



Les prescriptions de résultats dans les traités d'investissements

Série bonnes pratiques de l'IISD - décembre 2014



© 2014 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable (IISD)

International Institute for Sustainable Development

L'Institut international du développement durable est une organisation indépendante à but non lucratif qui fournit des solutions pratiques au défi de l'intégration des priorités environnementales et sociales avec le développement économique. Nous rendons compte de négociations internationales, réalisons des recherches rigoureuses et amenons les citoyens, les entreprises et les décideurs à s'engager envers l'objectif commun de développement durable.

L'IISD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'*Internal Revenue Code* des États-Unis. Il bénéficie de subventions de fonctionnement de base du gouvernement du Canada, qui lui sont versées par le Centre de recherche pour le développement international (CRDI), et de la province du Manitoba. Des fonds de projets lui sont accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations, des entreprises privées et des particuliers.

Winnipeg, Canada (siège)

111, avenue Lombard,
Bureau 325
Winnipeg (Manitoba)
Canada R3B 0T4

Tél: +1 (204) 958-7700

Web: www.iisd.org

Twitter: @IISD_news

Les prescriptions de résultats dans les traités d'investissements Série bonnes pratiques de l'IISD - December 2014

Suzy H. Nikièma



Table des matières

1.0 Introduction	1
2.0 Aperçu des prescriptions de résultats	2
2.1 Typologie des prescriptions de résultats	2
2.2 Liste exemplative de prescriptions de résultats	2
2.3 Succès mitigé et utilité des prescriptions de résultat.....	3
3.0 L'interdiction des prescriptions de résultats à l'OMC	5
3.1 Aperçu de l'Accord MIC.....	5
3.2 OMC v. Traités d'investissement : l'enjeu du mécanisme de règlement des différends	6
4.0 Les prescriptions de résultats dans les TBI	8
4.1 L'approche traditionnelle majoritaire : pas d'interdiction des prescriptions de résultats	8
4.2 L'approche minoritaire croissante : l'interdiction des prescriptions de résultats	8
4.2.1 Le principe de l'interdiction des PR.....	8
4.2.2 Les exceptions et réserves à l'interdiction des PR.....	11
4.3 Autres clauses ayant un impact sur la portée de l'interdiction de PR (contenu et portée) ..	12
5.0 L'interprétation des tribunaux d'investissement	15
5.1 L'interprétation restrictive de l'interdiction des prescriptions de résultats.....	15
5.2 L'interprétation extensive de l'interdiction des prescriptions de résultats	16
6.0 Options	19
Références	20



1.0 Introduction

Il est reconnu que les investissements directs étrangers (IDE) peuvent jouer un rôle important dans le développement des pays d'accueil. Néanmoins, les retombées positives des IDE ne surviennent pas automatiquement, car les intérêts commerciaux des sociétés ne coïncident pas toujours avec les objectifs de développement des États. Des politiques spécifiques sont nécessaires pour créer un environnement propice aux effets positifs et aux bonnes pratiques des IDE, tout en renforçant leur contribution au développement durable. L'une de ces politiques consiste pour les États d'accueil à recourir aux prescriptions de résultats (PR).

Conceptuellement, les PR (encore appelées « exigences de performance ») sont « des stipulations imposées aux investisseurs, leur demandant de répondre à certains objectifs spécifiques en ce qui concerne leurs activités dans le pays d'accueil » (CNUCED, 2003, p. 2). En d'autres termes, il s'agit de mesures qui imposent à l'investisseur un certain comportement ou des résultats à atteindre dans le pays d'accueil.

Les PR ont été et sont utilisées par les pays en développement aussi bien que par les pays développés pour atteindre des objectifs économiques et non économiques. Il peut s'agir de renforcer la base industrielle et la valeur ajoutée nationale, de développer l'expertise nationale dans un secteur donné, de créer des liens économiques en amont et en aval dans un secteur économique, d'assurer le transfert de technologie, d'atteindre de meilleurs résultats en matière environnementale et sociale, de résorber le chômage par la création d'emplois, d'éviter des pratiques commerciales restrictives, de préserver une part importante des entreprises nationales dans des secteurs clés ou de garantir la sécurité dans le secteur industriel, etc.¹ La baisse aux recours aux PR dans les pays développés est due au fait que les PR ont souvent été remplacées par d'autres mesures de politiques industrielles poursuivant les mêmes objectifs, plutôt qu'à une renonciation d'influencer le comportement des sociétés internationales.²

Toutefois, l'efficacité des PR est un sujet controversé. D'aucuns y voient un outil permettant de s'assurer que les investissements contribuent de manière effective et maximale au développement du pays d'accueil et sont alignés sur ses objectifs et priorités. Cette approche se reflète de manière croissante dans un nombre d'instruments politiques à l'échelle régionale et continentale, telle que la Vision Minière pour l'Afrique,³ qui encourage le recours aux PR. D'autres voient en revanche dans les PR des instruments au mieux inefficaces et au pire contre-productifs. Cette dernière vision se traduit par l'interdiction ou la limitation des PR dans certains accords économiques internationaux multilatéraux, régionaux ou bilatéraux.⁴

La question fondamentale analysée ici est celle de l'impact de l'interdiction ou limitation des PR par des traités d'investissement sur la flexibilité politique des pays en développement. L'analyse commencera par un aperçu des types de PR utilisées dans le monde afin d'en comprendre le contenu et les objectifs. Puis, l'Accord MIC de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) qui en interdit certaines sera brièvement présenté. L'étude fera ensuite le point sur le sens et la portée des clauses relatives aux PR dans les traités bilatéraux d'investissements (TBI) ainsi que l'interprétation qui en a été faite par les tribunaux d'investissement. Enfin, des options seront proposées pour aider les États à préserver leur capacité d'imposer, en cas de besoin, des PR aux IDE sur leur territoire.

¹ Pour une étude plus détaillée sur les fondements économiques des PR, v. CNUCED, 2003, pp. 6–9.

² C'est le cas, par exemple, des règles d'origine dans le contexte des zones de libre-échange. Les règles d'origine ont un effet similaire aux PR en matière de contenu local.

³ Les documents relatifs à la Vision Minière pour l'Afrique sont disponibles sur : <http://www.africaminingvision.org/index.htm>.

⁴ Tels que ceux conclus par les États-Unis ou le Canada.



2.0 Aperçu des prescriptions de résultats

2.1 TYPOLOGIE DES PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS

Les formes de PR sont variées et souvent complexes. Elles peuvent être catégorisées selon plusieurs critères.

En premier lieu, on distingue les PR obligatoires des non obligatoires. Les PR obligatoires sont liées aux conditions d'entrée et d'exploitation de l'investissement. L'investisseur doit s'y conformer pour établir son investissement ou pour continuer à opérer. Quant aux PR non obligatoires, elles sont liées aux conditions d'accès à certains avantages, comme des exonérations fiscales ou des subventions par le pays d'accueil. L'investisseur a donc, en théorie, la possibilité de ne pas s'y conformer. Toutefois, la distinction entre ces deux catégories n'est pas toujours évidente. En effet, certaines mesures incitatives ne laissent pas réellement à l'investisseur la possibilité de renoncer à cette option, en raison de l'attractivité des avantages octroyés.

En second lieu, on distingue les PR qui sont imposées à l'investisseur avant l'établissement de son investissement et celles qui lui sont imposées après l'établissement. Cette distinction a une implication juridique importante. En effet, les PR imposées après l'établissement de l'investissement, notamment lorsqu'elles sont obligatoires, sont plus susceptibles de violer les engagements de l'État d'accueil dans un traité d'investissement ou de commerce.

En dernier lieu, on peut distinguer les PR selon qu'elles sont prévues dans les lois nationales ou dans les contrats d'investissement entre l'État et l'investisseur.

