

Points clés

Les décisions de négocier ou non un TII, la façon de le rédiger et les personnes à impliquer devraient pleinement refléter les choix politiques qui sont en jeu.

Les pratiques internationales émergentes aident à montrer comment promouvoir les investissements tout en préservant « l'espace politique » national. Les meilleures pratiques internationales préconisent une consultation publique lors de l'élaboration des politiques d'investissement.

Les choix en matière de TII exigent une approche systématique qui considère d'une part, la manière dont les dispositions respectives des différents traités interagissent et d'autre part, tienne compte des interactions plus larges avec le droit national et international.

Compte tenu des grandes disparités dans les capacités de négociation, un investissement soutenu dans le renforcement des capacités s'impose dans les pays à faible revenu.

Traités d'investissement et développement durable : vue d'ensemble

Plus de 3 000 traités internationaux d'investissement (TII) ont été conclus et d'autres sont en cours de négociation. Si les débats éclairés sur les TII sont généralement menés sur le plan juridique, la signature et la teneur de ces traités reflètent des choix importants entre différents objectifs de politiques générales. Les ramifications peuvent être coûteuses (la plus haute indemnisation jamais versée à des investisseurs pour la violation d'un TII s'élève à 1,7 milliard de dollars), de grande portée (avec des répercussions touchant à des questions qui vont bien au-delà de la politique d'investissement, y compris des mesures de santé publique ou environnementales), et difficiles à esquiver (car la faculté de résilier un traité ou de mettre un terme à ses effets peut être limitée pendant des décennies). Tous les pays qui envisagent de négocier des traités d'investissement ont besoin d'engager une réflexion rigoureuse et un débat public sur ces choix stratégiques. Cette note d'information donne une vue d'ensemble et c'est la première d'une série de quatre qui promeut le débat sur les TII et le développement durable.

Investissement étranger, droit et développement durable

Beaucoup de pays à revenus faibles et intermédiaires accélèrent leurs efforts pour attirer des investissements étrangers. Dans le même temps, ces efforts font l'objet d'un examen de plus en plus rigoureux pour voir dans quelle mesure ils favorisent ou, au contraire, freinent le développement durable.

De manière générale, le développement durable implique l'amélioration des conditions de vie des gens tout en respectant l'environnement. Cela

nécessite de prendre soin de trouver un équilibre entre les aspects sociaux, environnementaux et économiques de tout processus d'investissement. Cela suppose également de donner aux gens les moyens d'exercer un contrôle sur les décisions et les processus qui affectent leur vie.

La mondialisation économique s'est accompagnée de développements poussés en matière de droit national et international qui

Les pays devraient adopter une approche systémique lorsqu'ils réfléchissent à leurs choix stratégiques en matière de TII

réglemente les flux d'investissement.

Parmi les règles applicables figurent des normes de droit international ; la législation

nationale du pays qui accueille l'investissement (le « pays d'accueil ») ou, dans certains cas, d'un pays tiers ; et les contrats entre les investisseurs et les pays d'accueil (les « contrats d'investissement »). Ces dispositions juridiques influencent les modalités

de l'investissement étranger, la façon dont ses coûts et avantages sont répartis et, finalement, dans quelle mesure il contribue au développement durable.

Les traités internationaux d'investissement (TII) constituent un élément important de ces cadres juridiques pluridimensionnels, et un pilier central du droit international qui régit l'investissement étranger. Le contenu de ces traités et ceux qui participent à leur élaboration peuvent avoir des répercussions de grande portée sur le développement durable.

Les traités d'investissement en bref

Le droit international de l'investissement regroupe les instruments de droit international qui promeuvent les investissements étrangers. Il se base sur le droit international coutumier et les traités internationaux.

Le droit coutumier est créé par une pratique nationale accompagnée d'un *opinio juris*— c'est-à-dire la conviction des États que leurs pratiques traduisent une obligation juridique internationale.

Les traités internationaux d'investissement constituent l'essentiel des normes juridiques en matière d'investissement. Les TII sont conclus entre au moins deux États.

