

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

G/C/W/307
1^{er} octobre 2001

(01-4672)

Comité des mesures concernant les
investissements et liées au commerce

Original: anglais

MESURES CONCERNANT LES INVESTISSEMENTS ET LIÉES AU COMMERCE ET AUTRES PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS

Étude conjointe des Secrétariats de l'OMC et de la CNUCED¹

PREMIÈRE PARTIE

Champ d'application et définition; dispositions des accords internationaux

1. Le présent document contient la première partie de l'étude conjointe que les Secrétariats de l'OMC et de la CNUCED ont été chargés d'effectuer. Pour donner un axe à l'ensemble de l'étude, cette partie fait l'inventaire des définitions des mesures concernant les investissements et liées au commerce et des prescriptions de résultats qui figurent dans les ouvrages sur la politique commerciale et dans les études d'autres organisations internationales. Elle porte aussi sur la manière dont ces mesures et prescriptions sont traitées dans les accords et instruments internationaux, ainsi qu'il est prévu dans le mandat convenu pour l'étude.

2. La deuxième partie de l'étude sera publiée sous peu; elle portera sur l'expérience de certains pays développés et en développement en ce qui concerne l'utilisation des MIC et autres prescriptions de résultats, l'utilisation de ces mesures dans des secteurs et branches d'activité particuliers, et analysera la raison d'être, l'incidence et l'impact des mesures sur les courants d'échanges et d'investissement, et sur la croissance économique et le développement.

A. CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITION

3. L'Annexe de l'Accord sur les MIC contient une liste exemplative de mesures qui sont incompatibles avec les articles III:4 et XI:1 du GATT de 1994, généralement appelées prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux, à l'équilibrage des échanges et aux ventes sur le marché intérieur. En revanche, l'Annexe ne donne aucune définition générique de ce qu'est une mesure concernant les investissements et liée au commerce, et l'expression "prescriptions de résultats" ne figure pas, et par conséquent n'est pas définie, dans les Accords de l'OMC.

¹ Le Conseil du commerce des marchandises est convenu du mandat suivant (G/C/M/49): "Afin d'aider les Membres de l'OMC à procéder à l'examen prévu à l'article 9 de l'Accord sur les MIC, il est demandé aux Secrétariats de l'OMC et de la CNUCED d'effectuer une étude conjointe pour le Conseil du commerce des marchandises de l'OMC. Cette étude devrait consister à examiner de manière factuelle et objective l'utilisation que les gouvernements ont faite des mesures concernant les investissements et liées au commerce et autres prescriptions en matière de résultats en tant qu'instruments de développement industriel, leurs effets sur le commerce international et les flux d'investissement et sur la croissance économique et le développement, et la manière dont ces mesures sont traitées dans d'autres accords et instruments internationaux. L'étude devrait reposer sur un examen approfondi de la documentation disponible, y compris les résultats des études menées sur ce sujet par d'autres organisations intergouvernementales." (G/C/W/266)

4. Dans la description des prescriptions de résultats imposées par certains pays en développement, le Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales faisait observer en 1983 ce qui suit:

"Les politiques de certains pays en développement mettent de plus en plus l'accent sur les contributions spécifiques ou les résultats qu'il y a lieu d'attendre des entreprises bénéficiant d'une participation financière ou technologique étrangère ... Les principales conditions imposées dans ce domaine revêtent généralement la forme d'obligations relatives aux exportations, à l'utilisation et au traitement des matières premières et des ressources naturelles locales, à l'augmentation de la proportion des éléments d'origine locale dans le programme des industries manufacturières, à l'approvisionnement sur le marché local, à la création d'emplois, à la formation de personnel national et à l'implantation des projets dans des zones déterminées. De surcroît, dans le cas des pays hôtes pour lesquels l'acquisition de technologies de pointe est un objectif essentiel, le transfert intégral des connaissances techniques, et notamment des progrès réalisés dans ce domaine, constitue une obligation importante à laquelle le fournisseur étranger de technologies doit satisfaire. De même, la création d'installations locales de recherche-développement et l'emploi d'ingénieurs et de services de consultants locaux font également partie des conditions imposées aux entreprises."²

5. Guisinger (1986) incorpore les "prescriptions de résultats" et les "prescriptions de résultats liées au commerce" dans la catégorie générale des "incitations et obstacles à l'investissement":

