

SÉRIE WEBINAIRES DE L'IISD SUR LE DROIT ET LES POLITIQUES D'INVESTISSEMENT

Développer un modèle de traité d'investissement : Opportunités et défis

Ce webinaire a eu lieu en décembre 2018. La transcription ci-dessous a été fournie en complément des documents vidéo. Veuillez noter que les noms des participants ont été supprimés pour préserver leur confidentialité, bien que les noms des présentateurs aient été conservés. Des modifications mineures ont été apportées pour plus de clarté et de lisibilité.

Transcription : Introduction aux exposés des conférenciers du 11 décembre 2018

Suzy Nikièma : Bonjour à tous. Nous allons bientôt poster les vidéos des interventions de nos experts, en plusieurs séquences. Merci de bien vouloir prendre le temps de regarder toutes les vidéos tout au long de cette journée.

Vous pourrez poster vos questions par écrit dès aujourd'hui après l'envoi des vidéos des exposés. Veuillez indiquer votre nom, titre et l'expert auquel votre question est adressée. Les conférenciers seront disponibles pour une session de questions/réponses en direct demain de 11h30 à 12h00 GMT pour répondre à vos questions et discuter des sujets mis en évidence dans leurs exposés.

Sarah Brewin : Bonjour à tous, je suis Sarah Brewin, une collègue de Suzy Nikièma à IISD et j'ai le plaisir de partager avec vous la dernière vidéo du webinaire – les mots de conclusion de Mme Erika Ramanarivo et du Professeur Makane Mbengue, et la conclusion du webinaire par Dr Suzy Nikièma.

Merci d'avoir été nombreux à regarder ces vidéos. Merci également à ceux qui ont déjà posté leurs questions. Nos deux intervenants se réjouissent d'avance de discuter en direct avec vous demain à partir de 11h30 !

Vous n'avez pas encore eu l'occasion de regarder les vidéos ou de poser une question ? Vous pouvez encore le faire aujourd'hui jusqu'à 17h GMT ! La session de questions/réponses en direct aura lieu demain à 11h30 GMT avec nos deux conférenciers.

Participant : Bien reçu, ça nous donnera le temps de télécharger là où la connexion est faible et de bien écouter. Je remercie l'IISD pour l'initiative et félicite les experts pour leur exposé.

Participant : En tout cas, il faudrait tenir compte des mauvaises connexions Internet.

Suzy Nikièma : Merci pour vos remarques pertinentes par rapport à la mauvaise connexion. C'est justement l'une des principales raisons qui nous ont amenés à tester ce webinaire sur la plateforme WhatsApp au lieu de Zoom, et de le structurer en deux parties. Nous espérons ainsi que toutes les personnes inscrites pourront profiter de ce webinaire, quelle que soit la qualité de leur connexion. Ma collègue Sarah et moi-même sommes basées au Burkina Faso et au Rwanda, et vivons cette réalité. Nous espérons avoir votre feedback demain à la fin du webinaire sur cette nouvelle approche.

Transcription : Session de questions-réponses du 12 décembre 2018

Suzy Nikièma : Bonjour à tous. Vous avez été nombreux à regarder les vidéos du webinaire hier et à animer ce WhatsApp Group. Merci à tous. Nous allons commencer la session de questions-réponses avec nos conférenciers à 11h30 GMT.

Ces derniers vont commencer par répondre aux questions postées la veille, que j'aurai préalablement recoupées et reformulées pour faciliter la discussion. Puis ils répondront au fur et à mesure aux questions posées pendant la session. Vous pouvez poser de nouvelles questions par écrit dès maintenant. En rappel, veuillez indiquer votre nom, fonction et l'expert auquel votre question est adressée.

Nous espérons avoir le temps de répondre à toutes vos questions, mais nous excusons par avance si le temps imparti ne nous permettait de répondre aux dernières questions.

Suzy Nikièma : Bonjour à tous et bienvenus à la session de questions-réponses de ce webinaire. Merci à Mme Erika Ramanarivo et au Pr Makane Mbengue de se joindre à nous ce matin. Je suis Suzy Nikièma et je vais modérer cette session.

