



**CENTRE
SUD**

Document
de recherche
Février 2016

65

RÉFLEXIONS SUR LA MULTIPLICATION DES PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS DANS LE SECTEUR DES INDUSTRIES EXTRACTIVES EN AFRIQUE

Kinda Mohamadieh et Daniel Uribe



DOCUMENT DE RECHERCHE

65

RÉFLEXIONS SUR LA MULTIPLICATION DES PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS DANS LE SECTEUR DES INDUSTRIES EXTRACTIVES EN AFRIQUE

Kinda Mohamadieh et Daniel Uribe* **

CENTRE SUD

FÉVRIER 2016

* Kinda Mohamadieh travaille comme chercheuse et Daniel Uribe comme chercheur invité au Centre Sud (Genève). Les auteurs expriment leur gratitude à Carlos Correa et Manuel Montes pour la relecture de ce document. Les auteurs assument l'entière responsabilité des données, analyses et opinions de ce document, qui ne doivent pas nécessairement être associées au Centre Sud.

** Traduit de l'anglais par Nina BEGIC

LE CENTRE SUD

En août 1995, le Centre Sud est devenu une organisation intergouvernementale permanente de pays en développement. Le Centre jouit d'une pleine indépendance intellectuelle dans la poursuite de ses objectifs, qui sont de promouvoir la solidarité entre pays du Sud, la coopération Sud-Sud et la participation coordonnée des pays en développement aux forums internationaux. Il prépare, publie et distribue des documents d'information, des analyses stratégiques et des recommandations sur les questions économiques, sociales et politiques internationales concernant les pays du Sud.

Le Centre Sud bénéficie du soutien et de la coopération des gouvernements des pays du Sud et il collabore régulièrement avec le Mouvement des pays non alignés et le Groupe des 77 et de la Chine. Ses études et prises de position sont établies en faisant appel aux capacités techniques et intellectuelles des gouvernements et des institutions du Sud, ainsi que des citoyens de ces pays. Les sessions de travail en groupe et de larges consultations impliquant les spécialistes des diverses régions du Sud, et parfois également du Nord, permettent d'étudier les problèmes courants dans le Sud, ainsi que de partager les expériences et les connaissances.

NOTE

Les lecteurs sont encouragés à citer ou à reproduire le contenu du présent document de recherche pour leur usage personnel. Cependant, nous leur demandons de bien mentionner le Centre Sud comme source et d'envoyer au Centre Sud une copie de la publication dans laquelle apparaît la reproduction ou citation.

Les opinions exprimées dans ce document n'engagent que le ou les auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles du Centre Sud ou de ses États membres. Toute erreur ou omission qui pourrait être rencontrée relève de la seule responsabilité du ou des auteurs.

Centre Sud
Ch. du Champ d'Anier 17
CP 228, 1211 Genève 19
Suisse
Tél. : (41) 022 791 80 50
Fax (41) 022 798 85 31
south@southcentre.int
www.southcentre.int

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	1
II.	LES DÉFAUTS DU RÉGIME DE PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT	3
III.	LA MULTIPLICATION DES PROCÉDURES DE RDIE DANS LE SECTEUR DES INDUSTRIES EXTRACTIVES	6
	<i>Les procédures de RDIE dans le secteur des industries extractives : une menace pour l'industrialisation et le droit de règlementer des États</i>	<i>8</i>
	<i>Les procédures de RDIE dans le secteurs des industries extractives impliquant des États africains</i>	<i>12</i>
IV.	L'UTILISATION DES PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS REMISE EN QUESTION DANS LES AII ET LE RDIE.....	17
V.	LES OBSTACLES QUE CONSTITUENT LES AII ET LE RDIE À L'APPLICATION DES MESURES PRÉVUES PAR LA VISION DU RÉGIME MINIER DE L'AFRIQUE	23
VI.	CONCLUSION	27
	ANNEXES	28
	Annexe 1. Évolution du nombre d'ABI conclus par dix pays africains.....	28
	Annexe 2. Extraits de l'ABI conclu en 2008 entre le Rwanda et les États-Unis	30
Graphiques :		
	Graphique 1 : Répartition géographique de l'ensemble des affaires enregistrées sous la Convention et le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI.....	7
	Graphique 2 : Répartition de l'ensemble des affaires enregistrées sous la Convention et le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI selon le secteur économique.....	7
	Graphique 3 : Répartition des affaires enregistrées en 2014 sous la Convention et le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI selon le secteur économique.....	8
	Graphique 4 Évolution des AII signés reconnaissant le droit d'établissement, 1990-2014...	19
Tableaux :		
	TABLEAU 1 : Affaires portées devant le CIRDI impliquant des États africains dans le secteur des industries pétrolière, gazière et minière	15
	TABLEAU 2 : Les restrictions aux prescriptions de résultats de plus en plus nombreuses dans les accords d'investissement	20
Encadrés:		
	Encadré 1 : exemples de procédures de RDIE engagées au titre des dispositions de l'ALÉNA sur les prescriptions de résultats	21
	Encadré 2 : extrait du plan d'action de la Vision du régime minier de l'Afrique (2011)....	24
	Encadré 3 : les nouvelles lois du Mozambique et de l'Ouganda sur les hydrocarbures.....	26

I. INTRODUCTION

Les pays africains poursuivent une politique volontariste de conclusion d'accords internationaux d'investissement (AII). D'après la CNUCED, ils étaient signataires de 793 accords bilatéraux d'investissement (ABI) à la fin de l'année 2013, soit 27 % de l'ensemble des ABI conclus jusqu'alors dans le monde¹ (voir annexe 1). En outre, la CNUCED indique que plusieurs pays africains sont en train de négocier d'autres accords. Des négociations sont par exemple en cours entre l'Union douanière d'Afrique australe (SACU, pour son acronyme en anglais)² et l'Inde, ainsi qu'entre les États-Unis et la Communauté d'Afrique de l'Est (CAE), qui comprend notamment le Burundi, le Kenya, l'Ouganda et la République-Unie de Tanzanie.

Par ailleurs, les mesures règlementaires adoptées par les pays africains dans de nombreux domaines, tels que les services publics³ ou les relations interraciales⁴, font l'objet d'un nombre croissant de procédures de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Les pays d'Afrique subsaharienne ont été mis en cause dans 16 % de l'ensemble des affaires relevant de la Convention et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI et dans 20 % de l'ensemble des nouvelles affaires portées devant le CIRDI en 2014 (voir graphique 1)⁵.

En outre, plusieurs États africains ont adopté la *Vision du régime minier de l'Afrique* (ci-après la *Vision africaine*)⁶, qui prévoit l'élaboration de cadres stratégiques et règlementaires ayant pour objet d'utiliser au maximum le potentiel de développement de la région, notamment grâce à l'exploitation des ressources naturelles en tant qu'activité porteuse du développement industriel afin de diversifier l'économie. Bien que figurant parmi les premiers producteurs de ressources minières, l'Afrique exporte principalement des minerais bruts (concentrés ou métalliques). Par conséquent, la *Vision africaine* a pour objectif de promouvoir les mécanismes d'enrichissement des minerais dans la région afin que le potentiel du secteur minier soit pleinement exploité.

La stratégie qui sous-tend la *Vision africaine* est similaire aux politiques sur lesquelles d'autres pays en développement envisagent de s'appuyer pour accroître la participation de l'État dans des secteurs clés et tirer un meilleur parti des ressources naturelles, conformément à des objectifs d'industrialisation et de développement. La Bolivie, l'Équateur et le Venezuela, parmi d'autres pays latino-américains, prennent des mesures volontaristes pour retrouver la marge de manœuvre règlementaire de l'État et son rôle dans le développement, la planification et la règlementation de secteurs aussi stratégiques que ceux de l'exploitation minière, de l'eau, de l'énergie et des télécommunications, et pour s'assurer que l'exploitation

¹ Selon la CNUCED, 3 271 AII étaient en vigueur en 2014, dont 2 926 ABI et 345 autres types d'AII.

² La SACU est une union douanière entre l'Afrique du Sud, le Botswana, le Lesotho, la Namibie et le Swaziland.

³ Sentence arbitrale (24 juillet 2008) de l'affaire n° ARB/05/22 du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. République-Unie de Tanzanie* portant sur des services de gestion et d'assainissement de l'eau. Consultable (en anglais) à l'adresse : <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/05/22>.

⁴ Sentence arbitrale (4 août 2010) de l'affaire n° ARB(AF)/07/01 du CIRDI, *Piero Foresti, Laura de Carli et al. c. République sud-africaine*. Consultable (en anglais) à l'adresse : [https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB\(AF\)/07/1](https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB(AF)/07/1).

⁵ CIRDI, *Affaires du CIRDI - Statistiques* (numéro 2013-2). Consultable à l'adresse : <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources//2013-2%20French.pdf>.

⁶ Union africaine, *Vision du Régime Minier de l'Afrique* (2009). Consultable à l'adresse : http://www.africaminingvision.org/amv_resources/AMV/Africa_Mining_Vision_french.pdf.

des ressources naturelles sert le développement durable sur le plan économique, environnemental et social⁷.

Le présent document traite des menaces que font peser les dispositions des AII et les mécanismes de RDIE sur la marge de manœuvre réglementaire des États africains et la mise en œuvre de la *Vision du régime minier de l'Afrique*. Il évoque la multiplication des procédures de RDIE dans le secteur des industries extractives et s'attache à examiner plusieurs affaires ayant notamment mis en cause des pays africains. Il aborde enfin les restrictions de plus en plus nombreuses que les AII imposent en matière de prescriptions de résultats, lesquelles pourraient pourtant jouer un rôle déterminant dans la mise en œuvre de la *Vision du régime minier de l'Afrique*.

Il sera démontré que la multiplication des AII menace de restreindre la marge de manœuvre réglementaire et les moyens d'intervention étatiques nécessaires au développement et à l'industrialisation des pays en développement, et particulièrement des pays africains. Les AII risquent ainsi de réduire les possibilités qu'ont les États africains d'adopter des politiques sectorielles, notamment dans les industries extractives, ou de mettre en œuvre la *Vision du régime minier de l'Afrique*, dans la perspective d'atteindre leurs objectifs d'industrialisation et de développement.

⁷ Voir : le Plan national pour le bien-vivre 2013 – 2017 de l'Équateur (en anglais, <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/12/Buen-Vivir-ingles-web-final-completo.pdf>), le Plan national du Venezuela (en espagnol, http://www.mppp.gob.ve/wp-content/uploads/2013/09/ley_plan_patria.pdf) et le Plan national de développement de la Bolivie (en espagnol, <http://www.planificacion.gob.bo/pdes/>), consultés le 25 novembre 2015.

II. LES DÉFAUTS DU RÉGIME DE PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT

Les débats et controverses que suscite le régime de protection de l'investissement ont principalement trait à son incidence sur la marge de manœuvre dont les pays en développement ont besoin pour élaborer des politiques en faveur du développement. Comme en témoigne la multiplication des procédures de RDIE, les AII et l'interprétation élargie qu'en donnent les tribunaux arbitraux d'investissement empiètent sur la capacité des États à régler dans l'intérêt public.

La dimension plurielle du problème que pose le régime de protection de l'investissement réside dans les aspects suivants :

i. le caractère inéquitable des dispositions des AII, qui définissent l'investissement et l'investisseur au sens large, instituent le libre transfert des capitaux et le droit d'établissement, comportent des clauses de traitement national, de traitement de la nation la plus favorisée (NPF) et de traitement juste et équitable, confèrent une protection contre l'expropriation directe et indirecte et interdisent les prescriptions de résultats, entre autres⁸. Les AII renforcent les droits des investisseurs sans leur imposer d'obligations et, bien souvent, sans reconnaître expressément la nécessité de préserver le droit de régler des pays d'accueil ;

ii. l'imprécision des dispositions des AII, qui confère une grande latitude d'interprétation aux tribunaux arbitraux et donne ainsi lieu à une augmentation du nombre de différends tranchés en faveur des investisseurs⁹. Généralement, ces tendances ne correspondent pas aux intentions exprimées par les États parties lors des négociations ;

iii. le RDIE dont les tribunaux sont majoritairement composés d'avocats d'affaires exerçant dans des cabinets privés¹⁰. Le domaine de compétence des arbitres est très vaste et s'étend jusqu'aux actes réglementaires validés par la Cour constitutionnelle du pays d'accueil conformément à sa législation. Le système actuel de RDIE suscite de vives inquiétudes quant à la gouvernance et la responsabilité démocratiques ;

iv. le manque de transparence des procédures de RDIE et le manque de renseignements disponibles à leur sujet, aux dépens de la responsabilité démocratique et de la participation du public. Seules 608 procédures de RDIE sont répertoriées à ce jour. La CNUCED précise qu'elles sont probablement plus nombreuses, puisque la plupart des AII prévoient la possibilité de conduire des procédures d'arbitrage de manière totalement confidentielle¹¹. Dans ces conditions, de plus en plus

⁸ Voir : Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Aaron Cosbey, Lise Johnson, Damon Vis-Dunbar, *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable* (2011), Institut international du développement durable (IISD), consultable à l'adresse :

http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd_fr.pdf.

⁹ Pour plus d'informations à ce sujet (en anglais), voir les travaux de Gus Van Harten.

¹⁰ Voir (en anglais) : Transnational Institute (TNI), *Profiting from Injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fueling an investment arbitration boom*.

¹¹ CNUCED, *World Investment Report 2015*, p. 112. Consultable (en anglais) à l'adresse : http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf.

d'investisseurs déposent plainte contre les pays d'accueil ou menacent de le faire afin d'empêcher l'adoption ou l'application de nouvelles lois ou mesures, ce qui produit un *effet dissuasif* sur le processus de réglementation¹².

