



HAL
open science

“ Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation ”, Dossier : “ Les techniques conventionnelles du droit international des investissements ”, pp. 179-195

Franck Latty

► **To cite this version:**

Franck Latty. “ Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation ”, Dossier : “ Les techniques conventionnelles du droit international des investissements ”, pp. 179-195. *Revue générale de droit international public*, 2015. halshs-03783039

HAL Id: halshs-03783039

<https://shs.hal.science/halshs-03783039>

Submitted on 21 Sep 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DISCRÈTE MAIS ENVAHISSANTE : LA CLAUSE DE LIBRE EXPLOITATION

Franck LATTY

Professeur à l'Université Paris 13, Sorbonne Paris Cité

La clause de libre-exploitation peut être définie comme la clause contenue dans certains traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement par laquelle les Etats parties s'interdisent de soumettre les investisseurs étrangers couverts par le traité à des prescriptions de résultat déterminées. Cette première définition en appelle une seconde : les prescriptions de résultat (*performance requirements*) sont des « contraintes que l'Etat d'accueil impose à l'investisseur, en vue de la réalisation des objectifs et priorités du développement économique que cet Etat s'est assigné »¹. Partant, la clause de libre-exploitation place dans son viseur les mesures économiques prises par un Etat, qui ont pour objet ou pour effet de limiter à son avantage la liberté des investisseurs de gérer leur investissement au mieux de leurs intérêts, *i.e.* dans un optique de maximisation des profits². Dans son plus simple appareil (tiré en l'occurrence du modèle américain de traité bilatéral d'investissement de 1984)³, la clause prend la forme suivante :

*Neither Party shall impose performance requirements as a condition of establishment, expansion or maintenance of investments owned by nationals or companies of the other Party, which require or enforce commitments to export goods produced locally, or which specify that goods or services must be purchased locally, or which impose any other similar requirements.*⁴ *****180*****

En application de cette disposition, l'Etat camerounais ne pourrait, par exemple, conditionner à l'utilisation de matières premières d'origine locale l'implantation sur son territoire d'une usine par un investisseur américain. Bien qu'une interdiction de cette nature puisse également découler de l'application d'autres normes conventionnelles (traitement national ou de la nation la plus favorisée, en particulier)⁵, il n'en demeure pas moins que la clause de libre

¹ P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, t. 250, 1994, p. 192. Cf. la définition donnée par l'étude de la CNUCED : « *Performance requirements are stipulations, imposed on investors, requiring them to meet certain specified goals with respect to their operations in the host country. They are and have been used by developed and developing countries [...] to enhance various development objectives* » (CNUCED, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements : New Evidence from Selected Countries*, UNCTAD/ITE/IIA/2003/7, Nations Unies, 2003, p. 2). V. aussi B. LEGUM, « Understanding Performance Requirement Prohibitions in Investment Treaties », in A. W. ROVINE (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation. The Fordham Papers 2007*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 53 et s. ; A. NEWCOMBE / L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Austin etc., Wolters Kluwer, 2009, pp. 417 et s.

² J. W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, Oxford / New-York, Oxford University Press, 2010, p. 329.

³ Cf. Art. II, § 5, du modèle américain de convention sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (in *AFDI*, 1983, p. 598).

⁴ Art. II, § 6, du traité bilatéral d'investissement Etats-Unis/Cameroun du 26 février 1986.

⁵ CNUCED, *Host Country Operational Measures*, UNCTAD Series on International Investment Agreements,

exploitation a une portée propre⁶.

La terminologie relative à ce type de clause n'est pas consacrée. A l'intitulé retenu dans la présente contribution (« clause de libre exploitation »), suggéré par le professeur Yves Nouvel, pourrait être préféré le terme « clause relative aux prescriptions de résultat ». Nombre de traités d'investissements en langue anglaise se contentent d'intituler la clause : « *Performance Requirements* ». La terminologie française concernant cette dernière expression est elle-même pour le moins incertaine. Si la traduction « prescriptions de résultat » est retenue par l'ALENA et le modèle canadien de traité bilatéral, tandis que celle d'« obligations de résultat » l'était par le projet avorté d'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) de l'OCDE⁷, certains auteurs ont invoqué la confusion qui pouvait naître entre ces appellations et la distinction civiliste des obligations de moyens et de résultat⁸, pour préférer le terme – très large toutefois – de « contraintes d'exploitation »⁹. L'expression « contenu local » (*local content*) est également d'usage répandu, mais elle ne couvre qu'un aspect des *performance requirements* visés par les clauses ici étudiées. Avant d'envisager la clause qui les encadre, il importe donc d'identifier les contours des « prescriptions de résultat » – aussi traduites de manière littérale par « exigences de performance »¹⁰ – à travers leurs sources, leur objet et leur but.

i) *Sources* : les prescriptions de résultat émanent de l'Etat d'accueil de l'investissement, lequel peut entraver la libre exploitation de son investissement par l'investisseur étranger au moyen de divers instruments, aux premiers rangs desquels figurent la loi ou la réglementation nationales. Nombreuses sont ainsi les dispositions nationales qui imposent des contraintes aux investisseurs, à l'exemple de la réglementation de l'Indonésie sur la main d'œuvre étrangère ou *****181*****sa loi sur la défense de 2012¹¹, le Code minier du Mali¹² etc.¹³ La prescription de résultat découle également de la source contractuelle. En effet, les contrats d'investissement, notamment ceux portant sur l'exploitation de ressources naturelles, incluent des contreparties potentiellement importantes pour l'Etat qui sont autant de contraintes pour

New York/Genève, Nations Unies, 2001, pp. 37 et s.

⁶ V. notamment, P. JUILLARD, *loc. cit.* note 1, p. 195, qui note que le traitement national n'a pas gagné la phase pré-investissement dans de nombreux instruments ; aussi des contraintes d'exploitation à ce stade seraient licites en l'absence de clause de libre exploitation. Au reste, tous les traités d'investissement ne prévoient pas le traitement national.

⁷ DAF/MAI(98)7/REV1, 24 avril 1998.

⁸ P. JUILLARD, *loc. cit.*, note 1, p. 192. Pour l'auteur, la distinction obligation de moyens / de résultat fournit l'un des instruments d'appréciation du degré de diligence ; « rien de tel ici : l'Etat d'accueil ne se préoccupe pas d'établir une échelle de résultats selon la nature de l'activité économique de l'investisseur ». Sur cette distinction, v. *infra* I, B.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, p. 372.

¹¹ V., parmi les *Investment Climate Statements* du Département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique [<http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics>], la fiche consacrée à l'Indonésie (juin 2014), spéc. le § 5 (« *Performance Requirements and Incentives* »). La fiche note qu'en février 2014, l'Indonésie a entrepris d'abroger la soixantaine de traités bilatéraux d'investissement la liant (site consulté le 1^{er} janvier 2015).

¹² V. l'article 42 du Code minier du Mali qui prévoit que « [d]ès l'attribution du permis d'exploitation, le titulaire du permis de recherche ou de l'autorisation de prospection entamera les démarches en vue de la création d'une société de droit malien dans laquelle l'Etat participera à hauteur de 10 %, libre de toutes charges ».

