

STRATÉGIES DU BRÉSIL POUR LE RÉGIME INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS: UNE INSPIRATION POUR LE SUD GLOBAL?

ESTRATÉGIAS DO BRASIL PARA O REGIME INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS: UMA INSPIRAÇÃO PARA O SUL GLOBAL?

DOI: 10.29327/252935.15.1-6

Ely Caetano Xavier Junior¹

Departamento de Ciências Jurídicas
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil

Résumé: L'objectif de l'article est de retracer les trajectoires et stratégies du Brésil pour faire face au double rôle d'importateur et d'exportateur d'investissements. Le pays a réussi à résister aux traités bilatéraux d'investissement, optant pour une réglementation basée sur des normes nationales, tandis que les pays du Sud global cédaient à la pression pour adhérer à ces traités. Face à la nécessité de protéger ses investisseurs à l'étranger, le Brésil a cherché à développer un modèle original d'Accord de coopération et de facilitation d'investissements (ACFI). Le régime international des investissements étrangers a été construit à travers des traités bilatéraux qui résultent de la polarisation historique Nord-Sud. Conçues par les pays du Nord global, les règles contenues dans les traités traditionnels visent à protéger le capital privé au détriment des possibilités de régulation par l'État d'accueil. Au moment où la réforme du régime international des investissements étrangers est discutée, les stratégies du Brésil peuvent servir à d'autres pays du Sud global qui souhaitent construire une approche indépendante et originale pour s'engager à ce régime.

Mots-clés: Investissements étrangers. Accords internationaux d'investissements. Politique économique extérieure. Brésil. Sud global.

Resumo: O objetivo do artigo é reconstituir as trajetórias e estratégias do Brasil para enfrentar o duplo papel de importador e exportador de investimentos. O país conseguiu resistir aos tratados bilaterais de investimento, optando por uma regulamentação baseada em regulamentos nacionais, ao passo que os países do Sul global cederam à pressão para aderir a estes tratados. Diante da necessidade de proteger seus investidores no exterior, o Brasil procurou desenvolver um modelo original de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). O regime internacional de investimento estrangeiro foi construído por meio de tratados bilaterais que resultam da histórica polarização Norte-Sul. Projetadas pelos países do Norte Global, as regras contidas nos tratados tradicionais tendem a proteger o capital estrangeiro em detrimento das possibilidades de regulação por parte do Estado receptor. No momento em que se discute a reforma do regime internacional dos investimentos estrangeiros, a estratégia do Brasil pode ser útil para outros países do Sul global que desejam construir uma abordagem independente e original para participar desse regime.

Palavras-chave: Investimentos estrangeiros. Acordos internacionais de investimentos. Política externa econômica. Brasil. Sul global.

Recebido: 30/09/2023

Aprovado: 08/02/2024

Introduction

¹ exavier@ufrj.br

Orcid: 0000-0002-6995-4297

Les efforts des pays en développement afin de concevoir une stratégie pour participer au régime international de investissements étrangers oscillent entre la résistance à la protection du capital étranger et la nécessité d'attirer les ressources financières pour atteindre le développement économique national.

Le Brésil appartient à la catégorie des pays en développement qui a longtemps combattu la protection de l'investissement étranger par le biais des traités. Si la résistance de la plupart des pays en développement s'est affaiblie au cours des années, le Brésil a réussi à concilier ces deux objectifs: le pays est devenu l'une des principales destinations mondiales des investissements directs étrangers sans avoir jamais ratifié des traités pour protéger le capital étranger.

Plus récemment, le Brésil a également rejoint le groupe des pays exportateurs de capital sans quitter sa position de pays émergent. Dans les deux premières décennies du XIX^e siècle, l'internationalisation des entreprises brésiliennes a augmenté la pression exercée sur le gouvernement concernant leur protection à l'étranger. L'augmentation des investissements directs brésiliens a déterminé l'ambivalence de la politique du Brésil pour le régime international des investissements étrangers, laquelle cherchait à répondre à une question fondamentale: comment résister à l'idée de s'engager à des traités de protection des investissements directs étrangers au Brésil et, en même temps, soutenir des traités pour garantir la protection des investissements directs brésiliens à l'étranger ?

Cet article soutient que l'effort pour résoudre cette problématique a engendré une stratégie créative. En tant qu'importateur de capital, le Brésil a su mobiliser les conditions de demande du marché consommateur intérieur et de disponibilité de ressources naturelles pour introduire des réformes économiques internes qui ont créé des conditions favorables à l'attraction de l'IDE indépendamment des traités d'investissement.

En tant qu'exportateur de capital, le Brésil a su concevoir et soutenir une solution novatrice dans le panorama international—les Accords de coopération et facilitation de l'investissement (ACFI)—dans l'optique de promouvoir les investissements brésiliens à l'étranger sans faire reculer sa position politique traditionnelle. Le Brésil a donc combiné l'ouverture au capital à l'échelle interne et le pragmatisme politique à l'échelle internationale de façon à atteindre ses objectifs, une stratégie qui pourrait inspirer les autres pays émergents ou les autres pays en développement dans leurs négociations internationales.

L'objectif général de l'étude est de retracer les conditions économiques et les décisions politiques qui déterminent la participation contemporaine du Brésil dans le régime international des investissements étrangers. Cet objectif spécifique s'insère dans la problématique générale de l'insatisfaction des pays du Sud global avec ce régime et de la recherche de solutions pour surmonter les divergences historiques entre le Nord global exportateur de capital et le Sud global importateur de capital (Xavier Junior, 2022).

Retracer la trajectoire récente du Brésil révèle des stratégies utiles pour concilier les exigences d'attirer le capital étranger pour le développement national, de conserver le droit de réglementer et de promouvoir les investissements du pays à l'étranger.

L'argumentation sera décomposée en quatre sections. La première section exposera quelques particularités du régime international des investissements. La deuxième section retracera l'approche traditionnelle brésilienne de résistance aux traités de protection des investissements et d'attraction du capital étranger par le biais des réformes économiques nationales. La troisième section expliquera le rôle de la transnationalisation des entreprises brésiliennes dans le changement de position du pays. La quatrième section expliquera les innovations proposées par le Brésil en vue de sa participation au régime international des investissements étrangers de manière à faire face à sa condition plus récente de pays exportateur de capital.

1. Particularités du régime international des investissements étrangers

Le régime international des investissements étrangers présente une structure institutionnelle particulière qui contraste avec le modèle traditionnel des régimes économiques internationaux. Contrairement à ce que l'on observe, par exemple, en matière de commerce international, dont les principes, règles et pratiques convergent vers des concertations multilatérales au sein de l'Organisation mondiale du commerce, les efforts de construction d'un régime multilatéral pour les investissements étrangers ont échoué et ce régime s'est donc structurée autour des instruments bilatéraux, devenus son élément fondamental.

La protection du capital étranger est la caractéristique principale du régime international des investissements étrangers. Puisqu'ils découlent des projets conçus par les représentants du secteur privé, les traités bilatéraux d'investissement démontrent un objectif fort de protection du capital privé. Le régime s'occupe donc de protéger les intérêts

économiques des investisseurs étrangers et, par conséquent, fait basculer la frontière public-privé entre les intérêts économiques des entreprises transnationales et les intérêts économiques et politiques des États.

Les traités bilatéraux d'investissement régulent trois rapports différents et pourtant interdépendants. En ce qui concerne le niveau strictement public, un traité établit les obligations mutuelles entre deux États et définit les règles qu'ils ont acceptées. L'effet attendu du régime international consiste à réduire la composante discrétionnaire ou diplomatique des relations économiques entre eux. Les règles étant préalablement établies, il s'opère la dépolitisation du thème des investissements étrangers, de sorte qu'un conflit quelconque sera résolu tout simplement par l'application desdites règles plutôt que par une tentative d'interférence politique d'un État à l'autre. De plus, si les règles sont les mêmes pour les deux États, le régime est protégé de toute accusation d'inégalité: l'État A possède strictement les mêmes obligations que l'État B.

Bien que leur origine soit privée, les traités bilatéraux d'investissement constituent en effet des instruments de droit international public—donc interétatiques—par lesquels les États assument des engagements obligatoires et, en principe, réciproques. Par exemple, le traité bilatéral d'investissement entre la France et le Maroc de 1996 impose les mêmes obligations à l'État français et à l'État marocain. En revanche, ce sont plutôt les entreprises françaises qui investissent au Maroc et, par conséquent, le traité intéresse davantage la France et ses entreprises transnationales. La dissimilitude économique des mouvements bilatéraux de capital ne suffit pas à écarter l'équivalence des obligations juridiques et donc la validité des traités.

En ce qui concerne le niveau strictement privé, un régime international permet de réduire les incertitudes et, par conséquent, de mieux estimer les risques économiques et politiques d'un investissement.

Les décisions d'établir une filiale locale, de constituer une société à finalité spécifique ou encore de réaliser une «triangulation» de l'investissement en le faisant passer par un État quelconque avec lequel l'État d'accueil possède un traité de protection, dépendent de l'engagement de celui-ci à respecter ou non les obligations contenues dans les traités. L'effet attendu du régime international est de créer des conditions favorables au mouvement

transnational des capitaux, de manière que son existence intéresse, en principe, l'ensemble des investisseurs du monde.

Le régime international des investissements s'occupe, en outre, d'un niveau mixte qui correspond à la relation entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil, au sein de laquelle existe ce que Salacuse et Sullivan (2005) appellent le «*grand bargain*». Le régime international représente une renonciation à une partie de la souveraineté de l'État en raison de l'espérance d'attirer davantage d'IDE. L'État d'accueil restreint ses capacités régulatrices et, par conséquent, diminue les risques politiques liés à l'investissement dans l'attente que sa décision lui apporte un surplus de développement par le biais des capitaux étrangers entrants. Les traités bilatéraux d'investissement s'occupent de l'intérêt public dans la régulation de l'État comme s'il s'agissait d'un équivalent des intérêts privés des investisseurs étrangers.

