

## Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux: en assurer le succès

Document de référence pour la réunion du Groupe ad hoc d'experts :  
Les traités bilatéraux d'investissement et les champions nationaux

18<sup>e</sup> réunion du Comité intergouvernemental d'experts (CIE)

“ Les champions nationaux, les investissements directs étrangers  
et la transformation structurelle en Afrique de l'Est ”

Kinshasa, 17-20 février 2014

---

Aaron Cosbey  
Howard Mann  
avec des contributions de Maxine Cunningham



Nations Unies  
Commission économique pour l'Afrique

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

---

## *International Institute for Sustainable Development*

L'Institut international du développement durable (IISD) contribue au développement durable en formulant des recommandations sur les politiques concernant le commerce et les investissements internationaux, la politique économique, les changements climatiques et l'énergie, la gestion du capital naturel et social ainsi que le rôle habilitant des technologies de l'information dans ces domaines. Nous rendons compte des négociations internationales et partageons le savoir que nous avons acquis lors de projets collaboratifs. Cela se traduit par une recherche plus rigoureuse, un développement des capacités dans les pays en développement, des réseaux de meilleure qualité entre le Nord et le Sud ainsi que de meilleures connexions mondiales entre les chercheurs, praticiens, citoyens et décideurs.

L'IISD a pour vision un mieux-vivre durable pour tous, et pour mission d'assurer un avenir durable aux sociétés en favorisant l'innovation. 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. Le financement de ses dépenses de fonctionnement de base provient du gouvernement du Canada, par l'entremise du Centre de recherche pour le développement international (CRDI), ainsi que du ministère des Affaires étrangères du Danemark et du gouvernement du Manitoba. Des fonds de projets lui sont également accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations et des entreprises privées.

### **Siège de l'IISD**

161 avenue Portage est, 6ème étage, Winnipeg, Manitoba, Canada R3B 0Y4  
Tél: +1 (204) 958-7700 | Téléc: +1 (204) 958-7710 | Site web: [www.iisd.org](http://www.iisd.org)

---

### **Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux: en assurer le succès**

Aaron Cosbey  
Howard Mann  
avec des contributions de Maxine Cunningham



## Synthèse

L'intérêt de la création de champions nationaux dans le secteur minier de l'Afrique de l'Est s'inscrit dans le cadre d'une vaste série de changements dynamiques que connaît ce secteur. Si le continent africain est doté d'énormes richesses sous la forme de ressources naturelles – selon certaines estimations, il posséderait 30% des réserves minérales de la planète, avec des parts beaucoup plus importantes de types spécifiques –, ces richesses n'ont pas souvent été pleinement exploitées afin d'assurer une réduction de la pauvreté et un développement durable larges. Cette dure réalité est devenue plus poignante depuis l'envolée des prix des matières premières en 2008 et à la lumière de la ruée vers l'exploitation des richesses minières de la région par les investisseurs traditionnels et non traditionnels, dans les bastions miniers de longue date et dans les nouveaux Etats miniers.

Dans ce contexte, la dernière décennie a vu une accentuation des efforts nationaux et régionaux pour redéfinir le rôle de l'exploitation minière dans les plans de développement des Etats membres de la région et plus généralement dans l'ensemble de l'Afrique. Les prescriptions des années 1980, qui mettaient l'accent sur la libéralisation de l'accès et la création de conditions favorables à l'investissement, ont cédé la place à un nouveau paradigme qui s'intéresse à l'équité, à la transparence, aux liens en amont et en aval, au développement des collectivités locales, aux impacts sociaux et environnementaux et à un rôle plus important pour l'Etat. Dans cette optique, la Vision africaine des mines (Union africaine, 2009), adoptée par les chefs d'Etat et de gouvernement en 2009, appelle à « une exploitation transparente, équitable et optimale des ressources minérales pour soutenir une croissance durable et un développement socio-économique à large assise » (p. 3). Au cours des dix dernières années, la plupart des Etats dotés d'une importante richesse minérale ont révisé ou ont entamé le processus de révision de leur code minier national.

Mais cette nouvelle vision n'est pas un simple retour au nationalisme postcolonial. Elle épouse la nécessité d'une participation importante du secteur privé afin de maintenir la compétitivité mondiale. Elle vise à équilibrer soigneusement les incitations et les exigences pour obtenir une plus grande part de richesse en ressources au niveau national tout en préservant la viabilité de l'investissement et en collaborant avec le secteur privé en vue de trouver des solutions adéquates pour tous. Elle recherche beaucoup plus qu'un simple progrès économique, en mettant également l'accent sur les résultats sociaux et environnementaux en tant qu'élément essentiel du développement durable global. En définitive, elle se soucie moins du contrôle souverain des ressources naturelles et plus de la capacité souveraine de gérer efficacement la richesse en ressources et son exploitation au profit de la nation.

Dans la même veine, la préoccupation de ce document va un peu plus au-delà de la quête de champions nationaux. Ce n'est pas parce que les champions nationaux sont insignifiants pour la question du développement ; bien au contraire, ils sont de plus en plus importants. Les entreprises nationales ou contrôlées par l'Etat représentaient le tiers de l'investissement étranger direct du monde émergent entre 2003 et 2010, et parmi elles figurent les treize plus grandes compagnies pétrolières du monde et la plus grande entreprise de gaz naturel. Elles ne sont pas bien représentées dans le secteur minier, mais leur pénétration dans les secteurs émergents tels que l'énergie (plus de 60%), les services publics (plus de 50%), les télécoms (plus de 30%) et la finance (plus de 30%) est considérable. Le point de départ de ce document est de savoir comment l'exploitation minière peut contribuer au mieux à une série d'objectifs, conformément à l'approche générale adoptée dans la Vision africaine des mines et dans divers nouveaux codes miniers tels que ceux élaborés au cours des dernières années par des pays tels que l'Angola, la Tanzanie, la Guinée et le Mozambique. De toute évidence, l'un des moyens les plus importants par lesquels l'exploitation minière peut contribuer à la réalisation de ces objectifs est le recours stratégique aux politiques en vue de créer des champions nationaux. Mais cette solution ne conviendra pas à l'ensemble des pays en toutes circonstances.

Ce document met l'accent sur les outils politiques dont disposent les États intéressés à poursuivre cette nouvelle vision de l'exploitation minière. L'approche est une évaluation en deux étapes qui s'interroge d'abord sur ce que nous savons des forces et des faiblesses de certains des outils politiques clés ainsi que de leur efficacité dans la pratique. Il s'interroge ensuite, en ce qui concerne les outils jugés potentiellement utiles, sur les limites susceptibles d'être imposées par les dispositions juridiques des accords internationaux d'investissement. Au cours de cette deuxième étape, il examine également les types de politiques que les États pourraient appliquer et qui sont guidés par les données économiques et les contraintes juridiques : comment les États peuvent-ils préserver au mieux leur espace politique pour favoriser les champions nationaux et pour intégrer le secteur minier dans le cadre de la poursuite de leurs objectifs de développement durable ?

## Evaluation des outils politiques

Nous explorons ici deux types de politiques : les options liées à la propriété / participation (certains des outils classiques visant à favoriser les champions nationaux) et les exigences de performance (outils visant à créer des liens en amont et en aval). Comme indiqué ci-dessus, une partie de l'analyse de chacun de ces types de politiques consiste en une évaluation de l'efficacité, puisque la simple disponibilité d'un outil politique ne nous dit rien sur son opportunité.

### *Options liées à la propriété / participation*

Il existe un certain nombre d'options politiques liées à la propriété / participation auxquels les États pourraient recourir pour poursuivre l'objectif de promotion de champions nationaux. Cette section se penche spécifiquement sur une liste non exhaustive de celles qui sont couramment utilisées et qui suscitent potentiellement des questions dans le cadre des traités internationaux d'investissement. Les politiques évaluées ici sont les suivantes :

- les obligations sans contrepartie
- les exigences de coentreprise
- la création / promotion d'entreprises publiques en tant qu'acteurs uniques
- l'expropriation des entreprises privées

**Les obligations sans contrepartie** requièrent que les entreprises accordent, sans frais, un pourcentage de participation spécifié de leur entreprise au pays hôte. Elles sont de nature plus proches d'une réforme fiscale que d'une démarche visant à promouvoir des champions nationaux, offrant un flux de revenus sous forme de dividendes. Cela dit, elles constituent aussi une mesure de la participation de l'État dans des secteurs d'intérêt national clé. Et au cours des dernières années, un certain nombre de gouvernements de pays émergents sont passés maîtres dans l'utilisation de leurs participations minoritaires et d'autres moyens d'influence pour exercer un contrôle important sur les activités des entreprises clés.

**Les exigences de coentreprise** imposent que tout investisseur étranger dans un secteur particulier opère sous forme d'une coentreprise avec participation au capital en association avec des partenaires locaux. Elles s'expriment généralement sous la forme d'une exigence selon laquelle tout investissement doit comporter un certain pourcentage de participation nationale. Ces outils politiques ont été utilisés avec succès, notamment en Asie, mais les « mariages forcés » ne présentent pas toujours les ingrédients essentiels pour une réussite de la coentreprise : objectifs communs, confiance et capacités complémentaires.

**La création / promotion d'entreprises publiques en tant qu'acteurs uniques** implique un niveau élevé de participation publique dans le secteur et peut entraîner la suppression des lois anti-concurrence, les fusions forcées des entreprises publiques existantes et la fermeture forcée des petits concurrents. Elle implique généralement un appui au niveau de l'État par divers types de subventions, y compris souvent un accès sûr aux financements à faible coût auprès des banques publiques. Un développement récent implique ce niveau de soutien public actif aux champions nationaux qui sont apparemment des acteurs du secteur privé, mais sur lesquels l'État exerce un contrôle considérable.

**L'expropriation des entreprises privées** implique le transfert de la propriété et du contrôle d'une activité existante du secteur privé à l'État ou, de façon légale, à un tiers. Comme indiqué dans la section juridique ci-dessous, l'expropriation peut être effectuée à des degrés divers, de façon partielle ou totale et de différentes manières, directement ou indirectement (cette dernière n'impliquant pas de transfert forcé de propriété, mais une mesure ou une série de mesures qui en effet retirent à l'investisseur la propriété et le contrôle).

Ces dernières années, on a assisté à un délaissement de l'expropriation directe, pratique essentielle des années postcoloniales, au profit d'une approche plus complexe qui allie la capacité de gestion et l'efficacité du secteur privé aux objectifs sociaux, économiques et environnementaux plus vastes de l'État. Comme indiqué, les États ont de plus en plus recours aux participations minoritaires dans des entreprises clés, couplées avec des mesures incitatives, du soutien et les types de pressions réglementaires décrits ci-dessous, pour exercer leur influence. Il est extrêmement important dans de tels mécanismes de trouver le juste équilibre entre interventionnisme et engagement non interventionniste.

### ***Exigences de performance***

Les exigences de performance sont des stipulations imposées aux investisseurs qui exigent certains comportements ou résultats dans leurs activités dans le pays d'accueil. Elles revêtent un intérêt pour nous dans le contexte actuel parce que leur fonction essentielle est d'apporter plus de bénéfices au pays d'accueil découlant de la réglementation des investissements. Certains des types les plus courants d'exigences de performance sont celles qui imposent à l'investisseur de :

- respecter les prescriptions en matière de recours aux employés locaux, aux dirigeants locaux ou aux fournisseurs locaux de biens et de services ;
- s'engager dans des programmes de formation du personnel et de développement des fournisseurs ou
- réaliser un certain niveau de travaux de R & D dans le pays.

Les exigences de performance peuvent être facultatives, comme condition de l'octroi d'avantages tels que les allègements fiscaux ou les subventions, ou obligatoires, comme condition pour la poursuite de l'activité ou comme condition de candidature à une concession ou une licence. Elles peuvent être précisées dans les contrats ou les codes miniers nationaux et peuvent être imposées soit au début soit après l'investissement (dans le cadre d'une révision de la réglementation).

Les obligations de transfert de technologie et de R & D exigent que l'investisseur apporte un certain niveau de technologie à ses activités dans le pays ou y entreprenne un certain niveau de R & D. Elles visent à renforcer l'expertise dans les principales entreprises nationales de matières premières. Ces deux exigences sont plus généralement utilisées dans le secteur manufacturier que dans le secteur minier. On n'a pas beaucoup de preuves quant à l'efficacité des obligations de transfert de technologie - il existe des défis majeurs dans le suivi de ces exigences et

il est difficile pour les Etats de spécifier les technologies que certaines entreprises dans certains secteurs et certains pays devraient utiliser en premier lieu. Les exigences en matière de R & D sont généralement facultatives, modélisées comme conditions pour l'obtention d'avantages tels que les allègements fiscaux, mais elles sont rarement efficaces en elles-mêmes ; elles doivent être utilisées dans le cadre d'une stratégie plus large visant à construire des systèmes nationaux d'innovation.

Les politiques visant à établir des liens sont largement utilisées dans tous les secteurs primaires et secondaires. Le principal objectif de ces mesures est de s'éloigner du développement enclavé qui contribue très peu en dehors des dépenses sur les fonctions essentielles, qui importe la plupart des intrants, de la technologie et des experts nécessaires dans le cadre de l'activité et qui exporte des matières généralement à l'état brut. Peut-être que les mesures les plus courantes sont celles qui nécessitent une teneur nationale en biens et services acquis, mais on utilise également des exigences en matière de transformation en aval (enrichissement) et de renforcement des capacités des fournisseurs et des transformateurs. Ces mesures peuvent être utilisées avec succès, mais seulement si elles tiennent compte des leçons tirées de la pratique. Au premier rang de celles-ci, il ne faut pas fixer des niveaux nettement supérieurs à ceux que les fournisseurs et les transformateurs locaux peuvent atteindre. Il est également essentiel d'accorder une priorité globale au renforcement des capacités des fournisseurs et des transformateurs ainsi qu'au soutien financier et autre. Les fournisseurs locaux devraient être définis de manière à éviter que les entreprises "locales" importent tout simplement des intrants.

Les politiques visant à améliorer les résultats sociaux et environnementaux sont aussi largement utilisées. Elles varient des engagements de construction d'infrastructures connexes telles que les routes aux engagements de création de commodités non connexes visant à enrichir les collectivités locales, notamment les écoles et les hôpitaux. Elles peuvent également se présenter sous la forme d'exigences de formation ou d'embauche de certains niveaux d'employés locaux ou encore de respect de quotas pour certains échelons de la direction locale. Des exigences axées sur les résultats environnementaux pourraient être insérées en complément ou au-delà des réglementations environnementales nationales, surtout lorsqu'on estime que celles-ci nécessitent un renforcement. Ces exigences peuvent être incluses dans les permis dans le cadre des procédures de droit national ou dans les contrats d'exploitation. L'efficacité des exigences en matière d'infrastructures et de commodités dépend de la capacité de l'État d'accueil à suivre les progrès en ce qui concerne les engagements, ce qui est très rare. Il en va de même pour les engagements à respecter les normes environnementales. Les exigences en matière de recrutement sur place et de direction locale doivent équilibrer le besoin de prestations locales par rapport aux réalités des compétences et capacités existantes ; des quotas trop élevés peuvent être dommageables, peuvent conduire à un contournement perfectionné du système et risquent de voir leurs avantages se limiter aux élites locales. Les quotas en matière de recrutement sur place devraient s'inscrire dans un effort plus vaste visant à promouvoir les compétences en adéquation avec les besoins des investisseurs.

## Conclusions

Si ce document vise à étudier les éléments de preuve sur l'efficacité des exigences de performance, il faut noter qu'en l'absence de contrefactuels, tout jugement définitif n'est, dans le meilleur des cas, que de la spéculation. C'est-à-dire, par exemple, comment peut-on savoir qu'un résultat positif réalisé sous certaines exigences de performance n'aurait pas été réalisé de toute façon ? Ou que le résultat sans ces conditions n'aurait pas été encore plus positif ? Quoi qu'il en soit, tous nos efforts visant à comprendre les incidences des exigences de performance mènent à la conclusion selon laquelle si elles sont bien conçues, elles peuvent servir à poursuivre avec succès les objectifs de développement. Les politiques visant à favoriser les liens en amont et en aval semblent être les meilleurs candidats. Cette constatation

est importante, car elle réfute les hypothèses de base qui sous-tendent les restrictions imposées par les accords internationaux d'investissement décrits ci-dessous, hypothèses selon lesquelles ces types d'outils sont une mauvaise politique, sont inefficaces entre les mains des gouvernements et de nature à chasser ces investissements dont on a tant besoin.

Mais il existe aussi une argumentation de poids sur les lacunes de ces outils. Pour la plupart, ils sont faibles lorsqu'ils sont utilisés de façon isolée ; donc ils devraient idéalement être utilisés dans le cadre d'un effort plus vaste visant à relever les défis. Par exemple, il n'est pas logique d'exiger des niveaux élevés de recrutement local sans mettre l'accent simultanément sur le développement des compétences.

## Questions juridiques

Les outils politiques décrits ci-dessus peuvent, sous plusieurs rapports, contribuer au développement de champions nationaux ou de la contribution de l'activité du secteur minier à des bénéfices économiques, sociaux et environnementaux plus larges dans l'Etat d'accueil. Cependant, la possibilité d'utiliser ces mesures peut être limitée par les accords internationaux d'investissement auxquels l'Etat d'accueil est partie. Cette section décrit brièvement ces accords et leurs principales caractéristiques puis évalue leurs incidences sur les types de politiques que nous avons considérés. Elle commence par une brève présentation des traités internationaux d'investissement.

### *Présentation des traités d'investissement*

Les traités d'investissement sont des accords internationaux entre Etats gouvernements qui créent des obligations pour les États sur le traitement des investisseurs de l'autre partie au traité. Il peut s'agir d'accords autonomes entre deux Etats, généralement connus sous l'appellation de traités bilatéraux d'investissement (TBI). En outre, il peut s'agir d'accords régionaux, comme celui actuellement en vigueur pour la région de la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC) et l'accord en instance sur le Marché commun d'Afrique orientale et australe (COMESA). On peut également trouver les traités d'investissement dans le cadre de traités bilatéraux ou régionaux de libre-échange.

À ce jour, environ 3000 traités d'investissement sont en vigueur à l'échelle mondiale. Un examen de la base de données de la CNUCED sur les traités d'investissement indique qu'il existe 137 traités dans la région.

Le contenu et la structure des traités d'investissement peuvent être scindés en deux parties : les dispositions de fond et les mécanismes de règlement de litiges. Les dispositions de fond figurant dans la plupart des traités d'investissement et qui sont les plus pertinentes pour le présent document sont décrits ci-dessous, suivies d'une analyse du règlement de litiges.

**Le traitement national** : le traitement national signifie que les investisseurs de l'autre partie bénéficient d'un traitement "non moins favorable" que ceux de l'État hôte. En d'autres termes, la législation et les politiques applicables à l'investissement ne peuvent faire de discrimination sur la base du pays d'origine de l'investisseur. Cette disposition ne signifie pas que l'Etat ne peut pas faire la distinction entre les investissements sur la base de questions telles que l'impact environnemental ou les différences liées directement aux différentes localités d'un pays ou pour d'autres raisons légitimes.

**Le traitement de la nation la plus favorisée (NPF)** : il signifie qu'un gouvernement ne doit pas traiter l'investisseur originaire de l'Etat du partenaire au traité moins favorablement que l'investisseur d'un autre pays tiers. Nombre

d'observateurs estiment que la clause de NPF visait initialement la façon dont l'Etat d'accueil traite un investisseur ou son investissement en vertu du droit et de la politique internes. Cependant, les tribunaux arbitraux l'ont également interprétée comme incluant les obligations d'un autre traité d'investissement auquel l'État d'accueil est également partie et qui sont accordées pour les investisseurs d'un autre Etat, de sorte qu'elle est devenue une obligation très large et souvent controversée.

**Les droits d'établissement / d'accès au marché :** pour la plupart, les traités d'investissement en vigueur actuellement dans la région ne créent pas de droits particuliers pour les investisseurs ni d'obligations pour les États avant la mise en place ou l'acquisition d'un investissement. Toutefois, certains accords au sein de la région prévoient que les investisseurs étrangers peuvent avoir les mêmes droits de création d'entreprise dans les mêmes conditions applicables aux investisseurs nationaux. Ces dispositions sont diversement appelées dispositions d'accès au marché, droits d'établissement ou droits de pré-établissement. En exigeant un traitement national dans la réalisation des investissements, ces dispositions peuvent empêcher le recours à des obligations ou restrictions particulières sur les investisseurs étrangers, y compris éventuellement des exigences en ce qui concerne les partenaires de la coentreprise, des actions *free carry* et des exigences de performance. Si ces droits ne figurent pas dans la majorité des anciens traités, ils sont contenus dans les traités récents et les traités régionaux en cours de négociation à l'échelle mondiale. Les Etats membres de la région peuvent s'attendre à une pression de plus en plus forte visant à inclure ces dispositions dans les traités futurs.