Ils visent à promouvoir les flux d'investissements entre les États parties en établissant les conditions dans lesquelles les investissements par des ressortissants d'un État seront admis sur le territoire d'un autre État (voir la note associée sur la libéralisation des investissements) et la manière dont ils seront protégés (voir la note sur la protection des investissements).

Outre le fait qu'ils définissent des normes fondamentales de traitement, la plupart des TII permettent aux investisseurs d'intenter une procédure d'arbitrage international contre le

pays d'accueil, plutôt que d'assigner ce dernier devant les tribunaux nationaux (voir la note sur l'arbitrage entre les investisseurs et l'État).

Le nombre de traités d'investissement a fortement augmenté depuis le début des années 1990, à mesure que la pensée néolibérale gagnait du terrain. Mais l'enthousiasme avec lequel les pays ont signé ces traités varie considérablement d'un pays à l'autre.

La plupart des TII sont des traités d'investissement bilatéraux, mais les accords d'échanges régionaux ou bilatéraux préférentiels qui renferment un chapitre sur les investissements sont de plus en plus répandus. Parce que le droit international de l'investissement est dominé par des traités régionaux et bilatéraux, le droit applicable aux différents investissements varie en fonction du pays d'accueil et du pays d'origine.

Toutefois, les normes posées par les traités qui interdisent la discrimination (notamment la clause de « la nation la plus favorisée », qui exige que les États traitent les investisseurs ou les investissements d'un État d'une façon tout aussi favorable que les investissements par des ressortissants des autres États) ont pour effet d'encourager « un nivellement par le haut » – c'est-à-dire que tout traitement favorable dont bénéficie un investisseur aux termes d'un traité peut être invoqué par les investisseurs couverts en premier lieu par un autre TII.

Les TII contribuent-ils à promouvoir l'investissement ?

Les gouvernements négocient des traités d'investissement parce qu'ils veulent promouvoir l'investissement. Mais les données empiriques démontrant que cette technique donne réellement de bons résultats sont plutôt nuancées. Certaines études économétriques ont trouvé une corrélation statistique entre la participation d'un pays à des TII et les volumes d'investissements étrangers mais d'autres n'ont trouvé aucun signe dans ce sens¹. Des problèmes conceptuels et méthodologiques notables affectent ce type d'étude.

Il existe des données qualitatives qui montrent que les investisseurs éclairés tiennent compte des TII, par exemple au moment de structurer leurs investissements.

Mais une enquête auprès des conseillers juridiques des plus grandes sociétés américaines a révélé que nombre d'entre eux

connaissaient mal les TII ou ne pensaient pas que la protection juridique offerte par les TII faisait une grande différence². La majeure partie de la littérature qui traite de ce qui motive l'investissement étranger montre que les décisions d'investissement sont avant tout dictées par des opportunités commerciales, par exemple les ressources naturelles prisées d'un pays d'accueil, ou une population qui constitue un débouché attractif auquel une société peut répondre. Par conséquent, dans le meilleur des cas, les TII sont un facteur parmi d'autres⁵.

Des conséquences coûteuses, profondes et de longue durée : comment les TII peuvent limiter la « marge de manœuvre en matière de politiques »

D'un autre côté, il est de plus en plus évident que les TII peuvent limiter la marge de manœuvre en matière de politiques des États signataires.

D'une manière générale, « la marge de manœuvre en matière de politiques » fait référence à l'aptitude d'un pays à « ajuster les politiques nationales aux conditions et aux besoins locaux »⁶. Cela peut aussi faire référence aux options stratégiques dont dispose un pays pour honorer des obligations internationales autres que des TII, par exemple en matière de droits de l'homme ou de protection de l'environnement.

Tous les traités économiques internationaux limitent la marge de manœuvre en matière de politiques des États : les pouvoirs publics peuvent être légalement tenus de prendre certaines mesures et peuvent ne plus avoir le droit d'en prendre certaines autres. Il en va de même avec les TII et, en fonction de leur formulation, ils peuvent avoir des répercussions de grande portée en termes de politique publique.

