

Points clés

Les obligations

« pré-établissement » dans les TII peuvent réduire sensiblement le contrôle qu'un gouvernement exerce sur l'admissibilité des investissements étrangers, et limiter la souplesse de la politique d'investissement à venir.

La question

fondamentale qui se pose ici n'est pas de savoir si un État devrait ou non libéraliser les flux d'investissement : il s'agit de reconnaître les implications s'il décide de le faire par le biais des TII.

Avant de conclure des

accords contraignants sur l'admissibilité d'un investissement étranger, les États devraient pleinement en apprécier les ramifications, y compris comment les engagements souscrits dans un nouveau traité peuvent être invoqués par les investisseurs couverts par d'autres, et inversement

Lorsque les États

souhaitent inclure des obligations pré-établissement dans un TII, les différentes façons de définir ou d'exclure les secteurs et mesures à couvrir peuvent influencer fortement sur le degré de préservation de contrôle national.

Traités d'investissement et développement durable : libéralisation des investissements

Lorsque les États cherchent à réglementer les conditions dans lesquelles ils autorisent les investissements étrangers, ils s'appuient généralement sur la législation nationale. Cependant, nombre de traités internationaux d'investissement (TII) renferment des dispositions pour libéraliser les flux d'investissement. Les investisseurs peuvent apprécier ces dispositions « pré-établissement ». Mais les traités pré-établissement peuvent aussi affecter sensiblement la faculté des États de réglementer les conditions d'admission des investisseurs étrangers qui souhaitent s'installer sur leur territoire. Cette note d'information est la deuxième d'une série de quatre qui promeut le débat sur les TII et le développement durable.

Le droit international confère aux États le droit souverain de réglementer les investissements étrangers qu'ils autorisent sur leur territoire et de définir les modalités de cette autorisation. Généralement, la politique d'admission dépend dans une large mesure de la législation nationale, car la plupart des traités internationaux d'investissement (TII) se préoccupent de savoir ce qu'il advient de l'investissement étranger une fois qu'il pénètre sur le territoire du pays d'accueil.

Toutefois les TII qui suivent un modèle « préalable à l'établissement » créent des obligations d'autoriser les investissements étrangers dans certaines conditions. Ces traités exigent des gouvernements qu'ils ne discriminent pas les investisseurs de l'autre État partie lorsqu'ils autorisent un investissement.

Cette approche « pré-établissement » est particulièrement courante dans les traités signés entre le Canada, le Japon et les États-Unis et leurs partenaires, alors qu'il est rare que ces dispositions figurent dans les TII conclus par les pays européens. Les dispositions pré-établissement sont également courantes dans les traités qui protègent l'investissement dans le cadre d'accords d'échanges préférentiels et d'accords d'investissement plus larges. De telles dispositions pré-établissement peuvent avoir des conséquences importantes sur la faculté d'un pays de réglementer sa politique d'admission. Par conséquent, leur inclusion dans un TII, et leur formulation, exigent d'engager un débat et une réflexion rigoureuse.

Le fonctionnement des modèles pré-établissement

Le contenu exact des obligations pré-établissement varie d'un traité à l'autre. Mais les TII qui renferment des dispositions pré-établissement prévoient généralement

qu'au moment d'établir, d'acquérir ou d'accroître des investissements, le pays d'accueil doit traiter les investisseurs étrangers concernés d'une manière aussi favorable que ses propres ressortissants

Les obligations « pré-établissement » peuvent réduire sensiblement le contrôle qu'un gouvernement exerce sur les flux d'investissements étrangers

(« traitement national ») et/ou que les ressortissants des autres États (traitement de la « nation la plus favorisée »).

La norme de traitement national implique que les investissements étrangers sont en principe soumis aux mêmes règles et procédures que les investissements par les ressortissants nationaux. Cela signifie que les investisseurs étrangers peuvent, en principe, acquérir les mêmes droits que les ressortissants nationaux (sur les terres ou sur les sociétés, par exemple) et exercer les mêmes activités économiques.

Cela ne constitue pas, en soi, une libéralisation totale des flux d'investissement.