Il est nécessaire de préciser dès à présent que les PR ne se confondent pas avec la responsabilité sociale des entreprises (RSE). D'une part, alors que les PR sont définies par le gouvernement et alignées sur ses stratégies de développement, la RSE est définie par les entreprises elles-mêmes. D'autre part, les PR ont un caractère légalement contraignant, même lorsqu'elles ne sont pas obligatoires (dans ce dernier cas, l'investisseur ne peut accéder aux avantages offerts que s'il applique les PR). La RSE, quant à elle, reste fondamentalement volontaire, même lorsque des mécanismes pour en assurer le respect sont mis en place. En d'autres termes, la violation d'une PR sera juridiquement sanctionnée (retrait de licence d'exploitation, pénalités, pertes de droits ou avantages) tandis que celle de la RSE ne le sera pas. Les PR et la RSE ne sont donc pas substituables.

2.2 LISTE EXEMPLATIVE DE PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS

Parmi les PR les plus usitées, on peut citer les mesures qui imposent à l'investisseur de:

- Atteindre un niveau de contenu local pour les produits et les services. Il peut s'agir de mesures qui imposent directement un pourcentage ou un quota à atteindre ou qui requièrent l'emploi en priorité de biens et services locaux sur les biens et services étrangers à qualité égale. Ces PR visent à créer des liens économiques en amont et en aval de l'activité d'investissement afin d'être le moteur de création et de diversification des activités économiques connexes. Elles sont particulièrement cruciales dans le secteur des industries extractives, qui constituent souvent des enclaves économiques dans les pays d'accueil.
- Atteindre un niveau spécifique d'emplois locaux. Ces mesures peuvent également prendre la forme d'un quota à remplir ou être soumises à la condition que les compétences soient disponibles en qualité et quantité égales sur le territoire. Elles peuvent concerner les emplois qualifiés et non qualifiés. Ces prescriptions visent à accroître et diversifier le nombre d'emplois créés par les investissements et contribuer à résorber le chômage.



- S'engager dans des programmes de formation de la main-d'œuvre ou de renforcement des capacités des fournisseurs de biens et services. Ces prescriptions sont souvent une réponse aux exigences de la localisation de la main-d'œuvre et des fournisseurs de biens et services afin de surmonter le problème critique du manque de compétences ou capacités appropriées.
- Effectuer un niveau donné d'activités de Recherches et Développement (R&D) dans le pays. Ces exigences visent à promouvoir la découverte de nouveaux produits ou technologies qui améliorent le rendement de l'activité ou réduisent ses divers impacts négatifs sur la santé, l'environnement, etc.
- Effectuer un transfert de technologie dans le pays. L'investisseur apporte un certain degré de technologie prédéterminé dont il est souvent propriétaire, tout en appliquant des normes industrielles élevées. Ces prescriptions visent à permettre aux entreprises locales d'accéder aux meilleures technologies et de les maîtriser pour une meilleure compétitivité sur le marché mondial.
- Réaliser des activités en matières environnementale et sociale. Ces PR ne se confondent pas avec les exigences des études d'impact environnementales et sociales, qui sont des pratiques internationalement reconnues et requises. Ces prescriptions permettent d'améliorer les conditions environnementales et sociales dans les communautés où l'investissement est implanté.
- Réaliser une coentreprise (joint-venture) avec des partenaires nationaux pour établir l'investissement. Ces prescriptions visent à assurer que certains secteurs clés de l'économie ne passent pas sous contrôle étranger. Elles peuvent aussi viser à favoriser le transfert de compétence, technologie et savoir-faire aux entreprises locales. Il s'agit également d'un moyen de créer des entreprises nationales leader dans un secteur en leur permettant de bénéficier de l'expérience et des atouts d'une entreprise étrangère.
- Avoir un niveau minimum de capitaux nationaux dans le capital de la société. Ces prescriptions permettent d'assurer que certains secteurs restent sous le contrôle des nationaux ou de créer des situations de rentes au bénéfice des nationaux.
- Implanter les activités de l'investissement ou le centre de décision dans une région donnée. Ces prescriptions ont pour objectif d'accélérer le développement de zones défavorisées dans le pays.
- Se limiter à un certain volume ou quantité de vente des biens et services sur le marché national.
- Exporter un certain niveau de marchandises produites localement.

2.3 SUCCÈS MITIGÉ ET UTILITÉ DES PRESCRIPTIONS DE RÉSULTAT

Les PR sont souvent critiquées comme constituant un frein au flux des IDE. Selon le Consensus de Washington, les PR ont un effet de distorsion préjudiciable sur le commerce international et les IDE. Toutefois, les données empiriques montrent de nombreux cas de pays qui ont recouru de manière extensive aux PR à un certain moment de leur histoire tout en attirant un niveau élevé et croissant d'IDE. Ainsi, Chang (2006) étudie l'utilisation réussie d'une politique industrielle dans l'essor économique de l'après-guerre au Japon et en Corée du nord Singapour et Taiwan grâce à une série d'outils qui comprenait un certain nombre varié de PR. Rodrik (2006) décrit les efforts réussis de la Chine visant à modifier la structure de son commerce d'exportation, et Mazzucato (2013) étudie l'action efficace en Chine pour développer spécifiquement les secteurs de l'énergie solaire et éolienne, avec une large utilisation de prescriptions de contenu local et de transfert de technologie. Ranawat et Tuwari (2009) montrent l'influence de la politique du gouvernement indien dans la promotion de la compétitivité du secteur automobile nationale, et Morris, Kaplinski et Kaplan (2012) décrivent les efforts fructueux du Botswana en impulsant une industrie nationale de transformation du diamant, avec une large utilisation des prescriptions de résultats dans les deux cas.



Par ailleurs, les détracteurs des PR leur reprochent d'être souvent inefficaces. Il est vrai que de nombreux exemples d'échecs existent de par le monde. Mais ces échecs démontrent que les PR sont souvent mal utilisées, et non pas qu'elles sont intrinsèquement de mauvais outils de développement. En effet, il est crucial pour les pays recourant aux PR d'éviter les écueils qui sapent leur succès.

En effet, les PR doivent refléter un juste équilibre pour produire des effets sans remettre en cause la viabilité économique des investissements. Par exemple, l'imposition d'un quota élevé pour la fourniture de biens et services locaux sera inefficace dans un contexte caractérisé par une absence de politiques d'accompagnement pour le renforcement des capacités ou l'accès aux financements. Dans la même ligne, l'échec de nombreuses prescriptions de joint-venture s'explique par le fait que ces types de « mariages forcés » n'ont souvent pas les ingrédients de base pour la réussite de la coentreprise : objectifs communs, confiance et capacités complémentaires » (traduction de l'auteure) (Cosbey & Mann, 2014, p. v).

Les capacités de gestion et de suivi des PR sont aussi un élément crucial. Les prescriptions en matière de R&D sont souvent inefficaces, car le succès de ces mesures dépend largement de la capacité de l'État à absorber, adopter et développer la technologie trouvée et de couvrir les coûts y afférant. De même, l'efficacité des prescriptions en matière de transferts de technologie dépend de la capacité de l'État à préciser le type de technologie dont il a besoin en priorité et d'assurer le suivi de la mise en œuvre de ces exigences.

En définitive, les PR ne sont pas la panacée, mais elles font partie de la boîte à outils dont les gouvernements peuvent se servir avec succès pour accroître sensiblement les retombées économiques, sociales et environnementales des IDE pour leur population. Comme Cosbey et Mann (2014) ont affirmé,

bien qu'il y ait eu de nombreuses expériences aussi bien négatives que positives, cela ne valide pas la vision du Consensus de Washington selon laquelle de tels outils ne doivent pas être utilisés — vision qui sous-tend les interdictions auxquelles [les PR] sont confrontées dans le droit des investissements [. . .]. Au contraire, cela requiert de se focaliser sur la manière de faire du bon travail. Faire cela n'est pas un exercice de formules, et les bons outils seront différents d'un pays à un autre, d'un secteur à un autre » (traduction de l'auteure) (p. 12).



