



Concilier les accords internationaux d'investissement avec la transformation structurelle de l'Afrique : l'expérience de l'Afrique du Sud

Par Xavier Carim*

Ambassadeur de l'Afrique du Sud auprès de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)

1. Introduction

À une époque où l'économie est en pleine mutation, le débat sur les conséquences des accords internationaux d'investissements (AII) (dont les traités bilatéraux d'investissement ou TBI) sur le développement durable ne cesse de s'élargir et de s'intensifier. Même s'il aurait dû avoir lieu il y a longtemps, ce débat reste pertinent. Il arrive tard, car les principes qui sous-tendent les AII, tels qu'ils ont été conçus juste après la période postcoloniale pendant la guerre froide, sont de plus en plus inadaptés aux nouveaux défis que la communauté internationale doit affronter.¹ Il est en revanche particulièrement pertinent pour l'Afrique, car le nouveau programme de développement économique du continent propice à une réforme structurelle et au développement durable pourrait bien être limité par les termes et les conditions des AII.

Le présent rapport a pour but de tirer des conclusions de ce débat qui profiteront à la stratégie et aux objectifs de développement économique de l'Afrique. À cette fin, il expose les grandes lignes d'autres options politiques que l'investissement direct étranger (IDE) et les visions stratégiques ancrées dans les AII. Il fait ensuite l'examen de la structure et des dispositions centrales des AII, en particulier les dispositions en matière de règlement des différends entre investisseurs et États. Il donne par la suite une vue d'ensemble des résultats des études menées sur la relation entre les AII et le flux d'IDE. Dans l'avant-dernière partie, il montre la façon dont les gouvernements dans le monde répondent aux défis posés, un accent étant mis sur l'expérience de l'Afrique du Sud et la stratégie qu'elle a adoptée au sujet des AII. La dernière partie présente les principaux enseignements à tirer du présent rapport en lien avec les stratégies du développement économique émergent en Afrique propice à une réforme structurelle et au développement durable. Enfin, le rapport se termine par des recommandations à l'intention des dirigeants africains.

2. Les différentes visions stratégiques relatives aux IDE et aux AII

L'IDE peut jouer un rôle important dans le développement économique, car il est associé à un engagement à long terme envers le pays d'accueil, qui génère un afflux de capitaux et de financements, de technologie et de meilleures pratiques de gestion et ouvre des accès aux marchés mondiaux. Cependant, deux grands paradigmes caractérisent les politiques publiques adoptées en matière d'IDE. La première vision consiste à dire que tout investissement est bénéfique et encourage la croissance et le développement. Cela implique indirectement que les gouvernements cherchent à attirer l'IDE en offrant une forte protection aux investisseurs étrangers, libéralisent les régimes d'investissement, réduisent ou limitent les réglementations et les conditions que les investisseurs doivent respecter et tirent ainsi parti des avantages de l'IDE. C'est cette position que reflètent la structure et le contenu des AII existants, certainement ceux-là mêmes que l'Afrique du Sud a signés.

Selon l'autre point de vue, bien que l'IDE puisse en effet contribuer au développement durable, les avantages que peuvent en tirer les pays d'accueil ne sont pas automatiques. Cette vision part du principe qu'il faut établir des règles pour trouver le juste équilibre entre, d'un côté, les besoins économiques de protection des investisseurs et, de l'autre, le besoin des pays d'accueil de s'assurer que les investissements contribuent positivement au développement durable. Les retombées positives de l'IDE, notamment le transfert de technologie, le transfert de meilleures pratiques de gestion, la recherche, le renforcement des compétences ainsi que l'établissement de liens avantageux avec l'économie nationale, doivent être intentionnellement intégrées dans le régime de réglementation et ne doivent pas être tenues pour acquises. Dans cette optique, les avantages sont évalués en fonction de leur contribution plus ou moins grande aux stratégies et aux objectifs de développement national.

Même s'il existe certainement beaucoup d'exemples montrant que l'IDE contribue positivement au développement économique, il y a aussi des faits qui prouvent que l'IDE peut desservir la balance des paiements, l'environnement ou le développement qui, s'il est enclavé, est source de déséquilibres, etc. Les AII ne sont pas conçus pour régler ces problèmes, car ils servent surtout à protéger l'investissement étranger. En effet, les AII sont structurés de façon à surtout imposer des obligations juridiquement contraignantes aux gouvernements afin qu'ils fournissent une protection élargie aux droits à l'investissement des pays ayant signé les accords. Le déséquilibre qui profite aux investisseurs peut restreindre la capacité des gouvernements à établir des règles en faveur de l'intérêt général. Les dispositions de règlement des différends prévoient que seuls les investisseurs peuvent initier un différend tandis que les gouvernements n'ont aucun moyen de remettre en cause le comportement d'un investisseur s'écartant du droit chemin.