Plusieurs pays développés et en développement se sont engagés dans un processus de réforme visant notamment à limiter l'étendue de leurs obligations prévues aux ABI, lesquels sont invoqués dans un nombre croissant de procédures de RDIE. D'après le *Rapport sur l'investissement dans le monde 2014* de la CNUCED, au moins 40 États et 4 organisations d'intégration régionale ont récemment révisé ou commencé à réviser leur modèle d'AII¹³. La CNUCED souligne qu'aujourd'hui, la question n'est pas de savoir si une réforme est nécessaire, mais de savoir ce qu'il faut réformer, comment et dans quelle mesure¹⁴.

Dans leur processus de réforme, les pays en développement s'emploient à modifier les dispositions et les implications juridiques des AII auxquels ils sont partie. Certains ont instauré un moratoire sur la conclusion et la ratification de nouveaux AII pendant la période de réforme. D'autres pays, tels que l'Afrique du Sud, la Bolivie, l'Équateur et l'Indonésie, se sont retirés de la plupart, voire de l'ensemble des AII qu'ils avaient conclus. L'Afrique du Sud a substitué aux ABI une loi de promotion et de protection de l'investissement (*Promotion and Protection of Investment Law*) visant à clarifier les règles de protection de l'investissement et à assurer leur conformité avec la Constitution. L'Indonésie et l'Inde ont décidé d'élaborer un nouveau modèle d'ABI¹⁵. L'Équateur a refait des contrats d'investissement les principaux instruments juridiques régissant les relations avec les investisseurs, leur imposant notamment des obligations telles que des prescriptions de résultats. Certains pays cherchent des solutions de remplacement régionales, notamment des modèles réglementaires tenant compte de leurs objectifs communs de développement.

En outre, il apparaît de plus en plus clairement qu'en pratique les principaux objectifs économiques qui justifient la conclusion d'AII ne sont généralement pas atteints. Des enquêtes réalisées auprès des investisseurs ont montré que les AII sont très rarement pris en compte lors des décisions d'investissement. De même, les agences nationales et les sociétés de garantie des investissements ne tiennent pas compte des éventuels ABI auxquels un pays d'accueil est partie pour décider d'assurer un investissement réalisé sur son territoire¹⁶.

D'après une étude de la Banque mondiale (2011), l'examen d'études empiriques et l'exploitation de nouvelles sources de données démontrent que les perspectives commerciales que laissent notamment entrevoir la taille et le potentiel de croissance d'un marché sont de loin le critère le plus déterminant des investissements directs étrangers (IDE)¹⁷. De plus, d'après le *Rapport sur le commerce et le développement* de la CNUCED, « les résultats

¹² Voir : *A Need for Preventive Investment Protection* par Cezary Wiśniewski et Olga Górka, publié le 30 septembre 2015 sur le Kluwer Arbitration Blog, consultable (en anglais) à l'adresse : http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/09/30/a-need-for-preventive-investment-protection/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29.

¹³ Voir : CNUCED (2014), *Rapport sur l'investissement dans le monde*, juin 2014 et *IIA Issues Note*, n° 3, *Reform of the IIA Regime: Four Paths of Action and a Way Forward*.

¹⁴ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2015, vue d'ensemble*, p. 28.

¹⁵ Au moment de la rédaction du présent document, l'Inde et l'Indonésie sont encore en train d'élaborer leur nouveau modèle d'ABI.

¹⁶ Voir : CNUCED (2014), *Rapport sur le commerce et le développement*, Chapitre IV, et Poulsen, *The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence*, in *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009-2010* (Oxford University Press).

¹⁷ Kusi Hornberger, Joseph Battat et Peter Kusek, *Attracting FDI: How Much Does Investment Climate Matter?*, in *View Point: Public Policy for the Private Sector* (2011). Consultable (en anglais) à l'adresse : <http://siteresources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/327-Attracting-FDI.pdf>.

n'étaient pas l'hypothèse selon laquelle les ABI favorisent [l'IDE] bilatéral. Les décideurs des pays en développement ne devraient donc pas partir du postulat selon lequel [l'IDE] sera favorisé par la signature d'un ABI. [...] ils devraient rester prudents à l'égard de tout type de recommandation les incitant à signer des ABI »¹⁸.

L'expérience montre que la décision des pays en développement de réformer leur régime de protection de l'investissement, et même de se retirer des AII qu'ils avaient conclus, n'entraîne pas une baisse des entrées d'IDE. Ainsi, l'Afrique du Sud a été classée par la CNUCED au premier rang des pays africains bénéficiaires d'IDE en 2013¹⁹, malgré sa décision de résilier les ABI qu'elle avait conclus et de les remplacer par un nouveau modèle. De même, les entrées d'IDE en Bolivie augmentent constamment malgré son retrait des ABI auxquels elle était partie²⁰. À partir de 2006, la Bolivie a commencé à dénoncer systématiquement chaque ABI arrivant à expiration. Puis, en mai 2013, la Bolivie a dénoncé tous les autres ABI encore en vigueur. Pourtant, les entrées d'IDE dans le pays ont depuis augmenté jusqu'à atteindre 1,75 milliard de dollars des États-Unis en 2013, un record historique. En 2013, le Brésil a été classé au cinquième rang des pays bénéficiaires d'IDE²¹, alors qu'il n'avait encore jamais ratifié d'ABI.

¹⁸ Voir : CNUCED, *Rapport sur le commerce et le développement, 2014*, p. 179, consultable à l'adresse : http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/tdr2014_fr.pdf.

¹⁹ Communiqué de presse de la CNUCED (juin 2014), UNCTAD/PRESS/PR/2014/024.

²⁰ CEPALSTAT (2014). *Bolivia (Plurinational State of): National Economic Profile*, in *Opening the Door to Foreign Investment? An Analysis of Bolivia's New Investment Promotion Law*, par Martin Brauch, le 11 août 2014.

²¹ Source : CNUCED, classement excluant les Îles Vierges britanniques.

III. LA MULTIPLICATION DES PROCÉDURES DE RDIE DANS LE SECTEUR DES INDUSTRIES EXTRACTIVES

Les affaires de RDIE enregistrées par le CIRDI concernent principalement le secteur des industries pétrolière, gazière et minière, qui représentent 26 % de l'ensemble des affaires enregistrées par le CIRDI jusqu'en 2014 (voir graphiques 2 et 3) et 35 % des affaires enregistrées en 2014. À titre de comparaison, en 2000, seules trois affaires en cours devant le CIRDI avaient trait à ces trois industries²².

Quand ils recourent au RDIE, les investisseurs ne mettent pas seulement en cause les expropriations, mais aussi de nombreux autres types de mesures publiques. Des investisseurs ont avancé des motifs tels que le retrait de permis (notamment dans les secteurs de l'extraction minière, des télécommunications et du tourisme), la violation d'un contrat d'investissement, des irrégularités dans un marché public, la modification du cadre réglementaire du pays d'accueil (notamment de la réglementation afférente au gaz, à l'énergie nucléaire, au marché de l'or et aux changes), le retrait de subventions et l'adoption de mesures fiscales ou d'autres mesures réglementaires²³.

Par ailleurs, les tribunaux arbitraux de RDIE tendent à prononcer des sanctions financières de plus en plus lourdes. En 2014, la Russie a été condamnée à payer 50 milliards de dollars aux termes de trois sentences arbitrales rendues dans des affaires engagées par les actionnaires majoritaires de la société pétrolière Ioukos. La même année, un tribunal arbitral du CIRDI a ordonné au Venezuela d'indemniser Exxon Mobil à hauteur de 1,6 milliard de dollars, majoré d'intérêts composés au taux de 3,5 %. En octobre 2012, l'Équateur a été condamné à verser 1,7 milliard de dollars, majoré d'intérêts, à la société américaine Occidental Petroleum Corporation, pour avoir annulé un contrat d'exploitation en 2006. En mars 2010, c'est près de 700 millions de dollars que l'Équateur a dû verser à la société Chevron, dans une autre affaire relevant du secteur pétrolier. Le montant total des indemnités imposées à l'Équateur aux termes de ces deux sentences arbitrales représente environ 3,3 % du produit intérieur brut (PIB) du pays²⁴. En 2014, un tribunal arbitral du CIRDI a condamné le Venezuela à indemniser la société pétrolière Gold Reserve à hauteur de 713 millions de dollars, en sus des dépens.

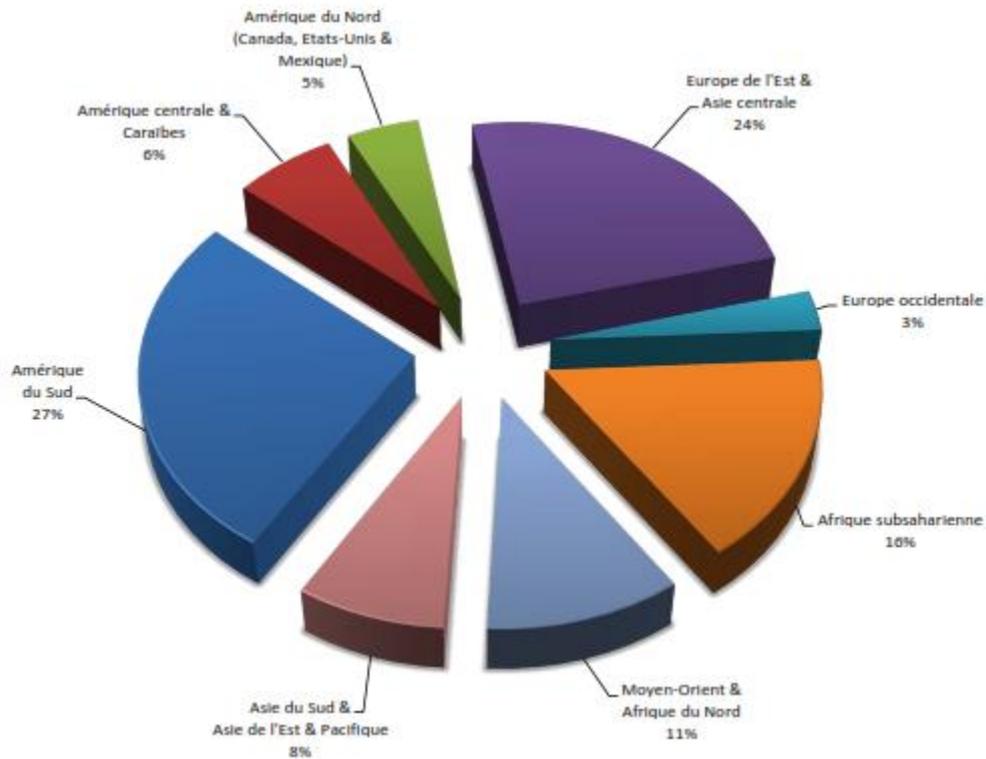
Les graphiques ci-dessous illustrent la répartition géographique de l'ensemble des affaires enregistrées au titre de la Convention et du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI jusqu'en 2014 (graphique 1), la répartition de l'ensemble des affaires enregistrées au titre de la Convention et du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI jusqu'en 2014 selon le secteur économique (graphique 2) et la répartition des affaires enregistrées par le CIRDI en 2014 selon le secteur économique (graphique 3).

²² Voir (en anglais) : Sarah Anderson et Manuel Perez Rocha, *Mining for Profits in International Tribunals: Lessons for the Trans-Pacific Partnership*, Institute for Policy Studies, avril 2013.

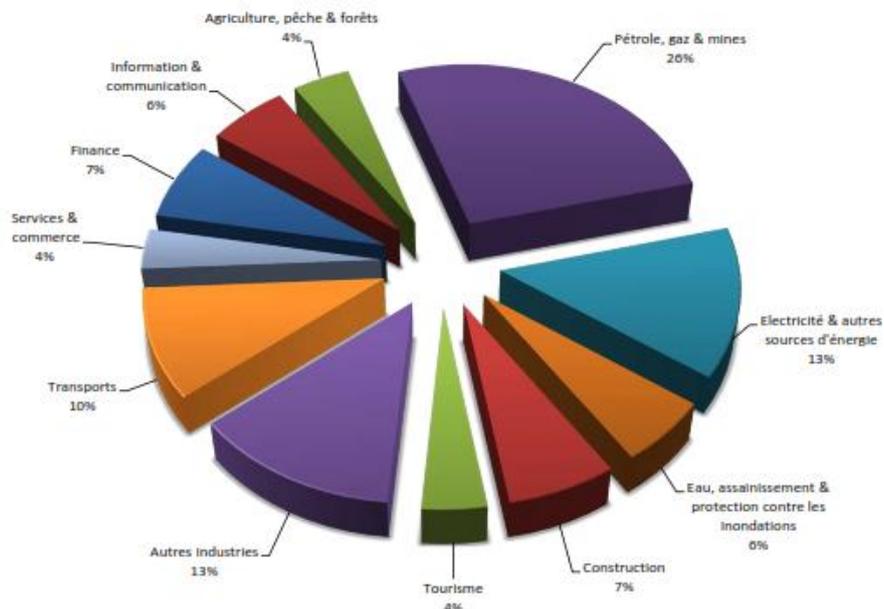
²³ Voir (en anglais) : http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf (2012).

²⁴ Sarah Anderson et Manuel Perez Rocha, *Mining for Profits in International Tribunals: Lessons for the Trans-Pacific Partnership*, Institute for Policy Studies, avril 2013.