3.0 L'interdiction des prescriptions de résultats à l'OMC

3.1 APERÇU DE L'ACCORD MIC

L'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) de l'OMC⁵ interdit certaines PR. Ainsi, l'article 2.1 de l'Accord MIC dispose que « sans préjudice des autres droits et obligations résultant du GATT de 1994, aucun Membre n'appliquera de MIC qui soit incompatible avec les dispositions de l'article III ou de l'article XI du GATT de 1994 ». Bien que n'étant pas définis, une liste exemplative de MIC incompatibles avec les articles III.4 ou XI.1 est prévue en annexe de l'Accord. Ces prescriptions, qu'elles soient obligatoires ou non obligatoires, peuvent être regroupées en deux catégories.⁶

La première concerne les mesures incompatibles avec l'obligation de traitement national (TN) prévu à l'article III.4 du GATT, car elles discriminent entre produits locaux et étrangers. Ce sont :

- Les prescriptions relatives au contenu local, selon lesquelles une entreprise doit acheter ou utiliser des produits d'origine nationale ou provenant de toute source nationale ;
- Les mesures externes (appliquées aux frontières) relatives à l'équilibrage des échanges qui limitent les achats ou l'utilisation, par une entreprise, de produits importés à un montant lié au volume ou à la valeur des produits locaux qu'elle exporte.

The second concerns measures that are incompatible with Article XI.1 of GATT 1994 on the import or export of products by an enterprise. These include:

- Les mesures internes relatives à l'équilibre des échanges qui affectent l'achat ou l'utilisation de produits après leur importation.
- Les mesures qui limitent les importations sous la forme d'une prescription relative à l'équilibrage des échanges, en vertu de laquelle la possibilité d'importer des produits servant ou liés à la production locale est restreinte par le fait que l'accès de l'entreprise aux devises est limité à un montant lié aux entrées de devises attribuables à l'entreprise.
- Les mesures qui consistent à restreindre l'exportation ou la vente pour l'exportation, par une entreprise, de produits, qu'il soit spécifié qu'il s'agit de produits déterminés, d'un volume ou d'une valeur de produits, ou d'une proportion du volume ou de la valeur de sa production locale.

Par ailleurs, conformément aux articles 4⁷ et 5.3⁸ de l'Accord MIC, les pays en développement et notamment les pays les moins avancés (PMA) peuvent bénéficier d'exemptions temporaires pour la mise en œuvre de l'Accord. Dans ces cas, certains pays peuvent continuer, dans certaines conditions, à recourir aux PR interdites à l'OMC. L'inclusion d'une clause interdisant les PR dans un traité d'investissements viendrait donc annuler le bénéfice de cette exemption pour les pays en développement dans leurs relations bilatérales ou régionales avec un ou plusieurs pays.

⁵ Le texte de l'Accord MIC est disponible sur http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/18-trims_f.htm

⁶ D'après la typologie disponible sur le site de l'OMC à l'adresse : http://www.wto.org/french/tratop_f/invest_f/invest_info_f.htm

⁷ L'article 4 se lit comme suit : « un pays en développement Membre sera libre de déroger temporairement aux dispositions de l'article 2 dans la mesure et de la manière prévues par l'article XVIII du GATT de 1994, le Memorandum d'accord sur les dispositions du GATT de 1994 relatives à la balance des paiements et la Déclaration relative aux mesures commerciales prises à des fins de balance des paiements adoptée le 28 novembre 1979 (IBDD, S26/226-230), permettant à un Membre de déroger aux dispositions des articles III et XI du GATT de 1994 ».

⁸ L'article 5.3 se lit comme suit : « si demande lui en est faite, le Conseil du commerce des marchandises pourra proroger la période de transition prévue pour l'élimination des MIC notifiées conformément au paragraphe 1 pour un pays en développement Membre, y compris un pays moins avancé Membre, qui démontrera qu'il rencontre des difficultés particulières pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord. Lorsqu'il examinera une telle demande, le Conseil du commerce des marchandises tiendra compte des besoins individuels du Membre en question en matière de développement, de finances et de commerce ».



En résumé, les PR interdites à l'OMC sont celles liées au contenu local, à l'équilibre commercial, aux restrictions des changes liées aux entrées de devises étrangères des entreprises et au contrôle des exportations. Par ailleurs, l'Accord MIC ne couvre que le commerce des marchandises, à l'exclusion des services. De ce fait, les PR ne sont pas interdites dans le secteur des services.

Plusieurs différends fondés, entre autres, sur l'allégation de violation de l'Accord MIC ont été portés devant l'Organe de Règlement des Différends (ORD) à l'OMC, dont une majorité dans le secteur de l'automobile.⁹ Toutefois, seules deux principales affaires, à savoir, *Indonésie–Automobiles*¹⁰ et *Canada–Énergie renouvelables*,¹¹ ont donné l'occasion aux groupes spéciaux de préciser les conditions dans lesquelles une mesure étatique viole l'Accord MIC. Il doit s'agir d'une « mesure concernant les investissements et liée au commerce » et « violant les articles II.4 et XI.1 du GATT ». ¹² En particulier, il est considéré que le terme « mesures concernant les investissements » de l'Accord MIC « ne vise pas uniquement les mesures prises spécifiquement en matière d'investissement étranger ». ¹³ Par ailleurs, les MIC non obligatoires sont également couvertes, car « les termes de la liste exemplative annexée à l'Accord sur les MIC indiquent clairement qu'un simple avantage subordonné à l'utilisation de produits d'origine nationale est considéré comme étant contraire à l'article 2 de l'Accord sur les MIC même si la prescription relative à la teneur en éléments d'origine locale n'est pas en soi une disposition impérative ». ¹⁴ Enfin, il a été précisé que « lorsque l'Accord sur les MIC mentionne 'les dispositions de l'article III', il fait référence aux aspects de l'article III touchant au fond ; [...] et non de l'application de l'article III dans le contexte de l'OMC en tant que tel. Ainsi, si l'article III n'est pas applicable pour une raison qui n'a pas de rapport avec les disciplines de l'article III lui-même, ses dispositions restent applicables aux fins de l'Accord sur les MIC ». ¹⁵

3.2 OMC V. TRAITÉS D'INVESTISSEMENT : L'ENJEU DU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

À l'OMC, les cas ayant porté sur une plainte à propos de l'usage de PR interdits sont relativement rares. Cela n'est pas étonnant, car tous les États ont recours ou ont eu recours d'une manière ou d'une autre aux PR. Ils sont donc réticents à recourir aux mécanismes de règlement des différends pour résoudre leurs désaccords sur ces questions.

Il n'en est pas de même lorsqu'un investisseur privé est partie à un différend contre un État. Dans un TBI, l'investisseur a un accès direct à l'arbitrage investisseur-État et il est enclin à en faire un usage plus extensif. À ce jour, au moins 568 arbitrages d'investissement connus ont été répertoriés (CNUCED, 2014, p. 1).

Il y a une différence fondamentale entre le fait de régler les litiges portant sur les PR au niveau interétatique à l'OMC et le faire au niveau de l'arbitrage investisseur-État. Dans le premier cas, les risques de différends sont amoindris et un mécanisme d'appel existe pour assurer la cohérence du système. Dans le second cas, les risques de litiges sont augmentés avec toutes les controverses suscitées par ce mécanisme et la nécessité de le reformer.¹⁶

⁹ La liste complète des différends dans lesquels les dispositions de l'Accord MIC ont été invoquées est disponible sur http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_agreements_index_f.htm?id=A25

¹⁰ *Indonésie—Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, Rapport du Groupe spécial (2 juillet 1998), WT/DS54/R, WT/DS55/R ; WT/DS59/R, WT/DS64/R.

¹¹ *Canada—Certaines mesures affectant le secteur de production d'énergie renouvelable*, Rapport du Groupe spécial (19 décembre 2012), WT/DS412/R.

¹² *Indonésie—Automobiles*, Rapport du Groupe spécial (2 juillet 1998), § 14.71–14.72.

¹³ *Indonésie—Automobiles*, Rapport du Groupe spécial (2 juillet 1998), § 14.73.

¹⁴ *Indonésie—Automobiles*, Rapport du Groupe spécial (2 juillet 1998), § 14.90.

¹⁵ *Indonésie—Automobiles*, Rapport du Groupe spécial (2 juillet 1998), § 14.61.