¹³ V. les exemples sélectionnés (Chili, Inde, Malaisie, Afrique du Sud etc.) in CNUCED, *Foreign Direct Investment...*, étude précitée note 1, pp. 49 et s.

l'investisseur¹⁴.

En dépit de la nature contraignante de ces instruments, le caractère « imposé »¹⁵ de la prescription de résultat est à nuancer. Non seulement, l'investisseur qui souscrit un contrat exprime par là même son consentement, mais encore la législation ou la réglementation nationales à l'origine de la contrainte d'exploitation peuvent être seulement incitatives¹⁶. Tel est par exemple le cas des exonérations fiscales octroyées par l'Etat brésilien aux investisseurs qui établissent des usines dans les régions les moins développées du pays (Nordeste et Amazonie)¹⁷. L'appellation « *host country operational measures* (HCOMs) » a d'ailleurs été suggérée pour prendre en compte cette dimension plus large du phénomène¹⁸.

ii) *Objet* : l'objet des prescriptions de résultat est de conduire l'investisseur étranger à adopter un comportement économique qu'il n'adopterait pas spontanément dès lors que ce comportement ne correspond pas pour lui au plus grand profit envisageable. Ces entraves étatiques à la libre-exploitation de l'investissement sont susceptibles de se manifester dans la phase « pré-investissement » (*i.e.* en tant que condition à l'accueil de l'investissement sur un territoire donné) comme dans la phase « post-investissement » (en tant que condition au développement de l'investissement ou au bénéfice de nouveaux *****182*****avantages)¹⁹. Dans la pratique conventionnelle, elles peuvent avoir pour objet de conduire l'investisseur étranger à :

- s'approvisionner auprès de fournisseurs locaux pour un montant minimal déterminé (en volume ou en valeur) ;
- exporter un montant déterminé de sa production sur les marchés extérieurs ;
- créer une société de droit local avec prise de participation de l'Etat (*joint venture*) ;
- localiser les locaux de l'entreprise dans une certaine région ;
- employer un certain pourcentage de main d'œuvre locale ou limiter l'emploi du personnel clé étranger ;
- former la main d'œuvre locale ;
- opérer un transfert de technologie ;
- mener des activités de recherche et développement sur le territoire de l'Etat d'accueil ; etc.²⁰

Reste que la frontière entre les prescriptions de résultat et les obligations de droit commun, auxquelles on n'imagine pas qu'un investisseur puisse échapper, n'est pas clairement

¹⁴ V. l'exemple des contrats de concession agricole du Liberia prévoyant une obligation de coopération avec les fermiers locaux à travers des consultations locales, l'inclusion d'un pourcentage de contenu local, des conditions de crédit favorables aux agriculteurs locaux etc., cité in L. COTULA / K. TIENHAARA, « Reconfiguring Investment Contract to Promote Sustainable Development », *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2011-2012, pp. 292 et s.

¹⁵ V. *supra* note 1 la définition donnée par P. JUILLARD.

¹⁶ V. *infra* I, B.

¹⁷ V., parmi les *Investment Climate Statements* du Département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique [<http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics>], la fiche consacrée au Brésil (juin 2014), spéc. le § 5 (« *Performance Requirements and Incentives* ») (site consulté le 1^{er} janvier 2015).

¹⁸ CNUCED, *Host Country Operational Measures*, UNCTAD Series on International Investment Agreements, New York/Genève, Nations Unies, 2001, p. 8.

¹⁹ CNUCED, *Foreign Direct Investment...*, étude précitée note 1, p. 2. V. *infra* I, B.

²⁰ CNUCED, *Host Country Operational Measures*, étude précitée note 18, pp. 8-9 ; CNUCED, *Foreign Direct Investment...*, étude précitée note 1, pp. 49 et s.

déterminée. Pour prendre l'exemple du droit malien, sans doute l'obligation de pourvoir aux besoins en eau d'une population locale lorsque l'exploitation de ressources minières par l'investisseur étranger a affecté la qualité des eaux souterraines²¹ pourrait-elle s'apparenter à une prescription de résultat. Mais elle constitue aussi, comme le respect de la législation sur l'environnement, la protection de la santé des travailleurs ou l'acquittement d'impôts et autres taxes²², une obligation pour tout investisseur – étranger comme national d'ailleurs – découlant du droit souverain de l'Etat de réguler les activités économiques menées sur son territoire. Toute obligation imposée à l'investisseur étranger constituant une prescription de résultat en puissance²³, on comprend dès lors l'importance qu'il y a à rédiger avec une minutie notariale les clauses de libre exploitation des traités d'investissement.

iii) But : à travers les prescriptions de résultat, l'Etat d'accueil de l'investissement mène une politique juridique de développement économique²⁴. *****183***** Il s'agit pour lui de tirer profit de la présence sur son territoire de l'investisseur étranger pour équilibrer sa balance des paiements, renforcer la production nationale, former la main d'œuvre locale, bénéficier du progrès technologique, promouvoir l'aménagement du territoire etc.²⁵ Si les pays en développement sont depuis les années 1970 les premiers à utiliser ces moyens pour soutenir leur économie²⁶, les Etats du Nord ont dans le passé employé des procédés semblables pour construire les industries nationales²⁷. Même s'ils n'ont pas renoncé à toute forme de prescription de résultat²⁸, ces pays se sont aujourd'hui convertis au *credo* néolibéral : les prescriptions de résultat seraient des mesures protectionnistes finalement « contreproductives »²⁹. Faussant les échanges internationaux et la libre concurrence³⁰, ces mesures nuiraient pareillement à la valeur de l'investissement. Partant, elles le dissuaderaient ou encourageraient la fraude et la corruption³¹. *In fine*, elles défavoriseraient le

²¹ Voir l'article 64 du Code minier du Mali : « Au cas où par ses travaux, le titulaire d'un titre minier affecterait la qualité ou la quantité de l'eau souterraine utilisée par les populations aux alentours, il sera tenu de pourvoir, d'une manière ou d'une autre, aux besoins en eau de cette population ».

²² V. l'article 15 du Code des investissements du Mali.

²³ Cf. CNUCED, *International Investment Arrangements : Trends and Emerging Issues*, UNCTAD/ITE/IIT/2005/11, Nations Unies, 2006, p. 42.

²⁴ V. P. MUCHLINSKI, « Policy Issues », in P. MUCHLINSKI / F. ORTINO / Ch. SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford UP, 2008, pp. 31 et s. ; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd Ed., Cambridge, Cambridge UP, 2004, pp. 237-238.

²⁵ CNUCED, *Host Country Operational Measures*, étude précitée note 18, p. 6 ; CNUCED, *Foreign Direct Investment...*, étude précitée note 1, p. 7.

²⁶ Les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies dans le cadre du Nouvel ordre économique international reconnaissent aux Etats la faculté souveraine de soumettre à diverses contraintes les entreprises étrangères opérant sur leur territoire (v. notamment les résolutions 3201 (S-VI), 3202 (S-VI), 3281 (XXIX)).

²⁷ HA-JOON Ch., « Regulation of Foreign Investment in Historical Perspective », *The European Journal of Development Research*, 2004, vol. 16, p. 688 ; CNUCED, *Foreign Direct Investment...*, étude précitée note 1, pp. 9 et s.