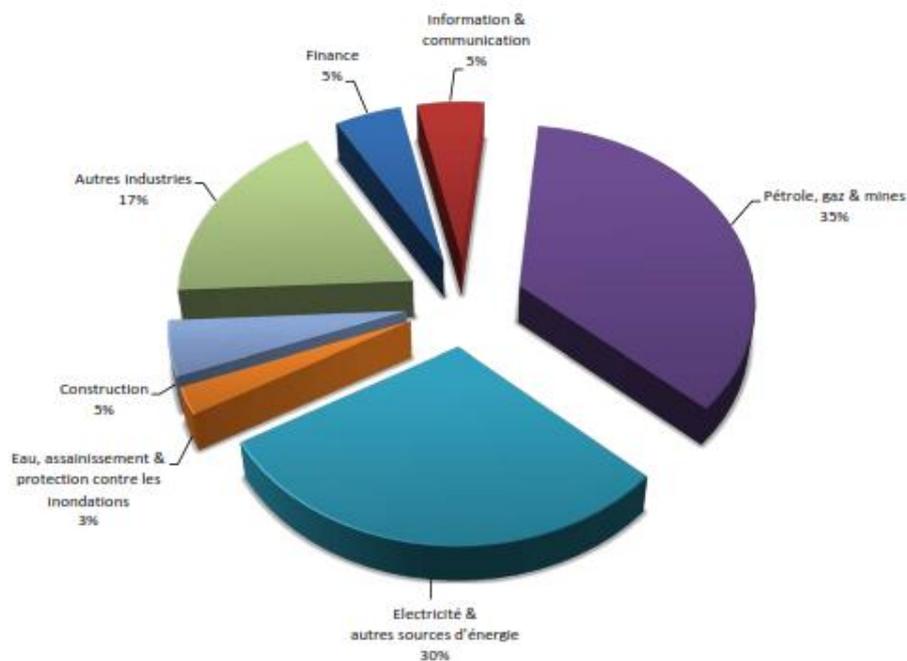
Graphique 1: Répartition géographique de l'ensemble des affaires enregistrées sous la Convention et le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI (selon l'État partie au différend, source : CIRDI, 2014)



Graphique 2: Répartition de l'ensemble des affaires enregistrées sous la Convention et le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI selon le secteur économique (source : CIRDI, 2014)



Graphique 3: Répartition des affaires enregistrées en 2014 sous la Convention et le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI selon le secteur économique (source : CIRDI, 2014)



Les procédures de RDIE dans le secteur des industries extractives : une menace pour l'industrialisation et le droit de réglementer des États

Des mesures très diverses mises en place par les États dans le secteur des industries extractives ont fait l'objet d'une procédure de RDIE. Il s'agit notamment de mesures s'inscrivant dans des stratégies de développement et d'industrialisation, ou prises dans le but de promouvoir la valorisation des minerais et la répartition équitable de la rente entre la population et les sociétés privées. La présente section présente plusieurs exemples de procédures de RDIE engagées dans ce secteur²⁵.

ConocoPhillips (États-Unis et Pays-Bas) c. République bolivarienne du Venezuela

Le décret n° 5200 adopté en 2007 par le Venezuela a imposé aux sociétés exerçant leurs activités dans la ceinture pétrolière de l'Orénoque dans le cadre d'un contrat d'association avec l'État de se transformer en entreprises mixtes. Soixante pour cent de leur capital devait être transféré à la compagnie pétrolière d'État Petroleos de Venezuela SA (PDVSA). L'objectif du décret était d'assurer que les projets de la ceinture de l'Orénoque « respectent les prescriptions juridiques et les conditions fiscales applicables à toutes les entreprises réalisant des opérations pétrolières au Venezuela et prévues par la Loi organique sur les hydrocarbures de 2001 »²⁶. En somme, ConocoPhillips et les autres sociétés pétrolières de l'Orénoque étaient contraintes de vendre une partie de leurs actions à PDVSA ; plusieurs plaintes ont alors été déposées contre le Venezuela.

²⁵ La présente section s'appuie sur des informations publiées par le site Internet d'actualités et d'analyse Investment Arbitration Reporter (IARReporter).

²⁶ Juan Carlos Boué, *Conoco-Phillips et Exxon-Mobil c. Venezuela et Petróleos De Venezuela : Ou comment utiliser l'arbitrage en matière d'investissement pour modifier un contrat*. Consultable à l'adresse : http://www.iisd.org/pdf/2013/iisd_itn_sept_2013_fr.pdf (consulté le 4 novembre 2015).

Le décret s'inscrit plus largement dans une stratégie suivie par plusieurs pays latino-américains, notamment l'Équateur, la Bolivie et le Venezuela, pour renforcer la participation de l'État dans des secteurs aussi stratégiques que ceux de l'extraction pétrolière et minière, de l'eau, de l'énergie et des télécommunications. L'objectif est de redonner à l'État la marge de manœuvre réglementaire et son rôle dans le développement, la planification et la réglementation, afin d'assurer que l'exploitation des ressources naturelles sert des objectifs de développement durable sur le plan économique, environnemental et social²⁷.

En 2007, ConocoPhillips a soumis une plainte à l'arbitrage²⁸ au motif que les investissements qu'elle détenait dans deux projets d'exploitation de pétrole lourd, situés dans la ceinture pétrolière de l'Orénoque, avaient été expropriés en contravention de l'ABI conclu entre les Pays-Bas et le Venezuela. L'affaire a suscité de nombreuses craintes quant à la possible introduction de *nouvelles règles* en matière d'indemnisation de l'expropriation.

Le droit international coutumier autorise l'expropriation et la nationalisation seulement si elles sont réalisées à des fins publiques et de façon non discriminatoire, respectent le principe de l'application régulière de la loi et donnent lieu à une indemnisation de l'investisseur étranger par le pays d'accueil²⁹. Conformément au droit coutumier, la plupart des AII posent des conditions strictes à l'expropriation : elle doit notamment donner lieu à l'indemnisation de l'investisseur, être réalisée à des fins publiques et de façon non discriminatoire (c'est-à-dire qu'elle ne peut viser une entreprise ou une nationalité particulières) et respecter le principe de l'application régulière de la loi³⁰. Le montant de l'indemnisation est généralement calculé à partir de la valeur marchande de l'actif exproprié. Il existe toutefois d'autres méthodes de calcul de la valeur des actifs. Celle-ci peut notamment être calculée à partir de la valeur actualisée des flux de trésorerie, de la valeur comptable ou du coût de remplacement³¹. La procédure arbitrale a été engagée à la suite d'un désaccord avec le Gouvernement du Venezuela, qui proposait de calculer le montant de l'indemnisation à partir de la valeur comptable de l'investissement, tandis que ConocoPhillips estimait que ce montant devait être calculé à partir de la valeur actualisée des flux de trésorerie.

Le tribunal arbitral a considéré que le Venezuela avait manqué à son obligation de négocier *de bonne foi* une indemnisation des actifs de ConocoPhillips équivalant à leur valeur marchande, sur le fondement du paragraphe c de l'article 6 de l'ABI conclu entre le Venezuela et les Pays-Bas³². Le tribunal a insisté sur l'obligation du Venezuela de négocier *de*

²⁷ Voir : le Plan national pour le bien-vivre 2013 – 2017 de l'Équateur (en anglais, <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/12/Buen-Vivir-ingles-web-final-completo.pdf>), le Plan national du Venezuela (en espagnol, http://www.mppp.gob.ve/wp-content/uploads/2013/09/ley_plan_patria.pdf) et le Plan national de développement de la Bolivie (en espagnol, <http://www.planificacion.gob.bo/pdes/>), consultés le 25 novembre 2015.

²⁸ Décision sur la compétence rendue le 3 septembre 2013 dans l'affaire n° ARB/07/30 du CIRDI.

²⁹ CNUCED, *Élaboration de règles régissant l'investissement international*, Note du secrétariat de la CNUCED, TD/B/COM.2/EM.21/2 (New York et Genève, Nations Unies, 2007).

³⁰ Voir : IISD, *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, p. 19.

³¹ La méthode de la valeur actualisée des flux de trésorerie repose sur les flux de trésorerie qu'une société prévoit de générer, et non pas sur des facteurs liés au marché, ni sur les résultats réalisés par la société. La méthode de la valeur comptable est fondée sur la valeur d'une société après la liquidation de son actif et de son passif. La méthode du coût de remplacement est basée sur le coût de l'actif exproprié au prix actuel du marché, sans amortissement.

³² Paragraphe 401 de la décision sur la compétence adoptée dans l'affaire n° ARB/07/30 du CIRDI (en anglais). L'article 6 de l'ABI conclu entre les Pays-Bas et le Venezuela dispose que les parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation à l'encontre des investissements de nationaux de l'autre

bonne foi l'indemnisation de l'investisseur, et considéré qu'à l'évidence l'indemnisation proposée par le Venezuela ne tenait pas compte des dispositions sur l'indemnisation prévues aux accords d'association³³.

L'arbitre désigné par le Venezuela, Georges Abi-Saab, a rendu une opinion dissidente contestant la conclusion rendue par la majorité du tribunal, qui considère qu'une *juste indemnisation* repose sur l'obligation de négocier de bonne foi. Selon Georges Abi-Saab, l'obligation de verser une *juste indemnisation* est satisfaite à la condition, d'une part, que celle-ci soit proposée ou versée au moment de la nationalisation³⁴, et d'autre part, qu'elle ne soit pas d'un montant dérisoire³⁵. Il estime qu'en vertu de l'obligation de verser une juste indemnisation, l'État doit, au moment de la nationalisation ou peu de temps avant ou après celle-ci, mettre en place les conditions nécessaires à son versement, par exemple en proposant une méthode de calcul ou une certaine somme³⁶. D'après lui, l'État contrevient à cette obligation s'il refuse dès le départ de verser une indemnisation³⁷, ou si l'indemnisation est dérisoire. Georges Abi-Saab conclut ainsi que *l'obligation de négocier une indemnisation de bonne foi n'est pas reconnue par le droit international de l'investissement*.

En effet, le paragraphe c de l'article 6 de l'ABI conclu entre les Pays-Bas et le Venezuela prévoit que l'indemnisation doit être équivalente à la valeur marchande de l'investissement concerné, mais ne fait pas référence à une quelconque *obligation de négocier de bonne foi*. La décision rendue dans cette affaire pourrait avoir d'importantes répercussions sur la vingtaine d'affaires relevant de domaines connexes actuellement en cours devant le CIRDI.

Nusa Tenggara Partnership B.V. et PT Newmont Nusa Tenggara c. République d'Indonésie

L'affaire³⁸ a été engagée à la suite de l'adoption par le Gouvernement indonésien de la loi n° 4/2009 sur les minerais et le charbon. Celle-ci prévoyait que toute société titulaire d'un permis d'exploitation minière ou d'un permis spécial d'exploitation minière devait, sous un délai de 5 ans, traiter et purifier les minerais sur le territoire national avant de les exporter³⁹. En outre, la loi obligeait toute société étrangère ayant réalisé des activités de production pendant plus de 5 ans à céder une partie de son capital à une entité publique ou une entreprise

Partie, ou de mesures dont l'effet est de nationaliser ou d'exproprier lesdits investissements, sauf dans les cas suivants :

- a) les mesures sont prises dans l'intérêt public et conformément aux procédures légales ;
- b) les mesures ne sont pas discriminatoires ni contraires à des engagements pris par la Partie Contractante qui prend de telles mesures ;
- c) les mesures sont prises moyennant le paiement d'une juste indemnisation. Cette indemnisation correspondra à la valeur marchande de l'investissement concerné immédiatement avant l'adoption des mesures ou avant que les mesures ne soient rendues publiques, le cas échéant, comprendra le paiement d'intérêts au taux commercial normal jusqu'à la date du paiement et, afin d'être effective pour les investisseurs, sera payée et rendue transférable sans délai vers le pays désigné par les investisseurs concernés et dans la monnaie du pays dont ils sont investisseurs ou dans toute monnaie librement convertible acceptée par les investisseurs.

³³ Paragraphe 402 de la décision sur la compétence adoptée dans l'affaire n° ARB/07/30 du CIRDI.

³⁴ Paragraphe 116 de l'opinion dissidente rendue le 19 février 2015 quant à la décision sur la compétence adoptée dans l'affaire n° ARB/07/30 du CIRDI (en anglais).

³⁵ Paragraphe 119 de l'opinion dissidente rendue le 19 février 2015 quant à la décision sur la compétence adoptée dans l'affaire n° ARB/07/30 du CIRDI (en anglais).

³⁶ Paragraphe 116 de l'opinion dissidente rendue le 19 février 2015 quant à la décision sur la compétence adoptée dans l'affaire n° ARB/07/30 du CIRDI (en anglais).

³⁷ Paragraphe 119 de l'opinion dissidente rendue le 19 février 2015 quant à la décision sur la compétence adoptée dans l'affaire n° ARB/07/30 du CIRDI (en anglais).

³⁸ Affaire n° ARB/14/15 du CIRDI engagée le 15 juillet 2014.

³⁹ Article 103 de la loi n° 4/2009 promulguée le 12 janvier 2012.

privée indonésienne⁴⁰, et lui imposait plus précisément de céder, à terme, 51 % de son capital au Gouvernement, aux collectivités locales ou aux entreprises du pays⁴¹. L'objectif de la loi, tel que défini dans le préambule, est d'exploiter les minerais et le charbon d'une manière qui apporte une véritable valeur ajoutée à l'économie du pays, ce qui profitera équitablement au bien-être et à la prospérité de la population, et qui crée de la valeur ajoutée pour la croissance économique et le développement régional durable⁴².

La société Newmont Mining exploitait la mine d'or et de cuivre de Batu Hijau, située dans la province de Nusa Tenggara Ouest. Elle soutenait avoir fondé sa décision de réaliser d'importants investissements de long terme sur les garanties et l'assurance de stabilité que présentait alors le contrat de travaux⁴³ régissant l'exploitation de la mine⁴⁴. Le contrat, conclu entre l'Indonésie et Newmont en 1986, définissait les droits et les obligations de la société relativement au projet de Batu Hijau, et notamment ses obligations fiscales et financières⁴⁵.