**L'interdiction relative aux exigences de performance :** l'inclusion éventuelle d'une disposition expresse sur le recours aux exigences de performance est étroitement liée à l'inclusion des droits de pré-établissement dans un traité. Dans certains cas, ces interdictions reprennent ou reflètent les dispositions contenues dans l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les mesures d'investissement liées au commerce (TRIM) (voir ci-dessous), bien que certains textes aient une approche TRIM+.

**L'expropriation :** tous les traités d'investissement comprennent une disposition visant à protéger les investisseurs étrangers contre les expropriations sans indemnisation. Précision importante : ces traités n'interdisent pas les expropriations mais imposent certaines conditions, dont la plus importante est l'indemnisation de l'investisseur.

Il existe trois types d'expropriations qui sont potentiellement abordés par ces dispositions : les expropriations directes, indirectes et réglementaires. L'expropriation directe, c'est lorsque la propriété d'un investissement ou de l'actif d'un investissement est transférée à l'État ou, de façon légale, à un tiers. L'expropriation indirecte, c'est lorsqu'un gouvernement ne transfère pas la propriété, mais reprend effectivement la gestion et la direction de l'investissement. L'expropriation réglementaire est une notion controversée en vertu de laquelle un règlement qui est légitimement adopté pour promouvoir les objectifs de bien-être public (par exemple, la protection de l'environnement, la santé humaine, la protection des consommateurs) et qui n'a aucune incidence sur la propriété ou la gestion de l'investissement, peut encore être une expropriation si elle a un impact sur la valeur économique de l'investissement. Des traités tels que le traité d'investissement régional du COMESA comprennent des dispositions demandant à indiquer explicitement que ces règlements ne constituent pas une expropriation.

**Le traitement juste et équitable :** cette norme peut inclure des éléments de régularité, de transparence et des mesures non arbitraires. Selon certains tribunaux et les textes des traités, elle comprend également une notion des attentes légitimes de l'investisseur, notion subjective utilisée pour créer des obligations sur les Etats en ce qui concerne les déclarations que l'investisseur est réputé avoir pris en compte pour la réalisation des investissements. Si les évaluations initiales ont suggéré que cette norme exige des seuils élevés de faute de l'Etat, dans la pratique, de nombreux tribunaux ont appliqué des seuils très bas. En raison de son caractère imprévisible en matière d'arbitrage, certains Etats ont décidé de ne plus inclure cette norme dans leurs traités ou d'en inclure des versions très restrictives.

**La clause-cadre** : une clause-cadre est une disposition qui dit essentiellement que l'Etat doit respecter les engagements pris vis-à-vis d'un investisseur et fait ainsi de ces engagements une partie du corps du traité d'investissement. Les tribunaux ont eu des opinions très différentes sur la façon dont l'engagement d'un Etat doit être défini, allant des déclarations générales d'un gouvernement en ce qui concerne un investissement aux accords spécifiques par écrit ou à la législation. Dans les deux cas, lorsqu'une clause-cadre est couplée à une clause de stabilisation dans un contrat d'investissement ou dans le droit interne de l'Etat d'accueil, une puissante combinaison est mise en place pour empêcher les actions de l'Etat non conformes à la disposition de stabilisation.

**Le personnel** : la plupart des traités d'investissement comprennent des dispositions qui permettent à l'investisseur étranger d'engager du personnel de son pays d'origine ou d'autres pays. L'objectif de l'investisseur est d'avoir le maximum de flexibilité pour embaucher des personnels et administrateurs chevronnés de classe mondiale. En fonction de la formulation des dispositions, elles peuvent autoriser le recrutement de cadres supérieurs et/ou d'autres employés hautement qualifiés. Bien que ce soit une question importante pour les investisseurs, la formation des employés locaux et du personnel dirigeant est un élément important de nombreux régimes d'exigences de performance, comme indiqué ci-dessus. Ainsi, la formulation de ces dispositions peut être très importante pour des Etats qui cherchent à favoriser des niveaux plus élevés de transfert de compétences.

**Remarque sur les exclusions** : de plus en plus, les traités d'investissement comprennent des dispositions et des exclusions en ce qui concerne l'application du traitement national, la disposition de NPF et d'autres dispositions ou certaines catégories de mesures telles que celles visant à promouvoir l'autonomisation économique des groupes ethniques qui étaient auparavant exclus. Dans certains cas, ces exclusions peuvent être très efficaces, mais elles ne sont pas un remède pour les obligations de fond mal rédigées et doivent être soigneusement élaborées.

**Remarque sur les obligations des investisseurs** : un nombre croissant d'études et de travaux universitaires suggèrent l'inclusion d'obligations d'investisseurs dans les textes des traités d'investissement. Le modèle de traité bilatéral sur l'investissement de la SADC de 2012 comporte des dispositions modèles de ce type. Même si elles ne figurent pas dans les traités en vigueur des Etats membres de cette région, ces dispositions reflètent la vision des mines qui constitue le cadre de ce document.

Les dispositions de fond décrites ci-dessus sont appliquées, dans presque tous les traités internationaux d'investissement, par un droit spécial à l'arbitrage international permettant aux investisseurs de réclamer des dommages-intérêts pour des mesures prétendument incompatibles avec les obligations découlant des traités vis-à-vis des Etats. Le processus de règlement de litiges entre l'investisseur et l'Etat permet aux investisseurs de contourner les tribunaux nationaux pour un arbitrage international. Les arbitrages sont engagés directement et à la seule discrétion des investisseurs, ce qui signifie qu'il importe peu de savoir si l'accord est conclu avec un pays ami, étant donné que l'autre partie au traité ne dispose d'aucune voix quant à l'engagement de l'arbitrage ou son déroulement. Les sentences arbitrales sont sans appel et ne peuvent donc pas être annulées, même si elles sont mal fondées en droit.

Aujourd'hui, il existe plus de 600 arbitrages connus entre investisseurs et Etats, ce qui fait du processus de règlement de litiges investisseur-Etat le plus utilisé en vertu du droit international. Tous les secteurs sont concernés par ces arbitrages, et un examen sommaire indique qu'environ 13 ont été engagés contre les Etats de la région, dont cinq dans le secteur de l'exploitation minière, pétrolière et gazière.

## Application des questions juridiques aux options économiques

### *Mesures liées à la propriété et à la participation – Avant l'investissement*

Cette section traite des options dont disposent les Etats avant un investissement. En vertu des principes généraux du droit international et du droit international coutumier, les États ont le droit absolu de déterminer si oui ou non et à quelles conditions permettre aux investisseurs étrangers d'entrer sur leurs marchés. Les investisseurs d'un Etat ne disposent pas de droit général d'investir dans un autre. Cette situation prévaut sauf si un État renonce à ces droits dans le cadre d'un traité.

Cela peut changer si un État conclut un traité d'investissement qui prévoit un traitement national avant l'investissement (ou des droits d'accès aux marchés), comme indiqué ci-dessus. La plupart des traités de la région ne contiennent pas de telles dispositions – à ce stade, on ne les rencontre que dans ceux conclus entre le Rwanda et les États-Unis, la RDC et les Etats-Unis, le Canada et la Tanzanie. Ainsi, la plupart des Etats africains qui traitent avec la plupart des investisseurs disposent de l'ensemble des options politiques analysées précédemment.

Même si un traité prévoit des droits d'accès au marché pour les investisseurs étrangers, il est courant que les Etats rédigent des exceptions ou des réserves qui préservent les restrictions applicables à la propriété étrangère dans certains secteurs. En outre, les parties peuvent convenir d'exclure des secteurs ou sous-secteurs des obligations de traitement national sur l'accès au marché.

Les États africains subiront des pressions accrues pour accorder des droits d'accès au marché aux investisseurs, notamment dans les secteurs des ressources naturelles et extractifs. Le Canada et les États-Unis sont agressifs en la matière, et la Commission européenne a défini l'accès aux marchés pour ses investisseurs comme une question centrale, y compris l'interdiction de la coentreprise et d'autres prescriptions relatives à la propriété locale. On peut s'apercevoir de la mesure dans laquelle l'UE évolue sur ce point dans le projet d'accord commercial entre le Canada et l'UE. Dans le chapitre Investissement de ce texte, l'UE a proposé des interdictions contre la création de monopoles, des prescriptions concernant les coentreprises, des niveaux d'actionnariat maximaux pour les investisseurs étrangers et des limites quantitatives sur la valeur des participations étrangères. Etant donné que ces outils ne sont généralement utilisés ni au Canada ni dans l'Union européenne, l'explication la plus probable de ces projets de dispositions est le désir de les étoffer pour une utilisation dans d'autres traités où ces outils existent.

Préservation de l'espace politique : compte tenu de l'impact potentiel de ces questions sur le développement de champions nationaux, il s'agit d'un domaine auquel les responsables devront accorder une attention particulière pour élaborer des règles appropriées. Les Etats disposent de plusieurs options en termes de mise en place et de maintien des exigences en matière de propriété nationale sous diverses formes, notamment :

- la poursuite de la non-inclusion de droits d'accès au marché sous quelque forme que ce soit dans les traités d'investissement ;
- l'inclusion de dispositions sur l'accès au marché, mais en veillant à ce qu'il y ait des exceptions pour les mesures en vigueur ainsi que pour les secteurs dans lesquels il est probable que des mesures soient prises ;
- l'inclusion de dispositions sur l'accès au marché, mais par une approche de liste positive dans laquelle seuls les éléments énumérés sont couverts ;
- l'inclusion de dispositions sur l'accès au marché sur la base d'une liste de secteurs inclus ou exclus, mais prévoyant des modifications unilatérales de ces listes (comme prévu par l'espace d'investissement commun du COMESA [CCIA]) ;

- l'inclusion de dispositions sur l'accès au marché, mais en les excluant de toute forme de règlement de litiges entre l'investisseur et l'État (comme prévu par le CCIA et le traité sino-canadien).

### **Mesures liées à la propriété et à la participation – Après l'investissement**

La situation juridique change de manière très significative lorsque des restrictions ou interdictions en matière de propriété sont créées par rapport à un placement déjà réalisé par un investisseur étranger détenant des droits découlant de traités d'investissement.

**Expropriation** : les cas suivants seraient considérés comme une expropriation, et l'indemnité prévue par le traité applicable ferait partie des obligations de l'État :

- la nationalisation d'un investissement étranger afin de créer un champion national appartenant à l'État (expropriation classique) ;
- une exigence de propriété nationale ou de coentreprise nécessite la cession d'un investissement en totalité ou en partie à un investisseur local (ce qui est toujours une expropriation, même si l'État n'assume pas la propriété) ;
- l'imposition d'obligations sans contrepartie.

Le traitement national : les mesures visant les investissements à capitaux étrangers existants pour une certaine forme de cession de tout ou partie de leur participation peuvent aussi susciter des questions de traitement national, en vertu du fait que seules les entreprises à capitaux étrangers sont ciblées.

**Traitement juste et équitable** : ces mesures pourraient également constituer une violation des dispositions de traitement juste et équitable d'un traité (FET). Cela est particulièrement vrai lorsque l'investissement est fondé sur un contrat, une convention ou un permis de concession avec l'État hôte qui n'indique pas de telles exigences. Encore une fois, l'indemnisation serait le recours requis dans le cadre d'un traité.

En résumé, le caractère d'intérêt général de ces mesures n'élimine pas l'obligation d'indemnisation. Cependant, pour certaines de ces violations de traités, en particulier les mesures qui n'équivalent pas une expropriation totale de l'investissement, une indemnisation peut être versée sous des formes autres que de l'argent si une relation appropriée est établie et maintenue avec l'investisseur. Par exemple, si un permis d'exploitation minière de 20 ans est prolongé à 25 ans, les deux parties peuvent convenir que cette prolongation couvre la valeur de l'indemnisation requise.

**Préservation de l'espace politique** : Il n'existe pas beaucoup d'options pour la préservation de l'espace politique en ce qui concerne les mesures liées à la propriété et à la participation. Cela n'est ni un déni ni une minimisation de l'importance des motifs de ces mesures, mais illustre les difficultés à équilibrer les objectifs légitimes d'intérêt public avec les coûts qu'ils pourraient imposer aux investisseurs, en particulier les investissements réalisés de bonne foi et sans rapport avec les inégalités historiques.

La nécessité de négocier avec l'investisseur pour convenir d'un niveau et d'un mode de paiement, y compris des options telles que la prolongation des permis, est capitale dans ce genre de circonstances.

Au niveau de la rédaction, certains traités ont créé des exclusions en ce qui concerne les programmes d'autonomisation des personnes historiquement défavorisées ou pour des raisons de développement similaires. Une disposition modèle en la matière figure dans le modèle de TBI de la SADC. Cependant, il est très rare que ces exclusions couvrent une expropriation directe et complète des types abordés ici. Les exemptions du FET et du traitement national sont plus faciles à rédiger par une exclusion des secteurs extractifs, mais une telle exclusion ne s'applique pas aux obligations

en matière d'expropriation. Si un traité comprend des formulations alternatives à la pleine valeur marchande visant à définir l'indemnité d'expropriation, notamment une «indemnité juste et adéquate» (selon le modèle de traité bilatéral de la SADC), on peut se donner une certaine latitude d'avancer que les facteurs historiques doivent être pris en compte dans l'évaluation du niveau d'indemnisation. En fin de compte, cependant, il est beaucoup plus difficile d'exiger des changements en matière de propriété après l'investissement qu'auparavant.

### *Exigences de performance*

L'imposition d'exigences de performance par les Etats aux investisseurs étrangers soulève certaines des mêmes problématiques juridiques décrites ci-dessus et bien d'autres. La situation juridique est plus variée pour les Etats de la région, car un nombre important de traités contiennent des dispositions relatives aux exigences de performance, mais ces dispositions diffèrent de façon importante. En conséquence, l'analyse ci-dessous ne peut répondre à la situation juridique spécifique de chaque Etat. Néanmoins, en mettant en évidence les principales problématiques juridiques, l'analyse doit permettre aux différents gouvernements de se poser les bonnes questions en examinant les problématiques.

Un échantillonnage des traités régionaux existants donne un aperçu de la diversité des dispositions des traités auxquels les Etats régionaux ont souscrit. Un échantillon de 60 traités bilatéraux, deux traités régionaux et les dispositions de l'OMC applicables au sein de la région donnent les approches suivantes :

- **L'Accord de l'OMC sur les mesures d'investissements liées au commerce (TRIM)** : l'Accord sur les TRIM comporte une liste indicative des mesures d'investissement liées au commerce qui enfreignent les dispositions du GATT concernant le traitement national. Cette liste comprend les exigences locales en matière de teneur en produits nationaux qui constituent une condition pour bénéficier d'un "avantage" et d'autres conditions semblables liées à l'exportation de biens (notamment l'obligation d'exporter un certain pourcentage de la production).
- **Le traité RD Congo-Etats-Unis** : cet accord pré-OMC impose les mêmes restrictions prévues par l'Accord sur les TRIM, mais uniquement sur une base de meilleurs efforts («... chaque Partie doit s'efforcer d'éviter d'imposer...»).
- **Les traités Rwanda-Etats-Unis et Tanzanie-Canada** : ces accords sont appelés TRIM-plus, ce qui signifie qu'ils vont plus loin que les TRIM en interdisant la plupart des formes d'exigences de performance, y compris les exigences en matière de transfert de technologie. Ils permettent certaines obligations, notamment celle d'investir dans des emplacements particuliers ou de réaliser de la R & D, mais seulement comme conditions pour bénéficier de certains avantages spécifiques. Le traité entre le Rwanda et les Etats-Unis exonère également l'investisseur de l'obligation de former les travailleurs locaux.
- **Les traités Burundi-Allemagne et Kenya-Royaume-Uni** : ces traités contiennent des dispositions donnant droit à chacune des parties à un traitement plus favorable que celui contenu dans le BIT si ce traitement fait partie d'un autre accord entre les deux parties. Cela permettrait sans doute aux investisseurs privés de se prévaloir du règlement des litiges, par exemple, sur la base des engagements TRIM qui étaient destinés à être appliqués d'Etat à Etat.
- **L'espace d'investissement commun du COMESA et le protocole de la SADC sur la finance et l'investissement (FIP)** : aucun de ces accords régionaux applicables aux Etats membres de cette région ne contient de dispositions sur l'interdiction des exigences de performance. Le protocole de la SADC sur la finance et l'investissement va effectivement dans l'autre sens, en préservant de l'espace politique pour des objectifs clés tels que l'établissement de liens en amont et en aval ainsi que la création d'emplois.

Ainsi, si les exigences de performance sont largement utilisées, et souvent utilisées *de manière* efficace, elles sont aussi largement interdites par le droit de l'investissement. Il ya un conflit d'intérêts manifeste ici entre les pratiques de développement et les dispositions juridiques des traités d'investissement.

Les obligations de teneur en produits nationaux violent manifestement les obligations TRIM et peuvent même être soumises aux mécanismes de règlement de litiges en vertu des TBI, si les TRIM sont référencés directement ou indirectement incorporés par voie de référence dans d'autres traités internationaux. Cela dit, seules trois exigences de performance n'ont jamais été contestées en vertu des TRIM, ce qui suggère que les Etats sont réticents à se plaindre des mesures qu'eux-mêmes utilisent. Dans le cadre des TBI, les investisseurs demanderaient un arbitrage uniquement sur la base des exigences de performance si les prescriptions étaient trop coûteuses. Le scénario le plus probable est qu'une telle plainte s'inscrirait dans le cadre d'un arbitrage plus large où la relation entre l'investisseur et l'Etat se serait largement dégradée.

La transformation en aval ou d'autres exigences en matière de valeur ajoutée susciterait probablement des questions en ce qui concerne les TRIM et en ce qui concerne la plupart des interdictions d'exigences de performance dans les traités d'investissement, en dépit de la démonstration du Botswana selon laquelle l'outil peut être bénéfique s'il est correctement mis au point.

Comme susmentionné, certains traités exemptent certains types d'exigences de performance facultatives (c'est-à-dire imposées comme conditions pour bénéficier d'avantages tels que les allègements fiscaux). En outre, de nombreux traités exemptent les obligations de formation des employés locaux. Les exigences en matière environnementale, notamment la conduite d'une étude d'impact environnemental adéquate, ne créent généralement pas de problème d'obligation de performance, car ce sont des exigences réglementaires communes.

Les exigences en matière de transfert de technologie peuvent violer les traités d'investissement, en fonction de la formulation exacte d'un traité par rapport à la mesure en cause, ainsi qu'en fonction des droits de propriété intellectuelle applicables si la technologie est brevetée. Les obligations de R & D requièrent également une évaluation très minutieuse de la formulation du traité. Certaines prévoient des exigences en matière de R & D, certaines les permettent en échange d'avantages ou d'incitations spécifiques et certaines autres n'en prévoient aucune.

A l'instar des mesures liées à la propriété / participation, le choix du moment est primordial. Si un investisseur est en mesure de prendre des décisions éclairées au sujet d'un investissement sachant pleinement les exigences de performance qui s'imposent à lui, cette décision est donc correctement éclairée. Si les exigences de performance sont imposées après l'investissement, les coûts et les estimations de bénéfices varient.

Préservation de l'espace politique : Il a été relevé dans l'analyse ci-dessus que certaines exigences de performance semblent fonctionner mieux que d'autres et que beaucoup d'entre elles marchent mieux lorsqu'elles sont utilisées dans le cadre d'une série de mesures visant à surmonter un défi particulier. Si après mure réflexion, un Etat se considère susceptible d'utiliser des exigences de performance particulières, alors le choix est clair : il ne doit pas les inclure dans un texte de traité. Les autres options de rédaction dont disposent les Etats désireux de maintenir les exigences de performance comme un outil envisageable sont notamment :

- une disposition expresse prévoyant l'imposition d'exigences de performance ;
- une exemption expresse des dispositions de traitement national et de NPF dans un traité pour la phase préalable à l'établissement (en cas d'inclusion dans le traité) et les phases opérationnelles ;

- une exemption des obligations de traitement national et de NPF pour les secteurs extractifs, permettant l'imposition d'exigences de performance aux investisseurs étrangers de ce secteur sur une base discriminatoire ; toutefois, l'exemption peut également être élargie à une disposition FET et une clause-cadre si celles-ci sont incluses dans le traité, ainsi qu'à toute disposition limitant l'utilisation des exigences de performance ;
- l'exclusion de toutes les questions d'exigences de performance des dispositions relatives au règlement des litiges entre l'investisseur et l'État, pour ne permettre que les litiges entre États.
- des exclusions ciblées pour certains types d'exigences de performance telles que celles relatives à la meilleure technologie disponible, la R & D ou la formation des employés. Les besoins spécifiques de chaque État partie devraient être pris en compte ici.