Les autorisations gouvernementales peuvent tout de même être une condition préalable à l'investissement si elles sont appliquées aux ressortissants nationaux et étrangers de façon non discriminatoire.

Mais les obligations pré-établissement entravent les options de politiques nationales, car les États ne peuvent pas, en principe, empêcher des investisseurs étrangers d'entreprendre certaines activités économiques ou les priver des droits dont peuvent jouir leurs ressortissants nationaux.

Les TII limitent habituellement la portée des obligations pré-établissement de plusieurs façons. Par exemple, certains TII n'appliquent des obligations pré-établissement qu'aux secteurs ou mesures qui sont expressément mentionnés dans le traité ou dans l'avenant qui y est annexé. Cette approche est généralement qualifiée de « liste positive ».

D'autres TII formulent les obligations pré-établissement en termes généraux, mais ils formulent aussi des réserves pour certains secteurs ou activités (« liste négative »). Dans de tels cas, les obligations pré-établissement s'appliquent à tous les secteurs et toutes les

mesures qui ne sont pas expressément visés dans la liste.

Par ailleurs, les TII avec des obligations pré-établissement identifient généralement des exceptions pour les mesures ayant trait aux secteurs et activités couverts qui ne sont pas conformes aux obligations des TII et que les États souhaitent préserver. Les traités peuvent même dispenser toutes les mesures non conformes existantes de manière à ce que les obligations pré-établissement s'appliquent uniquement aux nouvelles mesures.

Tenir compte des choix politiques

Certains gouvernements, soucieux d'attirer des investissements, peuvent être prêts à accepter de limiter l'exercice de leur souveraineté à l'avenir. Mais il est important de ne pas sous-estimer la manière dont les dispositions pré-établissement des traités internationaux peuvent éroder la faculté d'un pays d'accueil de réglementer l'autorisation des investissements étrangers sur son territoire sans encourir d'obligations.

La question discutée ici n'est pas de savoir si un État devrait ou non libéraliser les flux d'investissement. Il s'agit plutôt de savoir s'il est judicieux de le faire par le biais des TII¹. Les États peuvent libéraliser les investissements en réformant la législation nationale et ils le font d'ailleurs souvent. En cas de changement de politique à l'avenir, un État peut modifier plus facilement sa propre législation qu'il ne peut renégocier ou résilier un traité d'investissement — notamment du fait des restrictions en matière de résiliation que renferment de nombreux TII (voir la note associée qui donne une vue d'ensemble sur les traités d'investissement).

En d'autres termes, le fait de consacrer les engagements de libéralisation dans un TII tend à rendre la politique d'investissement d'un pays plus rigide. En retour, un pays peut obtenir des avantages considérables en termes d'accès à des opportunités d'investissement dans les autres États parties au TII. Les traités sont généralement fondés sur des conditions de réciprocité.

Mais lorsqu'un pays à faible revenu négocie un TII avec un pays à revenu élevé, la réalité économique, du moins à court terme, peut être telle que les flux d'investissement soient unidirectionnels — en provenance du pays riche vers le pays pauvre. Ainsi, les bénéfices concrets de la libéralisation des investissements réciproques sur la base d'un traité pour le pays à faible revenu sont plus flous.

Les traités qui suivent une approche par « liste négative » sont particulièrement difficiles à négocier. Le traité, ou les avenants qui y sont annexés, doivent expressément mentionner toutes les mesures et tous les secteurs qu'un État souhaiterait dispenser des obligations pré-établissement. Autrement, l'État pourrait être obligé de modifier sa propre législation afin de se conformer aux dispositions du TII — ou exposer l'État à des procédures de la part de l'investisseur.

L'établissement d'une liste judicieuse d'exclusions peut se révéler particulièrement délicat. Certains TII conclus entre pays à revenu élevé et pays à faible revenu présentent des asymétries notables dans la portée des exceptions et des réserves : le pays plus riche, qui peut avoir négocié beaucoup plus de TII et acquis une expérience considérable en matière de négociation de traités, sera peut-être capable de négocier une liste détaillée et complexe d'exceptions et de réserves ; au contraire, le pays plus pauvre aura peut-être une liste plus courte et plus rudimentaire d'exceptions et finira par exposer des politiques nationales importantes à la contestation de la part des investisseurs.