En juillet 2014, Newmont a annoncé avoir soumis une plainte à l'arbitrage contre l'Indonésie devant le CIRDI. La société affirmait que les dispositions du contrat de travaux continuaient de régir l'exploitation de la mine nonobstant les modifications que l'Indonésie avait apportées à sa législation au fil des ans⁴⁶. Newmont estimait également que les nouvelles conditions d'exportation et la nouvelle taxe à l'exportation, ainsi que l'interdiction d'exporter du concentré de cuivre dès janvier 2017 portaient atteinte aux obligations de l'Indonésie prévues au contrat de travaux et à l'ABI conclu entre l'Indonésie et les Pays-Bas. Il convient de noter qu'au moment de la signature du contrat de travaux, la filiale PT Newmont Nusa Tenggara était intégralement détenue par Newmont Indonesia Limited, une société régie par le droit de l'État du Delaware, aux États-Unis, et dont le siège social était situé à Melbourne, en Australie⁴⁷.

En août 2014, les plaignants et le Gouvernement indonésien sont parvenus à un règlement amiable et le secrétaire général du CIRDI a pris note du désistement conformément à l'article 44 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage⁴⁸. Le règlement amiable consenti par l'Indonésie et Newmont prévoit un abaissement à 7,5 % de la taxe à l'exportation et la signature par les parties d'un protocole d'accord autorisant Newmont à reprendre ses activités d'exploitation minière, sous réserve qu'elle construise une installation de traitement de minerais destinée à renforcer le secteur minier du pays. Il faut souligner

⁴⁰ *Ibid*, article 112.

⁴¹ Hilde van der Pas et Riza Damanik, *The Case of Newmont Mining vs Indonesia, Briefing* (Transnational Institute, novembre 2014). Consultable (en anglais) à l'adresse : <https://www.tni.org/files/download/newmont-indonesia-case-4.pdf> (consulté le 5 novembre 2014).

⁴² Préambule de la loi n° 4/2009.

⁴³ Contrat de travaux conclu le 2 décembre 1986 entre le Gouvernement d'Indonésie et PT Newmont Nusa Tenggara. Consultable (en anglais) à l'adresse : https://firdausilyas.files.wordpress.com/2011/06/nnt_contractofwork_icw.pdf (consulté le 5 novembre 2015).

⁴⁴ PT Newmont Nusa Tenggara, *Arbitration Filed Over Export Restrictions in Indonesia*, communiqué de presse du 1^{er} juillet 2014. Consultable (en anglais) à l'adresse : http://www.newmont.com/files/2014/Press%20Releases/Press%20Release%201%20Juli%202014%20-%20Arbitration%20Filed%20Over%20Export%20Restrictions%20i%20%20%20%20_v001_e210p1.pdf (consulté le 5 novembre 2015).

⁴⁵ Article 13 du contrat de travaux conclu le 2 décembre 1986 entre le Gouvernement d'Indonésie et PT Newmont Nusa Tenggara.

⁴⁶ PT Newmont Nusa Tenggara, communiqué de presse du 1^{er} juillet 2014.

⁴⁷ Contrat de travaux conclu le 2 décembre 1986 entre le Gouvernement d'Indonésie et PT Newmont Nusa Tenggara.

⁴⁸ Ordonnance rendue le 29 août 2014 par le secrétaire général du CIRDI prenant note de la fin de l'instance, affaire n° ARB/14/15 du CIRDI.

qu'en dépit du retrait de l'Indonésie de l'ABI conclu avec les Pays-Bas, les règles de protection qui y sont énoncées demeurent applicables aux investissements réalisés avant sa date de résiliation (le 30 juin 2015) et ce, pendant une période de 15 ans suivant cette date⁴⁹.

Pan American Energy LLC c. État plurinational de Bolivie

À la suite de la nationalisation de sa filiale Chaco Petroleum, en 2009, la société américaine Pan American Energy a engagé une procédure de RDIE au titre de l'ABI conclu entre les États-Unis et la Bolivie. En 2010, l'affaire a été enregistrée sous la Convention du CIRDI⁵⁰ bien que la Bolivie s'en soit retirée en 2007.

La société demanderesse a allégué que le transfert à une entreprise d'État de la part majoritaire qu'elle détenait au capital de sa filiale Chaco Petroleum constituait une expropriation et a réclamé une indemnisation de 1,49 milliard de dollars. Les autorités boliviennes ont soutenu que ce transfert au bénéfice de Yacimientos Petroliferos Fiscales Bolivianos (YPFB) s'inscrivait dans une politique de nationalisation des ressources stratégiques prévue par la Constitution bolivienne. En outre, la Bolivie a précisé que l'investisseur serait pleinement indemnisé après liquidation du passif de la filiale, et notamment des impôts dus par celle-ci.

En 2006, la Bolivie a entrepris une campagne de nationalisation du secteur des hydrocarbures qui impliquait la conclusion, avec des sociétés étrangères, de contrats prévoyant la prise de participation majoritaire de l'entreprise d'État YPFB au capital de projets existants⁵¹. La nouvelle Constitution bolivienne (adoptée en 2009) consacre le droit de l'État de nationaliser les *ressources stratégiques*. L'article 351 de la Constitution dispose que l'exploration, la production, l'industrialisation, le transport et la commercialisation des ressources naturelles doivent être effectués sous le contrôle et la direction de l'État.

Les parties ont finalement consenti à un règlement amiable et mis fin à l'instance conformément au paragraphe (1) de l'article 43 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage. Le procureur général de Bolivie⁵² a déclaré qu'aux termes du règlement amiable, l'investisseur serait indemnisé à moins de 30 % du montant qu'il avait initialement réclamé.

Les procédures de RDIE dans le secteur des industries extractives impliquant des États africains

Les États africains sont eux aussi mis en cause dans un nombre croissant de RDIE afférentes aux industries extractives, ce qui les empêche d'adopter de nouvelles mesures visant, par exemple, à lutter contre la spéculation dans le secteur des hydrocarbures ou à modifier la fiscalité. Plusieurs exemples sont rapportés ci-après.

⁴⁹ Paragraphe 2 de l'article 15 de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements conclu le 6 avril 1994 entre le Gouvernement des Pays-Bas et le Gouvernement de la République d'Indonésie. Cet accord a été résilié. Voir aussi : CNUCED (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/97/treaty/1988>, en anglais).

⁵⁰ Affaire n° ARB/10/8 du CIRDI.

⁵¹ Voir : Fernando Cabrera Diaz (février 2009), *Bolivian voters approve new constitution as government continues to nationalize oil assets*, consultable (en anglais) à l'adresse : www.iisd.org.

⁵² <http://www.wsj.com/articles/bolivia-pan-american-energy-reach-accord-1408724484> (en anglais).

Vanoil Ltd. c. République du Kenya (2014)

Vanoil Ltd., une société pétrolière canadienne, a menacé de porter plainte à la suite du refus par le Kenya de prolonger deux contrats de partage de production relatifs à l'exploration de gisements pétroliers. En 2007, Vanoil avait obtenu le droit d'explorer des blocs dans la région kényane du bassin pétrolier d'Anza. En octobre 2014, elle annonçait dans un communiqué de presse avoir mis ses menaces à exécution et engagé une procédure d'arbitrage contre le Kenya, réclamant d'être indemnisée à hauteur de 150 millions de dollars⁵³ au motif de manquements à des contrats de concession. Dans son communiqué, la société évoquait, en outre, un second différend né du refus par les autorités kényanes d'autoriser Vanoil à augmenter sa participation dans un bloc pétrolier en mer. Bien que le Canada et le Kenya n'aient pas conclu d'ABI, Vanoil pourrait invoquer d'autres accords du fait de sa qualité de société de portefeuille.

African Petroleum Gambia Limited c. République de Gambie (2014)

L'affaire a été engagée par une société britannique ayant acquis, en 2010, une participation de 60 % dans des permis d'exploration de pétrole au large des côtes gambiennes. En janvier 2014, l'État gambien a retiré les permis, dont la première période d'exploration expirait en décembre 2013. Ce retrait a conduit la société à initier une procédure d'arbitrage contre la Gambie.

Le retrait des permis s'inscrivait dans une politique générale menée par la Gambie pour lutter contre la spéculation dans le secteur pétrolier. Dans le cadre de cette politique, la Gambie a retiré les permis d'autres sociétés⁵⁴. Le Gouvernement gambien a déclaré que le retrait des permis en question prenait effet immédiatement, et qu'aucun organisme ne serait autorisé à obtenir des permis pour les conserver à des seules fins de spéculation. Il a également affirmé qu'il ne comptait pas composer avec les spéculateurs pour assurer une exploitation des ressources naturelles au service de l'intérêt des Gambiens⁵⁵.

En mars 2014, African Petroleum Gambia Limited a saisi le CIRDI d'une demande d'arbitrage à l'encontre de la Gambie. Néanmoins, en décembre 2014, les parties ont convenu d'un règlement amiable prévoyant le rétablissement des permis et le prolongement de la période d'exploration initiale.

Total E&P Uganda BV c. République de l'Ouganda (2015)

Total E&P Uganda BV, une filiale néerlandaise de la société française Total S.A., a engagé une procédure de RDIE pour contester l'imposition par l'administration fiscale ougandaise d'un droit de timbre sur un rachat d'actions effectué auprès de la société britannique Tullow

⁵³ Source : IAREporter, *An Update on Investor-State Claims against Kenya* (22 juillet 2015) par Jarrod Hepburn, consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.iareporter.com/articles/an-update-on-investor-state-claims-against-kenya/>.

⁵⁴ Selon IAREporter, le Gouvernement gambien a également retiré, en janvier 2014, le permis d'exploitation de pétrole en mer qui avait été délivré à Oranto Petroleum Limited. Voir (en anglais) : <http://www.iareporter.com/articles/egyptian-Ing-dispute-lands-at-icsid-cancelled-licenses-in-gambia-open-door-to-arbitrations-including-by-investor-previously-at-odds-with-sierra-leone/>, consulté le 28 septembre 2015.

⁵⁵ *Ibid.*

Oil⁵⁶. En février 2012, Total et China Offshore Oil Corporation (CNOOC) avaient acquis 66,6 % des actifs détenus par Tullow Oil en Ouganda⁵⁷.

La plainte a été engagée au titre de l'ABI conclu entre les Pays-Bas et l'Ouganda et enregistrée sous les règles du CIRDI. Total estime avoir droit à une exonération d'impôt en vertu d'un contrat conclu avec le Gouvernement de l'Ouganda. Il importe de noter qu'au milieu de l'année 2013, Tullow Oil avait déposé une demande d'arbitrage devant le CIRDI pour contester la légalité de l'imposition d'une taxe sur les transactions en question. L'administration fiscale ougandaise avait réclamé 473 millions de dollars à Tullow au titre de la taxe sur la plus-value dégagée lors de ces transactions⁵⁸.

À partir de 2006, le Gouvernement de l'Ouganda a entrepris de réformer le cadre juridique et institutionnel régissant la gestion des recettes pétrolières, ainsi que les aspects environnementaux de l'exploitation des ressources⁵⁹. Cette affaire met en cause la politique fiscale et monétaire appliquée notamment pour renforcer la discipline budgétaire vis-à-vis des recettes issues des secteurs pétrolier et gazier⁶⁰, notamment en restreignant les mesures d'incitation fiscale, comme les exonérations fiscales, applicables aux gains et aux bénéfices tirés du pétrole.

Swissbourgh Diamond Mines (Pty) Limited et al. c. Royaume du Lesotho (2012)

Swissbourgh Diamond Mines et d'autres sociétés affirment avoir subi un déni de justice, plusieurs années après l'expropriation de leurs droits miniers par le Lesotho⁶¹. Les demandeurs ont engagé une procédure de RDIE conformément au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), en invoquant le Protocole sur la finance et l'investissement (PFI) de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC)⁶².

Les demandeurs contestent également la décision prise par les États membres de la SADC de dissoudre le tribunal régional de la SADC et d'en modifier le mandat, qui était jusqu'alors d'examiner les affaires relatives aux investissements et aux droits humains. En tant qu'État membre de la SADC, le Lesotho a contribué au démantèlement du tribunal de la SADC.

⁵⁶ Source : Reuters Africa, *Uganda: Total seeks arbitration over Uganda tax dispute* (22 mars 2015) par Elias Biryabarema, consultable (en anglais) à l'adresse : <http://af.reuters.com/article/investingNews/idAFKBN0MR0SI20150331?sp=true>.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Luke Eric Peterson, *Arbitrators Selected in ICSID Claims Brought by Tullow Oil Against Uganda*, le 30 juin 2014. Consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.iareporter.com/articles/arbitrators-selected-in-icsid-claims-brought-by-tullow-oil-against-uganda/>.

⁵⁹ Voir (en anglais) :

<http://www.energyandminerals.go.ug/downloads/NATIONALOILANDGASPOLICYFORUGANDA.pdf>.

⁶⁰ *National Oil and Gas Policy for Uganda*, Ministère de l'énergie et du développement minier, février 2008.

Voir : <http://www.energyandminerals.go.ug/downloads/NATIONALOILANDGASPOLICYFORUGANDA.pdf>.

⁶¹ Source : IAREporter.