## Conclusions

Les États de la région sont confrontés à un défi complexe dans la promotion de champions nationaux et dans la matérialisation de la Vision africaine des mines. Si la Vision elle-même est claire, le cheminement est complexe. Il s'agit de trouver la bonne combinaison de politiques qui marcheraient avec l'ensemble des circonstances et acteurs uniques de chaque État afin que les richesses minérales se traduisent de manière plus efficace par une réduction de la pauvreté et un développement durable larges.

Une autre complication est la série d'obligations juridiques intégrées dans les nombreux accords d'investissement internationaux auxquels les États de la région sont parties. Dans certains cas, ces accords restreignent la capacité des gouvernements à se servir des outils qui ont été utilisés avec succès pour atteindre les types d'objectifs visés ici. Ce document a mis en évidence les domaines où ces conflits potentiels existent et exploré les moyens de les éviter ou de les réduire.

## Table of Contents

1.0	Introduction .....	1
2.0	Introduction .....	2
3.0	Analyse des options politiques pour les champions nationaux et d'autres outils en vue de maximiser les bénéfices tirés de l'investissement.....	4
3.1	Options liées à la propriété / participation.....	4
3.1.1	Obligations sans contrepartie.....	4
3.1.2	Exigences de coentreprise .....	5
3.1.3	Création / promotion d'entreprises publiques en tant qu'acteurs uniques ou principaux .....	6
3.1.4	Expropriation des entreprises du secteur privé .....	8
3.2	Exigences de performance .....	8
3.2.1	Développement de l'expertise nationale dans le secteur des principales matières premières.....	9
3.2.2	Développement de l'expertise locale dans les secteurs connexes : promotion de liens .....	10
3.2.3	Amélioration des résultats environnementaux et sociaux.....	12
3.3	Conclusions sur les exigences de performance .....	13
4.0	Les questions juridiques .....	15
4.1	Qu'est-ce que les traités d'investissement?.....	15
4.2	Le contenu et la structure des traités d'investissement .....	16
4.2.1	Les dispositions fondamentales .....	16
4.2.2	Le mécanisme de règlement des différends .....	19
4.3	Les traités d'investissement et les principales mesures de propriété et liées à l'équité - Avant l'établissement .....	20
4.3.1	Les options pour préserver l'espace politique.....	22
4.4	Les traités d'investissement et les principales mesures sur la propriété et liées à l'équité - après l'établissement .....	23
4.4.1	Les options pour préserver l'espace politique.....	24
4.5	Les traités d'investissement et les principales questions liées aux exigences de performance.....	25
4.5.1	Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (« Accord sur les MIC ») .....	25
4.5.2	RD Congo - Etats-Unis .....	26
4.5.3	Rwanda - USA et Tanzanie-Canada.....	26
4.5.4	Burundi-Allemagne .....	27
4.5.5	Le CCI et le SADC FIP.....	27
4.5.6	Conclusions.....	28
4.5.7	Options pour aborder les exigences de performance .....	30
5.0	Conclusions .....	32
	References.....	33
	Annexe 1: TBI signés par les pays couverts par le Bureau sous-régional pour l'Afrique de l'Est (BSR-AE) .....	36

## 1.0 Introduction

Le présent document a été produit pour la *réunion du Groupe ad-hoc d'experts sur les traités bilatéraux d'investissement et les champions nationaux*, organisée conjointement avec la *18e réunion du Comité intergouvernemental d'experts (CIE)* de la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique sur le thème : «les champions nationaux, l'investissement étranger direct et la transformation structurelle en Afrique de l'Est.» Ce document vise plus spécifiquement le secteur minier, mais il renferme les enseignements d'un large éventail de secteurs, et ses conclusions sont pertinentes, même au-delà des secteurs extractifs dont il traite plus en profondeur.

Ce document vise à faire la lumière sur les deux questions distinctes suivantes :

- De quels outils politiques dispose-t-on pour garantir les résultats de l'investissement dans la réduction de la pauvreté et le développement durable, par la promotion de champions nationaux et d'autres moyens ? Quelle a été l'efficacité de ces outils dans la pratique ?
- Quelles sont les restrictions contenues dans les accords internationaux d'investissement qui pourraient limiter le recours aux outils politiques que nous savons potentiellement plus efficaces ?

Les deux volets de cette analyse vont de pair ; il est important de savoir non seulement qu'un outil politique existe, mais aussi d'avoir une idée de l'expérience en ce qui concerne son utilisation et du consensus sur son efficacité. Et il est très important de comprendre les limites auxquelles les Etats pourraient être confrontés dans leur utilisation de ces outils, comme un moyen de comprendre exactement ce qui peut être fait compte tenu des contraintes juridiques actuelles et comme un enseignement sur la façon de rédiger les futurs accords internationaux d'investissement de manière à prévoir un espace politique pour poursuivre les objectifs énoncés à l'échelle nationale.

## 2.0 Contexte

Les “champions nationaux” sont définis dans le document de référence de cet événement comme étant de “grandes entreprises potentiellement ou actuellement jugées compétitives sur les marchés nationaux, régionaux ou internationaux et qui sont détenues par l’État ou majoritairement par des nationaux ou par des citoyens de la région. L’intérêt de la création de champions nationaux dans le secteur minier de l’Afrique de l’Est s’inscrit dans le cadre d’une vaste série de changements dynamiques que connaît ce secteur. Si le continent africain est doté d’énormes richesses sous la forme de ressources naturelles – selon certaines estimations, il posséderait 30% des réserves minérales de la planète (Prichard [2009], cité dans Hany Basada et Philip Martin [2013]) avec des parts beaucoup plus importantes de types spécifiques de ressources –, il a, dans nombre de cas, failli à pleinement exploiter ces richesses afin d’assurer une réduction de la pauvreté et un développement durable larges. Cette dure réalité est devenue plus poignante depuis l’envolée des prix des matières premières en 2008, qui s’est traduite par des rentes de ressources visiblement élevées des investisseurs en vertu des contrats et codes antérieurs. Si les prix des matières premières ont baissé depuis cette flambée, la demande à long terme est encore assez forte pour entraîner une ruée sans précédent vers l’exploitation des richesses minières de la région par les investisseurs traditionnels (notamment l’OCDE) et non traditionnels (principalement asiatiques) dans les bastions miniers de longue date et dans les nouveaux Etats miniers.

Dans ce contexte, la dernière décennie a vu une accentuation des efforts nationaux et régionaux pour redéfinir le rôle de l’exploitation minière dans les plans de développement des Etats membres de la région et plus généralement dans l’ensemble de l’Afrique. Les prescriptions du “Washington Consensus” des années 1980, qui ont mis l’accent sur la libéralisation de l’accès et la création de conditions favorables à l’investissement, ont cédé la place à un nouveau paradigme qui s’intéresse à l’équité, à la transparence, aux liens en amont et en aval, au développement des collectivités locales, aux impacts sociaux et environnementaux et à un rôle plus important de l’Etat. Dans cette optique, la Vision africaine des mines, adoptée par les chefs d’Etat et de gouvernement en 2009, appelle à « une exploitation transparente, équitable et optimale des ressources minérales pour soutenir une croissance durable et un développement socio-économique à large assise » (Union africaine, 2009, p. v). Au cours des dix dernières années, la plupart des Etats africains dotés d’une importante richesse minérale ont révisé ou ont entamé le processus de révision de leur code minier national.

Mais cette nouvelle vision n’est pas un simple retour au nationalisme postcolonial. Elle épouse la nécessité d’une participation importante du secteur privé afin de maintenir la compétitivité mondiale. Elle vise à équilibrer soigneusement les incitations et les exigences pour obtenir une plus grande part de richesse en ressources au niveau national tout en préservant la viabilité de l’investissement et en collaborant avec le secteur privé en vue de trouver des solutions adéquates pour tous. Elle recherche beaucoup plus qu’un simple progrès économique, en mettant également l’accent sur les résultats sociaux et environnementaux en tant qu’élément essentiel du développement durable global. En définitive, elle se soucie moins du contrôle souverain des ressources naturelles et plus de la capacité souveraine de gérer efficacement la richesse en ressources et son exploitation au profit de la nation.

Dans la même veine, la préoccupation de ce document va un peu plus au-delà de la quête de champions nationaux. Ce n’est pas parce que les champions nationaux sont insignifiants pour la question du développement ; bien au contraire, ils sont de plus en plus importants. Les entreprises nationales ou contrôlées par l’État représentaient le tiers de l’investissement étranger direct du monde émergent entre 2003 et 2010, et parmi elles figurent les treize plus grandes compagnies pétrolières du monde et la plus grande entreprise de gaz naturel (Wooldridge, 2012). Elles

ne sont pas bien représentées dans le secteur minier, mais leur pénétration dans les secteurs émergents tels que l'énergie (plus de 60%), les services publics (plus de 50%), les télécoms (plus de 30%) et la finance (plus de 30%) est considérable (Wooldridge, 2012).

Néanmoins, le point de départ de ce document est de savoir comment l'exploitation minière peut contribuer au mieux à une série d'objectifs, conformément à l'approche générale adoptée dans la Vision africaine des mines et dans divers nouveaux codes miniers tels que ceux élaborés au cours des dernières années par des pays tels que l'Angola, la Tanzanie, la Guinée et le Mozambique. De toute évidence, l'un des moyens les plus importants par lesquels l'exploitation minière peut contribuer à la réalisation de ces objectifs est le recours stratégique aux politiques en vue de créer des champions nationaux. Mais, cette solution ne conviendra pas à l'ensemble des pays en toutes circonstances, d'où l'utilité d'examiner les autres moyens par lesquels les Etats pourraient atteindre ces objectifs dans le cadre de l'investissement étranger direct.

Ce document met l'accent sur les outils politiques dont disposent les États intéressés à poursuivre cette nouvelle vision de l'exploitation minière. L'approche est une évaluation en deux étapes qui s'interroge d'abord ce que nous savons des forces et faiblesses de certains des outils politiques clés ainsi que de leur efficacité dans la pratique. Il s'interroge ensuite, en ce qui concerne les outils jugés potentiellement utiles, sur les limites susceptibles d'être imposées par les dispositions juridiques des accords internationaux d'investissement. Au cours de cette deuxième étape, il examine également les types de politiques que les Etats pourraient appliquer et qui sont guidés par les données économiques et les contraintes juridiques : comment les Etats peuvent-ils préserver au mieux leur espace politique pour promouvoir les champions nationaux et pour intégrer le secteur minier dans le cadre de la poursuite de leurs objectifs de développement durable ?

La préoccupation au sujet des TBI dans ce contexte n'est pas nouvelle. Pedro (2012) soutient fermement que l'un des «points d'intervention cruciaux» dans la réalisation de la Vision africaine des mines consiste à inverser le rétrécissement de l'espace politique dans lequel les types de réformes envisagées peuvent avoir lieu. Si nous connaissons les TBI depuis plus d'un demi-siècle, ce n'est que dans la dernière décennie qu'ils sont devenus des outils largement utilisés, avec des impacts financiers et réglementaires tangibles sur les pays d'accueil (Bernasconi-Osterwalder, Cosbey, Johnson & Vis-Dunbar, 2011). A ce titre, on n'a pas encore pris la pleine mesure de leur capacité à restreindre l'espace politique dans un certain nombre de contextes spécifiques, une lacune que le présent document vise à combler.

### **3.0 Analyse des options politiques pour les champions nationaux et d'autres outils en vue de maximiser les bénéfices tirés de l'investissement**

Les Etats disposent d'un large éventail d'outils politiques pour poursuivre leurs objectifs autour de la création de champions nationaux et tirer des avantages nationaux par leur gestion de l'investissement étranger direct. La liste ci-dessous n'est pas exhaustive, mais propose principalement les outils qui ont un intérêt potentiel du point de vue de la deuxième partie de cette analyse, c'est-à-dire ceux qui sont susceptibles de rencontrer des difficultés avec les accords internationaux d'investissement.

L'analyse commence par les options liées à la propriété et la participation, c'est-à-dire des outils principalement destinés à promouvoir les champions nationaux. Elle évalue ensuite les exigences de performance comme outils stratégiques pour créer des champions nationaux et, plus largement, pour tirer un meilleur profit national – économique, social et environnemental – de l'investissement étranger direct. En présence d'expériences et de connaissances dont on peut s'inspirer, l'analyse passe rapidement en revue ce qu'on sait de l'efficacité potentielle des outils examinés.

#### **3.1 Options liées à la propriété / participation**

Les Etats pourraient recourir à un certain nombre d'options politiques liées à la propriété / participation pour poursuivre l'objectif de promotion de champions nationaux. Cette section se concentre spécifiquement sur une liste non exhaustive de celles qui sont couramment utilisées et qui suscitent potentiellement des questions dans le cadre des traités internationaux d'investissement. Les politiques évaluées ici sont les suivantes :

- les obligations sans contrepartie
- les exigences de coentreprise
- la création/promotion d'entreprises publiques en tant qu'acteurs uniques
- l'expropriation des entreprises privées

##### **3.1.1 Obligations sans contrepartie**

Les obligations sans contrepartie requièrent que les entreprises accordent gratuitement un certain pourcentage de participation dans leur entreprise au pays hôte. La République démocratique du Congo, par exemple, exige une participation de 5% en vertu de son code minier de 2002, mais cherche à porter ce chiffre à 15% dans le cadre de la révision en cours de cette loi (contre une proposition de 35%). Le règlement minier du Kenya de 2002 exige une participation de 35%, qui est en cours de révision sous la pression des investisseurs et qui sera probablement arrêté à 10%. Un certain nombre d'autres pays africains, notamment le Botswana, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, l'Ethiopie, le Sénégal et la Tanzanie disposent de ces types d'obligations.

Les participations sont généralement transférées à l'Etat au moment de la délivrance des permis d'exploitation. Les États bénéficiant de dispositions sans contrepartie ne sont généralement pas tenus de supporter les coûts de fonctionnement ou d'investissement que la participation au capital implique normalement. Dans la plupart des cas, l'Etat n'a pas le droit de céder sa participation.

Les obligations sans contrepartie s'apparentent plus à une réforme fiscale qu'à une initiative visant à promouvoir des champions nationaux, offrant un flux de revenus sous forme de dividendes. Cela dit, elles constituent également une

mesure de la propriété publique dans des secteurs d'intérêt national clé et peuvent être combinées avec d'autres mesures étudiées ci-dessous pour effectuer une certaine mesure de l'influence de l'État dans les secteurs d'intérêt. Il n'existe pas encore de consensus sur l'utilité ou le niveau approprié des exigences sans contrepartie, subordonnant ainsi la conception et l'application à un examen et une évaluation propres à chaque cas.<sup>1</sup>

### 3.1.2 Exigences de coentreprise

Ce sont des exigences qui requièrent que tout investisseur étranger dans un secteur donné opère comme une coentreprise avec un partenaire local. Dans la pratique, elles s'expriment généralement sous forme d'exigence selon laquelle tout investissement doit comprendre un certain pourcentage de participation nationale. Avant 1990, des pays comme l'Inde et le Nigeria ont interdit la participation majoritaire d'une entreprise étrangère dans un investissement (Miller, Glen, Jaspersen et Karmokolias, 1996). Elles peuvent également être structurées de manière plus indirecte, sous forme de régime de mesures incitatives et dissuasives qui rendent plus attrayante la pénétration d'un marché sous la forme d'une coentreprise que sous la forme d'une filiale en propriété exclusive. Baoteng et Glaister (2003) ont constaté que, même après une vaste libéralisation du régime de l'investissement, le Ghana a conservé suffisamment d'incitations dans ses règlements pour influencer de manière significative les investisseurs à s'engager dans des coentreprises.

Par le passé, les exigences de coentreprise ont servi à résoudre le problème de manque de capitaux et atteindre l'objectif de diminution de la domination étrangère dans un secteur donné (Afriyie, 1988). Elles ont également été perçues comme un moyen de créer des champions nationaux ou de faire de la place aux acteurs nationaux dans des secteurs considérés comme vitaux pour les intérêts du pays hôte. Plus récemment, elles ont visé le renforcement des capacités concurrentielles des partenaires nationaux, qui sont idéalement exposés aux technologies modernes, aux pratiques de gestion améliorées ainsi qu'aux canaux et expériences du marketing mondial. La Chine a beaucoup utilisé ce genre d'exigences dans ses efforts visant à promouvoir des champions nationaux compétitifs au niveau mondial dans les secteurs manufacturier et des industries lourdes dès la fin des années 1970 (Pearson, 1991), mais le plus souvent dans les années 1980 et 1990. La plupart des prescriptions concernant les coentreprises sont axées sur les secteurs manufacturier ou agricole, même si les secteurs primaires sont également couverts.

Les exigences de coentreprise comportent un certain nombre de réserves en tant qu'outil de politique industrielle. D'abord, elles ne sont pas bien accueillies par les investisseurs. Les coentreprises sont normalement une union d'entités ayant des objectifs communs et des forces complémentaires, mais des coentreprises obligatoires dans les pays ayant des partenaires sous-développés n'apportent aucun de ces préalables à l'entreprise étrangère. En outre, il ya un élément fondamental de méfiance dans un arrangement forcé, notamment en ce qui concerne l'appropriation de la technologie. Moran (2002, cité dans Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement [CNUCED], 2003, p. 27) constate que la technologie utilisée dans les coentreprises forcées est en moyenne de 3 à 10 ans désuète, et la formation technique dispensée au personnel de la filiale locale n'est qu'une fraction de celle dispensée dans les filiales en propriété exclusive. Ces caractéristiques uniques des coentreprises forcées peuvent les rendre plus sujettes à l'échec ; citant une étude réalisée en 1992 par la Chambre de commerce anglo-nigériane, Baoteng et Glaister (2003) relèvent que sur quelque 50 coentreprises agricoles mises en place au Nigeria au milieu des années 1980, seulement 10 étaient encore viables en 1990.

Les exemples de la Chine, la Corée et d'autres indiquent cependant que les exigences de coentreprise peuvent être utilisées efficacement. En fin de compte, les pays d'accueil ont besoin d'équilibrer délicatement les avantages (économiques et non économiques) qui en découlent par rapport au potentiel de décourager l'investissement

<sup>1</sup> Voir par exemple l'analyse dans Wells (2014) et James et Vaaler (2013).

étranger direct (IED). Seuls les pays en position de force vis-à-vis de l'investisseur peuvent envisager leur utilisation (la propriété des ressources naturelles est, bien sûr, en soi, une position forte).

### 3.1.3 *Création / promotion d'entreprises publiques en tant qu'acteurs uniques ou principaux*

Il existe un certain nombre de raisons qui motivent les États à créer des entreprises publiques (EP) en tant qu'acteurs uniques ou principaux. Le raisonnement classique fait valoir qu'il existe d'importantes économies d'échelle dans le secteur qui ne peuvent être réalisées en présence de plusieurs entreprises concurrentes au niveau national. Ce raisonnement s'accompagne de l'argument selon lequel, dans un marché mondial concurrentiel, il est encore plus important d'atteindre une échelle optimale (c.-à-dire grande). Si le souhait est de créer un champion national, selon l'argument avancé, alors il doit avoir une présence importante dans le pays.

Il existe plusieurs autres arguments en ce qui concerne les grandes entreprises publiques, mais qui ne sont pas des arguments en faveur de leur maintien en tant qu'acteurs uniques. D'une part, le pouvoir significatif de l'État dans un secteur permet un ajustement et une influence qui peuvent s'inscrire dans une stratégie globale de politique industrielle susceptible d'être plus difficile à appliquer en présence de nombreuses entreprises ou d'une participation nationale moins importante dans le secteur. D'autre part, les principaux acteurs publics peuvent être une source importante de recettes publiques. La Codelco, entreprise nationale de cuivre du Chili, a fourni plus de 13% des recettes publiques totales en 2010, par exemple – le produit des taxes et redevances, dont beaucoup dépassent celles payables par les opérateurs étrangers (Korinek, 2013).

Cela est possible grâce à un certain nombre d'outils. Le plus simple est de refuser l'entrée de l'investissement étranger dans le secteur si les États ont maintenu leur droit de le faire (voir ci-dessous). Les entreprises étrangères existantes peuvent être expropriées, une option abordée dans la section suivante. Les entreprises nationales existantes peuvent être renforcées par des fusions arrangées si l'État a l'influence nécessaire pour forcer un tel arrangement et si le droit de la concurrence en vigueur le permet ou peut être assoupli afin de le permettre. En particulier dans les premiers stades, les entreprises publiques ont besoin du soutien financier de l'État ou de l'appui des banques nationales.

