



## **Large soutien apporté au rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments**

Il est urgent non seulement d'encourager, mais aussi d'entreprendre un certain nombre d'actions pour donner suite au récent rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments créé par le secrétaire général des Nations Unies.

Telle a été la conclusion de la séance d'information sur le rapport organisée par le Centre Sud en coopération avec le Secrétariat du Groupe de haut niveau.

L'intervenante principale, Ruth Dreifuss, coprésidente du Groupe de haut niveau et ancienne présidente de la Confédération suisse, a présenté le rapport dans les détails en mettant l'accent sur les recommandations qu'il contient.

- **Pages 2-7**



Le Centre Sud a organisé une séance d'information sur le rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments créé par le secrétaire général de l'ONU en coopération avec le Secrétariat du Groupe.

### **Le Centre Sud adhère au rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments**



- **Page 8**

### **Affaire Philip Morris contre l'Uruguay : victoire de la santé publique sur les intérêts commerciaux**



- **Pages 9-10**

### **Exemples récents de pays en développement qui ont réformé leur régime de protection de l'investissement étranger**

- **Pages 11-18**



# Le Centre Sud appelle à mettre en pratique les recommandations du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments

Il est urgent non seulement d'encourager, mais aussi d'entreprendre un certain nombre d'actions pour donner suite au récent rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments créé par le secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (ONU).

Telle a été la conclusion de la séance d'information sur le rapport, organisée par le Centre Sud en coopération avec le Secrétariat du Groupe de haut niveau.

En tant qu'intervenante principale et coprésidente du Groupe de haut niveau et ancienne présidente de la Confédération suisse, Ruth Dreifuss a présenté le rapport dans les détails en mettant l'accent sur les recommandations qu'il contient.

Martin Khor, directeur exécutif du Centre Sud, et Mandeep Dhaliwal du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) et coordinatrice du Secrétariat du Groupe de haut niveau, ont également pris la parole, et c'est Germán Velásquez, conseiller spécial dans les domaines de la santé et du développement pour le Centre Sud, qui a présidé la réunion.

Des participants ont également posé des questions et émis des remarques.

La séance d'information destinée aux délégations des pays en développement et aux représentants de la société civile s'est tenue le 11 octobre 2016 au Palais des Nations, à Genève.

Nous présentons ci-dessous un compte-rendu de la séance dressé par Viviana Muñoz Tellez, coordinatrice du Programme sur le développement, l'innovation et la propriété intellectuelle (DIIP) du Centre Sud.

## Par Viviana Muñoz Tellez

Une séance d'information organisée par le Centre Sud à propos du dernier rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments créé par le secrétaire général de l'ONU s'est tenue le 11 octobre 2016 au Palais des Nations pour que la coprésidente du Groupe, Ruth Dreifuss, puisse exposer elle-même aux diplomates et aux représentants de la société civile les principaux points du rapport. Dans sa présentation, elle a particulièrement insisté sur les recommandations qu'il contient.

Le secrétaire général de l'ONU, Ban Ki-moon, a mis sur pied le Groupe de haut niveau en novembre 2015. Sa mission consistait à passer en revue des propositions et à recommander des solutions pour résoudre les disparités entre les politiques relatives aux droits légitimes des inventeurs, aux droits humains internationaux, au commerce et à la santé publique dans le contexte

des technologies de la santé. Le Groupe de haut niveau a publié son rapport final le 14 septembre 2016.

Le Groupe de haut niveau était présidé par Ruth Dreifuss, ancienne

présidente de la Confédération suisse, et Festus Gontebanye Mogae, ancien président de la République du Botswana, et comprenait 15 membres éminents. Le Groupe a reçu l'appui d'un groupe consultatif d'experts constitué de 25 membres issus de l'enseignement supérieur, du secteur privé, de la société civile, d'organisations des Nations Unies et d'organisations régionales compétentes.

## Exposés introductifs

La séance a été présidée par Germán Velásquez, conseiller spécial du Centre Sud dans les domaines de la santé et du développement. Il a rappelé que le Centre Sud avait soumis des propositions au Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments et avait adhéré au rapport final au moyen d'une déclaration publique.

Martin Khor, directeur exécutif du Centre Sud, a émis quelques remarques introductives. Il a assuré que le Centre Sud continuera à travailler en accord avec les objectifs énoncés dans le rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments et qu'il aidera les pays à mettre en œuvre les recommandations formulées dans le rapport.



Les intervenants à la séance d'information du Centre Sud sur le rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments (de gauche à droite) : Martin Khor, Centre Sud, Ruth Dreifuss, coprésidente du Groupe de haut niveau, Germán Velásquez, Centre Sud, et Mandeep Dhaliwal, coordinatrice du Secrétariat du Groupe de haut niveau.

**Mandeep Dhaliwal du PNUD, et coordinatrice du Secrétariat du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments**, est revenue en détail sur la création du Groupe ainsi que sur ses activités.

(Pour plus d'informations sur ces deux présentations, se reporter à l'article suivant.)

## **Présentation du rapport par Ruth Dreifuss**

**Ruth Dreifuss, coprésidente du Groupe de haut niveau**, a exposé les points clés du rapport. Elle a indiqué que le mandat du Groupe consistait à examiner les incohérences entre les réglementations, ce qui impliquait de définir des priorités parmi les buts que les décideurs veulent atteindre, afin de réaliser les droits humains et les objectifs de santé publique.

Certains obstacles à l'accès aux médicaments perdurent, d'autres surgissent. Parmi ceux qui subsistent figurent le manque de recherches sur les maladies qui touchent les pauvres ou concernent peu de personnes (sauf quand des maladies dites émergentes, comme les virus Zika et Ebola, deviennent une menace avérée), la difficile adaptation des traitements aux contextes et conditions locaux des pays pauvres et le coût inabordable des frais de santé quand ils sont à la charge directe des patients. Il faut aussi s'interroger sur la durabilité des progrès réalisés grâce aux partenariats publics-privés, aux communautés de brevets (*patent pools*) et aux licences volontaires.

Parmi les nouveaux obstacles figurent le fardeau croissant des maladies non transmissibles, l'augmentation de la résistance aux antimicrobiens, le coût élevé des nouveaux traitements qui entraîne une rationalisation même dans les systèmes de santé des pays développés, la nécessité de dissocier les coûts des activités de recherche-développement (R-D) du prix des traitements et le recours insuffisant aux éléments de flexibilité ménagés par l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

Il y a dix ans, à la suite de l'adoption de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), la Commission sur les Droits de Propriété intellectuelle,

l'Innovation et la Santé publique (CIPIH) de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS), alors présidée par Ruth Dreifuss, nourrissait l'espoir que le recours aux éléments de flexibilité en matière de droit de propriété intellectuelle augmenterait. Or, Ruth Dreifuss a fait état d'obstacles majeurs quant à leur utilisation.

Une nouvelle orientation de l'innovation biomédicale est nécessaire. L'une des cibles du troisième objectif de développement durable (ODD) consiste à soutenir la recherche et la mise au point de vaccins et de médicaments contre les maladies, transmissibles ou non. Le manque d'innovation biomédicale, qui ne concernait auparavant que les maladies tropicales négligées, est devenu un problème mondial. Des mesures de santé publique sont nécessaires, tout comme de nouveaux médicaments, vaccins, diagnostics et toutes sortes de dispositifs médicaux.

Il est nécessaire d'adopter une nouvelle ligne de conduite afin de garantir l'accès aux technologies médicales. L'ODD n°3 vise la couverture sanitaire universelle, ce qui inclut l'accès de tous à des médicaments et vaccins essentiels, sûrs, efficaces, de qualité et d'un coût abordable. L'accessibilité à un prix abordable pour tous les patients dépend en grande partie des lois sur les brevets (notamment des critères de brevetabilité) et des décisions prises par les autorités réglementaires et les autorités chargées des marchés publics. Il ne s'agit certes pas des seuls facteurs, mais de ceux sur lesquels le Groupe s'est concentré.

Ruth Dreifuss a indiqué que, dans le rapport, le Groupe de haut niveau émet des recommandations dans le domaine de la propriété intellectuelle, de la recherche financée par des fonds publics, des nouvelles incitations à la R-D, de la transparence, de la gouvernance et de l'obligation de rendre des comptes. Elle les a ensuite plus amplement présentées.

### **Recommandations sur la propriété intellectuelle :**

**- Il faut tirer pleinement parti des flexibilités prévues dans l'Accord sur les ADPIC.** Les États devraient adopter et mettre en œuvre des normes juridiques facilitant la délivrance rapide, juste et prévisible de licences obligatoires. Dans de nombreux pays, la législation actuelle ne permet pas de le

faire. Les membres de l'OMC devraient utiliser toute la marge de manœuvre offerte par l'Accord sur les ADPIC pour limiter la perpétuation des brevets (*evergreening*) et ne récompenser que les innovations réelles. Les membres de l'OMC doivent réviser le paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique afin de trouver une solution pour que les produits biomédicaux des pays ayant une capacité de production puissent être exportés rapidement et efficacement vers des pays sans capacité de production.

**- Il est nécessaire d'équilibrer les priorités dans les accords de libre-échange (ALE).** Les États et le secteur privé doivent s'abstenir d'user de menaces explicites ou implicites, de tactiques ou de stratégies qui nuisent au recours aux flexibilités prévues dans l'Accord sur les ADPIC. Les cas de pressions économiques ou politiques injustifiées devraient être signalés au Secrétariat de l'OMC à l'occasion de l'examen des politiques commerciales des membres. En cas de pressions politiques ou économiques, les membres devraient déposer une plainte et prendre des mesures répressives contre leurs auteurs. Les États qui mènent des négociations en vue de signer des accords relatifs à l'investissement ou des accords commerciaux bilatéraux ou régionaux devraient s'assurer qu'ils n'interfèrent pas avec le droit à la santé. Ils devraient évaluer les conséquences sur la santé publique avant de conclure de tels accords.

### **Recommandations sur la recherche financée par des fonds publics :**

**-La recherche financée par des fonds publics doit être mise au service de la santé publique.** Les institutions publiques finançant la recherche doivent exiger que les connaissances qui en découlent soient gratuitement et largement mises à disposition dans la littérature spécialisée. Plutôt que de chercher à tirer des profits des brevets et des licences, les universités et les instituts de recherche recevant des fonds publics devraient privilégier la recherche biomédicale et les connaissances qui servent à atteindre les objectifs de santé publique, notamment en délivrant des licences non exclusives, en participant à des communautés de brevets du secteur public et en faisant don de propriété intellectuelle.

## **Recommandations sur les nouvelles incitations à la R-D :**

- **Il faut trouver de nouvelles incitations à la R-D.** Les États doivent impérativement accroître leurs investissements en matière biomédicale afin de pourvoir aux besoins qui n'ont pas encore été comblés en matière de santé. Les États, l'industrie biomédicale, les institutions finançant les soins de santé et la société civile devraient mettre en place des modèles nouveaux ou complémentaires de financement et de récompense des activités de R-D en matière de santé. Le secrétaire général de l'ONU devrait inviter les États à engager des négociations sur la coordination, le financement et le développement des technologies de la santé afin d'établir une convention juridiquement contraignante instaurant la dissociation du coût de la R-D des prix de vente. Au préalable, les États devraient mettre sur pied un groupe de travail pour préparer un projet de code de principes pour la R-D biomédicale.