Les engagements souscrits dans le cadre d'un TII doivent être pris au sérieux parce qu'ils sont appuyés par des recours efficaces. Si un État prend des mesures qui violent un TII, les investisseurs lésés peuvent généralement intenter une procédure contre le pays en question devant un tribunal d'arbitrage international. Si l'investisseur obtient gain de cause, le tribunal ordonne généralement au gouvernement de lui verser des dommages-intérêts. Cela peut

représenter des sommes considérables.

Même si un gouvernement obtient gain de cause, il lui faudra peut-être couvrir ses propres frais d'arbitrage dont le montant peut être considérable. Par ailleurs, des mécanismes d'exécution efficaces aident les investisseurs à se faire payer (un point abordé dans notre note sur l'arbitrage entre les investisseurs et l'État).

Le recours à l'arbitrage a rapidement augmenté ces dernières années : les dossiers soumis au début de 2013 étaient dix fois plus nombreux que ceux reçus en 2000⁷. Grâce à ces arbitrages, les investisseurs ont tenté d'obtenir une indemnisation pour les pertes subies en raison d'une large gamme de politiques publiques — y compris des mesures gouvernementales visant à améliorer les recettes publiques, à imposer des seuils de performances, à remédier à des injustices historiques ou à protéger l'environnement et la santé publique. Des procédures d'arbitrage ont remis en question des politiques qui sont bien loin de ce que l'on considère habituellement comme relevant d'une « politique d'investissement » — par exemple la législation imposant des « paquets neutres » conçue pour dissuader de fumer. Et ils ont remis en cause des mesures qui vont au-delà du contrôle direct par le gouvernement, par exemple, des mesures prises par des tribunaux nationaux pour remédier à des plaintes locales concernant des activités d'investissement.

Pour les pays où les finances publiques sont limitées, le risque d'être confronté à des arbitrages pourrait faire avoir pour effet de rendre plus difficile la prise de mesures d'intérêt public qui affectent des investissements. En d'autres termes, conclure un TII peut limiter les options dans une large gamme de domaines politiques et de manières qui peuvent se révéler difficiles à prévoir au moment de la négociation du traité.

Les préoccupations liées aux contraintes imposées sur les futures politiques publiques sont particulièrement pertinentes car une fois qu'un pays conclut un TII, il peut se révéler difficile de s'en retirer. Les TII peuvent être, et sont souvent, résiliés d'un commun accord entre les deux États parties (ou plus). Mais les clauses d'un traité limitent souvent l'aptitude d'un État à le résilier unilatéralement ou (dans le cas des traités conclus entre plus de deux parties) l'aptitude à s'en retirer.

Dans bien des cas, ces clauses prévoient que le traité ne peut être résilié qu'au bout de 10, parfois même 20 ans. Elles prévoient aussi qu'une fois le traité résilié, il continue de s'appliquer aux investissements réalisés pendant que le traité était en vigueur pour 10 à 20 années supplémentaires. En d'autres termes, les restrictions imposées sur la marge de manœuvre en matière de politiques peuvent avoir un effet à très long terme.

Comme les TII peuvent affecter les options politiques de cette façon, la négociation des TII suppose de prendre en considération des objectifs politiques multiples, y compris la protection des investissements, tout en préservant la marge de manœuvre en matière de politiques. Il est important que les décisions concernant la signature d'un TII et sa teneur soient fondées sur une réflexion et un débat éclairés.

Vers une nouvelle génération de TII

L'augmentation du nombre des procédures d'arbitrage entre les investisseurs et l'État a mis en exergue les choix politiques qui sont en jeu dans les TII.

Certains pays à revenu élevé qui prennent habituellement le parti des investisseurs voient à présent leur propre action publique contestée par des investisseurs étrangers — et commencent à repenser leurs approches en matière de TII. Certains pays à revenu faible et intermédiaire se font d'avantage entendre en matière de TII — en résiliant des TII, en se retirant des conventions multilatérales qui réglementent l'arbitrage entre les investisseurs et l'État ou en développant leur propre modèle de traités. Les activités de plaidoyer de la société civile semblent aussi impulser le changement.

On voit apparaître une nouvelle génération de TII qui cherche à trouver un équilibre entre la protection de l'investissement et d'autres considérations politiques, y compris des questions sociales et environnementales, et qui encourage davantage de transparence dans l'arbitrage entre les investisseurs et l'État. Aucun traité ne peut combler toutes les attentes. Mais on peut glaner des enseignements utiles de certaines dispositions spécifiques figurant dans différents traités.