Le basculement de la frontière public-privé entre États et investisseurs existe en raison de la nature des normes contenues dans les traités bilatéraux d'investissement, lesquelles sont conçues essentiellement pour protéger le capital étranger. Les traités contiennent donc une définition très floue de l'investissement étranger. Les notions économiques qui servent à distinguer l'investissement direct et l'investissement de portefeuille sont ignorées par la plupart de ces traités, qui adoptent des définitions trop élargies des avoirs qui sont «plus particulièrement, mais non exclusivement» des investissements protégés par les textes. Les investissements purement spéculatifs sont ainsi également protégés par ces traités.

La protection se structure autour des dispositions portant sur le traitement applicable à l'ensemble des investissements étrangers par l'État d'accueil. Cinq dispositions principales illustrent la nature protectrice de ce traitement. En premier lieu, l'État d'accueil est tenu d'accorder à l'investissement «un traitement non moins favorable que celui [qu'il] accorde à ses investisseurs ou [...] aux investisseurs de la nation la plus favorisée» (article 5 du traité bilatéral d'investissement entre la France et l'Irak).

L'État d'accueil doit, en deuxième lieu, assurer un traitement juste et équitable des investissements étrangers sur son territoire; cette formule assez imprécise permet des interprétations très protectrices de l'investisseur étranger (article 4 du traité bilatéral d'investissement entre la France et l'Irak). En troisième lieu, les traités établissent que les investissements étrangers bénéficient «d'une protection et d'une sécurité pleines et entières» (article 6.1 du traité bilatéral d'investissement entre le Burkina Faso et le Canada).

En quatrième lieu, toutes les «mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les investisseurs [...] des investissements leur appartenant» donnent lieu au paiement d'une indemnité prompte et adéquate, si les mesures sont prises dans l'intérêt public et sans discrimination. Si ces conditions ne sont pas observées, l'expropriation sera considérée comme un acte illicite international (article 10 du traité bilatéral d'investissement entre le Burkina Faso et le Canada). En cinquième lieu, les traités accordent aux investissements un droit de libre transfert sans retard des intérêts, dividendes, bénéfices, redevances, produits, plus-values et autres revenus de l'investissement (article 7 du traité bilatéral d'investissement entre la France et l'Irak).

Ces protections seraient, en revanche, inutiles si les investisseurs ne bénéficiaient pas d'un mécanisme par lequel ils étaient autorisés à exiger le traitement qui leur est accordé par les traités. Le mécanisme prévu dans ces traités concerne le règlement de différends investisseur-État par une procédure d'arbitrage international privé (article 21 du traité bilatéral d'investissement entre le Burkina Faso et le Canada). Lorsque l'investisseur considère qu'une mesure étatique quelconque est contraire au contenu du traité, il est autorisé à entamer une procédure arbitrale contre l'État d'accueil.

Cette procédure se déroule devant un tribunal *ad hoc* ou, très habituellement, constitué au sein du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale. Le tribunal est composé de trois arbitres: un arbitre nommé par l'investisseur, un arbitre nommé par l'État et un arbitre-président nommé par l'accord des deux autres membres du tribunal. La sentence arbitrale est définitive et obligatoire pour les parties. L'État d'accueil, très souvent condamné au paiement d'une indemnité, est tenu d'exécuter la sentence arbitrale sans retard (Behn, 2015).

Le régime international des investissements étrangers est inscrit dans une divergence fondamentale entre l'intérêt des pays développés exportateurs de capital—ou les pays du Nord global—de protéger leurs investisseurs à l'étrangers et l'intérêt des pays en développement importateurs de capital—ou les pays du Sud global—de réguler les activités économiques ayant lieu sur leurs territoires pour favoriser leur développement national.

L'objectif principal des traités d'investissement consistant à protéger les intérêts des investisseurs étrangers, ils cherchent, par conséquent, à réduire des risques politiques découlant des mesures gouvernementales de l'État d'accueil. La principale critique adressée à

ces traités est celle de la restriction du droit de réguler (« *right to regulate* ») de l'État d'accueil (Dimitropoulos, 2020), étant donné qu'ils accordent non seulement des protections aux investisseurs étrangers, mais aussi un mécanisme de règlement des différends selon lequel les investisseurs peuvent commencer une procédure arbitrale internationale contre les États d'accueil pour demander des compensations pécuniaires quand les mesures gouvernementales endommagent les investissements.

La plupart des traités d'investissement réunissent, d'une part, un pays développé exportateur de capital et, d'autre part, un pays en développement importateur de capital (Elkins, Guzman & Simmons, 2006). Deux discours antagoniques découlent de cette caractéristique: d'un côté, l'investissement étranger provenant des pays développés serait un instrument de l'essor économique des pays en développement et mériterait donc de profiter d'un régime de protection pour qu'il puisse circuler ; d'un autre côté, la protection accordée à l'investissement étranger par les pays en développement serait une imposition des pays développés en raison des déséquilibres structurels au sein des relations économiques internationales (Ananthavinayagan, 2020).

L'incontestable polarisation Nord-Sud au cours de l'histoire engendre l'émergence d'une crise de légitimité (Galán, 2019), laquelle est à l'origine d'une pression plus récente pour une réforme du régime (Alvarez & Sauvart, 2011). Les projets pour la réforme sont nombreux et les débats sur ses possibilités sont en plein essor dans la plupart des organisations internationales (Chan, 2021). Si les projets se multiplient, le cadre général qui les entoure est encore celui de la protection du capital privé, sans que les questions qui intéressent plutôt les pays en développement ne reçoivent l'attention nécessaire (Gathii, 2021).

La méprise des intérêts des pays en développement se révèle attribuable à trois raisons principales: l'impossibilité des pays en développement de se faire entendre dans les forums internationaux en raison de leur pouvoir de négociation réduit face aux pays développés; l'absence de propositions de la plupart des pays en développement en raison de leur forte dépendance à l'investissement étranger provenant des pays développés; la manque d'intérêt ou de capacité à construire des consensus sur le régime international des investissements étrangers de la part des grands pays émergents. L'examen des contributions du Brésil offre

aux pays en développement des possibilités de lecture approfondies et diversifiées de la réforme du régime international des investissements étrangers.

2. L'approche traditionnelle du Brésil au régime international des investissements

Les années 1990 ont été marquées par le soutien massif des pays en développement aux politiques de libéralisation des mouvements de capitaux, souvent instrumentalisées par des traités bilatéraux d'investissement.

Au niveau régional, le nombre de traités bilatéraux d'investissement conclus par les pays d'Amérique latine est passé de 43 en 1989 à 406 en 1999 (UNCTAD, 2023a), marquant la fin de la résistance de la région, laquelle fut historiquement fondée sur la doctrine Calvo (1887), selon laquelle les étrangers devraient avoir recours exclusivement aux juridictions nationales et attendre l'épuisement des mécanismes juridiques internes de règlement des différends avant d'avoir recours aux instances internationales disponibles.

Dans ce scénario, cependant, le Brésil représente une exception notable: bien qu'il ait signé quatorze traités bilatéraux d'investissement au cours des années 1990, aucun d'entre eux n'a été ratifié. Le succès du pays dans l'attraction de l'IDE a reposé, en revanche, sur des réformes structurelles internes de privatisation et de libéralisation, une période relativement importante de stabilité politique, un cycle positif des prix des *commodities* et l'adoption de politiques économiques pour la croissance de la classe moyenne, l'expansion du potentiel du marché intérieur de consommation et la stimulation de l'exploitation des ressources naturelles.

Les aspects controversés identifiés par le Congrès national lors de l'évaluation des projets d'accords révèlent les fondements qui ont conduit le Brésil au rejet des traités bilatéraux d'investissement: (a) le mécontentement dû à la limitation de la souveraineté nationale ; (b) l'incompatibilité entre le régime d'expropriation prévu dans les accords et les dispositions constitutionnelles sur l'expropriation ; (c) l'utilisation d'une définition assez large de l'investissement ; (d) la très large garantie du libre transfert des ressources ; (e) la possibilité de choix exclusif de l'investisseur étranger pour un mécanisme d'arbitrage international impliquant l'État brésilien (Kalicki & Medeiros, 2008).

Certains facteurs au niveau international ont fini par soutenir la position brésilienne. Pendant l'analyse menée par le Congrès national, par exemple, le projet de l'Accord

multilatéral d'investissements était discuté dans le cadre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)—en raison de la résistance des pays en développement et des organisations non gouvernementales—les négociations ont été abandonnées à la fin des années 1990.

Il est indéniable que la position brésilienne s'est révélée, comparativement à la rétrospective historique, plus prudente que conservatrice. En effet, au cours des dernières décennies, le régime international des investissements étrangers a connu un processus de maturation et de reconstruction, qui se matérialise, par exemple, dans les efforts de réforme des traités bilatéraux d'investissement.

Au niveau régional, sont à rappeler les conséquences des diverses procédures d'arbitrage entamées contre l'Argentine par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale, en raison de la crise économique que le pays a subie après 2001. Les condamnations récurrentes de l'Argentine ont contribué à la perception de restriction du « *policy space* » de l'État en raison des droits accordés aux investisseurs étrangers dans les traités (Alvarez, 2009; Sacerdoti, 2013).

