



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## RAPPORT DE RÉUNION

# Transformation du droit des investissements internationaux en faveur du développement durable : stratégies de renégociation, de réforme et de défense



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## Note de synthèse

Le 12e Forum annuel des négociateurs d'investissement dans les pays en développement (ci-après le « Forum ») s'est tenu à Carthagène des Indes en Colombie du 28 février au 1er mars 2019. L'organisation en a été assurée conjointement par l'Agence nationale de défense juridique de l'État de la Colombie, l'Institut international du développement durable et le Centre-Sud. S'inspirant du succès des forums précédents, cet événement a rassemblé plus de 90 participants représentant 50 gouvernements des pays en développement et 11 organisations régionales et internationales.

Le thème du Forum était celui de la transformation du droit des investissements internationaux en faveur du développement durable : stratégies de renégociation, de réforme et de défense. Les participants ont étudié les priorités et les objectifs des réformes procédurales et des réformes de fond des traités d'investissement et du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), notamment au niveau des processus de réforme régionaux et multilatéraux en cours ainsi que des solutions bilatérales telles que les extinctions et les renégociations. Les participants ont également examiné une série d'options stratégiques permettant aux pays en développement de tirer profit des évolutions du droit et des politiques relatifs aux investissements en vue d'atteindre leurs objectifs et d'améliorer leurs stratégies de défense.

Les discussions ont porté sur un certain nombre de faits nouveaux, de processus et de tendances qui se dessinent actuellement dans le domaine du droit international relatif aux investissements et des politiques en la matière, parmi lesquels le processus du Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, la proposition de l'Union européenne visant la création d'un tribunal multilatéral des investissements, les conclusions de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique et la décision de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *République slovaque contre Achmea B.V* (décision *Achmea*). Ont également été pris en compte le processus du protocole d'investissement de la Zone de libre-échange continentale africaine et une tendance à la hausse des renégociations en cas d'extinction des traités. Les participants ont également fait part de leurs expériences nationales et régionales concernant l'élaboration et la mise en œuvre de programmes et de stratégies de réforme. Ils ont également évoqué les processus de négociation et de règlement des différends.

Les points de vue exprimés par les intervenants et les participants au Forum gravitaient autour de plusieurs idées fondamentales, notamment :

- Les pays en développement ont déjà entrepris et continuent de façonner des réformes substantielles et procédurales du droit et des politiques relatifs aux



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

investissements internationaux et devraient s'appuyer sur les prises de position nationales et régionales pour influencer les changements dans les instances multilatérales.

- Même si les processus de réforme en cours ont cherché à faire la distinction entre les questions substantielles et procédurales (en insistant particulièrement sur les dernières), ces deux aspects devraient s'informer et se façonner l'un l'autre. Les questions de fond sont essentielles en ce qu'elles garantissent l'intégration des objectifs de développement durable au droit et aux politiques relatifs aux investissements internationaux. Il est donc essentiel que les pays en développement puissent entreprendre des réformes globales et approfondies aux niveaux national, régional et multilatéral, au cas où les résultats des processus de réforme en cours ne résolvent pas les problèmes d'une manière globale.
- L'aptitude des pays en développement à influencer sur le changement et à façonner des réformes lors de forums multilatéraux passe par une coordination et une cohésion mutuelles renforcées, le partage d'expériences et d'alternatives en matière d'innovation politique et une coopération favorisant le développement des capacités.
- Plusieurs substituts au modèle traditionnel du RDIE existent et devraient être rigoureusement examinés, ajustés au contexte et retenus le cas échéant.

Le programme du Forum est disponible en ligne : <https://www.iisd.org/event/12th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## Table des matières

<b>Note de synthèse.....</b>	<b>2</b>
<b>Abréviations et acronymes.....</b>	<b>5</b>
<b>Jour 1, mercredi 27 février 2019.....</b>	<b>6</b>
Cérémonie d'ouverture.....	6
Session 1 : Évolution récente du droit et de la formulation de politiques en matière d'investissements internationaux.....	6
Session en petits groupes 1 : Partage des expériences sur les priorités et les objectifs des pays en matière de réformes.....	9
Session 2 : Compréhension des processus multilatéraux et régionaux en cours dans le cadre du droit et de la politique sur les accords d'investissements.....	10
Session 3 : Mise à profit de l'évolution du droit et de la politique sur les accords d'investissement en vue d'atteindre les objectifs nationaux de développement et d'améliorer les stratégies de défense.....	12
<b>Jour 2, jeudi 28 février 2019.....</b>	<b>15</b>
Session 4 : L'évolution récente des procédures d'arbitrage et des négociations d'investissements découlant d'accords et leur impact sur les réformes : point de vue d'un praticien.....	15
Session 5 : Engagement bilatéral et multilatéral dans le cadre de renégociations et de résiliations : partage d'expériences.....	18
Session en petits groupes 2 : Élaboration de stratégies de gestion des traités obsolètes.....	21
Session 6 : Relations entre les questions de processus et les questions de substance.....	21
<b>Jour 3, vendredi 1er mars 2019.....</b>	<b>24</b>
Session 7 : Engagement multilatéral pour réélaborer le système de règlement des différends liés aux investissements.....	24
Session en petits groupes 3 : Optimisation des résultats dans le processus de la CNUDCI pour les pays en développement.....	27
Discussion ouverte : Mise en place de groupes et de coalitions et élaboration de stratégies pour faire avancer les priorités des pays en développement dans le cadre des processus internationaux et régionaux.....	27
CÉRÉMONIE DE CLÔTURE.....	28
<b>Annexe 1 : Conclusions potentielles du Groupe de travail III de la CNUDCI : avantages et inconvénients (session en petits groupes 3).....</b>	<b>30</b>
Conclusion potentielle 1 : aucun résultat, pas de réforme au niveau de la CNUDCI.....	30
Conclusion potentielle 2 : améliorations procédurales dans l'arbitrage entre investisseurs et États.....	32
Conclusion potentielle 3 : élargir l'accès au processus aux parties prenantes affectées en tant que requérants ou intervenants.....	33
Conclusion potentielle 4 : maintien du RDIE avec obligation additionnelle d'épuiser les recours internes avant de s'en servir.....	34
Conclusion potentielle 5 : limitation de la portée de l'arbitrage entre investisseurs et États (par ex., dans les cas de corruption, d'escroquerie, etc.).....	36
Conclusion potentielle 6 : RDIE avec mécanisme de recours.....	37
Conclusion potentielle 7 : tribunal multilatéral des investissements avec mécanisme de recours.....	38
Conclusion potentielle 8 : remplacement du RDIE par un règlement des différends entre États.....	40



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## Abréviations et acronymes

ACEUM	Accord Canada–États-Unis–Mexique
ACFI	Accords de coopération et de facilitation de l'investissement
AECG	Accord économique et commercial global
CARICOM	Communauté des Caraïbes
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
IDE	Investissement direct étranger
IISD	Institut international du développement durable
MIGD	Modèle d'instrument de la Charte internationale de l'énergie pour la gestion des différends relatifs aux investissements
NPF	nation la plus favorisée
OTGDI	Outil type pour la gestion des différends relatifs aux investissements
PAIC	Code panafricain des investissements
RDIE	Règlement des différends entre investisseurs et États
TBI	Traité bilatéral de protection des investissements
TJE	Traitement juste et équitable
TMI	Tribunal multilatéral des investissements
UE	Union européenne



## JOUR 1, MERCREDI 27 FÉVRIER 2019

### Cérémonie d'ouverture

Le Forum a été ouvert conjointement par **S.E. M. José Manuel Restrepo** (ministre de l'Industrie, du Commerce et du Tourisme, Colombie), **S.E. M. Camilo Gómez Alzate** (directeur de l'Agence nationale pour la défense juridique de l'État [ANDJE]), **Mme Nathalie Bernasconi** (directrice du groupe Droit et politiques économiques [ELP], Institut international du développement durable [IISD]) et **M. Carlos Correa** (directeur général de Centre-Sud).

Souhaitant la bienvenue aux participants au nom du gouvernement colombien, **M. Alzate** a mentionné le nombre croissant d'arbitrages d'investissement coûteux auxquels sont confrontés les gouvernements. La Colombie elle-même n'a pas été épargnée ces trois dernières années, ayant reçu un certain nombre de notice de différend. M. Alzate estime que, même si la Colombie n'envisage pas de mettre fin aux traités d'investissement actuels, leur contenu devrait être adapté afin de mieux refléter les intérêts des pays en développement, notamment en ce qui concerne le processus de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). **M. Restrepo** a mentionné certaines évolutions récentes du droit relatif aux investissements internationaux conférant une importance particulière au Forum de cette année. Il a souligné l'importance du processus de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), de la conclusion de l'Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM) et de la décision *Achmea*<sup>1</sup>, trois évolutions significatives qui ne manqueraient pas d'éclairer les débats.

**Mme Bernasconi** et **M. Correa** ont adressé leurs remerciements aux hôtes, aux sponsors et aux participants de l'événement, ont rappelé certains des principaux thèmes de discussion et se sont réjouis à la perspective de discuter des intérêts et objectifs communs des pays en développement.

### Session 1 : Évolution récente du droit et de la formulation de politiques en matière d'investissements internationaux

La première séance était consacrée aux tendances et évolutions récentes en matière de négociations, du droit et de la formulation de politiques dans le domaine des investissements internationaux. La séance a été animée par **Mme Yewande Sadiku** (secrétaire générale/directrice générale de la Commission nigériane pour la promotion de l'investissement).

<sup>1</sup> République Slovaque c. *Achmea B.V.* Voir les documents de l'affaire sur <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-284/16>

**Mme Elisabeth Tuerk** (responsable de la Section des accords internationaux en matière d'investissement, Division des investissements et des entreprises, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement [CNUCED]) a présenté les tendances mondiales relatives à l'élaboration des politiques d'investissement en s'appuyant sur le *rapport de la CNUCED sur les investissements mondiaux* (2017), sur les données préliminaires de 2018 et sur la base de données des Accords d'investissement international de la CNUCED. Elle a fait observer que si le nombre de traités conclus chaque année s'est stabilisé, les extinctions de traité (le plus souvent unilatérales) se poursuivent quoiqu'elles soient plus difficilement quantifiables. Les investisseurs continuent de se servir du RDIE contre les États en invoquant généralement des traités « de l'ancienne génération ». Mme Tuerk a présenté une analyse comparative d'anciens traités (conclus avant l'an 2000) et de traités plus récents (conclus en 2017), démontrant que ces derniers diffèrent substantiellement et sont dans l'ensemble plus adaptés à un contexte de développement durable. Abordant la question des réformes plus vastes, Mme Tuerk a mentionné les différentes solutions employées par les États, notamment l'harmonisation des interprétations, des rectifications, des abrogations et des renégociations, un engagement multilatéral et l'abandon des traités non ratifiés. Elle a souligné le caractère inclusif et holistique des réformes (tant sur la substance que sur la procédure), axées sur l'atteinte des objectifs de développement durable.