Un certain nombre de réserves devrait suivre cette longue liste d'outils. Entre autres, quel que soit le mode de réalisation du processus, il nécessitera des ressources importantes, surtout au cours des premières années. Les États et leurs banques nationales ou les banques de développement devront avoir la patience et les poches pleines pour supporter des années de pertes et consentir de grands prêts à faible taux d'intérêt avant la rentabilisation de l'entreprise. Dans certains cas, le résultat ne sera jamais complètement couronné de succès ; la seconde réserve est qu'à l'instar de tout exercice de la politique industrielle, la création ou la promotion d'une entreprise publique doit impliquer des évaluations objectives et régulières des données pour déterminer si l'appui doit prendre fin, quelle que soit la politique de la situation. Selon les bonnes pratiques en la matière aussi, à un certain stade, l'appui doit s'estomper afin d'obliger l'entreprise à se lancer dans la concurrence sur le marché mondial sans aide, ramenant la discipline de la concurrence à ce qui pourrait autrement être une entreprise trop confortable et protégée.<sup>2</sup>

Sørgard (2007) et Geroski (2005) affirment que l'assouplissement de la politique en matière de concurrence pour créer des champions nationaux est déconseillé, mais leurs critiques principales semblent hors de propos dans le contexte actuel. Ils font valoir que l'accroissement du pouvoir de monopole au niveau national a des effets néfastes sur les consommateurs locaux qui pourraient éclipser les avantages découlant de la promotion d'un champion national. Cependant, dans le secteur minier de l'Afrique de l'Est, il ya rarement un marché intérieur à distordre ; les produits sont presque toujours exportés vers le marché mondial où la capacité d'un monopole au niveau national à influencer sur les prix est négligeable.

<sup>2</sup> Une série de conseils de bonnes pratiques sur la politique industrielle intelligente est proposée par Rodrik (2004).

Lorsque des fusions sont forcées entre entreprises nationales pour créer des champions nationaux, quelques réserves spécifiques s'imposent. Dans certains cas, ces « mariages » ont offert la possibilité à un faible acteur public d'être repris par un plus fort, l'avantage étant en grande partie la capacité pour l'acteur fort d'absorber les handicaps de main-d'œuvre et les segments peu performants de l'acteur faible – en essence pour subventionner une partie de l'obligation de création d'emplois que l'acteur faible peinait à remplir. On a beaucoup fait trébucher le Groupe chinois Baosteel, aujourd'hui un acteur majeur, dans sa marche vers l'obtention du statut de champion national lorsqu'il a été contraint de fusionner avec Shanghai Metallurgical Holding Company and Meishan Iron & Steel Company en novembre 1998, une démarche qui l'a considérablement affaibli (Sun, 2005). La leçon est qu'il existe d'autres objectifs de politique publique derrière les fusions forcées qui sont susceptibles d'entraver l'objectif de création d'un champion national compétitif.

Une réserve en ce qui concerne les entreprises publiques en tant qu'acteurs majeurs du marché intérieur est qu'elles peuvent devenir trop puissantes pour être efficacement contrôlées, surtout lorsqu'il s'agit de produits de grande valeur et de pays disposant de ressources administratives limitées. Cobham, Jansky et Prats (2014) suivent le commerce des matières premières des pays en développement vers la Suisse (plaque tournante majeure du commerce des matières premières) et estiment que les flux commerciaux impliquent une perte pour les exportateurs de quelque 8 milliards de dollars<sup>3</sup> chaque année, dont une partie se perd sûrement dans la corruption au sein des entreprises publiques opérant hors du contrôle ou de la supervision de leur pays d'accueil. Un enseignement clair qu'on peut tirer ici, c'est la nécessité de transparence dans les relations contractuelles.<sup>4</sup>

Une réserve générale pour l'ensemble de la stratégie est qu'il doit y avoir une certaine façon pour l'entreprise publique de conserver le caractère d'une entreprise du secteur privé en termes de compétitivité et de capacité d'innovation. Mais rien de cela n'est inhérent au modèle ; il faut en quelque sorte le favoriser de façon proactive. Dans certains cas, cela peut se faire par la collaboration avec des concurrents locaux du secteur privé, comme dans le cas de la collaboration entre Codelco et BHP Billiton visant à développer des " fournisseurs de classe mondiale " (Korinek, 2013).

Un récent développement rejette l'idée d'une entreprise publique entièrement contrôlée, l'exercice par l'Etat d'une influence dans les principales entreprises cotées en bourse à travers une participation minoritaire (soit directement par lui soit par les banques nationales de développement), un contrôle des crédits rares à des taux concessionnels et divers autres moyens. Lazzarini et Musacchio (2011) montrent que la Banque nationale brésilienne pour le développement économique et social fonctionne selon ce modèle, avec des participations en 2009 de 53 milliards de dollars, soit environ 4% du marché boursier national. Cependant, l'influence de l'Etat sur les entreprises clés est beaucoup plus importante que l'indique ce pourcentage. L'Etat brésilien exerce une influence considérable sur l'entreprise privée Vale en allant, par exemple en 2011, jusqu'à contraindre au remplacement de son PDG. La Russie détient également une participation minoritaire, mais exerce une influence énorme sur ses entreprises les plus importantes et les plus stratégiques : Transneft (pipelines), Sukhoi (aviation), Rosneft (pétrole), Sberbank, Aeroflot et Gazprom ("A choice of models," 2012). Et la Commission de supervision et d'administration du patrimoine de l'Etat chinois est le plus grand actionnaire majoritaire au monde, avec un record de redéploiement des PDG des champions sectoriels à volonté. Le nouveau modèle a pour avantage de permettre aux entreprises de fonctionner comme des entités du secteur privé, garantissant ainsi un certain degré d'efficacité et de compétitivité, mais permet encore à l'Etat d'exercer un contrôle sur les actes et la direction des entreprises clés. Il s'appuie également sur la participation étrangère à la place des fonds publics ou du soutien de l'Etat pour capitaliser les entreprises.

<sup>3</sup> Tous les chiffres sont en dollars U.S. sauf indication contraire.

<sup>4</sup> Pour un excellent exemple de ce type de transparence, voir le cas de la Guinée où, depuis février 2013, tous les contrats miniers (actuels et futurs) sont publiés en ligne.

### 3.1.4 Expropriation des entreprises du secteur privé

Il s'agit d'un outil politique simple et bien connu, qui a été beaucoup utilisé dans la période postcoloniale. A cette époque, il s'inscrivait dans une démarche visant à débarrasser les Etats de leur héritage colonial d'exploitation commerciale par des participations étrangères et à exercer un contrôle national sur les ressources dans le cadre d'une initiative plus large visant à établir la souveraineté et l'identité nationales.

L'expropriation au sens utilisé ici était une reprise directe et complète par l'Etat - un transfert de biens privés en totalité à une entité publique ou privée avec le soutien de l'Etat. Comme on le verra ci-dessous, d'un point de vue juridique, il existe d'autres mesures moins complètes et directes pouvant constituer une expropriation. Le remplacement du conseil d'administration d'une entreprise par des personnes nommées par l'Etat, par exemple, enlève à l'entreprise la capacité de se gérer et place ainsi son patrimoine hors de son contrôle d'une manière équivalente à une expropriation.

En dehors de cela, il existe différentes manières d'exproprier. L'exemple classique d'une expropriation ordonnée, presque "sympathique" est celui du Saoudien Aramco, la plus importante société pétrolière au monde, mais qui, au début des années 1970, était en concurrence avec la compagnie pétrolière nationale Petromin. L'Etat saoudien a progressivement acquis les parts de l'entreprise auprès des sociétés mères américaines et en 1974, il possédait une participation majoritaire de 60%. La menace de proclamation d'une nationalisation a certainement amené les propriétaires américains à accepter une transition ordonnée vers une sorte de "participation" consensuelle de l'Etat (Hertog, 2008). Même si elle était encore sous le contrôle managérial des États-Unis, Aramco a commencé à insérer un nombre croissant de Saoudiens dans la gestion, en les formant pour des postes de direction. En 1980, Aramco appartenait entièrement aux Saoudiens, mais les bases ont été jetées pour une prise de contrôle où l'expertise essentielle n'a pas été perdue, mais a plutôt été transférée aux ressortissants saoudiens.

L'histoire d'Aramco laisse présager les développements modernes au sein des champions nationaux décrits ci-dessus : le contrôle des entreprises clés par divers moyens, notamment l'actionnariat, les finances et la réglementation, mais sans procéder par une expropriation directe. Si le modèle Aramco a finalement conduit à la prise de possession exclusive de son patrimoine par l'Etat, les modèles d'aujourd'hui ne se donnent pas toujours cette peine, s'appuyant sur la participation étrangère pour aboutir quasiment aux mêmes fins. Cela sert également de leçon pour éviter le problème classique lié à une nationalisation agressive : la perte de l'expertise essentielle des entreprises expropriées dans la transition et le fait que la conquête du butin gâche ce qui a été gagné. Le cas Aramco, sans doute la compagnie pétrolière nationale la plus efficace au monde et l'une des plus efficaces en général, témoigne de la sagesse de cet enseignement.

## 3.2 Exigences de performance

Les exigences de performance sont des obligations faites aux investisseurs, qui imposent certains comportements ou résultats dans leurs activités dans le pays d'accueil. Elles nous intéressent dans le contexte actuel parce que leur fonction essentielle est d'engendrer plus d'avantages pour le pays d'accueil par la réglementation des investissements. Certains des types les plus courants d'exigences de performance sont les obligations pour l'investisseur de :

- respecter les niveaux spécifiés d'emplois locaux ou de fournisseurs locaux de biens et services ;
- s'engager dans des programmes de formation de la main-d'œuvre ou de développement des fournisseurs ;
- réaliser un certain niveau de R & D dans le pays.

Les exigences de performance en matière d'exportation sont aussi largement utilisées. Elles imposent que l'entreprise réglementée atteigne un certain niveau spécifié d'exportations, lié par exemple aux niveaux de production. Elles sont surtout utilisées dans le secteur manufacturier comme un outil de politique industrielle et ne sont pas courantes dans les secteurs des ressources naturelles où il n'est généralement pas nécessaire d'encourager les exportations. A ce titre, elles ne sont pas prises en considération ici.

Les exigences de performance sont de deux formes essentielles : facultatives et obligatoires. Les exigences de performance obligatoires sont imposées comme condition de l'investissement, de la poursuite de l'activité ou comme condition de la candidature à une concession ou une licence. Comme on le verra ci-dessous, d'un point de vue juridique, le fait que les exigences de performance soient imposées dès le début de l'investissement ou dans le cadre d'un changement de l'environnement réglementaire concernant les opérations existantes, peut être très important.

Les exigences de performance facultatives sont formulées sous la forme de conditions donnant droit à certains avantages tels que les préférences fiscales ou les subventions.<sup>5</sup> Jusqu'à la fin des années 1990, les États tendaient de plus en plus vers le recours aux exigences de performance facultatives par rapport à celles dites obligatoires (CNUCED, 2003), mais depuis lors, cette tendance s'est inversée.

Une dernière distinction est le mode de réglementation. Les exigences de performance peuvent être imposées par la loi (dans les codes miniers nationaux ou le code général d'investissement) ou peuvent être précisées dans les contrats (contrats miniers, de prospection et d'exploitation) – spécifiés sous forme de contrats juridiques individuels entre les opérateurs et l'Etat hôte et, dans certains cas, par l'application de mécanismes réglementaires et contractuels. En dehors des exigences fondées sur le contrat, elles peuvent prendre la forme de conditions de fonctionnement seuils explicites ou peuvent figurer dans les directives d'évaluation des appels d'offres où la préférence est accordée aux promoteurs qui répondent à certains critères.

Un certain nombre de types d'exigences de performance visent à atteindre des objectifs différents :

- **le développement de l'expertise nationale dans le secteur des principales matières premières** : obligations de transfert de technologie et de R & D.
- **le développement de l'expertise nationale dans des secteurs connexes (liens en amont et en aval)** : exigences de teneur en produits nationaux, obligations de programmes de développement des fournisseurs, exigences de transformation en aval des produits.
- **l'amélioration des résultats environnementaux et sociaux** : exigences environnementales et sociales, obligations d'emplois locaux.

Chacun de ces points est examiné ci-dessous.

### *3.2.1 Développement de l'expertise nationale dans le secteur des principales matières premières*

L'objectif principal des exigences de performance de ce type est de provoquer des effets d'entraînement horizontaux – le transfert d'expertise, des bonnes pratiques de gestion et des connaissances tacites du secteur des principales matières premières aux ressortissants du pays d'accueil. Cet effet ouvre aux entrepreneurs nationaux performants la voie à la concurrence dans le secteur et a l'avantage d'améliorer les niveaux de revenu des employés locaux. Il peut

<sup>5</sup> En fait, la distinction entre les exigences de performance facultatives et obligatoires n'est pas nette. Les exigences de performance obligatoires sont ultimement fondées sur l'incitation, l'avantage accordé étant l'attribution d'un permis d'exploitation. Le fait que cela constitue un "avantage" conformément à la législation sur l'investissement n'a pas encore été exploré.

permettre également d'accroître les chances de retombées dans d'autres secteurs non connexes qui sont en mesure d'utiliser les mêmes technologies ou savoir-faire (Kaplinsky, 2011). Ces exigences de performance sont souvent combinées avec des politiques encourageant la coentreprise ou un certain degré de propriété nationale.

**Les exigences en matière de transfert de technologie** imposent que l'investisseur apporte à ses activités dans le pays un certain niveau prédéterminé de technologie (généralement exclusive), l'objectif étant que les investissements fonctionnent selon la norme sectorielle mondiale ou avec la meilleure technologie disponible. On rencontre plus souvent ce type d'exigence dans le secteur manufacturier que dans les secteurs extractifs, mais elle figurait, par exemple, dans la Politique nigériane sur la teneur en produits nationaux, qui exigeait des compagnies pétrolières et gazières qu'elles présentent un plan de transfert de technologie annuel (Nwaokoro, 2011). La CNUCED (2003) a passé en revue les quelques exemples de ce type d'exigence et a trouvé peu de preuves de succès. Elle fait valoir que cela ne devrait pas être surprenant ; le suivi de ces exigences comporte des défis majeurs et il est difficile pour les Etats de préciser quelles technologies des entreprises données dans des secteurs et pays donnés devraient utiliser en premier lieu.

**Les exigences en matière de R & D** imposent que la R & D se fasse dans le pays à un niveau donné, généralement exprimé en pourcentage des coûts d'exploitation. A l'instar des exigences en matière de transfert de technologie, elles s'appliquent le plus souvent au secteur manufacturier, où elles sont généralement formulées en tant que prescriptions de performance facultatives, comme condition pour bénéficier d'un soutien financier. Le recours à caractère obligatoire de ce genre d'exigence est assez rare, et les exigences facultatives tendent à être ignorées ; le problème est que la mise en place d'une structure locale efficace de R & D est particulièrement difficile en l'absence de capacités locales pour absorber, adapter et développer la technologie, et les coûts de ces mesures dépassent souvent les incitations que propose l'Etat (CNUCED, 2003). Il est clair que ces exigences, pour être couronnées de succès, doivent être accompagnées par des efforts nationaux visant à mettre en place des systèmes nationaux d'innovation fonctionnels, y compris le soutien à l'éducation et à la formation.

### **3.2.2 Développement de l'expertise locale dans les secteurs connexes : promotion de liens**

Ces types d'exigences de performance sont largement utilisés, et elles le sont de plus en plus étant donné qu'on assiste à un changement d'orientation de la part des Etats qui se détournent des impôts et des redevances comme préoccupation principale pour explorer d'autres moyens par lesquels les sociétés minières (et autres) peuvent contribuer au développement plus large des économies nationale et locale. Le principal objectif de ces mesures est de s'éloigner du développement enclavé qui contribue très peu en dehors des dépenses sur les fonctions essentielles, qui importe la plupart des intrants, de la technologie et des experts nécessaires dans le cadre de l'activité et qui exporte les matières en grande partie à l'état brut. Entre autres choses, ce modèle d'opérations (qui a prévalu dans les secteurs extractifs de l'Afrique pendant le boom et la récession de la dernière décennie) laisse derrière lui un continent coincé au bas de la chaîne de valeur. En outre, le développement enclavé occasionne des problèmes de type « syndrome hollandais » pour les autres secteurs productifs, entraînant une hausse des prix de leurs exportations, tout en créant quelques avantages plus larges pour l'économie qui pourraient servir de contrepois. Un exemple souvent cité de la situation finale recherchée en ce qui concerne les liens en amont est la Codelco au Chili, qui achète environ 90% des intrants de ses biens et services au niveau national (FMI, 2012). Le secteur de la transformation du diamant du Botswana (voir ci-dessous) est largement cité comme un exemple de liens en amont solidement établis.

La plus simple de cette catégorie d'exigences est celle qui impose qu'un certain pourcentage des approvisionnements provienne des entreprises locales ou nationales. Comme indiqué ci-dessous, la définition des termes « local » ou «

national » peut être difficile, mais l'intention est claire. Une exigence également répandue est celle qui impose que les investisseurs utilisent les biens et services locaux lorsqu'ils sont de qualité comparable à ceux venant de l'étranger. La *Uganda's 2013 Petroleum Act* (loi ougandaise de 2013 sur le pétrole), par exemple, prévoit que : « Les titulaires de permis ainsi que leurs entrepreneurs et sous-traitants doivent privilégier l'acquisition de biens et services localement auprès des Ougandais partout où ils sont compétitifs en termes de qualité et de disponibilité en temps opportun<sup>6</sup> ». Bien que cette exigence soit assortie de sanctions pénales, il est peu probable qu'elle ait le même effet que l'exigence de pourcentage ; la plupart des investisseurs préfèrent s'approvisionner localement s'ils trouvent des fournisseurs compétitifs ; donc en définitive, pratiquement rien ne change. En outre, la compétitivité en termes de qualité est au mieux une mesure quasi-subjective qui est sujette à interprétation.

La mesure encore plus indirecte serait une obligation de mise en œuvre de programmes visant à placer les fournisseurs locaux à un niveau acceptable (programmes de développement des fournisseurs), même si cela se fait le plus souvent de façon volontaire par les entreprises en réponse aux exigences obligatoires d'achat local. Moins utilisées, mais importantes, sont les obligations de transformation et de perfectionnement en aval du produit extrait.

Les exigences d'achat local peuvent être utilisées avec succès, en présence de circonstances et de politiques d'accompagnement appropriées (CNUCED 2003 ; Sutton, 2005 [cité dans Rodrik, 2006]). L'Agence nationale brésilienne du pétrole, du gaz et des biocarburants (ANP) utilise la teneur en produits nationaux comme l'un de ses trois critères d'attribution de droits sur le pétrole, et a vu les engagements en matière de teneur en produits nationaux passer de 25% dans l'année de lancement du programme à près de 80% dix ans plus tard (Sigam et Garcia, 2012). Une partie de son succès repose sur le leadership dont a fait preuve Petrobras, le champion national, dans la promotion de liens en amont dans le secteur, et une grande partie repose sur la vision brésilienne pour la localisation, son large soutien politique à cette vision qui va bien au-delà des exigences de performance, et son évitement des pièges décrits ci-dessous.

Les exigences d'achat local comportent un certain nombre de pièges bien connus à éviter. Plus important encore, les quotas ne doivent pas être hors de portée des fournisseurs locaux, mais doivent être suffisamment élevés pour les pousser à une plus grande efficacité. Certains ont avancé, par exemple, que la *Nigeria's Oil and Gas Industry Content Development Act* (loi nigériane sur le développement de contenu du secteur pétrolier et gazier) était trop ambitieuse dans ses objectifs de teneur en produits nationaux, envisageant une augmentation de 2% en 2009 à 35,5% en 2010 et 70% en 2013 (Morris, Kaplinski & Kaplan, 2012). En d'autres termes, il est important de pousser les fournisseurs, mais il ne faut pas les pousser à sauter par-dessus un fossé qu'ils ne peuvent enjamber. Par ailleurs, le soutien de l'Etat et des entreprises concernées (sous la forme de programmes de développement des fournisseurs) est essentiel pour aider à renforcer les capacités afin de respecter des quotas ambitieux. A l'instar du renforcement des capacités, l'appui de l'Etat sous forme de prêts aux fournisseurs potentiels peut également être efficace ; la plupart sont des PME dont l'accès au financement est difficile dans le meilleur des cas.

La cohérence des politiques est également importante. Morris, Kaplinski et Kaplan (2012) affirment, par exemple, que l'initiative du Ghana en faveur d'une meilleure teneur en produits nationaux serait plus efficace si les allègements tarifaires accordés aux sociétés minières sur leurs importations d'intrants étaient également accordés aux fournisseurs locaux. La définition du terme « local » est également compliquée. La propriété locale simple, que certains pays utilisent comme critère, peut conduire à des achats auprès des entreprises locales expressément mises en place pour importer les biens en question, ce qui ne fait qu'ajouter une autre couche d'intermédiaires à la chaîne sans produire aucun des avantages locaux escomptés (Morris, Kaplinski et Kaplan, 2012). On obtient un effet plus important si on

<sup>6</sup> Partie VII : Participation de l'Etat et Teneur en produits nationaux, paragraphe 53(3).

se focalise sur la valeur ajoutée dans le pays, plutôt que sur la propriété. En outre, la préférence devrait idéalement être accordée aux catégories de biens et services plus susceptibles de conduire au développement économique, notamment les produits à capital élevé ou à contenu de connaissances ou des services d'affaires fondamentaux tels que les finances.