⁶² L'article 28 de l'annexe 1 du PFI autorise les investisseurs (définis au sens large de manière à ce qu'ils incluent les non-ressortissants des États membres de la SADC) à soumettre à l'arbitrage un différend surgissant avec un État partie « concernant une obligation qui incombe à ce dernier à l'égard d'un investissement admis réalisé par l'investisseur en question ». Les parties peuvent convenir de saisir le Tribunal de la SADC, le CIRDI ou un tribunal à établir dans le cadre du règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Néanmoins, si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur une procédure dans un délai de 3 mois, elles doivent soumettre le différend à l'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

La plainte déposée en 2009 par Swissbrough et d'autres sociétés au motif de manquements du Lesotho à ses obligations prévues au Traité de la SADC était en cours devant le Tribunal au moment de la suspension de l'ensemble de ses activités judiciaires, en mai 2011⁶³. Swissbrough avait saisi le Tribunal de la SADC au motif que plusieurs de ses baux miniers avaient été expropriés. L'investisseur soutient que la contribution du Lesotho à la dissolution du Tribunal de la SADC constitue une faute répréhensible en droit international.

De plus, Swissbrough estime que le Lesotho a commis un déni de justice au sens du droit international coutumier et manqué à plusieurs dispositions de fond du PFI en matière de protection de l'investissement, notamment à celles qui concernent le traitement juste et équitable, le droit de l'investisseur de comparaître devant un tribunal, les obligations en matière de transparence et l'engagement qu'a pris le Lesotho de s'acquitter des obligations prévues au PFI. Un tribunal établi à Singapour en vertu du règlement d'arbitrage de la CNUDCI a statué sur sa compétence dès la première étape de la procédure⁶⁴, en août 2015.

Le tableau 1 énumère d'autres affaires administrées par le CIRDI mettant en cause des États africains dans le secteur des industries pétrolière, gazière et minière au titre de la Convention du CIRDI.

TABLEAU 1 : Affaires portées devant le CIRDI impliquant des États africains dans le secteur des industries pétrolière, gazière et minière

Source : Extrait d'un tableau établi par Sarah Anderson et Manuel Perez Rocha dans Mining for Profits in International Tribunals: Lessons for the Trans-Pacific Partnership, Institute for Policy Studies (avril 2013), p. 18-20 (en anglais). Données actualisées par les auteurs.

Investisseur/demandeur	Défendeur	Objet de l'affaire	Année du dépôt de plainte
Cortec Mining Kenya Limited (Kenya), Cortec (Pty) Limited et Stirling Capital Limited (Grande-Bretagne)	République du Kenya	Retrait <i>juridiquement infondé</i> d'un permis d'exploitation minière (à la suite de la dissolution du dixième parlement kényan).	2015
Total E&P Uganda BV (Pays-Bas)	République de l'Ouganda	Imposition d'une taxe sur la prise de participation de Total dans un projet d'exploration pétrolière en Ouganda ⁶⁵ .	2015
BSG Resources Limited (Grande-Bretagne)	République de Guinée	Retrait, en 2008, des droits miniers de la société sur les gisements miniers de Simandou pour faits de corruption.	2014
African Petroleum Gambia	République de	Retrait de plusieurs permis	2014

⁶³ Au milieu des années 1980, les investisseurs avaient acquis 5 baux miniers que le Lesotho a toutefois résiliés en 1991, lorsqu'il est apparu que les zones concernées devaient être submergées dans le cadre des travaux de construction d'un barrage financés par la Banque mondiale. (Source : IAREporter, Luke Eric Peterson, *Dismantling of South African Development Community Tribunal Spawns UNCITRAL Arbitration Claim for Denial of Justice* (en anglais, le 7 mai 2013)).

⁶⁴ Source : IAREporter, <http://www.iareporter.com/articles/southern-africa-updates-on-lesotho-swaziland-mozambique-and-zimbabwe-investment-disputes/> (en anglais).

⁶⁵ Voir (en anglais) :

http://www.rigzone.com/news/oil_gas/a/137916/Total_Seeks_Arbitration_Over_Uganda_Tax_Dispute.

Limited (Grande-Bretagne)	Gambie	d'exploration de pétrole en mer.	
Tarique Bashir et SA Interpétrol Burundi	République du Burundi	<i>Approvisionnement en produits pétroliers.</i> Affaire engagée au titre de l'ABI conclu entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Burundi.	2014
Unión Fenosa Gas, S.A. (Espagne)	République arabe d'Égypte	Interruption de l'approvisionnement en gaz d'une installation de traitement de gaz naturel liquéfié détenue par l'investisseur et située dans le port de Damiette. Affaire engagée au titre de l'ABI conclu entre l'Espagne et l'Égypte.	2014
Tullow Uganda Operations PTY LTD	République de l'Ouganda	Contrat d'exploration, de prospection et de production pétrolières.	2012
Lundin Tunisia B. V.	République tunisienne	Projet d'exploration et de production pétrolières.	2012
Sudapet Company Limited	République du Soudan	Projet d'exploration et de production d'hydrocarbures.	2012
Ampal-American Israel Corporation et al.	République arabe d'Égypte	Exportation de gaz naturel.	2012
Hess Equatorial Guinea, Inc. & Tullow Equatorial Guinea Limited	République de Guinée équatoriale	Concession d'hydrocarbures.	2012
RSM Production Corporation	République du Cameroun	Contrat de concession d'exploration et de production d'hydrocarbures.	2011
Diamond Fields Liberia, Inc.	République du Libéria	Activités d'exploration minérale.	2011
Natural Gas S.A.E.	République arabe d'Égypte ⁶⁶	Construction de gazoducs.	2011
RSM Production Corporation ⁶⁷	République centrafricaine	Contrat d'exploration et de production de pétrole.	2011
International Quantum Resources Limited, Frontier SPRL & Compagnie Minière de Sakania SPRL	République démocratique du Congo	Concession minière.	2010
Carnegie Minerals Limited (Gambie)	République de Gambie	Concession minière.	2009
Maersk Olie, Algeriet A/S	République algérienne démocratique et populaire	Exploration et production d'hydrocarbures liquides.	2009
Antoine Goetz et al.	République du Burundi ⁶⁸	Activités minières et services bancaires assurés par le demandeur.	2001

⁶⁶ Sentence arbitrale du 3 juillet 2014, consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4043.pdf>.

⁶⁷ Demande d'annulation de la sentence arbitrale formulée par le demandeur.

⁶⁸ Sentence arbitrale du 21 juin 2012, consultable à l'adresse : <http://www.italaw.com/cases/1487>.

IV. L'UTILISATION DES PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS REMISE EN QUESTION DANS LES AII ET LE RDIE

Les dispositions de nombreux AII peuvent considérablement limiter la capacité des pays en développement à régler les mouvements d'IDE et à les orienter vers les secteurs industriels qu'ils souhaitent développer. D'après le *Rapport sur l'investissement dans le monde 2014* de la CNUCED, de plus en plus d'AII introduisent un volet de libéralisation et interdisent des mesures étatiques jusqu'alors autorisées par les précédents AII, et incluent notamment de plus nombreuses restrictions liées aux prescriptions de résultats⁶⁹. De ce fait, les AII concilient difficilement les intérêts de l'investisseur avec ceux du pays d'accueil et de la population locale⁷⁰. La présente section étudie la portée des dispositions des AII sur les prescriptions de résultats.

L'histoire des pays industrialisés montre que les mouvements d'IDE ne constituent pas par définition des facteurs de développement industriel, et qu'ils doivent être soumis à des prescriptions de résultats pour générer des effets positifs. L'IDE peut notamment contribuer à favoriser l'accès des pays d'accueil aux marchés étrangers, au renforcement des capacités d'exportation, à la création de richesse, au transfert de technologie et à la recherche-développement (R-D), à la création d'emplois et à l'amélioration des compétences du personnel dirigeant local. Toutefois, bien que les sociétés étrangères soient en mesure de procurer de tels avantages aux pays d'accueil, ces derniers n'en profitent pas automatiquement, à moins de prendre des mesures incitant les investisseurs à agir d'une manière qui serve le pays. Pour que l'IDE génère des effets positifs, les États devraient prendre exemple sur les politiques publiques qui ont contribué au développement industriel de certains pays⁷¹.

Le champ d'application et la portée des restrictions liées aux prescriptions de résultats diffèrent selon les AII. Certains AII renvoient aux restrictions que l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) impose aux États relativement aux prescriptions de résultats ; les obligations auxquelles sont soumis les États dans le cadre de l'OMC sont donc importées dans les AII⁷². Les dispositions faisant référence aux restrictions prévues à l'Accord sur les MIC sont parfois incluses dans le champ d'application du RDIE.

Certains AII interdisent aux États d'imposer des prescriptions de résultats après l'établissement d'un investissement sur leur territoire⁷³. D'autres AII leur interdisent d'appliquer des prescriptions de résultats avant l'établissement d'un investissement, c'est-à-dire en ce qui concerne les phases d'établissement, d'acquisition et d'expansion dudit investissement⁷⁴ (voir annexe 2).

⁶⁹ Voir (en anglais) : CNUCED, *World Investment Report 2014*, p. 118.

⁷⁰ Voir : Institut international du développement durable (IISD), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, p. 36-37.

⁷¹ Manuel Montes et Kinda Mohamadieh, *Throwing Away Industrial Development Tools: Investment Protection Treaties and Performance Requirements*, in *Investment Treaties: Views and Experiences from Developing Countries* (Genève, Centre Sud, 2015).

⁷² Exemple : article 6.23 de l'Accord de libre-échange (ALE) conclu entre l'Inde et Singapour.

⁷³ Exemple : paragraphe 4 de l'article 4 de l'ABI conclu entre le Koweït et l'Inde.

⁷⁴ Exemples : article 10.9 de l'ALE conclu par les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (DR-CAFTA), paragraphe 1 de l'article 8 du modèle d'ABI des États-Unis et article 65 de l'ALE

Le droit d'établissement désigne le droit d'entrée des investisseurs et des investissements d'une partie (à un accord d'investissement ou de libre-échange) sur le territoire d'une autre partie. Le fait qu'un AII garantisse le *droit d'établissement* des investisseurs⁷⁵ a pour effet d'étendre la portée des clauses de traitement national et de traitement NPF à l'*établissement*, à l'*acquisition* et à l'*expansion* de l'investissement. Chaque partie autorise ainsi les investisseurs des autres parties à établir un investissement sur son territoire à des conditions non moins favorables que celles qui s'appliquent à ses propres investisseurs (principe du traitement national) ou aux investisseurs de tout État tiers (principe du traitement NPF). Si un AII consacre le *droit d'établissement* sans prévoir d'exceptions, le pays d'accueil ne peut subordonner l'établissement d'un investissement à certaines prescriptions de résultats⁷⁶.

Selon la CNUCED, ces dernières années ont vu fleurir un nombre croissant d'AII garantissant le droit d'établissement et étendant ainsi la portée des clauses de traitement national et de traitement NPF à l'établissement, à l'acquisition et à l'expansion de l'investissement. La CNUCED estime qu'à la fin de l'année 2014, 228 AII étaient assortis de dispositions relatives à l'établissement de l'investissement, la plupart d'entre eux ayant pour partie les États-Unis, l'Union européenne (UE), le Canada, la Finlande ou le Japon⁷⁷.

Le graphique 4, publié dans la version anglaise du *Rapport sur l'investissement dans le monde 2015* de la CNUCED, illustre l'augmentation du nombre d'AII garantissant le droit d'établissement.

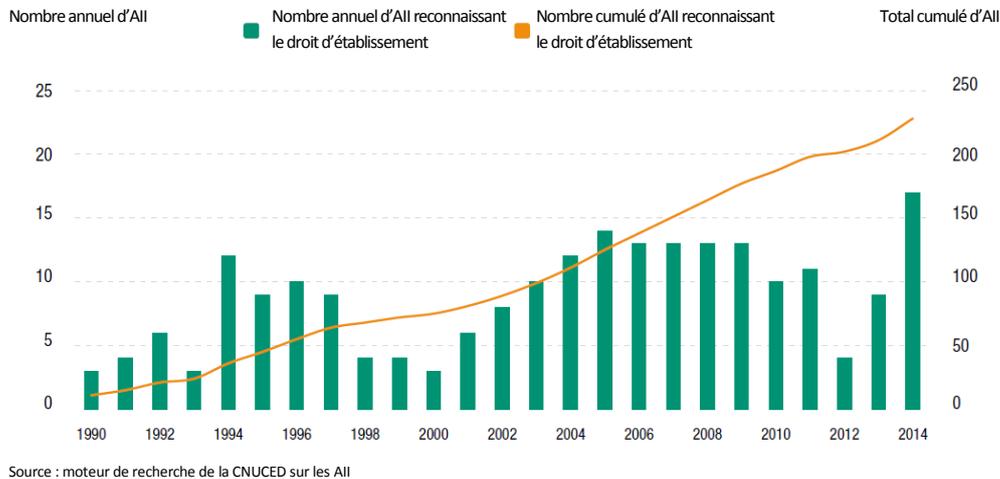
conclu entre le Japon et le Mexique. Pour plus d'informations à ce sujet, voir : Suzy Nikièma (décembre 2014), *Les prescriptions de résultats dans les traités d'investissement*, IISD.

⁷⁵ Ci-après, une disposition type en vertu de laquelle les principes du traitement national et du traitement NPF s'appliquent au droit d'établissement : « Chacune des Parties accorde aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde [dans des circonstances similaires] à ses propres investisseurs [ou aux investisseurs de toute autre Partie] en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire ».

⁷⁶ http://www.sice.oas.org/dictionary/IN_f.asp. Il est rare que les dispositions sur le droit d'établissement ne soient pas assorties d'exceptions, chaque État ayant défini des secteurs sensibles interdits d'accès aux investissements étrangers. Les parties à un accord de libre-échange (ALE) ou à un accord d'investissement énoncent généralement une liste de mesures (des lois et des réglementations, par exemple) ou de secteurs auxquels les dispositions sur le droit d'établissement (la libre entrée des investissements et des investisseurs) ne s'appliquent pas.