De surcroît, sous le régime actuel, les AII permettent aux investisseurs étrangers de contester toute mesure gouvernementale qui, selon eux, représenterait une diminution des *prévisions* de retour sur investissement. Le régime actuel peut donc *bloquer* les décisions des gouvernements ainsi que des autorités législatives et réglementaires. L'enjeu du rééquilibrage entre la protection des investisseurs et le droit des autorités publiques d'établir des règles dans l'intérêt public s'est imposé comme thème central des négociations de futurs AII. En revanche, les racines des problèmes sont profondes.

3. Les risques accrus que font courir les AII et les arbitrages internationaux entre investisseurs et États

Il est dorénavant de l'avis général que les AII, en particulier les plus anciens, contiennent des dispositions dont la formulation est vague et imprécise qui donne lieu à des résultats contradictoires et imprévisibles lorsque les accords font l'objet d'un d'arbitrage international. Les dispositions type des AII, qui concernent les définitions des termes *investisseur* et *investissement*, les normes de protection comme le *traitement juste et équitable*, la protection contre l'*expropriation* et l'*expropriation* indirecte, ont toutes fait l'objet d'importantes batailles juridiques, de différentes interprétations et de sanctions arbitrales contradictoires.²

Les définitions exhaustives du terme *investissement* protègent tout *actif* se trouvant dans le territoire de l'autre partie à l'accord, que ce soit une entreprise productive (IDE traditionnel) ou non. Parallèlement à cette

vaste définition, les tribunaux arbitraux continuent d'interpréter les dispositions relatives au *traitement juste et équitable* d'une manière qui impose des limites générales aux autorités publiques en conférant aux investisseurs le droit à un *environnement réglementaire stable et prévisible*. Cette interprétation a servi à contester des changements de réglementations, notamment concernant l'imposition. De la même manière, la définition de l'*expropriation* est interprétée de façon à inclure non pas seulement l'*expropriation* directe, comme l'acquisition de propriété, mais aussi ce qu'on appelle les *saisies réglementaires*, expression qui peut s'appliquer à n'importe quelle mesure qui affecte les investisseurs. Ces dispositions et les vastes interprétations qui en sont faites, par exemple en ce qui concerne le *traitement juste et équitable*, limitent la portée des mesures gouvernementales.

Le système de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) est lui-même fractionné en diverses juridictions d'arbitrage, chacune ayant ses propres règles de procédures, son histoire et sa culture. Les arbitres sont choisis *spécifiquement* dans chaque affaire et, en l'absence de la possibilité de faire appel, une possibilité qui assurerait pourtant l'uniformité et la bonne application du droit international, le système est enclin à des interprétations incohérentes et divergentes dans des affaires portant sur les mêmes dispositions et des faits similaires. Les contradictions récurrentes dans les décisions et les interprétations des tribunaux accentuent l'incertitude quant à la signification des principales obligations découlant des accords et rend très difficile de prévoir leurs effets. De plus en plus d'informations indiquent que les avis divergent entre les membres d'un même tribunal.³

La question se pose aussi de savoir si des arbitrages menés par trois personnes, nommées *spécialement* dans un différend, ont suffisamment de légitimité pour juger les actes des États, surtout lorsque les différends concernent des sujets aussi délicats que les politiques publiques. Le système n'a pas de cadre institutionnel qui entérine les principes de responsabilité juridique ou d'indépendance des arbitres, et ceux-ci peuvent attribuer des compensations sans tenir compte des limites de la responsabilité de l'État qui ont été posées avec le temps par les systèmes juridiques internes.

Une nouvelle industrie qui génère des milliards de dollars est née de ce système. Le nombre d'arbitrages concernant les investissements, tout comme les sommes d'argent en jeu ont bondi ces 20 dernières années. Les frais juridiques et d'arbitrage s'élèvent en moyenne à huit millions de dollars par différend entre des investisseurs et un État, excédant dans certains cas 30 millions de dollars. Cette industrie est dominée par un petit groupe de cabinets

d'avocats et d'arbitres qui sont à tour de rôle les représentants des demandeurs, les représentants des défendeurs et les membres d'un tribunal arbitral, une situation qui crée des problèmes de conflits d'intérêts.⁴

Ces problèmes sont accentués par la hausse rapide du nombre de plaintes déposées dans le monde par des investisseurs qui contestent des mesures gouvernementales dans des domaines toujours plus nombreux.⁵ Le nombre de plaintes déposées par des investisseurs étrangers contre des gouvernements a augmenté de façon spectaculaire depuis 1987, date de la première plainte et représentait 50 cas au total jusqu'à l'an 2000 et 514 cas au total jusqu'en 2012. En 2012, ce sont 62 plaintes qui ont été déposées, le plus grand nombre d'affaires entamées en une année. Au total, 95 gouvernements ont vu leurs politiques contestées sous le système de règlement des différends entre investisseurs et États, dont 61 (soit plus des deux tiers) sont des gouvernements de pays en développement. Le taux de réussite des plaintes augmente : en 2012, 75 % de toutes les décisions rendues l'étaient en faveur des investisseurs. Entre 2009 et 2010, 151 arbitrages impliquaient des sociétés réclamant jusqu'à 100 millions de dollars à un État et, en 2012, l'une des affaires impliquant la plus grande compensation remportée par les investisseurs a été rendue contre l'Équateur pour un montant de 2,4 milliards de dollars. Il est important pour l'Afrique de savoir que 25 % de tous les arbitrages entre investisseurs et États portent sur des investissements dans l'exploitation minière, le pétrole et le gaz, c'est-à-dire des secteurs essentiels au développement futur des économies africaines.