Les services sont souvent l'objet d'exigences de teneur en produits nationaux. Par exemple, l'Angola a, en 2010, exigé que les compagnies pétrolières opérant dans le pays utilisent désormais les banques locales pour traiter toutes leurs opérations, en vue de renforcer le secteur bancaire local (Morris et al., 2012).

Si on peut clairement affirmer que les efforts parallèles de l'Etat constituent un complément très important à l'utilisation des exigences de teneur en produits nationaux, on peut aussi indiquer que le Chili, cité ci-dessus comme un modèle de réussite, n'a pas eu recours à ces exigences, mais a plutôt investi beaucoup de ressources publiques dans la bonne gouvernance et un environnement propice à l'investissement (Morris et al., 2012).

Le Botswana a été cité ci-dessus comme un modèle de réussite en matière d'établissement de liens en aval dans son secteur de l'extraction de diamants. En 2005, l'Etat a négocié le renouvellement de sa concession minière de diamant avec De Beers pour y inclure des exigences imposant que des parties importantes des activités en aval (taille, polissage et fabrication de bijoux) se fassent dans le pays (Morris et al., 2012). Cette exigence a été précédée par une analyse approfondie du potentiel de développement de ce secteur au Botswana et par des consultations approfondies avec De Beers et d'autres acteurs du secteur privé pour arriver à un consensus sur ce qui est faisable. Elle a été suivie d'une série de politiques complémentaires visant à faire de cet effort un succès, y compris des incitations positives et négatives.

### 3.2.3 Amélioration des résultats environnementaux et sociaux

Il s'agit d'exigences pour les investisseurs de s'engager dans des pratiques spécifiques, soit pour améliorer les impacts environnementaux et sociaux de leurs activités de base, soit pour améliorer les conditions environnementales et sociales des collectivités dans lesquelles ils sont basés. Elles sont généralement convenues dans le cadre du contrat de concession et peuvent impliquer, par exemple, des engagements à construire des routes, des écoles ou des hôpitaux. Des exigences axées sur les résultats environnementaux peuvent être incluses pour compléter ou aller au-delà des réglementations environnementales nationales, surtout lorsqu'on estime que celles-ci ont besoin d'être renforcées.

Les exigences en matière d'emploi et de formation au plan local sont également fréquentes et sont généralement prévues dans les codes nationaux, mais peuvent également faire partie de la négociation des contrats. Les exigences en matière de dirigeants nationaux imposent qu'un certain pourcentage du personnel dirigeant de l'entreprise dans le pays soit des citoyens du pays d'accueil ou des membres de groupes historiquement défavorisés. La *Black Economic Empowerment Act* (BEE) (loi d'autonomisation de la population noire) de l'Afrique du Sud, par exemple, définit le contrôle de la direction comme l'un des piliers de notation des entreprises, avec des objectifs allant de 40 à 50,1 pour cent.

Les exigences en matière d'emploi local peuvent être exprimées de diverses façons. Elles peuvent être sous la forme de seuils d'embauche absolus que les entreprises doivent respecter pour bénéficier d'un traitement fiscal préférentiel (par exemple, les entreprises qui embauchent plus de 100 personnes bénéficient d'un certain allègement fiscal, allègement qui augmente en fonction de l'augmentation du nombre d'embauches). Elles peuvent se présenter sous la forme d'obligations d'employer un certain pourcentage de travailleurs ou de dirigeants parmi les nationaux ou au sein

d'un groupe défavorisé. La motivation de ces exigences est d'essayer de maximiser les effets d'un investissement donné sur l'emploi. L'exploitation minière, étant une activité à forte intensité capitaliste, emploie généralement très peu de gens par rapport à sa part du PIB national. Même dans des pays ayant un secteur minier important, tels que le Botswana, le Chili et le Pérou, l'emploi de la main-d'œuvre locale dans le secteur varie de 0,7 à 3 pour cent (CNUCED, 2007).

A l'instar des exigences en matière d'achat local, l'essentiel avec les exigences en matière d'emploi local, c'est de faire en sorte qu'il y ait une offre locale suffisante pour combler les besoins. Dans de nombreux pays, les compétences de la main-d'œuvre ne correspondent pas aux besoins des investisseurs, qui se voient dans l'obligation d'embaucher à l'étranger, surtout aux échelons supérieurs (Morris et al, 2012; Peek & Gantès, 2008). Appliquer une exigence en matière de recrutement local sans résoudre ce problème – par la concertation avec les entreprises concernées afin d'évaluer leurs besoins ainsi qu'un investissement approprié dans l'éducation et la formation spécialisée – entraîne une augmentation considérable des inefficacités et des coûts dans les entreprises réglementées. A titre d'exemple positif, depuis les années 1990, le Brésil met de côté un pourcentage des redevances du secteur pétrolier dans le cadre du Fonds sectoriel du pétrole et du gaz, qui permet de financer, entre autres, la formation spécialisée dans les établissements existants. Il a offert plus de 5000 bourses d'études supérieures depuis 1999 aux professionnels destinés aux secteurs du pétrole, du gaz et des biocarburants (Korinek, 2013).

Les exigences en matière de dirigeants nationaux ne sont pas particulièrement courantes, mais lorsqu'elles sont en vigueur, la difficulté est de trouver le niveau approprié d'exigence de sorte que les objectifs ultimes soient effectivement atteints. Un projet de Loi sur la teneur en produits nationaux du Nigeria (2003) aurait précisé que sur dix années, les entreprises pétrolières internationales doivent veiller à ce que 95% de leur personnel dirigeant, professionnel et d'encadrement soient des Nigériens.<sup>7</sup> La plupart des observateurs ont critiqué cette proposition, la jugeant trop ambitieuse pour être effectivement respectée. Un autre défi, partagé par des programmes tels que BEE, est de s'assurer que les avantages profitent effectivement à ceux qui sont dans le besoin, plutôt qu'à une élite existante qui s'enrichit davantage.

Les exigences relatives à la formation des employés locaux sont largement utilisées. Des pays comme l'Afrique du Sud et la Malaisie ont mis en place des fonds de développement des compétences auxquels les acteurs du secteur privé cotisent, et ceux-ci ont relativement réussi à améliorer les compétences des employés.<sup>8</sup> Souvent, ce type de formation se fait de façon quasi-volontaire par les entreprises concernées en réponse aux exigences en matière de localisation de la main-d'œuvre, afin de surmonter le problème critique du manque de compétences appropriées.

### 3.3 Conclusions sur les exigences de performance

Avant de s'aventurer à des conclusions sur l'utilisation des exigences de performance pour favoriser les objectifs des gouvernements autour de la création de champions nationaux et la création de valeur nationale, il est important d'indiquer que ce ne sont pas les seuls outils politiques disponibles. L'Overseas Development Institute (ODI) (n.d.), par exemple, présente une longue série de moyens par lesquels les fournisseurs de services d'ingénierie pourraient être incités à innover en matière de performance socioéconomique, y compris l'extension des dispositions en matière de dépenses de coûts recouvrables.

Cela dit, les exigences de performance peuvent être un élément important des efforts de l'Etat visant à nouer des liens autour des principales matières premières et à offrir des avantages sociaux et environnementaux au plan local.

<sup>7</sup> *Nigerian Content Development Bill, 2003, Section 12.* Le projet de loi n'a pas été adopté en loi.

<sup>8</sup> CNUCED 2003: 31.

L'analyse ci-dessus a montré que nombre de ces outils ont été utilisés avec succès à cet effet. Bien qu'il y ait eu de nombreuses expériences aussi bien négatives que positives, cela ne valide pas le point de vue du Consensus de Washington selon lequel ces outils ne doivent pas être utilisés – une vue qui sous-tend les interdictions rencontrées dans le droit de l'investissement, comme on l'explique ci-dessous. Au contraire, elle exige une focalisation sur la façon de bien faire le travail. Le faire n'est pas un exercice de formules, et les bons outils diffèrent d'un pays à l'autre, d'un secteur à l'autre. Mais l'expérience sur laquelle on s'appuie ci-dessus sera utile pour identifier les problèmes et questions clés.

Une leçon importante de la pratique est que les exigences de performance suffisent rarement en elles-mêmes, elles doivent être utilisées dans le cadre d'une série de mesures complémentaires. Cela est particulièrement évident dans le cas où elles exigent le recours à des fournisseurs locaux ou des travailleurs locaux, auquel cas il est impératif que des efforts parallèles soient soutenus pour renforcer les capacités nécessaires afin de respecter ces quotas d'une manière qui marche aussi bien pour les entreprises réglementées que pour les acteurs nationaux favorisés.

Un autre enseignement est l'importance de trouver le juste équilibre. Les prescriptions des exigences de performance doivent être assez fortes pour avoir un impact, mais pas au point de rendre le modèle opérationnel non viable. Trouver le juste équilibre est difficile et on ne peut que s'en approcher en consultation avec les acteurs concernés : les entreprises réglementées, les fournisseurs ou les transformateurs locaux, les associations de travailleurs, etc. Ce genre de consultation n'est pas une recette magique en soi, mais c'est un ingrédient essentiel de la réussite.

## 4.0 Les questions juridiques

Compte tenu de la diversité des questions et des options décrites ci-dessus, cette section examine les liens entre ces options sur les champions nationaux et les options sur les exigences de performance susceptibles d'être plus avantageuses (avec les politiques d'accompagnement de droite) et les contraintes du droit international imposées par les traités internationaux sur l'investissement. Elle commence par une brève introduction sur ces traités d'investissement, en mettant l'accent sur une description générale de leur contenu et de leur prévalence dans la région. Nous passons ensuite à l'examen de la façon dont ces instruments se rapportent à la propriété et aux approches liées à l'équité des champions nationaux énoncées ci-dessus et aux exigences de performance.

### 4.1 Qu'est-ce que les traités d'investissement?

Les traités d'investissement sont des accords internationaux entre les gouvernements qui créent des obligations pour les Etats relatives à la façon dont ils traitent les investisseurs de l'autre partie au traité. Ils peuvent être des accords autonomes entre deux états, généralement connus sous le nom de traités d'investissement bilatéraux ou TIB. Par ailleurs, ils peuvent être des accords régionaux, comme on en trouve actuellement l'application à la région de la SADC et l'accord en attente d'entrée en vigueur du COMESA. Les traités d'investissement peuvent également être trouvés au sein de traités généraux de libre-échange conclus soit au niveau bilatéral soit au niveau régional. En effet, il devient de plus en plus commun pour les accords de libre-échange d'inclure des chapitres sur l'investissement qui se rapprochent étroitement des TIB en termes de portée et de contenu.

A ce jour, environ 3000 traités d'investissement sont en vigueur à l'échelle mondiale. Dans la région, un examen de la base de données de la CNUCED sur les traités d'investissement indique l'existence de 137 traités dont les Etats sont parties. Parmi eux, seuls trois lient les Etats de la région: Burundi - Comores, Burundi - Kenya, Erythrée - Ouganda. Ainsi, les 134 autres traités lient les Etats de la région et de l'extérieur de la région. Une liste complète se trouve à l'Annexe 1.

En outre, certains Etats peuvent devenir parties à deux accords régionaux sur l'investissement: l'Accord d'investissement pour la zone d'investissement commune du COMESA, qui n'a pas encore été ratifié et n'est pas en vigueur, mais qui a le potentiel de regrouper 12 Etats de la région en tant que parties;<sup>9</sup> et le Protocole de la SADC sur les finances et l'investissement, qui est entré en vigueur. Quatre Etats de la région, la RDC, Madagascar, les Seychelles et la Tanzanie sont/pourraient être parties à ce traité d'investissement de la SADC.

De plus en plus, les traités d'investissement sont en cours de négociation en tant que points de négociations plus larges des accords de libre-échange ou dans le cadre des processus d'intégration régionale, dont les accords de la SADC et du COMESA constituent des illustrations.

Compte tenu de ces différentes sources et formes, les traités d'investissement sont maintenant davantage définis par leur contenu que la forme qu'ils prennent. La section suivante présente une introduction à ce contenu.

<sup>9</sup> Burundi, Comores, Djibouti, Erythrée, Ethiopie, Kenya, Madagascar, le Rwanda, les Seychelles, la Tanzanie, l'Ouganda. Le statut du Soudan du Sud dans le cadre du processus du COMESA n'a pas été examiné dans le présent document.

## 4.2 Le contenu et la structure des traités d'investissement<sup>10</sup>

The content and structure of investment treaties can be broken into two parts, both equally important. These are the substantive provisions and the dispute settlement mechanism.

### 4.2.1 *Les dispositions fondamentales*

Les dispositions fondamentales trouvées dans la plupart des traités d'investissement, qui sont les plus pertinentes pour les questions abordées dans le présent document, sont les suivantes:

**Le traitement national** : Les parties à un traité promettent que les investisseurs qui viennent de l'autre partie seront assurés d'un traitement « non moins favorable » que les investisseurs de l'Etat d'accueil (l'Etat où l'investissement doit être situé). Cette disposition ne signifie pas toujours que le traitement doit être identique, mais l'impact des différences ne peut pas être de nature à créer un environnement moins favorable pour l'opérationnalisation de l'investissement par rapport aux entreprises à capitaux nationaux. La législation et les politiques applicables à un investissement ne peuvent pas faire preuve de discrimination fondée sur le pays d'origine de l'investisseur.

**Le traitement de la nation la plus favorisée** : La disposition sur la nation la plus favorisée (NPF) jouit d'un précédent de longue date dans le droit commercial. En termes de droit d'investissement, elle signifie que le gouvernement ne peut pas traiter un investisseur de l'Etat du traité moins favorablement que celui que le traitement qu'il accorde à tout investisseur de tout autre pays tiers. Il est donc l'équivalent de l'obligation de traitement national pour les Etats, mais s'applique en comparaison à d'autres investisseurs.

De nombreux observateurs estiment que la clause NPF a été initialement conçue pour s'appliquer à la façon dont l'Etat d'accueil considère un investisseur ou son investissement dans son droit et sa politique interne. Cependant, les tribunaux arbitraux l'ont également interprétée pour inclure des obligations dans un autre traité d'investissement dont l'Etat d'accueil est également partie et qui sont imposées aux investisseurs d'un autre Etat. Par conséquent, cette disposition est devenue une obligation très large et souvent controversée dans de nombreux cas.

**Les droits d'établissement/d'Accès au marché** : La question du droit des investisseurs étrangers à établir un investissement est étroitement liée aux deux obligations ci-dessus. Pour la plupart, les traités d'investissement qui s'appliquent actuellement dans la région ne créent pas de droits spéciaux pour les investisseurs ou des obligations aux Etats avant la création ou l'acquisition d'un investissement.

Toutefois, certains accords dans la région stipulent uniquement que les investisseurs étrangers peuvent avoir les mêmes droits pour l'établissement d'une entreprise dans les mêmes conditions qui seraient appliquées aux investisseurs nationaux. Ces dispositions sont connues diversement en tant que dispositions sur l'accès au marché (c.-à-d., sur le marché de l'investissement dans le futur pays d'accueil), les droits d'établissement ou de pré-établissement.

Plusieurs commentateurs moins informés ont fait valoir que l'inclusion desdites dispositions dans un traité signifie l'absence d'obligations qui s'appliquent à la réalisation de ces investissements étrangers. Il s'agit d'une théorie incorrecte. Toutefois, en exigeant le traitement national dans la réalisation des investissements, ces dispositions peuvent empêcher le recours à des obligations particulières ou l'imposition de limitations et de restrictions spécifiquement sur les investisseurs étrangers, y compris les exigences pour les partenaires de joint-venture, les parts de transport gratuit et des exigences de performance. Ainsi, le délai d'application du traitement national et des

<sup>10</sup> Cette section fournit un bref résumé d'un texte d'introduction plus large préparé par l'IIDD en 2011. (Bernasconi-Osterwalder *et al.*, 2011).

dispositions NPF devient un facteur essentiel. Surtout, alors que la majorité des anciens traités impliquant des Etats régionaux ne comprennent pas ces obligations, les traités les plus récents les incluent. Les Etats africains peuvent anticiper une pression grandissante pour l'inclusion desdites dispositions dans les futurs traités et doivent donc être conscients de leurs conséquences.

**L'interdiction sur les exigences de performance** : L'inclusion éventuelle d'une disposition expresse sur l'utilisation de critères de performance est étroitement liée à l'inclusion des droits de pré-établissement dans un traité. Dans certains cas, ces interdictions répètent ou reflètent les dispositions contenues dans l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (« Accord sur les MIC »). Cependant, certains textes ont une approche MIC-plus, en imposant des niveaux plus élevés de restrictions sur la façon dont les Etats peuvent influencer les opérations d'un investissement en imposant des exigences de performance. L'inclusion d'une disposition qui restreint ou interdit l'imposition de critères de performance aura évidemment un impact sur les types de mesures décrites ci-dessus.

Les théories concurrentes soutiennent que toute imposition sur l'investisseur limitera sa liberté pour maximiser l'efficacité et les profits. D'autre part, une interdiction sur les exigences de performance dans un traité empêchera un gouvernement d'être en mesure d'utiliser certains des outils liés au développement les plus importants susceptibles d'être mis à sa disposition.

**L'expropriation** : Tous les traités d'investissement comprennent une disposition visant à protéger les investisseurs étrangers des expropriations sans compensation. Il s'agit d'une précision importante: ces traités n'interdisent pas les expropriations mais imposent certaines conditions, la plus importante étant une compensation à l'investisseur pour la valeur de l'investissement exproprié. Il existe trois types d'expropriations qui sont potentiellement traités par des dispositions sur l'expropriation: les expropriations directes, indirectes et réglementaires.

Une expropriation directe désigne celle où la propriété d'un investissement ou les actifs d'un investissement sont transférés à l'Etat ou sous force de loi à un tiers. L'expropriation indirecte désigne celle où un gouvernement ne transfère pas la propriété, mais prend effectivement en charge la gestion et la direction de l'investissement et déplace les droits effectifs du propriétaire. L'expropriation réglementaire est une notion si controversée que de nombreux traités rédigent maintenant des formulations spéciales soit pour la limiter dans les traités ou l'exclure complètement. Le concept est destiné à être un règlement légitimement adopté pour protéger l'environnement, la santé humaine, la protection des consommateurs et d'autres mesures appropriées pour protéger ou promouvoir le bien-être public, et n'ayant aucune incidence sur la propriété ou la gestion de l'investissement, est susceptible de demeurer une expropriation en cas d'influence sur la valeur économique de l'investissement. Certains arbitrages ont appliqué cette approche, tandis que d'autres l'ont rejetée avec la même ferveur. En conséquence, les traités, tels que le traité d'investissement régional du COMESA, comprennent désormais des dispositions pour indiquer expressément que lesdites réglementations ne constituent pas une expropriation en vertu du traité.

**Le traitement juste et équitable** : La norme du traitement juste et équitable (FET) est fortement trompeuse à bien des égards. Dans son usage social normal, elle semble assez simple: quel Etat ne promettrait pas qu'il traitera les investisseurs étrangers de manière juste et équitable? Cependant, une fois inclus dans un traité, le FET devient une norme juridique qui a été la cible de significations très élargies dans plusieurs arbitrages. La norme peut comprendre des éléments de régularité, la transparence et les mesures non arbitraires. Selon certains tribunaux et les textes des traités, elle comprend également un concept sur le respect des attentes légitimes de l'investisseur, une notion subjective qui a été utilisée pour créer des obligations sur les Etats en ce qui concerne les déclarations de l'investisseur réputé s'y être fié lors de la réalisation de l'investissement.

Bien que les évaluations initiales aient suggéré que cette norme exigerait des seuils élevés de faute du gouvernement, (Mann & von Moltke, 1999) dans la pratique de nombreux tribunaux ont appliqué des seuils très bas, transformant cette norme en celle qui est devenue la plus utile pour les investisseurs dans la recherche de dommages-intérêts pour des mesures prises par les gouvernements. En raison de son caractère imprévisible lors d'un arbitrage, certains Etats ont décidé de ne plus inclure cette norme dans leurs traités, ou d'inclure des versions très restrictives de celui-ci.<sup>11</sup>

**La clause générale** : Une clause générale est une disposition qui stipule essentiellement que le gouvernement doit respecter les engagements pris envers un investisseur, et transforme ainsi ces engagements en une partie de l'essence du traité d'investissement. Diverses interprétations très larges expliquent les significations de ces dispositions dans certains arbitrages et les procédures d'évaluation de l'engagement d'un Etat. Certains tribunaux ont été extrêmement ouverts sur la façon dont elles pourraient être constituées, y compris les déclarations générales par le gouvernement par rapport à un investissement. D'autres ont jugé que seuls les accords spécifiques par écrit ou de la législation peuvent être couverts dans la norme du traitement juste et équitable (TJE) dans ce cas. Dans les deux cas, en cas de jumelage d'une clause générale avec une clause de stabilisation dans un contrat d'investissement ou dans le droit interne de l'Etat d'accueil, une puissante combinaison est formée pour empêcher l'action du gouvernement qui n'est pas conforme à la disposition de stabilisation.