Erika Ramanarova : Bonjour tout le monde. Bonjour Suzy, bonjour Pr Makane. Je me réjouis d'avance des échanges sur nous aurons sur ce sujet très important.

Makane Mbengue : Bonjour à toutes et à tous, je me réjouis de cette session et je salue mes sœurs Suzy et Erika.

Suzy Nikièma : Pour commencer, je vais demander au Professeur Mbengue de répondre aux questions d'éclaircissement sur certaines notions. Professeur Makane M. : Pourriez-vous nous éclairer sur la différence entre un traité bilatéral d'investissement et un code d'investissement, en ce qui concerne notamment les investisseurs couverts, le processus de révision/renégociation et le type de garanties offertes ?

Makane Mbengue : La grande différence c'est qu'un TBI est un instrument conventionnel régi par le droit international tandis qu'un code d'investissement est un instrument national. Un TBI ne régit que les investissements étrangers. Un code d'investissement régit autant les investissements nationaux que les investissements étrangers. En cas de conflit entre un TBI et un code d'investissement, le TBI prévaudra. Il est mieux pour les États africains d'adopter des

codes d'investissement que de conclure des TBI. Un TBI reste applicable pendant plusieurs décennies. Il est difficile, voire impossible, de le réviser ou de le renégocier.

Cependant, un État peut modifier un code d'investissement dès qu'il le souhaite. En outre, dans un code d'investissement l'Etat peut exiger que les différends avec les investisseurs ne soient soumis qu'aux seuls tribunaux nationaux alors que dans le cas des TBI l'arbitrage international est souvent prévu comme mode règlement des différends entre investisseurs et États.

L'Afrique du sud, par exemple, a opté pour la voie du code (aussi dénommé loi nationale d'investissement) désormais. Pour finir, un code d'investissement peut également servir à l'élaboration d'un modèle national de TBI surtout pour s'assurer de ne pas négocier des traités contraires aux codes d'investissement qui eux sont souvent le résultat d'une politique plus réfléchie en matière d'investissements.

Suzy Nikièma : Merci pour cet éclairage. Mme Erika, est-ce que votre modèle national de TBI contient des dispositions relatives au code d'investissement ou plus généralement au droit national applicable aux investissements étrangers ?

Erika Ramanarivo : Non. Le modèle de TBI malgache ne renvoie pas spécifiquement au code d'investissement, car il existe également des lois sectorielles qui contiennent des dispositions relatives aux investissements. On se réfère aux lois et règlements en vigueur dans ce modèle. Et je confirme les propos du Professeur sur la différence entre un code d'investissement et un TBI.

Suzy Nikièma : Merci Mme Erika. Ainsi, vous nous indiquez qu'il est important que le TBI réfère à toutes les lois nationales applicables aux investissements.

Erika Ramanarivo : Exactement.

Suzy Nikièma : Et en relation avec la réponse du Pr Mbengue, un code d'investissement est un moyen tout à fait approprié pour le traitement des investissements étrangers avec ou sans un TBI. Une autre question pour Mme Erika. Quels sont les profils et/ou les ministères et départements dont proviennent les experts qui composent votre cellule ayant élaboré votre modèle national ? Avez-vous eu des difficultés pour mettre en place cette cellule ?

Erika Ramanarivo : La Cellule est composée d'experts provenant des Ministères en charge de l'industrie, des finances, des affaires étrangères. Les membres de la Cellule ont des formations académiques en Droit, des juristes en droit privé et/ou en droit international. Mais certains d'entre eux ont également bénéficié de formations spécifiques en Droit International des investissements. Ils possèdent également des compétences spécifiques dans leurs domaines notamment en investissement et finance.

Nous faisons appel de temps en temps aux experts techniques d'autres ministères sectoriels quand c'est nécessaire.

Suzy Nikièma : Cela indique donc l'importance d'avoir une approche pluridisciplinaire et d'impliquer tous les ministères compétents. Merci pour le partage d'expérience.