Il vaut la peine de souligner que les obligations pré-établissement ne sont pas le seul moyen de rassurer les investisseurs sur la façon dont ils seront traités lors de la phase d'autorisation. Les États peuvent aussi souscrire à des engagements moins intrusifs. Ainsi, une disposition d'un traité qui prévoit que des investissements doivent être autorisés conformément aux lois nationales du pays d'accueil préserverait la faculté de l'État d'imposer des contrôles d'entrée et de modifier la législation au fil du temps. Et elle protégerait aussi les investisseurs des décisions gouvernementales arbitraires qui sont en contradiction avec la législation nationale².

Prescriptions de résultats

Outre l'interdiction de toute discrimination dans l'autorisation d'investissements étrangers, certains TII imposent aussi des restrictions sur l'utilisation des prescriptions de résultats.

Les prescriptions de résultats sont des « dispositions restrictives, imposées aux investisseurs, qui exigent d'eux qu'ils atteignent certains objectifs spécifiés concernant leurs opérations dans le pays d'accueil³. Le plus souvent, elles sont imposées parce que le pays d'accueil souhaite maximiser les bénéfices économiques qu'il tire des investissements. Les prescriptions de résultats peuvent être

établies par une législation propre au secteur, comme celle qui régit le secteur pétrolier et gazier, la législation en matière d'investissements ou les contrats entre l'investisseur et le gouvernement.

Les prescriptions de résultats peuvent couvrir une large gamme de questions liées aux opérations d'une société — qu'il s'agisse des « prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine locale » qui imposent à la compagnie de se procurer un pourcentage donné de biens et services auprès d'entreprises locales, ou des obligations associées à la création d'emplois, aux exportations, au transfert de technologie ou à la recherche-développement. Elles peuvent être utilisées comme une condition préalable à l'autorisation d'un investissement étranger ou invoquées durant son exploitation.

Tant les pays développés que les pays en développement ont eu un recours généralisé aux prescriptions de résultats mais leur efficacité reste à prouver³⁻⁵. Certaines données suggèrent que les prescriptions de résultats ont efficacement augmenté les exportations d'un pays ; c'est le cas par exemple du Brésil, du Chili, du Japon, de la Malaisie, de la Thaïlande et des États-Unis. D'un autre côté, les prescriptions de résultats en matière de teneur en éléments d'origine locale ou de recherche-développement tendent à avoir peu d'effet, à moins qu'il existe des capacités locales suffisantes pour saisir les opportunités commerciales ainsi créées.

Certains analystes font valoir que le caractère intrinsèquement « protectionniste » des prescriptions de résultats peut conduire à des dysfonctionnements⁵. Il est essentiel de rendre les entreprises locales plus performantes et plus compétitives pour promouvoir des interactions économiques positives, indépendamment du recours ou non à des prescriptions de résultats.

La plupart des traités d'investissement ne renferment pas de dispositions limitant les prescriptions de résultats — mais certains en contiennent. C'est particulièrement courant dans les traités d'investissement qui adoptent une approche pré-établissement, en d'autres termes, ceux qui créent des obligations pour l'État d'accueil dès lors qu'il autorise l'investissement étranger.

Le recours à certains types de prescriptions de résultats est déjà limité aux termes des règles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). L'Accord de l'OMC sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce

(Accord sur les MIC) interdit toute mesure incompatible avec les engagements nationaux de non-discrimination à l'encontre des ressortissants étrangers dans les échanges de biens, et avec les engagements de l'État de supprimer les restrictions quantitatives sur les importations de marchandises. De ce fait, les prescriptions relatives à « la teneur en éléments d'origine locale » sont interdites. La grande majorité des pays sont désormais membres de l'OMC et sont assujettis à ces dispositions, même si les pays les moins avancés ont bénéficié de périodes spéciales de transition.

