

الأمم المتحدة
اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا - اسكوا

ورشة عمل وطنية حول المفاوضات الخاصة بالاتفاقيات الثنائية للاستثمار

Notions essentielles en matière de rédaction des accords internationaux et propositions de la CNUCED

par Ferhat Horchani

Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis.
Email: fh.horchani@gnet.tn

Définitions et contexte

- Notions d'Accord, traité, convention...
- Traité bilatéraux : TBI, APPI : fin de 2011, 3 164 accords, dont 2 833 TBI et 331 autres accords principalement des accords de libre-échange (ALE) contenant des dispositions relatives à l'investissement,
- Accords de libre échange: nouvelle génération
- Accord régionaux: l'accord trilatéral d'investissement conclu en 2012 entre la Chine, le Japon et la République de Corée; l'accord de libre-échange Mexique-Amérique centrale; Commission européenne qui négocie les accords d'investissement au nom de tous les États membres de l'UE; ASEAN....

Objectifs: une nouvelle
génération de politiques d'investissement

- La nouvelle génération de politiques d'investissement *place la croissance équitable et le développement durable au cœur des efforts visant à attirer les investissements*
- Cela crée des exigences spécifiques pour la politique de l'investissement, aux niveaux national et international.

Au niveau national,

- il s'agit notamment d'intégrer **les priorités** d'investissement dans la stratégie de développement, de tenir compte des **objectifs de développement durable** dans la politique d'investissement, et de veiller à ce que la politique d'investissement soit conforme à **l'intérêt général**.

Au niveau international,

- il est nécessaire de renforcer la **contribution au développement** des accords internationaux d'investissement , de veiller à **l'équilibre des droits et des obligations des États et des investisseurs** et de bien gérer la complexité des accords d'investissements (règlement des litiges etc).

propositions la CNUCED

- Propositions de la CUNCED sur les options offertes en matière de rédaction d'accords d'investissement et l'investissement durable
- *la CNUCED a formulé un instrument complet, le Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable, qui est constitué i) de principes fondamentaux pour l'élaboration des politiques d'investissement, ii) de lignes directrices pour les politiques nationales d'investissement, et iii) d'options pour la rédaction des Accords*

Politiques nationales: Tendances

Face à la crise les pays du monde entier ont continué de:

- libéraliser et promouvoir l'investissement étranger pour soutenir la croissance économique :
- libéralisation de certains secteurs en particulier les services,
- simplification des procédures d'admission des investissements étrangers.
- de poursuivre la réglementation de l'IED dans l'intérêt général

Le développement durable, un objectif de plus en plus reconnu

- certains accords eux contiennent des dispositions visant le **développement durable**, sur la contribution **environnementale** et **sociale** de l'investissement, ...:
- la révision (2012) de du modèle type des États-Unis;
- Réforme du système de règlement des différends entre investisseurs et États:

Réforme du système de règlement des différends entre investisseurs et États

- Inquiétudes à l'égard de l'actuel système de règlement des différends entre investisseurs et États:
 - l'Australie annonce la suppression des clauses relatives au système de règlement des différends entre investisseurs et États dans les futurs accords
 - Venezuela: retrait de la convention CIRDI
 - interprétation large ou contradictoire de dispositions clefs des accords par les tribunaux arbitraux,
 - procédures inadaptées d'exécution et d'annulation,
 - doutes quant aux qualifications des arbitres,
 - manque de transparence et coût élevé de la procédure, et
 - légitimité du système de règlement des différends États-investisseurs et les procédures entre États)

respecter les normes de Responsabilité Sociale de l'Entreprise

- Début des années 2000: on observe une prolifération des codes RSE – internes aux STN et sectoriels: codes de conduite énonçant les normes sociales et environnementale applicables

Une nouvelle génération de politiques d'investissement

- le contexte politique et économique mondial et les défis sociaux et environnementaux – incitent les responsables politiques à réfléchir à un nouveau modèle de développement où le **développement équitable et durable** et la **croissance économique** seront des objectifs d'importance égale.
- priorité : mobiliser l'investissement et faire en sorte qu'il contribue aux objectifs du développement durable:
- optique de **développement** tout en s'attachant à créer ou à préserver un **climat général favorable** à l'investissement.
- Accroître la libéralisation et la promotion de l'investissement de étranger et d'autre part réglementer cet investissement afin de le mettre au service des objectifs de politique publique.

