

## Pleins Feux sur les Contrats d'Investissements Etrangers : Quelle Donne pour le Développement Durable ?

Dominic Ayine *Université du Ghana/Centre for Public Interest Law* (Ghana) ;  
Hernán Blanco *Recursos e Investigación para el Desarrollo Sustentable* (Chili) ;  
Lorenzo Cotula *Institut international pour l'environnement et le développement* (Royaume-Uni) ;  
Moussa Djiré *Université de Bamako* (Mali) ; Candy Gonzalez (Bélize) ;  
Nii Ashie Kotey *Université du Ghana* ; Shaheen Rafi Khan *Sustainable Development Policy Institute* (Pakistan) ;  
Bernardo Reyes *Instituto de Política Ecológica* (Chili) ;  
Halina Ward *Institut international pour l'environnement et le développement* (Royaume-Uni) ;  
Moëed Yusuf *Sustainable Development Policy Institute* (Pakistan)

### Introduction

**C**e rapport concerne le domaine peu connu et mal compris des relations entre les grands groupes économiques et financiers et les gouvernements, en termes d'investissements étrangers. C'est un domaine qui est en grande partie soustrait de l'examen du public. Pourtant, il a des implications d'une très grande portée, en termes de mode de vie, de droits et de milieu naturel pour des millions de gens aux quatre coins du monde.

Ce rapport ne se penche pas sur les politiques qui ressortent des traités d'investissements bilatéraux entre gouvernements ou des accords régionaux de libre échange entre administrations. Il n'aborde pas non plus les efforts déployés par les gouvernements afin de concevoir des cadres d'investissements internationaux qui protègent les droits des investisseurs étrangers. Par contre, il examine les dispositifs d'investissements étrangers sous un autre angle. Il se concentre sur les marchés passés entre investisseurs étrangers et gouvernements – les contrats d'investissements étrangers. Les conditions de ces marchés ont de lourdes implications sur la question de savoir si les projets d'investissement vont apporter ou non de vrais bénéfices aux populations et à l'environnement des pays où ils interviennent ou si, au contraire, ils risquent de contrarier le développement durable.

Sur la base de nos enquêtes initiales portant sur un groupe très vaste de projets d'investissements étrangers et les contrats correspondants au Belize, au Chili, au Ghana, au

### POINTS SAILLANTS :

- Les contrats d'investissements étrangers, marchés conclus entre des investisseurs étrangers et le gouvernement du pays hôte, ont d'importantes répercussions sur le développement durable. Ainsi, certains contrats peuvent dispenser les investisseurs étrangers d'avoir à respecter des réglementations locales ou engager un gouvernement à ne pas changer certaines lois une fois l'investissement en place.
- Les agences gouvernementales désireuses d'attirer des investissements étrangers ont parfois changé la législation nationale dans le seul but d'ouvrir la voie à des projets d'investissement dont certains portent préjudice à l'environnement.
- Bon nombre de contrats d'investissements étrangers sont méconnus du public et négociés dans le secret. Les conflits qui peuvent survenir entre des investisseurs étrangers et le gouvernement sont le plus souvent résolus dans le monde très fermé de l'arbitrage commercial international.
- Les dispositions des contrats d'investissements étrangers doivent trouver le juste milieu entre l'intérêt légitime des investisseurs du point de vue de la stabilité de leur investissement, et la poursuite du développement durable. Il arrive très souvent que la priorité soit donnée à la stabilité de l'investissement aux dépens du développement durable.
- Pour rendre les contrats d'investissements étrangers propices au développement durable, il convient d'engager une réforme à quatre niveaux : les processus de négociation des contrats ; les conditions contractuelles proprement dites ; les modalités de règlement des différends ; et une mise en correspondance avec le développement durable des cadres politiques plus vastes dans lesquels sont négociés les différents contrats d'investissements étrangers.

Cette série de notes de synthèse est publiée par le groupe Marchés durables de l'IIED.

Le groupe réunit les travaux de l'IIED sur le monde des affaires et le développement durable, la structure des marchés, l'économie de l'environnement et enfin le commerce et l'investissement. Il pilote les efforts de l'IIED pour veiller à ce que les marchés contribuent à des résultats positifs en termes sociaux, environnementaux et économiques.



Mali et au Pakistan, nous mettons en exergue les préoccupations qu'engendrent les processus par le biais desquels les contrats d'investissements étrangers sont négociés, les conditions des marchés et leurs implications pour le développement durable. Nous entendons faire la pleine lumière sur ces types de contrat, sensibiliser l'opinion à leur propos et attirer l'attention de leurs négociateurs sur le fait que la société civile s'intéresse de plus en plus aux implications que ces contrats peuvent avoir sur le développement durable.

Ce rapport se fonde sur nos travaux préliminaires en tant que partenaires dans le cadre d'une collaboration de longue date. Notre objectif commun est le développement durable – l'impératif politique qu'ont les gouvernements, les peuples et les entreprises de trouver un juste milieu entre les considérations d'ordre économique, social et environnemental, de façon à répondre aux besoins de la génération d'aujourd'hui, sans pour autant compromettre l'aptitude des générations futures à satisfaire leurs propres besoins.

## Le problème que posent les contrats d'investissements étrangers

On ne saurait nier que les investissements étrangers peuvent, dans certains cas, apporter de réels avantages et améliorer les conditions de vie des gens à travers le monde en leur fournissant des produits et services qui répondent aux besoins humains. Dans le même temps, les activités des multinationales peuvent nuire aux travailleurs, aux communautés, à l'environnement et même aux institutions publiques.