À la fin des années 2010, la résurgence des mouvements souverainistes et protectionnistes en Amérique latine—culminant avec la dénonciation de la Convention de Washington par la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela—a également contribué au débat sur la compatibilité du régime international des investissements et l'autonomie économique et politique des États d'accueil (García-Bolivar, 2009). En outre, certains pays d'Amérique latine ont dénoncé les traités bilatéraux d'investissement dont ils faisaient partie. À cet égard, la principale justification de la plainte concerne l'argument de l'incompatibilité de ces traités avec les constitutions récemment approuvées par ces pays (Alves, 2014).

Une fois que les processus d'analyse des traités ont été archivés par le Congrès national, la Chambre du commerce extérieur a institué, en septembre 2003, un groupe de travail interministériel chargé de présenter des voies de substitution aux accords d'investissement rejetés par le Brésil (Garcia Neto, 2013). Cependant, les résultats de cet effort n'ont pas été accompagnés de processus de négociation concrets. Le cycle d'expansion de l'IDE rendait superflue la stratégie de signer des accords internationaux pour attirer les investisseurs qui plaçaient déjà leur capital au Brésil, en raison des politiques internes discutées ensuite.

Les changements structurels de l'économie brésilienne, qui se sont concrétisés par des facteurs tels que l'augmentation du chiffre d'affaires en bourse, la multiplication de l'offre publique initiale d'actions, la modification de la législation comptable avec un alignement sur les normes internationales, la minimisation des risques pour les investissements et l'augmentation de la transparence et de la sécurité des transactions commerciales, sont révélateurs de « l'entrée du pays dans la sélection des économies dont le marché est avancé » (Trevisan, 2008, p. 55). Ainsi, «la signature de traités commerciaux pour la promotion et la protection des investissements»—comme l'affirme Magalhães (2009, p. 59)—«serait une excentricité».

En ce qui concerne exclusivement l'IDE, ces développements structurels se reflètent dans la forte croissance du flux entrant au Brésil entre les années 1990 et 2010. Dans les années 1990, la stabilisation macroéconomique découlant de l'adoption du Plan real a permis le rétablissement d'un environnement économique propice aux investissements étrangers (Lana, Moura & Falaster, 2019).

La maîtrise de l'inflation résultant de la stabilisation monétaire a permis au pays de retrouver le pouvoir d'achat d'un grand marché de consommation qui peut être desservi par les entreprises établies dans le territoire par les investisseurs étrangers.

Parallèlement, la modernisation réglementaire des secteurs de la télécommunication, du pétrole et du gaz et des technologies de l'information—avec la suppression des monopoles d'État et l'ouverture aux capitaux privés étrangers—a ouvert de nouveaux espaces pour l'expansion des investissements étrangers dans le pays.

Le programme de privatisation intense des secteurs jusqu'à présent exploités de manière monopolistique par les entreprises d'État a modulé le saut quantitatif des capitaux étrangers entrant au Brésil dans la seconde moitié des années 1990 (Carminati & Fernandes, 2013; Peres & Yamada, 2014).

El chute de l'IDE au début des années 2000 a rapidement été inversée par l'amélioration du scénario économique international au milieu de la première décennie des années 2000. L'engagement à maintenir les appels d'offres de blocs pétroliers, la concession de ports et d'aéroports et la tenue d'événements majeurs (Coupe du monde de 2014 et Jeux olympiques de 2016) ont augmenté le flux d'investissements étrangers vers les secteurs des ressources naturelles, de la construction et des infrastructures.

En particulier, le plan d'accélération de la croissance lancé en 2007 avait déjà orienté l'IDE vers les secteurs de la construction et des infrastructures (Lana, Moura & Falaster, 2019). Le principal effet secondaire du programme—la dynamisation du marché du travail et, par conséquent, l'augmentation des revenus—a été couplé avec les effets positifs sur le revenu moyen des programmes de transfert de revenus et la lutte contre la misère mise en œuvre dans les gouvernements de Lula da Silva, des éléments qui ont bénéficié à l'émergence d'une «nouvelle classe moyenne». Le grand potentiel du marché de consommation brésilien a retrouvé le rôle central dans les décisions de la réalisation de l'IDE dans le pays au cours années 2010 (Castro, Fernandes & Campos, 2013; Lemos Junior, 2015).

La décennie de 2010 s'est terminée avec la baisse générale du niveau de l'IDE dans le pays et la région (Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, 2020), une tendance qui n'a fait qu'être aggravée par la pandémie de la Covid-19. Après la destitution de Rousseff en 2016, le gouvernements Temer a annoncé une reprise de l'agenda macroéconomique de forte libéralisation économique et restriction budgétaire.

Selon Oreiro & De Paula (2019), cet agenda a orienté l'économie vers un nouveau modèle de développement, fondé sur des réformes de libéralisation et sur la réaffirmation de politiques économiques menées de manière orthodoxe: une politique monétaire plus conservatrice, une politique budgétaire restrictive et une politique de taux de change plus flexible.

Les auteurs soutiennent qu'il «existe une ligne de continuité entre la politique économique» de Temer et de Bolsonaro, laquelle est caractérisée par «la mise en œuvre de politiques purement orthodoxes dans un contexte de décélération et mesures de réduction du rôle de l'État en économie» (Oreiro & De Paula, 2019, pp. 2-3). En ce qui concerne le gouvernement Bolsonaro, la principale mesure en matière d'IDE est le recours aux privatisations pour attirer les capitaux étrangers (Carneiro, 2019), bien que nombre de concessions annoncées n'ont pas été effectuées en raison de contraintes d'ordre politique.

Les traités bilatéraux d'investissement traditionnels ont été et sont encore ignorés en tant que moyens pour attirer les capitaux et le pays a choisi les réformes de stabilisation interne comme solution possible en raison ses spécificités économiques typiques d'un pays émergent, en particulier la grande taille du marché de consommation et la concentration des ressources naturelles. Bien que ces conditions ne soient pas toujours reproductibles dans

d'autres pays du Sud, la stratégie brésilienne révèle une possibilité d'approche aux investissements étrangers pour d'autres pays émergents qui, cependant, ont parié sur les traités bilatéraux d'investissement traditionnels contenant des restrictions du pouvoir de réglementation.

Les gouvernements Lula et Rousseff ont mis en œuvre un changement important dans la politique économique brésilienne concernant le régime international des investissements étrangers. Non pas en raison du besoin d'attirer des investissements, mais plutôt du fait de sa récente position de pays également exportateur de capital: entre 2013 et 2015, le Brésil reprend avec succès les négociations internationales, en développant une approche de rechange des normes internationales existantes. Ce changement de politique économique étrangère en matière d'investissements étrangers, en vertu de l'exportation du capital national, sera ensuite discuté.

3. La transnationalisation des entreprises brésiliennes et la nouvelle approche au régime

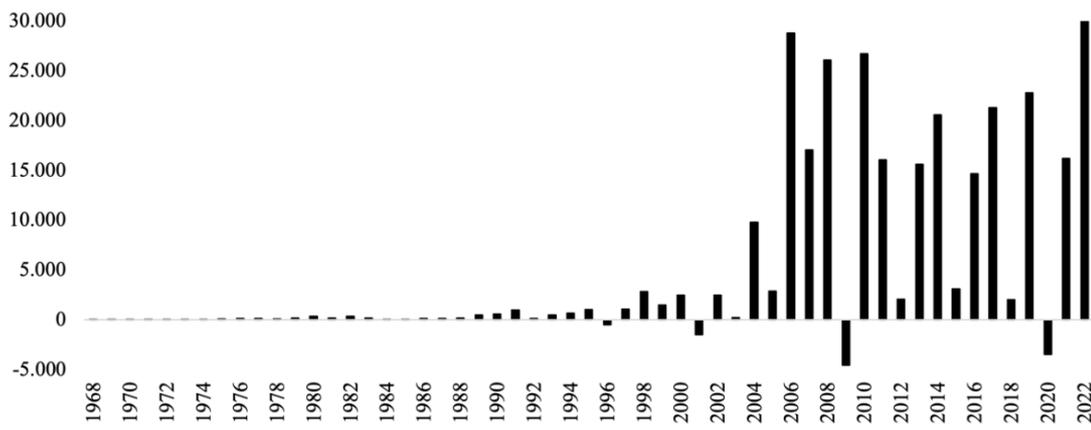
La croissante transnationalisation des entreprises brésiliennes à partir des années 2000 et, par conséquent, l'augmentation des flux de l'investissement direct brésilien (IDB) à l'étranger, ont conduit les associations d'entreprises à demander au gouvernement une solution pour protéger leurs investissements à l'étranger. Le pays a été ainsi confronté à une nouvelle contrainte d'incompatibilité en matière de politique économique des investissements étrangers: comment résister à la protection des investissements directs étrangers au Brésil et, en même temps, garantir la protection des investissements directs brésiliens à l'étranger?

La stratégie du Brésil a été le développement d'un modèle de traité pour répondre pragmatiquement aux besoins nationaux. Le changement de la position économique du pays, qui est devenu également un exportateur de capital, lui a permis de développer sa propre approche du régime international des investissements étrangers. Le pays a donc commencé à négocier et signer des accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI), un modèle originel de traité qui met l'accent sur la facilitation plutôt que sur la protection des investissements étrangers.

Le changement d'approche du Brésil en matière d'investissements étrangers résulte du statut d'exportateur de capital que le pays a acquis au début des années 2000. L'expansion de l'IDB à l'étranger est un phénomène assez récent (Figure 1). Jusqu'à la fin des années 1990,

le flux de l’IDB sortant du pays se situait très en-dessous d’un milliard de dollars américains. La moyenne de capital sortant par année de 225 millions de dollars américains entre 1968 et 1994 a augmenté jusqu’à atteindre 2 047 millions de dollars pour la période entre 1995 et 2005. Cependant, une augmentation sensible de l’IDB se fait sentir à partir de 2006, quand l’exportation de capital dépasse souvent les 20 milliards de dollars.