## **Recommandations à l'égard des États s'agissant de l'obligation de rendre des comptes et de la coordination :**

- **Les États devraient avoir l'obligation de rendre des comptes et de coordonner les lois.** Avec le concours du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), les États doivent examiner la situation de l'accès aux technologies de la santé dans leur pays au regard des principes des droits humains et de l'obligation qui est la leur de les respecter. Les résultats devraient être rendus publics. La société civile devrait être encouragée à fournir des rapports parallèles. À l'échelle nationale, les États devraient instaurer des organismes interministériels pour coordonner la législation, les plans stratégiques et les pratiques susceptibles d'avoir des conséquences sur l'accès à la santé et l'innovation technologique en matière de santé.

## **Recommandations à l'égard du système des Nations Unies s'agissant de l'obligation de rendre des comptes et de la coordination :**

- **Le système des Nations Unies a un rôle à jouer dans l'évaluation des progrès et dans la recherche d'une plus grande cohérence.** Le secrétaire général de l'ONU devrait créer une instance indépendante d'examen (composée d'un grand nombre de

membres provenant de différents pays), chargée d'évaluer les progrès réalisés en matière d'accès aux technologies de la santé et d'innovation technologique liée à la santé. Il devrait également établir un groupe de travail interinstitutionnel afin de renforcer la cohérence entre les organisations multilatérales travaillant dans ces domaines. D'ici à 2018, le secrétaire général de l'ONU devrait convoquer une session extraordinaire de l'Assemblée générale consacrée à l'innovation technologique et à l'accès aux technologies de la santé.

## **Recommandations sur la transparence dans le secteur biomédical :**

- **Davantage de transparence est nécessaire dans le secteur biomédical.** Les États devraient requérir que tous les fabricants et distributeurs rendent public les coûts respectifs de la R-D, de la production, du marketing et de la distribution de leurs produits. Ils devraient également exiger que soient divulgués les financements publics obtenus dans le cadre de la mise au point de technologies de la santé comme les crédits d'impôts, les subventions et les aides. L'OMS devrait établir et garder à jour une base de données des prix des médicaments brevetés, génériques et biosimilaires dans les pays où ils sont déposés.

## **Recommandations sur la transparence dans les essais cliniques :**

- **Les essais cliniques devraient être plus transparents.** Les États devraient exiger que soient rendues publiques toutes les données sur les essais cliniques, qu'ils aient été menés à bien ou interrompus et que les résultats obtenus aient été positifs ou non. Ils devraient exiger que les buts, les protocoles et les données des études, ainsi que les données anonymisées des patients soient accessibles à tous afin de faciliter la collaboration ouverte.

## **Recommandations pour un accès simplifié aux informations relatives aux brevets :**

- **Il faut faciliter l'accès aux informations sur les brevets.** Les États devraient, avec le concours de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), créer et entretenir des bases de données accessibles à tous contenant des informations sur les brevets protégeant des médica-

ments et des vaccins, telles que les noms normalisés des produits biologiques, les dénominations communes internationales et les dates de délivrance et d'expiration des brevets.

## **Recommandations à l'égard des entreprises biomédicales sur la transparence et l'obligation de rendre des comptes :**

- **Il faut que les entreprises biomédicales soient plus transparentes et rendent davantage de comptes.** Chaque année, les entreprises biomédicales du secteur privé investissant dans l'innovation devraient faire part des mesures qu'elles ont prises afin de favoriser l'accès aux technologies de la santé. Leur conseil d'administration devrait être chargé de rendre directement des comptes afin d'améliorer l'accès aux technologies de la santé. Elles devraient également mettre en place un programme public de contribution visant à améliorer l'accès aux technologies de la santé, comprenant des objectifs spécifiques, des échéances précises et une ligne de conduite claire concernant l'obligation de rendre des comptes.

Pour conclure sa présentation, Ruth Dreifuss a indiqué que les recommandations du Groupe visaient à fournir aux différents intéressés comme les organismes des Nations Unies, les pouvoirs publics, les patients et les entreprises privées des outils pour répondre aux besoins de tous. Ruth Dreifuss a invité les intéressés et toute autre personne à exploiter tout le potentiel de ces outils.

## **Débat ouvert**

Pendant le débat, plusieurs représentants ont pris la parole pour marquer leur accord avec le rapport et commenter son importance et ses résultats.

L'ambassadrice de Cuba a apporté son entière adhésion aux recommandations émises par le Groupe de haut niveau. Selon elle, les États ont la responsabilité de définir et mettre en œuvre les meilleures solutions pour l'avenir et le Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments peut jouer un rôle déterminant en préconisant ces solutions. Elle a affirmé que, pour pouvoir les mettre en œuvre, il faut de la bonne volonté et une véritable volonté politique et que, malheureusement, la communauté internationale connaît des divergences d'opinions à ce sujet. Elle a

recommandé aux États de souscrire au rapport et de promouvoir les stratégies qu'il propose à l'Assemblée générale des Nations Unies, à l'OMS et dans d'autres organismes.

Elle a ajouté que, bien que Cuba soit un petit pays disposant de ressources limitées et qu'il soit soumis à un embargo international, il est parvenu à fournir un accès universel et équitable aux technologies de la santé, ce qui montre bien qu'il s'agit d'un objectif réalisable. Parmi les facteurs du succès de Cuba figurent sa politique en matière de santé, son cadre juridique qui favorise l'accès à la santé, à l'éducation et à l'alphabétisation, le développement des biotechnologies, son efficace régime national de propriété intellectuelle qui protège les résultats obtenus et s'appuie sur les éléments de flexibilité ménagés par l'Accord sur ADPIC afin de protéger la santé publique et l'accès aux médicaments, une relation étroite entre les pôles de biotechnologies et les pouvoirs publics, l'appui et le contrôle de l'État, la création d'infrastructures, le capital intellectuel (humain et scientifique), l'intégration des industries biotechnologiques et pharmaceutiques et la priorité accordée à la consolidation des organismes de réglementation. Toutes les politiques, qu'elles soient en matière de santé, d'éducation, d'industrie, de technologie ou de propriété intellectuelle, ont convergé et se sont enrichies mutuellement.

L'ambassadeur du Brésil a indiqué que sa délégation ne peut que se montrer élogieuse vis-à-vis de ce rapport qui aborde toutes les questions pertinentes de façon très méthodique et formule d'intéressantes recommandations. Selon lui, grâce au rapport, les questions qui font l'objet de débats depuis plus de 20 ans, ont été remises au centre des préoccupations et les efforts se poursuivent pour les résoudre. Il a ajouté qu'il est nécessaire de suivre les recommandations du rapport dans les organismes officiels des Nations Unies. tout en reconnaissant que le refus de pays influents qui ne veulent pas s'appuyer sur le rapport pour faire avancer la situation demeure un obstacle. Il a expliqué que le Brésil, l'Inde et d'autres pays ont présenté une proposition pour inscrire au programme du Conseil exécutif de l'OMS une discussion portant sur le rapport du Groupe, mais que certains membres du Conseil l'ont rejetée. Par conséquent, il est pour lors im-

possible que le rapport soit discuté à l'OMS et il faut donc prendre des mesures pour lui donner suite.

Les représentants de la République bolivarienne du Venezuela, du Pakistan et de la République-Unie de Tanzanie, entre autres, ont également exprimé leur soutien au rapport.

Un représentant du Secrétariat de la CNUCED a exprimé la volonté de ce dernier d'aider à mettre en œuvre un certain nombre de recommandations. Il a indiqué que l'un des points clés du rapport est la recommandation visant à laisser les pays décider quelle est la meilleure façon de trouver un équilibre entre le commerce, la propriété intellectuelle, les droits humains et la santé publique. Il a ajouté qu'il est crucial de trouver de nouveaux espaces de discussions et des instances multilatérales capables de s'appropriier les recommandations et de renforcer la collaboration entre les différents organismes des Nations Unies.

### Conclusion du Centre Sud

À l'issue de la séance, Martin Khor a indiqué que le rapport bénéficie d'une grande légitimité publique et que de nombreux États et organisations de la société civile n'ont pas tari d'éloges à son sujet et lui ont apporté tout leur soutien, ce qui a compensé les quelques réactions négatives. Il a indiqué que les principaux points soulignés par Ruth Dreifuss et mis en exergue pendant la séance étaient les suivants : la nécessité de donner la priorité aux questions de santé sur d'autres objectifs, la nécessité pour les pays d'avoir connaissance des éléments de flexibilité prévus par l'Accord sur les ADPIC et de les exploiter pleinement, la nécessité de se rendre compte des risques que comportent les accords commerciaux qui restreignent la marge de manœuvre des États quant à l'utilisation des éléments de flexibilité, la proposition consistant à sanctionner, par l'intermédiaire de l'OMC, les membres qui feraient pression sur d'autres pour qu'ils ne fassent pas usage des éléments de flexibilité et la nécessité d'accroître la R-D sur les maladies négligées tout en cherchant urgemment de nouveaux modèles de R-D qui dissocient les coûts de l'innovation des prix des médicaments, mais qui, au contraire, reposent sur l'accès abordable aux médicaments.

Martin Khor a expliqué qu'il est désormais important que les États, les

organisations internationales, les organismes des Nations Unies, les associations de défense de la santé, la société civile et les professionnels de la santé prennent sérieusement en considération les recommandations du Groupe et qu'ils passent à l'action pour les concrétiser. Il a affirmé que le Centre Sud s'engageait à promouvoir le rapport et à aider à mettre en œuvre ses recommandations. Il a adressé ses remerciements à Ruth Dreifuss, au coprésident, aux autres membres du Groupe et au groupe consultatif d'experts, ainsi qu'au Secrétariat pour avoir produit un excellent rapport.

### Contributions du Centre Sud au Groupe de haut niveau

Le Centre Sud a présenté trois propositions au Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments. En outre, Carlos Correa, conseiller spécial dans les domaines du commerce et de la propriété intellectuelle au Centre Sud, était membre du groupe consultatif d'experts qui a apporté un appui technique au travail du Groupe.

### Liens recommandés :

**Le Rapport du Groupe de haut niveau et des informations supplémentaires sur ce sujet :** [www.unsgaccessmeds.org/final-report/](http://www.unsgaccessmeds.org/final-report/)

**Les propositions formulées par le Centre Sud auprès du Groupe de haut niveau :** <https://fr.southcentre.int/south-bulletin-91-18-juin-2016/>

**La déclaration du Centre Sud sur le soutien au rapport :** [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/12/160916\\_SC-statement-on-the-report-of-the-UNSG-HLP-on-Access-to-Medicines\\_FR.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/12/160916_SC-statement-on-the-report-of-the-UNSG-HLP-on-Access-to-Medicines_FR.pdf)

*Viviana Muñoz-Tellez est la coordinatrice du programme du Centre Sud sur le développement, l'innovation et la propriété intellectuelle (DIIP).*

# Informations générales sur le rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments

Le rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments créé par le secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (ONU) a fait l'objet d'une séance d'information, organisée par le Centre Sud et le Secrétariat du Groupe, pendant laquelle deux importants exposés ont précédé celui de Ruth Dreifuss, intervenante principale et coprésidente du Groupe. Se sont en effet exprimés Martin Khor, directeur exécutif du Centre Sud, et Mandeep Dhaliwal du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) et coordinatrice du Secrétariat du Groupe de haut niveau. Nous présentons ci-dessous un compte-rendu des deux exposés dressé par Viviana Muñoz Tellez, coordinatrice du Programme du Centre Sud sur le développement, l'innovation et la propriété intellectuelle (DIIP).



