étude de cas du Canada», Journal of International Dispute Settlement 7: 92-116