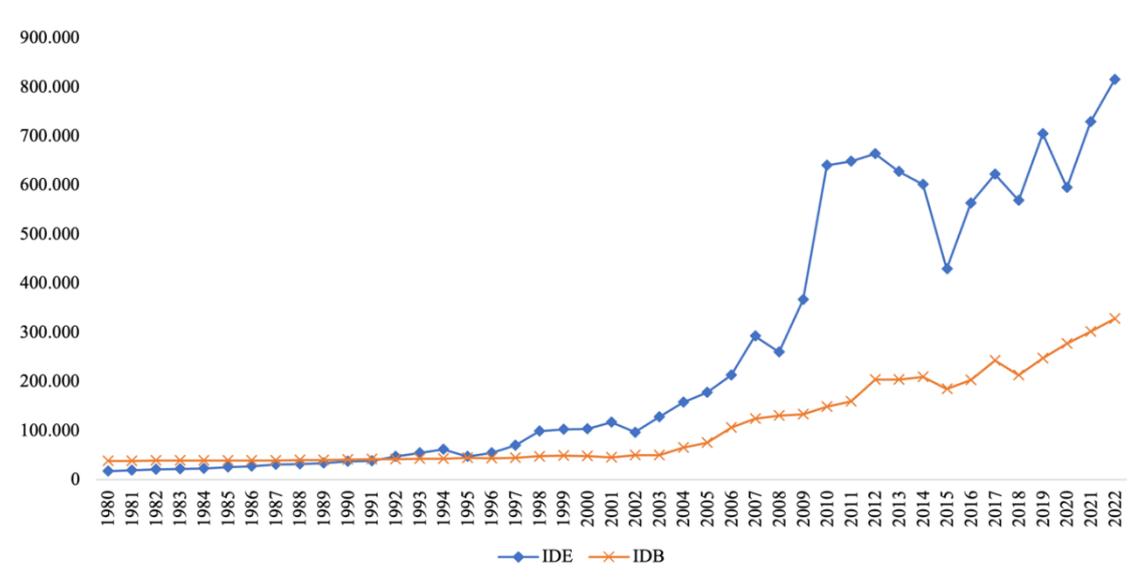
Figure 1: IDB sortant au Brésil (1968–2022) en millions de dollars américains



Source: Élaboré par l’auteur selon les données de la Banque centrale du Brésil (BACEN, 2023a).

La comparaison des données sur les stocks de l’IDE au Brésil et de l’IDB à l’étranger (Figure 2) met en évidence non seulement l’écart quantitatif entre le capital entrant et le capital sortant, mais aussi la manque de synchronie entre le cycle d’importation et le cycle d’exportation du capital (Tuolla & Concer, 2008). L’entrée de capital étranger au Brésil commence son cycle à partir de la moitié des années 1990, tandis que la sortie de capital brésilien est un phénomène qui apparaît au cours des deux premières décennies des années 2000.

Figure 2: Comparaison des stocks de l’IDE au Brésil et de l’IDB à l’étranger (1980-2022) en millions de dollars américains



Source: Élaboré par l'auteur selon les données de la CNUCED (UNCTAD, 2023b).

Les réformes mises en place dans les années 1990 ont entraîné un fort mouvement de restructuration de l'industrie brésilienne, impliquant, d'une part, le démantèlement des entreprises moins compétitives et, d'autre part, le renouvellement de certaines entreprises nationales qui ont professionnalisé leur administration, innové dans les produits et la gestion et diversifié leurs sources de financement par le biais de l'entrée sur les marchés internationaux des capitaux. L'internationalisation a joué un rôle clé dans le renouvellement de nombreuses grandes entreprises brésiennes confrontées à l'environnement défini par les réformes structurelles.

Cependant, jusqu'en 1994, les taux d'inflation élevés, l'instabilité économique et la faible disponibilité du capital et du crédit ont rendu difficile pour les entreprises brésiennes tantôt l'investissement à l'étranger, tantôt à l'intérieur du pays. La stabilisation monétaire à partir de 1994 a facilité la planification à moyen et long terme, mais n'a pas résolu le problème de l'accès au financement.

De plus, jusqu'en 1999, malgré l'appréciation de la monnaie brésilienne qui aurait pu favoriser l>IDB par rapport aux exportations, l'expansion du marché intérieur a conduit de nombreuses entreprises à se concentrer dans l'intérieur du pays. Malgré la croissance dans les années 1990, les IDB à l'étranger, en particulier ceux directement liés aux exportations, sont restés relativement faibles par rapport à d'autres pays. La crise du taux de change et ses effets ont permis d'augmenter la compétitivité des produits brésiliens à l'étranger, encourageant

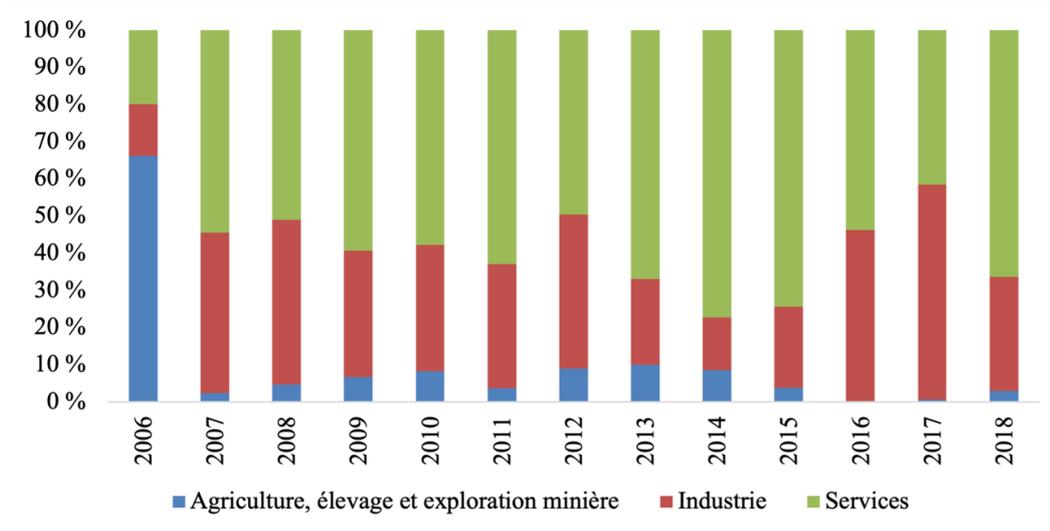
l’IDB à soutenir les exportations, lesquelles correspondaient à une part importante du total, mais décourageant les autres types d’IDB.

Dans la première moitié des années 2000, une combinaison de facteurs a conduit à des augmentations sans précédent de l’IDB à l’étranger. D’une part, certaines des plus grandes entreprises du pays ont consolidé leurs stratégies d’internationalisation. En revanche, quelques grandes entreprises qui n’avaient pas encore investi de manière significative à l’étranger ont commencé à le faire. Entre 2003 et 2013, le stock de l’IDB à l’étranger a plus que doublé (Figure 2). L’expansion de l’IDB se révèle donc étroitement liée à l’internationalisation des entreprises brésiliennes.

Entre 2006 et 2019, l’IDB à l’étranger s’est concentré au sein du secteur des services (Figure 3). Malgré la prédominance des services financiers, le capital brésilien a été également investi dans les services d’infrastructure de construction, de l’énergie, des transports et des télécommunications. En ce qui concerne le secteur industriel, l’IDB a été surtout consacré aux branches de la pétrochimie et de la métallurgie. L’activité d’extraction des minéraux métalliques a canalisé l’IDB dans le secteur primaire (BACEN, 2023b; Hiratuka & Sarti, 2011).

En 2008, les dix principales entreprises transnationales brésiliennes en matière d’actifs à l’étranger—Vale, Petrobras, Gerdau, Embraer, Votorantim, CSN, Camargo Corrêa, Odebrecht, Aracruz et Weg—se concentraient dans les secteurs de l’exploration pétrolière et minière, dans les infrastructures de la métallurgie et de la machinerie (KPMG, 2008).

Figure 3: Principaux secteurs de l’IDB à l’étranger (2006-2018)



Source: Élaboré par l'auteur selon les données de la Banque centrale du Brésil (BACEN, 2023b).

Les données les plus récentes montrent une diversification des secteurs au cours d'une décennie. En 2018, les dix principales entreprises transnationales brésiliennes en matière d'actifs à l'étranger—Minerva Foods, Stefanini, Fitesa, CZM, Tupy, Metalfrio, InterCement, Votorantim, Odebrecht, Iochpe-Maxion—comprennent les secteurs de l'alimentation, les technologies de l'information, la machinerie et la pétrochimie (Fundação Dom Cabral, 2018).

La répartition géographique de l'IDB à l'étranger révèle que les principales destinations du capital brésilien sont les plateformes fiscales (Perin, 2010), notamment aux Îles Caïmans, aux Bahamas et aux Îles Vierges britanniques. Hormis les paradis fiscaux, l'Amérique latine est la principale région à laquelle l'IDB est envoyé, l'Europe arrivant en seconde position. Les données reflètent les stratégies d'expansion géographique des principales entreprises transnationales brésiliennes, lesquelles décident d'installer leur première unité à l'étranger dans les pays sud-américains (Fundação Dom Cabral, 2018).

Le processus d'expansion de l'IDB a été mené par de grandes entreprises brésiliennes (Vale et Petrobras, par exemple), qui ont étendu leurs investissements à l'étranger à la fois par le biais de fusions et acquisitions et dans de nouvelles opérations (*greenfield*). Néanmoins, le processus d'internationalisation englobe de plus en plus des entreprises et secteurs industriels ou de services d'importance régionale en Amérique latine. Les entreprises brésiliennes ont abandonné l'internationalisation défensive pour compenser le ralentissement du marché intérieur et se sont engagées à une insertion plus profonde dans les chaînes de valeurs et dans les marchés étrangers (Hiratuka & Sarti, 2011; Campanario, Stal & Silva, 2012).