**M. Marcelo Salazar** (directeur du commerce international au ministère de l'Industrie, du Commerce et des PME de la République dominicaine) a fait le point sur le processus de la CNUDCI, en mettant l'accent sur le bilan de la seconde rencontre régionale qui s'est tenue en République dominicaine en février 2019. M. Salazar a rappelé que le Groupe de travail III de la CNUDCI s'est vu confier un mandat en trois étapes. Il a poursuivi en résumant les trois principales préoccupations soulevées par le groupe de travail : 1) des doutes quant à l'uniformité, la cohérence, la certitude et l'exactitude des décisions arbitrales ; 2) des réserves quant à la qualité des décideurs intervenant lors des procédures RDIE, notamment leurs qualifications, leur impartialité et leur mixité ; et 3) des inquiétudes concernant la durée et le coût des procédures RDIE. M. Salazar a ensuite mentionné le bilan de la réunion régionale pour l'Amérique latine à laquelle ont participé 30 États, des organisations non gouvernementales et d'autres parties prenantes, contribuant largement à accroître la visibilité du Groupe de travail III de la CNUDCI. Cette réunion a fait ressortir la nécessité d'établir des traités équitables conférant des droits et des obligations tant aux investisseurs qu'aux États, le fait que les pays d'Amérique latine doivent mettre en place des réformes aux niveaux national et multilatéral et le besoin de formation et de sensibilisation aux enjeux du RDIE.

**M. Prudence Sebahizi** (conseiller technique principal et responsable de l'unité de la ZLEC au Département du commerce et de l'industrie de la Commission de l'Union



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

africaine) a informé le Forum des derniers développements concernant le Protocole sur l'investissement de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf). M. Sebahizi a d'abord rappelé le contexte de l'Accord de libre-échange de la ZLECAf qui couvre le commerce des biens et des services et prévoit l'inclusion de protocoles sur l'investissement, la propriété intellectuelle et la concurrence. L'Accord de la ZLECAf entrera bientôt en vigueur, puisqu'il a déjà recueilli 19 des 22 ratifications nécessaires. Un processus ayant précédé les négociations de la ZLECAf a été la négociation du Code d'investissement panafricain (PAIC) qui s'est tenue de 2008 à 2016. M. Sebahizi a fait observer que le PAIC est de nature non contraignante, tandis que le protocole sur l'investissement, une fois adopté, fera partie intégrante de l'Accord de la ZLECAf. Autre particularité importante, le PAIC ne prévoit pas de cadre institutionnel qui régirait les règles en matière d'investissements sur le continent africain, en particulier pour les règlements de différends. M. Sebahizi a souligné le fait que les rédacteurs et les négociateurs du protocole sur l'investissement de la ZLECAf s'inspireront largement du PAIC.

**Mme Samira Sulejmanovic** (responsable du Département des relations commerciales bilatérales au ministère du Commerce international et des Relations économiques de Bosnie-Herzégovine) a présenté au Forum les nouveautés en matière de droit et de politiques d'investissement au niveau de l'Union européenne (UE). Mme Sulejmanovic a parlé du nouveau mécanisme de filtrage des investissements étrangers mis en place par le Parlement européen en vue de gérer les risques associés à la mainmise des investisseurs étrangers sur des ressources, des infrastructures et des informations confidentielles significatives. Mme Sulejmanovic a poursuivi en mentionnant la décision *Achmea* par laquelle la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé qu'une clause relative au RDIE figurant dans un traité bilatéral de protection des investissements (TBI) entre la Slovaquie et les Pays-Bas n'était pas compatible avec le droit européen, incitant la Commission de l'Union européenne à imposer aux États membres l'extinction de tous leurs TBI intra-UE. Mme Sulejmanovic a également relevé deux évolutions récentes au niveau des traités européens : l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne et l'Accord de protection des investissements (API) UE-Singapour. L'UE a transmis sa proposition de Tribunal multilatéral des investissements (TMI) au Groupe de travail III de la CNUDCI en faisant valoir qu'il apportera une réponse adéquate aux trois préoccupations liées au RDIE dans le processus de la CNUDCI. Mme Sulejmanovic a fait remarquer que les pays en développement qui souhaitent résister à ces réformes multilatérales devront faire preuve de coordination pour défendre efficacement leur position.

**M. Daniel Uribe Terán** (chercheur, Centre-Sud) a abordé la question des investissements et des droits de l'homme. Il a d'abord rappelé que, même si la volonté de codifier l'interdiction des violations des droits de l'homme par les entreprises



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

transnationales est relativement récente, cette question remonte aux années 60. Un groupe de travail intergouvernemental présidé par l'Équateur et l'Afrique du Sud a récemment été constitué avec pour mandat de concevoir un traité contraignant sur les entreprises et les droits de l'homme qui doit prévoir un mécanisme permettant aux victimes de violations des droits de l'homme de demander réparation aux entreprises transnationales. Le texte provisoire le plus récent mentionne les obligations qui incombent aux entreprises transnationales et aux États. M. Uribe a détaillé les quatre principaux objectifs de cette ébauche de texte : (1) prévenir les violations des droits de l'homme dans le cadre des activités des entreprises ; (2) garantir aux victimes l'accès à une justice et à des recours efficaces ; (3) encourager la coopération entre le pays d'origine et les États hôtes, notamment lors des enquêtes sur les violations ; et (4) proposer un mécanisme international de suivi. M. Uribe a conclu en insistant sur les liens qui existent entre ce processus et les réformes des TBI et du RDIE en cours. Il a précisé qu'un traité contraignant sur les entreprises et les droits de l'homme permettra une mise en œuvre plus efficace des objectifs de développement durable et aidera les tribunaux arbitraux à mieux interpréter les obligations de l'investisseur en matière de droits de l'homme. M. Uribe préconise l'inclusion de ce mécanisme mis en place par les traités sur les droits de l'homme dans les futurs TBI.

**Les participants ont profité de la séquence de questions et réponses en session plénière** pour souligner la nécessité non seulement de coordonner les efforts entre pays en développement dans les processus de réforme, mais aussi de poursuivre ces efforts pour éviter les doubles emplois. Les participants ont également évoqué la décision *Achmea* et réfléchi à sa pertinence et ses implications pour les pays non membres de l'UE qui auraient passé des TBI avec des États membres de l'Union européenne.

## Session en petits groupes 1 : Partage des expériences sur les priorités et les objectifs des pays en matière de réformes

Cette session a été animée par **Mme Sarah Brewin** (conseillère en droit international, agriculture et investissements, programme ELP, IISD) qui a d'abord présenté certains des résultats majeurs tirés de l'enquête de l'IISD effectuée en 2018 auprès des négociateurs de pays en développement pour les questions d'investissement.

Les participants se sont répartis en petits groupes pour discuter de leurs priorités les plus urgentes en matière de droit de l'investissement et de réforme du règlement des différends, de leurs objectifs concernant le processus de la CNUDCI, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et les processus régionaux de réforme, ainsi que les défis auxquels ils sont confrontés dans les négociations et les renégociations.

## Session 2 : Compréhension des processus multilatéraux et régionaux en cours dans le cadre du droit et de la politique sur les accords d'investissements

La deuxième séance de la première journée a été consacrée à un examen approfondi des mécanismes de réforme en cours aux niveaux international et régional. Elle a été convoquée par **Mme Roslyn Ng'eno** (directrice du Département du plaidoyer politique de l'Autorité kényane des investissements).

**M. Carlos Correa** (Centre-Sud) a ouvert les débats en rappelant que l'objet du Forum n'est pas de juste discuter du statu quo, mais de réfléchir à la manière de mener des réformes qui soient en phase avec les objectifs de développement durable. Il a convenu du défi que représente la concrétisation de ces réformes lorsque certaines puissances ont tout intérêt à maintenir le statu quo au détriment des pays en développement. M. Correa s'est posé la question de la faisabilité d'une réforme systémique. Pour y répondre, M. Correa a retracé la genèse de la situation actuelle qu'il situe à l'époque du Consensus de Washington lorsqu'un changement de paradigme a fait prévaloir la protection de l'investisseur sur les intérêts de l'État hôte et de la communauté. En dépit de ses conséquences néfastes pour les pays en développement, M. Correa estime qu'il illustre parfaitement l'ampleur phénoménale que peut prendre un changement de paradigme, et ce tout particulièrement avec la volonté collective et la coopération des États. Le message central de M. Correa destiné au Forum est qu'un changement est nécessaire et que ce changement est possible.

**M. Martin Dietrich Brauch** (conseiller en droit international, Programme ELP, IISD) a évoqué les discussions en cours à la CNUDCI concernant la réforme du RDIE. M. Brauch a rappelé qu'en juillet 2017, la Commission de la CNUDCI a confié au Groupe de travail III le mandat de débattre de la réforme du RDIE pour les trois phases susmentionnées. Le mandat stipule que le processus doit être piloté par les gouvernements, basé sur la recherche de consensus et totalement transparent, tout en bénéficiant de l'expertise la plus vaste qui soit. M. Brauch a souligné qu'il sera toujours possible pour les États de formuler des recommandations supplémentaires et de soulever de nouvelles préoccupations, ce pendant toute la durée du processus. M. Brauch a ensuite mentionné la prochaine réunion du groupe de travail qui se tiendra en avril à New York et pour laquelle les principales questions à l'ordre du jour concernent les financements par des tiers et l'élaboration d'un plan de travail pour répondre aux préoccupations identifiées. Seules deux communications d'États membres ont été transmises à ce jour. La première émane de l'Indonésie qui exprime ses préoccupations en matière de « gel réglementaire », de protection de la marge de manœuvre politique et de l'absence d'exigence de l'épuisement des voies de recours internes. La seconde communication rédigée par l'UE fait valoir son idée d'un TMI. M. Brauch a noté que le point de l'ordre du jour intitulé « Autres préoccupations » n'est actuellement pas inclus dans les sujets de discussion du mois d'avril. Il a encouragé les



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

délégués à s'inscrire et à participer à cette prochaine réunion (même s'ils n'appartiennent pas à un État membre de la CNUDCI), à lire les documents y afférents, à définir des stratégies et à intervenir.

**Mme Ana María Ordóñez Puentes** (directrice du Service de la défense juridique internationale de l'ANDJE, Colombie) a relaté l'expérience de la Colombie dans le domaine des négociations multilatérales. Mme Ordóñez a mis l'accent sur le fait que la Colombie attache une importance toute particulière à la participation aux discussions multilatérales en ce qu'elles permettent de renforcer la compréhension, de protéger les intérêts nationaux, de relayer les préoccupations et, en définitive, de façonner le produit final. Elle a ensuite exposé les principales prises de position de la Colombie sur ces réformes : (1) le financement par des tiers et une nécessité accrue de transparence, (2) l'encadrement de la conduite des arbitres, en limitant par exemple le nombre de cas attribués à chaque arbitre afin que suffisamment de temps et d'attention soient consacrés aux dossiers liés à des questions de politiques publiques ou en soumettant la décision d'arbitrage à un processus interne de révision avant qu'elle ne soit publiée. Mme Ordóñez a rappelé que la Colombie a participé activement au processus du Groupe de travail III de la CNUDCI en vue d'apporter des améliorations au régime actuel du RDIE. Elle a conclu en mentionnant la méfiance de la Colombie vis-à-vis de la proposition de TMI formulée par l'UE, car cela normaliserait l'accès au RDIE au lieu de le considérer comme une démarche exceptionnelle et affaiblirait les mécanismes nationaux et les recours internes.