De meilleurs moyens de communication à travers le monde ont permis de sensibiliser l'opinion à l'impact négatif des sociétés étrangères dans les pays pauvres. Mais les efforts déployés en vue de promouvoir un comportement social responsable par le biais de pressions du marché n'ont réussi jusqu'ici qu'à effleurer la question. Les conditions élémentaires des investissements étrangers directs dans certains des projets les plus controversés au monde – y compris des oléoducs, des sites miniers, des centrales électriques et des barrages – sont énoncées dans des contrats négociés en privé entre de grosses sociétés et des agents gouvernementaux des pays qui accueillent leurs projets d'investissement.

Un contrat d'investissement étranger, pour nous, est un accord entre une société ou une autre sorte d'entreprise quelconque et un Etat, dans le but de réaliser un projet d'investissement dans l'Etat en question. L'accord stipule les modalités qui s'appliquent au projet d'investissement. Un contrat d'investissement est dit "étranger" lorsqu'il est associé à une entreprise étrangère (qui est ou non directement partie au contrat) ayant la capacité de contrôler les décisions de gestion importantes et les impacts associés.

Les contrats d'investissements étrangers peuvent revêtir différentes formes. D'un côté, on trouve les contrats miniers au Mali fondés sur un accord type annexé au Code minier malien. Aux antipodes, on trouve le "troisième accord-cadre" pour la construction très controversée du barrage de Chalillo au Belize, accord qui a été entièrement négocié entre les parties.

En théorie, le contexte politique pour la négociation des contrats d'investissements étrangers dans les pays d'accueil devrait traduire les principes de développement durable, en englobant des dispositions concernant la protection de l'environnement, le développement économique, la réduction de la pauvreté et le développement humain. Mais, très souvent, il existe des écarts marqués entre la théorie et la pratique.

Il peut exister de profondes inadéquations entre les revendications qui sont clamées haut et fort concernant les impacts positifs d'un investissement étranger au niveau macro, où sont prises les décisions liées aux contrats d'investissements, et leur incidence réelle au niveau local. La plupart du temps, les communautés locales touchées par des projets d'investissement n'ont pas leur mot à dire dans les négociations et la mise en œuvre des marchés qui régissent le projet. Pourtant, ce sont souvent elles qui subissent les effets adverses d'un projet. Ce n'est qu'en comprenant vraiment les contextes locaux que les stratèges et les entreprises peuvent savoir comment trouver un juste équilibre entre le développement durable au plan national et local.

Une partie du problème réside dans le fait qu'un contexte politique international partisan du marché libre a donné lieu à un système de réglementation des investissements qui est étudié pour répondre aux intérêts et aux besoins des investisseurs étrangers plutôt qu'à ceux des communautés ou à l'impératif de protection de l'environnement. Très souvent, les gouvernements se concentrent sur des réformes destinées à libéraliser les marchés aux dépens des efforts visant à renforcer la protection de l'environnement et la protection sociale. Le recours aux contrats d'investissements étrangers dans les pays les plus pauvres du monde est souvent le résultat direct de l'élaboration de politiques macroéconomiques ou de l'application des instructions élaborées en matière de programmes d'assistance technique au sein du système de la Banque mondiale. Ainsi, dans les années 1980 et 1990, les programmes d'ajustement structurel de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international (FMI) encourageaient les gouvernements à se dégager de la production directe de biens et services pour donner la préférence aux processus de privatisation. Ainsi par exemple, au Ghana, le cadre politique actuel pour les contrats d'investissements miniers constitue la suite logique des réformes découlant d'un programme de reprise économique amorcé par la Banque mondiale et le FMI.

Il serait faux de suggérer que les investisseurs étrangers détiennent toutes les cartes en main lorsqu'ils traitent avec les pays d'accueil ; mais bien souvent ils disposent du meilleur soutien professionnel possible grâce à des conseillers chargés d'agir pour défendre au mieux leurs intérêts commerciaux. Les pays hôtes peuvent manquer de ressources pour faire de même et se trouvent alors fortement tentés de céder leurs droits à long terme de réglementer les investissements étrangers en échange contre des gains d'investissements à court terme.

Les contrats d'investissements étrangers soulèvent des préoccupations à trois niveaux :

- **Transparence** : de nombreux contrats ne sont pas publiquement disponibles ou ne sont rendus publics qu'une fois qu'ils ont été signés. Rares sont les contrats qui prévoient une contribution du public ou un examen public lors du processus de négociation. Ces préoccupations ressortent clairement de l'étude de cas réalisée au Belize, au Pakistan et au Ghana.
- **La teneur des contrats** : tout particulièrement l'équilibre qu'ils traduisent entre les préoccupations des investisseurs étrangers concernant la stabilité de leur projet et les dispositions acceptées par le pays d'accueil chargé de faire respecter les objectifs de politique publique. Ces préoccupations sont mises en lumière par nos travaux au Belize et au Ghana.
- **Les impacts fortuits des contrats** sur le développement durable dans les pays où interviennent les projets d'investissement. Ces impacts découlent de processus juridiques ou autres qui, bien qu'ils ne fassent pas partie intégrante du contrat d'investissement en tant que tel, y sont directement liés. Ainsi par exemple, parmi les impacts fortuits, on peut citer des changements apportés à la législation nationale spécifiquement pour ouvrir la voie à des projets controversés. Ces préoccupations sont illustrées dans les études de cas menées au Chili, au Mali, au Pakistan et au Belize.