⁷⁷ Voir : CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2015, vue d'ensemble*, p. 26-27. Ces 228 AII se décomposent en 103 ABI et 125 autres types d'AII.

Graphique 4. Évolution des AII signés reconnaissant le droit d'établissement, 1990-2014
(Source : CNUCED, *World Investment Report 2015*, p. 111)



Depuis la conclusion de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), en 1994, les accords commerciaux et d'investissement américains et canadiens contiennent des restrictions aux prescriptions de résultats⁷⁸. À l'heure actuelle, l'intégralité des 20 ALE américains en vigueur imposent des restrictions aux prescriptions de résultats dans leur chapitre sur l'investissement (à l'exception des accords conclus avec Bahreïn et la Jordanie, qui ne comportent pas de dispositions relatives à l'investissement)⁷⁹.

Il faut noter que les dispositions sur l'investissement des ALE que l'UE a conclus ces dernières années, notamment celles de l'accord économique et commercial global (AECG) conclu avec le Canada en 2014, restreignent bien plus que l'ALÉNA les prescriptions de résultats. Elles interdisent, par exemple, les prescriptions relatives à un type de coentreprise, à une limite minimale ou maximale de participation de capital étranger, à un contingent d'importation, à une limite minimale ou maximale du nombre de personnes pouvant être employées et à une limite du nombre d'entreprises ou de personnes pouvant exercer dans un secteur. Le tableau 2 ci-après compare les dispositions de plusieurs AII sur les prescriptions de résultats.

⁷⁸ Pour plus d'informations à ce sujet, voir : IISD, *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, p. 35.

⁷⁹ Voir : Suzy Nikiéma (décembre 2014), *Les prescriptions de résultats dans les traités d'investissement*, IISD, p. 10. Voir aussi (en anglais) : *Performance requirement prohibitions in international investment law: complex, constraining, and a potential thorn in US-India BIT negotiations*, Alexandre Genest (2014), p. 8.

TABLEAU 2. Les restrictions aux prescriptions de résultats de plus en plus nombreuses dans les accords d'investissement

Objet de la prescription	Accord sur les MIC	ALÉN A (1994)	ALE conclu entre l'Inde et Singapour (2005)	Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE, 2009)	ALE conclu entre les États-Unis et la Corée (2012)	AECG conclu entre l'UE et le Canada (2014)
Restrictions à l'exportation	✓		✓	✓		✓
Contenu national	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Équilibre de la balance commerciale	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Conditions d'exportation	✓	✓			✓	✓
Restrictions à la vente	✓	✓			✓	✓
Nationalité du personnel dirigeant		✓	✓	✓	✓	✓
Domiciliation						✓
Recherche-développement		✓				✓
Transfert de technologie		✓			✓	✓
Approvisionnement exclusif		✓			✓	✓
Type de coentreprise						✓
Participation minimale de capital local/ participation maximale de capital étranger						✓
Entreprises exerçant un monopole						✓
Contingent d'importation						✓
Contingent numérique appliqué à un secteur donné						✓
Nombre minimal/maximal d'employés						✓
Nombre d'employés ou d'entreprises pouvant exercer dans un secteur						✓

Source : Shintaro Hamanaka, Banque asiatique de développement 2013, données recueillies par Howard Mann, tableau présenté à l'occasion du Forum annuel sur l'investissement pour les négociateurs des pays en développement, organisé du 3 au 5 novembre 2014 par le Centre Sud et l'IISD. Les données relatives à l'Accord sur les MIC ont été ajoutées par Manuel Montes et Kinda Mohamadieh (2015) dans *Throwing Away Industrial Development Tools: Investment Protection Treaties and Performance Requirements*.

De plus en plus d'investisseurs mettent en cause des mesures étatiques au motif qu'elles constituent des prescriptions de résultats interdites par les AII. Ils contestent notamment des mesures fiscales, des mesures exigeant un minimum d'investissements dans des activités de R-D, visant à dynamiser la production d'énergie renouvelable et à accélérer la création d'emplois dans le secteur des énergies vertes, ou encore des mesures interdisant des produits potentiellement dangereux pour la santé humaine et l'environnement.

L'encadré 1 résume plusieurs procédures de RDIE engagées à l'encontre du Mexique et du Canada au motif de manquements aux dispositions de l'ALÉNA sur les prescriptions de résultats.

ENCADRÉ 1. EXEMPLES DE PROCÉDURES DE RDIE ENGAGÉES AU TITRE DES DISPOSITIONS DE L'ALÉNA SUR LES PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS

- **Archer Daniels Midland (ADM) et Tate Lyle Ingredients Americas (TLIA) c. États-Unis du Mexique** (affaire n° ARB(AF)/04/5 du CIRDI), engagée au titre du chapitre 11 de l'ALÉNA. Les demandeurs ont contesté l'imposition (le 31 décembre 2001) d'une nouvelle taxe à 20 % approuvée par le Congrès mexicain sur les boissons non alcoolisées et les édulcorants autres que le sucre⁸⁰.
- **Mobil Investments Canada Inc et Murphy Oil Corporation c. Gouvernement du Canada**⁸¹ (affaire n° ARB(AF)/07/4 conduite selon le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, engagée au titre du chapitre 11 de l'ALÉNA). Les demandeurs estimaient que les directives adoptées en 2004 par la province de Terre-Neuve-et-Labrador pour leur imposer un niveau minimum de dépenses en R-D, constituaient des prescriptions de résultats contraires à l'article 1106 de l'ALÉNA⁸².
- **Mesa Power Group LLC c. Gouvernement du Canada** (affaire n° 2012-17 de la Cour permanente d'arbitrage, conduite selon le règlement de la CNUDCI). Le demandeur a contesté la Loi sur l'énergie verte que le gouvernement de l'Ontario avait adoptée en 2009 dans le cadre d'une politique visant à stimuler la production d'énergie renouvelable et la création d'emplois dans ce secteur⁸³ afin de lutter contre les effets des changements climatiques. Selon Mesa, le fait que le programme de tarifs de rachat garantis (TRG) mis en œuvre par le Canada imposait aux sociétés y participant de se procurer une partie de leurs équipements auprès de fabricants canadiens constituait une prescription en matière de contenu national interdite par l'ALÉNA.
- **Ethyl c. Gouvernement du Canada** (affaire conduite selon le règlement de la CNUDCI), engagée au titre du chapitre 11 de l'ALÉNA. Ethyl a contesté la loi promulguée en avril 1997 par le Canada interdisant l'importation et le transport interprovincial de méthylcyclopentadiényle tricarbonyle de manganèse (MMT), un antidétonant utilisé pour améliorer les performances des moteurs, au motif qu'il était

⁸⁰ Affaire enregistrée en 2004. Sentence rendue en 2007.

⁸¹ Les documents juridiques afférents à cette procédure sont consultables à l'adresse : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/mobil.aspx?lang=fra>.

⁸² Source (en anglais) : IAREporter, *Mobil V. Canada Award Sets High Bar for NAFTA Art. 1105 Breach and Offers Reading of Performance Requirements Rules* (22 novembre 2012), par Jarrod Hepburn.

⁸³ Mesa a contesté le programme de TRG, qui prévoit la conclusion de contrats de rachat d'électricité à long terme entre des producteurs d'énergie renouvelable et l'Office de l'électricité de l'Ontario (OPA), une entreprise détenue par l'Ontario. Des contrats de rachat d'électricité que l'OPA avait conclus avec certains producteurs d'énergie éolienne accordaient à ces derniers un tarif préférentiel fixé pour une durée de 20 ans, ainsi qu'un accès au réseau de distribution d'électricité.

potentiellement dangereux pour la santé humaine et l'environnement. La société estimait notamment que cette interdiction constituait, en contravention de l'article 1106 de l'ALÉNA, une *prescription de résultats* visant à contrôler la manière dont les investisseurs étrangers exploitent leurs investissements. Ethyl a mis en cause l'interdiction de transporter du MMT au titre des dispositions de l'ALÉNA sur les prescriptions de résultats car, selon elle, cette mesure l'aurait contrainte à construire une usine de fabrication dans chaque province canadienne.

V. LES OBSTACLES QUE CONSTITUENT LES AII ET LE RDIE À L'APPLICATION DES MESURES PRÉVUES PAR LA VISION DU RÉGIME MINIER DE L'AFRIQUE

En 2009, les chefs d'État et de gouvernement africains ont adopté la *Vision du régime minier de l'Afrique*, complétée en 2011 par un plan d'action. Un des objectifs de la Vision est de faire du secteur minier un élément essentiel d'une économie africaine industrialisée, diversifiée, dynamique et compétitive sur le marché mondial. La Vision recense les mesures que les principaux acteurs régionaux, et notamment les États, doivent prendre en ce sens. Aussi les mesures doivent-elles servir à renforcer la participation locale à chaque étape de la chaîne d'approvisionnement et de la chaîne de valeur, à consolider les activités de R-D dans le but d'encourager les stratégies de diversification économique et les échanges techniques et à donner les moyens aux petites et moyennes entreprises d'accroître les avantages apportés par les industries minières et pétrolières, par exemple en créant des emplois et en diffusant les connaissances aux autres secteurs de l'économie. La mise en œuvre de la Vision nécessite que les États participent activement à l'élaboration de grandes orientations politiques visant à promouvoir, à protéger et à réglementer l'IDE.

La Vision du régime minier de l'Afrique fixe pour objectif l'exploitation transparente, équitable et optimale des ressources minières en vue d'une croissance et d'un développement socio-économique durables et généralisés. Yao Graham souligne que la stratégie de développement qui la sous-tend est fondamentalement opposée aux stratégies de développement fondées sur le consensus de Washington qui sont actuellement à l'œuvre en Afrique. D'après Graham, la Vision rétablit le rôle prépondérant de l'État dans de nombreux domaines, notamment relativement à la planification et à la relance du développement industriel, et ne le cantonne plus à un simple rôle de facilitateur comme cela est souvent le cas. Il ajoute qu'elle implique de prendre des mesures dynamiques ayant pour but de développer les entreprises locales et, par conséquent, de ne plus placer l'IDE au centre des politiques de développement comme actuellement⁸⁴.

Une étude menée dans huit pays africains a démontré que les mesures publiques volontaristes jouent un rôle crucial dans l'établissement de liens dans le secteur des produits de base⁸⁵. L'étude liste les mesures publiques nécessaires dans le secteur des produits de base pour l'établissement de liens au sein même du secteur et les mesures nécessaires dans les autres secteurs qui ont des effets indirects sur l'établissement de liens⁸⁶. Le rapport contient plusieurs propositions d'actions publiques : premièrement, lancer et maintenir un processus d'élaboration de politiques et d'une vision stratégique associant diverses parties prenantes

⁸⁴ Yao Graham, *Escaping the Winner's Curse - The Africa Mining Vision (AMV) and some challenges of the international trade and investment regime*, Third World Network Africa, consultable (en anglais) à l'adresse : http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/research/clusters/international/devconf/participants/papers/graham_-_escaping_the_winners_curse.pdf.

⁸⁵ M. Morris, R. Kaplinsky et D. Kaplan (2012), *One Thing Leads to Another: Promoting Industrialization by Making the Most of the Commodity Boom in Sub-Saharan Africa*, consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.prism.uct.ac.za/Downloads/MMCP%20Book.pdf>, cité dans Graham, *Escaping the Winner's Curse - The Africa Mining Vision (AMV) and some challenges of the international trade and investment regime*.

⁸⁶ M. Morris, R. Kaplinsky et D. Kaplan (2012), *One Thing Leads to Another: Promoting Industrialization by Making the Most of the Commodity Boom in Sub-Saharan Africa*, p. 210, consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.prism.uct.ac.za/Downloads/MMCP%20Book.pdf>.

concernées afin d'assurer le bon fonctionnement de la chaîne de valeur, ce qui nécessite de bien comprendre les atouts et les faiblesses des grandes sociétés multinationales exerçant dans le secteur des industries extractives ; deuxièmement, prendre en compte l'établissement de liens dans les politiques de contenu national qui sont, selon l'étude, l'élément le plus déterminant dans le secteur des produits de base⁸⁷ ; troisièmement, favoriser la fourniture et le traitement des minerais par des entreprises locales ; quatrièmement, développer les capacités locales appropriées, notamment en investissant dans le renforcement des compétences et des institutions ; cinquièmement, soutenir les infrastructures matérielles et immatérielles (par exemple les routes, les télécommunications, les services publics et le dédouanement) afin de favoriser le développement du secteur des industries extractives et l'établissement de liens en son sein⁸⁸.

ENCADRÉ 2. EXTRAITS DU PLAN D'ACTION DE LA VISION DU RÉGIME MINIER DE L'AFRIQUE (2011)

Activités prévues au programme thématique *gestion des recettes et des rentes minières*, qui a pour objectif de créer un secteur minier durable et bien régi qui rapporte des redevances minières et les utilise efficacement :

- Réviser les régimes miniers afin d'optimiser les recettes ;
- Négocier ou renégocier les contrats afin d'optimiser les recettes et créer un régime fiscal qui prend en compte les bénéfices exceptionnels ;
- Revoir les dispositions des accords de double imposition et des ABI conclus avec les pays hôtes des sociétés minières, notamment en introduisant le principe selon lequel l'extraction des minerais devrait être taxée au point d'extraction ;
- Mettre en place des systèmes de distribution de redevances minières afin d'allouer une partie des recettes minières aux communautés environnantes et aux autorités locales.