Le Centre Sud a organisé une séance d'information sur le rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments en coopération avec le Secrétariat du Groupe.

cerne pas seulement les pays en développement, mais aussi les pays développés. Par ailleurs, assurer la cohérence des règles et des politiques en matière de commerce, de propriété intellectuelle, de santé et de droits humains est un exercice difficile pour les États. C'est pourquoi, le Centre Sud avait salué la création du Groupe de haut niveau dont la mission consistait à déterminer quels étaient les meilleurs moyens pour harmoniser les réglementations.

En outre, après la publication du rapport, le Centre Sud a fait une déclaration dans laquelle il accueillait le rapport et ses recommandations avec satisfaction. Il a notamment souscrit à la nécessité de tirer pleinement parti des éléments de flexibilité ménagés par l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), à la dénonciation des pressions politiques exercées à l'encontre des pays afin qu'ils n'aient pas recours aux éléments de flexibilité, aux critiques émises à l'égard des dispositions des accords commerciaux et des accords d'investissement qui réduisent la marge de manœuvre des pays en matière de protection de la santé publique et à la nécessité d'instaurer un système de recherche-développement (R-D) où les coûts de l'innovation et les prix des technologies médicales sont indépendants l'un de l'autre et où l'innovation et l'accès à un coût abordable sont liés.

Martin Khor a réaffirmé l'engagement du Centre Sud à renforcer la sensibilisation au rapport et à en faire la promotion auprès des ministères de la santé publique, des autres pouvoirs publics, des organisations de protection de la santé et de la société civile afin qu'il soit transposé dans les législations nationales.

Mandeep Dhaliwal a déclaré que c'était un privilège pour le PNUD d'avoir collaboré avec le Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida (ONUSIDA) afin d'appuyer le Secrétariat du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments. Elle

## Par Viviana Muñoz Tellez

En guise d'introduction, **Martin Khor** a souligné l'importance du droit humain à la santé et le rôle essentiel que les États doivent jouer afin de garantir sa réalisation, en s'efforçant, entre autres, de fournir un accès universel aux technologies médicales. Le Conseil des droits de l'homme (CDH) a récemment reconnu le devoir des États en la matière dans une résolution historique portant sur l'accès aux médicaments, qu'il a adoptée principalement sur l'initiative des pays en développement.

Martin Khor a, en outre, souligné qu'il est pertinent de discuter le rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments au regard de la réalisation des objectifs de développement durable (ODD). Fournir un accès universel aux soins de santé constitue un formidable défi pour les pouvoirs publics, surtout dans les pays en développement, en raison notamment de la rareté des ressources. Le prix élevé des médicaments constitue un obstacle majeur à l'accès aux soins de santé à un coût abordable. Qui plus est, il est désormais admis que ce problème ne con-

a expliqué que le Groupe a examiné en détail le lien entre l'innovation et l'accès aux technologies de la santé. S'agissant de la charge mondiale de morbidité des maladies infectieuses comme le VIH/sida, la tuberculose, le paludisme et l'hépatite B et C, elle a indiqué qu'au total ces dernières sont responsables de plus de quatre millions de décès par an. Elle a ensuite dit que les maladies tropicales négligées telles qu'elles sont définies par l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) sont endémiques dans 149 pays et représentent 12 % de la charge mondiale de morbidité et qu'il faut encore ajouter celle des maladies non transmissibles, responsables de 38 millions de décès par an, dont 75 %, soit 28 millions en 2013, touchent les pays à revenu intermédiaire de la tranche inférieure.

De surcroît, le déficit d'innovation pour de nombreuses maladies reste problématique. De nombreux traitements ne présentent pas d'intérêt thérapeutique nouveau. Sur 850 produits thérapeutiques autorisés entre 2000 et 2011, 70 % intérêt thérapeutique nouveau. En outre, seuls 4 % d'entre eux servent à traiter des maladies négligées. Il faut également relever que l'innovation est lacunaire en ce qui concerne les antimicrobiens, comme les antibiotiques, ce qui fait peser une menace grave sur la santé publique. La tuberculose multirésistante (TB-MR) est à l'origine d'un nombre considérable de décès. Le traitement, susceptible d'entraîner des effets secondaires indésirables, peut durer deux ans et coûte 4 000 dollars par patient par an aux États-Unis.

La création du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments fait suite au rapport de 2012 de la Commission mondiale sur le VIH et le droit qui priait le secrétaire général de l'ONU d'établir un organe neutre et de haut niveau chargé de passer en revue des propositions et de recommander un nouveau régime de propriété intellectuelle pour les produits pharmaceutiques qui soit compatible avec les droits humains. La mise sur pied du Groupe a également fait suite à l'adoption, en septembre 2015, du Programme de développement durable à l'horizon 2030. L'ODD n° 3 du Programme vise à « permettre à tous de vivre en bonne santé et [à] promouvoir le bien-être de tous à tout âge ».

L'une des cibles de l'ODD n° 3 est de faire en sorte que chacun bénéfici-

d'une couverture sanitaire universelle, comprenant une protection contre les risques financiers et donnant accès à des services de santé essentiels de qualité et à des médicaments et vaccins essentiels sûrs, efficaces, de qualité et d'un coût abordable. Une autre cible consiste à appuyer la recherche et la mise au point de vaccins et de médicaments contre les maladies, transmissibles ou non, qui touchent principalement les habitants des pays en développement, à donner accès, à un coût abordable, à des médicaments et vaccins essentiels, conformément à la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique. Le Programme de développement durable établit un lien entre la santé et le développement. La santé est une condition *sine qua non* pour réaliser de nombreux autres ODD.

La mission du Groupe de haut niveau a été tirée du rapport de la Commission mondiale sur le VIH et le droit et des ODD. Le secrétaire général de l'ONU, Ban Ki-moon, a annoncé la création du Groupe le 19 novembre 2015. Le Groupe, composé de 15 membres, a été chargé de passer en revue des propositions et de recommander des solutions pour résoudre les disparités entre les politiques relatives aux droits légitimes des inventeurs, aux droits humains, au commerce et à la santé publique qui privent actuellement des millions de personnes d'un accès aux médicaments et aux technologies de la santé.

Le Groupe s'est fondé sur trois types de travaux complémentaires, à savoir les travaux d'un groupe de haut niveau, les travaux d'un groupe consultatif d'experts et les résultats de dialogues mondiaux, qui se sont tenus à Johannesburg et à Londres, où ont été examinées des propositions de solutions soumises par diverses parties prenantes, dont la société civile, les États et les industries. Le Groupe était chargé de formuler, au vu des informations recueillies, des recommandations concrètes reposant sur des données factuelles. Le Groupe a reçu 182 contributions provenant de la société civile, d'associations de patients, du secteur privé, du milieu universitaire, de centres d'action et de réflexion, d'États ou d'organismes publics, d'organisations internationales et de particuliers.

Les travaux du Groupe se sont également inscrits dans le contexte des faits nouveaux résultant du Conseil des droits de l'homme. En effet, une résolution relative à l'accès aux médicaments (A/HRC/32/L.23/Rev) et présentée par l'Afrique du Sud, le Brésil, la Chine, l'Égypte, Haïti, l'Inde, l'Indonésie, le Paraguay, le Pérou, le Sénégal, Sri Lanka, la Thaïlande et la Turquie, a été adoptée, en juin 2016, à l'occasion de sa trente-deuxième session. La résolution « [prenait] note avec satisfaction de la décision du Secrétaire général d'établir un groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments ».

Dans la résolution, le Conseil des droits de l'homme « demande aux États de promouvoir l'accès aux médicaments pour tous, notamment en mettant pleinement à profit les dispositions de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, [...] en reconnaissant l'importance de la protection de la propriété intellectuelle pour la mise au point de nouveaux médicaments ainsi que les préoccupations quant à ses effets sur les prix ». En outre, il « renouvelle l'appel lancé aux États pour qu'ils continuent de collaborer, selon qu'il convient, à l'élaboration de modèles et d'approches visant à dissocier le coût des nouveaux travaux de recherche-développement du prix des médicaments ». De plus, il « invite les États Membres et l'ensemble des parties prenantes, notamment les organes [...] des Nations Unies compétents, [...] les institutions nationales des droits humains, la société civile et le secteur privé, à promouvoir la cohérence politique dans les domaines des droits de l'homme, de la propriété intellectuelle, du commerce international et de l'investissement lorsqu'ils se penchent sur la question de l'accès aux médicaments ».

# Le Centre Sud adhère au rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments

Nous présentons ci-dessous la déclaration du Centre Sud au sujet du rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments qui a été publié le 14 septembre 2016.

Le Centre Sud fait sien le rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments créé par le secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (ONU) (1) et l'appel lancé aux États, aux organismes des Nations Unies et à d'autres organisations dont l'Organisation mondiale du commerce (OMC) pour qu'ils engagent des actions sur la base des recommandations du rapport.

D'après le rapport, en entreprenant des actions concertées la communauté mondiale de la santé peut accomplir des progrès notables dans le domaine de l'accès aux médicaments. Le rapport fait également remarquer que l'accès aux médicaments, aux vaccins et aux autres dispositifs médicaux est un motif de préoccupation pour tous les pays.

Le Centre Sud encourage l'Assemblée générale des Nations Unies à accueillir favorablement le rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments du secrétaire général de l'ONU et à convenir d'un mécanisme destiné à superviser la mise en œuvre des recommandations.

Sous la direction avisée des coprésidents Ruth Dreifuss et Festus Gotebanye Mogae, le Groupe est parvenu à concilier des points de vue très divers. Bien que les débats du Groupe n'aient pas été publics, sa composition et les remarques de certains de ses membres laissent à penser que certaines propositions susceptibles d'entraîner des changements considérables du modèle actuel de l'innovation pharmaceutique ne sont pas parvenues à recueillir un consensus. Néanmoins, le Groupe a réussi à formuler des recommandations pertinentes.

Parmi les plus importantes recommandations du Groupe de haut niveau, il faut citer les suivantes :

- Les membres de l'OMC devraient utiliser tout le potentiel de l'article 27 de l'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et adopter une définition plus rigide des concepts d'invention et de brevetabilité qui soient dans l'intérêt supérieur de la santé publique d'un pays et de sa population. Il faut

donc qu'ils modifient la législation pour limiter la perpétuation des brevets (*evergreening*) et qu'ils n'accordent des brevets qu'aux innovations réelles.

- Les États devraient adopter et mettre en œuvre des lois facilitant la délivrance de licences obligatoires.

- Les membres de l'OMC devraient réviser le paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique afin de trouver une solution pour que les produits pharmaceutiques fabriqués sous licence obligatoire puissent être exportés rapidement et efficacement.

- Les États et le secteur privé doivent s'abstenir d'user de menaces explicites ou implicites, de tactiques ou de stratégies qui portent atteinte au droit des membres de l'OMC d'avoir recours aux éléments de flexibilité prévus dans l'Accord sur les ADPIC.