Politiques d'investissement:

- **objectifs nationaux** : Voir tableau 6
- **objectifs internationaux** : Voir tableau 7

Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable et accords sur les investissements

Guide à l'intention de ceux qui formulent ces politiques aux niveaux national et international:

- 1) **Aménagement des dispositions existantes**/ communes pour les rendre plus favorables au développement durable en introduisant des clauses qui: Protègent la marge d'action; Limitent la responsabilité de l'État. **Tableau 11**
- 2) **Ajout de nouvelles dispositions au libellé plus ferme** aux dispositions existantes relatives aux objectifs de développement durable afin de:
 - Équilibrer les droits et les responsabilités de l'investisseur; - Promouvoir l'investissement responsable;- Renforcer les mesures d'appui du pays d'origine**Tableau 11**
- **3) Introduction de dispositions relatives au traitement spécial et différencié** pour la partie la moins développée – applicables aux dispositions existantes et aux dispositions nouvelles – pour: Ajuster le niveau des obligations au niveau de développement du pays. **Tableau 11**

Rédaction de l'accord

- Langue de rédaction du traité: plusieurs systèmes
 - Une seule langue
 - Deux langues
 - Trois langues

Contexture du traité

- Préambule:

- 1) Détermine les parties

- 2) fixes les objectifs du traité

- 3) utile en cas d'interprétation du traité

:exemple du préambule de de la convention

CIRDI (pour l'intéreprétation de l'article 25)

préambule de de la convention CIRDI

- **Les Etats contractants**
- **Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique**, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux ;
- **Ayant présent à l'esprit que des différends peuvent surgir à toute époque** au sujet de tels investissements entre Etats contractants et ressortissants d'autres Etats contractants ;
- **Reconnaissant que si ces différends doivent normalement faire l'objet de recours aux instances internes**, des modes de règlement internationaux de ces différends peuvent être appropriés dans certains cas ;
- **Attachant une importance particulière à la création de mécanismes** pour la conciliation et l'arbitrage internationaux auxquels les Etats contractants et les ressortissants d'autres Etats contractants puissent, s'ils le désirent, soumettre leurs différends ;
- **Désirant établir ces mécanismes sous les auspices de la Banque** internationale pour la reconstruction et le développement
- **Reconnaissant que le consentement mutuel des parties de soumettre** ces différends à la conciliation ou à l'arbitrage, en ayant recours auxdits mécanismes, constitue un accord ayant force obligatoire qui exige en particulier que toute recommandation des conciliateurs soit dûment prise en considération et que toute sentence arbitrale soit exécutée ; et
- **Déclarant qu'aucun Etat contractant, par le seul fait de sa ratification**, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier,
- **Sont convenus de ce qui suit :**

Version classique du préambule



اتفاقية

بين حكومة سلطنة عمان
وحكومة جمهورية مصر العربية
لتشجيع وحماية الاستثمارات

إن حكومة سلطنة عمان وحكومة جمهورية مصر العربية المشار إليهما فيما بعد
بالطرفين المتعاقدين ،

رغبة منهما في تعزيز التعاون الاقتصادي وتعميقه لما فيه مصلحة البلدين وعلى
وجه الخصوص في إيجاد ظروف مواتية لاستثمارات المستثمرين من أي من الطرفين
المتعاقدين في إقليم الطرف المتعاقد الاخر ،

وإقراراً منهما بالحاجة إلى حماية استثمارات مستثمري كلا الطرفين المتعاقدين ،
وإلى تحفيز تدفق الاستثمارات والمبادرات الفردية في العمل التجاري بهدف تحقيق
الازدهار الاقتصادي لكلا الطرفين المتعاقدين ،

قد اتفقتا على ما يلي :

Version classique du préambule

- La République Portugaise et le Royaume du Maroc, désignés ci-après: "Parties"
- Désireux de renforcer la coopération économique entre les deux États;
- Reconnaissant le rôle important des investissements de capitaux privés étrangers dans le processus du développement économique et le droit de chaque Partie de déterminer ce rôle et de définir les conditions dans lesquelles les investissements étrangers pourraient participer à ce processus;
- Reconnaissant que la seule manière d'établir et de maintenir un flux international de capitaux adéquat est d'entretenir mutuellement un climat d'investissement satisfaisant, et, pour ce qui est des investisseurs étrangers, de respecter la souveraineté et les lois du pays hôte ayant juridiction sur eux, d'agir de manière compatible avec les politiques et les priorités adoptées par le pays hôte et de s'efforcer de contribuer à son développement;
- Soucieux de créer et maintenir des conditions favorables à l'investissement de capitaux dans les deux États et d'intensifier la coopération entre ressortissants et sociétés, privées ou de droit public, des deux États notamment dans les domaines de la technologie, de l'industrialisation et de la productivité;
- Reconnaissant la nécessité de protéger les investissements des ressortissants et sociétés des deux États et de stimuler le transfert de capitaux en vue de promouvoir la prospérité économique des deux États;
- Désireux d'adapter l'Accord entre la République Portugaise et le Royaume du Maroc concernant la Promotion et la Protection Réciproques des Investissements, signé à Rabat le 18 octobre 1988, aux nouvelles réalités;
- Sont convenus de ce qui suit:

Version classique

- LE GOUVERNEMENT DU ROYAUME DU MAROC ET LE GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE, dénommés ci-après "Parties Contractantes":
- Désireux de créer les conditions favorables pour les investissements des investisseurs de l'une des deux Parties Contractantes sur le territoire de l'autre Partie Contractante;
- Reconnaissant que l'encouragement réciproque, la promotion et la protection de tels investissements pourra favoriser les contacts d'affaires des investisseurs et contribuera à la prospérité des deux Etats;
-
- Désireux d'intensifier la coopération économique entre les deux Etats sur la base de l'égalité et des avantages mutuels
- SONT CONVENUS DE CE QUI SUIT

Préambule nouvelle génération

- تشجيع وحماية الاستثمار وتوفير الحماية المتبادلة له إتفاقية بين حكومة دولة البحرين وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية
- تاريخ التوقيع 29 سبتمبر, 1999 تاريخ دخول الإتفاقية حيز التنفيذ: 30 مايو, 2001

أن حكومة دولة البحرين وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية (ويشار إليها فيما بعد بـ " الطرفين المتعاقدين ") .

رغبة منهما بتعزيز المزيد من التعاون الإقتصادي بينهما فيما يتعلق بالإستثمار من قبل مواطني وشركات كل من الطرفين المتعاقدين في إقليم الطرف المتعاقد الآخر .

وإدراكاً منهما أن الإتفاق على المعاملة التي ستم بينهما لمثل هذا الإستثمار سيحفز تدفق رأسمال الخاص والتنمية الإقتصادية للطرفين المتعاقدين .

ومن منطلق إتفاقهما على أن وجود إطار مستقر للإستثمار سيؤدي إلى الإستعمال الأقصى والفعال للموارد الإقتصادية وسيحسن من مستويات المعيشة .

وإعترافاً منهما أن تنمية الروابط الإقتصادية وروابط الأعمال يمكن أن تؤدي إلى تعزيز **إحترام حقوق العمال** المعترف بها دولياً .

ومن منطلق إتفاقهما على أن هذه الأهداف يمكن تحقيقها **دون التراخي في إجراءات الصحة والسلامة والبيئة ذات التطبيق العام** .

وإنطلاقاً من قرارهما بإبرام إتفاقية حول تشجيع الإستثمار وحمايته المتبادلة فقد إتفقا على ما يلي :

Préambule

ACCORD DE LIBRE-ECHANGE ENTRE LE MAROC ET LES ETATS-UNIS

- Le Gouvernement du Royaume du Maroc et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique «les Parties».
- **Reconnaissant** l'amitié de longue date entre eux et souhaitant renforcer leur partenariat et promouvoir des relations économiques mutuellement avantageuses ;
- **Reconnaissant** les engagements du Maroc dans le processus des réformes pour la satisfaction de ses citoyens ;
- **Désirant** accroître le standard de vie et améliorer le bien-être général, promouvoir la croissance économique et la stabilité, et créer de nouvelles opportunités d'emploi sur leur territoire en libéralisant et développant le commerce et l'investissement entre eux ;
- **Désirant** renforcer la compétitivité de leurs firmes sur les marchés globalisés ;
- **Désirant** établir des règles claires régissant leur commerce et investissement qui reflètent les intérêts des deux Parties et assurer, de ce fait, un cadre commercial prévisible et mutuellement avantageux ;
- **Reconnaissant** les différences de leur niveau de développement et de la dimension de leurs économies et le désir qui en résulte pour renforcer la coopération entre eux ;
- **Réaffirmant** les engagements partagés pour faciliter le commerce entre eux en évitant les distorsions dans leur commerce réciproque ;
- **Se fondant** sur leurs droits et obligations en vertu de *l'Accord de Marrakech établissant l'Organisation Mondiale du Commerce* et les autres accords dont ils sont tous les deux parties ;
- **Désirant** libéraliser et développer le commerce et l'investissement agricole entre eux, et améliorer, de ce fait, la compétitivité de leurs secteurs agricoles et contribuer au développement économique et rural et la prospérité dans leurs territoires ;
- **Affirmant** leurs engagements pour la transparence et leur désir d'éliminer la corruption dans le commerce international et l'investissement ;
- **Désirant** stimuler la créativité et l'innovation et promouvoir le commerce et les services qui sont assujettis aux droits de propriété intellectuelle ;
- **Désirant** renforcer le développement et l'application des lois et politiques du travail et environnementales et, promouvoir les droits élémentaires des travailleurs et le développement durable et mettre en oeuvre cet accord de manière à être conforme avec la protection et la conservation de l'environnement ;
- **Affirmant** leur désir d'établir une zone de libre échange des Etats-Unis, Moyen Orient et Afrique du Nord et contribuer, de ce fait, à l'intégration régional et au développement économique.
- Ont **convenu** ce qui suit :