De nombreux Etats ont décidé de ne pas inclure lesdites dispositions dans les futurs traités. Dans d'autres cas, des formulations sont utilisées afin de s'assurer que seuls les accords écrits spécifiques à un investissement puissent être invoqués. En cela, de nombreux parallèles existent avec la notion de confiance légitime associée aux questions de FET décrites ci-dessus.

**Le personnel** : La plupart des traités d'investissement comprennent des dispositions qui permettent à l'investisseur étranger de recruter du personnel à partir de son pays d'origine ou d'autres pays. L'objectif de l'investisseur consiste à avoir le maximum de flexibilité pour recruter du personnel et des administrateurs supérieurs de classe mondiale. En fonction des procédures de formulation des dispositions, la disposition peut permettre au personnel de direction et/ou à d'autres employés hautement qualifiés d'être recrutés. Bien qu'il s'agisse d'un problème important pour les investisseurs, la formation des employés nationaux et du personnel de direction plus qualifiés est un élément important dans de nombreux systèmes d'exigence de performance. Ainsi, la manière dont ces dispositions sont formulées peut être très importante pour les gouvernements qui cherchent à promouvoir des niveaux plus élevés de transfert de compétences.

**Note sur les exclusions** : De plus en plus, les traités d'investissement comprennent des dispositions et des annexes contenant les exclusions de l'application du traitement national, le traitement NPF, et d'autres dispositions, ou certaines catégories de mesures telles que celles visant à promouvoir l'autonomisation économique des groupes ethniques qui étaient auparavant exclus. Dans certains cas, ces exceptions peuvent être très efficaces, mais il est essentiel qu'elles soient conçues avec soin. Bien que les clauses d'exclusion puissent être très utiles, elles ne devraient pas être considérées comme un remède pour les obligations fondamentales rédigées de manière inadéquate des Etats. Les deux dispositions qui créent des obligations pour les Etats et celles qui conçoivent les exclusions doivent être rédigées de manière adéquate afin de maximiser les possibilités de profits de l'IED.

Note sur les obligations des investisseurs: Enfin, un nombre croissant d'études et de travaux universitaires suggèrent de passer à l'inclusion des obligations des investisseurs dans le texte des traités d'investissement. Le modèle de traité bilatéral d'investissement de la SADC de 2012 contient des dispositions modèles à cette fin.

<sup>11</sup> Il s'agit de la recommandation formulée dans le Modèle de traité d'investissement bilatéral de la SADC de 2012.

Alors que ces dernières sont absentes des traités liant des Etats membres dans cette région, le modèle est invoqué pour leur examen. Les questions abordées dans le modèle sont fortement compatibles avec le type de questions favorables au développement abordées dans le présent document. En particulier, un fort accent est mis sur la contribution de l'investissement au développement économique et social du pays d'accueil. Lesdites dispositions sont semblables à celles en cours d'élaboration dans de nombreuses lois nationales portant sur les conditions d'entrée des IDE, en particulier dans le secteur des industries extractives.

#### **4.2.2 Le mécanisme de règlement des différends**

Un élément central de presque tous les traités d'investissement qui s'appliquent dans la région et dans le monde aujourd'hui est l'inclusion d'un droit spécial à l'arbitrage international accordé aux investisseurs de réclamer des dommages pour des mesures prétendument incompatibles avec les obligations découlant des traités sur les Etats. Certains traités peuvent aller plus loin que ces derniers et aussi permettre l'arbitrage international pour « toute question » relative à un investissement, ou en cas de violations alléguées des contrats ou autres accords conclus entre l'Etat d'accueil et l'investisseur. De cette façon, le soi-disant processus de règlement des différends investisseur-Etat peut être un outil très large pour les investisseurs, ce qui leur permet de contourner les tribunaux nationaux en faveur de l'arbitrage international.

Le premier arbitrage a été engagé en 1987 contre le Sri Lanka, mais le processus a connu une utilisation limitée jusqu'à ce que le chapitre de l'Accord de libre-échange nord-américain sur l'investissement stimule une série d'arbitrages à la fin des années 90. Aujourd'hui, plus de 600 fameux arbitrages investisseur-Etat ont eu lieu à travers le monde, transformant l'arbitrage investisseur-Etat en un processus de règlement des différends le plus jamais utilisé en vertu du droit international. Les traités prévoient un droit automatique pour les investisseurs d'utiliser le processus. Tous les secteurs ont été touchés par ces arbitrages, avec environ 25% d'entre eux traitant directement avec les mines, le pétrole et le gaz. Par ailleurs, la valeur des créances et des prix dans les arbitrages miniers, pétroliers et gaziers dépasse de loin celle de tous les autres secteurs (Cameron, 2014), ce qui fait de l'ISDS une question essentielle pour l'examen attentif des Etats au cours de la négociation des traités d'investissement.

La capacité des investisseurs à lancer ces revendications a créé une préoccupation relative au « gel de la réglementation » dans de nombreux domaines de la politique publique. Nous entendons par là que les investisseurs utilisent fréquemment la menace du dépôt d'un arbitrage pour tenter de dissuader un gouvernement de prendre des mesures susceptibles de leur être préjudiciables ou à leur investissement. L'exemple se constate en particulier en ce qui concerne les mesures de protection de la santé humaine et de l'environnement, les évaluations de contrats et les renégociations mandatées et les hausses d'impôts.

Deux éléments particuliers du processus investisseur-Etat rendent ces menaces potentiellement imminentes. La première est le foisonnement d'interprétations différentes des dispositions clés mentionnées ci-dessus dans les décisions arbitrales, dans certains cas, des interprétations qui ne peuvent pas être conciliées les unes avec les autres. En conséquence, il est impossible de prédire avec une grande certitude quelle interprétation adoptera un tribunal du fait que cela dépend des trois personnes qui composent le tribunal et leurs approches particulières à l'interprétation des traités d'investissement.

Le deuxième élément est que les sentences arbitrales ne peuvent pas être portées en appel et ne peuvent donc pas être inversées simplement parce qu'elles ne sont pas juridiquement fondées en droit. Les juridictions nationales en mesure d'examiner les allocations ont une base très limitée pour le faire en vertu des lois nationales sur l'arbitrage. Une compréhension cohérente est partagée par les pays selon laquelle les juges ont remarqué depuis longtemps

que l'erreur de droit n'est pas un motif pour infirmer ou refuser d'exécuter une sentence arbitrale, même pour des centaines de millions de dollars. La raison fondamentale est que les lois et les traités d'arbitrage en vertu desquels ces examens peuvent avoir lieu accordent une valeur plus élevée à la finalité qu'à l'exactitude du droit. Les origines de cette controverse se trouvent dans les arbitrages commerciaux entre particuliers. Mais la même approche est maintenant appliquée aux arbitrages contre les gouvernements sur les questions de droit public, conduisant à des décisions définitives qui obligent les Etats à payer des dommages-intérêts fondés sur des allocations jugées erronées selon le droit. En bref, les arbitres ont le droit de se tromper, et les gouvernements passibles de versement d'allocations doivent encore payer des dommages-intérêts

Tel qu'indiqué, plus de 600 fameux arbitrages contre les Etats se sont déroulés dans le cadre de ce processus, avec environ 25% dans les secteurs minier, pétrolier et gazier. Un examen rapide de certaines bases de données qui couvrent ces différends indique que 13 ont été prononcés contre les Etats régionaux, dont cinq dans le secteur de l'exploitation minière, pétrolière et gazière. Ce pourcentage est un peu plus élevé que le taux global, un fait qui peut facilement être expliqué par le rôle disproportionné de ces secteurs dans l'attrait des investisseurs étrangers.

Comme note finale sur le système Etat-investisseur en général, il est important de relever à nouveau que les arbitrages sont initiés directement et à la seule discrétion des investisseurs. Les Etats d'origine des investisseurs n'ont pas à approuver ces arbitrages et n'y sont pas impliqués. Par conséquent, le fait que les accords soient établis avec un Etat ami importe peu, du fait que l'autre partie au traité n'a pas de voix dans l'initiation d'un arbitrage ou sa conduite.

Après cet aperçu sur la signification des traités d'investissement et la nature de leurs principales dispositions, nous passons maintenant à la façon dont ils se rapportent spécifiquement aux questions relatives aux champions nationaux et aux exigences de performance. Nous examinons en particulier

With this background on what investment treaties are and what the key provisions are, we now turn to how they relate specifically to the national champions and performance requirements issues. We look specifically at

- L'imposition des différents types d'options liées à la propriété-avant l'établissement d'un investissement;
- L'imposition des différents types d'options liées à la propriété-après l'établissement d'un investissement; et
- L'utilisation de critères de performance.

### 4.3 Les traités d'investissement et les principales mesures de propriété et liées à l'équité – Avant l'établissement

Le point de départ de cette analyse à partir d'un point de vue juridique est tout à fait clair: dans le cadre des principes généraux du droit international et du droit international coutumier, les Etats ont le droit absolu de déterminer si oui ou non, et à quelles conditions, permettre aux investisseurs étrangers d'entrer dans leurs marchés. Il n'existe pas de droit général pour les investisseurs d'un état à investir dans l'autre. Cette situation prévaut si un Etat a conclu un ou plusieurs traités qui limitent leurs droits à cet égard.

Par conséquent, si un engagement de traité a été pris de ne pas le faire, les gouvernements peuvent limiter ou soumettre à condition l'accès à l'investissement dans des secteurs qu'ils souhaitent. Ces derniers comprennent bien entendu des ressources naturelles et des secteurs de l'industrie extractive. La question devient alors quels types de dispositions pourraient limiter la capacité des gouvernements à limiter ou à conditionner l'investissement étranger?

D'une manière générale, pour le point de départ initial du droit des Etats à contrôler la limitation de tous les investissements sur leur territoire, un traité d'investissement devra contenir une disposition qui stipule le droit d'un investisseur étranger à investir dans le territoire de l'autre Etat partie. Cette question renvoie à la discussion sur le pré-établissement ou les droits d'accès au marché dans la section précédente. La plupart des traités de la région ne contiennent pas de telles dispositions, mais des pressions croissantes sont exercées par les négociateurs des pays développés pour leur inclusion. Cela est particulièrement vrai pour les pays disposant de grandes industries extractives qui sont actifs dans les pays en développement. Le Canada en est une illustration, et les Etats-Unis s'y sont régulièrement attelés depuis de nombreuses années. En effet, les trois traités entre les Etats de la région et les Etats-Unis (Rwanda et RDC) et le Canada (Tanzanie) semblent être les seuls contenant des droits de pré-établissement.

Ainsi, sous réserve d'un réexamen de tous les traités actuellement en vigueur dans la région, quelques traités limitent la marge de manœuvre des gouvernements en termes d'interdiction de la propriété étrangère des secteurs désignés ou d'imposition d'autres formes de restrictions à la propriété. Toutes les options décrites ci-dessus pour établir des limites à l'investissement étranger dans le but de promouvoir des champions nationaux sont, par conséquent, largement disponibles.

Il convient de relever que, même si un traité comprend les droits d'accès au marché pour les investisseurs étrangers, il est très commun pour les Etats d'établir des exceptions ou des réserves à ces droits. Par exemple, le traité d'investissement 2013 entre la Tanzanie et le Canada contient une exclusion pour toutes les mesures existantes non-conformes à cette norme, préservant ainsi toutes les lois existantes qui font appel aux restrictions de l'appropriation locale dans tous les secteurs. Par ailleurs, les deux gouvernements peuvent planifier des secteurs ou sous-secteurs qui ne seront pas soumis aux obligations de traitement national sur l'accès au marché. Il est donc important que les gouvernements comprennent bien les mécanismes disponibles pour préserver l'espace politique souhaité dans différents secteurs, y compris ceux où la notion de champions nationaux est une option politique à travers n'importe quel mécanisme décrit précédemment, ou que les droits de propriété nationaux font partie du mélange de politique pour l'autonomisation économique ou d'autres raisons.

Il est important de relever qu'il y aura l'augmentation des pressions sur les Etats africains pour l'octroi des droits d'accès au marché aux investisseurs, en particulier dans les secteurs des ressources naturelles et des industries extractives. Le Canada a exercé une pression sur certains Etats en retenant les ressources de l'aide étrangère, sauf si ces droits sont accordés dans les traités d'investissement. Les Etats-Unis sont également de plus en plus agressifs, et la Commission européenne a mis en place l'accès aux marchés pour ses investisseurs en tant qu'une question centrale dans les négociations commerciales et d'investissement, y compris l'interdiction de la joint-venture et d'autres prescriptions relatives à la propriété.

La mesure dans laquelle l'UE réagit à cette question peut être constatée dans le projet d'accord-d'échange Canada-UE. Dans le chapitre de ce texte d'investissement, l'UE a proposé, et il semble que le Canada soit d'accord en termes généraux, l'interdiction expresse aux Etats parties d'établir des monopoles, des prescriptions concernant les joint-ventures, des niveaux d'actionnariat maximum pour les investisseurs étrangers, ou des limites quantitatives à la valeur des participations étrangères.<sup>12</sup> Comme ces outils ne sont généralement pas utilisés dans les secteurs commerciaux au Canada ou dans l'UE, l'explication la plus probable pour ces projets de dispositions est le désir de les étoffer pour une utilisation dans d'autres traités où de tels outils existent et sont en croissance. L'Asie et l'Afrique sont clairement les endroits les plus susceptibles où ils seront amenés pour une utilisation future, et en cas d'utilisation, ils excluraient

<sup>12</sup> Le projet de texte du chapitre de l'Accord Canada-UE sur le Commerce et les investissements a été divulgué en novembre 2013. Les dispositions mentionnées ici sont dans le projet d'Art. X.4.

expressément presque tous les types d'approches pour l'établissement de champions nationaux, ainsi que la plupart des formulations potentielles des mesures des lois du type Black Economic Empowerment.

#### **4.3.1 Les options pour préserver l'espace politique**

Compte tenu de l'impact potentiel de ces questions sur le développement de champions nationaux, c'est un domaine où les fonctionnaires devront accorder beaucoup d'attention à l'élaboration des règles appropriées. Les Etats disposent de plusieurs options en termes de mise en place et de maintien des exigences nationales en matière de propriété sous diverses formes, qu'il s'agisse des entreprises publiques, des entreprises privées à capitaux nationaux, ou des prescriptions concernant les joint-ventures, les exigences de transport gratuit pour l'actionnariat gouvernemental, des programmes d'autonomisation économique ou d'autres outils similaires. Ces options comprennent:

- La poursuite de la non-inclusion des droits d'accès au marché, sous quelque forme dans les traités d'investissement, tout en reconnaissant que cette approche préserve la marge de manœuvre maximale pour les Etats et qu'elle est parfaitement conforme au droit international.
- L'inclusion des dispositions sur l'accès au marché, mais la garanti de la présence d'exceptions pour les mesures en vigueur qui font créer lesdites restrictions, ainsi que pour les secteurs dans lesquels il est probable que lesdites restrictions pourraient être prises. Il est à noter que ces exceptions sont très fréquentes et ne sont en aucune façon considérées comme ayant un impact négatif sur les Etats en cas de conception d'une manière transparente. Par ailleurs, en cas d'utilisation de cette approche, il est essentiel qu'une nouvelle disposition soit incluse dans le traité permettant des modifications sur ces mesures préservées, tout en conservant leur statut préservé.
- L'inclusion des dispositions sur l'accès au marché, mais à travers une approche de liste positive telle qu'actuellement utilisée dans l'Accord général de l'OMC sur le commerce des services. Selon cette approche, seuls les secteurs effectivement énumérés dans une annexe sont soumis aux droits d'accès aux marchés. Il est également possible dans le cadre de cette approche d'exclure les sous-secteurs et des mesures spécifiques susceptibles de restreindre les droits d'accès au marché.
- L'inclusion des dispositions sur l'accès au marché sur la base d'une annexe sur les secteurs inclus ou exclus, mais permettant des modifications unilatérales des annexes, offrant ainsi à chaque Etat des options individuelles pour étendre ou restreindre les orientations futures. Cette approche se retrouve dans la CCIA, soumise à l'obligation selon laquelle le plein statut et les droits de tout investissement déjà établi ne peuvent pas être autorisés en raison d'un changement dans l'état ouvert/fermé du secteur. (Le traitement des investissements effectués est discuté dans la section ci-dessous.)
- La disponibilité de dispositions relatives à l'accès au marché, mais leur exclusion de toute forme de règlement des différends investisseur-Etat. L'accord d'investissement du COMESA adopte cette approche, de même que le traité (2013) d'investissement entre le Canada et la Chine récemment signé.

D'autres options peuvent également être envisagées. Fait à noter, le Modèle de traité d'investissement bilatéral de la SADC recommande d'abord aux Etats membres de ne pas inclure les droits d'accès au marché dans les négociations sur les traités d'investissement.

#### 4.4 Les traités d'investissement et les principales mesures sur la propriété et liées à l'équité - après l'établissement

La situation juridique change de manière fortement considérable lorsque les restrictions ou les interdictions à la propriété sont créées par rapport à un investissement déjà établi par un investisseur étranger avec des droits issus de traités d'investissement.

Différents types de mesures avec application rétroactive aux investissements existants peuvent soulever différents types de questions, y compris la violation des obligations de traitement national, FET, et les dispositions relatives à l'expropriation.

En cas de nationalisation d'un investissement étranger, par exemple, afin de créer un champion national détenu par le gouvernement, il s'agirait d'une forme classique d'expropriation, et la compensation requise par le traité applicable ferait partie de l'obligation de l'Etat. Les traités internationaux exigent souvent des indemnités plus élevées que l'on trouve dans les régimes juridiques nationaux. On peut rappeler ici que l'expropriation n'est pas illégale en vertu des traités d'investissement, tant que le niveau requis de l'indemnité est payé.

Une mesure qui oblige la vente d'un placement en totalité ou en partie à un investisseur local, par opposition au gouvernement ou une entreprise appartenant à l'Etat, afin de respecter les exigences de propriété canadienne serait également considérée comme une expropriation, même si elle n'est pas achetée par l'Etat. La raison en est qu'il s'agit d'une vente qui serait nécessaire de se dérouler conformément à la loi. Le gouvernement peut être tenu de payer une indemnité ou pas dans ce cas, en fonction du montant de la participation à la propriété est effectivement vendu et le pourcentage potentiel de sa valeur aurait pu être avant la mesure d'expropriation ne soient pas rendus. Mais un investisseur pourrait bien avoir une réclamation en vertu d'un traité applicable à la différence entre ces deux évaluations.

Dans certains programmes, une partie de la participation dans une entreprise peut être transférée à un partenaire de joint-venture ou d'une entreprise appartenant à l'Etat ou à l'Etat lui-même. En cas de modifications du droit, par exemple, afin d'exiger un pourcentage donné de l'appropriation nationale, cela peut également créer une expropriation de la partie de l'investissement dont la propriété doit être transférée. Encore une fois, toute compensation exigée au gouvernement devrait être évaluée dans le contexte de la valeur de l'investissement avant la prise de la mesure et la valeur réelle reçue pour les actions.

Dans certains cas, les actions gratuites sont tenues par les gouvernements comme une condition de fonctionnement d'une industrie extractive. En effet, l'investisseur est tenu de verser le pourcentage défini de l'investissement au gouvernement. Cette politique serait aussi une expropriation si l'obligation a été mise en place après la création de l'investissement.

On peut noter dans ce cas que la rémunération peut être versée sous des formes autres que de l'argent si une relation appropriée est établie et maintenue avec l'investisseur. Par exemple, si un permis d'exploitation minière de 20 ans est étendu à 25 ans, il peut s'agir de la valeur de la compensation requise. Il revient au gouvernement et à l'investisseur de rechercher les moyens de le régler, si possible, surtout quand une relation continue est souhaitée. Cependant, à la fin, si un investisseur n'est pas satisfait de la valeur de la rémunération reçue, il peut initier l'arbitrage en vertu d'un traité si l'un est applicable.

En plus de soulever des questions d'expropriation en vertu d'un traité, les mesures qui ciblent des sociétés étrangères pour une certaine forme de cession de tout ou partie de la participation de la propriété peuvent aussi soulever des

questions relatives au traitement national et du FET. Les questions de traitement national se posent en raison du fait que seules les entreprises à capitaux étrangers sont tenues de céder la participation au capital. Le but de la mesure n'est pas en cause dans ce cas: il est tout simplement le fait d'une mesure destinée à des investisseurs étrangers.