²⁸ CNUCED, *Foreign Direct Investment...*, étude précitée note 1, pp. 221 et s. (Chapter VI : The Experience of Developed Countries »).

²⁹ Th. H. MORAN, « Enhancing the contribution of FDI to development : A new Agenda for the Corporate Social Responsibility Community, International Labor and Civil Society, Aid Donors and Multilateral Financial Institutions », *Transnational Corporations*, 2011, vol. 20, n° 1, p. 77. Pour une approche plus nuancée, v. CNUCED, *Host Country Operational Measures*, étude précitée note 18, pp. 59 et s.

³⁰ P. JUILLARD, *loc. cit.* note 1, p. 194.

³¹ V. les Principes directeurs de la Banque mondiale, art. II § 3 : « [...] les Etats noteront que l'expérience tend à montrer que certaines obligations de résultats imposées aux investisseurs comme condition d'entrée aboutissent souvent à des résultats contraires à ceux recherchés et que la liberté d'entrée [...] représente une approche plus

Franck LATTY, « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », in *Revue générale de droit international public*, 2015/1, Dossier : « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp. 179-195

développement des Etats³². Foin de cette forme d'interventionnisme économique, il faudrait laisser libre cours aux forces du marché³³ !

Cette approche, qui a le vent en poupe sous l'influence pesante des Etats-Unis d'Amérique, explique la multiplication des clauses de libre exploitation dans les traités d'investissement. Pourtant, ces clauses – peu « tiers-mondistes », on l'a compris – ne suscitent guère l'intérêt du « petit milieu » du droit des ***184*** investissements. Rares sont en effet les écrits doctrinaux à leur sujet, sans doute parce la clause se manifeste de manière encore exceptionnelle dans le contentieux arbitral transnational³⁴. Mais, en droit des investissements comme ailleurs, l'approche contentieuse, par nature centrée sur les pathologies du droit, ne rend pas nécessairement compte de la verve des normes non auscultées par les arbitres. Or le fait est que la clause de libre exploitation connaît une propagation conventionnelle protéiforme (I), dont on peut prévoir que les répercussions contentieuses, encore rares, montreront le fort potentiel (II).

I. UNE PROPAGATION CONVENTIONNELLE PROTEIFORME

Façonnée et promue par les Etats-Unis d'Amérique, la clause de libre exploitation se propage dans de nombreux traités d'investissement (A) sous des formes variables selon les instruments conventionnels (B).

A. La diffusion d'une clause prônée par les Etats-Unis

Le mouvement de propagation de la clause de libre exploitation constitue une expression parlante de l'hyperpuissance *juridique* américaine et de son aptitude à modeler le droit international économique. Alors que le patrimoine génétique de nombreuses règles conventionnelles relatives aux investissements se trouve dans le droit coutumier de la protection des biens étrangers³⁵, lui-même largement téléguidé par les pays du Nord, l'interdiction des prescriptions de résultat a un fondement autonome. Les origines de la clause sont décelables dans le litige qui opposa les Etats-Unis au Canada concernant la compatibilité avec le GATT des contraintes (fabrication et approvisionnement locaux ; exportation de la production) que le gouvernement canadien imposait aux investisseurs américains dans le contexte de la loi canadienne sur l'investissement de 1973³⁶. Le rapport adopté le 7 février

productive. Les obligations de résultats dissuadent souvent l'investisseur étranger d'investir dans le pays en question ou encouragent la fraude et la corruption » (trad. P. JUILLARD in *AFDI*, 1992, p. 802).

³² V. P. JUILLARD in « Chronique de droit international économique », *AFDI*, 1992, p. 790, qui salue l'effort de réalisme des principes directeurs de la Banque mondiale (v. note précédente), lequel « contraste heureusement avec le déplorable irréalisme des décennies 1960 et 1970, qui, en définitive, a dégradé le climat de l'investissement au seul détriment des pays en développement ».

³³ *Contra*, v. le contre-projet d'Accord multilatéral sur l'investissement, préparé au moment des négociations de l'AMI au sein de l'OCDE, par une ONG (Polaris Institute for the Council of Canadians), qui préconisait l'imposition par les Etats de prescriptions de résultat destinées à « *to ensure that corporations fulfill their social obligations* » (cité in CNUCED, étude précitée note 18, p. 49).

³⁴ On notera que l'Institut de droit international n'a pas inclus les questions de mise en œuvre de la clause de libre exploitation parmi les « difficultés identifiées comme récurrentes [qui] incite[nt] à formuler des principes faisant l'objet d'un large accord », à l'origine de la résolution de Tokyo de 2013 (IDI, résolution sur les « Aspects juridiques du recours à l'arbitrage par un investisseur contre les autorités de l'Etat hôte en vertu d'un traité interétatique », Session de Tokyo, 2013).

³⁵ D. CARREAU / P. JUILLARD, *Droit international économique*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2013, pp. 432-433, n^{os} 1156-1158.

³⁶ V. D. CARREAU / P. JUILLARD, *id.*, pp. 184 et s., n^{os} 456 et s.

Franck LATTY, « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », in *Revue générale de droit international public*, 2015/1, Dossier : « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp. 179-195

1984 par le groupe spécial du GATT n'ayant décelé d'incompatibilité qu'au regard des engagements d'approvisionnement³⁷, les Etats-Unis ont œuvré avec succès en faveur d'une interdiction plus vaste des prescriptions de résultat³⁸ dans les branches encore distinctes du droit *****185*****international économique que sont le droit du commerce international et le droit des investissements étrangers³⁹.

Dans le cadre de l'OMC, l'adoption en 1994 de l'Accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce (accord MIC – ou TRIMs⁴⁰ selon l'acronyme en langue anglaise) a abouti à l'interdiction des prescriptions de résultat ayant un effet sur le commerce des marchandises⁴¹, dans la mesure où elles contreviennent aux prohibitions résultant du GATT (traitement national, interdiction des restrictions quantitatives). *A contrario*, l'accord laisse hors de son emprise un nombre important de mesures : celles ayant un impact sur le commerce des services (l'accord général sur les services se contente d'imposer en la matière la clause de la nation la plus favorisée)⁴², et plus généralement celles qui n'affectent pas directement le commerce international – par exemple l'obligation pour l'investisseur étranger de prise de participation minimale dans le capital de l'entreprise investie⁴³ ou le transfert de technologie⁴⁴. Force est également de relever que la mise en œuvre de l'accord MIC ne se fait pas sans difficulté : dans plusieurs pays émergents (Brésil, Chine, Inde, Indonésie, Nigeria) comme dans des ensembles industrialisés de plus longue date (UE, Etats-Unis) sont en vigueur des mesures dont la compatibilité avec la discipline MIC ne va pas de soi, notamment dans le secteur automobile⁴⁵, ce qui génère un contentieux important devant le juge de l'OMC⁴⁶.

Dans le domaine spécifique du droit international des investissements, le haro des Etats-Unis d'Amérique sur les *performance requirements* s'est manifesté en premier lieu dans la convention modèle de 1984⁴⁷, qu'ont approfondie sur ce point les modèles successifs de 1994⁴⁸ et (surtout) ceux de 2004 et 2012⁴⁹, dont d'autres *****186*****modèles nationaux –

³⁷ Canada – Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger, rapport adopté le 7 février 1984, IBDD, S30/147

³⁸ W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 988 ; T. SHENKIN, « Trade-related investment measures in bilateral investment treaties and the GATT : Moving toward a multilateral investment treaties », *University of Pittsburgh Law Review*, 1994, pp. 581-582.