Dispositif: corps du traité

➤ **Champ d'application du traité:**

- 1) Ratione personae: investisseurs
- 2) Ratione materiae: investissements
- 3) Dans l'espace : ratione loci
- 4) Dans le temps : ratione temporis: Principe de non-rétroactivité. Clause de rémanence

➤ **Clauses substantielles** : traitements (TN, TNPF, TJE) ; protection (expropriation, pleine et entière protection

➤ **Clauses procédurales** : clauses parapluie, règlement des différends

Annexes: exceptions et réserve

- Préciser certaines notions de l'accord
- Limiter le champ d'application de l'accord
- Même valeur juridique que le corps de la convention

الملاحق

تلعب الملاحق دوراً هاماً في توضيح بعض بنود الاتفاقية أو الحد من مجال تطبيقها ولها نفس القوة القانونيّة لنص المعاهدة نفسها.

➤ مثال الانموذج اللبناني:

”لدى توقيع الاتفاق بين الجمهورية اللبنانية وجمهورية حول تعزيز الاستثمارات وحمايتها المتبادلة هذا، اتفق الطرفان المتعاقدان كذلك على البنود التالية التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من هذا الاتفاق.

بالإشارة إلى المادة 3:

لا تمنع أحكام هذه المادة الحكومة اللبنانية من تطبيق المرسوم رقم 11614، تاريخ 4 كانون الثاني 1969 كما تم تعديله، فيما خص حيازة مستثمرين غير لبنانيين لحقوق عقارية. تشجع سلطات الحكومة اللبنانية المختصة الأعمال التي يقوم بها مستثمرو جمهورية وفقاً لأحكام المرسوم رقم 11614 كما تم تعديله. حرر في بيروت بتاريخ 26 أيار 2001 على نسختين أصليتين باللغة الإنكليزية.