Mais lorsque les TII imposent des restrictions sur l'utilisation des exigences de performance, ils impliquent souvent des contraintes beaucoup plus vastes que celles imposées par les normes de l'OMC. Ainsi, certains TII limitent les obligations de performances concernant l'emploi ou la recherche-développement, domaines qui échappent à la portée de l'Accord sur les MIC de l'OMC.

Par ailleurs, les recours en cas de violation sont différents entre l'OMC et les traités d'investissement. L'OMC se concentre sur les litiges entre États : la contestation d'une clause de prescriptions de résultats interdite devra être portée par le pays d'origine de l'investisseur. Or, dans la pratique, cet État ne voudra peut-être pas engager de poursuites contre un pays d'accueil, pour des considérations multiples, y compris d'ordre politique.

En revanche, la plupart des TII donnent aux investisseurs un accès direct à des recours internationaux par le biais de l'arbitrage entre les investisseurs et l'État (voir la note à ce sujet dans la même série). Il existe un petit nombre de sentences arbitrales dans le cadre desquelles les tribunaux d'arbitrage ont statué que les prescriptions de résultats sont en violation d'un traité d'investissement⁶ — et ce nombre ne cesse de croître. D'autres tribunaux ont par ailleurs déterminé que la mesure contestée ne violait pas l'engagement aux termes d'un traité⁷.

Comme avec les questions plus larges de libéralisation des investissements, il ne s'agit pas de savoir si les États devraient ou non introduire des prescriptions de résultats mais plutôt de se demander s'ils sont censés réglementer les prescriptions de résultats au moyen des dispositions des TII — et dans quelle proportion — puisque celles-ci limitent la marge de manœuvre en matière de politiques. En d'autres termes, dans quelle mesure est-il acceptable de restreindre la marge de manœuvre en matière de politiques nationales ?

Connexion avec les traités régionaux

Comme pour ce qui est de la protection des investissements (voir la note à ce sujet dans la même série), la clause de la nation la plus favorisée dans les TII, évoquée plus haut, peut imposer indirectement des restrictions plus strictes sur la politique d'admission que ne voulait le faire l'État d'accueil. Ceci tient au fait que ces clauses exigent de l'État hôte qu'il traite les investisseurs et investissements étrangers de manière tout aussi favorable que les investissements réalisés dans des circonstances semblables par des ressortissants d'autres États.

Ainsi, par exemple, un investisseur couvert par un TII comportant une clause de la nation la plus favorisée sera peut-être à même de revendiquer le traitement national « pré-établissement » dans une plus large gamme de secteurs et de mesures, ou des restrictions plus strictes sur les prescriptions de résultats, si celles-ci sont prévues dans un autre TII signé par l'État dans lequel l'investisseur intervient.

Ce point est particulièrement important lorsque l'on considère l'interface qui peut exister entre un TII et un accord d'intégration régionale qui promeut la libéralisation de l'investissement. Ainsi, l'Accord global sur l'investissement (ACIA) de l'Association des Nations d'Asie du Sud-Est (ASEAN) libéralise l'investissement dans des secteurs désignés mais définis de manière large (le secteur manufacturier par exemple), moyennant une liste d'exceptions et de réserves associée à chaque pays.

L'ACIA limite aussi les prescriptions de résultats mais uniquement en faisant référence à l'Accord sur les MIC de l'OMC. En d'autres termes, l'ACIA n'impose pas de restrictions sur beaucoup de types de prescriptions de résultats, par exemple en ce qui concerne l'emploi ou l'obtention de services.

Toutefois, si un membre de l'ASEAN conclut un TII avec un État non membre, et si ce traité prévoit un traitement plus avantageux pour les investisseurs que ne le fait l'ACIA — par exemple du fait d'une application plus large du traitement national ou des restrictions plus strictes imposées sur les prescriptions de résultats — les investisseurs ressortissants de l'ASEAN pourraient arguer que la clause de la nation la plus favorisée de l'ACIA les autorise eux aussi à bénéficier du traitement plus favorable. En d'autres termes, les investisseurs de l'ASEAN pourraient prétendre à être exonérés des mesures mises en place par le gouvernement, alors qu'elles ne sont pas réglementées par l'ACIA⁸.