Des mesures gouvernementales ont été contestées sur la base notamment de révocations de licences (dans les secteurs de l'exploitation minière, des télécommunications et du tourisme), d'allégations de violations de contrats d'investissements, d'allégations d'irrégularités dans les marchés publics, de la modification de règlements intérieurs (concernant le gaz, l'énergie nucléaire, la commercialisation de l'or, les changes), de retraits de subventions (dans le secteur de l'énergie solaire), d'expropriations directes et de politiques d'imposition. De nombreux cas tirent leur origine dans la récente crise financière et sont destinés à contrer les mesures d'austérité que certains gouvernements ont dû prendre notamment pour répondre aux conditions nécessaires pour bénéficier d'un soutien financier international. Les États ont aussi dû répondre à des poursuites engagées par des investisseurs au sujet de mesures d'application générale introduites pour des raisons environnementales.

En résumé, les préoccupations que soulèvent les AII et le système de règlement des différends entre investisseurs et États sont profondes et variées. Le système est perçu comme étant au service des intérêts des investisseurs, au détriment des gouvernements et des intérêts plus larges de la société. Les dispositions imprécises des AII, ainsi que les arbitrages qui ne s'inscrivent dans aucun cadre institutionnel propice à sauvegarder la sécurité juridique, la conformité et la prévisibilité, suscitent une crise de légitimité.

4. La signature d'AII comme facteur de stimulation de l'IDE, un bon compromis ?

Si les inquiétudes concernant la partialité inhérente aux AII sont fondées, il est logique de se demander quels sont les avantages de signer des AII. Le principal argument avancé par leurs défenseurs est qu'en offrant une protection juridique forte aux investisseurs, les pays verront l'IDE augmenter. En d'autres termes, en renonçant à une certaine marge de manœuvre et une certaine autonomie dans le choix de leur réglementation, les pays d'accueil peuvent s'attendre à recevoir plus d'investissement ou l'espérer. Que disent les faits ?

Une analyse de 1998 de la CNUCED a révélé que la corrélation entre la signature de TBI et l'augmentation de l'IDE était faible.⁶ Après avoir conduit une analyse qui recoupe les données concernant 133 pays entre 1993 et 1995, le rapport montre que l'influence des TBI sur l'IDE est inexistante ou faible et qu'elle est secondaire comparé à l'influence d'autres facteurs, en particulier la taille du marché.

Hallward-Driemeier, qui a examiné les chiffres concernant les investissements directs que 20 pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ont effectué dans 31 pays en développement de 1980 à 2000, a conclu que les accords complètent plus qu'ils ne remplacent un cadre institutionnel et des droits de propriété locaux appropriés.⁷ Il souligne que les droits octroyés aux investisseurs étrangers peuvent dépasser ceux dont les investisseurs nationaux jouissent et qu'ils mettent les dirigeants sous des responsabilités éventuellement très grandes qui réduisent la possibilité d'initier diverses réformes. Sur une période de 20 ans, le rapport a trouvé peu de preuves démontrant que les TBI stimulaient l'investissement. Les preuves empiriques montraient en particulier que les pays dont les institutions nationales sont faibles n'avaient pas retiré d'avantages significatifs de la signature d'un TBI. Au contraire, ce sont les pays comptant sur des institutions nationales solides qui tirent le plus profit d'un TBI qui vient compléter plutôt que

substituer une réforme nationale plus générale. Par conséquent, le rapport affirme que «les pays qui bénéficient des TBI sont sans doute ceux qui ont le moins besoin d'attester de la qualité de leurs droits de propriété.» [traduction]

Cela est encore plus évident au vu du nombre de pays où l'IDE est conséquent alors qu'ils n'ont pas signé de TBI. Le Japon, qui représente la deuxième source mondiale d'IDE, n'a signé que quatre TBI. Les États-Unis n'ont signé aucun TBI avec la Chine, alors que cette dernière est le plus important pays en développement destinataire des investissements directs des États-Unis. Le Brésil, où les IDE sont nombreux, n'a ratifié aucun TBI. Parallèlement, de nombreux pays qui ont ratifié des TBI, en particulier ceux d'Afrique subsaharienne, ont des difficultés à attirer l'IDE. Au vu de l'importance de ces tendances, le rapport conclut qu'un TBI n'est pas une condition nécessaire pour recevoir des investissements directs de l'étranger.