³⁹ V. D. CARREAU, « Commerce et investissement », in F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement*, Paris, Pedone, 2006, pp. 19-30

⁴⁰ *Trade-Related Investment Measures*.

⁴¹ Sont notamment interdites (la liste indiquée en annexe est « exemplative ») les mesures prescrivant des engagements d'approvisionnement auprès des fournisseurs locaux, les mesures qui établissent une corrélation entre produits importés et produits exportés par l'investisseur étranger, les mesures restreignant les importations ou les capacités d'exportation de l'investisseur étranger. V. D. CARREAU, « Investissements », in *Répertoire international Dalloz*, 2013, nos 238s ; P. JUILLARD, in « Chronique de droit international économique », *AFDI*, 1993, pp. 785 et s.

⁴² Sur les prescriptions de résultat interdites par le GATS, v. A. NEWCOMBE / L. PARADELL, *op. cit.* note 1, § 8.16, p. 421.

⁴³ P. JUILLARD, *loc. cit.* note 1, p. 193.

⁴⁴ W. BEN HAMIDA, *op. cit.* note 38, n° 989.

⁴⁵ V. notamment *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS54.

⁴⁶ V. O. DANIC, *L'émergence d'un droit international des investissements*, Thèse, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2012, p. 757.

⁴⁷ V. *supra* introduction.

⁴⁸ Article VI du modèle de 1994 révisé en 1998, in CNUCED, *International Investment Instruments : A Compendium – vol. IV*, UNCTAD/DITE/2(vol. IV), New York/Genève, Nations Unies, 2000. La disposition se concentre sur les prescriptions de résultat liées au commerce.

notamment ceux du Japon⁵⁰ et du Canada – se sont ensuite inspirés. Plusieurs Etats européens, dont la France, ont également inclus dans leur modèle une clause ayant pour effet de limiter certaines prescriptions de résultat, même si la forme retenue diffère nettement du modèle américain⁵¹. La clause de libre exploitation se retrouve ainsi dans de nombreux traités bilatéraux d'investissement conclus entre Etats du Nord et Etats du Sud, mais également dans des traités passés entre Etats du Sud (traités Chili/Mexique, Chili/Corée, Pérou/El Salvador, Bolivie/Mexique etc.)⁵². La diffusion de la clause doit également beaucoup aux accords de libre-échange conclus par les Etats-Unis d'Amérique, tout particulièrement l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) de 1994. Son chapitre XI sur l'investissement comporte effectivement un article 1106 (« Prescriptions de résultat »), dont la substance a inspiré d'autres textes, tels que l'Accord de libre-échange centraméricain (ALEAC/CAFTA) et même le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) négocié au sein de l'OCDE. Ce dernier comportait une liste plus fournie encore de prescriptions de résultat interdites⁵³, d'ailleurs reprises presque mot pour mot dans les modèles américains de 2004 et de 2012⁵⁴. Parmi de nombreux autres exemples, la clause de libre exploitation se retrouve encore dans l'accord de libre-échange du 1^{er} avril 2013 conclu entre le Canada et le Panama (art. 9.07), ou dans le projet d'Accord économique et commercial global (AECG/CETA) entre le Canada et l'Union européenne⁵⁵. Il est difficile d'imaginer qu'elle ne figure pas dans le futur projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Union européenne.

On assiste donc à un mouvement de « généralisation des clauses interdisant les contraintes d'exploitation »⁵⁶. Il reste toutefois qu'un nombre très important des quelque 3 400 instruments internationaux d'investissement en vigueur ne contiennent pas de disposition de ce type. Certains Etats, à l'instar de la Chine, du Royaume-Uni, de l'Inde⁵⁷, de la Suisse ou de la Colombie, n'incluent d'ailleurs pas la clause de libre exploitation dans leur modèle de convention bilatérale. Aussi, même si la clause de traitement national ou celle de la nation la plus *****187*****favorisée peuvent avoir pour effet d'interdire certaines prescriptions de résultats⁵⁸, l'on peut douter, contrairement à ce qu'affirme un peu rapidement une certaine doctrine américaine⁵⁹, qu'ait émergé une norme coutumière interdisant le *local content*⁶⁰. Il

⁴⁹ V. P. JUILLARD, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004) », *AFDI*, 2004, pp. 669-682, spéc. p. 672.

⁵⁰ V. TAMADA D., « Legal Structure of the Clause Prohibiting Performance Requirements in International Investment Agreements » (en japonais), Projet de recherche *Pressing Problems in International Investment Law*, 12-P-012, juillet 2012 [<http://www.rieti.go.jp/en/projects/program/pg-01/006.html>] (site consulté le 1^{er} janvier 2015).

⁵¹ V. *infra* B.

⁵² Exemples cités in CNUCED, *Foreign Direct Investment...*, étude précitée note 1, p. 5.

⁵³ CNUCED, *Host Country Operational Measures*, étude précitée note 18, pp. 32 et s.

⁵⁴ K. J. VANDEVELDE, *US International Investment Agreements*, Oxford, Oxford UP, 2009, p. 390.

⁵⁵ Art. X.5 (« *Performance Requirements* ») du projet rendu public par la Commission européenne le 26 septembre 2014, en ligne à l'adresse [<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta>] (site consulté le 1^{er} janvier 2015).

⁵⁶ O. DANIC, thèse précitée note 46, p. 761.

⁵⁷ V. A. GENEST, « Performance Requirements Prohibitions in International Investment Law : Complex, Constraining and a Potential Thorne in US-India BIT Negotiations », *SPIL International Law Journal*, p. 6.

⁵⁸ V. A. DE NANTEUIL, *op. cit.* note 10, p. 373.

⁵⁹ J. ROBBINS, « The Emergence of Positive Obligations in Bilateral Investment Treaties », *Univ. Miami Int. and Comp. L. Rev.*, 2006, pp. 403-472, spéc. pp. 442-443.

⁶⁰ V. M. AUDIT, « Les obligations en matière de développement économique insérées dans les contrats d'Etat », in SFDI, *Droit international et développement*, colloque de Lyon, Paris, Pedone, 2015, à paraître.

Franck LATTY, « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », in *Revue générale de droit international public*, 2015/1, Dossier : « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp. 179-195

n'en demeure pas moins qu'une propagation de type épidémique de la clause de libre exploitation est à l'œuvre, la souche du phénomène (la clause du modèle américain de 1984) ayant connu diverses mutations.

B. Les déclinaisons d'une clause au contenu variable

Dès lors qu'aucun traité en vigueur ne pose d'interdiction générale des prescriptions de résultat, le degré de précision de la clause de libre exploitation permettra d'identifier avec plus ou moins de certitude les mesures autorisées et celles qui ne le sont pas. En la matière, la tendance est assurément à la sophistication des clauses comme l'atteste l'évolution du modèle américain, qui n'a plus grand chose à voir avec sa version dépouillée de 1984⁶¹. Cela étant, la clause de libre exploitation se décline dans les traités d'investissements de diverses manières⁶².