"On entend par incitations et obstacles à l'investissement toutes les mesures qui touchent directement la rentabilité d'un investissement. Par souci de simplicité, on utilisera le terme "incitations" pour désigner à la fois les mesures positives et les mesures négatives (c'est-à-dire les obstacles) qui affectent la rentabilité. Les incitations peuvent elles-mêmes être divisées en deux sous-groupes, celles qui portent sur les produits, c'est-à-dire qui affectent les recettes et les coûts intermédiaires d'une entreprise, et celles fondées sur les facteurs, c'est-à-dire celles qui affectent les coûts des facteurs de production. Les contraintes d'exploitation constituent une catégorie particulière d'obstacles contraignant l'investisseur à acheter ou à vendre sur certains marchés. Elles comprennent à leur tour les obligations de résultats liées aux échanges, qui fixent les parts de production à exporter et les parts de moyens de production à acheter localement ainsi que des mesures comme les restrictions concernant la participation étrangère au capital et l'emploi de nationaux locaux."³

6. Le secrétariat de l'OCDE a reproduit (1987) la définition des "mesures relatives aux investissements qui affectent les échanges" adoptée dans le cadre du Comité des échanges de l'OCDE:

² Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales, 1983, page 70.

³ Guisinger (1986), page 81. En s'appuyant sur cette définition, Guisinger recense plus de 40 instruments de politique générale en tant qu'incitations ou obstacles. Guisinger (1986), pages 82 et 83.

"Cette expression [mesures relatives aux investissements qui affectent les échanges] est généralement interprétée comme désignant les mesures visant les investissements qui sont susceptibles d'avoir une incidence directe sur les échanges et/ou qui sont motivées par des considérations de politique commerciale. À titre d'exemple, on peut citer les conditions préalables à l'investissement, comme les règles relatives aux apports d'origine locale, aux obligations de résultats à l'exportation ou touchant la production (restrictions concernant la gamme des produits fabriqués et la zone géographique desservie). D'autres mesures comme les restrictions de change, les dispositions régissant les transferts de technologie, l'attribution des licences, la R-D ou les prises de participation de capitaux locaux peuvent aussi avoir des effets sur les échanges et entrent donc dans la catégorie générale des mesures relatives aux investissements qui affectent les échanges. En général, cette catégorie englobe à la fois les mesures prises dans le pays d'accueil et dans le pays d'origine. Parmi les mesures qui peuvent être prises dans le pays d'origine, on peut mentionner les mesures extraterritoriales visant les importations et les exportations de filiales d'entreprises nationales localisées à l'étranger. Les mesures du type considéré ayant le plus souvent des effets dissuasifs à l'égard de l'investissement direct, elles sont fréquemment associées à des mesures compensatoires – incitations traditionnelles à l'investissement (fiscales et financières notamment) ou autres mesures commerciales favorables (droits de douane élevés).⁴

7. Le même document décrit une définition qui a été utilisée par le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales de l'OCDE dans ses travaux sur les incitations et désincitations aux investissements internationaux:

"Les mesures visant l'investissement liées aux échanges et susceptibles d'exercer des effets de dissuasion peuvent être définies comme des mesures dont l'objectif premier ou direct est d'influer sur l'investissement (par opposition à d'autres variables comme les échanges ou l'emploi) et qui font expressément référence aux échanges. Elles se classent généralement dans les quatre catégories suivantes:

- 1) obligations en matière d'importations, d'apport local ou d'approvisionnement local, susceptibles de restreindre les importations, soit directement, soit indirectement par le biais de contraintes d'utilisation de quantités ou de types donnés de moyens de production locaux;
- 2) obligations en matière d'exportations, liées à la nature ou au volume des exportations;
- 3) obligations de fabrication locale dans un contexte international, impliquant des engagements portant sur la

⁴ OCDE (1987), page 2.

production locale de certains produits, souvent des composants, et sur leur vente à l'échelle mondiale;

- 4) obligations en matière de transfert de technologie, imposant l'emploi de méthodes, procédés ou matériels donnés, souvent à caractère exclusif.

Ces divers types de mesures peuvent être liés à l'octroi d'incitations (par exemple l'éligibilité à une incitation donnée, ou l'importance de celle-ci, peuvent être conditionnées - soit entièrement, soit en partie - par l'exécution d'obligations de ce type ou, de manière plus générale, ces obligations peuvent entrer en ligne de compte dans l'instruction des dossiers déposés par les entreprises souhaitant bénéficier desdites incitations)."⁵

8. Moran et Pearson (1988) définissent les "prescriptions de résultats en matière d'investissement liées au commerce" comme étant