¹⁶ Sur les enjeux et défis de l'arbitrage investisseur-État sur le fondement des traités de protection et promotion des investissements, v. Bernasconi-Osterwalder, Cosbey, Johnson & Vis-Dunbar (2012, pp. 44–56).



En définitive, seule une partie des PR dans le commerce des biens sont interdites à l'OMC, et même à ce niveau des mécanismes permettent aux pays en développement de bénéficier d'exemptions afin de maintenir des PR interdites. Les PR qui ne sont pas listées comme violant les articles III.4 et XI.1 du GATT de l'OMC restent à la disposition des États qui souhaitent les utiliser. Toutefois, les traités d'investissement parfois interdisent des PR au-delà de ceux dans la liste de l'Accord MIC, tout en présentant des risques pour les pays d'accueil, notamment ceux en développement, comme on le verra ci-dessous.



4.0 Les prescriptions de résultats dans les TBI

En droit international, chaque État a le droit de fixer les conditions dans lesquelles il admet les investissements (nationaux comme étrangers) sur son territoire, y compris le recourt aux PR décrites précédemment, à moins qu'il n'ait pris des engagements internationaux limitant sa souveraineté dans ce domaine, notamment dans des traités d'investissement. L'analyse des TBI montre que, dans leur majorité, ces textes n'interdisent pas le recours aux PR, mais que l'interdiction apparaît dans un nombre croissant d'entre eux depuis une décennie. Les textes précurseurs ont été l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et les Accords de Libre-échange (ALE) conclus par les États-Unis, le Canada et le Japon.

4.1 L'APPROCHE TRADITIONNELLE MAJORITAIRE : PAS D'INTERDICTION DES PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS

La vaste majorité des TBI ne font aucune référence aux PR. Ce silence ne signifie pas que les parties peuvent appliquer toutes les PR. En effet, dans la mesure où elles sont également parties à l'OMC, elles sont soumises aux limitations de l'Accord MIC. Toutefois, toutes les PR non interdites à l'OMC restent disponibles.

Par contre, ce silence signifie, et c'est très important, que les différends qui pourraient survenir sur les PR, mêmes interdits à l'OMC, ne peuvent pas être soumis au système de règlement des différends investisseur-État prévu par le TBI, sous réserve des dispositions d'autres clauses dans le TBI. Cela n'empêche pas les États parties de se tourner vers le système de règlement des différends de l'OMC.

4.2 L'APPROCHE MINORITAIRE CROISSANTE : L'INTERDICTION DES PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS

Les clauses interdisant les PR dans les TBI sont formulées de diverses manières. Elles vont d'une restriction limitée à des interdictions très larges.¹⁷ La revue des TBI interdisant les PR permet de les regrouper en quatre grandes catégories. Chaque type de formulation a des implications juridiques spécifiques. Pour autant, le fait qu'une PR viole ou non un traité dépendra largement des termes utilisés dans chaque cas particulier.

4.2.1 Le principe de l'interdiction des PR

Les clauses dites « clauses MIC »

Les TBI de cette catégorie font simplement référence à l'Accord MIC, lorsque les deux États sont également membres de l'OMC. Cette incorporation rends l'interdiction des PR listés à l'OMC obligatoire sous le TBI.

Cette situation semble identique à celle où le TBI ne traite pas des PR et les parties sont néanmoins membres de l'OMC. En réalité, une différence fondamentale existe ici : les litiges relatifs aux PR interdites par l'OMC sont soumis au système de règlement des différends investisseur-État, prévu par le TBI, sauf exclusion explicite.

Un exemple de clause MIC est disponible à l'article 9 (Prescriptions de résultats) du traité Chine-Canada (2012) (traduction de l'auteure):

¹⁷ Une liste non exhaustive des TBI limitant ou interdisant les PR inclut : TBI Inde-Koweït (2001), art. 4.4 ; Japan-India Comprehensive Economic Partnership Agreement (CEPA 2011), art. 89 ; El Salvador-Pérou (1996) ; Bolivie-Mexique (1995) ; République Dominicaine-Équateur (1998) ; ALE Chili-Mexique (1999) ; ALE Chili-République de Corée (2003).



Les parties contractantes réaffirment leurs obligations en vertu de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) de l'OMC, tel qu'il sera amendé de temps en temps. L'article 2 et l'annexe de l'accord MIC sont incorporés et font partie intégrante du présent Accord.

Il existe également une clause très commune dans les TBI qui pourrait avoir le même résultat qu'une clause MIC. Inclues ou non dans un article séparé, ces clauses sont parfois intitulées « Application d'autres dispositions » ou « Autres obligations ». Ces dispositions permettent à l'investisseur de bénéficier des clauses plus avantageuses qui existeraient dans d'autres accords internationaux liant les mêmes parties. Les clauses de ce type, dont la portée exacte n'est pas encore établie, pourraient avoir pour effet d'importer les dispositions du MIC de l'OMC sous le traité. Mais cela n'a pas encore été testé devant les tribunaux. Bien que le mécanisme soit similaire à celui de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) (v. ci-dessous), elle en diffère du fait qu'il s'agit d'accords conclus entre les parties au TBI, et non les accords conclus par une partie du TBI avec un État tiers.

Une clause de ce type est disponible à l'article 10 du traité Belgique-Guinée :¹⁸

Lorsqu'une question relative aux investissements est régie à la fois par le présent Accord et par la législation nationale de l'une des Parties contractantes **ou par des conventions internationales en vigueur actuellement ou contractées dans l'avenir par les Parties**, les investisseurs de l'autre Partie contractante pourront se prévaloir des dispositions qui leur sont les plus favorables [accentuation ajoutée].

Les clauses « MIC+ » post établissement

Qu'il s'agisse de clauses MIC ou MIC+, certains TBI interdisent uniquement les PR après la phase d'établissement de l'investissement. Ainsi, l'article 4.4 du TBI Inde-Koweït (2001) se lit comme suit:

Une fois établi, l'investissement ne peut être soumis dans l'État d'accueil contractant à des prescriptions de résultats supplémentaires qui peuvent entraver ou restreindre leur développement et affecter négativement ou être considérées comme préjudiciables à leur viabilité, **à moins que ces prescriptions soient jugées essentielles pour des raisons d'ordre public, de santé publique ou liées à l'environnement et soient exécutées par une loi d'application générale** [traduction de l'auteure ; accentuation ajoutée].

Ce TBI prévoit néanmoins que des PR puissent être imposées après l'établissement pour protéger l'ordre public, la santé publique et l'environnement. Il s'agit donc d'une interdiction assez limitée.

Au contraire, les TBI et ALE du Canada et des États-Unis étendent l'interdiction des PR à la phase pré-établissement.

Les clauses dites « clauses MIC+ » pré et post établissement

Certains TBI ne se limitent à interdire les PR listées dans l'Accord MIC de l'OMC. Au niveau régional, l'exemple-type de clause MIC+ est l'article 1106 de l'ALENA conclu entre le Canada, le Mexique et les États-Unis (extraits) :

1. Aucune des Parties **ne pourra imposer ou appliquer l'une quelconque des prescriptions suivantes**, ou faire exécuter un quelconque engagement, en ce qui concerne **l'établissement, l'acquisition, l'expansion**, la gestion, la direction ou l'exploitation d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers :

¹⁸ V. aussi les TBI Royaume-Uni-Kenya (1999), Burundi-Comores (2001).



- a) exporter une quantité ou un pourcentage donné de produits ou de services ;
- b) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national ;
- c) acheter, utiliser ou privilégier les produits ou les services produits ou fournis sur son territoire, ou acheter des produits ou services de personnes situées sur son territoire ;
- d) lier de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises attribuables à cet investissement ;
- e) restreindre sur son territoire la vente des produits ou des services que cet investissement permet de produire ou de fournir, en liant de quelque façon cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises ;
- f) transférer une technologie, un procédé de fabrication ou autre savoir-faire exclusif à une personne située sur son territoire [. . .] ; ou
- g) agir comme le fournisseur exclusif d'un marché mondial ou régional pour les produits que l'investissement permet de produire et les services qu'il permet de fournir.