La politique du gouvernement Bolsonaro de restriction budgétaire et de limitation du financement public pour l'activité économique met en échec la continuité du soutien à l'internationalisation des entreprises, une des forces motrices de l'essor de l'IDB à l'étranger. Jusqu'à 2019, cependant, les flux d'IDB restaient compatibles avec les mouvements des dernières années. L'IDB se concentre au secteur de services financiers et se dirige vers l'Europe et les Caraïbes (BACEN, 2020).

La crise sanitaire de 2020 a profondément changé le panorama de l'IDB. Après les plus de 22 milliards de dollars américains en 2019, l'IDB a subi un mouvement négatif de plus de 3 milliards de dollars américains en 2020. Les incertitudes de l'économie mondiale expliquent la décision des entreprises brésiliennes de désinvestir. L'IDB semble récupérer la

trajectoire ascendante après la pandémie, ayant atteint plus de 16 milliards en 2021 et 33 milliards en 2022. (BACEN, 2023a).

L'internationalisation récente des entreprises brésiliennes, stratégiquement soutenue par l'État, a été la force motrice de l'essor de l'IDB à l'étranger et du changement de politique économique externe du pays. L'expansion de l'IDB à l'étranger est un processus récent car l'internationalisation de la plupart des entreprises brésiliennes est, elle aussi, récente. Selon les données de la Fundação Dom Cabral (2018), les entreprises brésiliennes ont ouvert leurs premières unités de production à l'étranger avant 1970 (1,4%), entre 1971 et 1980 (8,6%), entre 1981 et 1990 (4,3%), entre 1991 et 2000 (24,3%), entre 2001 et 2010 (40,0%) et après 2011 (21,4%).

Le nombre d'entreprises qui réalisent des IDB à l'étranger a augmenté de manière substantielle et continue entre 2007 et 2017. En 2007, l'enquête de la Banque centrale sur les capitaux brésiliens à l'étranger comptait 5 000 entreprises. Dans la période 2007–2013, l'enquête a enregistré un taux de croissance annuel moyen de 12% dans le nombre d'entreprises déclarées. En 2014, le nombre d'entreprises faisant des IDB a bondi à 19 400 en raison de l'institution du Régime spécial de régularisation fiscale. Entre 2015 et 2017, le nombre d'entreprises déclarées a augmenté de 9% par an en moyenne. En 2017, 25 300 entreprises ont été enregistrées dans l'enquête de la Banque centrale. La valeur totale de la position de l'IDB a également augmenté de manière significative (217%) entre 2007 et 2017. Au cours de cette période, l'enquête a observé une augmentation du nombre de petites et moyennes entreprises qui ont commencé à déclarer leurs IDB après le régime spécial de régularisation de 2014 (BACEN, 2018). D'une certaine manière, les chiffres révèlent que l'internationalisation a atteint les entreprises de taille moyenne.

La principale période d'internationalisation (2001-2010) coïncide avec la structuration d'une politique publique de soutien aux entreprises brésiliennes, la Banque nationale de développement économique et social (BNDES) étant l'un des piliers de cette politique. Si les financements pour l'internationalisation étaient très restreints jusqu'en 2002, la révision de la politique de la BNDES—dont le gouvernement fédéral est le contrôleur—a ouvert la voie au financement de 80 millions de dollars américains pour l'acquisition de 85,3% d'une entreprise argentine du secteur alimentaire par le groupe brésilien Friboi (Alem & Cavalcanti, 2005). Selon l'analyse de Gass (2018, p. 18), la « forte participation de l'État a été une

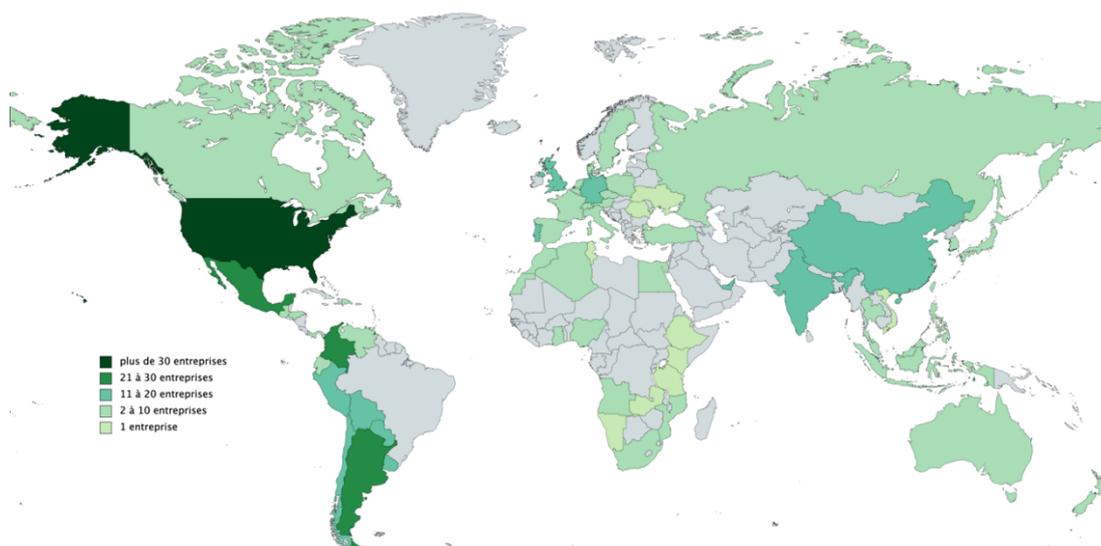
caractéristique importante du mouvement récent de formation des entreprises transnationales privées brésiliennes ».

Entre 2005 et 2009, la ligne de financement de la BNDES pour l'internationalisation des entreprises brésiliennes a atteint une dépense totale de 4,5 milliards de réaux brésiliens ou 750 millions de dollars américains en valeur courante. En plus du groupe du secteur alimentaire JBS-Friboi, les entreprises du secteur d'infrastructure et de construction—Camargo Corrêa, Odebrecht et Andrade Gutierrez—ont été les principaux bénéficiaires des financements.

Dans la même période, la BNDES a ouvert un bureau de représentation en Uruguay et une filiale au Royaume-Uni (BNDES Limited). La BNDES Participações S.A.—une filiale nationale de la BNDES—s'est chargée d'acheter des participations dans les principales entreprises brésiliennes pour les aider dans les opérations de fusion-acquisition (Hiratuka & Sarti, 2011).

Les politiques de soutien à l'internationalisation ont eu pour effets l'augmentation et la diversification géographique de la présence des entreprises brésiliennes et de leur IDB à l'étranger (Figure 4).

Figure 4: Présence des entreprises transnationales brésiliennes à l'étranger (2018)



Source: Élaboré par l'auteur selon les données de Fundação Dom Cabral (2018).

En plus d'autres agences gouvernementales, la BNDES a été l'agent principal de la stratégie gouvernementale de promotion de l'IDB à l'étranger. Le relatif succès de cette stratégie, qui a

conduit le Brésil à devenir également exportateur de capital, fait peser sur le gouvernement le devoir de protéger à l'étranger les investissements des entreprises internationalisées.

4. Les contours de la nouvelle stratégie brésilienne pour le régime international des investissements

L'internationalisation des entreprises brésiliennes les a incitées à demander au gouvernement de protéger leurs investissements en Afrique et en Amérique latine. Le développement d'un modèle original de traité par le gouvernement est le résultat de la pression du secteur privé. Le double objectif de protéger l'IDB à l'étranger et de préserver l'espace réglementaire (« *policy space* ») de l'État a conduit à la formulation d'un modèle d'ACFI que le pays cherche à diffuser dans le monde.

Kalicki & Medeiros (2008, p. 440) reconnaissent l'évolution du rôle du Brésil dans le scénario économique, puisque le pays «n'est pas seulement une destination de l'IDE et donc un cible potentiel dans les arbitrages investisseur-État; en effet, les entreprises brésiliennes investissent de plus en plus à l'étranger». Il s'agit de reconnaître qu'en plus des effets d'attraction des capitaux étrangers, l'évolution structurelle de l'économie brésilienne a également permis aux entreprises nationales d'atteindre différents degrés d'internationalisation.

Le bilan officiel du gouvernement pour la période 2003-2010 a noté, en ce qui concerne cette tendance d'internationalisation, le rôle des investissements brésiliens en Afrique: «Les entreprises brésiliennes figurent déjà parmi les principaux investisseurs dans les pays africains. Sur le marché libyen, par exemple, les entreprises du pays détiennent un portefeuille d'investissement de plus de 6 milliards de dollars» (Brasil, 2010, p. 36).

Dans une enquête menée par la Confédération nationale de l'industrie (CNI) en 2013, les sociétés transnationales brésiliennes ont indiqué que la signature d'accords internationaux d'investissement était une priorité de l'industrie brésilienne en matière de politique économique. Les données de la recherche montrent également que les sociétés transnationales brésiliennes indiquent que l'Argentine, la Chine et le Mexique sont les principaux partenaires stratégiques avec lesquels le Brésil devrait conclure des accords d'investissement (CNI, 2013).

Le pays devrait—selon Magalhães (2009, p. 65)—«se préoccuper, comme les autres pays exportateurs de capitaux, des mécanismes de protection des investissements de ses ressortissants à l'étranger, en particulier dans les zones à risque politique». Le volume croissant du capital exporté par les entreprises du Brésil marquait ainsi un changement de paradigme de l'économie brésilienne, de sorte que «les tableaux [avaient] changé. En conséquence, il [était donc] temps pour le Brésil d'apporter des changements de politique générale pour refléter ce changement de paradigme et doter son investisseur national de protections appropriées à l'étranger» (Bento, 2013, p. 324).