Une violation de la disposition relative au FET dans un traité peut également résulter de ces mesures. Cela est particulièrement vrai lorsque l'investissement est basé sur un contrat ou une convention ou un permis de concession avec l'Etat d'accueil qui ne rend pas cette exigence publique. Encore une fois, la compensation serait le recours exigé de l'Etat en vertu d'un traité.<sup>13</sup>

En résumé, le caractère d'intérêt général de ces exigences ne ferait pas disparaître l'obligation d'indemnisation. Toutefois, un Etat qui cherche à avoir une relation à long terme avec l'investisseur peut engager des négociations sur le montant de l'indemnité et la manière dont elle pourrait être versée, y compris des moyens non monétaires comme une prolongation de la durée d'un permis. Cependant, tel que noté, en l'absence d'un accord entre les parties, l'investisseur serait en mesure de recourir à l'arbitrage en vertu d'un traité applicable s'il existe.

#### **4.4.1 Les options pour préserver l'espace politique**

Les options pour la préservation de l'espace politique pour les mesures liées à la propriété qui sont établies après un investissement sont quelque peu plus difficiles à aborder. Au niveau fondamental de l'équité, la modification de la structure de propriété d'un placement après sa réalisation est difficile. Cette modification sans la compensation lorsque les coûts pour l'investisseur sont importants présente une situation très difficile. Cette procédure n'entend pas nier ou minimiser l'importance des raisons de l'effectuer, mais illustre les difficultés à équilibrer des fins publiques légitimes avec les coûts individuels qu'elle pourrait imposer aux investisseurs.

La nécessité de négocier avec l'investisseur est de la plus haute importance dans ce genre de circonstances pour un niveau de paiement et le mode de paiement, y compris les options telles que les permis étendus.

Au niveau de la rédaction, certains traités ont créé des exclusions pour les programmes d'autonomisation économique des Noirs ou pour des raisons de développement similaires. Une disposition de modèle sur ce cas se trouve dans le modèle de TIB de la SADC.<sup>14</sup> Cependant, il est très rare que ces exclusions couvrent une expropriation directe des types discutés dans le présent document. Les exclusions du FET et le traitement national sont plus faciles à rédiger par une exclusion des secteurs de l'extraction ou de certains types de mesures liées à ces secteurs, mais ne surmonteraient pas la possibilité qu'une expropriation ne soit trouvée.

Si un traité comprend des formulations alternatives sur la pleine valeur marchande pour la définition de l'indemnité d'expropriation, en tant qu'« une indemnisation juste et adéquate » que l'on trouve dans le modèle de traité d'investissement bilatéral de la SADC,<sup>15</sup> il peut y avoir une certaine latitude pour faire valoir que les facteurs historiques doivent être pris en compte pour l'évaluation du niveau de la rémunération. L'efficacité de cette approche peut aussi dépendre de l'ampleur et de la durée de connexion de l'investisseur à la propriété historique de l'investissement. Un investissement plus récent par un investisseur qui n'a aucun lien avec les injustices historiques (ou même plus

<sup>13</sup> Les dispositions FET ne contiennent pas de directives sur la façon d'établir les dommages comme le font les dispositions sur l'expropriation. On peut néanmoins s'attendre à une évaluation raisonnablement semblable des dommages et intérêts dans le contexte actuel.

<sup>14</sup> Art. 21.3: 21.3. « Nonobstant toute autre disposition du présent Accord, un Etat Partie peut prendre les mesures nécessaires pour remédier aux disparités économiques fondées historiquement subies par les groupes ethniques ou culturels identifiables en raison de mesures discriminatoires ou oppressives contre ces groupes avant la signature du présent Accord »

<sup>15</sup> Article 6, tel que mentionné en particulier dans les options 2 et 3 de l'Article 6.2.

récentes) fournira moins de base pour le recours aux facteurs ou aux exceptions axés sur l'ajustement de ces facteurs. Compte tenu du fait que la définition du niveau de rémunération est l'un des rares outils disponibles et réalistes pour la prise en compte de ces types de mesures après la réalisation d'un investissement.

En bref, après la réalisation d'un investissement, il est beaucoup plus difficile d'exiger des changements dans la propriété avant la réalisation de l'investissement. Il s'agit simplement d'une application logique des principes fondamentaux de l'équité. Dans une certaine mesure, ces types de mesures peuvent être exclus de l'application de certaines dispositions du traité, mais il serait extrêmement difficile de les exclure de l'article sur l'expropriation. Cependant, une rédaction plus ouverte de la norme de compensation peut offrir une certaine marge de manœuvre aux Etats.

## 4.5 Les traités d'investissement et les principales questions liées aux exigences de performance

L'imposition des exigences de performance par les Etats sur les investisseurs étrangers soulève certaines questions juridiques identiques à celles décrites ci-dessus, et certaines questions juridiques supplémentaires. Par ailleurs, la situation juridique est plus diversifiée pour les Etats régionaux. En effet, un nombre important de traités contiennent des dispositions relatives aux exigences de performance, mais ces dispositions varient de façon importante. En conséquence, l'analyse ci-dessous ne peut pas remédier à la situation juridique spécifique de chaque Etat à titre individuel - une analyse beaucoup plus spécifique serait nécessaire à cette fin. Néanmoins, en mettant en évidence les questions juridiques à rechercher, il est à espérer que l'analyse sera suffisamment convaincante pour permettre aux gouvernements individuels de se poser les bonnes questions lors de l'examen de ces questions.

Un échantillonnage des traités régionaux en vigueur donne un aperçu de la diversité des dispositions des traités souscrits par les Etats régionaux. Sur un échantillon de 60 traités bilatéraux, deux traités régionaux et des dispositions de l'OMC applicables au sein de la région, nous avons trouvé les approches suivantes:

### 4.5.1 *Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (« Accord sur les MIC »)*

Il s'agit d'un accord de référence au niveau de l'OMC. L'accent est mis sur les mesures commerciales ayant un impact en matière d'investissements, dont plusieurs décrites ci-dessus. La « Liste des exemples » dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC décrit les MIC qui sont en violation des dispositions de non-discrimination dans le GATT:

1. Les MIC qui sont incompatibles avec l'obligation de traitement national prévue au paragraphe 4 de l'article III du GATT de 1994 comprennent celles qui sont obligatoires ou exécutoires en vertu de la législation nationale ou des décisions administratives, ou dont le respect est nécessaire pour l'obtention d'un avantage, et qui nécessitent :
  - l'achat ou l'utilisation par une entreprise, de produits d'origine nationale ou d'une quelconque source nationale, soit en termes de produits particuliers, en termes de volume ou de valeur des produits, ou en termes de proportion du volume ou de la valeur de sa production locale ; ou
  - que les achats ou l'utilisation des produits importés d'une entreprise soient limités à un montant lié au volume ou à la valeur des produits locaux qu'elle exporte.

2. Les MIC qui sont incompatibles avec l'obligation d'élimination générale des restrictions quantitatives prévues au paragraphe 1 de l'article XI du GATT de 1994 comprennent celles qui sont obligatoires ou exécutoires en vertu de la législation nationale ou des décisions administratives, ou dont le respect est nécessaire pour l'obtention d'un avantage, et qui restreignent:

- l'importation, par une entreprise, de produits utilisés ou liés à sa production locale, générale ou à un montant lié au volume ou à la valeur de la production locale qu'elle exporte;
- l'importation, par une entreprise, de produits utilisés ou liés à sa production locale, en limitant l'accès aux devises à un montant lié aux entrées de devises attribuables à l'entreprise; ou
- l'exportation ou la vente pour l'exportation par une entreprise, de produits, que ce soit en termes de produits particuliers, en termes de volume ou de valeur des produits, ou en termes de proportion du volume ou de la valeur de sa production locale »

#### 4.5.2 *RD Congo - Etats-Unis*<sup>16</sup>

« Article II. 7. 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 nécessitent l'exportation de marchandises produites ou l'achat de biens ou de services au niveau local. Cette disposition ne fait pas obstacle au droit d'une partie d'imposer des restrictions sur l'importation de marchandises sur leurs territoires respectifs ».

Ce traité est préalable à l'ALENA et à la négociation de l'accord de l'OMC sur les MIC. Dans la Lettre de Soumission du traité au Congrès, le secrétaire d'Etat George P. Schultz explique que certaines dispositions du texte du Zaïre diffèrent à certains égards, à partir du modèle de texte américain à l'époque, y compris les exigences de performance: « Il n'a pas été possible d'obtenir l'engagement du Zaïre de ne pas imposer des exigences de performance comme conditions d'investissement, tel qu'exigé par le texte de notre modèle. Le Zaïre est l'un des nombreux pays en développement, qui impose des exigences aux investisseurs étrangers pour obtenir certains objectifs de développement. Par conséquent, nous avons accepté l'expression d'exhortation (article II, paragraphe 7) à l'effet que chaque Partie doit « s'efforcer » dans « le cadre de ses politiques et objectifs économiques nationaux » d'« éviter » l'imposition de l'exportation ou les exigences d'achats au niveau local ».

Les Accords de l'ALENA avec les Etats-Unis et le Canada n'ont pas généralement connu une sensibilité similaire aux objectifs et à la boîte à outils du développement.

#### 4.5.3 *Rwanda - USA et Tanzanie-Canada*

Contrairement à la souplesse de l'Accord RDC-USA, ces deux TIB plus récents imposent des obligations MIC-plus qui interdisent l'imposition de la plupart des mesures d'exigence de performance, tout en permettant à certaines exigences volontaires, c.-à-d. des exigences nécessaires pour obtenir un avantage spécifique. Par exemple, ils permettent des exigences volontaires pour investir dans des emplacements particuliers ou entreprendre des recherches et le développement dans le pays d'accueil. Le traité Rwanda-USA comprend une note supplémentaire d'une importance directe dans ce cas :

<sup>16</sup> [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us\\_demo\\_rep\\_congo.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us_demo_rep_congo.pdf)

« Pour plus de certitude, aucune disposition dans le paragraphe 1 ne peut être interprétée comme empêchant une partie, dans le cadre de l'établissement, de l'acquisition, de l'expansion, de la gestion, de la conduite, de l'exploitation, de la vente ou autre aliénation d'un investissement d'un investisseur d'une Partie ou d'une non-Partie sur son territoire, d'imposer ou d'appliquer une exigence ou de respecter un engagement ou une entreprise pour former les travailleurs sur son territoire, à condition que cette formation ne nécessite pas le transfert d'une technologie particulière, un processus de fabrication ou autre savoir-faire exclusif à une personne sur son territoire ».

Ces traités interdisent également l'obligation de transfert des technologies comme une exigence de la performance, du moins dans la mesure où elle se rapporte à des technologies spécifiques aux propriétaires. La portée entière de cette disposition n'a pas été testée dans un arbitrage dans la mesure où nous en sommes conscients.

#### 4.5.4 *Burundi-Allemagne*<sup>17</sup>

L'article 8 du traité Burundi-Allemagne pourrait capturer l'application des MIC par leur référence à d'autres traités internationaux qui donnent droit à un investisseur d'un traitement plus favorable que celui exprimé dans le traité bilatéral. C'est différent d'une clause NPF en ce qu'il applique d'autres accords entre les deux parties contractantes plutôt que des tiers.

« Article 8. Si la législation d'une Partie ou des obligations en vertu du droit international en vigueur à l'heure actuelle ou à l'avenir entre les Parties contractantes en plus du présent traité contient un règlement, général ou spécifique, accordant des investissements par des ressortissants du pays ou des sociétés de l'autre Partie contractante un traitement plus favorable que celui prévu par le présent traité, ce règlement, dans la mesure où il est plus favorable, prévaut sur le présent traité ».

Les accords Kenya-Royaume Uni et Burundi-Iles Comores contiennent des dispositions semblables, de même que plusieurs autres. Cette incorporation générale comprendrait probablement l'accord sur les MIC, même s'il semble tomber à court d'une incorporation réelle des MIC dans le texte des TIB en question. Une incorporation directe et expresse des MIC dans un texte TIB est constatée dans d'autres traités en dehors de la région, mais nous ne l'avons pas trouvée dans la révision partielle des TIB régionaux.

Un grand nombre de traités bilatéraux ne font aucune référence directe aux exigences de performance et n'ont pas l'incorporation directe ou indirecte des MIC dans un autre texte. Ces traités sont essentiellement muets sur la question, si le traitement national ou les obligations du MNF, comme nous le verrons ci-dessous, peuvent ainsi entrer en jeu.

#### 4.5.5 *Le CCI et le SADC FIP*

Aucun de ces deux accords régionaux applicables aux Etats membres de cette région ne contient de dispositions sur l'interdiction des exigences de performance. Le Protocole sur la finance et l'investissement de la SADC est axé effectivement dans l'autre sens, appelant à l'établissement de liens en amont et en aval et la génération de l'augmentation de l'emploi comme objectifs principaux où l'espace politique est préservé.

<sup>17</sup> [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany\\_burundi.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany_burundi.pdf)

#### 4.5.6 Conclusions

En comparant les deux derniers exemples aux précédents, il est évident que les traités made-in-Africa en général ne partagent pas la même approche de la limitation des exigences de performance que les traités entre Etats africains et non-africains, en particulier les états développés.

On peut noter aussi que les dispositions générales relatives au traitement national peuvent avoir une application sur le continent, car les conditions de performance sont souvent imposées aux investisseurs étrangers seulement. Que les dispositions relatives au traitement national s'appliquent à l'exploitation d'un investissement après sa réalisation, et les exigences de performance s'appliquent également pour la durée de vie de l'investissement, les dispositions nationales de traitement sembleraient s'appliquer même lorsque les exigences de performance sont imposées dans le cadre du processus d'autorisation d'un investissement.

Alors à quel niveau cette révision générale des dispositions laisse-t-elle l'analyse? Les exigences de performance qui relèvent de l'Accord sur les MIC seront incompatibles avec le droit de l'OMC. Toutefois à ce jour, seulement trois cas de l'OMC ont concerné des plaintes au sujet des exigences de performance telles qu'interdites par les MIC.<sup>18</sup> On peut formuler des conjectures sur le fait que les Etats sont réticents à porter les questions liées aux exigences de performance devant le règlement des différends, car dans une certaine mesure tous les Etats les utilisent effectivement.

Lorsque les MIC sont directement référencés dans un TIB ou indirectement incorporés par référence à d'autres traités internationaux liant les parties à un accord bilatéral, la situation change: dans ce cas, l'investisseur aura le droit d'engager le processus de règlement des différends lui-même. Les considérations Etat-Etat ne seront plus applicables. La question de savoir si un investisseur initie un arbitrage uniquement sur la base de questions d'exigence de performance incluses dans les MIC peut dépendre des coûts réels de l'obligation de l'investisseur. Le scénario le plus probable est que cette procédure ferait partie d'un arbitrage plus large où la relation entre l'investisseur et le gouvernement s'est largement détériorée.

Tel que décrit précédemment, certaines exigences de performance sont imposées en tant qu'une question de droit pour un investisseur d'obtenir un permis ou une autre forme d'accord pour réaliser un investissement. Dans les cas où ils sont légalement obligatoires, l'application des textes issus de traités est assez simple. Cependant dans d'autres cas, les exigences de performance sont liées à l'investisseur recevant certains avantages spécifiques, tels que les taux d'imposition plus faibles en cas d'emploi d'un certain nombre d'employés locaux ou de situation d'un investissement dans une zone géographique spécifique qui est économiquement déprimée. Ces types de mesures incitatives pour l'établissement des exigences de performance sur une base plus volontaire peut ou non créer une violation des accords d'investissement avec les interdictions d'exigence de performance, car certains permettent aux exigences de performance d'être liées à la réception d'un avantage ou d'un bénéfice spécifique. Une analyse spécifique de tel ou tel cas est donc nécessaire.

En termes de types d'exigences de performance, l'exigence de contenu local dans les intrants de produits ou des niveaux minimaux d'achat au niveau local crée un risque clair de violation de l'Accord sur les MIC et la plupart sinon toutes les interdictions de prescriptions de résultats dans les TIB. Un conflit d'intérêts évident prévaut dans ce cas entre les pratiques de développement et les dispositions légales relatives aux exigences de performance.

<sup>18</sup> *Canada - Energie renouvelable/tarifs de subventionnement* (AB) (WT/DS412/AB/R,WT/DS426/AB/R); *Canada - Blé* (Panel) (WT/DS276/R) (échec); et *Indonésie - Autos* (Panel) (WT/DS54,55,59,64/R).

Les exigences de transfert de technologie peuvent violer les traités d'investissement ou pas. Cette violation dépendra de la formulation exacte dans un traité au regard des exigences de performance, ainsi que par rapport aux droits de propriété intellectuelle si la technologie est brevetée. Les exigences de performance visant à obliger un investisseur à transférer les technologies IP sécurisées vers les entreprises nationales représenteront clairement un risque de violation du traité. Une obligation générale sur l'utilisation de la meilleure technologie disponible ne peut cependant pas créer de violations. Encore une fois, la formulation exacte dans le traité sera importante.

Les exigences de formation pour les employés locaux à différents niveaux de compétence ne violeraient probablement pas la plupart des dispositions du traité. Il s'agit d'une exigence « plus sûre » dans ce sens. De nombreux traités contenant des interdictions de prescriptions de résultats comprennent déjà des exclusions pour les besoins de formation des employés.

Les exigences environnementales, par exemple d'entreprendre une évaluation correcte de l'impact environnemental avant qu'un projet soit autorisé ou nécessitant l'élaboration de systèmes et de plans de gestion de l'environnement, ne créeront généralement pas un problème de prescription de résultats. Il s'agit d'exigences réglementaires communes. Cependant, si les exigences technologiques spécifiques sont imposées cela peut créer un problème, en fonction de la formulation et de la portée exacte d'un traité. Plus spécifique est l'exigence de transfert de technologie, plus grand sera le risque d'incohérence. Par ailleurs, plus spécifique est une exigence pour un investisseur par opposition à tous ou plusieurs autres dans le même secteur, plus élevé sera le risque.

L'imposition d'un traitement en aval ou d'autres exigences de valeur ajoutée au sein de l'entreprise ou en relation avec d'autres acteurs économiques en dehors de la société de l'investisseur soulèvera probablement des questions et des problèmes liés aux MIC dans la plupart des interdictions de prescriptions de résultats dans les traités d'investissement. Cette difficulté reflète les fondements de la libéralisation du commerce de nombreuses dispositions limitant les exigences de performance. Bien évidemment, l'utilisation de cet outil par le Botswana indique de quelle manière il peut être bénéfique lorsqu'il est mis au point de manière adéquate, révélant à nouveau l'écart entre les pratiques de développement et les dispositions des traités pour les pays en développement. Lorsque les prix du marché peuvent être facturés de sorte que les dommages réels soient limités, cela peut ne pas être une préoccupation majeure pour de nombreux producteurs. Toutefois, lorsque les prix du marché sont faussés sur le marché intérieur, ou si un investisseur utilise le produit dans le cadre de ses propres chaînes d'approvisionnement internationales, les questions peuvent devenir plus frappantes et le potentiel d'un montant plus élevé.

Les obligations de recherche et développement nécessiteront une évaluation très minutieuse des termes du traité. Certains facilitent les exigences R&D, certains les permettent entre eux en échange d'avantages ou d'incitations spécifiques, certains ne permettent ni les uns ni les autres. Nous n'avons connaissance que d'un arbitrage directement sur cette question. Il s'agissait d'un arbitrage en vertu de l'ALENA.<sup>19</sup> Mais la question essentielle dans cette affaire était que l'imposition de l'exigence de performance est survenue bien après la réalisation de l'investissement, ce qui ne permet pas aux investisseurs de prendre des décisions sur l'investissement d'une manière pleinement informée. La mesure permettant l'imposition de l'exigence de R&D par le gouvernement était en vigueur avant l'investissement, mais le tribunal a jugé que les dispositions habilitantes n'ont jamais été appliquées d'une manière similaire à celle de l'exigence contestée, et a conclu que l'investisseur ne pouvait donc pas prévoir l'imposition.

Les problèmes de synchronisation dans l'arbitrage mentionnés ci-dessus s'appliquent plus généralement à l'imposition de critères de performance. Si un investisseur est en mesure de prendre des décisions éclairées au

<sup>19</sup> *Mobil Investments and Murphy Oil Corporation v. Canada*, Decision on Liability and on Principles of Quantum May 22, 2012. ICSID Case No.ARB (AF)/07/4.

sujet d'un investissement en pleine connaissance des exigences de performance auxquels elle est confrontée, la décision est alors correctement informée. Lorsque les exigences de performance sont imposées peu de temps après l'établissement de l'investissement, il se peut que les coûts et les estimations de bénéfices soient changés. En cas de changement de manière significative (au Canada, il était de 50M CAD/an et les exigences R&D annuelles qui ont été imposées), un investisseur est susceptible d'être plus en colère que si l'exigence était connue avant la réalisation de l'investissement ou n'entraînait pas de nouveaux coûts importants.