Les travaux de Tobin et Rose-Ackerman, qui ont examiné l'IDE de 63 pays de 1975 à 2000, ont conclu que la corrélation entre les TBI et l'IDE est très faible. Leurs travaux arrivent aussi à la conclusion que les TBI, plutôt que d'encourager les IDE dans des environnements plus risqués, n'ont un effet positif que sur les flux d'IDE vers les pays jouissant déjà d'un environnement économique stable. Dans l'ensemble, les TBI semblent avoir peu d'influence positive tant sur les investissements étrangers que sur la perception extérieure des investisseurs de l'environnement propice à l'investissement dans les pays à revenu faible ou intermédiaire.⁸

Une étude a trouvé des liens positifs entre l'adoption d'un TBI et les flux d'IDE. Neumayer et Spess se sont concentrés sur 119 pays en développement (dont 29 en Amérique latine) entre 1970 et 2001.⁹ Ils ont utilisé comme une variable indépendante le nombre de TBI signés par un pays avec des États de l'OCDE et l'ont pondéré par la part mondiale que représente ce pays dans la totalité des flux d'investissement direct des pays de l'OCDE. Ils ont constaté que les pays en développement qui signent plus de TBI avec des pays développés reçoivent plus d'IDE.

Dans son étude de 2010, Yackee conclut que «dans les pays qui refusent de signer des TBI ou qui les laissent expirer il n'y aura probablement pas de réduction significative du flux d'investissements. [...] Les TBI ne sont pas des baguettes magiques qu'il suffit d'agiter pour que, d'un seul coup, un étranger avec les poches remplies d'argent apparaisse. Si les pays en développe-

ment veulent attirer les investissements étrangers, ils ne peuvent se contenter de signer des TBI.»¹⁰ [traduction]

Dans son analyse plus technique de l'influence des TBI sur l'IDE, le Rapport 2014 sur le commerce et le développement de la CNUCED affirme que «[...] les travaux actuels de recherche sont incapables d'expliquer pleinement les déterminants de l'IED [investissement étranger direct] et, en particulier, les effets des ABI sur l'IED. Les décideurs des pays en développement ne devraient donc pas partir du postulat selon lequel l'IED sera favorisé par la signature d'un ABI.»¹¹

En résumé, les différentes études n'arrivent pas à démontrer un lien flagrant entre la signature d'AII et la hausse de l'IDE. Au mieux, le lien est ambigu et les AII ne sont ni nécessaires ni suffisants pour attirer l'IDE.

5. Quelles sont les mesures prises par les pays ?

La plupart des gouvernements qui, dans les années 1990, négociaient activement des TBI ont examiné les accords d'investissement qu'ils ont passés et ont revu en profondeur leur stratégie vis-à-vis de ce type d'accord, car ils se sont rendu compte des défauts, des failles et des risques que comportaient les TBI de première génération. C'est essentiellement au vu des analyses sur le lien entre ces accords et le flux d'IDE et sur les conséquences politiques et juridiques qu'impliquent leur signature qu'ils ont été remis en cause.

La CNUCED a recensé les mesures que les pays ont adoptées afin de régler ces problèmes en plusieurs catégories consistant à clarifier le sens des dispositions des accords (à l'aide d'interprétations faisant autorité), réviser les accords (par des amendements), remplacer les anciens accords (en les renégociant) ou, pour finir, consolider ou résilier les accords (unilatéralement ou par consentement mutuel).¹² Le rapport montre de façon intéressante que fin 2013, plus de 1 300 traités bilatéraux étaient à un stade où il était possible soit d'y mettre fin soit de les renégocier à tout moment. En outre, entre 2014 et 2018, au moins 350 autres traités bilatéraux arriveront au terme de leur période initiale. L'expiration d'un traité offre la possibilité de régler les incohérences et de supprimer les doublons qui existent dans un régime des AII qui est multidimensionnel, et de mettre à jour le régime d'investissement en tenant compte de l'évolution de modèles de développement. Ces dix dernières années approximativement, l'Afrique du Sud, l'Australie, le Canada, les États-Unis, la Norvège, la Suède, et plus récemment l'Inde, l'Indonésie et l'Union européenne, ont révisé leurs accords.

6. Les stratégies adoptées par l'Afrique du Sud après révision des AII la concernant

Durant la période qui a suivi l'apartheid (1994-1998), l'Afrique du Sud a signé environ 15 TBI principalement avec des pays européens. Il s'agissait alors d'une tentative sincère de garantir aux investisseurs que leurs placements seraient sûrs sous le nouveau gouvernement démocratiquement élu. Leur conclusion était aussi vue comme un important signal diplomatique qui entérinait le retour de l'Afrique du Sud au sein de la communauté internationale après les années d'isolation sous l'apartheid.

Cependant, l'Afrique du Sud a rapidement pris conscience des difficultés que posaient ces traités. Elle a observé le débat houleux au sein de l'OCDE lorsque les membres de l'organisation ont voulu négocier un accord multilatéral d'investissement à la fin des années 1990. Elle a aussi participé aux discussions à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui visaient à intégrer le sujet de l'investissement dans le cycle de négociations de Doha et où, lors des réunions, beaucoup de préoccupations concernant le développement ont surgi. Plus inquiétant encore, le nombre record d'arbitrages internationaux en lien avec des affaires d'investissement atteint après la crise financière de 2001 a montré que les TBI peuvent mettre gravement en danger les politiques gouvernementales.