En réponse aux demandes de l'industrie nationale, le ministère du Développement, de l'industrie et du commerce extérieur (MDIC) a entamé, à partir de la fin de l'année 2013, des négociations fondées sur nouveau modèle d'accord international d'investissement avec l'Angola, l'Algérie, le Maroc et le Mozambique, dans le cadre d'une « initiative brésilienne visant à établir des accords d'investissement avec des pays des continents africain et sud-américain » (Brasil, 2013b). La décision de négocier des accords d'investissement avec les pays africains reflète la conscience du gouvernement brésilien que le pays avait déjà une position indéniable en tant que pays exportateur de capitaux.

En ce qui concerne l'Afrique, l'IDB vers le continent a augmenté et les institutions financières publiques ont joué un rôle important pour soutenir les investisseurs brésiliens, en particulier la Banque nationale pour le développement économique et social et ses financements pour l'expansion des entreprises transnationales brésiliennes en Afrique.

Le développement d'un modèle original était le résultat du double objectif de participer au régime international des investissements étrangers au bénéfice de ses investisseurs sans abandonner la résistance historique contre l'injonction de protéger le capital étranger. Il s'agit de constater que: «le pays, déjà en condition de destinataire des investissements étrangers et d'investisseur important à l'étranger, [a] formulé son propre modèle d'accords de facilitation de l'investissement» (Brasil, 2013a, p. 57126).

En 2014, le gouvernement brésilien a approuvé un modèle d'accord d'investissement qui cherchait à répondre aux souhaits du secteur industriel, tout en préservant l'espace réglementaire de l'État (Gabriel, 2017). Le modèle n'a pas été rendu public immédiatement, ayant d'abord été négocié avec des pays du continent africain, conformément à la stratégie de

politique étrangère brésilienne de l'époque (Veiga, 2013). En mars 2015, la conclusion de la négociation avec le Mozambique a été annoncée et le nouveau texte a finalement été publié.

Entre 2015 et 2020, le Brésil a signé treize ACFI. Les contreparties des accords attestent la priorité des négociations avec l'Afrique et l'Amérique latine, une réaction évidente du gouvernement aux demandes du secteur industriel du pays.

Ces accords ont été signés avec le Mozambique en mars 2015, l'Angola en avril 2015, le Mexique en mai 2015, le Malawi en juin 2015, la Colombie en octobre 2015, le Chili en novembre 2015, l'Éthiopie en avril 2018, le Suriname en mai 2018, le Guyana en décembre 2018, les Émirats arabes unis en mars 2019, le Maroc en juin 2019, l'Équateur en septembre 2019 et l'Inde en janvier 2020. (Brasil, 2023).

De plus, des accords économiques élargis contenant un chapitre similaire aux ACFI ont été signés, avec le Pérou en 2016 sous la forme d'un Accord d'amplification économique et commerciale (AAEC), et avec le Chili en 2018 sous la forme d'un accord de libre-échange (ALC). Un protocole de coopération et facilitation de l'investissement (PCFI) proposé par le Brésil a été adopté au sein du Mercosul en 2017 (Brasil, 2023).

La plupart des accords conclus par le Brésil ne sont pas encore en vigueur, les exceptions étant l'ACFI Angola-Brésil, entré en vigueur en 2017, l'ACFI Brésil-Mexique, entré en vigueur en 2018, et le PCFI au sein du Mercosul, entré en vigueur en 2019. Les ACFI conclus avec le Mozambique, le Malawi, la Colombie, le Chili et l'AAEC conclu avec le Pérou ont été approuvés par le Congrès national, mais les formalités pour l'entrée en vigueur n'ont pas encore été complétées. Les autres accords, à l'exception de l'ACFI conclu avec l'Équateur sont en cours d'analyse par le Congrès national (Brasil, 2023).

Malgré le changement profond de conception de la politique économique entre les gouvernements Lula/Roussef et Temer/Bolsonaro, le projet de diffusion de l'ACFI a continué. Pendant le gouvernement Bolsonaro, le pays a signé des ACFI avec les Émirats arabes unis en mars 2019, le Maroc en juin 2019, l'Équateur en septembre 2019 et l'Inde en janvier 2020. La politique étrangère en matière d'investissements étrangers semble dirigée par la bureaucratie du ministère des Affaires étrangères selon les bases établies dans les gouvernements précédents.

En 2021 le gouvernement Bolsonaro a annoncé l'intention de « moderniser » le modèle d'ACFI. Selon la circulaire n° 46 du 30 juin 2021 du ministère de l'Économie, le secrétaire du

Commerce extérieur a ouvert une consultation publique sur le modèle d'ACFI (Brasil, 2021b).

Les changements proposés par le gouvernement n'ont pas été publiés, mais les questions contenues dans la consultation publique permettaient d'envisager un rapprochement des modèles traditionnels, y inclus du mécanisme d'arbitrage international. En août 2021, la Commission des finances et de la fiscalité de la Chambre des députés a approuvé la motion n° 65, selon laquelle le gouvernement devrait présenter en audience publique les changements proposés et leurs motivations. La motion a été classée sans trace de la tenue de l'audience (Brasil, 2021a). Le sujet n'a pas encore fait l'objet de manifestations spécifiques du nouveau gouvernement Lula, inauguré au début de 2023.

Si le nouveau modèle d'accord développé par le gouvernement cherchait à répondre aux demandes de protection des entreprises transnationales brésiliennes à l'étranger, son contenu ne pouvait pas simplement reproduire les traités bilatéraux d'investissement rejetés dans les années 1990. La tâche du gouvernement brésilien était de produire un accord capable de protéger l'IDB à l'étranger sans réduire l'espace règlementaire (« *policy space* ») de l'État.

La solution à cette énigme a été de développer un accord qui met l'accent sur la coopération entre les États pour faciliter les investissements étrangers des ressortissants d'une partie dans le territoire de l'autre. Avec la décision de passer de la protection à la facilitation, le gouvernement a réussi à développer un modèle qui s'écarte quelque peu des accords traditionnels.

De manière générale, le modèle brésilien d'ACFI s'appuie sur trois piliers: (a) les stratégies normatives visant à améliorer la gouvernance institutionnelle et à faciliter l'investissement; (b) l'établissement d'un agenda de coopération; (c) la structuration d'un mécanisme de prévention des différends. Bien que chaque traité contienne des différences issues des spécificités des processus bilatéraux de négociation, l'analyse de l'accord conclu et en vigueur avec le Mexique permet de comprendre l'essentiel de l'approche brésilienne (UNCTAD, 2023a).

La définition d'investissement dans l'ACFI illustre l'approche plus soignée du Brésil: en plus de confirmer que l'accord ne s'applique pas aux investissements de portefeuille, la définition de l'accord précise que les investissements doivent se conformer aux lois et règlements de l'État d'accueil, être liés à la production de biens ou à la prestation de services

dans l'État d'accueil et avoir le but d'établir un rapport économique à long terme. En ce qui concerne le pilier des stratégies normatives, l'accord prévoit la non-discrimination de l'investissement étranger par le biais du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée.

En revanche, l'accord exige que l'investissement étranger se conforme aux lois et réglementations en vigueur dans l'État d'accueil. L'accord n'offre pas de traitement juste et équitable, une stratégie du Brésil pour éliminer la zone grise qui ce traitement engendre au moment de déterminer si les mesures gouvernementales sont ou non justes ou équitables. En matière d'expropriation, l'accord ne fait pas explicitement référence à l'expropriation indirecte, l'un des principaux sujets controversés du régime international des investissements étrangers. Si le modèle brésilien s'inspire des traités bilatéraux d'investissement traditionnels, il est bien évident qu'il exclut les dispositions les plus critiquées du régime international des investissements étrangers, en particulier le traitement juste et équitable et l'expropriation indirecte (Fernandes & Fiorati, 2015).

Par ailleurs, le traité contient une clause de responsabilité sociale des entreprises, selon laquelle les investisseurs sont incités à atteindre le niveau de contribution le plus élevé possible au développement durable de l'État d'accueil et de la communauté locale. La clause fait aussi référence aux principes et règles sur les droits humains, les normes de travail, la protection de l'environnement et la lutte contre la corruption. L'approche brésilienne essaie donc de rééquilibrer le régime en rappelant les devoirs des investisseurs étrangers, même si ces devoirs ne sont pas effectivement imposés comme des prévisions contraignantes dans l'accord (Picard & Ghiotto, 2017).

Le modèle brésilien propose, en tant que deuxième pilier, l'établissement des agendas de coopération entre les États parties (Monebhurrin, 2017). Ces agendas ont été développés en réponse aux demandes du secteur privé en raison de la bureaucratie à laquelle sont confrontées les entreprises pour s'établir à l'étranger: transférer des capitaux, demander des visas ou obtenir des licences environnementales.

Dans le cadre de chaque négociation bilatérale, les États parties peuvent identifier les principaux points qui entravent la réalisation des investissements étrangers par leurs ressortissants et les inclure dans les agendas thématiques des accords. Le modèle d'accord prévoit que les thèmes de l'agenda de coopération soient discutés par le comité mixte, un

organe composé de représentants des gouvernements des deux États parties. Les agendas de coopération sont l'essence du pilier de la facilitation d'investissements, lequel cherche à éloigner l'ACFI du régime traditionnel de protection du capital étranger.