Erika Ramanarivo : La Cellule a été créée en 2004 avec presque tous les anciens membres de cette époque toujours là. La principale difficulté a été initialement la question de renforcement des capacités, mais nous avons pu compter sur l'appui de nos institutions internationales partenaires. La stabilité des membres est également très importante à mon avis.

Suzy Nikièma : En effet, c'est un défi dans toutes les administrations publiques. Pr Makane M. : Quels est les rapports ou les enjeux de la négociation de la Zone de Libre Échange Continental de l'Union Africaine (ZLEC), notamment la phase 2 des négociations qui commencera l'année prochaine, par rapport aux TBI ?

Makane Mbengue : A l'heure actuelle, il n'y a pas encore de discussion précise sur la relation entre le futur Chapitre d'investissement de la ZLEC et les TBI des États membres de l'Union africaine. Toutefois, l'idée serait à plus ou moins moyen terme que les États africains mettent fin aux TBI intra-africains surtout lorsque ces derniers sont incompatibles avec la ZLEC. Pour ce qui est des TBI avec les États tiers (États non africains), l'idée est de les dénoncer au moment de leur expiration ou de les renégocier dans un sens conforme à la ZLEC.

Cette incertitude juridique demande que l'on soit prudent et que l'on adopte un moratoire sur la négociation de TBI jusqu'à finalisation du processus de la ZLEC. Personnellement, je considère qu'il faudra s'assurer que le Chapitre d'investissement de la ZLEC s'applique à tous les investissements et investisseurs qui opèrent sur le continent africain. Cela veut dire qu'à terme nos États n'auront plus besoin de négocier des TBI.

Suzy Nikièma : Vous soulevez un point important, qui est le défi d'assurer une cohérence entre le futur Protocol sur l'investissement de la ZLEC et les autres instruments nationaux et régionaux existant. Merci pour cette recommandation concernant la gestion des TBI intra Africains, c'est-à-dire signés entre au moins deux pays africains.

Suzy Nikièma : Passons maintenant à une autre série de questions. Mme Erika, combien de temps vous va-t-il fallu pour élaborer votre modèle ? Ce modèle sera-t-il validé officiellement et rendu public ? Si oui, par quelle procédure ?

Erika Ramanarivo : Nous avons commencé à initier la réforme en 2017 avec tous les travaux d'analyse et d'études préparatoires avant d'aboutir à la version finale au mois de juillet de cette année 2018. Nous sommes actuellement en train d'identifier la procédure de consultation appropriée avant validation définitive et publication.

Suzy Nikièma : Nous comprenons donc qu'il faut prendre le temps d'élaborer un modèle national. Certains pays ou certaines régions ont pris plusieurs années pour y parvenir en effet. Pr. Makane M., Plusieurs participants s'interrogent sur comment assurer l'équilibre entre les

droits et les obligations des investisseurs étrangers dans les TBI. Pouvez-vous identifier quelques principes clés à respecter pour y parvenir ?

Makane Mbengue : Il y a plusieurs stratégies juridiques pour garantir un équilibre. Il me semble que trois d'entre elles méritent d'être mentionnées. La première consiste à enserrer les dispositions contenues dans les TBI. Souvent ces dispositions sont trop générales et vagues et permettent une interprétation extensive des dispositions et de certaines règles telles le traitement juste et équitable par exemple. Il faut donc rédiger les dispositions de telle manière à les limiter ou/et prévoir des exceptions ou des exclusions afin de faire en sorte que les droits ne soient pas illimités au détriment du droit de réguler des États. Par exemple, dans le code panafricain des investissements, on des exceptions à la clause de traitement national et la clause de la nation la plus favorisée.

La deuxième stratégie consiste à prévoir des objectifs de développement durable au sein des TBIs. Il faut transcender l'approche traditionnelle des TBI qui se limite tout simplement à protéger les investissements étrangers. En fixant des objectifs autres (tels la lutte contre la corruption, le respect de l'environnement, la protection des droits de l'homme, etc.) on soumet l'investissement étranger à des objectifs légitimes et cela permet un meilleur rééquilibrage. Enfin, la troisième et dernière stratégie consiste à incorporer des obligations pour les investisseurs dans les TBI (obligations en matière d'utilisation des ressources naturelles par exemple). On retrouve une telle tendance dans le code panafricain des investissements et dans le TBI Maroc-Nigéria. Il n'y a donc pas de raison à ne pas insérer de telles obligations dans les TBI que l'on négocie avec des États tiers (non africains).