- Les États qui mènent des négociations en vue de signer des accords relatifs à l'investissement ou des accords commerciaux bilatéraux ou régionaux devraient s'assurer qu'ils ne comprennent pas de dispositions interférant avec leur obligation de garantir le droit à la santé.

- Les universités et les instituts de recherche qui reçoivent des fonds publics doivent privilégier les objectifs de santé publique plutôt que de chercher à tirer profit des licences et des brevets.

- Les parties prenantes, notamment les États, l'industrie biomédicale, les institutions finançant les soins de santé et la société civile, devraient essayer de mettre en place des modèles nouveaux ou complémentaires de financement et de récompense de la recherche-développement (R-D) en matière de santé publique.

- Le secrétaire général de l'ONU devrait inviter les États à négocier des accords internationaux portant sur la coordination, le financement et la mise au point de technologies de la santé et, en particulier, une convention juridiquement contraignante instaurant la dissociation du coût de la R-D des prix de vente afin de promouvoir l'accès de tous à la santé.

- Les États devraient mettre sur pied un groupe de travail pour préparer un projet de code de principes pour la R-D biomédicale.

- Avec le concours du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), les États doivent examiner la situation de l'accès aux technologies de la santé dans leur pays au regard des principes des droits humains et de l'obligation qui est la leur de les respecter.

- Les États devraient exiger que soient communiqués aux autorités de réglementation des médicaments et aux autorités chargées des marchés publics les coûts respectifs de R-D, de production, de marketing et de distribution des technologies de la santé, ainsi que l'allocation de tout fond public destiné à la mise au point de technologies de la santé, ce qui comprend les crédits d'impôts, les subventions et les aides.

- Les États devraient rendre publiques toutes les données des essais cliniques, ainsi que les informations et les bases de données sur les brevets, les médicaments et les vaccins.

Le Centre Sud renforcera le soutien qu'il apporte à ses États Membres et à l'ensemble des pays du Groupe des 77 afin de mettre en œuvre les recommandations. Nombre d'entre elles sont en accord avec le travail actuel du Centre et concordent avec les propositions qu'il a soumises au Groupe de haut niveau. Le Centre Sud est également disposé à collaborer avec l'instance indépendante d'examen qui, ainsi que l'a recommandé le rapport, doit être créée par le secrétaire général de l'ONU. Elle sera chargée d'évaluer les progrès réalisés en matière d'accès à la santé et d'innovation technologique liée à la santé. (2)

(1) Le rapport du Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments créé par le secrétaire général de l'ONU (en anglais) : <http://static1.squarespace.com/static/562094dee4b0d00c1a3ef761/t/57d9c6ebf5e231b2f02cd3d4/1473890031320/UNSG+HLP+Report+FINAL+12+Sept+2016.pdf>

(2) Les propositions du Centre Sud soumises au Groupe de haut niveau sur l'accès aux médicaments créé par le secrétaire général de l'ONU : <https://fr.southcentre.int/south-bulletin-91-18-juin-2016/>

# Affaire Philip Morris contre l'Uruguay : victoire de la santé publique sur les intérêts commerciaux

Par Germán Velásquez

Dans une décision historique qui a été présentée comme une victoire de la santé publique sur les grands intérêts commerciaux, un tribunal international a rejeté une action introduite par le géant du tabac Philip Morris à l'encontre de l'État uruguayen qu'il accusait de porter atteinte à ses droits en instaurant des mesures de lutte contre le tabagisme.

La décision était très attendue, car il s'agissait du premier recours international déposé contre un État pour avoir pris des mesures visant à contrôler la commercialisation des produits du tabac.

Philip Morris a déposé une demande d'arbitrage en février 2000 contre l'État uruguayen devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) au titre d'un accord bilatéral d'investissement (ABI) entre l'Uruguay et la Suisse. La décision a été rendue le 8 juillet 2016.

En vertu d'un ABI, des sociétés étrangères peuvent poursuivre un État hôte pour plusieurs motifs, parmi lesquels l'application de mesures qui constituent une expropriation des profits escomptés ou une atteinte au principe de *traitement juste et équitable*. Les accords d'investissement et les tribunaux arbitraux comme le CIRDI ont été fortement critiqués ces dernières années, notamment parce que ces derniers ont pris des décisions favorables aux entreprises qui, selon ses détracteurs, portent atteinte aux droits des États de légiférer dans l'intérêt public.

Dans l'affaire opposant Philip Morris à l'Uruguay, le tribunal a rejeté le recours déposé par le géant du tabac et a fait prévaloir que les mesures de protection de la santé publique adoptées par l'Uruguay étaient légales.

Le président uruguayen Tabaré Vázquez a réagi à la décision rendue le 8 juillet en déclarant : « Nous avons montré devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements que notre pays, sans violer aucun accord international, a honoré son ferme engagement à protéger la santé de sa population [...] À l'avenir, quand les fabricants de tabac essayeront de s'attaquer aux réglementations adoptées dans le cadre de la convention-cadre

pour la lutte anti-tabac en les menaçant de procédures judiciaires, ils [les pays] auront un précédent sur lequel s'appuyer. »

**La décision a été annoncée par le tribunal comme suit :**

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENT (BANQUE MONDIALE), WASHINGTON, D.C., 8 juillet 2016

PHILIP MORRIS BRANDS (DEMANDEURS) et RÉPUBLIQUE ORIENTALE DE L'URUGUAY (DÉFENDEUR)

(AFFAIRE DU CIRDI n° ARB/10/7)

DÉCISION

« Pour les motifs exposés ci-avant, le Tribunal décide que :

1) La demande des demandeurs est rejetée ; et

2) Les demandeurs verseront au défendeur la somme de 7 millions de dollars à leurs frais, et supporteront tous les honoraires et frais du Tribunal et les honoraires et frais administratifs du CIRDI, et rembourseront au défenseur toutes les sommes versées au Centre à ce titre. » [Traduction non officielle]

## Exposé des faits

Philip Morris International a engagé une procédure à l'encontre de l'État uruguayen devant le CIRDI de la Banque mondiale, en février 2010. Il s'agissait de la première affaire où l'industrie du tabac attaquait un État devant un tribunal international.

D'après Philip Morris International, les mesures visant à protéger la santé publique prises par le Ministère uruguayen de la Santé portaient atteinte à ses droits de propriété intellectuelle et ne respectaient pas les obligations contractées par l'État dans l'accord bilatéral d'investissement (ABI) signé avec l'État suisse.

Philip Morris International contestait deux mesures. La première était l'instauration, en 2008, de l'obligation d'une *présentation unique* qui interdisait aux fabricants de cigarettes de commercialiser plus d'un produit sous le même nom de marque, à cause de laquelle le fabri-

cant de tabac a dû retirer du marché 7 de ses 12 produits. Philip Morris alléguait que la restriction imposant de ne commercialiser qu'un seul produit avait de lourdes conséquences sur la valeur de la société.

La deuxième mesure que Philip Morris contestait était la *règlementation 80/80*. Un décret présidentiel a fait passer la surface des paquets de cigarettes devant être couverte par des avertissements sanitaires graphiques de 50% à 80 %, ne laissant que 20 % de la surface totale du paquet aux entreprises pour faire figurer le nom de marque et de la publicité.

L'Uruguay a adopté de fortes mesures contre le tabagisme pour se conformer à la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la Santé pour la lutte anti-tabac (Convention-cadre), compte tenu des éléments scientifiques montrant que la consommation de tabac entraîne la dépendance, est dangereux pour la santé et peut causer la mort.

D'après le Ministère uruguayen de la Santé (1), depuis que l'Uruguay a lancé son programme de lutte anti-tabac, en 2003, sa grande campagne contre le tabagisme a fait baisser l'usage du tabac de manière substantielle et comme jamais cela n'a été le cas auparavant.

De 2005 à 2011, la consommation de cigarettes par personne a diminué de 25,8%. Le tabagisme chez les jeunes âgés de 12 à 17 ans est passé de 30% à 9,2% de 2003 à 2011. Selon les chiffres du Ministère de la Santé, depuis l'application des législations relatives aux environnements sans tabac, le nombre d'hospitalisation pour infarctus aigu du myocarde a baissé de 22%.

S'agissant de la première affaire internationale, elle revêt une importance capitale pour les débats similaires qui ont lieu dans d'autres instances, comme l'Organisation mondiale du commerce (OMC), où des États contestent les mesures de lutte anti-tabac prises par d'autres États. C'est une grande victoire pour un État se heurtant aux menaces commerciales des fabricants du tabac qui remettent en cause les mesures contre le tabagisme.

La décision appuie les États qui choisissent d'exercer leur droit souverain de mettre en place des lois et des stratégies pour limiter les ventes de produits du

tabac à des fins de protection de la santé publique.

C'est la victoire de David contre Goliath. En 2013, Philip Morris a engrangé 80,2 milliards de dollars, alors que le produit intérieur brut (PIB) de l'Uruguay s'élève à 55,7 milliards de dollars. Todd Weiler, un avocat spécialisé dans les arbitrages internationaux relatifs aux accords d'investissement, a déclaré que l'action intentée n'était rien d'autre que la tentative cynique d'une puissante multinationale de vouloir faire un exemple avec un petit pays aux ressources limitées confronté à une action juridique internationale suffisamment financée. (2)

Le fait que les secrétariats de l'OMS et de la Convention-cadre ont présenté, dans la procédure, un mémoire en tant qu'*amicus curiae* est un élément important de l'affaire.(3)

Le mémoire exposait les aspects généraux de la lutte mondiale anti-tabac, et notamment le rôle de la Convention-cadre. Il donnait des éléments de santé publique sous-tendant la législation uruguayenne relative au conditionnement et à l'étiquetage des produits du tabac et détaillait la pratique des États mettant en œuvre des mesures semblables.

Le tribunal a accepté le mémoire pour le motif qu'il apportait un point de vue indépendant sur l'objet du différend et une expertise d'*organismes compétents*. Il s'en est remis au mémoire à plusieurs points de l'analyse factuelle et juridique dans sa décision.

En outre, le tribunal a noté qu'il acceptait la présentation du mémoire étant donné les intérêts publics dont il était question dans cette affaire et parce qu'il favoriserait la transparence de la procédure.

**La décision du tribunal a confirmé que l'Uruguay pouvait maintenir les réglementations suivantes :**

1) Interdiction pour les fabricants de tabac de commercialiser des cigarettes d'une manière qui fasse croire que certaines cigarettes sont moins dangereuses que d'autres.

2) Obligation pour les fabricants de tabac d'utiliser 80% de la surface totale des paquets de cigarettes pour y apposer des mises en garde graphiques ou textuelles sur les dangers du tabac pour la santé.

Selon Chakravarthi Raghavan (4), il faut noter plusieurs conclusions juridiques prises par le tribunal arbitral dont :

1. L'Uruguay n'a porté atteinte à aucune des obligations qui lui incombent au titre de l'ABI signé avec la Suisse, ni ôté à Philip Morris aucune protection prévue par ledit accord.

2. Les mesures réglementaires de l'Uruguay ne constituaient pas une expropriation des profits de Philip Morris. Elles ne constituaient que l'exercice de bonne foi du pouvoir souverain de l'Uruguay de protéger la santé publique.