"... toutes les mesures prises par le gouvernement du pays d'accueil qui sont destinées à accroître l'approvisionnement local en intrants par des entreprises sous contrôle étranger ou des coentreprises, et/ou à accroître les exportations issues de ces investissements. Les prescriptions les plus fréquentes concernent la teneur en éléments locaux et le niveau minimal des exportations, et consistent à établir, respectivement, la part d'intrants qui doit être achetée sur place et la part de la production qui doit être exportée – mais elles se mêlent à un large éventail d'autres politiques et réglementations utilisées par les gouvernements pour modifier le lieu de production, le choix des intrants, l'ampleur des activités et la commercialisation de la production par rapport aux choix que pourraient opérer les investisseurs étrangers dans ces domaines."⁶

9. Ariff (1989) définit "les mesures concernant les investissements et liées au commerce" comme étant "différentes réglementations et prescriptions imposées aux investisseurs étrangers dans les pays d'accueil et qui influent directement ou indirectement sur les courants d'échanges internationaux".⁷

10. D'après le Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales (1991a):

"... les prescriptions de résultats ... comprennent les prescriptions imposées par les pouvoirs publics qui affectent la teneur et la composition des activités à valeur ajoutée dans un pays." Les prescriptions relatives au niveau minimal des exportations et à la teneur en éléments locaux sont de loin les plus fréquentes ... la première catégorie est quelquefois exprimée sous forme d'une obligation d'équilibrage des recettes et dépenses en devises; la

⁵ OCDE (1987), page 5.

⁶ Moran et Pearson (1988), page 119.

⁷ Ariff (1989), page 347.

deuxième est quelquefois exprimée dans des politiques qui restreignent le recrutement de personnel étranger et l'utilisation d'autres intrants importés. Parfois, le gouvernement du pays d'accueil intervient aussi, encore que rarement, dans le choix de la technique qui sera utilisée par l'investisseur et dans la capacité de fabrication."⁸

11. Le Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales (1991b) note qu'il "n'existe pas de définition communément admise de ce qu'est une MIC". En se fondant sur les définitions suggérées au cours des négociations du Cycle d'Uruguay sur les MIC, il a dressé une liste de mesures spécifiques: incitations à l'investissement; prescriptions relatives à la participation locale au capital; prescriptions en matière de licences; limitations concernant la fabrication; prescriptions en matière de transfert de technologie; prescriptions concernant les ventes sur le marché intérieur; prescriptions relatives à la fabrication; prescriptions relatives à la fourniture obligatoire d'un produit; prescriptions concernant l'équilibre des échanges; prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux; prescriptions relatives aux exportations; prescriptions relatives au remplacement des importations. L'étude évoque aussi certaines pratiques des entreprises⁹ et mesures prises dans le pays d'origine¹⁰ qui avaient été mentionnées par les participants aux négociations.¹¹

12. Greenaway (1992) dresse un inventaire des "mesures concernant les investissements et liées au commerce" fondé sur la distinction entre les "MIC concernant les intrants" et les "MIC concernant la production". Dans la première catégorie figurent les éléments suivants: prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux; prescriptions relatives à l'équilibre des échanges; lois sur les produits similaires; limitations des importations; restrictions de change; prises de participation de capitaux locaux; objectifs de recrutement local; contingents d'expatriés; participation de nationaux à la gestion; prescriptions en matière de recherche-développement; transfert de technologie. La deuxième catégorie comprend les éléments suivants: prescriptions relatives au niveau minimal; prescriptions relatives à l'équilibre des échanges; contrôles à l'exportation; politique de marché réservé; prescriptions relatives à la fourniture obligatoire d'un produit; prescriptions en matière de licences; transfert de technologie.¹²

13. Dunning (1993) classe les "prescriptions opérationnelles exigées ou attendues des filiales sous contrôle étranger" ou les "prescriptions liées aux résultats" comme étant l'une des quatre catégories de mesures concernant l'investissement étranger direct:

"Elles comprennent des principes directeurs ou obligations en matière de comportement dans les domaines suivants: achats locaux de biens d'équipement, de matières premières, de biens et de services intermédiaires; pratiques en matière de recrutement, d'emploi et de formation, notamment pour les postes de direction et les cadres; proportion de la production exportée; nature de la valeur ajoutée (par exemple R-D) par les filiales; fourniture d'informations sur les prix

⁸ Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales (1991), page 10.

⁹ Partage des marchés; soumissions collusoires; refus de traiter; exclusivité des transactions; ventes liées; prix imposés; fixation de prix; fixation de prix différenciés; prix de cession interne.

¹⁰ Restrictions à l'exportation imposées aux filiales étrangères et fiscalité préférentielle pour le revenu des investissements.

¹¹ Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales (1991b), pages 11 et 12.