[. . .]

3. Aucune des Parties ne pourra subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'un avantage, en ce qui concerne un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers, à l'observation de l'une quelconque des prescriptions suivantes :

a) [. . .]

d) [. . .]

[. . .]

5. Les paragraphes 1 et 3 ne s'appliquent à aucune prescription autre que celles figurant dans lesdits paragraphes [accentuation ajoutée].

Au niveau bilatéral, ce type de clause est disponible par les traités du Canada et des États-Unis, qui sont les deux pays ayant le plus de TBI avec des clauses limitant les PR. Les clauses des TBI et ALE canadiens et américains conclues après 1994 sont généralement inspirées de l'article 1106 de l'ALENA et de leurs modèles nationaux subséquents de TBI. Ainsi, 20 ALE des États-Unis en vigueur qui comprennent un chapitre sur la protection des investissements contiennent une clause sur les PR très similaire à la clause du modèle américain de 2004.¹⁹

L'article 8 du modèle de TBI de 2012 des États-Unis offre un exemple de clause très élaborée interdisant largement l'utilisation des PR.²⁰

Les clauses non contraignantes

Certains vieux TBI encouragent simplement les États membres à ne pas appliquer les PR. C'est le cas de l'article II.7 du TBI RDC-États-Unis (1984) :

¹⁹ C'est le cas des ALE conclus avec les pays suivants : Australie, Chili, Israël, Maroc, Oman, Pérou, Singapour, le CAFTA-DR (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras et Nicaragua et la République Dominicaine).

²⁰ Le texte est disponible sur : <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.



Dans le cadre de ses politiques et objectifs économiques nationaux, chaque partie **s'efforce de ne pas imposer** aux investissements des ressortissants ou sociétés de l'autre Partie, des conditions qui exigent l'exportation de marchandises produites ou l'achat local de biens ou de services. Cette disposition ne fait pas obstacle au droit d'une partie d'imposer des restrictions à l'importation de marchandises sur leurs territoires respectifs [accentuation ajoutée].

Cette disposition illustre la volonté des pays à l'époque de ne pas renoncer à imposer des PR. Toutefois, des clauses similaires n'apparaissent plus dans les TBI américains post-ALENA.

4.2.2 Les exceptions et réserves à l'interdiction des PR

Certains traités interdisant les PR, notamment ceux de type MIC+, incluent des limites à cette interdiction. Mais ce n'est pas le cas de tous les traités.

Ces limites ont pour objectif de permettre à l'État d'accueil d'imposer certaines PR dans certaines circonstances malgré l'interdiction générale. Ces limites prennent la forme d'exceptions (générales ou spécifiques) ou de réserves dans les traités.

En ce qui concerne les exceptions, une exception générale à l'interdiction de certaines PR obligatoires et non obligatoires sur le contenu local et l'achat de produits et services locaux est prévue à l'article 1106.6 de l'ALENA. Elle vise les mesures de ce type prises en faveur de la protection de l'environnement. Toutefois, la mesure étatique ne devra pas être arbitraire ou injustifiée ni constituer une restriction déguisée au commerce international :

Aucune disposition des alinéas 1 b) ou c) ou 3 a) ou b) ne sera interprétée comme empêchant une Partie d'adopter ou de maintenir des mesures, notamment des mesures de protection de l'environnement,

- a) nécessaires à l'application des lois et des règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord,
 - b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou
 - c) nécessaires à la conservation des ressources naturelles épuisables biologiques et non biologiques,
- sous réserve que lesdites mesures ne soient pas appliquées de façon arbitraire ou injustifiée, ni ne constituent une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement** [accentuation ajoutée].

Une exception bénéficiant uniquement à certaines PR non obligatoires du paragraphe 3 (telles que les travaux de R&D) est également prévue au même article 1106 :

5. Aucune disposition du paragraphe 3 ne sera interprétée comme empêchant une Partie de subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'un avantage, en ce qui concerne un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers, **à l'obligation de situer l'unité de production, de fournir un service, de former ou d'employer des travailleurs, de construire ou d'agrandir certaines installations ou d'effectuer des travaux de recherche et de développement sur son territoire** [accentuation ajoutée].



Toujours à l'article 1106, une exception spécifique pour les PR obligatoires en matière de transfert de technologie est rédigée comme suit :

2. Une mesure qui oblige un investissement à employer une technologie pour répondre à des **prescriptions d'application générale en matière de santé, de sécurité ou d'environnement ne sera pas réputée être incompatible avec l'alinéa (1) f)** [accentuation ajoutée].

En ce qui concerne les réserves, on peut relever l'article 1108.1(c) de l'ALENA, qui permet aux États de maintenir et modifier des mesures en vigueur non conformes au traité au moment de son entrée en vigueur. Ces mesures non conformes (MNC) sont alors listées dans des annexes jointes à l'Accord. Pour être efficace, ce type d'article suppose que les États aient été en mesure de répertorier puis négocier l'inclusion de toutes les PR en vigueur. Cette tâche n'est pas toujours aisée. Par ailleurs, cette réserve n'immunise pas les nouvelles PR non conformes adoptées après la conclusion du traité. La portée de l'article 1108.1(c) a été au cœur d'un différend d'investissement examiné ci-dessous (section 5.2).

4.3 AUTRES CLAUSES AYANT UN IMPACT SUR LA PORTÉE DE L'INTERDICTION DE PR (CONTENU ET PORTÉE)

Ces clauses ne s'adressent pas directement au PR dans les traités, mais, selon la manière dont elles sont formulées, elles peuvent indirectement avoir le même effet que les clauses MIC ou MIC+.

Les clauses pré-établissement (droits d'accès)

Il s'agit de clauses qui étendent le bénéfice du TN ou la NPF dès la phase d'établissement de l'investissement. Cela signifie que l'État d'accueil ne pourra pas accorder un traitement moins favorable aux investisseurs de l'autre État par rapport à ces nationaux ou autres étrangers, en ce qui concerne les conditions d'entrée et d'établissement des investissements sur son territoire. On parle alors de libéralisation des investissements ou l'octroi de droits pré-établissements.²¹ Cette clause se lit généralement comme suit (Article 1103.1 de l'ALENA) :

1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investisseurs de toute autre Partie ou d'un pays tiers, en ce qui concerne **l'établissement, l'acquisition, l'expansion** [phase avant établissement] la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements [accentuation ajoutée].

L'octroi de droits pré-établissement est accompagné d'exceptions pour des mesures ou secteurs sensibles dans lesquels les pays signataires peuvent régler librement l'admission des investissements étrangers. Le choix de ces domaines exclus de la libéralisation est particulièrement crucial. Ces clauses posent des problèmes cruciaux pour la souveraineté des États et doivent être considérées avec prudence.²² Par ailleurs, il est important de rappeler qu'un État n'a pas besoin d'inclure ce type de clauses dans un TBI pour libéraliser un secteur de son choix, tout comme un investisseur n'a pas besoin de l'existence d'une telle clause pour pouvoir investir dans un pays.

²¹ Ces clauses ont pour objectif d'ouvrir l'accès au marché pour les investisseurs étrangers, particulièrement dans le domaine des ressources naturelles. La majorité des TBI conclus dans le monde, y compris ceux signés par les pays en développement, ne contiennent pas de clauses de pré-établissement. Toutefois, il y a une pression croissante à l'inclusion de ces clauses dans les TBI de la part du Canada et des États-Unis, dont les ressortissants investissent massivement dans le secteur des ressources naturelles dans les pays en développement.

²² Pour une étude critique plus détaillée sur les enjeux de ce type de clauses pour les pays en développement, v. Bernasconi-Osterwalder et al. (2011, pp. 23 ff.).



Les droits pré-établissement, pris isolément, peuvent déjà avoir un impact sur la possibilité d'imposer des PR. Par exemple, même si l'imposition de créer une **joint-venture** n'est pas interdite dans le TBI au titre des PR, elle violera les droits pré-établissements de l'investisseur étranger protégé. En effet, cette prescription est une condition pour établir son investissement sur le territoire qui ne s'impose pas aux nationaux, et viole de ce fait l'obligation de TN à la phase pré-établissement.