Certaines dispositions que renferment les modèles de traités élaborés par le Canada et les États-Unis, et certains traités bilatéraux conclus sur la base de ces modèles, sont souvent cités comme exemples de cette

tendance. Le modèle de traité d'investissement mis au point par la Communauté de développement d'Afrique australe est aussi un bon exemple⁸. Par ailleurs, on trouve de plus en plus de lignes directrices internationales sur la manière de refléter des objectifs politiques innombrables dans les TII, y compris dans le « Cadre pour les politiques d'investissement au service du développement durable » élaboré par les Nations Unies⁹.

Mais ce n'est pas seulement la teneur des TII qui a changé. Le processus de négociation a aussi connu une importante évolution. Certains gouvernements ont amorcé des consultations publiques pour les aider à rédiger leurs TII types ou pour les répercuter dans les négociations des TII individuels.

À titre d'exemple, l'Union européenne a lancé une consultation publique sur un projet d'accord de Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement avec les États-Unis, en raison des préoccupations de l'opinion publique à propos d'une clause relative à l'arbitrage entre les investisseurs et les États proposée pour ledit traité¹⁰.

Suite à un arbitrage entre les investisseurs et l'État qui remettait en cause certains aspects des politiques sud-africaines ayant trait au passé hérité de l'apartheid, le gouvernement d'Afrique du Sud a passé en revue ses TII, résilié plusieurs d'entre eux et lancé une consultation publique sur son nouveau projet de loi sur les investissements — la législation nationale qui régira certaines des questions généralement couvertes par les TII¹¹.

Ailleurs, les organisations de la société civile ont ouvert des espaces dédiés à un passage au crible par le public et au débat.

En Thaïlande, par exemple, une coalition d'organisations nationales de la société civile a joué un rôle décisif dans la promotion du débat public à propos d'un projet d'accord préférentiel de commerce et d'investissement avec l'Union européenne¹².

Un renforcement des capacités réfléchi et une approche systémique s'imposent

Lorsqu'ils s'interrogent sur leurs choix politiques à propos des TII, les pays devraient adopter une approche systémique. Les TII ne peuvent pas surmonter tous les problèmes ayant trait aux investissements étrangers et il faut une bonne interface entre les TII et les

autres instruments juridiques, tels que la législation nationale qui exige des études d'impact social et environnemental.

Ainsi, le fait de prévoir des garde-fous efficaces pour les investissements étrangers, sans renforcer également les droits des personnes susceptibles d'être affectées par ces investissements ou sans réglementer correctement les aspects environnementaux, crée des déséquilibres dans les cadres juridiques qui ont peu de chances de promouvoir le développement durable.

Un autre motif important en faveur d'une approche systémique concerne l'effet de nivellement par le haut des clauses de non-discrimination que renferment la plupart des TII. Si les investisseurs couverts par un TII qui maintient un équilibre entre la protection de l'investissement et la préservation de la marge de manœuvre en matière de politiques peuvent en fait compter sur d'autres traités qui sont plus favorables aux investisseurs, les avantages d'une formulation plus équilibrée sont limités.

Les pays qui négocient un TII devraient toujours se demander comment les normes que renferme un traité risquent d'affecter ou d'être affectées par les dispositions contenues dans d'autres traités.

Compte tenu des grandes disparités dans les capacités de négociation, un investissement soutenu dans le renforcement des capacités s'impose dans les pays à faible revenu : pour que les gouvernements puissent faire des choix stratégiques éclairés et négocier de meilleurs traités, pour que les élus et la société civile prévoient des « mesures de contrôle » efficaces, et pour les fédérations nationales de

producteurs qui ont des choses à gagner, ou à perdre, des TII proposés.

Le renforcement des capacités peut être lié au contenu des TII et porter par exemple sur une aide à l'élaboration de traités d'investissement types dans les pays à faible revenu. Mais il peut aussi concerner l'appui à une concertation nationale multipartite pour déterminer si un pays devrait signer un TII et à quelles conditions.