Les faits ont montré qu'il n'y a pas de liens clairs entre les TBI et la hausse de l'IDE. C'est pourtant pour ce motif que des TBI ont été signés dans les années 1990. L'Afrique du Sud reçoit peu d'investissements directs des nombreux pays avec lesquels elle a signé des TBI et continue de recevoir des investissements provenant d'États avec qui elle n'a pas signé de TBI. En somme, les TBI n'ont pas été décisifs pour attirer des investissements en Afrique du Sud. Du reste, ces dix dernières années, l'Afrique du Sud a dû gérer de nombreux problèmes et risques induits par plusieurs TBI. Certains diront que les risques sont pour la plupart infondés bien mais ils ont au moins montré que les TBI ne prennent pas correctement en compte le contexte sud-africain, la complexité des enjeux socio-économiques et les objectifs généraux de la politique gouvernementale.

La Constitution sud-africaine adoptée après l'apartheid est reconnue dans le monde entier pour l'affirmation solennelle des droits humains sur laquelle elle repose. Elle prévoit un programme réformateur qui vise à mettre fin aux injustices profondément enracinées héri-

tées du système discriminatoire de l'apartheid. Presque tout le monde est d'accord pour dire que l'exécution de ce programme est nécessaire à une société juste et inclusive. La Constitution consacre aussi l'égalité de traitement entre les investisseurs nationaux et étrangers. Tous les investisseurs doivent mener leurs activités en respectant le programme de réformes prévu par la Constitution. Pourtant, l'évaluation des traités bilatéraux d'investissement signés par l'Afrique du Sud a mis au jour plusieurs dispositions incompatibles avec la Constitution.

C'est pourquoi, en 2008, le pays a révisé les TBI qu'il avait signés. Pendant trois ans, l'Afrique du Sud a mené des consultations vastes et intenses auxquelles ont pris part un large éventail d'experts nationaux et internationaux. La révision a contribué à déterminer l'étendue des préoccupations associées aux TBI, comme exposé plus haut dans ce rapport, en particulier les risques liés à l'imprécision des engagements juridiquement contraignants. L'Afrique du Sud s'inquiétait en particulier des dispositions concernant les différends entre investisseurs et État, car elles donnent la possibilité à des groupes d'intérêts purement commerciaux de subordonner des sujets d'intérêt national vitaux à des sentences arbitrales imprévisibles qui peuvent constituer un obstacle direct à la prise de décisions constitutionnelles et démocratiques.

Dans ce contexte, le Cabinet sud-africain a conclu en avril 2010 que l'Afrique du Sud devrait, premièrement, s'abstenir de signer de nouveaux TBI sauf en cas de circonstances économiques et politiques exceptionnelles. Deuxièmement, il a informé que tous les TBI de *première génération*, que l'Afrique du Sud a signés peu après la transition démocratique en 1994 et dont beaucoup sont arrivés à terme, devraient être révisés dans le but d'y mettre fin et de potentiellement reprendre des négociations sur la base d'un nouveau modèle de TBI qui doit être mis au point. Troisièmement, le Cabinet a décidé que l'Afrique du Sud devrait renforcer sa législation interne en matière de protection octroyée aux investisseurs étrangers. À cette fin, il faut principalement intégrer les protections comprises dans les TBI au droit sud-africain et en définir les contours en accord avec la Constitution. L'Afrique du Sud devrait aussi inclure des exceptions à la protection des investisseurs lorsqu'elles sont justifiées par des considérations de politique publique comme des motifs de sécurité nationale, de santé, d'écologie ou des mesures visant à corriger des injustices historiques ou à promouvoir le développement. Quatrièmement, le Cabinet a transféré le pouvoir décisionnel concernant les TBI à un comité interministériel chargé des questions relatives à l'investissement, aux relations internationales et au développement économique.

7. Évolutions récentes des mesures prises par l'Afrique du Sud

L'Afrique du Sud a initié des procédures de résiliation des TBI. Entre 2012 et 2013, l'Afrique du Sud a officiellement notifié les pays européens avec lesquels elle avait signé des TBI qu'elle allait prochainement les résilier.¹³ L'Afrique du Sud a clairement exprimé ses intentions en publiant la décision du Cabinet en juillet 2010 et en prenant plusieurs engagements formels lors de réunions multilatérales à la CNUCED et à l'OCDE. Puis, elle a mené de nombreuses consultations avec les représentants des gouvernements concernés par l'intermédiaire de leurs ambassades en Afrique du Sud. Par ailleurs, l'Afrique du Sud a entamé des discussions avec deux gouvernements d'Amérique latine pour résilier par consentement mutuel les TBI qui les liaient. Sur le continent africain, l'Afrique du Sud s'est efforcée de développer des stratégies régionales et continentales concernant les TBI qui remplaceront peut-être les accords actuels avec les pays africains.