**M. Wamkele Mene** (directeur en chef chargé des relations économiques multilatérales en Afrique à la Division du développement commercial international et économique au Département du commerce et de l'industrie, Afrique du Sud) a entamé son allocution en commentant les progrès remarquables réalisés par les pays en développement en matière de promotion des investissements dans l'agenda du développement durable des 10 dernières années. Il a rappelé les réactions hostiles à l'Afrique du Sud lorsqu'elle avait décidé de mettre fin à un certain nombre de TBI tout en remarquant qu'aucune des prédictions quant à la fuite des investissements directs étrangers (IDE) ne s'était réalisée. Abordant le programme des réformes en cours, M. Mene a estimé que les propositions à l'étude vont dans le bon sens, mais manquent d'ambition. En particulier, corriger certaines imperfections procédurales ne permettra pas de régler des problèmes de fond du RDIE tels que les entraves au droit de réglementer et l'absence d'équilibre entre les droits des investisseurs et des communautés. M. Mene a ensuite abordé le processus du protocole sur l'investissement de la ZLECAf remarquant que l'Afrique peut actuellement élaborer des règles juridiquement contraignantes en matière de promotion et de facilitation des investissements, applicables dans 55 pays, créant de fait la plus large zone de libre-échange du monde. Cette possibilité signifie que tous les problèmes de réforme soulevés par les pays en développement depuis de nombreuses années pourront être traduits et codifiés dans un



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

texte juridique. M. Mene a conclu en rappelant que l’Afrique est sur le point de saisir une formidable opportunité de rédiger un accord qui servira les intérêts des communautés et des pays en développement et qui pourrait finalement faire reculer la pauvreté.

**Lors des discussions en plénière**, les participants ont mentionné l’existence de certaines limitations inhérentes à l’efficacité des processus multilatéraux et le fait que les initiatives régionales se caractérisent par un niveau d’ambition beaucoup plus élevé que les initiatives multilatérales. Ils ont également observé que les réformes effectuées au niveau régional, le processus de la ZLECAf par exemple, peuvent avoir une influence sur les mécanismes multilatéraux. Plusieurs participants ont en outre exprimé leur appui aux priorités de réforme de la Colombie, notamment celles qui touchent le financement par des tiers, la réduction des coûts et de la durée des procédures et la nécessité de mettre en place un code de conduite des arbitres.

## **Session 3 : Mise à profit de l’évolution du droit et de la politique sur les accords d’investissement en vue d’atteindre les objectifs nationaux de développement et d’améliorer les stratégies de défense**

La dernière session du premier jour a permis d’examiner de plus près des évolutions déterminantes dans les négociations et des arbitrages récents, l’objectif étant de repérer de nouveaux moyens de tirer parti des processus et des développements en cours pour atteindre les objectifs des pays en développement. Cette séance a été animée par **Mme Patience Okala** (directrice générale de la Commission nigériane pour la promotion de l’investissement).

**M. Maka Moïse Mbengue** (professeur en droit international, Faculté de droit, Université de Genève) a ouvert la séance en formulant trois observations sur l’évolution de la situation en Afrique en matière de droit international des investissements qui illustrent le caractère avant-gardiste des pays en développement dans ce domaine. La première concerne la décision d’exclure du PAIC le standard du traitement juste et équitable (TJE) et d’y inclure des obligations substantielles pour l’investisseur. La seconde a trait à la décision de la Communauté de développement de l’Afrique australe de revoir son protocole sur la finance et l’investissement afin d’y supprimer le recours au RDIE. Ces décisions furent vivement critiquées sur le moment, et pourtant, elles sont aujourd’hui considérées comme des réformes d’avant-garde. M. Mbengue a ensuite décrit deux évolutions majeures au niveau du droit international des investissements en 2018, qui ont toutes deux confirmé et renforcé les tendances définies plus haut par les pays en développement. Il s’agit de la décision *Achmea* et de la conclusion de l’ACEUM, qui ont toutes les deux sonné le glas du RDIE. M. Mbengue a expliqué que les trois principes directeurs à l’origine de la décision *Achmea* et des évolutions de l’ACEUM sont la souveraineté, le droit de réglementer et l’autonomie



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

régulateur. Il a invité les pays en développement à intégrer ces trois principes à leurs stratégies de réforme, de renégociation et de défense.

**Mme María Paula Arenas Quijano** (Avocate, ANDJE, Colombie) a évoqué la stratégie colombienne en matière de prévention et de gestion des différends portant sur les investissements dans le contexte du Model d'instrument de gestion des différends relatifs aux investissements de la Charte internationale de l'énergie (MIGDI). Après avoir présenté les principales caractéristiques du MIGDI, Mme Arenas a détaillé plus avant les stratégies élaborées et mises en place par la Colombie pour prévenir et gérer les différends relatifs aux investissements, tirées de ses expériences récentes en tant qu'État défendeur. Ces stratégies comportent, entre autres, un cadre institutionnel et réglementaire bien défini permettant de traiter les réclamations et les différends, le traitement efficace des informations, de la documentation et des preuves, et la coordination des procédures à respecter en cas de différend. Mme Arenas a cependant insisté sur le fait que cela n'a pas suffi à éviter d'autres litiges et qu'un certain nombre de stratégies complémentaires sont désormais en cours d'élaboration. On peut notamment citer une sensibilisation accrue des entités gouvernementales aux engagements des traités d'investissement de la Colombie, notamment la signification des protections fondamentales, la mise en place d'un protocole de communication pour les autorités qui se mettent en relation avec des investisseurs étrangers et l'élaboration de directives simples et claires permettant aux entités gouvernementales de savoir comment gérer une prétention au RDIE.

**M. Vaibhav Rundwal** (directeur adjoint de la Division des investissements du Département des affaires économiques au ministère des Finances, Inde) a entamé son intervention en résumant les questions substantielles et procédurales ayant conduit à l'actuelle réaction de rejet des traités d'investissement. Il a ensuite souligné les grands problèmes posés par les processus de l'ACEUM, du MIGDI de la Charte internationale de l'énergie et de la CNUDCI pour les pays en développement. M. Rundwal a signalé que la principale évolution du texte de l'ACEUM concerne une clarification des normes en matière de TJE, de protection et sécurité intégrales, et des explications sur les concepts d'expropriation indirecte et de compensation. Il a insisté sur le fait que ces éléments ne constituent pas un changement de politique, mais une réaffirmation par les États de l'intention initiale qui sous-tend leurs obligations. Abordant le thème du traité sur la charte de l'énergie, M. Rundwal a relevé certains des enjeux rencontrés lors de la mise en œuvre du MIGDI, notamment le fait de trouver un bon équilibre entre une résolution efficace et le gel réglementaire, les défis de coordinations dans les pays en développement et la difficulté des personnes exerçant une fonction publique à négocier un règlement amiable au nom de l'État. Concernant la mise en place du MIGDI, M. Rundwal a fait valoir que les pays en développement devraient développer des solutions qui correspondent à leur situation. M. Rundwal a ensuite parlé du processus de la CNUDCI, principalement de la proposition

européenne de créer un tribunal multilatéral des investissements, en pesant le pour et le contre. Pour conclure, M. Rundwal a fourni des conseils aux négociateurs d'investissement de pays en développement, notamment de ne pas négliger les autres pistes permettant d'attirer les IDE, telles que les réformes institutionnelles et l'adoption de politiques nationales prévisibles, transparentes et efficaces.

**M. Nicolás Palau van Hissenhoven** (directeur du Département des investissements étrangers, des services et de la propriété intellectuelle au ministère du Commerce, de l'Industrie et du Tourisme, Colombie) a rappelé l'impact de la décision *Achmea* sur les TBI extra UE – les traités ratifiés entre un État membre de l'UE et un État non-membre. À cet égard, M. Palau a fait ressortir deux éléments clés de la décision de la CJUE : un tribunal arbitral peut, de par sa nature, fonctionner en dehors de l'écosystème judiciaire européen, mais appliquera néanmoins le droit européen. Cette constatation a conduit la CJUE à constater qu'il n'est pas possible de garantir que les interprétations d'un tribunal arbitral seront en adéquation avec le cadre juridique de l'UE ni qu'elles refléteront une confiance réciproque entre pays européens. M. Palau en a déduit, qu'en dépit des récentes déclarations du Procureur général de l'UE arguant que la décision *Achmea* n'affecterait en rien l'AECG, cette décision s'appliquerait bel et bien aux TBI extracommunautaires. En effet, faire appel à un tribunal hors UE reste le plus souvent nécessaire pour interpréter et appliquer le droit européen dans le cadre de procédures soumises à ces TBI. M. Palau estime, de ce fait, que la CJUE devra préciser sa position concernant les quelque 1400 TBI extra UE. Indépendamment de la décision de la CJUE, il est probable que l'incertitude quant à la position choisie conforte la proposition de TMI de l'UE et suscite un sentiment d'urgence à négocier la création d'une telle instance pour remplacer l'arbitrage RDIE.

**Mme Opeyemi Temitope Abebe** (conseillère en concurrence commerciale à la Direction du commerce, des océans et des ressources naturelles du Secrétariat du Commonwealth) n'est pas convaincue que l'ACEUM signale réellement le début de la fin du RDIE, comme d'autres intervenants l'ont suggéré. Elle a cependant noté que les pays en développement devraient impérativement prendre acte de cette évolution et l'exploiter dans le cadre de leurs négociations avec des pays de l'ACEUM. La position ambivalente de ces pays peut en effet être remise en question puisque le RDIE n'est pas adapté dans certains cas, mais reste nécessaire pour les négociations avec les pays en développement. Il en va de même pour d'autres éléments de réforme de fond et de procédure contenus dans l'AECG. Mme Abebe a également fait valoir que le TMI n'implique pas non plus la fin du RDIE et ne devrait pas nous détourner des questions fondamentales : Les pays en développement souhaitent-ils réformer le RDIE ? Ou cherchent-ils à faire émerger un avis unanime multilatéral sur le fait que le RDIE ne fonctionne pas et qu'il est nécessaire d'essayer autre chose ? Sur ce dernier point, les autres possibilités sont essentiellement l'épuisement des voies de recours internes et le règlement des différends État - État. Les pays en



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

développement doivent mûrement réfléchir à la manière d'utiliser les processus de réforme actuels pour entreprendre la mise en œuvre de réformes, qu'elles soient bilatérales ou multilatérales, et cohérentes avec les objectifs des pays en développement. Mme Abebe a conclu son allocution en attirant l'attention des délégués sur les risques de « gel réglementaire » inhérent au MIGDI de la Charte internationale de l'énergie et en leur conseillant d'éviter de prendre des engagements concrets et contraignants qui pourraient entraîner le retrait de politiques de prévention et de gestion des différends.

**Lors de la séance plénière**, les participants ont pu exprimer leurs préoccupations concernant la formulation circulaire du droit de réglementer qui exige que la réglementation soit appliquée « d'une manière qui soit compatible » avec l'accord ; et la nécessité pour les pays en développement de garantir l'efficacité de ce principe clé. Ils ont également réfléchi sur la position ambivalente de certains pays développés sur la question des réformes du RDIE.

## JOUR 2, JEUDI 28 FÉVRIER 2019

*[Avant le début des sessions plénières du forum, les délégués africains ont été conviés à un petit-déjeuner d'affaires facilité par IISD, au cours duquel M. Prudence Sehahizi (conseiller technique en chef & directeur de la Section Afrique de la Commission de l'Union africaine) et M. Martin Kohout (spécialiste auxiliaire des affaires économiques de la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique) ont présenté les négociations relatives au protocole d'investissement de la ZLECAf]*

### **Session 4 : L'évolution récente des procédures d'arbitrage et des négociations d'investissements découlant d'accords et de leur impact sur les réformes : point de vue d'un praticien**

Lors de cette session, les intervenants ont témoigné de leur expérience concernant l'évolution de l'arbitrage et des négociations en matière d'investissement et ont analysé dans quelle mesure cette évolution a pu avoir un impact sur les négociations, les processus et les débats à l'échelle internationale, notamment à la CNUDCI et au CIRDI. Cette session a été animée par **M. Mauricio González Cuervo** (directeur du Centre d'arbitrage et de conciliation de la Chambre de commerce de Bogotá, Colombie).