Très souvent, l'interdiction des PR est associée aux droits pré-établissements dans les TBI. La proportion augmente encore lorsqu'il s'agit d'un ALE comportant un chapitre sur l'investissement. Cela s'explique par des clauses s'inscrivant dans une même logique de réduire la souveraineté des États dans la sélection des investissements étrangers et dans la réglementation des conditions d'établissement et d'exploitation. La combinaison des deux clauses permet d'étendre l'interdiction des PR dès la phase d'établissement de l'investissement. En fin de compte, c'est une libéralisation plus importante de l'entrée des investissements étrangers et des conditions d'exploitation qui se trouve ainsi assurée.

La clause de la Nation la plus favorisée (NPF)

La clause NPF peut jouer un rôle important dans un traité qui n'interdit pas les PR. Cette clause oblige l'État signataire à accorder « un traitement non moins favorable » aux investisseurs de l'autre partie que celui accordé aux investisseurs d'un État tiers. Au regard de l'interprétation extensive de la NPF, la clause permet de couvrir les avantages accordés dans les autres TBI d'un État. La conséquence est qu'un investisseur qui est protégé par un traité sans interdiction de PR, peut utiliser la clause NPF pour importer l'interdiction des PR d'un autre traité du pays d'accueil et en bénéficier comme traitement plus favorable. Bien que critiqué, cette interprétation est majoritaire sauf si les parties ont pris le soin d'exclure leurs autres TBI et accords internationaux de la couverture de la clause NPF.²³

Les États qui souhaitent garder leur souveraineté en matière de PR doivent donc veiller à avoir une approche cohérente dans tous les TBI, ou au moins introduire des exclusions et exceptions claires. Un exemple de clause NPF restrictive existe à l'annexe 3 du modèle de TBI du Canada (FIPS 2004) :

L'article 4 [Traitement de la nation la plus favorisée] ne s'applique pas au traitement accordé en vertu de tous les accords internationaux bilatéraux ou multilatéraux en vigueur à la date d'entrée en vigueur du présent accord ou signés avant celle-ci.

Le modèle canadien exclut ici uniquement les accords antérieurs, mais il est possible d'exclure également les accords futurs et exclure expressément le mécanisme de règlement des différends investisseurs-États, à l'image de l'article 4.4 du modèle de TBI de la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC) (traduction de l'auteur):

Sans préjudice des dispositions du présent accord, les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux concessions, avantages, exonérations ou d'autres mesures qui pourraient résulter de :

- (a) **un traité bilatéral d'investissement** ou accord de libre-échange [qui est entré en vigueur avant cet accord] ; ou
- (b) **un accord multilatéral ou régional en matière d'investissement** ou d'intégration économique dans lesquelles un État Partie participe ou peut participer [accentuation ajoutée].

²³ Pour plus d'information sur la clause NPF et ses enjeux, v. Bernasconi-Osterwalder (2011, pp. 29–31).



La clause sur l'emploi du personnel

Cette clause, également commune dans les TBI, garantit à l'investisseur étranger le droit d'employer le personnel de la nationalité de son choix sans interférence de l'État d'accueil. Elle permet toutefois à l'État d'exiger qu'un pourcentage de personnel dirigeant soit des nationaux, à condition que cela n'interfère pas avec la capacité de l'investisseur à garder le contrôle de son investissement.

Lorsque les garanties sont particulièrement larges, cette clause peut avoir pour effet de limiter sensiblement l'usage des PR concernant l'emploi local. Il est alors important de prévoir dans cette clause la possibilité pour l'État d'imposer de tels PR lorsque les mesures sont raisonnables, non discriminatoires et adaptées aux réalités de l'entreprise. Un exemple d'une telle clause existe à l'article 7.4 du modèle de TBI de la SADC:

Sans préjudice des dispositions du présent accord, un État Partie peut exiger d'un investisseur de l'autre Partie ou de son investissement, **en tenant compte de sa taille et de sa nature**, d'avoir des augmentations progressives du nombre de postes de direction, de gestion ou des fonctions spécialisés, que les ressortissants de l'État hôte occupent ; d'instituer des programmes de formation afin de réaliser les augmentations prévues à l'alinéa précédent et les postes de direction ; et à établir des programmes de mentorat à cet effet [accentuation ajoutée, traduction de l'auteure].



5.0 L'interprétation des tribunaux d'investissement

Les arbitrages d'investissements ayant porté principalement sur la contestation de PR du pays hôte sont relativement rares jusqu'ici. La majorité des affaires connues ont eu lieu sur le fondement de l'ALENA.²⁴ Toutes les affaires connues qui ont traité des PR impliquaient un TBI ou un ALE du Canada ou des États-Unis. Ceci est probablement dû au fait que jusqu'à présent la plupart des TBI en dehors de ceux négociés par le Canada et les États-Unis n'incluent pas de dispositions interdisant les PR. Afin de présenter un aperçu des décisions des tribunaux sur l'interdiction des PR, deux récentes affaires divergentes importantes sont examinées ici : l'affaire *Mobil Oil c. Canada* de 2012²⁵ sur le fondement de l'ALENA (1992), et l'affaire *Lemire c. Ukraine* de 2010²⁶ sur le fondement du TBI Ukraine-États-Unis (1994).

5.1 L'INTERPRÉTATION RESTRICTIVE DE L'INTERDICTION DES PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS

Dans l'affaire *Lemire c. Ukraine*, un ressortissant américain détenant une licence de radio en Ukraine, alléguait, entre autres, que l'article 9.1 de la loi de 2006 sur la diffusion audiovisuelle et radiophonique constituait une prescription de résultat interdite, car elle exigeait que 50 pour cent du temps de diffusion de chaque radio soit réservé à la musique produite en Ukraine. Cette loi visait à promouvoir la musique ukrainienne. La « musique produite en Ukraine » est définie par la loi comme toute musique dont l'auteur, le compositeur ou l'interprète sont ukrainiens. L'investisseur arguait que la loi de 2006 violait l'article II.6 du TBI Ukraine-États-Unis, qui se lit comme suit :

Aucune partie ne peut imposer des prescriptions de résultats comme une condition à l'établissement, l'expansion ou le maintien des investissements, qui nécessitent ou mettent en application des engagements d'exporter des marchandises produites ou qui précisent que les biens et services doivent être achetés localement, ou qui imposent d'autres exigences similaires [traduction de l'auteur].

Le TBI ne prévoit aucune exception ou réserve à l'interdiction des PR.²⁷

Interprétant cette clause très large, le tribunal est arrivé à la conclusion que la loi ukrainienne de 2006 ne violait pas l'article II.6 du TBI. Pour ce faire, les arbitres sont partis du constat que la loi n'exigeait pas que la musique soit produite localement, même s'ils ont reconnu que, **de facto**, les auteurs, compositeurs et producteurs ukrainiens étaient localisés en Ukraine.²⁸ Toutefois, l'argument décisif a été la prise en compte de l'objectif de la mesure ukrainienne. Le tribunal a en effet considéré que, lorsque la mesure a été adoptée, « les raisons sous-jacentes n'étaient pas de protéger les industries locales et limiter les importations, mais

²⁴ Ce sont : *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI, Sentence Intérimaire du 26 juin 2000 ; *S.D. Myers Inc. c. Canada*, CNUDCI, Sentence partielle du 13 novembre 2000 ; *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique*, CIRDI Affaire No. ARB (AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003 ; *Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. États-Unis du Mexique*, CIRDI Affaire No. ARB (AF)/04/5, sentence du 21 novembre 2007 ; *Corn Products International, Inc. c. États-Unis d'Amérique*, CIRDI, Affaire No. ARB (AF)/04/1, sentence du 15 janvier 2008 ; *Cargill, Incorporated c. États-Unis du Mexique*, CIRDI Affaire No. ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009 ; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI, CIRDI, sentence du 32 mars 2010 ; *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Gouvernement du Canada*, CIRDI Affaire No. ARB (AF)/07/4, décision du 22 mai 2012. Toutes les sentences sont disponibles sur : <http://italaw.com>.