Activités prévues au programme thématique *recherche et développement*, qui vise à créer un secteur minier axé sur des connaissances comme élément essentiel d'une économie africaine industrialisée, diversifiée, dynamique et compétitive sur le marché mondial :

- Élaborer des instruments juridiques et de politique applicables au secteur minier (et au régime fiscal) qui appuieront la R-D et la mise en valeur des ressources humaines ;
- Renforcer les liens entre les politiques de R-D spécifiques au secteur minier et les politiques de R-D nationales.

Activités prévues au programme thématique *aspects environnementaux et sociaux*, qui vise à créer un secteur minier respectueux de l'environnement, socialement responsable et recevant l'appui de toutes les parties prenantes et de toutes les communautés environnantes :

- Élaborer et adopter des règles et normes environnementales, sociales, sanitaires et de sécurité communes pour le secteur minier.

Activités prévues au programme thématique *liens et diversification*, qui vise à créer un secteur minier qui sert de catalyseur et contribue à la croissance et au développement

⁸⁷ Selon les auteurs de l'étude, bien que les règles de l'OMC interdisent les prescriptions relatives au contenu national, les pays les moins avancés (PMA) disposent *de jure* d'un délai de plusieurs années pour s'y conformer et de nombreux pays parviennent *de facto* à poursuivre des politiques de contenu national.

⁸⁸ *Ibid*, p. 210-213.

généralisés à travers des liens en amont, en aval, latéraux et infrastructurels :

- Élaborer des politiques et des stratégies visant à créer de la richesse (fondées sur des analyses de la chaîne de valeur), notamment des mesures liées au contenu national et à la valorisation ;
- Trouver le système de taxation des exportations propice pour favoriser la valorisation ;
- Identifier et promouvoir des projets de valorisation viables ;

Réviser et harmoniser les accords internationaux en vue de créer des possibilités d'industrialisation et de développement basés sur l'exploitation des ressources minières.

La Vision du régime minier de l'Afrique reconnaît que le développement industriel ne pourra reposer sur l'exploitation des ressources minières que si les principales parties prenantes, et notamment les États, prennent des mesures volontaristes et anticipatrices. Son plan d'action, adopté en 2011⁸⁹, liste plusieurs mesures nationales et régionales propices à l'établissement de liens dans le secteur minier et à la diversification de l'économie dans le cadre d'un programme plus général de développement industriel.

À partir de 2006, plusieurs États africains tels que le Ghana, la République démocratique du Congo, la Zambie, le Libéria, le Zimbabwe, la Guinée, la Côte d'Ivoire, le Malawi, la Sierra Leone, le Burkina Faso, le Kenya, la République-Unie de Tanzanie et Madagascar ont réformé leur réglementation et leurs institutions ou déclaré en avoir l'intention, notamment en modifiant des lois ou en renégociant des contrats conclus avec des sociétés minières⁹⁰. Graham⁹¹ souligne, en outre, que les États africains n'ont pas le même point de vue concernant les politiques relatives au contenu national ou local qui pourraient être élaborées dans le cadre de la Vision du régime minier de l'Afrique. Il souligne ainsi que la Guinée a augmenté sa participation au capital de sociétés minières sans toutefois remettre en cause l'influence des investisseurs étrangers, tandis que la Namibie a créé un organisme public chargé des questions minières, que le Zimbabwe mène une politique visant à transférer à ses ressortissants la majorité du capital des sociétés exerçant dans ce secteur, ou encore que le débat sur la nationalisation se poursuit en Afrique du Sud, bien que le Gouvernement ait décidé de ne nationaliser aucune mine.

⁸⁹ Le plan d'action de 2011 visant à la mise en œuvre de la Vision du régime minier de l'Afrique est consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.africaminingvision.org/>.

⁹⁰ Yao Graham, *Ibid.*

⁹¹ Yao Graham, *Ibid.*

ENCADRÉ 3. LES NOUVELLES LOIS DU MOZAMBIQUE ET DE L'OUGANDA SUR LES HYDROCARBURES

Après que d'importants gisements de pétrole et de gaz naturel liquéfié ont été découverts au cours des dix dernières années, le **Mozambique** a entrepris de réviser le cadre juridique applicable à l'exploitation des hydrocarbures. En août 2014, le Gouvernement a promulgué une loi sur les hydrocarbures afin de garantir la compétitivité et la transparence du marché mozambicain et de protéger l'intérêt national (voir préambule). La loi a servi de modèle à plusieurs politiques élaborées dans le cadre de la Vision du régime minier de l'Afrique.

La loi pose plusieurs conditions à l'entrée et l'établissement des IDE dans les secteurs gazier et pétrolier. Toute activité d'exploration pétrolière doit notamment être réalisée en partenariat avec la compagnie pétrolière d'État (paragraphe 4 de l'article 24). De plus, la loi prévoit l'augmentation progressive de la participation de l'État au capital de toute société pétrolière ou gazière (article 20). Ce nouveau cadre juridique dispose, en outre, que le personnel des sociétés du secteur, et notamment leur personnel dirigeant, doit inclure des ressortissants mozambicains (paragraphe 2 de l'article 12).

L'article 41 impose aux sociétés étrangères fournissant des biens et des services dans les secteurs gazier et pétrolier du pays de s'associer à des personnes morales mozambicaines et de privilégier l'achat de produits mozambicains dès lors qu'ils sont comparables à des produits étrangers.

La nouvelle loi sur les hydrocarbures adoptée en 2013 par l'**Ouganda**⁹² contient des dispositions similaires, qui portent notamment sur la participation de l'État aux activités d'exploitation des hydrocarbures (article 124) et la fourniture de biens et de services par les entrepreneurs ougandais, nommément des citoyens et des entreprises ougandais (article 125). Elle consacre, par ailleurs, un article à la promotion de la formation et du recrutement des Ougandais (article 126) et assujettit l'octroi des permis d'exploration, de prospection et de production d'hydrocarbures à des prescriptions en matière de transfert de technologie (article 127).

Le Mozambique et l'Ouganda ont respectivement promulgué une nouvelle loi sur les hydrocarbures afin de veiller à la bonne conduite des sociétés et de promouvoir une répartition équitable des avantages tirés, dans la perspective de réaliser leurs objectifs de développement. Ces deux lois sont sous-tendues par la même volonté de modifier en profondeur le cadre juridique applicable à l'exploration, à la prospection et à la production d'hydrocarbures afin d'assurer que l'État dispose de la marge de manœuvre nécessaire pour régler dans l'intérêt public. Elles visent également à ce que les IDE contribuent davantage à la valorisation nationale des ressources et, plus généralement, à la réalisation des objectifs de développement et d'industrialisation des États.

⁹² *Acts Supplement No. 3* du Journal officiel ougandais, n° 16, volume CVI, 4 avril 2013. Voir (en anglais) : <http://www.ulii.org/ug/legislation/act/2013/3/Petroleum%20%28EDP%29%20Act%202013.pdf>.

VI. CONCLUSION

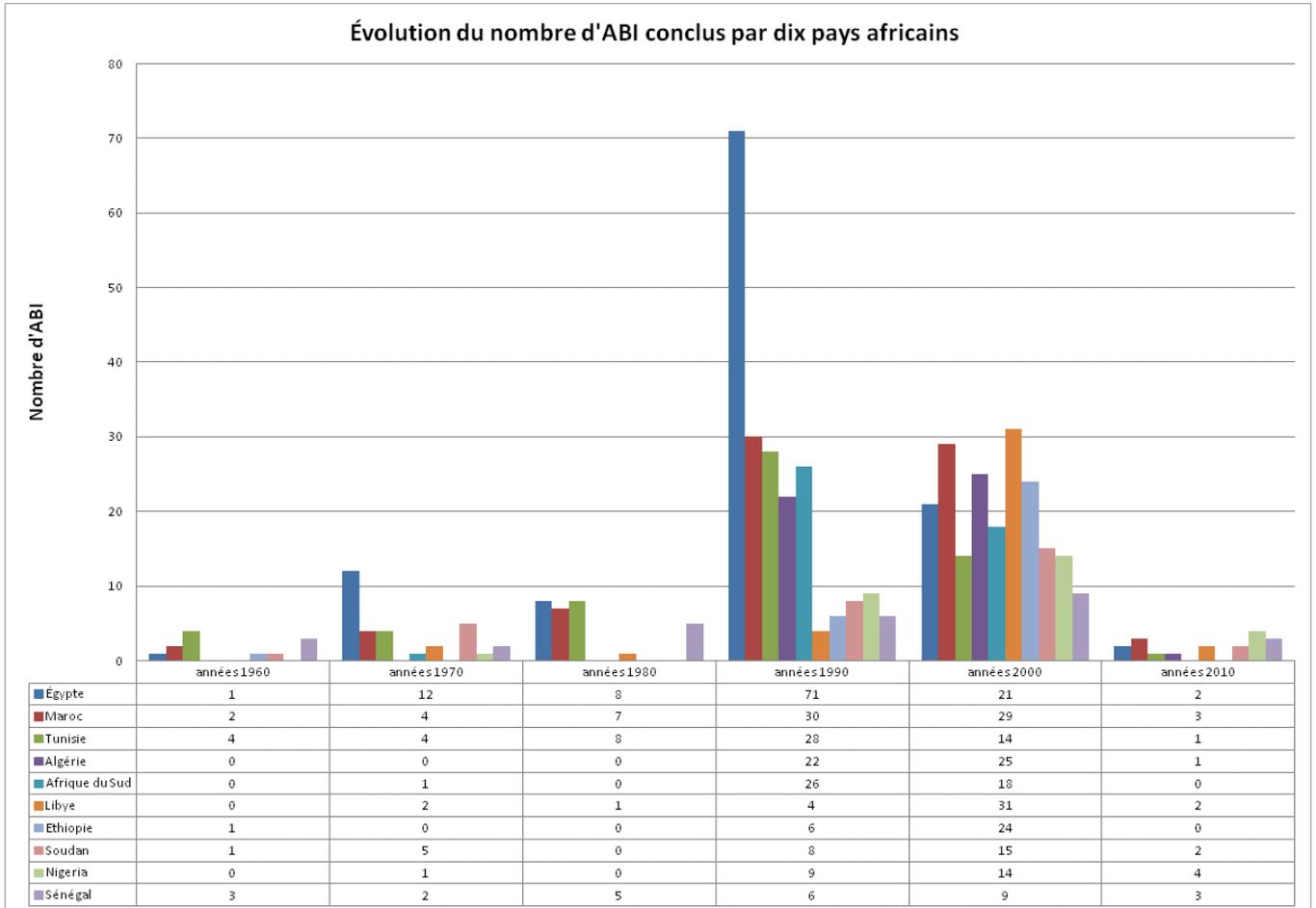
La multiplication des AII menace de restreindre la marge de manœuvre réglementaire dont ont besoin les États pour atteindre leurs objectifs de développement et d'industrialisation. Les AII conclus par les pays africains risquent de faire obstacle à la réalisation des objectifs énoncés dans la Vision du régime minier de l'Afrique. Les réformes et les mesures prévues par le plan d'action de la Vision du régime minier de l'Afrique pourraient être jugées contraires aux règles établies par les AII, notamment ceux qui imposent de nombreuses restrictions aux prescriptions de résultats.

La majorité des ABI conclus ces dernières années réduisent bien plus encore que les dispositions de l'Accord de l'OMC sur les MIC la marge de manœuvre des États dans le choix de leurs politiques. Akyüz souligne que les économies émergentes et en développement (EED) ont toutes les raisons de ne pas conclure le type d'AII que promeuvent les économies avancées. Il estime que même si cela peut engendrer des pertes à court terme, les EED doivent renégocier ou résilier tout ABI en vigueur dont les dispositions altèrent profondément leur capacité d'utiliser l'IDE aux fins de leur industrialisation et de leur développement⁹³.