La principale innovation de l'approche brésilienne repose sur le troisième pilier du modèle d'accord: la prévention des différends. En premier lieu, l'accord ne prévoit qu'un mécanisme interétatique pour le règlement de différends, ce qui exclut la possibilité qu'un investisseur privé étranger puisse commencer une procédure arbitrale contre l'État d'accueil directement à l'échelle internationale (Morosini & Badin, 2015).

En second lieu, le modèle d'accord établit le point focal (« *ombudsman* »), une instance nationale encastrée dans la structure gouvernementale des États parties, destinée à recevoir les réclamations des investisseurs étrangers et à leur proposer une solution pour éviter la survenue d'un différend. L'impossibilité de construire une solution amiable au sein du point focal autorise l'État d'origine de l'investisseur à soumettre la réclamation au comité mixte, qui conduit une procédure de consultation bilatérale. Si le comité mixte ne trouve pas de solution, les États parties auront recours au mécanisme interétatique.

Quoique la plupart des ACFI ne soit pas encore en vigueur, leur adoption a incité le Brésil à établir unilatéralement un *ombudsman* des investissements directs pour accueillir les réclamations des investisseurs étrangers. L'accès à l'*ombudsman*—une politique en tout compatible avec l'intention du pays de rejoindre l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)—est indépendant de l'existence d'un accord entre le Brésil et le pays d'origine investisseur.

L'*ombudsman* ne formule que des recommandations pour les autorités publiques du Brésil, mais le mécanisme permet aux investisseurs étrangers de concentrer leurs demandes sur un seul point de contact dans la structure de l'État; cette idée est alignée sur l'approche de la facilitation des investissements (Baumann, 2020). L'architecture institutionnelle du modèle d'accord—qui repose sur les instances du point focal et du comité mixte—constitue le principal aspect novateur par rapport au régime international des investissements étrangers (Silva, 2019).

L'élaboration de l'ACFI illustre la volonté du Brésil de participer au régime international des investissements étrangers à partir de ses propres bases. Le modèle d'accord adopte une position pragmatique face au défi posé au pays: offrir un certain degré de

protection aux entreprises brésiliennes qui ont réussi à s'internationaliser et à investir directement à l'étranger, tout en assurant la préservation de l'espace réglementaire de l'État.

Le pays a le mérite indéniable d'avoir développé sa propre solution qui, bien qu'inspirée dans une certaine mesure des modèles traditionnels de traités bilatéraux protecteurs, cherche à s'éloigner d'eux en mettant l'accent sur la question de faciliter les investissements à travers des agendas de coopération.

Davantage qu'exclure les principaux aspects controversés du régime international des investissements étrangers, les ACFI représentent une innovation dans la sphère institutionnelle avec la mise en place de points focaux et de comités mixtes pour mettre en œuvre la prévention des différends, qui ne peuvent finalement être soumis qu'au mécanisme interétatique. Le modèle permet ainsi à l'État d'offrir une protection à l'investissement étranger et à la fois de reprendre le contrôle des obligations internationales.

La principale critique aux ACFI repose sur le fait que l'investisseur brésilien a accès à un niveau de traitement inférieur à celui accordé par les traités bilatéraux traditionnels. Si le gouvernement angolais décide d'exproprier indirectement un investissement dans le secteur pétrolier, par exemple, un simple calcul de risque montre que l'investisseur portugais est protégé par un traité qui inclut l'accès à l'arbitrage international, tandis que l'investisseur brésilien n'aura accès qu'au service de prévention des différends du type *ombudsman*. Il faut considérer, néanmoins, que l'ACFI n'a jamais été destiné à être un accord de protection, mais plutôt un accord de coopération entre les États pour faciliter les investissements de leurs ressortissants.

L'approche brésilienne est donc pragmatique et représente une solution nouvelle pour les pays en développement. Le pays a réussi à s'adapter à son nouveau rôle de pays exportateur de capital sans céder ses principales positions de résistance au régime international des investissements étrangers. Le mouvement brésilien a trouvé un écho dans d'autres sphères. Plus que l'intention de négocier des ACFI avec d'autres pays, le Brésil a influencé le processus d'adoption du PCFI au sein du Mercosul avec une structure similaire à celle du modèle brésilien (Perez-Aznar & Moraes, 2017).

Parallèlement, le pays a eu l'intention de discuter de certaines directives de négociation inspirées de l'ACFI dans le cadre de l'OMC, en mettant l'accent sur la politique de facilitation des investissements et le mécanisme de prévention des différends. Par

conséquent, les gouvernements de l'Argentine, du Brésil, de la Chine, de la Colombie, de Hong Kong, du Mexique, du Nigéria et du Pakistan—sous la désignation de *Friends of Investment Facilitation for Development* (FIFD)—ont proposé aux États membres d'établir un dialogue informel au sein de l'OMC sur le thème de la facilitation des investissements pour le développement ; cet effort a abouti à la négociation d'un accord multilatéral sur la facilitation des investissements (Calamita, 2020), dont le texte aurait été conclu en juillet 2023 (WTO, 2023).

Le PCFI, proposé et accepté dans le cadre du Mercosur, et l'avancement des négociations pour un accord multilatéral, visant à faciliter les investissements dans le cadre de l'OMC, témoignent jusqu'à présent de la volonté du Brésil de se démarquer comme protagoniste dans la formulation du régime international des investissements étrangers. Le succès de cette entreprise dépend cependant de l'adhésion d'autres pays en développement du Sud global, lesquels semblent aller dans des directions tout à fait différentes (Xavier Junior, 2022). L'ACFI pourrait néanmoins leur servir d'inspiration, dès que le gouvernement brésilien n'abandonne pas le projet.

Conclusion

L'étude cherchait à retracer les conditions économiques et les décisions politiques qui ont déterminé la participation du Brésil au régime international des investissements étrangers. Il s'agissait donc de démontrer que les pays en développement ont la possibilité de concevoir leurs propres voies de substitution à ce régime, dans le cadre du processus de réforme auquel ce dernier est actuellement soumis.

L'analyse a permis de démontrer la manière dont le pays a réussi à devenir une importante destination d'investissements dans sa région et dans le monde sans céder aux pressions pour adhérer aux traditionnels traités bilatéraux d'investissement. Contrairement à la plupart des pays en développement, qui ont fini par conclure de nombreux traités tout au long des années 1990, le Brésil a maintenu sa position de résistance, choisissant de créer en interne les conditions pour attirer les investissements directs étrangers. Bien que toutes les conditions économiques—le grand marché consommateur et le potentiel des ressources naturelles—ne soient pas présentes dans beaucoup d'autres pays, l'expérience brésilienne

mériterait d'être mentionnée pour soutenir que les réglementations internes peuvent suffire pour attirer le capital étranger.

Cependant, le succès relatif des stratégies gouvernementales pour soutenir l'internationalisation des entreprises brésiliennes a conduit à l'expansion des investissements directs brésiliens à l'étranger. Le Brésil en est venu à occuper une position inédite dans son histoire économique: celle d'un pays également exportateur de capital. Ainsi, les attentes des entreprises transnationales brésiliennes ont imposé un défi au gouvernement brésilien: comment résister à la protection des investissements directs étrangers au Brésil et, en même temps, garantir la protection des investissements directs brésiliens à l'étranger?

L'examen des données économiques et des documents gouvernementaux révèle le contexte qui a conduit à la formulation d'un modèle spécifique d'accord de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI), qui vise à faciliter l'expansion du capital brésilien à l'étranger par la coopération sans inclure les aspects controversés de accords traditionnels de protection des investissements.

Nombre de ces accords n'étant pas encore en place, il est trop tôt pour dire si la stratégie réussira à atteindre son objectif principal, notamment dans le moment où le gouvernement annonce son intention de réviser le modèle de l'ACFI. En tout cas, le fait que le Brésil ait su « sortir des sentiers battus » en proposant une solution de remplacement du régime international des investissements étrangers mérite attention et peut servir d'inspiration pour d'autres pays du Sud global.

Références

- ALEM, Ana C.; CAVALCANTI, Carlos E. (2005). O BNDES e o apoio à internacionalização de empresas brasileiras: algumas reflexões. **Revista do BNDES**, 12 (24): 43-76.
- ALVAREZ, José E. (2009). The public international law regime governing international investment. **Recueil des cours**, 344: 195-541.
- ALVAREZ, José E.; SAUVANT, Karl P. (2011). **The evolving international investment regime: expectations, realities, options**. New York, NY: Oxford University Press.
- ALVES, André G. M. P. (2014). As relações de investimento direto entre o Brasil e os países de seu entorno. In ALVES, André G. M. P. (org.). **Os BRICS e seus vizinhos: investimento direto estrangeiro**. Brasília: IPEA, 13-169.
- ANANTHAVINAYAGAN, Thamil V. (2020). Critical perspectives on international investment law. In CHAISSE, Julien; CHOUKROUNE, Leila; JOSUH, Sufian (eds.). **Handbook of international investment law and policy**. Cham: Springer, 1-24.