Suzy Nikiéma : Merci. La question de l'insertion des obligations à la charge des investisseurs est en effet cruciale pour assurer l'équilibre. Mme Erika, toujours sur la question de l'équilibre entre les droits et obligations des investisseurs étrangers, est-ce que votre modèle national contient une clause sur la RSE ? Et est-ce qu'une disposition sur la RSE vous semble suffisante pour imposer des obligations aux investisseurs ?

Erika Ramananarivo : Oui, le modèle de TBI malgache contient une clause sur la RSE. Bien entendu, cette clause ne suffit pas à elle seule pour imposer des obligations à ces investisseurs. Néanmoins, la nécessité d'adhésion des investisseurs étrangers au principe de RSE doit être clairement exprimée. Et puis, il existe des lois et règlements sectoriels, ainsi que des normes et des bonnes pratiques pour permettre à ces investisseurs de se conformer d'une manière concrète à cette responsabilité.

Suzy Nikiéma : Merci beaucoup. Il nous reste en principe moins de 5min et nous avons encore plusieurs questions en attente. J'ai le plaisir de vous informer que nos deux experts ont accepté de rester 15mn de plus pour cette session. Pr Makane M. : Comment peut-on définir le type d'investissements couverts et protégés dans un traité d'investissement ? Faut-il par exemple donner la priorité aux Investissements directs étrangers (IDE) qui s'établissent sur le territoire par la création d'entreprise ?

Makane Mbengue : Il y a trois approches dans les pratiques (lesquelles sont d'ailleurs codifiées dans le modèle SADC de TBI de 2012). La première approche est souvent qualifiée d'approche « ouverte » des avoirs qui pourraient constituer un investissement (open-asset based approach en anglais). Selon cette approche, tout avoir peut constituer un investissement. C'est une approche risquée, car l'État donne son consentement à protéger n'importe quel investissement sur son territoire.

La deuxième approche est, quant à elle, dénommée approche « fermée » des avoirs (closed-asset based approach en anglais). Elle est un peu moins risquée que la première approche en ce sens qu'elle consiste à lister de manière précise les avoirs/biens qui sont seuls susceptibles d'être qualifiés juridiquement d'investissements. Toutefois, il faut rester prudent. Certains modèles (comme celui du Canada) semblent « fermés » alors qu'ils sont plutôt « ouverts ». Le mieux pour les pays africains est d'opter pour une définition basée sur la présence d'une entreprise sur leur territoire. Seul ce type d'investissement contribue véritablement au développement de nos États et mérite d'être protégé.

Makane Mbengue : C'est ce qu'on appelle en anglais entreprise-based definition. La création d'entreprise permet la création d'emplois et c'est ce qui est important pour les pays africains.

Suzy Nikièma : En effet, sans compter les retombées fiscales et les effets d'entraînement sur l'économie nationale. Merci beaucoup. Mme Erika, les TBI, à priori, couvrent les investissements tous secteurs confondus, sauf lorsque des secteurs ou types de mesures sensibles sont explicitement exclus de leurs champs d'application. Est-il possible et utile à votre avoir d'avoir un modèle de TBI pour chaque secteur d'activité ?

Erika Ramanarivo : Non. Mais il est quand même important pour les négociateurs d'avoir connaissance des secteurs et réglementations qui intéressent en particulier les investisseurs d'un pays avec lequel on entre en négociation pour pouvoir maîtriser ces aspects-là lors des négociations.

Suzy Nikièma : D'où l'importance de bien se préparer avant d'aller à la négociation avec un partenaire. Merci. Pr Makane M., quelle pourrait être la ou les alternatives que l'on pourrait avoir dans un TBI pour éviter ou limiter les risques liés à concernant l'arbitrage investisseur-État (RDIE) pour les pays en développement ?