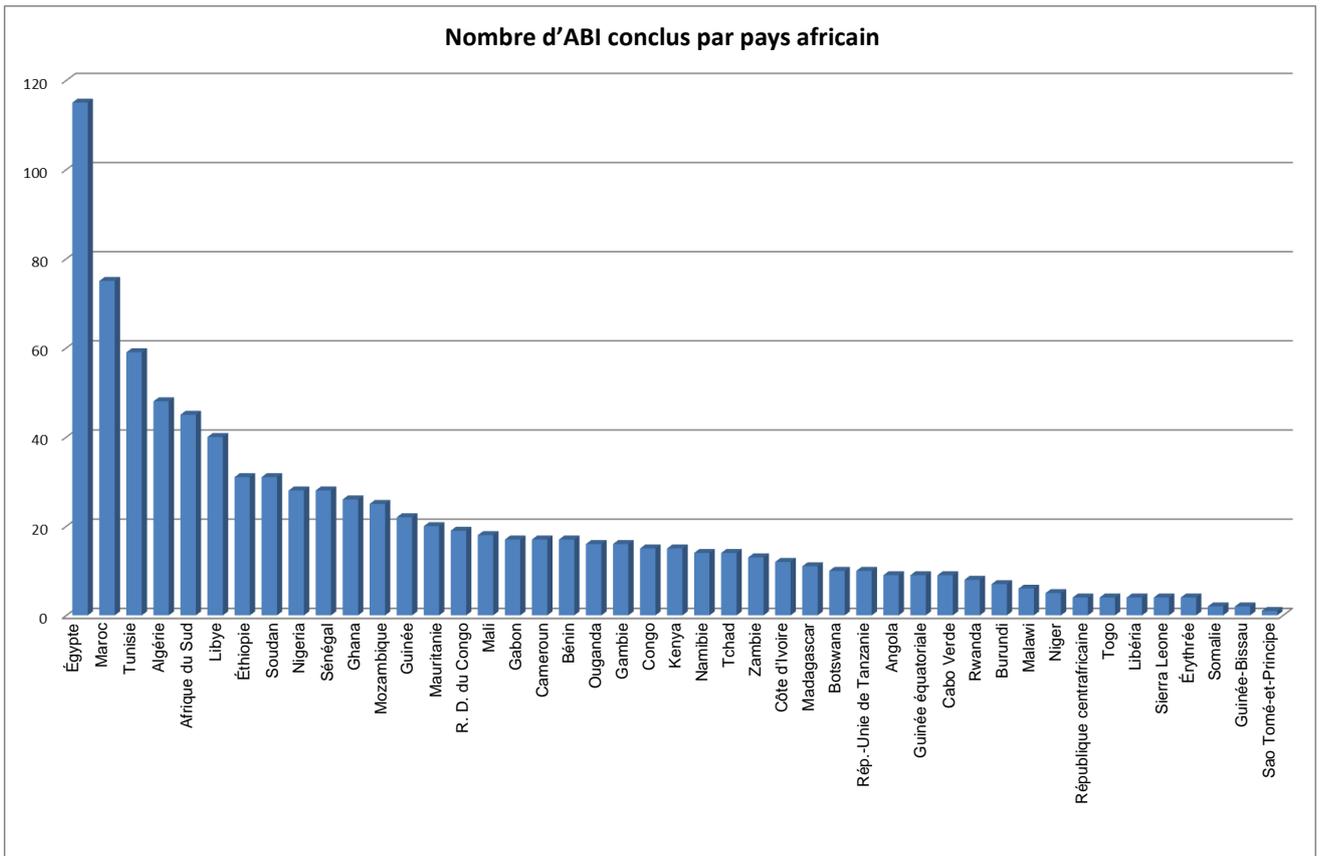
⁹³ Yılmaz Akyüz *Foreign Direct Investment, Investment Agreements and Economic Development: Myths and Realities*, in *Investment Treaties: Views and Experiences from Developing Countries* (Genève, Centre Sud, 2015).

ANNEXES

Annexe 1. Évolution du nombre d'ABI conclus par dix pays africains



Source : CNUCED, données recueillies par Daniel Uribe.



Source : CNUCED, données recueillies par Daniel Uribe.

Annexe 2. Extraits de l'ABI conclu en 2008 entre le Rwanda et les États-Unis

Article 8: Prescriptions de résultats

1. Aucune Partie, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un État tiers, n'impose ni n'applique l'une des prescriptions suivantes ni ne fait exécuter l'un des engagements suivants :

- a) exporter une quantité ou un pourcentage donné de produits ou de services ;
- b) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national ;
- c) acheter, utiliser ou privilégier les produits produits sur son territoire, ou acheter des produits à des personnes situées sur son territoire ;
- d) lier de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou à la valeur des entrées de devises associées à l'investissement ;
- e) restreindre sur son territoire la vente des produits ou des services que l'investissement permet de produire ou de fournir, en liant de quelque façon cette vente au volume ou à la valeur de ses exportations ou à ses recettes en devises ;
- f) transférer une certaine technologie, un certain procédé de production ou d'autres connaissances exclusives particulières à une personne située sur son territoire ; ou
- g) fournir en exclusivité, depuis son territoire, à un marché régional donné ou au marché mondial, les produits que l'investissement permet de produire ou les services qu'il permet de fournir.

2. Aucune Partie ne subordonne l'octroi ou le maintien d'un avantage, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation, la vente ou autre aliénation d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une Partie ou d'un État tiers, à l'observation de l'une ou l'autre des prescriptions suivantes :

- a) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national ;
- b) acheter, utiliser ou privilégier les produits produits sur son territoire, ou acheter des produits à des personnes situées sur son territoire ;
- c) lier de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou à la valeur des entrées de devises associées à l'investissement ; ou
- d) restreindre sur son territoire la vente des produits ou des services que l'investissement permet de produire ou de fournir, en liant de quelque façon cette vente au volume ou à la valeur de ses exportations ou à ses recettes en devises.

PRÉCÉDENTS DOCUMENTS DE RECHERCHE

N°	Date	Titre	Auteur
1	Novembre 2005	Overview of the Sanitary and Phytosanitary Measures in QUAD Countries on Tropical Fruits and Vegetables Imported from Developing Countries	Ellen Pay
2	Novembre 2005	Remunerating Commodity Producers in Developing Countries: Regulating Concentration in Commodity Markets	Samuel G. Asfaha
3	Novembre 2005	Mesures relatives à l'offre destinées à relever les prix à la production de produits tropicaux utilisés dans la fabrication de boissons.	Peters Robbins
4	Novembre 2005	Effets potentiels des nanotechnologies sur les marchés des produits de base : répercussions sur les pays en développement tributaires des produits de base	Groupe ETC
5	Mars 2006	Rethinking Policy Options for Export Earnings	Jayant Parimal
6	Avril 2006	Considering Gender and the WTO Services Negotiations	Meg Jones
7	Juillet 2006	Réinventer la CNUCED	Boutros Boutros-Ghali
8	Août 2006	Droits de propriété intellectuelle dans les accords d'investissement : Les répercussions de type ADPIC-Plus sur la protection de l'intérêt général et son application	Ermias Tekeste Biadgleng
9	Janvier 2007	Proposition de traité de l'OMPI sur la protection des organismes de radiodiffusion et de distribution par câble : analyse dans une perspective de développement	Viviana Munoz Tellez et Andrew Chege Waitara
10	Novembre 2006	Market Power, Price Formation and Primary Commodities	Thomas Lines
11	Mars 2007	Development at Crossroads: The Economic Partnership Agreement Negotiations with Eastern and Southern African Countries on Trade in Services	Clare Akamanzi
12	Juin 2007	Changes in the Governance of Global Value Chains of Fresh Fruits and Vegetables: Opportunities and Challenges for Producers in Sub-Saharan Africa	A. E. Temu et N. W. Marwa
13	Août 2007	Towards a Digital Agenda for Developing Countries	Dalindyabo Shabalala
14	Décembre 2007	Analysis of the Role of South-South Cooperation to Promote Governance on Intellectual Property Rights and Development	Ermias Tekeste Biadgleng
15	Janvier 2008	La structure changeante et la gouvernance des moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle	Ermias Tekeste Biadgleng et Viviana Munoz Tellez

16	Janvier 2008	La libéralisation du commerce des services de santé : trouver un équilibre entre les intérêts liés au mode 4 de l'AGCS et la nécessité de garantir un accès universel aux services de base	Joy Kategekwa
17	Juillet 2008	Unity in Diversity: Governance Adaptation in Multilateral Trade Institutions Through South-South Coalition-Building	Vicente Paolo B. Yu III
18	Décembre 2008	Les comptages de brevets indicateurs de la géographie de l'innovation : problèmes et perspectives	Xuan Li
19	Décembre 2008	Normes SECURE de l'OMD : enseignements tirés de l'abandon de l'initiative visant à mettre en application des normes de type ADPIC-plus-plus sur la propriété intellectuelle	Xuan Li
20	Mai 2009	Les politiques d'industrialisation et industrielles sont-elles une priorité politique en Afrique ?	Darlan F. Marti et Ivan Ssenkubuge
21	Juin 2009	L'utilisation abusive des droits de propriété intellectuelle : le problème principal des brevets incorporés dans des normes	Xuan Li et Baisheng An
22	Juillet 2009	Marge de manoeuvre politique permettant de protéger les intérêts publics au titre de l'Accord sur les ADPIC	Henning Grosse Ruse-Khan
23	Juin 2009	Utiliser les savoirs traditionnels pour innover dans le domaine de la biotechnologie	Sufian Jusoh
24	Mai 2009	Mesures en réaction à la crise financière mondiale : questions-clés pour les pays en développement	Yılmaz Akyüz
25	Octobre 2009	Décalage entre engagements et mise en application : évaluation de l'accomplissement des engagements pris au titre de la CCNUCC et du Protocole de Kyoto par les Parties figurant à l'Annexe I de la CCNUCC (résumé)	Vicente Paolo B. Yu III
26	Avril 2010	Perspectives économiques mondiales : la récession est peut-être passée, et après ?	Yılmaz Akyüz
27	Avril 2010	Dépendance aux exportations et durabilité de la croissance de la Chine et du réseau de production d'Asie de l'Est	Yılmaz Akyüz
28	Mai 2010	L'impact de la crise économique mondiale sur le développement industriel des pays les moins avancés	Rapport préparé par le Centre Sud
29	Mai 2010	Quelques réflexions sur le lien entre commerce et changements climatiques	Martin Khor
30	Mai 2010	Analysis of the Doha Negotiations and the Functioning of the World Trade Organization	Martin Khor
31	Juillet 2010	Legal Analysis of Services and Investment in the CARIFORUM-EC EPA: Lessons for Other Developing Countries	Jane Kelsey

32	Novembre 2010	Pourquoi les réformes de façade du FMI et du système monétaire international ne suffisent pas	Yılmaz Akyüz
33	Novembre 2010	L'importance d'une répartition équitable de l'espace atmosphérique pour le développement	Martin Khor
34	Novembre 2010	Recourir au développement durable et aux droits de l'homme pour lutter contre les changements climatiques	Margreet Wewerinke et Vicente Paolo B. Yu III
35	Janvier 2011	Le droit à la santé et aux médicaments : le cas de la récente négociation sur la stratégie mondiale sur la santé publique, l'innovation et la propriété intellectuelle	Germán Velásquez
36	Mars 2011	Le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation : analyse et mise en œuvre des options s'offrant aux pays en développement	Gurdial Singh Nijar
37	Mars 2011	Capital Flows to Developing Countries in a Historical Perspective: Will the Current Boom End with a Bust?	Yılmaz Akyüz
38	Mai 2011	Les OMD après 2015	Deepak Nayyar
39	Mai 2011	Mettre en œuvre le mécanisme financier de la CCNUCC	Matthew Stilwell
40	Juillet 2011	Les risques associés à une utilisation abusive du concept d'économie verte dans le contexte du développement durable, de la pauvreté et de l'équité	Martin Khor
41	Septembre 2011	Pharmaceutical Innovation, Incremental Patenting and Compulsory Licensing	Carlos M. Correa
42	Décembre 2011	Repenser la santé mondiale : une convention obligatoire pour la R-D de produits pharmaceutiques	Germán Velásquez et Xavier Seuba
43	Mars 2012	Mechanisms for International Cooperation in Research and Development: Lessons for the Context of Climate Change	Carlos M. Correa
44	Mars 2012	Peut-on parler d'un essor exceptionnel du Sud ?	Yılmaz Akyüz
45	Avril 2012	Quel lien y a-t-il entre la lutte contre les changements climatiques, le transfert de technologie et les droits de propriété intellectuelle et où en sont les négociations à leur sujet ?	Martin Khor
46	Juillet 2012	Asian Initiatives at Monetary and Financial Integration: A Critical Review	Mah-Hui (Michael) Lim et Joseph Anthony Y. Lim
47	Mai 2013	Le rôle de l'OMS dans l'analyse des questions liées à l'accès aux médicaments et à la propriété intellectuelle	Germán Velásquez
48	Juin 2013	Le vrai-faux retour de la croissance dans les pays en développement après la crise financière	Yılmaz Akyüz

49	Janvier 2014	Public-Private Partnerships in Global Health: Putting Business Before Health?	Germán Velásquez
50	Février 2014	Les erreurs de gestion de la crise aux États-Unis et en Europe, leurs effets sur les pays en développement et leurs conséquences à plus long terme	Yılmaz Akyüz
51	Juillet 2014	Les obstacles au développement dans le système économique mondial	Manuel F. Montes
52	Août 2014	Tackling the Proliferation of Patents: How to Avoid Undue Limitations to Competition and the Public Domain	Carlos M. Correa
53	Septembre 2014	Regional Pooled Procurement of Medicines in the East African Community	Nirmalya Syam
54	Septembre 2014	Mécanismes de financement innovants : sources potentielles de financement de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac	Deborah Ko Sy, Nirmalya Syam et Germán Velásquez
55	Octobre 2014	Patent Protection for Plants: Legal Options for Developing Countries	Carlos M. Correa
56	Novembre 2014	Les incidences du Protocole d'Harare de l'Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO) sur l'accès aux médicaments	Sangeeta Shashikant
57	Novembre 2014	Globalization, Export-Led Growth and Inequality: The East Asian Story	Mah-Hui Lim
58	Novembre 2014	Patent Examination and Legal Fictions: How Rights Are Created on Feet of Clay	Carlos M. Correa
59	Décembre 2014	La période de transition accordée aux PMA pour mettre en œuvre l'Accord sur les ADPIC et ses incidences sur la production locale de médicaments dans la CAE	Nirmalya Syam
60	Janvier 2015	Internationalization of Finance and Changing Vulnerabilities in Emerging and Developing Economies	Yılmaz Akyüz
61	Mars 2015	Guidelines on Patentability and Access to Medicines	Germán Velásquez
62	Septembre 2015	Le Partenariat transpacifique : un accord qui étend les droits de propriété intellectuelle au détriment de l'accès aux médicaments	Carlos M. Correa
63	Octobre 2015	Foreign Direct Investment, Investment Agreements and Economic Development: Myths and Realities	Yılmaz Akyüz
64	Février 2016	Implementing Pro-Competitive Criteria for the Examination of Pharmaceutical Patents	Carlos M. Correa



CENTRE SUD

**Chemin du Champ d'Anier 17
CP 228, 1211 Genève 19
Suisse**

Tél. : (+41 22) 791 8050

Fax : (+41 22) 798 8531

Email : south@southcentre.int

Site Internet :

<http://www.southcentre.int>

ISSN 1819-6926