## Transparence

Dans de nombreuses régions du monde, même les dispositions les plus élémentaires d'un contrat d'investissement étranger ne sont pas rendues publiques. Dans certains cas, il peut arriver qu'elles soient rendues publiques une fois que les marchés auxquels elles se rapportent ont été signés, mais sans donner la moindre chance de contribution du public.

La transparence, l'accès à l'information et les droits à la participation du public sont des principes au cœur même du développement durable. Le manque de transparence est un excellent terreau pour le développement de la corruption. Il érode la démocratie participative en privant les citoyens et les communautés susceptibles d'être touchés par un projet de la possibilité d'avoir leur mot à dire sur la question de savoir si les investissements devraient être entrepris et comment.

Sans examen public des contrats d'investissements étrangers, il est impossible pour les citoyens de juger si leurs élus agissent ou non au mieux de leurs intérêts et sont réellement engagés dans la poursuite et la satisfaction des objectifs de politique publique. Il leur est également impossible de faire en sorte que leur gouvernement leur rende des comptes pour les conséquences de l'investissement étranger direct. Même lorsque les députés ont la possibilité d'examiner les contrats, les risques de co-optation ainsi que des questions de savoir-faire et de capacité sont autant d'éléments qui soulignent l'importance de la contribution plus vaste du public dans les négociations des contrats d'investissements étrangers et l'examen des projets de contrat.

Au Chili, les contrats associés à la privatisation du secteur de l'eau ne sont pas transparents et les membres du

public n'y ont pas accès. Ce manque de transparence nourrit le sentiment de l'opinion qu'il n'existe pas de mécanismes adéquats pour garantir la reddition de comptes des entreprises, notamment en ce qui concerne leurs plans d'investissements pour le développement d'infrastructures censées améliorer les services d'eau et élargir leur portée.

Au Belize, un contrat entre le gouvernement du Belize et Belize Cruise Terminal Limited (BCTL) a été signé en avril 2004. BCTL avait été créée comme société en participation entre la société panaméenne Carnival Corporation et Belize Ports Ltd. Le contrat portait sur le développement d'un port et des infrastructures portuaires pour accueillir des navires de croisière dans la zone franche du port de Belize, à Port Loyola, Belize City.

Les conditions du contrat n'ont pas été rendues publiques. Puis, en octobre 2004, une fuite a révélé l'accord, déclenchant un débat public général. La crainte première, d'après le ministre du Tourisme Mark Espot (qui lui-même soutenait ne pas avoir été consulté sur l'affaire), résidait dans le fait que *«des centaines et des milliers de croisiéristes prendront d'assaut les destinations les plus prisées, ce qui diminuera les primes qu'on est susceptible de demander, détruisant ainsi le caractère exclusif de Belize et, au bout de quelques bonnes années, Belize perdra son charme pour l'industrie des croisières et, avec cette perte, suivra la perte du secteur des hébergements d'une nuit qui a connu une croissance progressive»*. Après d'innombrables pressions émanant de l'industrie du tourisme, il a été signé un *«accord de clarification»* pour répondre à certaines des inquiétudes soulevées – par exemple celles ayant trait aux clauses contractuelles liées à l'applicabilité vis-à-vis de BCTL de la législation sur l'environnement. Or, non seulement *«l'accord de clarification»* n'allait pas assez loin pour l'Office de Tourisme de Belize, un organisme de tutelle, mais il planait un doute quant à la question de savoir si cette *«clarification»* avait ou non été légalement incorporée aux conditions du contrat. L'Office de Tourisme de Belize entama une procédure en révision judiciaire à la fin de 2004, au motif que le contrat était déraisonnable et illégal. L'affaire n'a toujours pas été tranchée.

Il est clair que la divulgation du contrat du port de croisière a déclenché des inquiétudes, tant du point de vue de ses conditions qu'au plan du secret entourant un marché qui devait avoir des effets de grande portée sur le pays. Elle a également stimulé un vaste débat public au sein de l'industrie du tourisme et au-delà concernant le modèle de développement que Belize devrait poursuivre dans ses efforts pour promouvoir le tourisme national. Sans la mobilisation du public, les décisions de politique traduites dans les conditions du marché et la priorité qu'il accordait à un trafic intensif de croisiéristes, auraient pris effet sans possibilité concrète d'examen par le public.

Au Pakistan, en 1997, le ministère pakistanais du Pétrole et des Ressources naturelles a octroyé un permis de prospection à Premier Exploration Pakistan Limited, laquelle, à l'époque, était une société en participation entre la société anglo-néerlandaise Shell et la société britannique Premier Oil, lui permettant d'entreprendre des travaux de prospection de gaz et de pétrole naturels dans le parc national du Kirthar. Le parc est le plus grand parc national du Pakistan. Outre le fait qu'il figure sur la liste des aires

protégées de l'ONU en raison du grand nombre d'espèces animales menacées qu'il abrite, le parc revêt une importance vitale pour l'approvisionnement en eau de Karachi et ses 14 millions d'habitants. Malgré la controverse concernant la prospection de pétrole dans le parc national de Kirthar et une série de procès associés à l'investissement de Shell-Premier, notre équipe de projet n'a pas été en mesure d'accéder aux documents pertinents. Ceci reste encore le cas aujourd'hui, et ce alors même qu'une société en participation entre Premier et KUFPEC (le groupe Shell s'étant dissocié du projet quand éclata la controverse) a mis un terme à ses activités de prospection dans le Parc.