²⁵ *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Gouvernement du Canada*, CIRDI Affaire No. ARB (AF)/07/4, décision du 22 mai 2012, § 172 et seq. Disponible sur : <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1145.pdf>.

²⁶ *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, CIRDI Affaire No. ARB/06/18, sentence du 14 janvier 2010, § 499-511. Disponible sur <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0453.pdf>.

²⁷ L'annexe du TBI prévoit une exception au TN pour l'Ukraine en ce qui concerne la propriété et l'exploitation stations de télé et de radio.

²⁸ *Lemire c. Ukraine*, § 509.



plutôt de promouvoir l'héritage culturel de l'Ukraine, un objectif qui est compatible avec l'article II.6 du TBI » (traduction de l'auteure).²⁹ On peut noter ici que, dans l'affaire *Merril & Lynch c. Canada*, le tribunal avait également conclu qu'une mesure qui ne vise pas l'achat local et laisse l'investisseur libre d'utiliser les services de toute origine ne viole pas l'article 1106 de l'ALENA, même si, pour des raisons pratiques et économiques, il est amené à recourir à des personnes ou entreprises locales.³⁰

L'Ukraine a néanmoins été condamnée à verser environ US\$8,7 millions pour violation du traitement juste et équitable pendant des procédures d'appel d'offres (Johnson, 2011).

En définitive, cette affaire est assurément parmi celles qui démontrent de la déférence élevée à la souveraineté de l'État d'accueil, alors que la clause sur l'interdiction des PR était particulièrement large.

5.2 L'INTERPRÉTATION EXTENSIVE DE L'INTERDICTION DES PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS

L'affaire *Mobil Oil c. Canada*³¹ a opposé deux entreprises pétrolières implantées dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador au gouvernement du Canada. Le différend trouve sa source dans les prescriptions de dépense en matière de R&D en vigueur dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador. Conformément aux législations provinciale et fédérale, le comité (Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board) a émis depuis 1986 des directives en matière de dépense en R&D à l'adresse des « programmes de prestations sociales » des entreprises. Les directives de 2004 sont à l'origine du différend. Contrairement aux précédentes, les directives de 2004 imposent un montant fixe de dépenses en R&D, se basant sur les dépenses moyennes par secteur, et étendent ces dépenses à la phase de production au lieu de se limiter aux phases d'exploration et de développement. Ces nouvelles directives ont été mises en place suite à la baisse des dépenses en R&D, et recommandées par un commissaire public.

Les plaignants alléguaient, entre autres, que les lignes directrices, en fixant désormais un montant déterminé pour les dépenses de R&D et en les obligeant à acheter des biens et services dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador, violaient l'article 1106.1(c) de l'ALENA sur l'interdiction des PR.

En rappel, l'article 1106.1.c ALENA se lit comme suit :

Aucune des Parties ne pourra imposer ou appliquer l'une quelconque des prescriptions suivantes, ou faire exécuter un quelconque engagement, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers : [. . .] c) **acheter, utiliser ou privilégier les produits ou les services produits ou fournis sur son territoire**, ou acheter des produits ou services de personnes situées sur son territoire [accentuation ajoutée].

Le Canada arguait en retour que les PR en R&D ne constituaient pas un « service » ; et que, quand bien même ce serait le cas, elles étaient immunisées par une réserve du Canada en vertu de l'article 1108. En effet, la liste des réserves du Canada incluait la loi « sur le statut fédéral » qui fondait les directives de 2004. On rappelle ici que, en vertu de l'article 1106.4 de l'ALENA, seules les PR obligatoires en matière de R&D sont interdites ; les PR en R&D non obligatoires (imposées en contrepartie d'avantages) ne sont pas interdites.

En premier lieu, le tribunal a conclu que la mesure canadienne violait l'article 1106. Pour ce faire, le tribunal

²⁹ *Lemire c. Ukraine*, § 510.

³⁰ *Merril & Lynch c. Canada*, § 113 et 115.

³¹ Pour un résumé de l'affaire, v. Vis-Dunbar (2013).



a considéré que le terme « service » à l'article 1106 était « assez large pour englober les R&D ». ³² Il a ensuite conclu que les directives de 2004 imposaient de fait aux investisseurs d'acheter localement les services en matière de R&D, quand bien même elles ne visaient pas un tel objectif au départ. Ainsi, contrairement à l'affaire *Lemire c. Ukraine* ou *Merryl & Lynch c. Canada*, l'objectif visé par la mesure a été sans pertinence, par rapport à son effet. ³³

En second lieu, la majorité du tribunal a conclu que les directives de 2004 ne bénéficiaient pas de la réserve canadienne faite en vertu de l'article 1108 (extraits) :

1. Les articles 1102, 1103, 1106 et 1107 ne s'appliquent pas : [. . .] c) à la modification d'une mesure non conforme visée à l'alinéa a), pour autant que la modification ne réduise pas la conformité de la mesure, telle qu'elle existait avant la modification [. . .] » Et l'annexe I, paragraphe (2)(d)(ii) se lit comme suit : « une mesure figurant à l'élément Mesures [. . .] (ii) comprend toute mesure subordonnée adoptée ou maintenue aux termes de la mesure et conformément à celle-ci.

L'article 1108.1.c et les annexes ont pour effet de permettre aux États parties de maintenir des MNC adoptées avant l'entrée en vigueur de l'ALENA, de pouvoir amender ces MNC et adopter des mesures subordonnées ultérieures (en l'espèce, les directives de 2004). Toutefois, les amendements apportés à la MNC ne doivent pas « réduire la conformité » de cette dernière au traité, et les nouvelles mesures subordonnées doivent être prises « sous l'autorité et en cohérence avec » la MNC.

Le tribunal a procédé ici à une interprétation originale. Il est arrivé à la conclusion que, pour bénéficier de l'immunité des réserves, la nouvelle mesure subordonnée devait :

- -Ne pas « étendre indûment les caractéristiques non conformes de la réserve ». ³⁴ Ce qui revient à exiger que la nouvelle mesure subordonnée ne « réduise pas la conformité » de la MNC avec le traité au lieu d'être simplement « en cohérence » avec la MNC. Il utilise donc un test similaire à un test de « non réduction de la conformité » au lieu d'un test de « cohérence » moins étroit, comme a pu le noter Genest (2014, p. 309-10).
- Être conforme au cadre légal applicable à la MNC et non à la mesure uniquement ; ce qui inclut les mesures subordonnées précédentes prises en application de la MNC. Le tribunal a en effet estimé que le terme « mesure » utilisé au début du paragraphe 2(f)(ii) de l'Annexe 1 incluait la MNC et ses mesures subordonnées. ³⁵

En exigeant un niveau de contrôle aussi large, le tribunal a considérablement réduit la portée des réserves de l'article 1108, car les lignes directrices de 2004 devaient ne pas réduire la conformité des législations provinciales et fédérales applicables (« Accords Acts »), au lieu d'être seulement cohérentes avec elle, et ne pas aggraver la violation des lignes directrices précédentes de 1986, 1987 et 1988. Partant du constat que les effets des directives de 2004 indiquent un ensemble de prescriptions d'acheter, d'utiliser ou d'octroyer une préférence aux biens et services locaux qui ont connu une expansion importante par rapport au cadre juridique précédent, le tribunal a conclu qu'elles n'étaient pas cohérentes avec la réserve du Canada. ³⁶

Cette interprétation de l'article 1108 a fait l'objet d'une opinion dissidente d'un membre du tribunal, le Professeur Phillippe Sands, qui considère qu'une nouvelle mesure subordonnée devait être simplement

³² *Mobil Oil c. Canada*, § 216.

³³ *Mobil Oil c. Canada*, § 222.

³⁴ *Mobil Oil c. Canada*, § 336, 341.

³⁵ *Mobil Oil c. Canada*, § 309-310, 315, 317, 324-27.