**M. George Kahale III** (Président chez Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP) a d'abord fait remarquer que la quasi-totalité des États a participé de son plein gré aux régimes des traités d'investissement, pensant que les TBI étaient intrinsèquement bons, voire nécessaires pour promouvoir les investissements étrangers. Désormais, les États ont réalisé qu'au lieu d'en tirer un quelconque avantage, ils en subissaient les conséquences.



## 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

M. Kahale a souligné que le RDIE représente le « Far West » des pratiques internationales, sans juge, sans jurisprudence, sans entité judiciaire ou un processus pour éviter et corriger les erreurs, et a indiqué que le problème auquel les Etats font face dans le RDIE est à la fois procédurale et substantiel. Sur le plan procédurale, le système de nomination par les parties déforme l'incitation des arbitres à rendre des décisions impartiales ; la composition du tribunal est désormais plus importante que les questions de droit ou les faits en cause. En ce qui concerne les obligations substantielles, M. Kahale a remarqué que les Etats ont été victimes des interprétations extensives des dispositions des traités, tel que le TJE. Le TJE peut facilement absorber n'importe quelle action gouvernementale qui décevrait l'investisseur. En outre, les demandes d'indemnisation se chiffrant en milliards de dollars sont devenues monnaie courante. Au vu de cette évolution, M. Kahale a relevé que de plus en plus d'États affichent un scepticisme croissant vis-à-vis du RDIE, ayant réalisé que ses bénéfices sont grossièrement exagérés alors que ses coûts peuvent être exorbitants. Ce scepticisme a parfois entraîné la dénonciation des traités et a contribué à la mise en place du Groupe de travail III de la CNUDCI. M. Kahale s'est déclaré peu optimiste quant à l'issue de ce processus, car il est peu probable que tout postulat selon lequel le système actuel est bon et ne nécessite que des modifications mineures serve les intérêts des États. M. Kahale a conclu en encourageant les États à étudier les possibilités de mettre fin aux TBI ou de formuler des interprétations conjointes de dispositions clés pour garantir que, par exemple, le TJE couvre uniquement le standard minimum de traitement et que la clause relative au traitement de la nation la plus privilégiée (NPF) se réfère uniquement à un traitement discriminatoire fondé sur la nationalité. Selon Mr Kahale, des progrès substantiels peuvent être réalisés progressivement. Pour finir, M. Kahale a déclaré que l'époque où l'on signait des TBI aux seules fins médiatiques devrait être révolue.

**Mme Blanca Gómez de la Torre** (associée au sein de la société équatorienne de conseils spécialisée en règlement des différends Pactum Dispute Resolution Consulting) a souligné le fait que les réformes de traités d'investissement par les pays en développement trouvent un écho en Europe et aux États-Unis, même si dans le cas de ces derniers, les réformes ne sont pas motivées par des impératifs de développement durable. Les États-Unis, par exemple, ont pris du recul par rapport au RDIE, non pas pour promouvoir le développement durable, mais pour que les investissements restent dans le pays. Mme Gómez a estimé que les pays en développement expérimentent actuellement une phase intense de mutation du RDIE, insistant sur le fait que les États devraient faire preuve de prudence et devraient examiner toutes les options en connaissance de cause plutôt que simplement supposer qu'une réforme sera une bonne chose. Elle a expliqué que la proposition de TMI par l'UE est une solution incomplète qui ne résout pas les problèmes sous-jacents de coûts, de financements par des tiers, de cohérence et d'homogénéité. Les pays en développement doivent soigneusement évaluer les bénéfices apportés par les traités d'investissement et, le cas échéant, les avantages qu'un nouveau traité pourrait présenter.



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Mme Gómez a attiré l'attention sur le fait qu'en dépit des coûts très élevés, les pays redoutent que les investisseurs ne viennent pas s'ils se retirent complètement du système. Une adhésion au système du RDIE soulève en revanche des problèmes philosophiques fondamentaux d'inégalité, notamment entre investisseurs locaux et étrangers et entre États et investisseurs. À propos de la réforme des traités, Mme Gómez estime que les États ont désormais réalisé que lorsqu'un point n'est pas clair, il ne devrait pas être inscrit dans le traité. Ainsi, la notion de TJE est perçue comme étant si vague qu'elle devrait être exclue, les concepts d'« investisseur » et d'« investissement » doivent être soigneusement définis et l'expropriation indirecte doit être restreinte.

**Mme Soaad Hossam** (conseillère au ministère de la Justice, Égypte) a souligné l'importance d'avoir des praticiens présents lors des discussions concernant les problèmes liés au RDIE avec des négociateurs. Elle a fait ressortir le fait que les victimes du RDIE ne sont pas seulement les pays en développement, car les pays développés sont également touchés dorénavant. La question qui se pose à tous les pays est de savoir s'il faut se désengager du système ou s'il est souhaitable de le restructurer. Mme Hossam a fait remarquer que la principale question n'est pas de savoir *s'il* faut réformer, mais *comment*. Mme Hossam a illustré son propos en faisant part de certaines expériences de l'Égypte avec le RDIE. L'Égypte est le troisième pays défendeur dans les affaires RDIE dans le monde, après le Venezuela et l'Argentine. Elle a indiqué que l'Égypte est un exemple de pays ayant ratifié de nombreux TBI, mais qui éprouve toujours des difficultés à attirer les IDE et qui a fait l'objet d'un très grand nombre de réclamations, en partie à cause du phénomène des « procédures multiples ». Il s'agit, selon Mme Hossam, de l'un des problèmes majeurs du système. L'Égypte a cumulé diverses expériences lorsqu'une mesure gouvernementale avait donné lieu, pour les mêmes faits, à un arbitrage contractuel et à deux ou plusieurs arbitrages sur le fondement de traités d'investissement. Ainsi, une même affaire avait engendré quatre arbitrages concurrents, chiffrant les indemnités à un montant supérieur à 7 milliards de dollars américains. Pour Mme Hossam, la leçon retenue par l'Égypte est que les professionnels chargés de la défense des réclamations doivent être impliqués dans la rédaction et les négociations du traité. Pour éviter le problème des procédures multiples, les traités doivent intégrer une définition élaborée de la nationalité des entreprises, et ne pas se contenter d'une définition qui protège tous les actionnaires et engendre une chaîne de revendications sans fin. Les traités devraient également inclure une clause exigeant des investisseurs qu'ils renoncent à leur droit d'engager d'autres procédures dès lors que la procédure d'arbitrage est lancée.

**M. Trung Pham** (responsable adjoint par intérim de la Division des affaires juridiques et économiques au Département du droit international et des traités internationaux du ministère des Affaires étrangères, Vietnam) a entamé son allocution en déclarant que les processus de réforme ne pourraient engendrer aucun résultat significatif si elles tentent



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

d'aborder des points autres que la procédure du RDIE. Il a encouragé les pays à participer activement aux discussions menées avec le Groupe de travail III de la CNUDCI afin d'identifier les inquiétudes suscitées par les cas auxquels les États sont confrontés et de proposer des dispositions qui pourraient y remédier. M. Pham a donné des exemples tirés du récent Accord sur la protection des investissements entre le Vietnam et l'UE. Cet accord clarifie la notion de TJE et répond à certaines préoccupations du Viêt Nam concernant le RDIE : il inclut notamment une liste restreinte d'arbitres soumis à des exigences éthiques strictes et à un code de conduite. Il contient également un mécanisme de révision post-décisionnel permettant de corriger les erreurs éventuelles. M. Pham s'est fait l'écho du sentiment selon lequel les États sont frustrés par le statu quo. Il a également souligné que le financement par des tiers aggravent le danger posé par le RDIE pour l'État, puisqu'il incite les investisseurs à présenter des réclamations et peuvent empêcher les règlements à l'amiable. M. Pham a encouragé les États à envisager une approche en trois volets : 1) une collaboration active avec le Groupe de travail III de la CNUDCI, 2) une étude sérieuse des possibilités d'abrogation de dispositions de RDIE dans les traités d'investissement et 3) une concentration des efforts de réforme sur les questions substantielles.

**Lors de la séance plénière**, les participants ont relevé certains points des intervenants, concernant notamment les demandes reconventionnelles, le financement par des tiers et la consolidation des procédures multiples, insistant sur la nécessité de trouver des solutions pratiques à ces problèmes. Les participants ont également remis en question l'argument de base selon lequel les TBI sont un outil efficace d'attraction des IDE.

## Session 5 : Engagement bilatéral et multilatéral dans le cadre de renégociations et d'extinction : partage d'expériences

Lors de cette séance, les intervenants ont examiné le lien entre les discussions lors des séances précédentes du Forum et les stratégies des pays en développement sur le plan bilatéral. Ils ont également partagé leurs expériences et la connaissance des étapes franchies par les pays concernant leur stock de vieux traités. **Mme Kekeletso Mashigo** (directrice d'organisations multilatérales, Afrique du Sud) a animé cette séance.

**Mme Suzy Nikièma** (conseillère en droit international, Programme ELP, IISD) est intervenue sur le thème de l'extinction des traités dans le contexte des TBI, en faisant remarquer que le contexte global actuel se montre plus propice aux extinctions. Elle a rappelé que la plupart des traités sont assortis d'une clause permettant l'extinction unilatérale, sous réserve du respect de certaines conditions. Mme Nikièma a souligné le fait que les parties sont toujours à même de mettre fin à un traité par consentement mutuel et que les États devraient systématiquement envisager cette solution en premier lieu. Elle a ensuite mis en relief le pour et le contre d'une extinction unilatérale et d'une résiliation par consentement mutuel. Elle a également montré la différence entre une approche bilatérale



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

(un par un) de l'extinction de traités et une approche multilatérale (extinction de nombreux traités en une fois) qui peut se révéler utile lorsque de nouveaux traités d'investissement régionaux remplacent les TBI existants entre États membres d'une même région. Mme Nikiéma a par ailleurs fait ressortir l'importance d'examiner la clause de survie qui permet de prolonger la durée de vie d'un traité, engendrant alors ce qu'elle décrit comme un « traité zombi ». Elle a présenté des options permettant de neutraliser cette clause, qui requièrent toutes le consentement mutuel. Les renégociations devraient être envisagées au cas par cas. Il est à noter qu'une renégociation peut offrir la possibilité de neutraliser la clause de survie et de remplacer les anciennes règles par de nouvelles. Cela dit, l'extinction unilatérale peut se révéler être la seule option envisageable dans certaines circonstances. Mme Nikiéma a encouragé les États qui envisagent de passer par la renégociation de s'assurer qu'ils y sont bien préparés, qu'ils disposent d'un nouveau modèle et d'une équipe de négociations prête, ceci afin de s'assurer que le nouveau traité vaudra mieux que celui auquel il a été mis fin. En conclusion, Mme Nikiéma a insisté sur le fait que mettre fin à un TBI dans le respect des conditions fixées par le traité est parfaitement légal au regard du droit international, qu'une telle extinction n'est plus une action extraordinaire et qu'elle constitue une option non négligeable lorsqu'il s'agit de gérer le vieux stock de TBI, au titre de la phase 2 de la feuille de route de la CNUCED.