D'un point de vue formel, soit elle constitue une clause autonome, sous l'intitulé courant « (*Prohibition of*) *Performance requirements* »⁶³, soit elle prend place dans une clause à l'intitulé plus large⁶⁴ ; parfois même, elle se fonde dans d'autres standards, tels que le traitement juste et équitable⁶⁵ ou le traitement national et celui de la nation la plus favorisée⁶⁶. La clause est formulée de manière plus ou moins précise selon les traités. Là où les modèles français ou allemand de traité bilatéral d'investissement (TBI) se contentent de donner une liste exemplative de mesures interdites⁶⁷, des instruments bien plus élaborés incluent une liste exhaustive, complétée de dispositions en limitant le champ d'application ou la portée⁶⁸.

188

Si l'on examine, sur le fond, ces clauses, plusieurs distinctions permettent de rendre compte du large éventail de la pratique conventionnelle des Etats. Peuvent tout d'abord être distinguées les clauses qui s'en tiennent peu ou prou au « minimum international »⁶⁹ qui lie tous les membres de l'OMC et celles qui vont au-delà. S'agissant des premières, certains traités renvoient ainsi explicitement à l'accord MIC⁷⁰, tandis que d'autres en reprennent la

⁶¹ V. O. DANIC, thèse précitée note 46, p. 761.

⁶² V. CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 : Trends in Investment Rulemaking*, Nations Unies, 2007, pp. 66 et s.

⁶³ V. notamment : art. 1106 de l'ALENA, art. X.5 du projet AECG/CETA, art. 8 du modèle américain (2012), art. 7 du modèle canadien, art. 8 du modèle norvégien etc.

⁶⁴ V. par exemple le traité (précité note 4) Cameroun/Etats-Unis d'Amérique, où l'interdiction des prescriptions de résultat est prévue dans le paragraphe 6 de l'article II intitulé très largement « *Encouragement and Treatment of Investment* ».

⁶⁵ V. l'art. 4 (« Traitement juste et équitable ») du modèle français de convention bilatérale d'investissement, où un certain nombre de mesures qui s'apparentent à des prescriptions de résultat sont considérées comme des « entraves de droit ou de fait au traitement juste et équitable ».

⁶⁶ Art. 3 (« *National and most-favoured-nation treatment* »), § 2, du modèle allemand de 2005, qui interdit les discriminations découlant de prescriptions de résultat non limitativement énumérées.

⁶⁷ « En particulier, bien que non exclusivement, sont considérées comme des entraves de droit ou de fait au traitement juste et équitable, toute restriction à l'achat et au transport de matières premières [...] » (art. 4 du modèle français de convention d'investissement).

⁶⁸ V. par ex. art. 8 du modèle américain (2012), art. 1106 de l'ALENA, art. X.5 du projet AECG/CETA.

⁶⁹ D. CARREAU, *loc. cit.* note 41, n° 341. V. aussi D. CARREAU, *loc. cit.* note 39, pp. 19-30.

⁷⁰ Ex. : art. 7, § 1, de l'Accord trilatéral d'investissement Chine-Corée-Japon de mai 2012 (« *The provisions of the Agreement on Trade-Related Investment Measures in Annex 1A to the WTO Agreement are incorporated into and made part of this Agreement, mutatis mutandis and shall apply with respect to all investments under this Agreement* ») ; art. 6 (« Conditions d'exécution ») du traité bilatéral Canada-Costa Rica de 1998 (« Aucune des Parties contractantes ne peut imposer, en autorisant un investissement ou son acquisition, ni faire respecter, en

substance – moyennant de légères variations⁷¹. Dans les deux cas, l'intérêt de la clause est de soumettre les Etats non parties à l'accord MIC à sa « discipline »⁷². Qui plus est, les traités d'investissement avec clause de libre exploitation offrent aux investisseurs une voie de recours arbitrale dont ils ne disposent pas dans le cadre de l'OMC⁷³. S'agissant des clauses qui dépassent la « discipline » de l'accord MIC, l'on constate qu'elles ajoutent aux mesures touchant au commerce prohibées une liste plus ou moins fournie de prescriptions de résultat interdites⁷⁴ : obligation d'exporter un volume ou un pourcentage donné de biens ou de services, obligation de créer une entreprise en *joint venture*, participation minimale dans le capital de l'entreprise locale, localisation du siège dans une région spécifique, obligation de recrutement de nationaux, transfert de technologie, obligation d'atteindre un niveau donné ou une valeur donnée de recherche-développement sur le territoire de l'Etat d'accueil etc.⁷⁵. De manière originale, le modèle français vise les contraintes suivantes, qui incluent certaines mesures de l'accord MIC sans s'y cantonner :

toute restriction à l'achat et au transport de matières premières et de matières auxiliaires, d'énergie et de combustibles, ainsi que de moyens de production et d'exploitation de tout genre, toute entrave à la vente et au transport des produits à *****189***** l'intérieur du pays et à l'étranger, ainsi que toutes autres mesures ayant un effet analogue.

Sur cette première distinction se greffent d'autres variations subtiles. Ainsi, les clause de libre exploitation font généralement de l'interdiction des prescriptions de résultat visées une obligation de résultat (« d'aboutir »⁷⁶), alors que quelques instruments plus rudimentaires limitent l'engagement à une obligation de moyens (de « s'efforcer »)⁷⁷. Certaines clauses de libre exploitation n'interdisent les prescriptions de résultat que lors de la phase post-investissement⁷⁸, tandis que d'autres, à l'image de l'ALENA⁷⁹ et des modèles américain,

régissant subséquemment cet investissement, toute condition de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce relative aux Mesures concernant les investissements liées au commerce [...] »).

⁷¹ Art. V du traité Canada/Philippines de 1998 ; art. 5 (« Mesures d'investissement liées au commerce ») du traité sur la Charte de l'énergie du 17 décembre 1994 ; art. 17-04 du traité de libre-échange de 1994 entre la Colombie, le Venezuela et le Mexique. A noter que l'art. 1603 de l'Accord de libre-échange de 1988 entre les Etats-Unis et le Canada contient par anticipation les interdictions contenues dans l'accord MIC (v. CNUCED, *Host Country Operational Measures*, étude précitée note 18, pp. 26 et s.).

⁷² D. CARREAU, *loc. cit.* note 41, n° 341.

⁷³ CNUCED, *International Investment Arrangements...*, étude précitée note 23, pp. 41-42. V. *infra* II, A.

⁷⁴ V. CNUCED, *Host Country Operational Measures*, étude précitée note 18, pp. 34 et s.

⁷⁵ Interdisant toutes ou certaines de ces prescriptions de résultat, v. notamment l'art. III du projet d'AMI, l'art. 8 du modèle américain (2004 et 2012), l'art. 7 du modèle canadien (2004), l'art. 1106 de l'ALENA, l'art. 75 de l'Accord de libre-échange Japon/Singapour, l'art. X.5 du projet AEGC/CETA etc. Certains instruments, ajoutent en revanche très peu aux disciplines MIC : v. par ex. le traité trilatéral Chine/Japon/Corée qui prévoit simplement en son art. 7, § 2 : « *No Contracting Party shall, in its territory, impose unreasonable or discriminatory measures on investment by investors of another Contracting Party concerning performance requirements on export or transfer of technology* ».