Ce ne sont pas tous les pays qui omettent d'assurer un accès du public aux contrats d'investissements. Ainsi par exemple, au Ghana, la Constitution prévoit l'implication du Parlement dans l'octroi des droits ou des concessions d'exploitation minière. Toute transaction, tout contrat ou toute entreprise doit être ratifié(e) au Parlement par un scrutin à la majorité des deux tiers. Du côté du gouvernement, les négociations sont généralement menées par la Commission des minerais. Habituellement, avant la ratification d'un accord d'investissement minier, le Comité parlementaire sur les minerais et les ressources naturelles a l'opportunité d'examiner l'accord et de poser des questions aux responsables de la Commission des minerais sur différents points de l'accord. Il appartient au Comité parlementaire d'inviter les commentaires du public sur le document contractuel, auquel cas les contrats sont mis à la disposition du public ; or, pour la plupart des accords soumis au Parlement, cela ne se produit pas. La ratification par le Parlement a peu d'impact sur le fond des accords négociés avec la Commission des minerais. C'est un droit de veto de la dernière heure.

De toute évidence, un droit public d'accès à l'information n'est pas la même chose qu'un droit public de participation. Dans le cas du Ghana, la portée du droit public de formuler des commentaires est au moins déterminée par un Comité parlementaire. Pourtant, dans la pratique, l'exercice de ce pouvoir a rarement offert aux membres du public la possibilité de formuler des contributions substantielles aux contrats tant que des négociations de fond étaient toujours en cours. Les groupes de la société civile et les communautés qui vivent au cœur ou à proximité de sites miniers potentiels au Ghana ont rarement l'occasion de contribuer au processus de négociation.

Un autre moyen pour le gouvernement du pays hôte d'assurer un accès du public à l'information sur les contrats d'investissements étrangers consiste à les adopter officiellement comme faisant partie intégrante de la législation. Cette approche a été suivie, par exemple, dans le cas de projets pétroliers et gaziers au Cameroun et en Azerbaïdjan. Elle présente un certain nombre de conséquences : non seulement elle confère aux investisseurs étrangers un complément de sécurité mais encore elle peut être assortie d'implications légales plus vastes qui découlent du fait qu'en ratifiant le contrat par le biais de sa législation, le pays d'accueil souscrit bien plus qu'un simple acte contractuel : il fait acte d'autorité souveraine. Et si le contrat vient à violer d'autres sortes de lois nationales, son adoption

par le biais de la législation ouvre aussi la possibilité pour les citoyens de récuser les conditions contractuelles auprès des tribunaux nationaux.

Outre le problème général de manque d'accès aux conditions des contrats d'investissements étrangers, certains contrats comprennent des dispositions qui empêchent les membres du public d'accéder à l'information dont ils ont besoin pour évaluer les implications socio-économiques du projet. Au Ghana, par exemple, un bail minier typique contraindrait probablement le gouvernement à traiter toutes les informations soumises dans le cadre du bail comme revêtant un caractère confidentiel pour une période de cinq ans, ou jusqu'à expiration du bail. Et même dans ces circonstances, il se peut que le consentement de la société soit requis.

Le manque de transparence dans les négociations portant sur les contrats d'investissements étrangers peut recentrer l'attention du public sur les processus et les forums dont le mandat ne correspond pas aux préoccupations sous-jacentes mais qui, au moins, permettent un certain degré de participation publique. Ainsi par exemple, dans certains cas, y compris le projet du barrage de Chalillo au Belize et le permis de prospection de Shell-Premier au Pakistan, les préoccupations du public concernant le manque de transparence se sont exprimées par le biais d'une action juridique montée contre les procédures d'évaluation de l'impact environnemental adoptées par les pays pour évaluer les impacts environnementaux des grands projets. Mais ces procédures d'évaluation d'impact ne sont pas conçues pour permettre un examen efficace des considérations n'ayant pas trait à l'environnement. Elles ne sont qu'un pis-aller et ne valent pas une transparence plus systématique ou des opportunités publiques pour modeler les conditions mêmes des contrats.

## La teneur des contrats d'investissements étrangers

Les contrats d'investissements étrangers ont besoin de trouver un juste milieu entre l'intérêt légitime des investisseurs envers la stabilité de leur investissement d'un côté et la poursuite du développement durable de l'autre. Là où il existe un délai prolongé entre l'investissement initial et la matérialisation des profits, les investisseurs ont besoin de sauvegardes appropriées pour se protéger des risques non commerciaux – tels que le risque de voir leur investissement exproprié sous l'effet d'une mesure de nationalisation. Trop souvent, dans les cas dont nous avons connaissance, le scénario adopté dans les contrats d'investissements étrangers semble privilégier outre mesure l'investisseur étranger et non le gouvernement du pays d'accueil en sa qualité de gardien des objectifs de politique publique du pays. Quelques exemples de clauses contractuelles qui soulèvent des préoccupations particulières sont repris ci-dessous. Les implications détaillées de tout contrat en termes de développement durable ne peuvent être évaluées qu'en l'examinant dans un contexte global, parallèlement à des contraintes juridiques intérieures plus vastes et aux dispositions de tout accord intergouvernemental d'investissement pertinent.