L'Afrique du Sud a aussi activement participé à l'élaboration d'un nouveau modèle de TBI qui a été adopté régionalement en Afrique australe.¹⁴ Le nouveau modèle de traité bilatéral d'investissement établi par la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC) contient des dispositions qui atténuent les risques que présentaient les anciens accords et laisse la possibilité d'y intégrer un système de règlement des différends entre États en sus, ou à la place, du mécanisme de RDIE.¹⁵

A l'échelle nationale, un projet de loi concernant la promotion et la protection de l'investissement (*Promotion and Protection of Investment Bill 2013*) a été publié en novembre 2013 pour une consultation publique. Le projet est le résultat de vastes consultations juridiques et politiques internes.¹⁶ Il n'introduit aucune nouvelle restriction à l'investissement. Il clarifie la protection fondée sur la non-discrimination offerte à tous les investisseurs de tous les pays et montre que l'Afrique du Sud reste ouverte à l'IDE en fournissant une protection efficace tout en préservant les droits souverains des gouvernements de poursuivre des objectifs légitimes de politique publique conformes aux exigences de la Constitution.

Le projet de loi précise les normes de protection des investisseurs (étrangers et nationaux) en reformulant les dispositions habituellement contenues dans les TBI d'une manière qui est conforme avec la Constitution et le cadre juridique en vigueur. Dans le préambule, l'Afrique du Sud s'engage à offrir aux investisseurs

étrangers un environnement ouvert et transparent qui encourage le développement durable et le droit international relatif aux droits humains. L'investissement, tel que défini et visé par cette loi, est *fondé sur l'entreprise et est économique et matériel* et ne comprend donc pas l'investissement de portefeuille à court terme. Les investisseurs étrangers et les investisseurs nationaux profitent de la même protection dans des *circonstances similaires* (il s'agit du principe de traitement national).

Les dispositions relatives à l'*expropriation* et la *compensation* sont conformes à la Constitution et à la récente jurisprudence. Ainsi, l'expropriation n'est possible que par une loi d'application générale à des fins publiques ou dans l'intérêt public. L'expropriation est subordonnée à une compensation *juste et équitable* selon la Constitution. De même, les mesures gouvernementales qui ont une conséquence négative indirecte sur l'investissement lorsqu'elles visent à protéger des objectifs légitimes de bien-être public tels que la santé ou la sécurité publique, la protection de l'environnement ou la sécurité nationale, ne constituent pas une expropriation.

De nombreuses propositions détaillées visant à modifier le projet de loi ont été formulées pendant la période de consultation publique. Tous les secteurs nationaux ou internationaux ont pris part à la consultation: gouvernement, organisations non gouvernementales, centres d'action et de réflexion politiques, monde académique. Certaines contributions étaient critiques et leurs auteurs affirmaient que la portée du projet de loi était trop limitée, tandis que d'autres estimaient qu'elle était trop large. Certaines personnes estimaient que le projet octroyait trop de protection aux investisseurs, d'autres pas assez. Même si les observations ont porté sur la plupart des aspects du projet de loi, la grande majorité avait trait à la définition de l'investissement, l'expropriation, les niveaux de compensation et l'accès à l'arbitrage international. Le gouvernement sud-africain a étudié attentivement les suggestions et a soumis une version modifiée du projet de loi au Cabinet. En juin 2015, le projet de loi a été présenté au parlement en vue de sa ratification.

En prenant toutes ces mesures, l'Afrique du Sud est en train de concevoir un cadre juridique et réglementaire pour l'investissement qui tient compte des leçons du passé et qui est mieux adapté aux défis que représentent le développement durable et la croissance économique inclusive. Le but du cadre établi par la Constitution sud-africaine est de maintenir une relation équitable entre les investisseurs et le gouvernement, fondée sur le respect des droits humains, le respect de la loi et l'application régulière des procédures et la sécurité de jouissance des droits de propriété.

8. Les mesures prises par d'autres pays

En réaction, les États-Unis et le Canada ont modifié leur modèle de traité d'investissement, adopté des déclarations interprétatives, changé des dispositions clés dans les nouveaux AII, clarifié certaines dispositions et donné plus d'autorité aux gouvernements dans l'interprétation des obligations contractées. Ces modifications visent à résoudre certains problèmes posés par les AII.

L'Union européenne (UE) a repensé son approche traditionnelle des AII, car la compétence de négociation à ce sujet, qui s'exerçait nationalement à l'échelle de chaque membre, est devenue supranationale après la signature du Traité de Lisbonne de 2010. Le 21 janvier 2014, la Commission européenne (CE) a annoncé son intention de suspendre temporairement les négociations avec les États-Unis du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) afin de satisfaire l'« intérêt sans précédent manifesté par l'opinion publique » dans l'UE concernant les traités d'investissement.¹⁷ Le communiqué mentionnait certains des principaux enjeux, notamment l'importance de réaffirmer le droit des gouvernements à réglementer dans l'intérêt public pour « combler les failles juridiques » et d'élaborer un code de conduite destiné aux arbitres pour rendre le système actuel plus juste, transparent et impartial. Au moment de la rédaction du présent rapport, les consultations se poursuivent.