عن جمهورية

عن الجمهورية اللبنانية

الملاحق

ملحق اتفاقية البحرين و الولايات المتحدة

- 1 - لحكومة الولايات المتحدة الأمريكية أن تتبنى أو تحافظ على إستثناءات من الإلتزام بمنح المعاملة الوطنية للإستثمارات المشمولة في القطاعات أو فيما يتعلق بالأمور المحددة أدناه : - الطاقة الذرية ؛ - وسطاء الجمارك ؛ - تراخيص البث الإذاعي أو النقل العام أو محطات الراديو الجوية ؛ - كومسات (COMSAT) ؛ - المساعدات أو المنح بما فيها القروض المدعومة من الحكومة والكفالات والتأمين ؛ - الإجراءات المحلية وإجراءات الولايات المستثناه من المادة (1102) من إتفاقية شمال أمريكا للتجارة الحرة بموجب المادة (1108) منها ، و - إنزال الكابلات البحرية .
ويتم منح معاملة الدولة الأكثر تفضيلاً في القطاعات والأمور المذكورة أعلاه .
- 2 - لحكومة الولايات المتحدة الأمريكية أن تتبنى أو تحافظ على إستثناءات من الإلتزام بمنح المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأكثر تفضيلاً للإستثمارات المشمولة في القطاعات أو فيما يتعلق بالأمور المحددة أدناه : - مصادد الأسماك ؛ - النقل الجوي والبحري والنشاطات المتعلقة بهما ؛ - البنوك والتأمين والأوراق المالية والخدمات المالية الأخرى ؛ - النقل المباشر عبر الأقمار الصناعية في إتجاه واحد للمنازل ، وخدمات البث التلفزيوني المباشر والخدمات الرقمية المسموعة .
- 3 - لحكومة دولة البحرين أن تتبنى أو تحافظ على إستثناءات على الإلتزامات بمنح المعاملة الوطنية للإستثمارات المشمولة في القطاعات أو فيما يتعلق بالأمور المحددة أدناه : - الملكية أو الرقابة على البث التلفزيوني والإذاعي ووسائل الإعلام الأخرى ؛ - مصادد الأسماك ؛ - التخصيص الأولي في مجال الإستكشاف والتنقيب عن النفط الخام .
ويتم منح معاملة الدولة الأكثر تفضيلاً في القطاعات وفي الأمور المذكورة أعلاه .
- 4 - لحكومة دولة البحرين أن تتبنى أو تحافظ على إستثناءات من الإلتزام بمنح المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأكثر تفضيلاً للإستثمارات المشمولة في القطاعات أو فيما يتعلق بالأمور المحددة أدناه : - النقل الجوي ؛ - شراء وتملك الأراضي ؛ - حتى 1 يناير 2005م شراء وتملك الأسهم المدرجة على سوق البحرين للأوراق المالية .
- 5 - يوافق كل طرف على منح المعاملة الوطنية للإستثمارات المشمولة في القطاعات التالية : - إيجار المعادن ، وإيجار حقوق مرور الأنابيب ، في الأراضي الحكومية .

Rapports entre l'accord d'investissement et le code des investissements

- Rapport de suprématie inévitable de l'accord d'investissement :
 - Application simultanée de la convention et du code des investissements.
 - Application exclusive de l'accord en cas de conflit

Rapports entre le droit international conventionnel et les droits internes: Primauté du DI

- Deux arguments:
 - Pacta sunt servanda.
 - 27 CV: Un Etat ne peut invoquer son droit interne comme justifiant la non exécution d'un traité
- Traités self –executing (appliquée directement, auto exécutoire), sans passer par un acte juridique de droit interne. Cas des Accords bilatéraux d'investissement.

Hypothèses de conflits

Champ d'application:

- 1) Investissements : l'accord est plus large que la code
- 2) Investisseurs : l'accord est plus large que la code
- 3) Traitement: meilleure protection
- 4) Expropriation : meilleure protection
- 5) Règlement des différends : meilleure protection

Durée de l'accord

- Prévues par le traité: arrivée du terme.
- Abrogation : par les deux parties(explicite, implicite)
- Dénonciation: par une partie
- CV de 1969: en cas de silence

exercice

- **Article 1 premier. Le présent code a pour objectif de promouvoir l'économie nationale sur la base de :**

- l'encouragement à la création d'entreprises et leur développement en vue d'assurer leur compétitivité ;
- la réalisation d'un développement inclusif et équilibré entre les régions en fonction de leurs spécificités ;
- la création d'emplois et le développement du capital humain ;
- l'innovation et la montée en valeur ajoutée des entreprises ;
- la promotion des exportations et l'internationalisation des entreprises tunisiennes.

- **Article 2 du projet du code des investissements :**

« Le présent code fixe le régime juridique des investissements réalisés en Tunisie par des personnes physiques ou morales, tunisiennes ou étrangères, résidentes ou non résidentes, dans tous les secteurs d'activités à l'exception du secteur des services financiers, du secteur des mines, du secteur des hydrocarbures et du secteur des opérateurs de réseaux de télécommunications et du secteur de commerce de distribution ».

- **Article 3. Au sens du présent code, on entend par :**

- Investissement : tout emploi de capitaux par une personne physique ou morale, tunisienne ou étrangère, résidente ou non résidente, pour une certaine durée, en vue de la réalisation en Tunisie d'un projet impliquant une participation aux risques et contribuant au développement de l'économie tunisienne, et ce, sous forme d'opérations d'investissement ou d'opérations de participation.
- Opérations d'investissement : toute création d'un nouveau projet autonome et destiné à produire des biens ou à fournir des services ou toute opération d'extension réalisée par une entreprise existante dans le cadre du même projet susceptible d'augmenter sa capacité de production ;
- Opérations de participation : la participation en numéraire ou en nature dans le capital de sociétés établies en Tunisie, et ce, lors de leur constitution ou lors de l'augmentation de leur capital social ou l'acquisition d'une participation au capital .