## ● Règlement des différends

Les investisseurs étrangers ont normalement droit à compensation de la part des pays d'accueil si jamais leurs droits contractuels sont violés. Or ce droit à compensation n'est pas un avantage dont peuvent normalement se prévaloir les entreprises nationales. Lorsque des différends surviennent entre des investisseurs étrangers et leur pays d'accueil, les contrats d'investissements étrangers prévoient généralement qu'ils doivent être résolus dans le cercle très fermé de l'arbitrage international, et non par l'intermédiaire des tribunaux nationaux. Nombreux sont ceux qui ont critiqué le caractère opaque des processus d'arbitrage. Des restrictions imposées sur la dissémination de l'information concernant le conflit, la publication des résultats détaillés du conflit (la "sentence arbitrale") et les interventions par des tiers non parties au litige mais ayant un intérêt dans le résultat de l'affaire sont souvent la norme. Les membres de la communauté élitiste d'arbitres internationaux sont souvent employés par des cabinets juridiques qui sont spécialisés dans la négociation de contrats d'investissements étrangers pour les sociétés. Les conflits d'intérêt sont un problème réel et tout à fait systémique. Et lorsqu'un différend sur un investissement survient suite à une action prise par un Etat hôte en vue de protéger un intérêt public ou les droits de ses citoyens (par ex. une législation environnementale ou une action en faveur des communautés autochtones), les arbitres commerciaux internationaux ne sont peut-être pas toujours les mieux placés pour prendre à cœur ces intérêts plus vastes.

## ● Clauses de stabilisation

Les clauses de "stabilisation" sont des dispositifs juridiques dont les investisseurs étrangers se servent fréquemment pour gérer les prétendus "risques non commerciaux". Elles sont généralement utilisées dans les contrats passés avec des pays hôtes où il existe un certain degré d'incertitude politique, réglementaire ou institutionnelle ou là où des normes permettant de traiter des impacts potentiels de l'investissement n'ont pas encore été élaborées. De fait, les clauses de stabilisation fonctionnent en obligeant le pays hôte à ne pas réagir ou à ne pas modifier son système juridique d'une manière susceptible de nuire au projet d'investissement. Si un gouvernement qui est partie à une clause de stabilisation viole son engagement, il est probable qu'il soit tenu de verser une compensation. Compte tenu de l'attention croissante qui est désormais accordée par les gouvernements aux questions environnementales et sociales dans bon nombre de pays, ces domaines politiques ont également été rassemblés dans le giron des mécanismes de "stabilisation" des contrats d'investissements étrangers, au même titre que des domaines couverts de longue date par ces clauses, tels que les lois fiscales. Même lorsque les clauses de stabilisation se concentrent expressément sur le risque d'expropriation des projets d'investissements étrangers suite à une action du gouvernement – comme dans l'accord minier type malien par exemple – les développements dans le domaine de l'arbitrage international peuvent leur conférer une portée beaucoup plus large qu'on ne pourrait le croire au premier abord. De récentes sentences arbitrales, notamment aux termes de l'Accord de

libre échange nord-américain (ALENA), ont montré le désir des arbitres d'élargir le concept d'expropriation bien au-delà de la seule nationalisation ou d'actes gouvernementaux analogues pour englober des mesures touchant l'environnement susceptibles d'avoir un impact substantiel sur la compétitivité ou la viabilité des projets d'investissement.

Le legs d'une forme particulière de mécanisme de stabilisation soulève actuellement une vive controverse au Chili. Suite au putsch de 1974, le gouvernement du général Pinochet s'est attelé à dissiper la réticence des sociétés étrangères – notamment celles du secteur minier dont les intérêts avaient précédemment été expropriés – à investir au Chili. Le "*Decreto Ley 600*" de 1974 prévoyait une série d'exonérations fiscales et de garanties au profit des investisseurs étrangers. Les investisseurs étrangers concernés par la loi se trouvaient protégés par le biais d'un contrat signé avec l'Etat. En raison de la forme juridique particulière du contrat, il ne pouvait pas être modifié sans l'assentiment de l'investisseur. Et même dans ces circonstances, l'amendement du contrat était assorti des mêmes conditions qu'un amendement de la constitution : un vote à la majorité des deux tiers du corps législatif. D'un point de vue pratique sinon juridique, cette mesure a pour effet de placer les investisseurs étrangers sur un pied d'égalité avec l'Etat souverain. L'une des principales contributions des investissements étrangers au développement des pays plus pauvres réside, au niveau macro, dans le fait qu'ils ont le potentiel de générer un revenu fiscal. Mais les pressions exercées sur les pays à revenu moyen et faible pour qu'ils tentent de s'imposer dans la course aux capitaux d'investissements étrangers par le biais de dégrèvements fiscaux sont notables.

Le débat actuel sur la réforme fiscale du secteur minier au Chili fait suite à une plus grande prise de conscience du public des niveaux d'impôt systématiquement bas que versent les sociétés minières qui investissent dans le pays. Les multinationales qui contrôlent plus de 60 % de la filière minière chilienne supportent moins de 25 % du fardeau fiscal. Au cours de la dernière décennie, les sociétés étrangères ayant investi au Chili ont exporté du cuivre d'une valeur supérieure à 43 milliards de dollars US, moyennant une contribution fiscale de moins de 270 millions de dollars.<sup>1</sup> Des propositions du gouvernement visent à faire échouer les stratégies sophistiquées d'évasion fiscale et à percevoir des royalties sur les revenus issus de la vente de produits miniers. Ces propositions prévoient une approche progressive pour l'alignement des investissements actuellement protégés par des contrats couverts par le "*Decreto Ley 600*".