3. Les mesures prises par l'Uruguay ne constituaient pas un refus d'accorder un *traitement juste et équitable* à Philip Morris, car elles n'ont pas été prises arbitrairement ; il s'agissait de mesures rationnelles, fondées sur d'importantes preuves scientifiques et largement appuyées par la communauté mondiale spécialisée en matière de lutte anti-tabac.

4. Les mesures adoptées par l'Uruguay ne constituaient pas des moyens *déraisonnables et discriminatoires* de dénier à Philip Morris l'usage et la jouissance de ses droits de marque ou de fabrique, car elles ont été prises dans le but de répondre à des préoccupations légitimes et non pas dans l'intention de spolier Philip Morris de la valeur de ses investissements.

### Conclusion

Cette décision est historique, car elle confirme que l'Uruguay mais aussi tous les États ont le droit souverain d'adopter des lois et des réglementations pour protéger la santé publique en réglementant la commercialisation et la distribution des produits du tabac.

Il faut espérer que beaucoup d'autres pays, qui attendaient cette décision avant d'adopter des réglementations similaires, suivront l'exemple de l'Uruguay. Comme l'a déclaré le président

uruguayen, il est temps que d'autres nations prennent part au combat qu'a commencé l'Uruguay, sans avoir peur des représailles des puissants fabricants de tabac, comme l'Uruguay.

Cela étant, l'opinion publique dans le monde entier est encore très critique à l'égard des accords bilatéraux d'investissement et du fait qu'ils réduisent la marge de manœuvre des pays dans le choix de leurs politiques, dont les politiques de santé publique. Des décisions prises par d'autres tribunaux arbitraux du CIRDI et d'autres centres d'arbitrage demeurent des sujets de vives préoccupations, car elles étaient favorables aux sociétés demanderesse et ont imposé aux États de payer de lourdes indemnités. Bien que dans l'affaire opposant Philip Morris et l'Uruguay le tribunal ait eu raison d'appuyer le droit de l'État de légiférer dans l'intérêt de la santé publique, il est légitime que les craintes persistent. D'autres tribunaux se prononçant dans d'autres affaires pourraient ne pas être aussi propices à l'intérêt public.

### Notes :

(1) ITC Uruguay National Report 2006-2012

(2) A. Nightingale, "The Significance Of Uruguay's Win Over Philip Morris International", *IP Watch* (Genève, 21/07/2016).

(3) <http://www.who.int/tobacco/communications/news/international-legal-tribunal-states-right-to-protect-health/en/>

(4) Chakravarthi Raghavan, "Uruguay: Wins dispute before ICSID over its tobacco control policies," South-North Development Monitor (SUNS) et TWN Info Service on Health Issues, 18 juillet 2016.

*Germán Velásquez est le conseiller principal du Centre Sud chargé des questions de santé et de développement.*



Exposition publique à Montevideo (Uruguay) montrant les produits toxiques présents dans le tabac.

# Exemples récents de pays en développement qui ont réformé leur régime de protection de l'investissement étranger



Rob Davies, ministre sud-africain du commerce et de l'industrie, pendant son discours à la réunion parallèle organisée par le Centre Sud sur le thème des approches adoptées par les pays en développement pour réformer la réglementation en matière d'investissement, du dialogue Sud-Sud et de la coopération.

gers n'est plus contestée, car le système est défaillant, coûte cher et, très souvent, constitue un obstacle au développement.

D'après la CNUCED, depuis 2012, au moins 110 pays ont révisé leurs politiques d'investissement national et international et au moins 60 pays ont élaboré ou élaborent de nouveaux modèles d'accords internationaux d'investissement (AII). La CNUCED note qu'aujourd'hui, la question n'est pas de savoir s'il faut faire une réforme, mais de savoir ce qu'il faut réformer, comment et dans quelle mesure.

Manuel Montes a dit qu'il faut donc se demander comment mener la réforme. Il a expliqué que plusieurs pays, développés et en développement, renvoient leur manière de gérer les traités d'investissement et le système de règlement des différends entre Etats et investisseurs, et cherchent notamment la manière d'équilibrer les droits et les responsabilités des investisseurs tout en maintenant le droit souverain de l'Etat de réglementer.

Bien que la réforme des traités protégeant l'investissement international soit en cours, elle n'en est qu'à ses débuts. En outre, s'il semble se dégager une majorité sur la nécessité de faire une réforme, la manière de procéder diffère substantiellement selon les pays.

Manuel Montes a expliqué que plusieurs pays en développement se sont retirés des accords d'investissement qu'ils avaient signés et qu'ils cherchent des solutions de remplacement soit par l'adoption de lois nationales, soit par l'élaboration de nouveaux modèles de traités d'investissement plus équilibrés. Dans leur processus de révision, les pays s'efforcent de trouver des modalités plus équilibrées et de réduire leurs obligations juridiques dans le cadre du mécanisme de règlement des différends entre Etats et investisseurs quand ils prennent des mesures réglementaires dans l'intérêt public. L'Indonésie a révisé son modèle d'accord d'investissement en 2015, l'Inde a révélé son nou-

Par Manuel Montes et Adriano José Timossi

## Introduction

Pendant la quatorzième session de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, le Centre Sud et le gouvernement d'Indonésie, par l'intermédiaire de la Mission d'Indonésie à Genève, ont organisé une réunion parallèle sur le thème **des approches adoptées par les pays en développement pour réformer la réglementation en matière d'investissement, du dialogue Sud-Sud et de la coopération.**

Le but de la réunion était d'étudier comment certains pays en développement ont procédé pour réformer le régime de protection de l'investissement, y compris les traités en la matière et le système de règlement des différends entre Etats et investisseurs, et réfléchir sur l'importance du dialogue Sud-Sud dans la manière d'aborder le régime des traités d'investissement à l'avenir.

La réunion a eu lieu, le 20 juillet 2016, dans le cadre du Forum mondial de l'investissement organisé à l'occa-

sion de la quatorzième session de la Conférence.

Le débat a été animé par Manuel F. Montes, conseiller principal dans les domaines de la finance et du développement pour le Centre Sud. Rob Davies, ministre sud-africain du commerce et de l'industrie et figure emblématique des questions de développement, a fait un discours inaugural. Parmi les experts figuraient **Alexandre Parola**, directeur du département d'économie du Ministère brésilien des affaires étrangères, **Chanchal Sarkar**, directeur du Fonds national pour l'investissement et les infrastructures du département des affaires économiques de l'Inde et **Noorman Effendi**, directeur adjoint chargé des questions liées au commerce, à l'industrie, à l'investissement et aux droits de propriété intellectuelle du Ministère indonésien des affaires étrangères. La réunion a également fait place à un débat interactif.

## Remarques liminaires

Dans ses remarques liminaires, Manuel Montes a déclaré que la nécessité de réformer le régime international de protection des investisseurs étran-

veau modèle d'accord d'investissement, l'Afrique du Sud a adopté une nouvelle législation en matière d'investissement national qui est entrée en vigueur fin 2015 et le Brésil a mis au point un accord type sur la coopération et la facilitation de l'investissement.

Manuel Montes a fait remarquer que les propositions de réforme des pays en développement sont des propositions *testées sur le terrain* et inspirées de leur expérience et qu'il ne s'agit donc pas de réformes basées sur la théorie qui reposent sur les instances exceptionnelles où le système a *fonctionné*. Cependant, bien qu'ils prônent la démocratie, la bonne gouvernance et la souveraineté du droit, de nombreux pays développés continuent de promouvoir un système qui comprend des défauts fondamentaux allant à l'encontre de ces principes. Le modérateur a affirmé qu'il est temps pour le Sud de devenir un décideur, plutôt qu'un suiveur.

Il a également remercié le gouvernement d'Indonésie pour son soutien dans l'organisation de cette réunion parallèle. Il a souligné que l'Indonésie aussi a réinventé son accord type de protection de l'investissement. Il a dit qu'il existait beaucoup de points communs entre les pays africains et l'Indonésie en ce qui concerne l'investissement direct étranger (IDE), car ils se concentrent tous les deux sur les industries minières et extractives tournées vers les marchés d'exportation.

L'orateur principal et les experts ont félicité le Centre Sud et le gouvernement d'Indonésie d'avoir organisé cette réunion pour aborder un sujet d'une aussi grande importance pour les pays en développement.

### **Discours de Rob Davies, ministre sud-africain du commerce et de l'industrie et orateur principal**

Rob Davies a d'abord exprimé sa gratitude envers le Centre Sud et son directeur exécutif, Martin Khor, en soulignant le soutien que ce dernier a apporté au gouvernement de l'Afrique du Sud dans la recherche de solutions aux problèmes de développement. Il a rappelé que Martin Khor s'était rendu en Afrique du Sud à de nombreuses occasions et a mentionné le rôle que joue le Centre Sud en tant que source d'informations pour le gouvernement.

Le ministre sud-africain a fait remarquer qu'il existe des modèles antagoniques en ce qui concerne les flux d'investissements et la protection de l'investissement. Il a expliqué que l'Afrique du Sud s'est laissée persuader d'adopter le paradigme dominant. Quand le premier gouvernement démocratique a été élu en 1994 et pendant la période d'élaboration de la Constitution, le pays a fait face à de nombreuses incertitudes quant aux intentions du nouveau gouvernement au sujet du traitement des investisseurs. Le Gouvernement a fini par se convaincre de suivre le modèle qui protège fortement les investisseurs contre l'expropriation directe ou indirecte, dans l'espoir d'attirer les investissements étrangers qui contribueraient à diversifier l'économie.

Par conséquent, a poursuivi le ministre sud-africain, l'Afrique du Sud est entrée dans ce que la CNUCED décrit comme une structure de prolifération ou de multiplication de plus de 3000 accords bilatéraux d'investissement (ABI) en signant et ratifiant plusieurs ABI, essentiellement avec des pays développés mais aussi avec des pays en développement. Il a indiqué que ces accords étaient fondés sur le modèle de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), dont les normes de protection étaient imprécises, y compris les principes de traitement juste et équitable et de traitement national, et que beaucoup d'entre eux prévoyaient leur reconduction automatique, sauf préavis de cessation.

Il a exposé que le problème que posaient ces accords est devenu flagrant lorsque les politiques publiques, comme le programme d'autonomisation des Noirs, ont été remises en question par les investisseurs dans des règlements des différends entre Etats et investisseurs. Il est alors devenu évident pour le gouvernement qu'il ne pouvait pas se permettre de continuer à utiliser ces traités pour fonder ses relations avec les investisseurs. C'est aux alentours de 2007 que l'Afrique du Sud a commencé une révision complète de ses politiques et traités en matière d'investissement ; et c'est le résultat qui en est ressorti qui est utilisé depuis.

D'abord, l'Afrique du Sud a étudié la corrélation entre les ABI et les flux d'IDE. L'analyse a montré que l'IDE

provenant des pays avec lesquels l'Afrique du Sud avait signé des accords d'investissement n'est pas conséquent et que, au contraire, l'IDE venant de pays avec lesquels l'Afrique du Sud n'avait pas signé d'accords, comme les Etats-Unis et le Japon, est important.