En 2012, l'Australie a décidé d'exclure le RDIE de futurs AII, une décision qui a finalement été annulée ultérieurement. Plusieurs pays latino-américains se sont retirés du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements et sont en train de se retirer d'AII. Dans le même temps, ils œuvrent pour un *autre modèle régional pour le règlement des différends sous les auspices* de l'Union des nations de l'Amérique du Sud (UNASUR). En 2014, l'Indonésie a décidé de mettre fin aux TBI qu'elle avait conclus. Le cas du Brésil est intéressant, car le pays a refusé de se lier à un quelconque AII, pour le motif que son parlement jugeait ces accords inconstitutionnels.¹⁸ Il est intéressant de noter que, malgré cela, le Brésil continue de recevoir d'importants investissements de l'étranger.

La principale conclusion est que beaucoup de gouvernements dans le monde ne sont pas satisfaits du système des AII et du RDIE. Les différences de stratégies peuvent dépendre en partie de la catégorie du pays qui mène les réformes, à savoir s'il est principalement exportateur ou importateur de capitaux, et du niveau de confiance dans le fait que le système sera réformé de manière à véritablement garantir le droit

des autorités publiques de réglementer. Dans tous les cas, les AII sont désormais abordés de manière à atténuer les problèmes que posaient les anciens accords. Des efforts semblent être entrepris pour garantir que les AII concourent à la croissance inclusive et à la réalisation des objectifs de développement durable, notamment en renforçant le droit des gouvernements de réglementer dans l'intérêt public. Il y a parfois des tentatives d'inscrire la protection de l'investissement dans le cadre plus général des droits humains.

9. Quelques recommandations pour concilier les AII avec le programme africain de transformation structurelle

Les récentes mutations de l'économie mondiale se sont accompagnées d'une amélioration conséquente des perspectives économiques africaines. L'Afrique est le deuxième continent en termes de croissance, après l'Asie, et est la région qui offre le meilleur retour sur investissement. La croissance économique africaine est dopée par une forte hausse des exportations de produits minéraux et par la croissance des secteurs de l'agriculture, du transport, des télécommunications et du commerce de détail. L'Afrique a énormément d'atouts tels que des matières premières en quantité, 60 % des terres arables inutilisées dans le monde, une population jeune et en croissance, une classe moyenne en augmentation qui jouit d'un pouvoir d'achat important et une urbanisation qui s'accompagne d'une amélioration constante de la gouvernance économique. Ces facteurs étayent l'hypothèse soutenant que l'Afrique peut devenir le prochain moteur de la croissance économique mondiale.

Cependant, l'objectif prioritaire de l'Afrique est de s'éloigner d'un modèle de croissance basé sur la consommation et l'exportation de marchandises pour se diriger vers un modèle de développement plus durable en fondant une nouvelle stratégie de diversification économique et d'industrialisation sur ses ressources naturelles. D'ailleurs, certains gouvernements et dirigeants africains se sont engagés à opérer cette transformation. Pour atteindre ces objectifs, il faudra sans aucun doute une série de stratégies et de réglementations nouvelles et porteuses notamment pour tirer parti des avantages de l'IDE en faveur du développement durable.

Ce rapport soulève de nombreux enjeux qui doivent être pris en compte pour s'assurer que les efforts fournis par l'Afrique pour sa transformation structurelle n'échoueront pas. Les AII tels qu'ils sont conçus limitent la marge de manœuvre gouvernementale pour prendre

des mesures en faveur de l'intérêt public lorsque celles-ci ont des conséquences perçues comme négatives sur les droits des investisseurs. En outre, d'aucuns jugent que le régime international d'investissement a tendance à favoriser les investisseurs, au détriment du droit des gouvernements de réglementer dans l'intérêt public.

Ce rapport explique comment les défauts et les inégalités contenues dans les AII et le mécanisme de RDIE qui donne effet à ces accords restreignent la marge de manœuvre des gouvernements. Il souligne que les réformes de politiques et de réglementations, comme les régimes d'imposition (taxes sur les exportations de produits minéraux par exemple), pouvant être primordiales pour réorienter les ressources utilisées par les secteurs primaires à des fins d'industrialisation sont susceptibles d'être remises en cause dans des arbitrages internationaux. De la même façon, les AII restreignent les tentatives des gouvernements d'exiger des investisseurs qu'ils créent des relations avec des entreprises nationales, favorisent l'acquisition de nouvelles compétences et soutiennent le transfert de technologie. Les AII peuvent aussi entraver les mesures prises en vue d'augmenter le nombre d'acteurs locaux actifs dans le processus de production.

C'est pourquoi, les experts et dirigeants africains devraient prendre en compte les éléments ci-après. Premièrement, les gouvernements africains, par l'intermédiaire de l'Union africaine, devraient envisager une révision complète de tous les AII qu'ils ont signés. Cette révision pourrait avoir pour but d'évaluer les répercussions possibles des AII sur la prise de décisions dans le processus de transformation structurelle de l'Afrique.

Deuxièmement, les gouvernements africains devraient songer à s'abstenir de signer des AII tant que l'évaluation est en cours. À cet égard, il est important de rappeler qu'il n'y a pas de lien évident ou direct entre l'IDE, que tous les pays africains souhaitent attirer, et la signature d'AII. En effet, les investisseurs sont d'abord encouragés par les perspectives de retour sur investissement, qui sont élevées en Afrique, et par le degré de protection que le cadre juridique national offre aux investisseurs étrangers. Cela souligne l'importance de renforcer le cadre juridique national pour protéger l'investissement.