Les implications juridiques des clauses de stabilisation sont très controversées mais elles tendent à être interprétées par les arbitres comme des formules qui créent des obligations légalement contraignantes devant impérativement être respectées par l'Etat. Dans bon nombre de cas, ces clauses sont renforcées par les dispositions de traités d'investissements bilatéraux qui engagent un Etat partie à satisfaire à des contrats d'investissements conclus avec des ressortissants d'un autre Etat partie ("clause parapluie"). Dans certains contextes, il existe quelques réserves juridiques quant à la constitutionnalité des clauses de stabilisation et la légitimité de l'action de l'Etat qui s'y soumet.

1 Jorge Lavanderos (2003), "Royalty, regalia o renta minera (lo que Chile no cobra)", p. 132.

## ● **Clauses de compétence législative**

L'effet des clauses de stabilisation peut se trouver renforcé par des clauses qui définissent quel système juridique gouverne le projet. Parfois ces clauses "internationalisent" le contrat, de sorte que certaines portions sont régies par un système juridique autre que celui du pays d'accueil. Plus critiqué encore est le fait que ces clauses "de compétence législative", comme on les appelle, peuvent stipuler que la loi de l'Etat d'accueil est applicable à l'exception de tel ou tel instrument législatif. Ainsi, le troisième Accord cadre du barrage de Chalillo au Belize renonce à invoquer "toute loi, règle ou réglementation relative à l'environnement", en vigueur ou à venir, hormis celles auxquelles l'investisseur accepte expressément de se soumettre.

## ● **Clauses des normes applicables**

Parfois, les contrats d'investissements renferment des clauses qui énoncent une série de normes, autres que celles de l'Etat hôte, devant gouverner le projet. Celles-ci peuvent inclure des références aux "bonnes pratiques de l'industrie", voire même aux normes d'un autre pays. La substance de ces dispositions (y compris, en particulier, avec quelle précision il est possible de définir les obligations de fond sur lesquelles elles débouchent) et leur caractère idoïne soulèvent des préoccupations.

## ● **Conditions relatives à la teneur locale**

La qualité des avantages que présente un projet d'investissement étranger pour le développement économique local peut dépendre des différentes sortes d'opportunités économiques qu'il apporte aux résidents locaux. Dans ce domaine, il se peut que les Etats hôtes cherchent plus à maximiser la contribution au projet par le biais de biens et services produits localement, alors que les investisseurs étrangers chercheront peut-être à optimiser leur liberté de se procurer des biens et services ou de louer de la main-d'œuvre auprès de la source qu'ils jugeront la plus appropriée.

## ● **Dispositions ayant trait aux droits de propriété**

Les contrats d'investissements étrangers abordent parfois les droits de propriété – avec des implications directes pour les détenteurs de droits de propriété voisins des projets d'investissements proposés. Ainsi par exemple, le gouvernement du pays d'accueil fournit parfois des garanties contractuelles aux investisseurs étrangers suivant lesquelles les terres concernées par le projet sont exemptes de tous droits de propriété rivaux.

## **Les impacts indirects des contrats d'investissements étrangers**

Les contrats d'investissements étrangers peuvent avoir de nombreux impacts indirects associés, outre les impacts directs des conditions mêmes des contrats. Ainsi, il est troublant de constater que le barrage de Chalillo au Belize et la concession pétrolière consentie à Shell-Premier pour prospecter dans le Parc national de Kirthar au Pakistan étaient associés à des changements législatifs dans le but exprès de supprimer des obstacles juridiques aux projets d'investissements.

Le projet du barrage de Chalillo a été acclamé par le gouvernement du Belize comme la solution des problèmes de sécurité énergétique du pays parce qu'il permettait de doper la productivité insuffisante du barrage de Mollejón. Belize couvre ses besoins énergétiques à partir de centrales alimentées au diesel, grâce à l'utilisation de pétrole importé et à la production d'une centrale hydro-électrique sur le fleuve Macal à Mollejón. En outre, environ la moitié des besoins énergétiques du pays sont satisfaits aux termes d'un contrat préférentiel avec le Mexique, qui permet l'achat d'électricité aux heures creuses (principalement en provenance de l'usine de gaz naturel de Yucatan). Le gouvernement du Belize a tenté de gagner le soutien du public pour la construction d'un second barrage et d'un réservoir sur le fleuve Macal à Chalillo en suggérant que les approvisionnements mexicains pouvaient se tarir sur simple caprice du gouvernement mexicain, laissant Belize à la merci d'une puissance étrangère. La construction du barrage impliquerait l'inondation de près de dix kilomètres carrés de terres auparavant désignées par les autorités de Belize comme des aires protégées. Le secteur a été vanté comme l'une des régions les plus riches et les plus diverses à subsister en Amérique centrale au plan biologique. Le gouvernement du Belize a donné son accord au barrage. Tandis qu'une procédure judiciaire qui a finalement échoué remettait en question l'évaluation de l'impact environnemental et se frayait un passage jusqu'à la plus haute cour d'appel du Belize (le Conseil privé du Royaume-Uni), le gouvernement proposait une législation afin de garantir l'avenir du projet hautement controversé – sans le moindre égard envers les propos des instances judiciaires quant à sa légitimité. La section 4(d) du projet de Loi de 2003 sur le développement hydro-électrique du fleuve Macal stipule :

*[P]our éviter le doute et pour une plus grande clarté, [la Belize Electric Company Limited] poursuivra la conception, le financement, la construction et l'exploitation du projet Chalillo ... indépendamment de tout jugement, toute ordonnance ou déclaration de toute cour ou de tout tribunal, octroyé(e), délivré(e) ou rendu(e) auparavant ou par la suite.*

Il s'ensuivit un tollé de protestations dans la presse nationale. Le projet de loi fut d'abord ratifié puis abrogé, suite à un avis défavorable du Conseil privé. Mais la construction du barrage de Chalillo avait déjà commencé.