⁷⁶ V. J. COMBACAU, « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 194 et s.

⁷⁷ *Id.* V. par ex. l'art. 2 du TBI entre la Malaisie et les Emirats arabes unis de 1991 : « *Contracting States shall seek as far as practicable to avoid performance requirements as a condition of establishment, expansion or maintenance of investments, which require or enforce commitments to export goods produced or which specify that goods or services must be purchased locally or which impose any other similar requirements* ». Sur la « *best effort approach* », v. CNUCED, *Host Country Operational Measures*, étude précitée note 18, pp. 46-48.

⁷⁸ V. par exemple l'art. 4 du modèle français de TBI.

japonais ou canadien de TBI, couvrent tant la phase d'admission que celle d'exploitation de l'investissement. Certains instruments interdisent seulement les prescriptions de résultat contraignantes, quand d'autres (ALENA⁸⁰, modèles américain, japonais ou canadien, encore) incluent dans leur champ les mesures dites « incitatives » (i.e. lorsque l'octroi ou le maintien d'un avantage pour l'investisseur est conditionné par le respect de la mesure visée). Ces modèles les plus perfectionnés sont aussi ceux qui couvrent tous les investissements sur le territoire d'une partie contractante, et non pas seulement les investissements des ressortissants des parties contractantes, le but de cette généralisation étant de faire barrage aux discriminations, à travers les prescriptions de résultat, entre les investisseurs de différentes nationalités⁸¹.

L'identification des prescriptions de résultat autorisées ne résulte pas d'une simple démarche *a contrario*. Certes, les mesures qui ne sont pas explicitement interdites par le traité applicable sont en principe autorisées. Mais d'autres normes du traité – on pense en particulier au traitement national⁸² – peuvent rendre illicite *****190***** une prescription de résultat non désignée par le traité dès lors qu'elle épargnerait les investisseurs nationaux. Le caractère licite d'une prescription de résultat pourra en revanche découler de tempéraments conventionnels explicitement formulés. Les traités d'inspiration nord-américaine, qui ne laissent décidément rien au hasard (ou plutôt à la libre interprétation des arbitres), fixent ainsi des réserves aux interdictions formulées, incluses dans la clause de libre exploitation, au risque de la rendre passablement indigeste⁸³, auxquelles s'ajoutent des exceptions plus générales⁸⁴. La *ratio legis* de ces réserves ou exceptions est cependant de préserver le pouvoir de régulation de l'Etat dans l'intérêt général (y compris en matière environnementale)⁸⁵, de préserver des secteurs stratégiques, voire de lui permettre de tirer tout de même profit à des fins de développement de la présence de l'investisseur étranger sur son territoire.

A la propagation des clauses de libre exploitation est donc associée une technicité croissante de leur rédaction. L'état du contentieux est toutefois, pour l'heure du moins, assez peu

⁷⁹ Art. 1106, § 1^{er} : « Aucune des Parties ne pourra imposer ou appliquer l'une quelconque des prescriptions suivantes, ou faire exécuter un quelconque engagement, en ce qui concerne *l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation* d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers » (italiques ajoutés).

⁸⁰ Art. 1106, § 3, de l'ALENA : « Aucune des Parties ne pourra subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'un avantage, en ce qui concerne un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers, à l'observation de l'une quelconque des prescriptions suivantes : [...] ».

⁸¹ CNUCED, *International Investment Arrangements...*, étude précitée note 23, p. 43 ; CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006...*, étude précitée note 62, p. 68.

⁸² V. à cet égard l'art. 1102, § 4 (« Traitement national »), de l'ALENA, particulièrement explicite : « Il demeure entendu qu'aucune des Parties ne pourra : a) exiger d'un investisseur d'une autre Partie qu'il accorde à ses ressortissants une participation minimale dans une entreprise située sur son territoire, exception faite des actions nominales dans le cas des administrateurs ou fondateurs de sociétés ; ou b) obliger un investisseur d'une autre Partie, en raison de sa nationalité, à vendre ou à aliéner d'une autre façon un investissement effectué sur le territoire de la Partie ».

⁸³ V. l'art. 1106, §§ 2, 4 et 6, de l'ALENA ; l'article 8, § 3, du modèle américain de 2012, l'article 7, §§ 2 et 4, du modèle canadien, l'art. 5, 3, du traité sur la Charte de l'énergie ; l'art. 17-04 de l'Accord de libre-échange entre la Colombie, le Venezuela et le Mexique. *Adde* l'art. X.5, §§ 3 et 4, du projet d'accord économique global UE/Canada (v. *supra* note 55).

⁸⁴ V. les art. 14 (« *Non-Conforming Measures* ») et 15 (« *Special Formalities and Information Requirements* ») du modèle américain de 2012 ; les art. 9 (« Réserves et exception ») et 10 (« Exceptions générales ») du modèle canadien de 2004. *Adde* l'art. X.14, du projet d'accord économique global UE/Canada (v. *supra* note 55).

⁸⁵ CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006...*, étude précitée note 62, p. 68.

Franck LATTY, « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », in *Revue générale de droit international public*, 2015/1, Dossier : « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp. 179-195

représentatif de l'importance prise par la clause dans les relations économiques internationales.

II. UNE PRATIQUE CONTENTIEUSE EN DEVENIR

La clause de libre exploitation produit des effets sur les comportements des Etats. Une fois liés par un instrument contenant la clause, ils s'emploient en principe à éliminer les prescriptions de résultat interdites. D'autres, à l'instar de l'Indonésie, préfèrent dénoncer leurs engagements internationaux, ce qui leur permet de maintenir des législations contraires⁸⁶. Si à l'heure actuelle, rares sont les réclamations fondées sur la clause de libre-exploitation, et exceptionnelles celles qui ont prospéré, il n'est pas exclu qu'à l'avenir le contentieux des prescriptions de résultat prenne de l'ampleur (A) et mette en lumière les problèmes d'interprétation, finalement très politiques, de ce type de clause (B). *****191*****

A. Vers une montée en puissance des clauses de libre-exploitation dans le contentieux transnational ?

La quasi-totalité des affaires dans lesquelles un investisseur s'est prévalu à l'encontre d'un Etat d'une clause de libre exploitation a concerné l'Accord de libre-échange nord-américain⁸⁷, ce qui peut s'expliquer au vu de l'« ancienneté » de l'article 1106 par rapport aux clauses contenus dans des traités plus récents, et par le nombre élevé de recours sur le fondement de l'instrument ALENA.

Dans trois affaires, un tribunal arbitral a constaté que des mesures étatiques violaient la clause de libre exploitation de l'ALENA. Deux ont concerné la taxe mexicaine sur le sirop de sucre à forte teneur en fructose. Cette mesure, qui excluait de son champ les produits fabriqués à partir de sucre de canne (un élément fort de la production locale auquel ne recourraient pas les investisseurs américains), a été jugée incompatible avec l'article 1106 qui interdit « de subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'un avantage » à une prescription de résultat consistant à « acheter, utiliser ou privilégier les produits produits sur son territoire, ou acheter des produits de producteurs situés sur son territoire »⁸⁸. De même, dans l'affaire *Mobil & Murphy*, le tribunal a jugé que les directives adoptées en 2004 par le Canada, qui imposaient des dépenses importantes de recherche et développement aux investisseurs souhaitant développer des projets pétroliers, constituaient des prescriptions de résultat interdites par l'article 1106⁸⁹. L'invocation de cette disposition a en revanche échoué dans quelques autres affaires, à l'exemple de la sentence *ADF* qui a considéré que l'obligation d'utiliser l'acier fabriqué aux Etats-Unis d'Amérique pour un projet d'autoroute en Virginie était couverte par

⁸⁶ V. *supra* note 11.