- BACEN. (2018). **Relatório de Investimento Direto 2018**. Brasília: Banco Central do Brasil.
- BACEN. (2020). **Relatório de Investimento Direto 2020**. Brasília: Banco Central do Brasil.
- BACEN. (2023a). **Séries Temporais**. Disponível sur: [<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/>]. Consulté: 14/09/2023.
- BACEN. (2023b). **Tabelas especiais**. Disponível sur: [<https://www.bcb.gov.br/estatisticas/tabelasespeciais>]. Consulté: 14/09/2023.
- BAUMANN, Renato. (2020). **O debate sobre facilitação de investimentos**. Disponível sur: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10233/1/td_2591.pdf]. Consulté: 28/07/2023.
- BEHN, Daniel. (2015). Legitimacy, evolution, and growth in investment treaty arbitration: empirically evaluating the state-of-the-art. **Georgetown Journal of International Law**, 46 (2): 363-416.
- BENTO, Lucas. (2013). Time to join ‘BIT Club’? Promoting and protecting Brazilian investments abroad. **The American Review of International Arbitration**, 24 (2): 271-324.
- BRASIL. (2010). **Balço de Governo: 2003-2010**. Brasília: Governo Federal.
- BRASIL. (2013a). Ata da 42ª Reunião Ordinária de Audiência Pública da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional realizada em 13 de novembro de 2013. **Diário da Câmara dos Deputados**, 3 déc., p. 57126.
- BRASIL. (2013b). **Godinho analisa momento de oportunidades no comércio exterior**. Disponível sur: [<https://www.comexresponde.gov.br/portalmdic/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=12762>]. Consulté: 14/03/2023.
- BRASIL. (2021a). **Requerimento nº 65/2021 da Comissão de Finanças e Tributação**. Disponível sur: [<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2293640>]. Consulté: 28/09/2023.
- BRASIL. (2021b). Circular nº 46, de 30 de junho de 2021 da Secretaria de Comércio Exterior. **Diário Oficial da União**, 1 jul. 2021, p. 18.
- BRASIL. (2023). **Sistema de Atos Internacionais**. Disponível sur: [<https://concordia.itamaraty.gov.br/>]. Consulté: 23/08/2023.
- CALAMITA, N. Jansen. (2020). Multilateralizing investment facilitation at the WTO: looking for the added value. **Journal of International Economic Law**, 23 (4): 973-988.
- CALVO, Carlos. (1887). **Le droit international théorique et pratique**. 4. ed. Paris: Guillaumin.
- CAMPANARIO, Milton A.; STAL, Eva; SILVA, Marcello M. (2012). **Outward FDI from Brazil and its policy context**. Disponível sur: [<https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D85146FR>]. Consulté: 14/08/2023.
- CARMINATI, João Guilherme O.; FERNANDES, Elaine A. (2013). O impacto do investimento direto estrangeiro no crescimento da economia brasileira. **Planejamento e Políticas Públicas**, 41: 141-172.
- CARNEIRO, Ricardo. (2019). A agenda econômica anacrônica do governo Bolsonaro. **New Keynesian Review**, 5 (1): 154-173.

CASTRO, Priscila G., FERNANDES, Elaine A.; CAMPOS, Antônio C. (2013). The determinants of foreign direct investment in Brazil and Mexico: an empirical analysis. **Procedia Economics and Finance**, 5, 231-240.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. (2020). **O investimento estrangeiro direto na América Latina e no Caribe**. Santiago: Nações Unidas.

CHAN, Shuk Ying. (2021). On the international investment regime: a critique from equality. **Politics, Philosophy & Economics**, 20 (2): 202-226.

CNI. (2013). **Relatório dos investimentos brasileiros no exterior 2013: recomendações de políticas públicas para o Brasil**. Brasília: CNI.

DIMITROUPOULOS, Georgios. (2020). National sovereignty and international investment law: sovereignty reassertion and prospects of reform. **Journal of World Investment & Trade**, 21 (1): 71-103.

ELKINS, Zachary; GUZMAN, Andrew T.; SIMMONS, Beth A. (2006). Competing for capital: the diffusion of bilateral investment treaties 1960–2000. **International Organization**, 60 (4): 811-846.

FERNANDES, Érika C.; FIORATI, Jete J. (2015). Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, 52 (208): 247-276.

FUNDAÇÃO DOM CABRAL. (2018). **Trajetórias de internacionalização das empresas brasileiras**. Fundação Dom Cabral. Disponible sur: [<https://www.fdc.org.br/conhecimento/publicacoes/relatorio-de-pesquisa-33712>]. Consulté: 12/04/2021.

GABRIEL, Vivian D. R. (2017). **A proteção jurídica dos investimentos brasileiros no exterior**. São Paulo: Aduaneiras.

GALÁN, Alexis. (2019). The search for legitimacy in international law: the case of the investment regime. **Fordham International Law Journal**, 43 (1): 79-124.

GARCIA NETO, Paulo M. (2013). Investment arbitration in Brazil: the landscape of investment arbitration in Brazil and why Brazil should become a more importante player in the investent arbitration arena. In LEVY, Daniel A.; BORJA, Ana G.; PUCCI, Adriana N. (eds.). **Investment protection in Brazil**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 3-16.

GARCIA-BOLIVAR, Omar E. (2009). Sovereignty v. investment protection: back to Calvo? **ICSID Review**, 24 (2): 464-488.

GASS, Bruno S. (2018). **A participação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social no investimento direto no exterior realizado por empresas brasileiras**, présenté à la MBA, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. (Directeur: Prof. Ms. Márcio Eloir Schweig).

GATHII, James T. (2021). **Reform and retrenchment in international investment law**. Disponible sur: [<https://ssrn.com/abstract=3765169>]. Consulté: 23/05/2021.

HIRATUKA, Celio; SARTI, Fernando. (2011). **Investimento direto e internacionalização de empresas brasileiras no período recente**. Disponible sur: [<https://www.econstor.eu/handle/10419/91146>]. Consulté: 28/07/2023.

KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. (2008). Investment arbitration in Brazil. **Arbitration International**, 24 (3): 423-446.

KPMG. (2008). **Brazilian transnational companies: the route of Brazilian investments abroad**. Disponible sur: [https://www.kpmg.com.br/publicacoes/tax/Brazilian_Transnational_Companies_08_ingles.pdf]. Consulté: 12/03/2023.

LANA, Jaïne; MOURA, Stephanie T. G.; FALASTER, Christian D. (2019). Políticas públicas e o investimento direto estrangeiro no Brasil. **Revista Ibero-Americana de Estratégia**, 18 (2): 264-276.

LEMONS JUNIOR, Valter J. S. (2015). **Novo ciclo de investimentos estrangeiros diretos no Brasil entre os anos de 2010 e 2015**, présenté à la Especialização em Relações Internacionais, Universidade de Brasília. (Directeur: Prof. Dr. Eiiti Sato)

MAGALHÃES, José C. (2009). Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, 6 (20): 53-65.

MONEBHURRUN, Nitish. (2017). Novelty in international investment law: the Brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments as a different international investment agreement model. **Journal of International Dispute Settlement**, 8 (1): 79-100.

MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle R. S. (2015). The Brazilian agreement of cooperation and facilitation of investments (ACFI): a new formula for international investment agreements? **Investment Treaty News**, 6 (3): 3-5.

OREIRO, José L.; DE PAULA, Luiz F. (2019). **A economia brasileira no governo Temer e Bolsonaro: uma avaliação preliminar**. Disponible sur: [https://www.researchgate.net/publication/336147850_A_economia_brasileira_no_governo_Temer_e_Bolsonaro_uma_avaliacao_preliminar]. Consulté: 14/08/2022.

PERES, Samuel C.; YAMADA, Tiago H. (2014). Determinantes do investimento estrangeiro direto no Brasil: uma aplicação do modelo de vetores autorregressivos (VAR) no período 1980-2010. **Economia e Desenvolvimento**, 26 (2): 1-20.

PEREZ-AZNAR, Facundo; MORAES, Henrique C. (2017). The MERCOSUR Protocol on Investment Cooperation and Facilitation: regionalizing an innovative approach to investment agreements. **EJIL Talk**. Disponible sur: [<https://www.ejiltalk.org/the-mercosur-protocol-on-investment-cooperation-and-facilitation-regionalizing-an-innovative-approach-to-investment-agreements/>]. Consulté: 14/07/2023

PERIN, Fernanda S. (2010). **Processo de internacionalização de empresas brasileiras: um estudo sobre o investimento direto externo 2001–2008**, présenté à la Universidade Federal de Santa Catarina. (Directeur: Silvio Antônio Ferraz Cario).

PICARD, Alberto A.; GHIOTTO, Luciana. (2017). Brasil y la nueva generación de acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones: un análisis del tratado con México. **Relaciones Internacionales**, 26 (52): 39-54.

SACERDOTI, Giorgio. (2013). BIT protections and economic crises: limits to their coverage, the impact of multilateral financial regulation and the defence of necessity. **ICSID Review**, 28 (2): 351-383.

SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. (2005). Do BITs really work? An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. **Harvard Journal of International Law**, 46 (1): 67-130.

SILVA, Ana Rachel F. (2019). A evolução da solução de controvérsias nos ACFIs. **Revista de Direito Internacional**, 16 (2), 7-13.

TREVISAN, Antoninho M. (2008). Brasil: um emergente seguro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, 11 (41): 49-55.

TUROLLA, Frederico; CONNER, Ronald O. (2008). Internacionalização de empresas: os efeitos da taxa de câmbio sobre o investimento direto brasileiro no exterior. **Brazilian Business Review**, 5 (1): 36-50.

UNCTAD. (2023a). **Investment Policy Hub**. Disponible sur: [<https://investmentpolicy.unctad.org>]. Accéder: 12/09/2023.

UNCTAD. (2023b). **UNCTADStat**. Disponible sur: [<https://unctadstat.unctad.org/>]. Consulté: 11/09/2023.

VEIGA, Pedro M. (2013). A África na agenda econômica do Brasil: comércio, investimentos e cooperação. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, 27 (116): 4-19.

WORLD TRADE ORGANIZATION. (2023). **Investment facilitation negotiators announce deal on Agreement's text**. Disponible sur: [https://www.wto.org/english/news_e/news23_e/infac_06jul23_e.htm]. Consulté: 14/08/2023.

XAVIER JUNIOR, Ely C. (2022). **La réforme du Droit international des investissements et le Sud global: un dépaysement critique vers l'Atlantique Sud**, présenté à la Université de Genève. (Directeur: Makana Moïse Mbengue).