³⁶ *Mobil Oil c. Canada*, § 405-13.



conforme et sous l'autorité de la mesure exclue de l'ALENA par la réserve d'un État partie.³⁷ Selon lui, l'interprétation du tribunal est problématique, car elle met en place une norme en évolution constante, lors de l'adoption de nouvelles mesures subordonnées, et détruit la transparence, car les nouvelles mesures subordonnées ne sont pas ajoutées à la liste des réserves dans l'ALENA.

Pour autant, le tribunal n'a pas octroyé de dommages-intérêts aux investisseurs, en l'absence de pertes subies (le Canada n'ayant pas encore réclamé les paiements au titre des directives de 2004) et de preuve de pertes futures certaines.

En définitive, « la sentence de la majorité du tribunal dans *Mobil Oil c. Canada* démontre le risque qu'un tribunal interprète les dispositions sur les réserves de manière inattendue et démantèle les exclusions de certaines mesures » (Genest, 2014, p. 306) (traduction par l'auteure).

En conclusion sur la revue des sentences arbitrales, et bien que les termes de l'ALENA et du TBI Ukraine-États-Unis ne soient pas identiques sur l'interdiction des PR, ces deux principales affaires illustrent de nouveau le problème de l'imprévisibilité et de l'incohérence du droit international des investissements, tel qu'interprété par les tribunaux d'investissement. Aucune des deux affaires n'a donné priorité à la recherche d'un réel équilibre entre le but des mesures litigieuses de l'État et leur impact préjudiciable sur l'investisseur. La multiplication des sentences à l'avenir, en raison de l'accroissement des TBI interdisant ou limitant les PR, viendra confirmer ou infirmer ces divergences de vues.

³⁷ V. l'opinion dissidente partielle du Pr Philippe Sands, notamment § 30 et seq, disponible sur : http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1146_0.pdf.



6.0 Options

Les pays en développement ont pris conscience que, au-delà des questions fiscales, il est essentiel de trouver d'autres moyens de tirer un meilleur parti des IDE sur leur territoire pour le bien-être des populations.

Si l'on part du constat que, bien formulées et appliquées, les PR peuvent être des outils efficaces pour maximiser les retombées économiques, environnementales et sociales des investissements étrangers, il est donc important que les États, notamment les pays en développement, gardent la possibilité d'y recourir lorsque les circonstances s'y prêtent.

Plusieurs options que les États peuvent adopter par rapport à l'utilisation des PR existent :

- L'option la plus simple et la plus efficace consiste à ne pas interdire ou restreindre les PR dans les TBI — juridiquement, il n'y a aucune obligation en droit international d'inclure une clause sur les PR dans un TBI. Cette approche a l'avantage de permettre aux États de retenir la flexibilité nécessaire dans le domaine de leur économie politique. Aussi, cette approche leur permet d'éviter les formulations complexes et incertaines et de se prémunir de l'imprévisibilité des interprétations des tribunaux, tout en évitant de prendre une position tranchée sur l'efficacité des PR. Préférentiellement, une telle approche devrait être cohérente dans tous les TBI d'un État pour être efficace.
- Une autre option serait d'insérer une clause qui autorise expressément les PR. La clause pourrait se limiter à leur utilisation avant l'établissement seulement (et non pas une fois que l'investissement est réalisé) afin que l'investisseur puisse prendre une décision informée. Cette autorisation limitée des PR devrait être exclue du TN et de la NPF. Cela signifie que les PR avant établissement peuvent ne pas être imposées aux investisseurs nationaux et que la NPF ne permettra pas d'importer des dispositions plus favorables d'autres traités.
- Dans le cas où un État opte de limiter ses choix de politiques industrielles et économiques par le biais d'une interdiction de recourir aux PR dans un TBI, il pourra faire plusieurs spécifications, cumulativement:
 - » Restreindre uniquement les PR obligatoires (et non pas les PR non-obligatoires), ou se limiter aux PR interdites à l'OMC en faisant référence aux MIC.
 - » Exclure expressément le TN et le traitement NPF de la portée de l'interdiction des PR, pour les mêmes raisons décrites ci-dessous.
 - » Élaborer une liste de secteurs auxquels l'interdiction des prescriptions de résultats s'applique ou ne s'appliquera pas (par le biais d'une liste positive ou négative). Cet exercice nécessite une analyse préalable des secteurs sensibles et prioritaires pour l'État d'accueil.
 - » Immuniser les PR déjà existantes comme des mesures existantes non-conformes afin de pouvoir les maintenir. Il est aussi important d'étendre l'immunité aux modifications apportées aux mesures existantes dans la mesure où elles n'aggravent pas la violation du traité. Dans tous les cas, il convient d'immuniser toutes les mesures concernées plutôt que d'élaborer une liste qui s'avèrera fastidieuse à élaborer avec le risque d'oublis importants.
 - » Exclure expressément certaines catégories de PR de la portée de l'interdiction. Il appartient à chaque État de déterminer sa liste en fonction de ses besoins et réalités.
 - » Exclure l'interdiction des prescriptions de résultats du mécanisme de règlement des différends investisseur-État. Ce qui n'exclut pas de le soumettre au mécanisme de règlement des différends État-État.



Références

Bernasconi-Osterwalder, N., Cosbey, A., Johnson, L., & Vis-Dunbar, D. (2012). *Les traités d'investissements et leur importance pour le développement durable. Questions et réponses*. Disponible sur http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd_fr.pdf

Chang, H-J. (2006). *Industrial policy in East Asia. Lessons for Europe*. *EIB Papers*, 11 (2). 106–32. Disponible sur <http://hdl.handle.net/10419/44860>

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2003). *Foreign direct investment and performance requirements. New evidence from selected countries*. Disponible sur http://unctad.org/en/docs/iteiia20037_en.pdf

CNUCED. (2014, avril). Recent developments in investor-State dispute settlement (ISDS). *IIA Issues Note No. 1*. Disponible sur http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf

Cosbey, A., & Mann, H. (2014, juin). *Bilateral investment treaties, mining and national champion. Making it work*. Disponible sur http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/bilateral_investment_treaties_mining_national_uneca.pdf

Genest, A. (2014). Mobil Investments v Canada. A blow to policy space and predictability for measures subject to reservations. *ICSID Review*, 29 (2). 306-14.

Johnson, L. (2011, juillet). La majorité du tribunal défend la décision dans l'affaire Lemire c. Ukraine. Joseph Charles Lemire v. Ukraine, affaire CIRDI n° ARB/06/18. *Investment Treaty News (ITN)*, 1 (4), p. 15–16. Disponible sur http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2011/iisd_itn_july_2011_fr.pdf

Mazzucato, M. (2013). *The entrepreneurial state. Debunking public vs. private sector myths*. London: Anthem Press.

Morris, M., Kaplinski, R., & Kaplan, D. (2012). *One thing leads to another. Promoting industrialisation by making the most of the commodity boom in Sub-Saharan Africa. Making the Most of Commodities Programme*. Disponible sur <http://www.prism.uct.ac.za/Downloads/MMCP%20Book.pdf>

Ranawat, M., & Tuwari, R. (2009, mars). *Influence of government policies on industry development. The case of India's automotive industry* (Working Paper 57), Hamburg University of Technology. Disponible sur http://www.tuhh.de/tim/downloads/arbeitspapiere/Working_Paper_57.pdf

Rodrik, D. (2006). *What's so special about China's exports?* (NBER Working paper No. 11947). Washington, DC: National Bureau of Economic Research. Disponible sur <http://www.nber.org/papers/w11947>

Vis-Dunbar, D. (2013, mars). Le Canada perd un arbitrage au titre de l'ALENA concernant une prescription de résultats en matière de R&D. Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada, Affaire CIRDI ARB (AF)/07/4. *Investment Treaty News (ITN)*, 3 (3), p. 25–26. Disponible sur http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2013/iisd_itn_march_2013_fr.pdf

©2014 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable (IISD)

Winnipeg, Canada (siège)

111, avenue Lombard, Bureau 325
Winnipeg (Manitoba)
Canada R3B 0T4

Tél: +1 (204) 958-7700

Fax: +1 (204) 958-7710

Web: www.iisd.org

Twitter: @IISD_news



IISD.org