Makane Mbengue : Il y a trois alternatives principales. Primo, prévoir que les différends soient réglés par les tribunaux nationaux. Secundo, prévoir que les différends soient réglés par les tribunaux régionaux (par exemple, la Cour de la CEDEAO). Tertio, ne prévoir que le règlement des différends par une voie interétatique, donc limiter les différends à une procédure Etat-Etat.

Le RDIE n'est pas nécessaire et est de plus en plus contesté même par les pays européens qui proposent aujourd'hui de remplacer l'arbitrage d'investissement par d'autres mécanismes. Ce n'est pas le RDIE qui attire l'investissement étranger, c'est tout simplement un climat

d'investissement favorable et pour cela il faut une politique d'investissement et non des TBIs !

Suzy Nikièma : Merci beaucoup. Il est important de noter que le Règlement des différends investisseur-Etat (RDIE - ISDS en anglais) n'est pas la seule option et que des alternatives viables et plus respectueuses des considérations d'intérêt public. Surtout que comme vous le notez, il n'y a pas de preuve concordante d'un lien directe entre la signature de TBI et là l'attraction des IDE.

Il nous reste encore quelques questions, mais nous pouvons encore prendre deux ou trois nouvelles questions des participants. N'hésitez pas à nous les poster maintenant. Mme Erika R. : quels sont les critères que vous avez utilisés pour identifier les lignes rouges non négociables dans votre modèle national ?

Erika Ramanarivo : La cohérence avec la politique et stratégie de développement national, qui englobe aussi les enjeux importants tels que le droit de l'Etat de réglementer et les Objectifs de Développement Durable (ODD).

Suzy Nikièma : Pr Makane M., toujours sur la question des lignes rouges, comment aboutir à un consensus entre deux pays disposant de modèle de TBI dont les lignes rouges semblent contradictoires, par exemple sur le recours au non à l'arbitrage investisseur-État ? Cela peut-il avoir un impact sur les possibilités d'attraction des investissements étrangers ?

Erika Ramanarivo : L'atteinte des ODD prévoyant l'accomplissement d'un certain nombre d'obligations pour les investisseurs.

Suzy Nikièma : Merci Erika. Pr Makane M., toujours sur la question des lignes rouges, comment aboutir à un consensus entre deux pays disposant de modèle de TBI dont les lignes rouges semblent contradictoires, par exemple sur le recours au non à l'arbitrage investisseur-État ? Cela peut-il avoir un impact sur les possibilités d'attraction des investissements étrangers ?

Makane Mbengue : L'avantage d'avoir un modèle national de TBI, c'est que ça permet de décider dès le départ s'il faut oui ou non s'engager dans des négociations avec un pays partenaire. Si deux modèles présentent des lignes rouges irréconciliables, alors il ne faut point s'engager dans des négociations. Les lignes rouges ont pour but ultime d'éviter les tergiversations. Il n'y a pas de consensus à établir à ce niveau. Comme l'a indiqué Suzy, l'attractivité d'un pays n'est pas dépendant des TBIs conclus. Les lignes rouges reflètent la politique d'investissement et de développement d'un État. Cette politique ne saurait être compromise au nom de la conclusion d'un TBI.

Suzy Nikièma : C'est en effet un point important. Il est souvent recommandé de proposer une réunion de "pré-négociation" avant de s'engager vers une négociation formelle. Et les modèles jouent un rôle important à ce niveau.

Erika Ramanarivo : Effectivement Suzy. On est désavantagé dès le départ si on ne dispose pas de modèle lors de la réunion de pré-négociation.

Suzy Nikièma : La dernière question est pour Mme Erika, qui a avait déjà répondu, mais je la lui repose à toutes fins utiles. Mme Erika, disposez-vous d'une politique nationale d'investissement ? Si oui quels en sont les principaux axes ? Sinon, pourquoi élaborer un modèle de TBI sans une politique nationale d'investissement qui semble être un préalable.