⁸⁷ V. R. SHARMA, « The Jurisprudence Interpreting NAFTA Article 1106 : The Prohibition against Performance Requirements », in T. WEILER (Ed.), *NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, 2004, pp. 91 et s.

⁸⁸ CIRDI, *Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyle Ingredients Americas c. Mexique*, ARB (AF)/04/5, sentence du 21 novembre 2007, §§ 214 et s. ; CIRDI, *Cargill, Inc. c. Mexique*, ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009, §§ 312 et s.

⁸⁹ CIRDI, *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corp. c. Canada*, ARB(AF)/07/4, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum, 22 mai 2012, §§ 172 et s.

les exceptions de l'article 1108 de l'ALENA⁹⁰. La seule sentence recensée ayant examiné une réclamation fondée sur l'interdiction des prescriptions de résultat contenue dans un traité bilatéral d'investissement a concerné l'affaire *Lemire* – en l'espèce, le tribunal arbitral compétent sur le fondement de la convention conclue entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Ukraine en 1996 a jugé *****192***** que l'obligation de diffuser 50% de musique ukrainienne sur une radio « 100 % hits » ne constituait pas une prescription de résultat assimilable à l'obligation d'acheter des produits locaux⁹¹.

Si à ce jour les réclamations fondées sur l'interdiction des prescriptions de résultat n'ont, dans l'ensemble, guère prospéré, cela ne préjuge en rien de la montée en puissance de la clause de libre exploitation dans le contentieux transnational. Sa généralisation en cours dans les traités d'investissement récents devrait mécaniquement entraîner la multiplication des réclamations fondées sur sa violation – sauf à ce que ces traités, à l'instar du projet d'accord global UE/Canada, excluent la clause du champ arbitral⁹². On peut en effet s'attendre à ce que les conseils des investisseurs mobilisent ces nouveaux instruments pour convaincre les arbitres que telle ou telle mesure litigieuse rentre dans le champ des prescriptions de résultat interdites par le traité d'investissement.

Partant, au vu du tronc commun que constitue l'interdiction des prescriptions de résultat relatives au commerce dans le droit de l'OMC et les traités d'investissement, le risque est accru que des contentieux parallèles ou successifs se développent devant le juge du commerce international et l'arbitre du droit des investissements étrangers⁹³. S'il n'est pas impossible qu'un « dialogue des juges » favorise la convergence de solutions, l'on peut aussi craindre que la dualité des procédures alimente le débat fort classique de la fragmentation du droit international – par exemple si le juge de l'OMC constatait la compatibilité de telle mesure étatique avec l'accord MIC quand un tribunal CIRDI identifierait au bénéfice de l'investisseur une violation de la clause de libre exploitation. La contradiction pourrait survenir si un Etat en désaccord avec les conclusions d'une sentence arbitrale examinant une clause de libre exploitation intégrant ou renvoyant à l'accord MIC décidait de saisir un groupe spécial de l'OMC pour qu'il livre sa propre appréciation. Inversement, la clause de libre exploitation pourrait dispenser les Etats d'introduire des procédures devant le juge de l'OMC, laissant aux investisseurs nationaux le soin de défendre leurs intérêts devant les arbitres transnationaux. Le revers de la médaille est que la facilité de l'accès à l'arbitrage pour les investisseurs finisse par « ringardiser » le dispositif interétatique à l'œuvre au sein de l'OMC, dès lors que le respect du droit de l'OMC – l'accord MIC en particulier – serait plus efficacement atteint via

⁹⁰ CIRDI, *ADF Group Inc. c. Etats-Unis d'Amérique*, 2003, ARB (AF)/00/1, §§ 150-174 (le § 8 de l'art. 1108 prévoit que « les alinéas 1106(1)b), c), f) et g), et (3)a) et b) ne s'appliquent pas aux achats effectués par une Partie ou une entreprise d'État » (§ 170). Rejetant l'argument de la violation de l'art. 1106 de l'ALENA, v. aussi Trib. CNUDCI, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, sentence partielle 13 novembre 2000, § 277 ; Trib. CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence du 10 avril 2001, § 75 ; CIRDI, *Corn Products International, Inc. c. Mexique*, ARB (AF)/04/1, décision sur la responsabilité du 15 janvier 2008, §§ 79-80 ; Trib. CNUDCI, *Merrill & Ring Forestry LP c. Canada*, sentence du 31 mars 2010, § 120.

⁹¹ CIRDI, *Joseph Charles Lemire contre Ukraine* (ARB/06/18), décision sur la compétence du 14 janvier 2010, §§ 495 et s. V. F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2010) », *AFDI*, 2010, pp. 610-611.

⁹² V. l'art. X.17 (« Scope of a Claim to Arbitration ») du projet d'accord global Canada/UE (v. *supra* note 55).

⁹³ Concernant la taxe mexicaine sur le sirop à haute teneur en fructose, v. les sentences arbitrales *Archer Daniels Midland, Cargill* et *Corn Products* précitées et, devant l'OMC, *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des Etats-Unis*, WT/D204 ; *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308.

Franck LATTY, « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », in *Revue générale de droit international public*, 2015/1, Dossier : « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp. 179-195

les procédures à l'initiative des investisseurs⁹⁴. Les risques les plus *****193*****immédiats liés au développement du contentieux de la clause de libre exploitation sont toutefois autres : ils résultent des potentielles contradictions de la jurisprudence à leur sujet.

B. Vers une cacophonie jurisprudentielle de plus ?

Les contradictions des solutions arbitrales sur des questions clés du droit des investissements (définition de l'investissement, interprétation du traitement juste et équitable, de la clause de la nation la plus favorisée etc.) pourraient ne pas épargner la clause de libre exploitation, si le contentieux à son sujet devait se développer.

Certes, la technique nord-américaine de rédaction des clauses (liste exhaustive rédigée au cordeau, assortie d'exceptions précisément identifiées)⁹⁵ limite d'autant la marge de manœuvre des arbitres : ils ne leur reviendrait plus d'*interpréter* la norme mais de *qualifier* le comportement étatique litigieux⁹⁶. Les affaires mexicaines précitées montrent néanmoins que la seule opération de qualification peut donner lieu à des divergences de solutions. Alors que dans les sentences *ADM* et *Cargill*, le tribunal considéré que la taxe sur le sirop à haute teneur en fructose constituait une violation de l'article 1106 de l'ALENA⁹⁷, le tribunal de l'affaire *Corn Product* a lui jugé que les éléments fournis par le demandeur ne permettaient pas de voir dans la même mesure une prescription de résultat prohibée⁹⁸. Dans une veine similaire, le tribunal de l'affaire *Mobil & Murphy* a arbitré que les directives canadiennes de 2004 n'étaient pas couvertes par la réserve canadienne à l'ALENA, quand l'arbitre dissident a pour sa part considéré qu'elles l'étaient⁹⁹, au terme d'une interprétation contraire de l'Annexe I de l'ALENA¹⁰⁰.