De fait, cela reviendrait à dire qu'à moins que les traités ne soient mûrement réfléchis, un membre de l'ASEAN qui négocie avec un tiers pourrait apporter des bénéfices à tous les membres de l'ASEAN sans pour autant obtenir beaucoup en retour.

Conclusion

Avant de souscrire à des obligations pré-établissement dans un traité d'investissement, il est important de prendre toute la mesure de leurs implications et de réfléchir soigneusement aux autres options possibles. Les obligations pré-établissement peuvent réduire sensiblement le contrôle qu'un gouvernement exerce sur l'admissibilité des investissements étrangers et augmentent la rigidité de la politique d'investissement.

Il est aussi important pour les gouvernements de mesurer pleinement les ramifications que peuvent avoir les engagements pré-établissement, y compris par l'invocation des clauses de la nation la plus favorisée et du fait de l'interface avec les accords d'intégration régionale.

Lorsque les États souhaitent inclure des obligations pré-établissement dans un TII, différentes approches en matière de formulation du traité (par liste positive ou négative par exemple) peuvent faire une différence importante en termes de préservation de la marge de manœuvre en matière de politiques.

Lorenzo Cotula

Lorenzo Cotula est chercheur principal en droit et développement durable à l'IIED, où il dirige l'équipe en charge des outils juridiques. www.iied.org/users/lorenzo-cotula.

Cette note d'information fait partie d'une série de quatre qui vise à encourager le débat sur les traités d'investissement et le développement durable. Les autres notes de la série abordent les rubriques suivantes :

Vue d'ensemble : <http://pubs.iied.org/17238FIIED>

Protection des investissements : <http://pubs.iied.org/17240FIIED>

Arbitrage entre les investisseurs et l'État : <http://pubs.iied.org/17241FIIED>

Les notes d'information sont basées sur : Cotula, L (2013) *Foreign investment, law and sustainable development: A handbook on agriculture and extractive industries*. London, IIED. <http://pubs.iied.org/17513IIED>

Notes

¹ Cette distinction s'articule clairement dans le commentaire qui accompagne le modèle de Traité d'investissement bilatéral 2012 de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf> / ² Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (2012) Investment Policy Framework for Sustainable Development. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2012d6_en.pdf / ³ CNUCED (2003) Foreign direct investment and performance requirements: new evidence from selected countries. http://unctad.org/en/Docs/iteiia20037_en.pdf / ⁴ Beviglia Zampetti, A et Fredriksson, T (2003) The development dimension of investment negotiations in the WTO: challenges and opportunities. *Journal of World Investment* (4)3 399-450. / ⁵ Moran, TH (2011) Enhancing the contribution of FDI to development: a new agenda for the corporate social responsibility community, international labour and civil society, aid donors and multilateral financial institutions. *Transnational Corporations* 20(1) 76-78 / ⁶ Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Government of Canada. Decision on liability and on principles of quantum. 22 mai 2012, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, <http://www.italaw.com/cases/1225> / ⁷ ADF Group Inc. v. United States of America. Award. 9 janvier 2003, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, http://italaw.com/documents/ADF-award_000.pdf / ⁸ Compte tenu du fait que l'ACIA exclut les obligations pré-établissement de l'arbitrage entre les investisseurs et un État, cette revendication sera peut-être plus difficile à faire valoir.



Knowledge Products

L'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED) promeut le développement durable, en reliant les priorités locales aux défis mondiaux. Nous soutenons certaines des populations les plus vulnérables du monde pour mieux faire entendre leurs voix dans la prise de décisions.

Contact

Lorenzo Cotula
lorenzo.cotula@iied.org

80–86 Gray's Inn Road
 Londres, WC1X 8NH
 Royaume-Uni

Tél: +44 (0)20 3463 7399
 Fax: +44 (0)20 3514 9055
www.iied.org

IIED invite vos réactions et commentaires sur : @IIED et www.facebook.com/theiied

Cette recherche a été financée par UK aid du gouvernement britannique ; toutefois, les points de vues exprimés ici ne reflètent pas nécessairement ceux du gouvernement britannique.