**M. Sebastian Espinosa Velasco** (conseiller en droit international public auprès du secrétariat juridique de la Présidence de la République, Équateur) a donné un aperçu de l'expérience équatorienne en matière d'extinction de TBI. M. Espinosa a expliqué qu'en 2008, l'Équateur qui comptait 27 TBI actifs a mis fin à neuf d'entre eux. Cette décision est intervenue à la suite de la promulgation d'une nouvelle constitution en 2008 et en 2009, moment auquel le tribunal constitutionnel a déterminé que le RDIE prévu par les TBI était contraire à la nouvelle constitution. M. Espinosa a également expliqué que l'Équateur avait commandé une étude pour savoir dans quelle mesure, d'un point de vue national, les TBI portaient atteinte à la souveraineté de l'État et quel impact ces traités présentaient pour les IDE. Cette étude a démontré que les IDE ne représentaient que 1,1 % du PIB équatorien et qu'aucune corrélation n'avait pu être démontrée entre les TBI et IDE dans le pays. Toutefois, l'Équateur n'a pas cessé de signer des contrats stipulant des clauses de RDIE. M. Espinosa a indiqué que l'Équateur a récemment mis au point un nouveau modèle de TBI qui apporte des éclaircissements sur le contenu précis des protections substantielles, supprime l'expropriation indirecte, clarifie la signification de « TJE » et propose un mécanisme d'appel ainsi qu'une liste de juges présélectionnés. Concernant le RDIE, l'Équateur tente de suivre le modèle brésilien en matière de mécanismes de prévention des différends et de règlement des différends État - État.



## 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

**M. Rahmat Kurniawan** (conseiller juridique auprès de la Direction des affaires juridiques et des traités internationaux du ministère des Affaires étrangères, Indonésie) a présenté en détail l'expérience de l'Indonésie en matière d'extinction et de renégociation des traités d'investissement. M. Kurniawan a expliqué que l'Indonésie a choisi cette voie en raison de sa vulnérabilité par rapport au RDIE — elle s'est retrouvée confrontée à 12 cas en très peu de temps. L'Indonésie a mis fin à plusieurs TBI, a rédigé un nouveau modèle de TBI, puis a renégocié les traités qu'elle avait avec certains pays. M. Kurniawan a présenté au Forum quelques recommandations tirées de l'expérience indonésienne. Il a encouragé les pays à mettre fin aux traités qui arrivent à expiration au cours de leur période de validité. M. Kurniawan a suggéré de profiter de la phase d'évaluation pour analyser attentivement les dispositions du TBI qui posent le plus de problèmes puis, à partir de cette analyse, d'en rédiger un nouveau modèle. Il a ensuite souligné certains des principaux défis posés par l'extinction. Un exemple de défi est que l'extinction d'un chapitre consacré à l'investissement d'un accord de libre-échange n'est juridiquement pas possible, et de fait les accords de libre-échange maintenus devraient inclure une clause permettant l'extinction de certains chapitres précis. En ce qui concerne la clause de survie, M. Kurniawan a recommandé de procéder par consentement mutuel et de raccourcir la durée de survie. M. Kurniawan a conclu son intervention en soulignant les trois principales améliorations apportées par l'Indonésie dans son récent TBI avec Singapour : l'inclusion de dispositions sur la corruption, la responsabilité sociétale des entreprises et le droit de réglementer.

**M. Félix Zongo** (directeur du Département de l'industrie du ministère du Commerce, de l'Industrie et de l'Artisanat, Burkina Faso) a présenté l'expérience du Burkina Faso lorsqu'il a mis fin à son TBI avec les Pays-Bas en 2018. En guise de contexte, M. Zongo a expliqué qu'au cours des huit dernières années le Burkina Faso a bénéficié d'une assistance technique pour évaluer ses traités d'investissement existants. Suite à cette évaluation, une feuille de route a été mise en place, incluant l'extinction des traités obsolètes. M. Zongo a fait remarquer que de nombreux traités du Burkina Faso étaient dans ce cas. Le Burkina Faso a trouvé que les TBI n'ont pas permis d'augmenter les IDE, raison pour laquelle il a décidé de procéder à ces extinctions, dont celui du TBI entre le Burkina Faso et les Pays-Bas un mois avant la fermeture de la « fenêtre d'extinction ». M. Zongo a relevé le défi d'obtenir l'approbation officielle de l'extinction en si peu de temps. Il a admis que les Pays-Bas ont répondu à la décision d'extinction du Burkina Faso en reconnaissant que le TBI n'était pas un bon traité et en acceptant de l'éteindre. M. Zongo a fait ressortir que les principaux points à retenir de l'expérience du Burkina Faso tenaient à la nécessité d'être organisé et d'être conscient des délais d'extinction de chaque traité afin de ne pas être pris par surprise. M. Zongo a conclu en espérant que d'autres pays pourront tirer des leçons de l'expérience du Burkina Faso.



## 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

**Lors des discussions en plénière**, les participants se sont demandé si les États impliqués dans des extinctions ont connu des changements au niveau des flux d'IDE en conséquence ; la réponse a été unanime : les IDE n'ont pas diminué après les extinctions. Les participants se sont également concentrés sur des questions pratiques telles que l'importance de parvenir à un accord sur les clauses de survie, comment mettre fin à un traité sans endommager les relations diplomatiques et comment aborder l'extinction des chapitres d'investissement dans les accords de libre-échange.

### Session en petits groupes 2 : Élaboration de stratégies de gestion des traités obsolètes

La session en petits groupes 2 a permis d'aborder les questions concernant les options dont disposent les pays pour gérer leur stock de traités obsolètes, les mesures qu'ils peuvent prendre, et la manière dont les pays peuvent se préparer et s'organiser au mieux. Chaque groupe a été invité à dresser une feuille de route détaillant comment il mettrait en place les différentes options pour gérer les vieux traités. Les options étaient les suivantes : 1) renégocier et modifier les traités d'investissement existants, 2) proposer une interprétation conjointe des dispositions des traités d'investissement existants et 3) mettre fin aux traités d'investissement existants.

### Session 6 : Relations entre les questions procédurales et les questions substantielles

Lors de cette séance, les participants ont débattu de la façon dont les processus et les développements en cours — notamment les CNUDCI, les négociations régionales telles que la ZLECAF — peuvent contribuer à orienter les résultats vers les objectifs et les priorités définis par les gouvernements des pays en développement. Cette séance a été animée par **M. Carlos Correa** (Centre-Sud).

**M. Howard Mann** (conseiller principal en droit international, Programme ELP, IISD) a critiqué l'approche adoptée par le processus du Groupe de travail III de la CNUDCI, indiquant que son mandat est interprété de manière plutôt restrictive et qu'il sépare la substance de la procédure d'une manière extrêmement cloisonnée. Par conséquent, M. Mann a estimé que le pire résultat (et le plus probable) est celui qui consiste à rafistoler les angles tout en préservant le système dans son ensemble, et entraver tout appel futur à une véritable réforme. Selon M. Mann, le meilleur résultat envisagerait une vaste réforme systémique et se concentrerait sur la façon dont le droit international peut promouvoir le lien entre IDE et développement durable. Il a décrit la proposition de TMI de l'UE comme étant une « ligne moyenne » qui modifie certains éléments du processus sans le changer fondamentalement, et qui déshabilite les processus nationaux au profit des processus internationaux. Le processus de la CNUDCI ne propose malheureusement pas de voie



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

directe vers le meilleur résultat possible. Les pays doivent donc commencer par éviter le pire résultat disponible. Les pays en développement doivent s'aligner entre eux et, si nécessaire, refuser un consensus au niveau du Groupe de travail III. M. Mann a encouragé les pays en développement à continuer de façonner des tendances qui poussent à une véritable réforme, telles que des extinctions, des renégociations et la conception de nouveaux traités. S'ils souhaitent modifier les différentes options possibles, les pays en développement devraient refléter le changement qu'ils veulent voir, en recourant par exemple à des processus de TBI Sud-Sud et des accords régionaux tels que la ZLECAF. Une autre option serait que les actuels États membres de la Commission de la CNUDCI imposent des modifications à ce dernier et définissent un mandat plus large pour le Groupe de travail III. En conclusion, M. Mann a remarqué que l'ancien modèle de TBI n'a pas permis aux pays en développement d'atteindre leurs objectifs, et que, de la même manière, le fait de rafistoler les angles ne permettra pas d'atteindre ces objectifs.

**Mme Silvina González Napolitano** (Service des accords d'investissements au ministère des Affaires étrangères et des Cultes, Argentine) a fait état de l'expérience de l'Argentine qui est le pays comptant le plus grand nombre de réclamations RDIE à son encontre (environ 60 arbitrages). Mme González a expliqué qu'en 2016, l'Argentine a commencé à négocier de nouveaux TBI dans le but d'attirer de nouveaux investissements, tout en procédant à des modifications découlant des leçons tirées des expériences passées. Ces nouveaux TBI sont plus équilibrés, prévoient des normes de protection plus strictes et tentent de rendre les arbitrages plus transparents, efficaces et prévisibles. Mme González a remarqué que l'un des éléments clés de la réforme pour l'Argentine a concerné la clause NPF. D'après l'expérience argentine, les investisseurs utilisaient cette clause pour importer des dispositions plus favorables en matière de règlement des différends, donnant naissance à ce qu'elle décrit comme un traité « Frankenstein ». La nouvelle approche de l'Argentine consiste à stipuler de manière explicite que la règle de la NPF ne peut s'appliquer au RDIE et ne peut servir à importer des standards plus vastes tirés d'anciens TBI. La clause NPF ainsi remaniée ne peut également pas être utilisée pour ajouter des standards qui ne figurent pas dans le nouveau traité ou pour contourner les obligations de l'investisseur. Mme González a également souligné l'importance de réaffirmer le droit de régler dans le traité et de laisser aux États la possibilité de formuler des demandes reconventionnelles. Elle a mentionné les nouvelles approches argentines pour éviter le traité shopping et veiller à ce que les arbitres respectent les règles déontologiques.

**Mme Yasmin Sultana** (co-secrétaire du ministère des Industries, Bangladesh) a fait part des expériences vécues par le Bangladesh tout en faisant remarquer que le pays attire actuellement un plus grand nombre d'investissements et donc s'attend à devoir faire face à un nombre croissant de différends relatifs aux investissements. Bien que ne disposant que d'un nombre limité de TBI, Mme Sultana a expliqué que le Bangladesh est actuellement en



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

phase de négociation avec plusieurs pays. Le processus de négociation est habituellement très lent et les pays qui comptent déjà des investisseurs au Bangladesh hésitent beaucoup à accepter les dispositions sur les obligations de l'investisseur, notamment celles qui ont trait aux droits de l'homme et à l'environnement. Mme Sultana a illustré les problèmes liés à l'absence de telles dispositions en décrivant un cas porté contre le gouvernement concernant l'explosion d'un puits de gaz pour laquelle le gouvernement a finalement été tenu responsable des dommages environnementaux causés par l'investisseur. Mme Sultana a remarqué que les principaux points de désaccord qui surgissent lorsque le Bangladesh négocie des TBI portent sur les définitions de l'investissement, de la notion de TJE, d'expropriation indirecte, des conditions de transfert, des réserves et des exceptions, du RDIE et des droits de l'homme. Le Bangladesh ne dispose pas encore de son propre modèle de traité, mais prévoit d'en élaborer un en s'inspirant d'un modèle international, adapté aux intérêts nationaux et permettant de trouver un juste équilibre entre les obligations de l'investisseur et celles de l'État.