C'est qu'en amont de la qualification des comportements étatiques, la mise en œuvre de toute norme suppose une opération d'interprétation¹⁰¹. Ainsi s'est posée la question de savoir si la clause de libre exploitation n'interdisait que les prescriptions de résultat *de jure* ou si elle pouvait s'appliquer aux prescriptions « rampantes », *de facto*¹⁰². Les arbitres majoritaires de l'affaire *Myers* ont retenu *****194***** la première interprétation ; l'arbitre dissident a estimé pour sa part que l'effet pratique de l'interdiction d'exportation imposée par le Canada était de conduire la firme à détruire ses produits chimiques sur place, que partant il s'agissait d'une prescription de résultat relative au contenu local, contraire à l'ALENA¹⁰³. La sentence *Lemire*

⁹⁴ V. W. BEN HAMIDA, *op. cit.* note 38, n° 989.

⁹⁵ V. *supra* I, B.

⁹⁶ V. *supra* la contribution de Y. NOUVEL.

⁹⁷ CIRDI, *Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyle Ingredients Americas c. Mexique*, ARB (AF)/04/5, sentence du 21 novembre 2007, §§ 214 et s. ; CIRDI, *Cargill, Inc. c. Mexique*, ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009, §§ 312 et s.

⁹⁸ CIRDI, *Corn Products International, Inc. c. Mexique*, ARB (AF)/04/1, décision sur la responsabilité du 15 janvier 2008, §§ 79-80.

⁹⁹ CIRDI, *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corp. c. Canada*, ARB(AF)/07/4, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum, 22 mai 2012, §§ 172 et s. et opinion dissidente partielle de Ph. Sands, §§ 5 et s.

¹⁰⁰ V. notamment, les §§ 16 et s. de l'opinion de Ph. Sands.

¹⁰¹ V. P. BRUNET, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *RGDIP*, 2011/2, pp. 311 et s.

¹⁰² V. A. NEWCOMBE / L. PARADELL, *op. cit.* note 1, pp. 425-426. V. aussi A. DE NANTEUIL, *op. cit.* note 10, pp. 374-375.

¹⁰³ Trib. CNUDCI, *S.D. Myers, Inc. contre Canada*, sentence partielle 13 novembre 2000, § 277 et l'opinion dissidente de B. Schwartz, §§ 188 et s. V. aussi Trib. CNUDCI, *Merrill & Ring Forestry LP c. Canada*, sentence

est plus parlante encore. Plutôt qu'une interprétation littérale, d'abord envisagée, de la clause de libre exploitation, le tribunal a explicitement fait le choix interprétatif de se référer à l'objet et au but du traité applicable et de la clause invoquée¹⁰⁴. S'il avait retenu la première technique, celle du « sens ordinaire des termes » selon l'article 31 de la convention de Vienne, le tribunal aurait pu, sans trop heurter la conscience juridique, juger que l'obligation de diffuser 50 % de musique ukrainienne constituait une obligation de contenu local, dès lors que le marché de la musique ukrainienne était *de facto* situé en Ukraine¹⁰⁵. En considérant à l'inverse que l'objet et le but de la clause de libre exploitation étaient d'interdire les mesures de protection de l'industrie locale et de restriction des importations, ce à quoi la mesure ukrainienne, qui participait de la politique culturelle de l'Etat, ne contrevenait pas, le tribunal a fait le choix d'une certaine déférence envers l'expression de la souveraineté étatique, ce qui montre le caractère très politique du choix interprétatif¹⁰⁶.

Il va sans dire que le risque de divergences jurisprudentielles s'accroît lorsque la clause de libre exploitation est formulée dans des termes plus imprécis que dans les modèles nord-américains, à l'exemple du modèle français qui, renvoyant au standard « relativement indéterminé »¹⁰⁷ du traitement juste et équitable, ne fournit qu'une liste exemplative de mesures interdites¹⁰⁸. La détermination de la portée exacte de ce type de clause laisse à chaque tribunal arbitral un rôle normatif déterminant pour définir ce que constituent des « entraves de droit ou de fait au traitement juste et équitable »¹⁰⁹, avant que de qualifier les mesures litigieuses au regard du résultat de l'interprétation. Dans la droite ligne du modèle français, on pourrait imaginer que le standard même du traitement juste et équitable évolue : l'imposition d'obligations de contenu local pourrait être envisagée par des tribunaux arbitraux comme des atteintes au *****195***** traitement juste et équitable¹¹⁰, alors même que le traité d'investissement applicable ne comporte pas de clause de libre exploitation¹¹¹. Avec un peu d'imagination – les conseils des parties dans l'arbitrage transnational et les arbitres eux-mêmes n'en sont pas dépourvus – l'on pourrait encore envisager qu'une clause de libre exploitation permette d'élever une réclamation originellement contractuelle au rang de réclamation conventionnelle¹¹², à supposer qu'un contrat d'investissement comporte en son sein une prescription de résultat rentrant dans le champ d'application de la clause.

A partir de ces quelques éléments qui n'épuisent pas les virtualités de l'instrument, l'on voit que la clause de libre exploitation dispose d'un potentiel encore largement inexploré. Il est à

du 31 mars 2010, § 120, où le tribunal considère que les effets incidents des mesures du Canada sur les exportations du demandeur ne rentrent pas dans le champ des prescriptions de résultat prohibées par l'art. 1106 de l'ALENA.

¹⁰⁴ CIRDI, *Joseph Charles Lemire contre Ukraine* (ARB/06/18), décision sur la compétence du 14 janvier 2010, §§ 509-510.

¹⁰⁵ V. A. GENEST, *loc. cit.* note 57, pp. 12-13.

¹⁰⁶ V. F. LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*, 2011/2, pp. 473 et s.

¹⁰⁷ V. *supra* l'article d'Yves NOUVEL.

¹⁰⁸ V. *supra* I. Autre ex., v. V. l'art. 2, § 4, du TBI Azerbaïdjan/Finlande, cité in CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006...*, étude précitée note 62, p. 66.

¹⁰⁹ Art. 4 du modèle français de TBI.

¹¹⁰ V. à cet égard, l'*obiter dictum* de la sentence *Lemire* précitée relatif au traitement juste et équitable, inséré dans la section de la sentence consacrée à la question des prescriptions de résultat (§§ 505-507.).

¹¹¹ Cf. P. JUILLARD, « L'accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce », in SFDI, *La réorganisation mondiale des échanges*, colloque de Nice, Paris, Pedone, 1996, p. 120.

¹¹² Sur cette distinction devenue classique, v. par ex. C. CREPET-DAIGREMONT, « Treaty Claims/Contract Claims », *Gaz. Pal., Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2004/2, pp. 23-29.

Franck LATTY, « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », in *Revue générale de droit international public*, 2015/1, Dossier : « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp. 179-195

prévoir (à craindre ?) que les acteurs du droit des investissements étrangers se saisissent d'avantage de la liberté de l'exploiter.