Enfin, il est important pour les gouvernements de noter dans ce cas que, même si un traité spécifique est silencieux ou permissif sur les exigences de performance, s'il contient une disposition NPF et si un Etat particulier dispose d'un autre traité contenant des interdictions de prescriptions de résultats, l'investisseur par le premier traité peut être en mesure de réclamer le traitement plus favorable en vertu de l'interdiction de cette exigence de performance. Ainsi, ce qui peut sembler un traité mineur peut se révéler être très important si les investisseurs d'autres Etats peuvent accéder au traitement plus favorable par une disposition NPF.

#### **4.5.7 Options pour aborder les exigences de performance**

Une étape essentielle dans l'examen de dispositions relatives aux exigences de performance dans un traité est une évaluation des risques: le gouvernement est-il susceptible de vouloir utiliser les types d'outils décrits ci-dessus? Si c'est le cas, il est clair que le gouvernement ne devrait pas les inclure dans un texte de traité. Il s'agit clairement de la première ligne de défense.

Si elles doivent être utilisées, seront-elles imposées avant ou après la réalisation de l'investissement? Est-ce que l'investisseur a la possibilité de prendre une décision pleinement éclairée?

L'exigence de performance utilisée sera-t-elle souple ou fortement normative? Plus grande est la flexibilité d'un investisseur pour atteindre un objectif, moindre est le risque d'une contrainte.

Et quels sont les coûts de la portée des exigences de performance imposées? Peuvent-elles être justifiées d'un point de vue économique? Cela impose une discipline axée sur le marché pour les gouvernements.

Certaines des options de rédaction qui s'offrent aux gouvernements qui souhaitent maintenir les exigences de performance en tant qu'outil possible ou réel comprennent:

- Une disposition expresse permettant des exigences de performance qui doivent être imposées, soit en général ou pendant la période où les décisions relatives à la réalisation d'un investissement sont en cours afin qu'elle puisse être pleinement éclairée.
- Une exclusion expresse du traitement national et des dispositions NPF dans un traité, à la fois pour la phase de pré-établissement si cela est inclus dans un traité, et les phases opérationnelles après établissement où le respect de l'exigence de performance est effectivement demandé. Une exclusion du traitement national ou des dispositions NPF doit couvrir expressément ces deux phases. Même si une disposition expresse permet l'utilisation des exigences de performance, l'exclusion du traitement national et des dispositions NPF devrait être définie.
- Une exclusion pour les secteurs de l'extraction du traitement national et les obligations NPF autoriseront les exigences de performance qui doivent être imposées spécifiquement dans ce secteur sur une base discriminatoire à l'égard des investisseurs étrangers. Cependant, il peut également être étendu à une disposition de FET et une clause générale si ceux-ci sont également inclus dans le traité, ainsi que toute

disposition limitant l'utilisation de critères de performance. La Tanzanie, la République Démocratique du Congo et le Rwanda ont atteint un certain degré d'exclusion du secteur de l'exploitation minière dans leurs traités canadiens et américains, autorisant ainsi au moins un certain degré de mise en œuvre des critères de performance.

- Certains gouvernements cherchent une formulation plus large pour exclure les mesures liées au développement du champ d'application des obligations conventionnelles. C'est une option tant qu'elle n'est pas considérée comme une exclusion ouverte qui englutit la portée de la protection des investisseurs.
- Les Etats peuvent également exclure toutes les questions d'exigences de performance du champ d'application des dispositions relatives au règlement des différends investisseur-Etat. Cette procédure autoriserait la réduction du risque d'arbitrage avec les investisseurs, tout en autorisant potentiellement des différends Etat-Etat. Il réduit donc le risque d'un Etat face à un arbitrage investisseur-Etat.
- Enfin, des options sont disponibles pour avoir des exclusions ciblées pour certains types de critères de performance tels que les exigences de meilleures technologies disponibles, de R&D, ou de formation des employés. Les besoins spécifiques de chaque Etat partie devraient être pris en compte dans ce cas.

La liste ci-dessus découle de la validation des exigences de performance pour les exclusions qui les autorisent dans des contextes variés. Plusieurs éléments peuvent être utilisés en combinaison. Le point clé est qu'une décision expresse doit être prise, sur la base du besoin anticipé réel des Etats. Ceci doit refléter l'économie moderne du développement plutôt que le type de théorie économique qui a régné depuis le milieu des années 80 au début des années 2000.

## 5.0 Conclusions

Les gouvernements de la région sont confrontés à un certain nombre de défis difficiles dans la promotion de champions nationaux et, au-delà, faire de l’Africa Mining Vision une réalité. Alors que la vision elle-même est claire, le chemin est complexe. Il s’agit de trouver la bonne combinaison de politiques pour collaborer avec l’ensemble unique de circonstances et d’acteurs de chaque Etat afin de s’assurer que les richesses minérales se traduisent de manière plus efficace en une large réduction de la pauvreté et le développement durable.

Une complication supplémentaire est la série d’obligations juridiques intégrées dans les nombreux accords d’investissement internationaux auxquels les Etats de la région sont parties. Dans certains cas, ces accords restreignent la capacité des gouvernements à utiliser les outils préalablement utilisés avec succès pour l’atteinte des types de buts recherchés dans ces cas. Dans le but d’aider à faciliter les progrès, le présent document a mis en évidence les situations géographiques de ces conflits potentiels, et exploré les stratégies à travers lesquelles ils peuvent être évités ou minimisés.

## References

A choice of models: Themes and variation. (2012, January 21). *The Economist*. 9-11. Retrieved from <http://www.economist.com/node/21542924>

African Union. (2009). *Africa mining vision*. Retrieved from <http://www.mines.gov.mg/Doc/Africa%20Mining%20Vision.pdf>

Afriyie, K. (1988). Factor choice characteristics and industrial impact of joint ventures: Lessons from a developing economy. *Columbia Journal of World Business*, 23(3), 51-62.

Baoteng, A., & Glaister, K.W. (2003). Strategic motives for international joint venture formation in Ghana. *Management International Review*, 43(2), 107-128.

Basada, H., & Martin, P. (2013). Mining codes in Africa: Emergence of a "fourth" Generation? North-South Institute Research Report. Retrieved from <http://www.nsi-ins.ca/wp-content/uploads/2013/03/Mining-Codes-in-Africa-Report-Hany.pdf>

Bernasconi-Osterwalder, N., Cosbey, A., Johnson, L. & Vis-Dunbar, D. (2011). *Investment treaties and why they matter to sustainable development: Questions and answers*. Winnipeg: IISD. Retrieved from [www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=1534](http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=1534).

Cameron, P. (2014, January). *Balancing the interests of states and investors in the globalised economy: some reflections on recent mega-disputes over natural resources* (The London Court of International Arbitration Newsletter). Retrieved from <http://www.dundee.ac.uk/media/dundeewebsite/cepmlp/documents/newsarticles/LCIA%20India%20Article.pdf>

Cobham, A. (with Janský, P. & Prats, A.). (2014, January). *Estimating illicit flows of capital via trade mispricing: A forensic analysis of data on Switzerland* (Center for Global Development Working Paper 350). Retrieved from <http://www.cgdev.org/publication/estimating-illicit-flows-capital-trade-mispricing-forensic-analysis-data-switzerland>

Geroski, P.A. (2005). *Competition policy and national champions* (mimeo). Retrieved from [http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/our\\_peop/members/chair\\_speeches/pdf/geroski\\_wifo\\_vienna\\_080305](http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/our_peop/members/chair_speeches/pdf/geroski_wifo_vienna_080305)

Hertog, S. (2008). Petromin: The slow death of statist oil development in Saudi Arabia. *Business History*, 50(5), 645-667.

International Monetary Fund (IMF). (2012). *Macroeconomic policy frameworks for resource-rich developing countries*. Washington: IMF. Retrieved from [www.imf.org/external/np/pp/eng/2012/082412.pdf](http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2012/082412.pdf).

James, B.E. & Vaaler, P.M. (2013). *Minority rules: State ownership and foreign direct investment risk mitigation strategy*. Vale Columbia Centre Perspectives. Retrieved from <http://www.vcc.columbia.edu/content/minority-rules-state-ownership-and-foreign-direct-investment-risk-mitigation-strategy>

Kaplinsky, R. (2011). *Commodities for industrial development: Making linkages work* (UNIDO working paper). Retrieved from <http://www.worldwewant2015.org/node/431780>

Korinek, J. (2013). *Mineral resource trade in Chile contribution to development and policy implications* (OECD Trade Policy Paper No. 145). Retrieved from [http://www.oecd-ilibrary.org/trade/mineral-resource-trade-in-chile\\_5k4bw6twpf24-en](http://www.oecd-ilibrary.org/trade/mineral-resource-trade-in-chile_5k4bw6twpf24-en)

Lazzarini S. G. & Musacchio, A. (2011). *Leviathan as a minority shareholder: A study of equity purchases by the Brazilian National Development Bank (BNDES), 1995-2003* (Harvard Business School Working Paper 11-073). Retrieved from <http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/11-073.pdf>

Mann, H. & von Moltke, K. (1999). *NAFTA's Chapter 11 and the environment: Addressing the impacts of the investor-state process on the environment*. Winnipeg: IISD.

Miller, R. R., Glen, J.D, Jaspersen, F.Z., & Karmokolias, Y. (1996). *International joint ventures in developing countries. Happy marriages? Volume 1* (IFC Discussion Paper 29). Washington D.C.: International Finance Corporation. Retrieved from [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/1996/06/01/000009265\\_3970311123716/Rendered/PDF/multi\\_page.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/1996/06/01/000009265_3970311123716/Rendered/PDF/multi_page.pdf)

Moran, T. (2002). *The relationship between trade, foreign direct investment, and development: new evidence, strategy, and tactics under the Doha Development Agenda negotiations* (Paper prepared for ADB's Study on Regional Integration and Trade: emerging policy issues for selected developing member countries). Retrieved from <http://www.libertyparkusafd.org/Hamilton/reports%5CRelationship%20Between%20Trade.pdf>

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

Nwaokoro, J.N.E. (2011). Nigeria's National Content Bill: The hype, the hope and the reality. *Journal of African Law*, 55, 128-155.

Overseas Development Institute (ODI). (n.d.). *Levers & pulleys: Extractive industries & local economic development: incentivising innovation by lead contractors through contract tendering* (ODI: Enhancing Social Performance in the Engineering Services Sector Briefing Note No. 3). Retrieved from <http://www.odi.org.uk/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/846.pdf>

Pearson, M. (1991). *Joint ventures in the People's Republic of China*. Princeton: Princeton University Press.

Pedro, A.M.A. (2012, July). The Africa Mining Vision: Towards shared benefits and economic transformation. *GREAT Insights*, 1(5). Retrieved from <http://ecdpm.org/great-insights/extractive-sector-for-development/the-africa-mining-vision-towards-shared-benefits-and-economic-transformation/>

Peek, P., & Gantès P. (2008). *Skills shortages and local content in the Sub-Saharan African oil and gas industry: How to close the gap*. Centre de recherches entreprises et sociétés (CRES). Retrieved from <http://www.cres.ch/Documents/SKILLS%20SHORTAGE%20PART%20I%20pdf.pdf>

Rodrik, D. (unpublished). *Industrial policy for the 21st Century*. Harvard. Retrieved from [www.hks.harvard.edu/fs/drodrik/Research%20papers/UNIDOSep.pdf](http://www.hks.harvard.edu/fs/drodrik/Research%20papers/UNIDOSep.pdf)

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

Sigam, G. & Garcia, L. (2012). *Extractive industries: Optimizing value retention in host countries* (UNCTAD/SUC/2012/1). Geneva: UNCTAD. Retrieved from [http://unctad.xiii.org/en/SessionDocument/suc2012d1\\_en.pdf](http://unctad.xiii.org/en/SessionDocument/suc2012d1_en.pdf)

Sørgard, L. (2007). The economics of national champions. *European Competition Journal*, 3(1), 49-64.

Sun, P. (2005). Industrial policy, corporate governance, and the competitiveness of China's national champions: The case of Shanghai Baosteel Group. *Journal of Chinese Economic and Business Studies*, 3(2), 173-192.

Wells, L. (2014, February 3). *Government-held equity in foreign investment projects: Good for host countries?* (Vale Columbia Centre Perspectives). Retrieved from <http://www.vcc.columbia.edu/content/government-held-equity-foreign-investment-projects-good-host-countries>

Wooldridge, A. (2012). The visible hand. *The Economist*. Retrieved from <http://www.economist.com/node/21542931>

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). (2003). Foreign direct investment and performance requirements: New evidence from selected countries. Geneva: UNCTAD. Retrieved from [http://unctad.org/en/Docs/iteiia20037\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiia20037_en.pdf)

UNCTAD. (2007). *World Investment Report 2007: Transnational corporations, extractive industries and development*. New York and Geneva: UNCTAD. Retrieved from [http://unctad.org/en/docs/wir2007\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf)

UNCTAD (2013, June). *Country-specific lists of bilateral investment treaties*. Retrieved from: <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20%28IIA%29/Country-specific-Lists-of-BITs.aspx?Do=1,50,,>

## Annexe 1: TBI signés par les pays couverts par le Bureau sous-régional pour l'Afrique de l'Est (BSR-AE)

PAYS	PARTENAIRE	DATE DE SIGNATURE	DATE D'ENTRÉE EN VIGUEUR
Burundi (7 TIB)	Belgique et Luxembourg	13-Avr-89	12-Sept-93
	Iles Comores	18-Mai-01	
	Allemagne	10-Sept-84	9-Déc-87
	Kenya	1-Avr-09	
	Iles Maurice	18-Mai-01	22-Nov-09
	Pays-Bas	30-Mai-07	1-Août-09
	Royaume Uni	13-Sept-90	13-Sept-90
Iles Comores (6 TIB)	Belgique et Luxembourg	18-Mai-01	
	Burkina Faso	18-Mai-01	
	Burundi	18-Mai-01	
	Egypte	13-Nov-94	27-Fév-00
	Mali	18-Mai-01	
	Iles Maurice	18-Mai-01	
RDC (15 TIB)	Belgique et Luxembourg	17-Fév-05	
	Chine	11-Août-11	
	Egypte	18-Déc-98	
	France	5-Oct-72	1-Mars-75
	Allemagne	18-Mars-69	22-Juil-71
	Grèce	26-Avr-91	
	Inde	13-Avr-10	
	Israël	14-Mai-85	
	Italie	13-Sept-06	
	Jordanie	23-Juin-04	
	République de Corée	17-Mars-05	
	Portugal	3-Mars-11	
	Afrique du Sud	31-Août-04	
	Suisse	10-Mars-72	10-Mai-73
	Etats-Unis	3-Août-84	28-Juil-89
Djibouti (8 TIB)	Chine	18-Août-03	
	Egypte	21-Juil-98	
	France	13-Déc-07	
	Inde	19-Mai-03	
	République Islamique d'Iran	7-Déc-10	
	Italie	8-Fév-06	
	Malaisie	3-Août-98	
	Suisse	4-Fév-01	10-Juin-01

COUNTRY	PARTNER	DATE OF SIGNATURE	DATE OF ENTRY INTO FORCE
Erythrée (4 TIB)	Italie	6-Fév-96	14-Juil-03
	Pays-Bas	2-Déc-03	
	Qatar	7-Août-00	
	Ouganda	30-Juin-01	
Ethiopie (29 TIB)	Algérie	4-Juin-02	1-Nov-05
	Autriche	12-Nov-04	1-Nov-05
	Belgique et Luxembourg	26-Oct-06	
	Chine	11-Mai-98	1-Mai-00
	Danemark	24-Avr-01	21-Août-05
	Egypte	27-Juil-06	27-Mai-10
	Guinée Equatoriale	11-Juin-09	
	Finlande	23-Fév-06	3-Mai-07
	France	25-Juin-03	7-Août-04
	Allemagne	19-Janv-04	4-Mai-06
	Inde	5-Juil-07	
	République Islamique d'Iran	21-Oct-03	15-Déc-04
	Israël	26-Nov-03	22-Mars-04
	Italie	23-Déc-94	8-Mai-97
	Kuwait	14-Sept-96	12-Nov-98
	Jamahiriya Arabe Libyenne	27-Janv-04	25-Juin-04
	Malaisie	22-Oct-98	4-Juin-99
	Pays-Bas	16-Mai-03	1-Juil-05
	Nigeria	19-Janv-04	
	Fédération Russe	10-Fév-00	6-Juin-00
	Afrique du Sud	1-Janv-08	
	Espagne	17-Mars-09	
	Soudan	7-Mars-00	15-Mai-01
	Suède	10-Déc-04	1-Oct-05
	Suisse	26-Juin-98	7-Déc-98
	Tunisie	14-Déc-00	2-Oct-04
	Turquie	16-Nov-00	10-Mars-05
	Royaume Uni	19-Nov-09	
	Yémen	15-Avr-99	15-Avr-00

COUNTRY	PARTNER	DATE OF SIGNATURE	DATE OF ENTRY INTO FORCE
Kenya (12 TIB)	Burundi	1-Avr-09	
	Chine	16-Juil-01	
	Finlande	1-Sept-08	
	France	4-Déc-07	
	Allemagne	3-Mai-96	7-Déc-00
	République Islamique d'Iran	24-Fév-09	
	Italie	16-Sept-96	4-Août-99
	Jamahiriya Arabe Libyenne	5-Juin-07	
	Pays-Bas	11-Sept-70	11-Juin-79
	Slovaquie	14-Déc-11	
	Suisse	14-Nov-06	10-Juil-09
	Royaume Uni	13-Sept-99	
Madagascar (9 TIB)	Belgique et Luxembourg	29-Sept-05	29-Nov-08
	China	21-Nov-05	1-Juil-07
	France	25-Juil-03	17-Mai-05
	Allemagne	1-Août-06	
	Ile Maurice	6-Avr-04	1-Juin-05
	Norvège	13-Mai-66	28-Sept-67
	Afrique du Sud	13-Déc-06	
	Suède	2-Avr-66	23-Juin-67
	Suisse	19-Nov-08	
Rwanda (6 TIB)	Belgique et Luxembourg	16-Avr-07	
	Allemagne	18-Mai-67	28-Fév-69
	Ile Maurice	30-Juil-01	
	Afrique du Sud	19-Oct-00	
	Suisse	15-Oct-63	15-Oct-63
	Etats-Unis	19-Fév-08	1-Janv-12
Les Seychelles (7 TIB)	Bahreïn	24-Avr-10	
	Chine	10-Fév-07	
	Chypre	28-Mai-98	19-Mars-99
	Egypte	22-Janv-02	
	Inde	2-Juin-10	
	Monaco	4-Janv-10	
	Zambie	7-Déc-10	
Somalie (2 TIB)	Egypte	29-Mai-82	16-Avr-83
	Allemagne	27-Nov-81	15-Féev85
Soudan du Sud	-	-	-

COUNTRY	PARTNER	DATE OF SIGNATURE	DATE OF ENTRY INTO FORCE
Tanzanie, République Unie (17 TIB)	Canada	17-Mai-13	
	Danemark	22-Avr-99	21-Oct-05
	Egypte	30-Avr-97	
	Finlande	19-Juin-01	30-Oct-02
	Allemagne	30-Janv-65	12-Juil-68
	Italie	21-Août-01	25-Avr-03
	Jordanie	8-Oct-09	
	République de Corée	18-Déc-98	
	Iles Maurice	4-Mai-09	
	Pays-Bas	31-Juil-01	1-Avr-04
	Oman	16-Oct-12	
	Afrique du Sud	22-Sept-05	
	Suède	1-Sept-99	1-Mars-02
	Suisse	8-Avr-04	6-Avr-06
	Turquie	11-Mars-11	
	Royaume Uni	7-Janv-94	2-Août-96
	Zimbabwe	3-Juil-03	
Ouganda (15 TBI)	Belgique et Luxembourg	1-Fév-05	
	Chine	27-Mai-04	
	Cuba	1-Janv-02	
	Danemark	26-Nov-01	19-Oct-05
	Egypte	4-Nov-95	
	Erythrée	30-Juin-01	
	France	3-Janv-03	20-Déc-04
	Allemagne	29-Nov-66	19-Août-68
	Italie	12-Déc-97	24-Sept-99
	Pays-Bas	30-Mai-00	1-Janv-03
	Nigeria	15-Janv-03	
	Afrique du Sud	8-Mai-00	
	Suisse	23-Août-71	8-Mai-72
	Royaume Uni	24-Avr-98	24-Avr-98
	Zimbabwe	1-Juil-03	

Source: CNUCED (2013).

Publié par l'Institut international du développement durable

l'Institut international du développement durable

Siège de l'IISD

161 avenue Portage est, 6ème étage, Winnipeg, Manitoba, Canada R3B 0Y4

Tél: +1 (204) 958-7700 | Téléc: +1 (204) 958-7710 | Site web: [www.iisd.org](http://www.iisd.org)