Ensuite, une analyse du système de règlement des différends entre Etats et investisseurs, y compris ceux portés devant le Centre international pour le règlement des différends aux investissements (CIRDI), a mis en évidence que ces affaires coûtaient de plus en plus cher. L'interprétation relativement vaste des normes de protection, comme les expropriations indirectes ou le *traitement juste et équitable*, qu'ont données les tribunaux d'arbitrage ont attiré les investisseurs sans scrupules qui ont déposé des plaintes pour des motifs frivoles. Plusieures de ces investisseurs ne contribuent pas à la création de capacités de production des pays hôtes. L'une des affaires les plus révoltantes est celle du fabricant de tabac qui a attaqué l'Uruguay pour les mesures de lutte contre le tabagisme que le pays a prises. L'affaire a montré que les Etats pouvaient se retrouver dans des positions délicates en exerçant leurs responsabilités d'intérêt public. Dans cette affaire, la décision du tribunal a été favorable au gouvernement. Le ministre sud-africain a également évoqué le procès intenté par une société minière contre l'Afrique du Sud au sujet d'un permis d'exploitation minière, où l'investisseur prétendait être victime d'une expropriation indirecte.

C'est pourquoi le gouvernement sud-africain a décidé de réviser son modèle de protection de l'investissement pour le centrer sur la promotion de l'investissement, se rapprochant ainsi de la démarche du Brésil. La manière de faire sud-africaine prend en compte la réalité de la conjoncture actuelle de l'investissement étranger, dans laquelle une grande partie de l'investissement étranger consiste en des investissements de portefeuille. La majorité des flux d'IDE sont le résultat de fusions-acquisitions. Rob Davies s'est demandé où était la nécessité d'attirer et de promouvoir ce type d'investissement volatil et mobiles.

Il a cité plusieurs éléments qui régissent le cadre sud-africain relatif à

l'investissement. Les premiers éléments sont des programmes sectoriels faisant partie intégrante de la politique industrielle de l'Afrique du Sud, qui crée un cadre attractif pour les investisseurs dans des secteurs spécifiques. Le ministre a suggéré que l'identification d'un train de mesures en faveur du développement autour de programmes sectoriels peut être plus efficace pour attirer les investissements que les protections prévues dans les accords d'investissement. Le ministre s'est appuyé sur l'exemple du programme dans l'industrie automobile, qui a besoin d'être protégée par des mesures incitatives et tarifaires. Il a cité le secteur automobile australien qui est sur le point de s'écrouler après la suppression des mesures incitatives. En Afrique du Sud, le programme sectoriel de l'automobile a donné lieu à de nombreux investissements. Le ministre a expliqué que le pays a également élaboré un programme relatif à l'énergie renouvelable et que de nombreux investisseurs sont attirés par les programmes sectoriels de l'Afrique du Sud. L'absence d'ABI n'a pas réduit les possibilités de développer la politique industrielle s'appuyant sur ces programmes sectoriels.

Le deuxième élément du cadre sud-africain relatif à l'investissement cité par le ministre est la facilitation de l'investissement. L'Afrique du Sud a pris des mesures plus efficaces pour attirer des investisseurs ciblés dans des programmes sectoriels et pour faciliter les investissements dans ces secteurs. Un comité présidé par le président de l'Afrique du Sud supervise les travaux de l'organisme chargé de l'investissement, coordonne son action avec les comités des organes législatifs et fixe des cibles en matière de prise de décision.

Le troisième élément clé du cadre sud-africain relatif à l'investissement présenté par le ministre sud-africain est une nouvelle législation qui offre plusieurs garanties à tous les investisseurs étrangers et nationaux. Le gouvernement s'est efforcé de trouver un équilibre entre les droits des investisseurs, la protection contre l'expropriation et le droit du gouvernement à légiférer. La loi a rencontré une forte opposition lorsqu'elle a été proposée, à une époque où l'Afrique du Sud commençait à se retirer de nombreux ABI, malgré les clauses de maintien en vigueur



De gauche à droite : Manuel Montes (Centre Sud), Noorman Effendi (Indonésie), Alexandre Parola (Brésil), Chanchal Sarkar (Inde) et Rob Davies (Afrique du Sud).

qui prolongeaient la protection prévue par les ABI de 10 ou 15 années supplémentaires pour les investissements déjà réalisés au moment de la dénonciation des traités. Le retrait des ABI n'a pas donné lieu à une baisse de la croissance de l'investissement. Les efforts pour faciliter l'investissement, combinés à l'élaboration de la nouvelle législation ont contribué à créer un cadre solide pour l'investissement.

Le ministre a ensuite souligné l'importance qu'accorde l'Afrique du Sud au contexte régional, l'idée étant que le destin de l'Afrique du Sud est lié au continent. Les initiatives prises pour promouvoir le commerce régional et l'investissement sur le continent s'inscrivent dans l'optique de diversification et d'industrialisation. Le ministre a expliqué qu'à cet effet l'Afrique du Sud prend des mesures pour accroître ses investissements dans la région et que les entreprises sud-africaines suivent un code de conduite qui leur impose notamment de payer des impôts et de respecter les lois nationales.

Le ministre Davies a attiré l'attention sur la pression qui est mise pour remettre à l'ordre du jour le modèle multilatéral relatif à l'investissement préconisé par l'OCDE. Certains des résultats de la Conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui a eu lieu à Nairobi et les nouvelles questions que l'on essaie de négocier, comme le commerce électronique et la concurrence, pourraient bien se retrouver supervisés par un solide accord multilatéral sur l'investis-

sement. Le ministre sud-africain a également évoqué les discussions qui ont actuellement lieu au Centre international pour le règlement des différends aux investissements (CIRDI), les discussions sur un tribunal mondial chargé des questions d'investissement et la proposition de principes directeurs non contraignants du Groupe des Vingt (G20), très généralistes et abstraits.

Pour le ministre sud-africain, les manières d'attribuer les responsabilités aux investisseurs, le droit des gouvernements de légiférer, la marge de manœuvre nécessaire dans le choix des politiques en faveur du développement et de l'industrialisation et les réformes des mécanismes de règlement des différends entre Etats et investisseurs sont des questions qui méritent d'être davantage examinées. Il a aussi annoncé que des discussions avec le Brésil pourraient mener à la création d'un nouveau modèle d'accord relatif à l'investissement pour l'Afrique du Sud. Ce dernier pourrait contribuer à mettre en pratique d'autres conceptions de protection et de promotion de l'investissement, qui seront très différentes du modèle défendu par l'OCDE.

Le ministre a également dit que des discussions sont aussi en cours sur l'avenir des accords d'investissement conclus avec ses partenaires développés traditionnels. L'Union européenne (UE) espère que le prochain sommet qu'elle tiendra avec l'Afrique prendra le chemin d'un accord UE-Afrique sur

l'investissement. Des discussions ont aussi été entamées au sujet du futur de l'African Growth and Opportunity Act (loi en faveur de la croissance de l'Afrique et de son accès aux marchés) et de son éventuel remplacement. Rob Davies a affirmé que les défis du continent africain, comme le développement des infrastructures et la gestion de l'investissement, doivent être au centre de ces discussions. Dans ces accords, il faut s'efforcer de stimuler les capacités de production des pays africains, sans quoi l'accord commercial ne changera rien.

## Discours des experts

### Alexandre Parola, directeur du Département économique du Ministère des affaires étrangères du Brésil

Alexandre Parola est revenu sur la notion de *changement de paradigme* évoquée par Rob Davies. Pour lui, tous les modèles existants sont déficients, pas uniquement ceux du domaine de l'investissement. Il a continué en expliquant que le mal qui touche l'économie internationale depuis 2008 est une preuve qu'il faut changer de modèle. Il a dit que les symptômes sont visibles et qu'il ne reste qu'à faire le bon diagnostic. Il a constaté que beaucoup de pays pratiquent des taux d'intérêt nuls, une tendance inhabituelle à long terme, et que personne ne sait comment utiliser les grandes quantités de liquidités, mis à part pour spéculer sur les prix des actifs. Selon lui, un processus de démondialisation a commencé : ces cinq dernières années, l'économie mondiale a crû plus vite que les échanges commerciaux, ce qui est un signe important du processus de démondialisation. Par ailleurs, il a dit qu'il fallait faire preuve de prudence pour gérer les chaînes de valeur mondiales qui sont susceptibles d'être une nouvelle manière de répartir très injustement le travail à l'échelle internationale.

Alexandre Parola a expliqué brièvement comment le Brésil aborde les accords internationaux en matière d'investissement. Il a dit que, ces dernières décennies, beaucoup d'efforts ont été déployés pour créer un cadre réglementaire international global régissant l'investissement étranger. C'est le manque de consensus entre les exportateurs et les importateurs de capitaux qui a fait émerger les ABI comme des solutions alternatives aux négociations multilatérales.

D'après la CNUCED, pendant les années 1990, les ABI ont proliféré et sont plus de 3000 aujourd'hui, a-t-il continué. Et d'ajouter que des analyses avaient montré les limites des ABI, notamment en ce qui concerne les restrictions de l'autonomie réglementaire et de la capacité des Etats à adopter des politiques publiques, le traitement plus favorable accordé aux investisseurs étrangers qu'aux investisseurs nationaux, les coûts économiques et politiques élevés que représentent les procédures d'arbitrage, l'obligation des Etats à verser des indemnités onéreuses et le manque de transparence des décisions prises au titre de procédures d'arbitrages.

Ces accords, a-t-il poursuivi, contiennent des dispositions spécifiques en matière de protection, qui ont pour but d'apporter plus de garanties aux investisseurs étrangers, par exemple contre l'expropriation indirecte, et qui classe les mesures réglementaires ayant des effets néfastes sur un investissement parmi les mesures d'expropriation indirecte. Il a dit que ces accords mettent en place des mécanismes de règlement des différends entre Etats et investisseurs, qui créent un forum exclusif où les investisseurs étrangers peuvent porter plainte contre les Etats hôtes et s'appuyent sur des définitions très larges de l'investissement, dont l'investissement de portefeuilles, comme les investissements réalisés sur les marchés financiers. Il a déclaré que ces concepts sont inacceptables pour le Brésil.

Et de continuer que le nombre important d'ABI a donné lieu à plus de 600 règlements des différends connus et que 98 pays ont dû y faire face au moins une fois. Les trois-quarts des affaires ont concerné des pays en développement et des économies en transition, et la plus grande partie de toutes les affaires (29%) a concerné les pays d'Amérique latine et des Caraïbes.

Le nombre excessif des procédures intentées au titre des ABI a des répercussions sur le monde des affaires et sur les efforts faits pour attirer l'investissement dans les pays en développement, ainsi que sur la capacité réglementaire des Etats à servir les intérêts légitimes de la population dans des domaines tels que la santé, l'environnement et la sécurité publique. C'est pour cette raison, a affirmé Alexandre

Parola, que la prévention des différends est préférable, à la fois pour attirer et faire durer l'investissement.

Ces dernières années, la malheureuse expérience de beaucoup de pays a montré les limites de ces accords, en particulier le caractère inapproprié du mécanisme de règlement des différends entre Etats et investisseurs. Des pays comme l'Afrique du Sud, l'Australie, l'Inde et l'Indonésie, parmi beaucoup d'autres, ont révisé les ABI qu'ils avaient signés et, parfois, ont pris des mesures pour y mettre un terme.

Ainsi, le gouvernement brésilien a élaboré un nouvel accord type sur l'investissement aux modalités plus constructives et dont le but est d'encourager la coopération institutionnelle et de faciliter l'investissement solidaire entre les parties. La proposition, appelée Accord de coopération et de facilitation de l'investissement, est le fruit de longues concertations avec des organisations internationales et le secteur privé brésilien.