Au Pakistan, les organisations non gouvernementales ont présenté des arguments juridiques solides pour faire opposition à la prospection de pétrole dans le Parc national de Kirthar par Shell-Premier. Elles fondèrent leur argumentation sur la législation provinciale de l'Etat de Sindh. La section 15 de l'Ordonnance de 1972 sur la vie sauvage de Sindh interdisait les activités susceptibles de perturber ou d'endommager la faune ou la flore locale dans toute zone désignée comme Parc national. Elle interdisait également le "déboisement ou le morcellement des terres à des fins agricoles, extractives ou à toute autre fin" dans le parc national. Malgré l'illégalité manifeste de son action, le ministère des Industries de l'Etat de Sindh aurait délivré une lettre de non-objection concernant la prospection de pétrole dans le parc en 1996. En 1997, en violation de la lettre de

non-objection, l'interdiction frappant l'exploitation minière fut renforcée par le biais d'une notification des autorités de Sindh.

Les ONG locales se préparèrent à tenter une action en justice pour récuser la prospection par Shell-Premier. Leurs efforts furent contrariés en 2001, lorsque le gouverneur de Sindh (lui-même ancien administrateur de Shell-Premier) modifia l'Ordonnance de protection de la vie sauvage de façon à ce qu'elle ne puisse s'appliquer à *“toute activité entreprise dans le parc national en connexion avec la prospection ou la production de pétrole ou de gaz, réalisée en conformité avec une évaluation de l'impact environnemental”*. La notification du gouverneur entraîna la légalisation de la prospection sous réserve du respect des conditions imposées par une évaluation de l'impact environnemental.

Il se trouve que les investisseurs de Shell-Premier et, par la suite, leurs successeurs avaient mis un terme à leurs opérations dans le parc national de Kirthar à la fin de 2004 lorsque les puits exploratoires s'étaient avérés infructueux. Leur testament est une législation conçue pour faciliter leur investissement. Et maintenant que les obstacles juridiques aux activités de prospection sont levés, on rapporte que le gouvernement central du Pakistan aurait reçu des expressions d'intérêt d'un certain nombre de compagnies étrangères pour l'attribution de nouveaux permis de prospection.

Les contrats d'investissements étrangers ont aussi plusieurs impacts indirects. A titre d'exemple, citons le cas du chemin de fer Dakar-Niger qui fait 1288 km et va de Koulikoro en bordure du fleuve Niger au Mali jusqu'au port de Dakar sur la côte Atlantique. Pour les habitants de la région malienne de Kayes, la voie ferrée est la principale connexion avec le reste du pays. Le chemin de fer était contrôlé par des entreprises publiques qui appartenaient aux gouvernements du Mali et du Sénégal – jusqu'à ce que la précarité des circonstances économiques conduise les gouvernements des deux pays à envisager la privatisation par l'octroi d'une concession. A l'issue de plusieurs années de négociation, en septembre 2003, une concession fut finalement octroyée à Transrail SA. Transrail est une société privée à responsabilité limitée et à but lucratif assujettie au droit malien avec une structure d'actionariat qui comprend les gouvernements du Mali et du Sénégal, des employés de l'entreprise créée pour exploiter la ligne, et un investisseur canadien, Canac, qui fait partie de la Canadian National Railway Company.

Depuis la privatisation, la nouvelle société a donné la priorité au fret plutôt qu'aux services passagers. Ceci s'est traduit par une détérioration des possibilités de déplacement des citoyens, entraînant la frustration des populations touchées ainsi que par divers effets pervers pour le développement socioéconomique de la région. Si l'accord de concession fait bien référence au développement de services passagers, la mise en œuvre de cette clause ne semble pas avoir été une priorité pour l'investisseur. Ces questions auraient pu être mieux étudiées, soit dans la législation régissant la privatisation, soit dans les conditions mêmes de la concession – par exemple, par le biais de mécanismes plus efficaces pour amener l'investisseur à rendre des comptes face au manquement à ses obligations.

Le compromis finalement atteint était peut-être la seule façon de garantir l'avenir de la voie ferrée. Mais sans une transparence totale des négociations, il est très difficile de prouver l'exactitude d'une telle hypothèse.

Certains contrats d'investissements étrangers engendrent des effets majeurs sur les droits de propriété ou les moyens de subsistance des communautés locales. Au Ghana, par exemple, une conséquence très importante des accords de prospection minière a été la prise de terres et l'endommagement des propriétés associées aux opérations extractives. La législation prévoit qu'une compensation doit être versée en cas d'empiètement sur les droits associés au foncier et à l'appropriation de biens. Mais même les agents de l'industrie minière reconnaissent que les niveaux de compensation sont insuffisants. Un nombre significatif de cas portés devant la Haute Cour du Ghana à Tarkwa, une petite ville minière, traite de questions liées soit au non-paiement de dommages-intérêts soit au paiement d'une compensation insuffisante.