Erika Ramanarivo : En ce qui concerne la politique nationale d'investissement, nous sommes en train de travailler avec la CNUCED à cet effet qui nous assisté pour l'examen de notre politique d'investissement. Nous avons une loi sur les investissements qui a été élaborée il y a des années, où la politique nationale en ce qui concerne les investissements est déclinée dans cette loi.

La réforme du cadre global relatif aux investissements est le chantier que nous sommes en train d'entreprendre, particulièrement au niveau du ministère chargé de l'Industrie. Mais en matière de politique de négociations des traités d'investissements, il n'y en a pas encore une. Et c'est cette politique nationale en matière de négociations que nous allons mettre en place.

En résumé, il n'y a pas de contradiction dans les chantiers que Madagascar est en train d'entreprendre actuellement, la politique nationale de négociation de traités bilatéraux d'investissements est une composante de la Politique globale en matière d'investissement et il existe des interactions permanentes dans la conduite des projets ainsi qu'au niveau des responsables de l'exécution de ces projets.

Suzy Nikièma : Malheureusement, nous sommes déjà au terme du temps imparti. Grâce à vos excellentes questions et aux excellentes réponses de nos conférenciers, le temps est passé bien trop vite. Nous ne sommes donc plus en mesure de prendre de nouvelles questions. J'espère que nous avons pu prendre en charge toutes vos questions et de manière adéquate. Merci beaucoup à nos deux conférenciers pour leur disponibilité et leur engagement.

Makane Mbengue : Merci Suzy, et merci à toutes et à tous pour vos excellentes questions.

Erika Ramanarivo : Merci Suzy, merci tout le monde et particulièrement ceux qui ont posé les questions.

Suzy Nikièma : Nous vous remercions pour votre participation à notre premier Webinaire organisé sur WhatsApp ! Nous espérons que vous l'avez trouvé utile et intéressant. Nous garderons ce groupe ouvert jusqu'au 18 décembre 2018, afin que vous puissiez continuer à exploiter les vidéos et le contenu des échanges. Toutefois, il ne sera plus possible de poser des questions et avoir des réponses. Après quoi, nous fermerons le group, mais le contenu (vidéos et questions/réponses) sera disponible sur notre site de web, sur un lien que nous partagerons en temps utile.

Nous vous remercions encore pour vos questions pertinentes. Si vous avez un feedback sur le format WhatsApp Group utilisé pour ce Webinaire, nous serions ravis de les recevoir. Bonne journée et au prochain webinaire d'IISD sur le droit et la politique des investissements.

Erika Ramananarivo : Au plaisir.

Participant : Merci Suzy pour la parfaite modération et merci aux deux conférenciers pour tous les éclaircissements.

Participant : Merci aux intervenants pour la qualité et la précision de leurs interventions et à Suzy pour sa brillante coordination.

Participant : Merci beaucoup Suzy et aux deux conférenciers. Ce fut très édifiant.

Participant : Bonjour à tous, bien que je partage globalement les remarques et observations faites, je voudrais relever que l'approche restrictive est peu usitée aujourd'hui. Quand bien même il est consacré, la complexité des investissements actuels, la multiplicité des instruments internationaux existants ainsi que les liens imbriqués entre l'investissement physique, réalisé et les partenaires extérieurs au dit investissement facilitent l'extension du champ de l'accord à des autres acteurs. Le modèle d'admission des investissements est efficace lorsque l'État dispose effectivement d'outils judicieux de suivi des investissements et investisseurs.

Une autre approche qui permet de pondérer la jouissance des BIT est d'adosser les investissements consentis à des cahiers des charges bien élaborés et suivis. Je vous remercie de votre bienveillante lecture.

Suzy Nikièma : Merci pour cette remarque pertinente. Cela renvoie à l'importance de renforcer le cadre légal et institutionnel national applicable à tous les investissements sur le territoire (nationaux et étrangers) afin d'assurer des retombées bénéfiques en termes de développement durable. Nos conférenciers ne sont plus disponibles pour répondre aux questions et commentaires, mais vous pouvez continuer à poster des commentaires ou des suggestions.