Contrairement aux ABI traditionnels, l'Accord vise à répondre aux besoins des investisseurs de manière concrète, pragmatique et prospective tout en respectant la stratégie de développement et la marge d'action des pays hôtes dans le choix de leurs politiques. Le modèle se fonde sur trois piliers : a) un cadre d'atténuation des risques pour le traitement des investisseurs et la gestion de leurs investissements, b) la gouvernance institutionnelle et c) des programmes de coopération et de facilitation de l'investissement.

Dans le premier pilier, l'Accord prévoit une série de mesures qui réduit l'exposition des investisseurs aux risques et crée un cadre pour le traitement des investisseurs et la gestion de leurs investissements. Il prévoit des garanties de non-discrimination (traitement national et traitement de la nation la plus favorisée), des clauses de transparence, des conditions spécifiques pour les situations d'expropriation directe, des indemnités en cas de conflits et des garanties pour les transferts internationaux.

Dans le deuxième pilier, l'Accord prévoit la création de centres de coordination ou de *médiateurs* dans chacune des Parties et la création d'un comité conjoint. Ceux-ci peuvent cons-

tituer la base institutionnelle de l'Accord, car ils contribuent à la réalisation des engagements pris et au renforcement du dialogue entre les Parties pour ce qui est de l'investissement et de l'assistance appropriée aux investisseurs. Le comité conjoint, formé de représentants gouvernementaux des deux Parties, est chargé de superviser la mise en œuvre de l'Accord, le partage des informations relatives aux possibilités d'investissement, la gestion des initiatives de facilitation et de coopération en matière d'investissement bilatéral et, surtout, l'action conjointe visant à prévenir les différends et le règlement à l'amiable de toute question relative à l'investissement bilatéral.

Le rôle du centre de coordination est d'agir comme médiateur entre les investisseurs et un Etat pour établir le dialogue et aider le gouvernement, afin de créer un environnement plus attractif pour l'investissement. La Chambre de commerce international du Brésil (CAMEX), un organe inter-ministériel rattaché à la Présidence, jouera le rôle de médiateur.

Dans le troisième pilier, l'Accord prévoit la mise en place de programmes d'action en faveur de la facilitation de l'investissement et de la coopération dans des domaines qui pourraient améliorer le cadre de l'investissement. Les programmes varieront en fonction des possibilités qu'offrent les relations bilatérales en matière d'investissement et les problèmes qu'elles posent.

L'Accord promeut également l'instauration de fortes responsabilités sociales, environnementales et d'entreprise devant être prises par les investisseurs pour réaliser leurs investissements. Ces dispositions contribuent à promouvoir les investissements de qualité et à renforcer les avantages pour le développement durable des communautés locales et de l'Etat hôte.

Alors que le modèle traditionnel d'ABI est essentiellement basé sur les règles des mécanismes de règlement des différends, le modèle brésilien est axé sur des mécanismes de prévention des différends basé sur le dialogue bilatéral animé par le centre de coordination et le comité conjoint, chargés de faire un examen préliminaire des problèmes soulevés par les Parties. Si un différend donne lieu à une procédure d'arbitrage, celle-ci opposera deux

Etats, selon un système très similaire au système de règlement des différends de l'OMC.

L'Accord est une solution de remplacement innovante aux accords type traditionnels sur l'investissement, qui tendent à remédier aux faiblesses et à la vision procédurière des modèles traditionnels en encourageant une interaction plus dynamique, constructive et durable entre les Parties. L'Accord est également fondé sur le rôle essentiel des gouvernements dans la création d'un environnement favorable à l'investissement qui répond aux besoins du secteur privé et prend en compte les priorités des pays hôtes en matière de développement.

Alexandre Parola a dit qu'il est important, pendant les négociations de la proposition d'accord, d'établir un dialogue entre tous les organismes gouvernementaux compétents. L'équipe technique chargée de négocier l'Accord est composée du Ministère des affaires étrangères, du Ministère de l'industrie, du commerce extérieur et des services, du Ministère des finances, de la CAMEX, de la Banque centrale et du Cabinet du procureur général.

Il a conclu en mentionnant que jusqu'à présent, le Brésil a signé un accord de coopération et de facilitation de l'investissement avec l'Angola, la Chine, la Colombie, le Malawi, le Mexique, le Mozambique et le Pérou.

**Chanchal Sarkar, directeur du Fonds national pour l'investissement et l'infrastructure, Département des affaires économiques de l'Inde**

Chanchal Sarkar a présenté le modèle indien d'accord sur l'investissement. En 1991, l'Inde a commencé à signer des ABI dans le but d'attirer l'IDE et de créer un régime juridique stable pour résoudre les litiges avec les investisseurs étrangers. Jusqu'à maintenant, l'Inde a signé des ABI avec 83 pays. Ces accords réciproques ont été négociés sur la base d'un modèle adopté en 1993 et modifié en 2003. L'accord type de 1993 contenait des dispositions ambiguës susceptibles d'être interprétées de manière très vaste par les tribunaux arbitraux et qui ne prenaient pas adéquatement en compte les conditions socio-économiques en Inde et les objectifs

généraux de politique publique. À partir de 2009, le Gouvernement a commencé à recevoir de nombreuses notifications de litiges de la part d'investisseurs étrangers, au titre des ABI.

Le Gouvernement a alors tenté de comprendre et d'identifier les problèmes juridiques et stratégiques que posaient les ABI en vigueur. Dans ce processus, le Gouvernement a entièrement revu le modèle d'ABI et a élaboré une version révisée, qui a été approuvée par le Conseil des ministres d'Inde le 16 décembre 2015.

Le régime indien des ABI repose sur l'idée qu'il est tout aussi important de disposer d'accords sur l'investissement pour offrir un cadre institutionnel normatif aux investisseurs étrangers afin de faire respecter leurs droits et leurs revendications que de veiller à ce que ces accords ne restreignent pas la marge d'action ou la capacité de l'Etat à régler l'investissement étranger à des fins d'intérêts publics légitimes. En outre, le processus de révision qu'a entrepris l'Inde avait pour but de régler les problèmes d'interprétations trop larges que les tribunaux arbitraux donnaient à certaines dispositions et de prendre adéquatement en compte les réalités socio-économiques de l'Inde. Ainsi, l'accord type est censé apporter un équilibre délicat entre, d'un côté, les intérêts contradictoires des investisseurs qui veulent protéger leurs investissements et les obligations qui leur incombent et, de l'autre, le droit des Etats à légiférer.

En résumé, les objectifs qui sous-tendent l'accord type sont les suivants : 1) L'objectif de l'accord type est d'apporter des garanties appropriées aux investisseurs étrangers en Inde tout en préservant de manière adéquate la capacité de réglementer des pouvoirs publics. L'accord type repose sur l'idée que les accords d'investissement sont une protection supplémentaire accordée aux investisseurs étrangers, tandis que les contrats commerciaux bien rédigés entre des investisseurs et un Etat ou des organismes privés constituent la source première de protection. Le but est de faire en sorte que seuls les *affaires difficiles*, c'est-à-dire celles impliquant des violations flagrantes des droits des investisseurs ou un traitement manifestement arbitraire de la part d'un Etat, sont portées devant les tribunaux arbitraux internationaux,

tandis que les autres affaires seront portées devant les tribunaux nationaux.

ii) L'accord type repose sur le principe fondamental de l'épuisement des voies de recours locales. Les investisseurs sont censés se tourner en priorité vers le système juridique indien plutôt que d'invoquer les ABI pour résoudre tous types de différends. À cet effet, plusieurs mesures pour réformer la législation et le système juridique nationaux en vue de garantir que les investisseurs étrangers puissent accéder efficacement à la justice devraient être prises dans un avenir proche, pour venir appuyer l'accord type.

iii) La portée des accords d'investissement est un aspect problématique pris en compte dans l'accord type. Habituellement, le principe fondamental des accords d'investissement consiste à protéger l'IDE, c'est-à-dire l'investissement à long terme par essence. La définition traditionnelle de l'IDE, selon les critères de l'OCDE, repose sur l'objectif de l'entreprise résidente d'établir un intérêt durable. Or, les accords actuels ne font pas ressortir cet objectif. Par conséquent, tous types d'actionnaires indirects et minoritaires sont couverts par les ABI. Le nouvel accord type vise à harmoniser le régime des accords internationaux d'investissement avec le régime d'IDE en prenant en compte l'essence même de l'IDE, c'est-à-dire le fait qu'il s'agisse d'un investissement à long terme. C'est dans cet esprit que le terme *investissement* a été défini dans le nouvel accord type comme une entreprise et reflète l'objectif d'un investisseur d'établir un intérêt durable.

iv) l'accord type est également fondé sur la nécessité de corriger les déséquilibres du système actuel, qui fournit aux investisseurs des garanties et des moyens procéduraux quel que soit leur comportement. Selon l'Inde, les accords d'investissement ne servent pas uniquement à protéger les investisseurs, mais aussi à promouvoir les objectifs de développement durable et la transparence des activités des entreprises et à prévenir les pratiques des entreprises qui sont contraires à l'éthique. Le texte du nouvel accord type de l'Inde promeut les objectifs stratégiques légitimes en incluant un chapitre sur les obligations des investisseurs et en leur imposant de se conformer à la législation de l'Etat hôte avant d'entamer une procédure de règlement des différends au titre de l'accord.



Des participants prenant la parole.

v) le text devrait apporter un équilibre entre les coûts et les avantages du mécanisme de règlement des différends entre Etat et investisseurs. Après de longues discussions entre le gouvernement et les autres parties prenantes, l'accord type a maintenu ce mécanisme. Toutefois, des règles détaillées dans plusieurs domaines ont été ajoutées, notamment l'obligation d'entreprendre des négociations, la prévention des conflits d'intérêt pour les arbitres, la transparence, l'interprétation et la révision afin de préserver les intérêts des Etats parties et d'éviter de les soumettre à des responsabilités excessives.

vi) des changements de forme et de structure de l'accord ont également été faits. Jusqu'à présent, les accords internationaux d'investissement (AII) signés par l'Inde étaient des accords minimalistes de 10-12 pages aux dispositions imprécises, laissant une grande marge d'interprétation aux tribunaux arbitraux. Les dispositions du nouvel accord type sont très détaillées, en particulier en ce qui concerne les protections de fond et le règlement des différends.

Les principales caractéristiques et dispositions de l'accord type, dont plusieurs sont innovantes et visent à préserver les droits des investisseurs et le droit des Etats à légiférer dans l'intérêt public, comprennent : a) Un modèle postérieur à l'établissement de la protection de l'investissement, b) une définition prudente de la portée de l'accord et l'exclusion de sujets de politique générale sensibles, comme l'imposition, les marchés publics et les services publics et c) l'ex-



clusion des dispositions en matière de *traitement juste et équitable* et de la *nation la plus favorisée*. Toutefois, le nouvel accord type contient l'obligation de prévoir une procédure régulière et des protections contre le traitement abusif flagrant ou la discrimination ciblée pour des motifs manifestement injustes ou le déni de justice dans une procédure judiciaire ou administrative.