Dans la plupart des pays d'Afrique, seule une infime proportion des terres rurales est officiellement enregistrée au cadastre. La plupart des agriculteurs africains ont accès au foncier par le biais de droits coutumiers qui ne sont que très rarement protégés comme il se doit par les systèmes juridiques nationaux. S'il est vrai que certains pays, comme le Mali, ont adopté une approche législative empreinte d'une plus grande sensibilité à ces réalités locales, bon nombre d'autres ne l'ont pas encore fait, ce qui ne fait qu'exacerber la probabilité que les efforts déployés pour *“déblayer”* la voie pour les investissements étrangers ou leur garantir un libre accès par le biais de contrats d'investissements étrangers entraîneront des difficultés pour les communautés locales. Dans tous les cas, l'accent sur le titre foncier comme unique preuve du droit de propriété fragilise les exploitations paysannes des zones concernées.

Il se trouve que ces sortes d'impacts indirects ont été associées à des contrats d'investissements étrangers. Mais les problèmes ont une pertinence plus vaste et traduisent les défis systémiques que pose la gouvernance de l'investissement étranger direct. Nous espérons que nos efforts pour mieux comprendre les impacts de plus grande portée des contrats d'investissements étrangers engendreront des aperçus utiles pour permettre à d'autres d'analyser plus à fond les implications de l'investissement étranger direct en termes de développement durable.

## Que faut-il faire à présent ?

Ce rapport a mis en exergue un ensemble de préoccupations concernant l'investissement étranger direct régi par des contrats d'investissements étrangers. Les préoccupations précises sont encore aiguisées par un manque général de transparence dans la négociation et dans l'accessibilité des contrats d'investissements étrangers, parce qu'ils ont tendance à favoriser le règlement des différends par le biais de tribunaux d'arbitrage privés internationaux et non par des tribunaux nationaux, et aussi parce qu'ils risquent de saper les objectifs de politique publique associés au développement durable.

Parallèlement à la grande transparence qui devra accompagner la négociation des contrats d'investissements

étrangers, il faudra élaborer de nouveaux outils pour faciliter leur suivi et leur évaluation sous une optique de développement durable, liée aux dispositions qui permettent de réviser leur contenu.

Certaines de ces préoccupations peuvent être traitées en changeant les conditions mêmes des contrats. D'autres seraient sans doute mieux traitées en changeant la législation nationale dans le pays d'accueil concerné, ou par des efforts de la part des pays d'origine pour veiller à ce que les multinationales ayant leur siège sur leurs territoires se comportent correctement. Les institutions financières internationales et les bailleurs de fonds de projet qui permettent aux marchés de se conclure sont également des moyens de pression importants. Leurs conditions de remboursement de prêt peuvent radicalement influencer la structure même des contrats d'investissements étrangers ; mais elles peuvent aussi permettre d'améliorer les contrats en rendant les apports financiers tributaires du respect de certaines conditions sociales et environnementales. Pour régler certains de ces problèmes et évaluer des solutions commercialement viables, il faudra avoir recours à une analyse économique saine des conditions des différents marchés.

Les options les plus appropriées pour renforcer la contribution des contrats d'investissements étrangers au développement durable varieront d'un secteur à un autre, d'un pays à un autre et d'un projet à un autre. C'est la raison pour laquelle il est si important d'évaluer les implications de ces marchés en termes de développement durable, du bas vers le haut, en appliquant une combinaison de savoir-faire du pays d'origine et du pays d'accueil et beaucoup de doigté politique. Nous travaillerons avec nos alliés de la société civile, du monde des affaires, des institutions financières et des gouvernements pour trouver un juste équilibre entre la

transparence et la confidentialité commerciale de façon à répondre aux besoins du développement durable. Nous forgerons une meilleure appréciation des différents types de contrats d'investissements étrangers, des raisons pour lesquelles ils sont utilisés, et des tendances juridiques et économiques à l'échelle mondiale et sectorielle. Nous ancrerons nos recommandations dans une pleine appréciation des réalités commerciales et des impacts locaux. Et nous utiliserons un mélange créatif de recherche sérieuse, de plaidoyer et d'engagement pour veiller à ce que les contrats d'investissements étrangers contribuent de la meilleure façon possible au développement durable. ●

---

## Complément d'information

*Pour en savoir plus sur Pleins feux sur les contrats d'investissements étrangers et sur nos projets pour les trois prochaines années, veuillez contacter la coordinatrice de projet, Halina Ward, en tapant [halina.ward@iied.org](mailto:halina.ward@iied.org), ou les contacts nationaux suivants : pour le Chili, Hernán Blanco, [hblanco@rides.cl](mailto:hblanco@rides.cl) ; pour le Ghana, Nii Ashie Kotey, [enakotey@yahoo.com](mailto:enakotey@yahoo.com) ; pour le Mali, Moussa Djiré, [djiremous@yahoo.fr](mailto:djiremous@yahoo.fr) ; pour le Pakistan, Shaheen Rafi Khan, [shaheen@sdpi.org](mailto:shaheen@sdpi.org). Les partenaires du projet savent gré à Candy Gonzalez ([belpobz@starband.net](mailto:belpobz@starband.net)) de son aide et son soutien lors des phases initiales des travaux.*

## Bailleurs

*La réalisation de cette note de synthèse et les recherches sur lesquelles elle s'appuie ont été rendues possibles grâce au soutien financier de l'Agence suédoise pour la coopération internationale au développement, l'Agence norvégienne pour la coopération au développement et le Joseph Rowntree Charitable Trust.*