**M. Makane Mbengue** (Université de Genève) a amorcé son intervention sur la relation entre la substance et la procédure en faisant remarquer qu'en droit international public, la substance n'est pas censé suivre la procédure. Il a indiqué que la procédure devrait viser quatre choses en relation avec la substance : 1) elle doit préserver les droits des États dans le système du droit international public, 2) elle doit garantir la sécurité et la prévisibilité, 3) elle doit clarifier les dispositions existantes dans le respect des règles coutumières du droit international public et 4) elle ne doit pas ajouter aux ou diminuer les droits ou obligations qui ont été soigneusement négociés. M. Mbengue a fait valoir que le RDIE a échoué sur ces quatre points et qu'en conséquence, la réforme du régime des investissements doit aboutir à une intégration minutieuse et équilibrée de la procédure et de la substance. Il a remarqué que le modèle dominant actuel de TBI a engendré un système autonome de règlement des différends qui s'est crucialement isolé de la substance. Une réforme doit permettre de s'assurer que la procédure sert la substance et non l'inverse. M. Mbengue a souligné que le RDIE est, de par sa nature, déséquilibré et que, par conséquent, une refonte du RDIE ne suffira pas à engendrer une nouvelle génération de TBI équilibrés au niveau des questions substantielles. Faisant allusion à une décision récente de la Cour suprême américaine refusant l'immunité absolue de la Banque mondiale, M. Mbengue a soutenu qu'une réforme du droit international des investissements devrait envisager une modification similaire et protéger les personnes vivant dans les communautés affectées.

**Lors de la séance plénière**, les participants ont discuté de l'impact d'une réforme des traités sur les objectifs en matière de promotion des investissements, tandis que des commentateurs expliquaient que des investissements de *qualité* sont peu susceptibles d'être freinés par des obligations à la charge de l'investisseur ou d'autres éléments relatifs au développement durable. Certains participants se sont dit préoccupés par la possibilité



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

de mentionner des questions de réforme substantielles au niveau multilatéral, devant la CNUDCI par exemple, au cas où un accord multilatéral d'investissement n'est pas souhaitable. Les commentateurs ont convenu qu'il était préférable d'adopter des approches régionales et nationales en matière de règlement des différends et de règlement des questions substantielles. Les participants ont pesé le pour et le contre de l'exigence des recours internes et exprimé des doutes concernant la proposition de TMI de l'UE comme réponse adéquate aux problèmes de déséquilibre et d'inégalité, de « gel réglementaire » et de cohérence dans les arbitrages d'investissement. Les commentateurs et les participants ont discuté des stratégies et des tactiques que les pays en développement pourraient utiliser pour influencer sur l'ordre du jour et les conclusions du Groupe de travail III de la CNUDCI.

*[Une fois les sessions plénières du Forum achevées, tous les participants ont été invités à une séance nocturne portant sur la corruption et animée par ANDJE avec M. George Kahale III et Mme Blanca Gómez de la Torre]*

## JOUR 3, VENDREDI 1ER MARS 2019

### Session 7 : Engagement multilatéral pour refaçonner le système de règlement des différends liés aux investissements

Cette séance a mis l'accent sur les processus multilatéraux visant à réformer le règlement des différends, sur un examen approfondi des conclusions éventuelles du Groupe de travail III de la CNUDCI, sur un mécanisme parallèle de règlement des différends et sur les problèmes liés à l'inclusion des parties prenantes. Cette séance a été animée par **Mme Chantal Ononaiwu** (spécialiste juridique et des politiques commerciales au Bureau des négociations commerciales du secrétariat de la communauté des Caraïbes [CARICOM]).

**Mme Nathalie Bernasconi** (IISD) a fait le point sur les résultats possibles de la CNUDCI et d'autres options de réforme possibles en dehors de ce processus. Parmi les conclusions possibles de la CNUDCI, elle a signalé : 1) l'échec des négociations, avec une absence de réforme qui signifie que le statu quo est maintenu, 2) le maintien du régime RDIE en vigueur avec quelques améliorations de procédure, 3) un RDIE avec un système de liste d'arbitres, 4) un RDIE avec un mécanisme d'appel ou 5) la proposition de TMI de l'UE. Outre ces conclusions générales, Mme Bernasconi a indiqué d'autres éléments de réforme possibles, tels que : 1) remplacer le RDIE par un règlement des différends entre États, 2) permettre aux parties affectées d'avoir accès au RDIE, 3) exiger un épuisement des voies de recours internes, 4) limiter la portée du RDIE de manière à exclure les investisseurs impliqués dans des cas de corruption ou de fraude, et 5) réfléchir de façon créative aux processus de médiation ou de redevabilité. Mme Bernasconi a fait remarquer qu'un pays



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

qui serait d'accord avec une réforme quelconque proposée par la CNUDCI ne sera pas tenu de souscrire automatiquement au traité de mise en œuvre. D'une manière similaire à la Convention de Maurice sur la transparence dans les RDIE, un nouveau cadre pourrait être pensé, la création d'un tribunal par exemple, mais ce cadre ne s'appliquerait que lorsque les pays opteraient pour un second traité. Quoi qu'il en soit, cette solution prendrait du temps. Elle a donc conclu en suggérant qu'entre temps les pays en développement réfléchissent aux moyens de résoudre leurs problèmes les plus urgents concernant le RDIE. Des mesures provisoires pourraient inclure un moratorium sur le RDIE, une exigence d'épuisement des voies de recours internes, la mise en place d'une liste provisoire d'arbitres présélectionnés, les cautionnements pour frais ou un accord visant à suspendre ou mettre fin aux traités obsolètes.

**Mme Kekeletso Mashigo** (directeur en chef chargé des relations économiques multilatérales en Afrique à la Division du développement commercial international et économique au Département du commerce et de l'industrie, Afrique du Sud) a débuté par une discussion sur l'expérience sud-africaine en matière de réforme. Elle a fait ressortir que la politique actuelle de l'Afrique du Sud a été marquée par une révision des TBI menée en 2009 qui a conclu à une absence de corrélation entre les TBI du pays et les flux d'IDE et à l'existence d'un déséquilibre au niveau de la substance de ces TBI, notamment en ce qui concerne le règlement des différends. Suite à quoi, le cabinet a approuvé la stratégie suivante: 1) pas de nouveaux TBI, 2) adoption de la Loi sur la protection des investissements, 3) élaboration d'un nouveau modèle de TBI et 4) mise en place d'un comité intergouvernemental sur les investissements. Le nouveau modèle de l'Afrique du Sud n'inclut pas la notion de TJE, de RDIE ou de NPF, mais garantit les droits de procédure, en phase avec les autres démarches régionales en Afrique. Mme Mashigo a fait part de l'opinion sud-africaine concernant les débats de la CNUDCI : leur portée est trop restreinte et certaines questions substantielles devraient être abordées, notamment en explorant des substituts au RDIE tenant compte des objectifs de développement durable, des politiques publiques et des intérêts des parties prenantes au sens large. Mme Mashigo a indiqué que l'Afrique du Sud ne pense pas que le TMI puisse répondre aux priorités des pays en développement, telles que le « gel réglementaire », l'épuisement des voies de recours internes, la participation d'autres parties prenantes, la cohérence et l'homogénéité. Elle a insisté sur le fait que, même si les pays en développement démontrent une certaine unanimité de vues sur ces questions, on dénote un manque de cohésion et de coordination entre ces pays au sein de la CNUDCI.

**M. Pedro Paranhos** (diplomate auprès du ministère des Affaires étrangères, Brésil) a fait connaître son point de vue sur les Accords brésiliens de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI). M. Paranhos a expliqué que l'ACFI est un modèle de TBI conçu par le Brésil ayant pour objectif l'encouragement de la coopération institutionnelle, la



stimulation de l'investissement et l'offre d'une protection juridictionnelle aux investisseurs et à leurs investissements. L'ACFI met l'accent sur la facilitation des investissements et adopte une approche préventive de résolution des conflits éventuels. M. Paranhos a expliqué que le principal élément institutionnel de l'ACFI est le Point focal national qui évalue les suggestions et les réclamations de l'autre partie ou de ses investisseurs et qui recommande des mesures pour améliorer l'environnement des investissements. Le Point focal national cherche à éviter les différences en matière d'investissement et, lorsqu'une différence apparaît, le Comité paritaire établi par l'ACFI s'en charge. Le Comité paritaire reçoit la requête, invite éventuellement les représentants de l'investisseur concerné et d'autres parties prenantes à comparaître, et rédige un rapport avec ses conclusions. Une fois ces procédures épuisées, M. Paranhos a expliqué qu'il est possible d'avoir recours à une procédure de règlement des différends État - État par un tribunal arbitral ad hoc ou par une institution permanente convenue d'un commun accord. Les affaires exclues du champ d'application de l'arbitrage sont la sécurité, la législation nationale, la responsabilité sociétale des entreprises, les mesures de lutte contre la corruption et l'illégalité, ainsi que des dispositions relatives à l'environnement, au travail et à la santé.

**Mme Chantal Ononaiwu** (spécialiste juridique et des politiques commerciales au Bureau des négociations commerciales du secrétariat de la Communauté des Caraïbes [CARICOM]) a fait part du point de vue partagé par CARICOM. Elle a noté que le Traité révisé de Chaguaramas établissant le marché et l'économie communs de la CARICOM offre des garanties du droit d'établissement et de la libre circulation des capitaux aux ressortissants de la Communauté. En outre, des chapitres sur l'investissement figurent dans certains accords sur le commerce extérieur du CARICOM, et chaque pays de la CARICOM (à l'exception de Montserrat) a signé un TBI au moins. Elle a noté que ces traités d'investissement prévoient une série de mécanismes différents de règlement des différends. Mme Ononaiwu a souligné que les pays de la CARICOM sont relativement peu familiarisés avec le RDIE. Seuls huit des 15 pays de la CARICOM ont été défendeurs dans des cas RDIE sous le règlement CIRDI et CNUDCI, et la plupart portaient sur des réclamations contractuelles dont une seule a été jugée en faveur de l'investisseur. Malgré cette expérience limitée en matière de RDIE, les pays de la CARICOM ont exploré les différents modèles de règlement des différends au niveau régional et dans les négociations sur le commerce extérieur. Mme Ononaiwu a expliqué que la CARICOM a élaboré un accord intra régional pour la protection, la promotion et la facilitation de l'investissement (Code d'investissement de la CARICOM). Même si elle n'est pas engagée dans des négociations en ce moment avec des pays tiers, la CARICOM a aussi élaboré un modèle de TBI pour la négociation de traités d'investissement avec des partenaires extérieurs qui définit de manière très détaillée ses normes substantielles de protection et inclut des obligations de l'investisseur. En matière de procédure RDIE, le modèle circonscrit les réclamations pouvant être soumises à l'arbitrage ou à la conciliation, spécifie diverses conditions préalables à la soumission des



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

réclamations et inclut un code de conduite destiné aux arbitres, ainsi que des clauses concernant les interprétations conjointes, la transparence, les objections préliminaires et leur consolidation, des interventions de parties non contestantes et amicus curiae. Mme Ononaiwu a souligné l'intérêt que porte la région aux initiatives visant à réformer le RDIE, y compris celles émanant de la CNUDCI. Elle a insisté sur le fait qu'indifféremment de leur expérience du RDIE, les pays devraient pouvoir intervenir auprès de la CNUDCI. Si les pays ne sont pas en mesure de présenter leur propre solution, ils devraient pouvoir se prononcer sur la désirabilité, l'efficacité et la faisabilité des autres propositions. En conclusion, Mme Ononaiwu a encouragé les pays à mentionner les craintes suscitées par le régime du RDIE qui ne seraient pas abordées dans le cadre du processus de la CNUDCI.