Par ailleurs, le renforcement des capacités pourra concerner : les leçons à retenir des meilleures pratiques internationales ; les enseignements entre pairs à partager au sein des gouvernements des pays à faible revenu, des organisations de la société civile ou entre élus ; des mécanismes qui savent exploiter efficacement les capacités existantes du pays (par exemple, dans les milieux universitaires ou privés) ; et des partenariats stratégiques avec des centres d'excellence internationaux.

Lorenzo Cotula

Lorenzo Cotula est chercheur principal en droit et développement durable à l'IIED, où il dirige l'équipe en charge des outils juridiques. www.iied.org/users/lorenzo-cotula.

Cette note d'information fait partie d'une série de quatre qui vise à encourager le débat sur les traités d'investissement et le développement durable. Les autres notes de la série abordent les rubriques suivantes :

Libéralisation des investissements : <http://pubs.iied.org/17239IIED>

Protection des investissements : <http://pubs.iied.org/17240IIED>

Arbitrage entre les investisseurs et l'État : <http://pubs.iied.org/17241IIED>

Les notes d'information sont basées sur : Cotula, L (2013) Foreign investment, law and sustainable development: A handbook on agriculture and extractive industries. IIED, Londres. <http://pubs.iied.org/17513IIED>

Notes

¹ Voir par exemple les études compilées dans Sauvant, KP et Sachs, L (eds) (2009) *The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*. Oxford University Press / ² Yackee, JW (2010) *How much do US corporations know (and care) about bilateral investment treaties? Some hints from new survey evidence*. Columbia FDI Perspectives No. 31. <https://tinyurl.com/kun4w7e> / ³ Perry, AJ (2000) *The relationship between legal systems and economic development: integrating economic and cultural approaches*. *Journal of Law and Society* 29(2): 282-307 / ⁴ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (2012) *World investment report 2012: towards a new generation of investment policies*. http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/WIR2012_WebFlyer.aspx, (citation traduite de l'anglais) / ⁵ Sauvant, KP et Sachs, L (2012) *Overview*. Dans : Sauvant, KP et Sachs, L (eds) (2009) *The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*. Oxford University Press / ⁶ Akyüz, Y (2008) *Global Rules and Markets: Constraints over policy autonomy in developing countries*. Bureau international du travail, Genève. <https://tinyurl.com/pzjhuz3>, (citation traduite de l'anglais) / ⁷ Chiffres tirés de : CNUCED (2012) *World investment report 2012: towards a new generation of investment policies* (voir note 4 ci-dessus) ; et CNUCED (2013) *World investment report 2013: global value chains: investment and trade for development*. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf / ⁸ Communauté de développement de l'Afrique australe Model BIT Template 2012. www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf / ⁹ CNUCED (2012) *Investment policy framework for sustainable development*. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2012d6_en.pdf. Voir aussi Mann, H et al. (2005) *Model international agreement on investment for sustainable development: Negotiators' handbook*. 2e édition. IISD. www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=686 / ¹⁰ Voir la consultation en ligne sur http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179 / ¹¹ Voir l'invitation au public à formuler des commentaires sur le projet de loi 2013 sur la promotion et la protection des investissements. www.gov.za/documents/download.php?f=203446 / ¹² Polack, E et al. (2014) *Agricultural investments in Southeast Asia: Legal tools for public accountability*. IIED, Londres.



Knowledge Products

L'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED) promeut le développement durable, en reliant les priorités locales aux défis mondiaux. Nous soutenons certaines des populations les plus vulnérables du monde pour mieux faire entendre leurs voix dans la prise de décisions.

Contact

Lorenzo Cotula
lorenzo.cotula@iied.org

80–86 Gray's Inn Road
 Londres, WC1X 8NH
 Royaume-Uni

Tél: +44 (0)20 3463 7399
 Fax: +44 (0)20 3514 9055
www.iied.org

IIED invite vos réactions et commentaires sur : @IIED et www.facebook.com/theiied

Cette recherche a été financée par UK aid du gouvernement britannique ; toutefois, les points de vues exprimés ici ne reflètent pas nécessairement ceux du gouvernement britannique.



UKaid
 from the British people