Troisièmement, les pays africains devraient réfléchir à la position à adopter vis-à-vis des AII déjà signés. Comme abordé plus tôt, la résiliation, la renégociation et la modification sont toutes des possibilités que des pays du monde entier ont utilisées. Les enjeux de cha-

cune des options peuvent aussi faire partie de la révision globale.

Quatrièmement, il peut être utile d'envisager un cadre de protection de l'investissement à l'échelle de l'Afrique tout entière. Ce cadre réduirait les risques que présentent les anciens traités et établirait un meilleur équilibre entre la protection des investisseurs et le droit des gouvernements de réglementer dans l'intérêt public. Dans cette optique, un centre africain d'arbitrage sur l'investissement pourrait être créé.

Enfin, après avoir engagé un dialogue régional sur ces thèmes, les dirigeants et experts africains devraient participer plus activement au débat mondial de plus en plus intense sur les AII et le système de RDIE.

Notes

*Au moment de la rédaction de ce rapport sur les politiques (novembre 2014), M. Xavier Carim était directeur général adjoint au ministère de l'industrie et du commerce de l'Afrique du Sud. Les jugements et points de vue exprimés dans ce rapport n'engagent que l'auteur et ne peuvent être attribués au gouvernement sud-africain.

¹H. Mann, *Reconceptualising International Investment Law: Its Role in Sustainable Development*, *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 17, 2013, p. 521-544.

²N. Bernasconi-Osterwalder, A. Cosby, L. Johnson, D. Vis-Dunbar, *Investment Treaties and Why They Matter to Sustainable Development: Questions and Answers* (Winnipeg, Canada, Institut international du développement durable, 2012).

³CNUCED, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Issues Note N° 1 (Genève, 2013).

⁴P. Eberhardt et C. Olivet, *Profiting From Injustice* (Bruxelles/Amsterdam, Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, novembre 2012).

⁵CNUCED, *op. cit.*

⁶CNUCED, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (Genève, 1998).

⁷M. Hallward-Driemeier, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit...and They Could Bite*, Banque mondiale, document de travail de recherche sur les politiques 3121 (Washington DC, Banque mondiale, 2003). Consultable à l'adresse : <http://ideas.repec.org/p/wbk/wbrwps/3121.html>.

⁸J. Tobin et S. Rose-Ackerman, *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties*, Yale Center for Law, Economics and Public Policy Research Papier n° 293 (2005). Consultable à l'adresse : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm>

[abstract_id=557121](#).

⁹E. Neumayer et L. Spess, *Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?*, *World Development* 33(10), 2005, p. 1567-1585.

¹⁰J.W. Yackee, *Do Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence*, Legal Studies Research Paper Series n°. 1114 (University of Wisconsin Law School, mars 2010). Consultable à l'adresse : <http://ssrn.com/abstract=1594887>.

¹¹CNUCED, *Rapport sur le commerce et le développement, 2014* (Genève, septembre), p. 175-180.

¹²CNUCED, *International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal*, IIA Issues Note No. 4 (Genève, 2013).

¹³Des notifications de résiliations ont été envoyées à l'Allemagne, à la Belgique, au Danemark, à l'Espagne, à la France, à la Grèce, à l'Italie, au Luxembourg, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, à la Suède et à la Suisse.

¹⁴Voir la page internet de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) concernant l'investissement: <http://www.sadc.int/opportunities/investment/>

¹⁵Page internet de la SADC concernant l'investissement.

¹⁶Pour une copie du projet de loi, voir la page internet : <http://www.tralac.org/files/2013/11/Promotion-and-protection-of-investment-bill-2013-Invitation-for-public-comment.pdf>.

¹⁷Commission européenne, communiqué de presse : *La Commission va consulter les citoyens européens sur les dispositions de l'accord commercial UE-États-Unis relatives aux investissements et au règlement des différends entre investisseurs et États*, Bruxelles, 21 janvier 2014.

¹⁸En 2015, le Brésil a signé des accords d'investissement avec l'Angola, le Malawi, le Mexique et le Mozambique et est en négociations avec plusieurs autres pays concernant un nouveau modèle de facilitation et coopération autour de l'investissement (*Cooperation and Facilitation of Investments' model*).



**CENTRE
SUD**

Chemin du Champ-d'Anier 17
1211 Genève
Suisse

Tél. : (4122) 791 8050

Fax : (4122) 798 8531

E-mail : south@southcentre.int

<http://www.southcentre.int>

Précédents rapports du Centre Sud sur les politiques liées à l'investissement

N° 3, juillet 2015 – India's Experience with BITs: Highlights from Recent ISDS Cases

N° 2, juillet 2015 – Crisis, Emergency Measures and the Failure of the ISDS System: The Case of Argentina

N° 1, juillet 2015 – Indonesia's Perspective on Review of International Investment Agreements