**Lors de la séance plénière**, les participants ont réitéré la nécessité d'une coordination et d'une cohésion accrues entre pays en développement et la pertinence de discuter de certaines questions de fond lors de la CNUDCI. Certains participants ont également relevé l'importance de la prévention des différends, notamment par des processus alternatifs de règlement des différends tels que la médiation, tandis que d'autres, quoique d'accord, ont estimé que la prévention des différends ne devrait pas exclure une réforme du RDIE.

### **Session en petits groupes 3 : Optimisation des résultats dans le processus de la CNUDCI pour les pays en développement**

Au cours de cette séance, les groupes de participants ont réfléchi aux différents résultats possibles du processus du Groupe de travail III de la CNUDCI. Dans la continuité de la séance précédente, les groupes ont discuté des avantages et des inconvénients de huit conclusions potentielles : 1) aucun résultat, pas de réforme au niveau de la CNUDCI ; 2) améliorations procédurales dans l'arbitrage entre investisseurs et États ; 3) élargissement de l'accès au processus aux parties prenantes affectées en tant que requérants ou intervenants ; 4) maintien du RDIE avec l'obligation additionnelle d'épuiser les voies de recours internes avant d'y recourir ; 5) limitation de la portée de l'arbitrage entre investisseurs et États (par ex., dans les cas de corruption, de fraude, etc.) ; 6) RDIE avec mécanisme d'appel ; 7) tribunal multilatéral des investissements avec mécanisme d'appel ; et 8) remplacement du RDIE par un règlement des différends entre États. Les résultats de ces discussions sont résumés dans un document final (voir Annexe 1).

### **Discussion ouverte : Mise en place de groupes et de coalitions et élaboration de stratégies pour faire avancer les priorités des pays en développement dans le cadre des processus internationaux et régionaux**

La dernière séance du Forum a donné lieu à une discussion ouverte au cours de laquelle les participants ont pu proposer des idées sur la façon dont les pays en développement pourraient coordonner leurs actions pour obtenir les résultats escomptés dans les processus

de réforme. Ils ont également discuté des conclusions qu'ils ont pu tirer de ce Forum. Cette séance a été animée par **Mme Opeyemi Abebe** (secrétariat du Commonwealth).

Les participants ont estimé qu'ils gagneraient beaucoup à étudier les modèles d'accord des autres pays afin d'en reprendre les éléments qui pourraient améliorer leurs propres modèles, notamment en ce qui concerne les exceptions et les notes explicatives, pour faire en sorte que le texte reflète les priorités nationales. Beaucoup ont remarqué que ce type d'événement apporte beaucoup en matière de partage d'expériences ainsi que la possibilité de tirer des leçons des processus de réformes mis en place par les autres pays. Savoir qu'ils ne sont pas les seuls à devoir affronter les défis qui sont les leurs constitue un atout.

Les participants ont souligné l'importance d'une définition des positions nationales individuelles sur le processus de la CNUDCI, susceptible de leur permettre d'y participer de façon significative. Pour certains, une prise de position à l'échelle nationale ou même à l'échelle régionale constituerait la première étape nécessaire à une prise de position commune aux pays en développement. Ainsi, certains participants ont estimé que cette coordination devrait trouver ses racines à l'échelle nationale, et ce d'autant plus qu'une fragmentation existe au sein des gouvernements de nombreux pays. Quelques participants ont anticipé les prochaines étapes au cours desquelles ils résumeront les principaux enjeux aux personnes qui assisteront à la prochaine réunion de la CNUDCI (si les délégués s'y rendant sont différents), surtout maintenant qu'ils ont une idée plus claire des résultats et des options possibles suite aux discussions durant le Forum.

Les participants ont souligné la nécessité qu'ont les pays en développement de mieux coordonner leurs actions et de présenter un front uni lors des réunions de la CNUDCI et d'autres forums, en prêtant une attention particulière à la coopération en matière de renforcement des capacités. Les participants ont également signalé l'importance de reconnaître la possibilité de « sortir » du processus de la CNUDCI sans obtenir de résultat. Pour beaucoup, l'importance d'ouvrir les discussions sur le processus de la CNUDCI aux questions substantielles sans se cantonner aux questions procédurales aura été l'un des messages clés.

## Cérémonie de clôture

**Mme Nathalie Bernsaconi** (IISD), **M. Daniel Uribe** (Centre-Sud), et **Mme Ana María Ordóñez** (Colombie) ont prononcé la clôture officielle du Forum en remerciant les organisateurs et les sponsors pour leur soutien, ainsi que les participants pour leur engagement actif tout au long des discussions de ce programme de trois jours. Ils ont encouragé les participants à poursuivre la réflexion sur un système alternatif visant à favoriser l'investissement durable, ainsi qu'à participer aux discussions en cours à divers



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

niveaux, notamment lors de la prochaine réunion de la CNUDCI sur la réforme du RDIE en avril 2019.



## ANNEXE 1 : CONCLUSIONS POTENTIELLES DU GROUPE DE TRAVAIL III DE LA CNUDCI : AVANTAGES ET INCONVENIENTS (SESSION EN PETITS GROUPES 3)

Ce document résume les résultats d'une session en petits groupes de travail qui s'est tenue lors du 12<sup>e</sup> Forum annuel des négociateurs de pays en développement pour les questions d'investissement organisé par l'Institut international du développement durable (IISD) à Carthagène des Indes en Colombie du 28 février au 1<sup>er</sup> mars 2019. Ce document a été préparé par IISD à la demande des participants au forum.

Il a été conçu de manière à aider les pays à préparer leur participation au processus du Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), qui traite des réformes du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Il résume les possibles conclusions du processus de la CNUDCI, au nombre de huit, et esquisse les éventuels avantages et inconvénients (le « pour » et le « contre ») identifiés par les participants au forum pour chaque conclusion. Le document ne reflète pas nécessairement les opinions de IISD.

### Conclusion potentielle 1 : aucun résultat, pas de réforme au niveau de la CNUDCI

Le processus du Groupe de travail III de la CNUDCI s'achève sans être parvenu à un accord sur la réforme du RDIE.

Pour	Contre
Permet de maintenir le cap de la réforme sur les traités bilatéraux d'investissements, mais la porte reste ouverte aux autres forums multilatéraux ou nouveaux forums (par ex., la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement [CNUCED])	Gaspille le temps et les ressources déjà engagés dans le processus de la CNUDCI
Éloigne le risque d'un « mauvais accord » au niveau multilatéral	Le statu quo du RDIE sera renforcé
Se concentre sur les recours internes comme option privilégiée	Risque de perdre la dynamique et des perspectives de nouvelles réformes multilatérales



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pour	Contre
Ne légitime pas le RDIE, et pourrait même le délégitimer	Les pays en développement risquent de perdre de l'influence qu'ils exercent dans un forum multilatéral, par rapport à d'autres forums
Offre la possibilité de nouvelles options	Incite les pays en développement à se tourner vers les nouvelles « évolutions », par ex., le Tribunal multilatéral des investissements de l'UE
Permet de dégager des interprétations harmonisées sur les questions procédurales	Suscite la frustration des gouvernements nationaux qui pourraient perdre confiance dans la CNUDCI en tant qu'institution et dans le système multilatéral dans son ensemble
Renforce les efforts régionaux et les démarches diplomatiques	Accroît les tensions et crée de nouvelles différences entre les pays
Donne la possibilité de revoir les problèmes de la substance et de la procédure	Légitime le système actuel de RDIE
Réduit la prolifération des forums ; gain d'efficacité	
Permet une autocorrection et une amélioration interne du RDIE	
Maintient la pression sur le système multilatéral dans le but d'apporter des améliorations et des réformes plus importantes que ce que le processus de la CNUDCI aurait pu permettre	
Consacre des ressources pour le renforcement des capacités pour un emploi à un niveau local	



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## Conclusion potentielle 2 : améliorations procédurales dans l'arbitrage entre investisseurs et États

Les États présents à la CNUDCI conviennent de l'adoption d'un ensemble de modifications qui s'appliquerait à la façon dont l'arbitrage entre investisseurs et États fonctionne dans la pratique.

Pour	Contre
Apparaît comme étant une option plus réaliste, plausible et acceptable sur le court terme	Légitimise, renforce ou fige le RDIE comme étant l'option la plus facilement disponible
Maintient le débat au sein de l'agenda mondiale	Retarde les réformes plus sérieuses, plus audacieuses
Peut-être préférable à une absence de réforme si les améliorations de procédure concernent notamment la qualité et l'impartialité des arbitres, l'efficacité du processus, la transparence des procédures, les coûts, le financement des tiers, etc.	Induit des débats techniques et détaillés qui détournent l'attention des discussions sur les objectifs et les buts politiques
	Fait perdre aux petits pays du temps et de la capacité de négociation en vue de mettre au point ces améliorations de procédure
	Détourne l'attention d'autres solutions éventuelles
	Poursuit sur la voie de l'arbitrage privé auquel participent des arbitres et des spécialistes proches des intérêts des investisseurs
	Permet à l'industrie du RDIE de prospérer
	Nuit aux perspectives de réforme et d'amélioration des tribunaux nationaux, tout en en restreignant leurs pouvoirs



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

## Conclusion potentielle 3 : élargir l'accès au processus aux parties prenantes affectées en tant que requérants ou intervenants

Les États présents à la CNUDCI conviennent d'une réforme du RDIE de manière à inclure d'autres « parties prenantes concernées » dans le processus global, avec la possibilité donnée aux parties prenantes qui ne sont pas des investisseurs de formuler des réclamations ou du moins d'intervenir.

Pour	Contre
Renforce la transparence et la communication avec les autres parties prenantes concernées	Ne permet pas de déterminer qui assume les coûts associés à l'accès des parties prenantes concernées au processus
Permet aux États parties de formuler directement des interprétations étant donné que les États d'origine peuvent également participer	L'identification des parties prenantes peut se révéler difficile, notamment lorsqu'il s'agit de s'assurer que les demandeurs ou les intervenants sont légitimement « affectés »
Permet d'éviter les procédures multiples et concurrentes	Détourne l'attention du tribunal des enjeux fondamentaux, allongeant et alourdissant le processus
Donne aux communautés un accès à un forum international leur permettant de faire part de leurs préoccupations quant aux activités des investisseurs et d'y faire valoir leurs droits	Rend le processus vulnérable aux abus, par ex. de la part des groupes de pression
Permet aux tribunaux d'acquérir une compréhension holistique (ou une nouvelle perspective) de la problématique	Peut s'avérer contre-productif pour certains États
Propose une plateforme permettant d'intégrer et d'exprimer l'opinion publique, ce qui peut renforcer la position d'un État lorsque l'affaire engage des enjeux de politique publique	Les nouveaux participants au processus n'ayant pas été impliqués dans son élaboration peuvent ne pas être entièrement protégés



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pour	Contre
Désamorce les crispations du public	Confidentialité susceptible d'être compromise
Encourage l'imputabilité de l'investisseur et de l'État vis-à-vis des communautés et des autres groupes d'intérêt, renforçant la protection des droits	Le RDIE risque d'être plus politisé ce qui peut nuire aux relations diplomatiques
Renforce la démocratie	Détourne des priorités du programme de réformes
	Exige des arbitres une expertise plus vaste

## Conclusion potentielle 4 : maintien du RDIE avec obligation additionnelle d'épuiser les voies de recours internes avant d'y recourir

Les États présents à la CNUDCI conviennent de maintenir le RDIE en place, mais modifie sa formulation de manière à ce que les investisseurs et les États soient tenus d'envisager des recours internes avant d'invoquer une procédure internationale de règlement des différends.