L'accord type indien est fondé sur une conception réaliste. La réforme du régime des AII est un processus progressif, qui doit se faire par étapes en prenant en compte chaque traité et chaque mesure. L'accord type n'est qu'une première étape de la réforme globale du système tout entier.

L'accord type rend compte de la politique du gouvernement en matière d'investissement international et devrait servir de base à toutes les négociations d'ABI que l'Inde entreprendra. Chanchal Sarkar a dit qu'il espérait que l'accord type deviendrait un texte modèle dans le monde pour intégrer les préoccupations de développement durable dans le système des traités internationaux et que d'autres Etats s'en inspireront pour réformer leur régime d'accord d'investissement.

Il a conclu en suggérant que les dernières réformes appliquées au modèle d'ABI pouvaient, selon le gouvernement indien, améliorer la stabilité du régime relatif à l'investissement et réduire l'utilisation abusive du mécanisme de règlement des différends.

**Noorman Effendi, directeur-adjoint chargé des questions du commerce, de l'industrie, de l'investissement et des droits de propriété intellectuelle du**

## Ministère des affaires étrangères de l'Indonésie

Noorman Effendi a présenté les opinions de l'Indonésie et les leçons que son pays a tirées du processus de révision des ABI et des AII conformément aux intérêts nationaux et aux objectifs stratégiques actuels de l'Indonésie.

C'est en 2013 que l'Indonésie a commencé à revoir les ABI qu'elle a avait signés; jusqu'à maintenant elle a révisé 64 ABI et 5 chapitres relatifs à l'investissement contenus dans divers accords de libre-échange. Le processus de révision a pour but d'évaluer les AII en vigueur et leurs répercussions sur l'économie indonésienne. Jusqu'à présent, l'Indonésie a décidé de mettre un terme à 20 ABI sur 64. Le processus se poursuivra progressivement et de manière consciencieuse.

L'Indonésie a accordé beaucoup d'attention aux dispositions relatives au mécanisme de règlement des différends. Parmi les États membres de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN), c'est elle qui a été confrontée au plus grand nombre de règlement des différends entre État et investisseurs. La décision d'entamer un processus de révision a plus particulièrement été motivée par une affaire qui lui a coûté des milliards de dollars contre la société minière britannique Churchill Mining qui a porté plainte contre elle pour un motif frivole concernant un plan de sauvetage pris à la suite de la faillite d'une banque privée (affaire *Rafat Ali Rizvi v. Indonesia*).

Noorman Effendi a fait remarquer que la plupart de ces affaires provenaient d'éléments néfastes contenus dans le régime des AII. Par exemple, dans l'affaire opposant Rafat Ali Rizvi et l'Indonésie, l'investisseur ne s'est pas conformé aux dispositions de la législation indonésienne en matière d'approbation de ses investissements. Dans la résolution du différend la question était de savoir si l'investissement réalisé par Rafat Ali Rizvi avait « été admis conformément la loi indonésienne de 1967 sur les investissements étrangers ou toute autre loi la modifiant ou la remplaçant ». D'un point de vue juridique, la réponse est étroitement liée à la portée et la définition de l'investissement, l'un des éléments nocifs devant être revus dans le régime des AII. C'est pourquoi, la réforme des AII a pour but de clarifier la définition des investissements visés et d'éviter les définitions imprécises et trop générales. L'Indonésie a affirmé que seuls les investissements directs qui avaient reçu une approbation dans un processus géré par l'organisme national chargé de l'investissement et provenant d'une forme juridique spéciale de fonds d'investissement sont visés par la protection accordée par l'ABI. Le tribunal a accepté l'opinion de l'Indonésie et a conclu que l'investissement de l'attaquant n'avait pas reçu l'approbation prévue dans la loi indonésienne sur les investissements étrangers tel que requis par l'ABI et que, par conséquent, il n'était pas visé par l'accord.

Les déséquilibres inhérents au régime des AII et au mécanisme de règlement des différends exposent les États à des actions juridiques et à de possibles condamnations colossales. Ils empêchent l'État d'exercer ses droits souverains et réduisent sa marge de manœuvre dans le choix de ses politiques, qui lui est pourtant essentielle pour garantir l'intérêt public. Au contraire, les investisseurs bénéficient de droits très larges sans pour autant être soumis à de claires obligations.

Dans les faits, au titre du régime en vigueur des AII, beaucoup d'États hôtes accordent déjà aux investisseurs de porter tout différend devant les tribunaux arbitraux internationaux sans demander le consentement des États hôtes (c'est le *consentement automatique*). Les dispositions relatives au consentement automatique devraient être modifiées pour le remplacer par l'obligation d'obtenir le consentement préalable de l'État dans tous les accords d'investissement. L'Indonésie envisage d'ajouter l'obligation de l'investisseur d'obtenir un consentement particulier avant de pouvoir porter un différend devant un tribunal arbitral international. En ajoutant l'obligation d'obtention du consentement préalable, un investisseur étranger ayant l'intention d'attaquer un État dans le cadre du mécanisme de règlement des différends entre États et investisseurs ou conformément aux règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ou à tout autre règlement arbitral serait tenu d'obtenir, au préalable, le consentement de l'État hôte.

Noorman Effendi considère que cette proposition est un ajustement juste, où les investisseurs porteront l'affaire devant un tribunal arbitral international seulement si l'État hôte a consenti à régler le différend dans le cadre d'un arbitrage. Par conséquent, un accord spécifique pour régler les différends par un arbitrage sera requis au cas par cas.

L'article 25 de la Convention du Centre international pour le règlement des différends aux investissements (CIRDI) énonce plusieurs conditions pour qu'un différend soit présenté au CIRDI, dont le consentement écrit. Selon les termes juridiques de la Convention, les parties doivent avoir « consenti par écrit à soumettre [le différend] au Centre ». L'article ne précise cependant pas sous quelle forme doit se présenter



Représentants officiels arrivant au centre de conférence de la 14<sup>e</sup> session de la CNUCED à Nairobi (Kenya).

le consentement écrit. Noorman Effendi a affirmé que l'Etat était libre de donner plus détails sur ce « consentement écrit » en protégeant adéquatement ses intérêts avant toute procédure d'arbitrage dans tout accord sur l'investissement qu'il signe.

Le but recherché est de réduire le nombre de plaintes déposées dans le cadre du mécanisme de règlement des différends et promouvoir la résolution des différends par l'intermédiaire des tribunaux nationaux ou d'autres mécanismes de règlement des différends. Les modalités pourraient inclure l'épuisement de toutes les voies de recours locales et juridiques avant l'invocation de l'arbitrage international. Pour formuler une politique solide en matière d'investissement étranger, il faut protéger les intérêts nationaux et conserver une marge de manœuvre dans un environnement mondial ouvert. Les Etats hôtes devraient pouvoir élaborer des réglementations et des accords de coopération pour l'investissement plus performants qui couvrent en détail toutes les questions juridiques concernant l'investissement, comme des dispositions relatives aux investissements viables, les défaillances, les clauses de dénonciation, les indemnisations et les voies de recours, la loi en vigueur et le choix de la voie de résolution des différends, entre autres, notamment en réformant le système défaillant des AII.

Noorman Effendi a conclu en déclarant que l'objectif général de ce processus est d'élaborer des accords d'investissement dépourvus des

« éléments néfastes » du régime des AII et de mettre au point un modèle acceptable de règlement des différends.

### Débat interactif

Pendant les débats, trois problèmes importants ont été soulevés.

Le premier point concernait le dilemme entre la marge de manœuvre de l'Etat hôte dans le choix de ses politiques et la protection des investisseurs. Un participant a demandé si « la marge dans le choix des politiques », qui avait été abordée dans tous les exposés, pouvait signifier que les investisseurs sont vulnérables vis-à-vis des changements de politique des pays hôtes.

Le deuxième problème concernait la réaction des *parties prenantes*, en particulier les investisseurs et les Etats dont ils sont originaires, aux tentatives de réforme.

Le troisième problème concernait l'évolution permanente du système des AII, qui est manifeste dans les nombreuses négociations en cours, comme les négociations sur le partenariat économique régional global dans la région d'Asie pacifique. Les pays en développement qui prennent part à ces négociations ayant proposé de nouvelles solutions type pour protéger les investisseurs, ils doivent faire face aux propositions plutôt traditionnelles de protéger l'investissement de la part de certains autres pays.

Pour répondre aux préoccupations, le ministre Davies a dit que, pour lui, le dilemme entre la marge de manœuvre dans le choix des politiques et la sécurité des investisseurs pouvait être un faux dilemme étant donné que de nombreux investisseurs véritables fondent leurs décisions sur la perspective de prendre activement part à un programme de développement national, dont la conception et la mise en oeuvre dépendent, à leur tour, de l'existence d'une marge de manœuvre. Il a cité l'exemple des investissements massifs dont a récemment bénéficié l'Afrique Sud dans son programme de développement du secteur automobile, après s'être retirée des anciens accords sur l'investissement. Alexandre Parola a souligné que la promotion de l'investissement peut être plus efficace que la protection traditionnelle des investisseurs. Il a ajouté que cela implique que

les Etats hôtes facilitent les activités légitimes des investisseurs étrangers.

S'agissant de la réaction des parties prenantes, certains intervenants ont évoqué la forte opposition des Etats membres de l'OCDE et de leurs diplomates aux processus d'innovation et de réforme présenté par les pays en développement. Ils ont montré l'importance d'entreprendre le processus de réforme avec transparence et en organisant de larges consultations, tel que cela a été fait dans les exemples présentés lors de la réunion parallèle. Cette démarche est essentielle pour éviter les effets négatifs sur les résultats de l'investissement, qui sont différents des menaces et des peurs qu'ont provoquées les initiatives des pays en développement pour réformer le système. Les pays en développement ont également des responsabilités envers le secteur privé national dont les intérêts et le développement à long terme sont souvent compromis par les modèles traditionnels de protection des investisseurs.

Il est temps d'améliorer la coordination et la coopération entre pays en développement, et notamment de trouver un accord sur des principes de bases en matière de protection des investisseurs, en particulier parce que les pays en développement continuent de prendre part à des négociations dans des instances où des visions traditionnelles de la protection de l'investissement sont défendues.

### Observations finales

Pour fermer le débat, le modérateur a encouragé les participants à poursuivre le dialogue au sein et en dehors de la quatorzième session de la Convention des Nations Unies sur le commerce et le développement afin de réfléchir collectivement à des mesures et des recommandations pratiques visant à réformer les politiques d'investissement et le régime des accords en la matière, en tant que dimension importante de la coopération économique Sud-Sud.

*Manuel F. Montes est conseiller principal dans les domaines de la finance et du développement et Adriano José Timossi est administrateur principal dans le Programme sur la gouvernance mondiale pour le développement (GGDP) du Centre Sud.*

## SOUTH BULLETIN

### COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteur en chef : Martin Khor

Collaborateur à la rédaction : Vice Yu

Assistants : Anna Bernardo, Adriano José Timossi. Traduction : Marie Mérieau et Mathilde Lesourd.

Le *South Bulletin* est publié par le Centre Sud, un centre de réflexion intergouvernemental de pays en développement.

Site Web du Centre Sud :

(en anglais, français et espagnol)

[www.SouthCentre.int](http://www.SouthCentre.int)

Centre Sud

Tél : +41 22 791 8050

Email : [south@southcentre.int](mailto:south@southcentre.int)