Pour	Contre
Réduit le risque d'un État de faire l'objet de poursuites devant les instances internationales	Les gouvernements peuvent faire échouer le processus de résolution
Accroît la possibilité de garder un investisseur	Les tribunaux manquent de compétence technique leur permettant d'aborder les enjeux sous-jacents
Laisse le temps aux États de résoudre les problèmes et de régler les différends	Si la requête des investisseurs n'aboutit pas, cela peut entraîner leur désengagement
Réduit les coûts associés aux réclamations fantaisistes	Double le coût du processus global



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pour	Contre
Renforce le processus administratif et judiciaire interne	Suscite un intérêt croissant lié à la longueur du processus
Réduit les coûts pour les États	Permet aux arbitres de service d'« instance d'appel » lorsqu'ils passent en revue les décisions de la plus haute juridiction nationale
Permet aux États de choisir des avocats locaux pour assurer la défense de leur cas	Incohérence possible dans les clauses de « bifurcation » qui impose aux investisseurs de faire un choix entre le RDIE et les recours internes
Légitime les systèmes de tribunaux nationaux/l'espace politique/la souveraineté	Le tribunal national ne dispose pas du mandat lui permettant de statuer sur des questions de droit international
Application des lois locales/nationales	Pose un problème de mise en application étant donné que les décisions de justice sont difficilement applicables à l'échelle internationale
Connaissance des procédures/lois	Les procédures locales sont susceptibles d'être plus vulnérables à la corruption par l'État et l'investisseur
Pas de cloisonnement des lois	Peut entraîner les investisseurs à ne plus vouloir investir pour des raisons de concurrence
Caractère prévisible et cohérence des interprétations juridiques	Accroît le risque d'interférence politique
Avantage les États dans le processus légal	Source d'imprévisibilité pour les investisseurs qui ne sont pas habitués au fait que la jurisprudence varie d'un pays à l'autre



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pour	Contre
Améliore la prévention des litiges/résolution à l'amiable	Un système judiciaire national faible risque de contrecarrer le processus
Peut être plus rapide que de passer directement par un RDIE	Pose la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire
Laisse plus de temps pour préparer un RDIE, car il est plus facile de prédire quand ces dossiers parviendront à ce stade	Les investisseurs pourraient ne pas avoir confiance dans le processus national
Privilégie la législation nationale et les objectifs politiques	
Permet à la communauté locale de participer en tant que partie tierce	

## Conclusion potentielle 5 : limitation de la portée de l'arbitrage entre investisseurs et États (par ex., dans les cas de corruption, de fraude, etc.)

Les États présents à la CNUDCI conviennent d'établir des limites quant à l'admissibilité d'un cas à un RDIE, excluant des cas révélant des problèmes de corruption, de fraude ou similaires.

Pour	Contre
Attire et incite les investisseurs responsables à investir de manière honnête	Créer des difficultés de définition des limites à la portée du RDIE et l'établissement des preuves de corruption, de fraude, etc.
Restreint l'arbitrage à une mesure extraordinaire réservée aux investisseurs probes, limitant ainsi le nombre d'affaires	Freine l'accès des investisseurs à la justice dans un État corrompu ou lorsque les États abusent du processus
Renforce les lois et les institutions du pays ainsi que l'autorité des juges locaux	Suscite une forme de résistance de la part des tribunaux arbitraux qui peuvent hésiter à ne s'occuper que des cas relevant d'un cadre particulier



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Privilégie les méthodes alternatives de règlement des différends telles que la médiation et la conciliation, garantissant que le RDIE ne soit pas la seule option disponible	Dans certains cas, peut prolonger le processus du RDIE
Évite aux États de devoir prendre en charge les frais de défense des cas de RDIE concernant des investisseurs corrompus ou illégaux	Peut nécessiter un mécanisme international de détection de la corruption, hausse des coûts possible
Réitère une tolérance zéro vis-à-vis de la corruption en tant qu'enjeu clé de politique publique, en phase avec les normes et cadres internationaux, notamment la Convention des Nations Unies contre la corruption	

## Conclusion potentielle 6 : RDIE avec mécanisme d'appel

Les États présents à la CNUDCI conviennent de maintenir l'arbitrage entre un investisseur et l'État en place, mais imposent que ces arbitrages disposent d'un mécanisme permettant de faire appel à la décision.

Pour	Contre
Permet de corriger les erreurs de fond et procédurale	Maintien en tant que tel de l'arbitrage entre investisseurs et États
Optimise la prise de décision en première instance et la diligence due des arbitres	Conflit possible entre l'esprit arbitral de la première instance et la formalité du processus d'appel judiciaire en seconde instance
Améliore la cohérence, l'homogénéité et la prévisibilité des sentences arbitrales	Cohérence des décisions arbitrales difficile à maintenir parmi 3000 TBI



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Réduit la durée des délibérations en première instance et donc les coûts grâce à une jurisprudence plus claire	Le problème d'« une mauvaise loi votée est une mauvaise loi appliquée » demeure : le processus ne peut pas combler des lacunes substantielles
Diminue le risque qu'un tribunal national n'annule la décision (« gel » de procédure)	Donne la possibilité aux investisseurs de faire appel, fragilisant les pays
Pratique et plus rapide à mettre en œuvre/organiser qu'une cour	Difficultés inhérentes à l'application et possible chevauchement avec les processus des tribunaux nationaux
Existence de précédents (par ex., l'Organisation mondiale du commerce, l'Accord entre le Vietnam et l'UE sur la protection des investissements, bien qu'ici la première instance soit gérée par un système de liste d'arbitres)	Augmente les coûts et les délais associés au processus du RDIE
	Aucun exemple opérationnel connu — d'ailleurs, l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce est au bord de l'effondrement
	Créer une nouvelle institution engendre de nouveaux problèmes, parmi lesquels un secrétariat aux pouvoirs surdimensionnés, l'absence de diversité et le risque de se retrouver coincé avec de mauvais juges

## Conclusion potentielle 7 : tribunal multilatéral des investissements avec mécanisme d'appel

Les États présents à la CNUDCI décident de mettre en place un mécanisme multilatéral qui remplacerait les mécanismes du RDIE existants dans les traités bilatéraux de protection des investissements actuels par une cour.

Pour	Contre
Renforce la cohérence et la prévisibilité des décisions arbitrales	Institutionnalise davantage le RDIE



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pour	Contre
Supprime le problème des juges remplissant plusieurs rôles (« double casquette ») et les conflits d'intérêts associés grâce à la titularisation des juges	Augmente les frais de gestion du système de la Cour
Encourage une plus grande impartialité et autonomie des arbitres	Politise le fonctionnement du système, notamment la nomination des juges
Contribue à l'évolution du droit international et en limite le cloisonnement	Risque d'absence de diversité des juges, d'une représentation insuffisante des juges issus des pays en développement
Répond aux défaillances associées à la nomination des arbitres par les parties	Risque de redondance ou de contradiction du processus du tribunal multilatéral avec les procédures des tribunaux locaux
Permet une spécialisation poussée de l'expertise des décideurs	Prolonge le processus de règlement des différends
Facilite l'examen du bien-fondé de la décision	Supprime l'aspect extraordinaire du processus permettant à un investisseur d'accéder aux réclamations contre un État – processus désormais ordinaire
Encourage les parties à régler le différend à l'amiable pour ne pas allonger la durée du processus	Du point de vue des investisseurs, aucune mention de la nomination des décideurs
Retire à l'investisseur la gestion du RDIE	Possible méconnaissance du système juridique d'un État particulier
Susceptible de réduire la rentabilité du financement par des tiers externes suite à une prévisibilité accrue	Persistance du problème lié à la prolifération des traités bilatéraux de protection des investissements
Génère une confiance accrue dans le système	Financement par l'État d'un système qui pourrait se retourner contre lui



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pour	Contre
	Ambiguïté du fonctionnement et du financement du tribunal au stade actuel
	Risque de fragmentation du droit international
	Priorisation de la protection de l'investisseur par rapport à d'autres valeurs
	Difficulté éventuelle à garantir la participation des pays
	Subsistance des lacunes au niveau des règles substantielles
	Engendre une bureaucratie à gérer

## Conclusion potentielle 8 : remplacement du RDIE par un règlement des différends entre États

Les États présents à la CNUDCI recommandent de mettre fin à l'utilisation du RDIE et de régler les différends relatifs aux investissements grâce à des mécanismes État - État. Les réclamations des investisseurs étrangers pourraient être présentées par le gouvernement de leur pays d'origine.

Pour	Contre
Réduit le nombre de cas, notamment les plus futiles, car les États pourront adopter une approche plus pragmatique à l'égard des différends	Absence de réparations effectives, dans des délais raisonnables, pour les investisseurs, ce qui risque de provoquer une baisse des investissements directs étrangers
Susceptible d'augmenter les chances de trouver un règlement à l'amiable/diplomatique	Inadéquation du rôle de l'État agissant pour le compte du capital privé ; un État risque de ne pas prendre les



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pour	Contre
	préoccupations des investisseurs au sérieux
Préserve la souveraineté de l'État	Les multinationales n'entretiennent pas forcément des liens étroits avec leur pays d'origine, de sorte qu'il est difficile de convaincre cet État d'exercer des pressions pour leur compte
Susceptible de promouvoir une prévention et une résolution rapides des différends, et ainsi de réduire les coûts et la durée du règlement du conflit	Complicite la décision des États de savoir quel investisseur représenter
Respecte la relation entre l'État et l'investisseur	Politise les différends relatifs aux investissements et porte atteinte aux relations entre États, avec le risque de voir le conflit dégénérer
Susceptible de renforcer les tribunaux nationaux	Des problèmes peuvent surgir du déséquilibre des pouvoirs entre États
Permet aux entités ayant négocié l'accord (c.-à-d., les États) de l'interpréter de manière plus authentique, dans le respect de leurs intentions	Certains diplomates pourraient initialement manquer de l'expertise qui leur permettrait de trouver une solution/résoudre les différends relatifs aux investissements
Des exemples à suivre existent déjà (par ex., les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement au Brésil, le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, la <b>Communauté de développement de l'Afrique australe</b> )	Engendre un surplus bureaucratique
	Exige des États qu'ils assument les frais de justice des investisseurs
	Désavantage les plus petits investisseurs et ceux qui ne disposent pas des bons contacts ou n'entretiennent pas de liens étroits avec le gouvernement de leur pays d'origine



# 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 27 – March 1, 2019, Cartagena, Colombia

Pour	Contre
	<p>Proposition peu pratique à présenter au forum de la CNUDCI du fait des intérêts particuliers et des positions idéologiques, rendant cette suggestion « difficile à vendre »</p>