¹² Greenaway (1992), pages 141 et 142.

pratiqués entre entreprises d'un même groupe; conditions attachées par les entreprises multinationales à l'utilisation de la technologie transférée; et même (dans le cas notamment des pays en développement) types de méthodes de production utilisées. Dans certains cas, le respect de ces prescriptions s'accompagne en contrepartie d'un traitement plus favorable de ces entreprises par les gouvernements, par exemple sous forme d'obtention de licences d'importation additionnelles et d'une protection contre la concurrence étrangère."¹³

14. Le document de la CNUCED (1996) contient une classification des "mesures concernant les investissements qui affectent l'entrée et les activités des investisseurs étrangers": i) mesures relatives à l'admission et à l'établissement; ii) mesures relatives au régime de propriété et au contrôle; iii) mesures relatives à l'exploitation; iv) incitations; v) mesures commerciales liées à l'investissement. La catégorie des "mesures relatives à l'exploitation" comprend des éléments très divers: "prescriptions de résultats, telles que celles qui concernent l'approvisionnement/la teneur en éléments locaux; prescriptions concernant la fabrication; prescriptions concernant le transfert de technologie ou l'emploi, fourniture obligatoire d'un produit à l'échelle régionale et/ou mondiale, prescriptions en matière de formation, d'exportation et d'équilibrage des échanges, restrictions à l'importation, prescriptions en matière de ventes sur le marché intérieur, établissement d'un lien entre les contingents d'exportation et les ventes sur le marché intérieur, prescriptions relatives aux exportations/recettes en devises".¹⁴ La catégorie des "mesures commerciales liées à l'investissement" comprend les mesures de politique commerciale qui affectent le volume, la composition sectorielle et la répartition géographique de l'investissement étranger direct (IED). Des exemples sont donnés: "droits de douane et restrictions quantitatives à l'importation; commerce faisant l'objet d'une gestion sectorielle, y compris les autolimitations des exportations; accords de libre-échange régionaux; politique en matière de règles d'origine; zones franches pour l'industrie d'exportation; contrôles à l'exportation; financement des exportations; arrangements commerciaux non monétaires; normes en matière de sécurité, santé, environnement, protection de la vie privée et autres normes nationales".¹⁵

15. Dans ce tour d'horizon des ouvrages spécialisés, on ne trouve aucune définition communément admise des MIC, ni des prescriptions de résultats. Généralement, les auteurs commencent par fixer la variable de commande qu'ils vont analyser (courants d'échanges, flux d'investissements, transfert de technologie, rentabilité), du point de vue du pays d'accueil ou du pays d'origine, puis rassemblent des exemples de mesures qu'ils considèrent comme pertinentes. Lorsque leur étude est axée sur le commerce, les mesures principales sont habituellement les suivantes: teneur en éléments locaux, équilibrage des échanges, résultats à l'exportation et prescriptions en matière de ventes sur le marché intérieur, mais certaines études vont plus loin et traitent des effets éventuels sur le commerce de mesures comme les prescriptions en matière de transfert de technologie, de licences et de participation locale au capital. Lorsque les études portent essentiellement sur l'investissement, elles englobent généralement une gamme beaucoup plus étendue de mesures.¹⁶

¹³ Dunning (1993), pages 559 et 560.

¹⁴ CNUCED (1996), pages 176 à 181.

¹⁵ CNUCED (1996), page 181.

¹⁶ L'étude de la CNUCED (1996) a probablement été le plus loin dans ce sens jusqu'à présent.

B. DISPOSITIONS RELATIVES AUX PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS FIGURANT DANS LES ACCORDS INTERNATIONAUX

16. Les accords internationaux sur le commerce et sur les investissements comprennent des dispositions très diverses relatives aux prescriptions de résultats.

17. Dans la présente section, les accords internationaux ont été classés en quatre catégories, selon leur orientation en ce qui concerne les prescriptions de résultats. La première catégorie contient des exemples d'accords qui découragent ces prescriptions; la deuxième correspond aux accords qui interdisent certaines prescriptions de résultats obligatoires ou volontaires; la troisième comprend les accords qui n'interdisent que certaines prescriptions de résultats obligatoires; la quatrième catégorie comprend des interdictions implicites de prescriptions de résultats. Certains accords types¹⁷ contiennent des dispositions facultatives en matière de prescriptions de résultats, mais les accords internationaux existants n'en contiennent généralement pas.

Liste exemplative de mesures opérationnelles imposées par les pays d'accueil

- Restrictions concernant l'emploi de personnel professionnel ou technique étranger pour des postes clés, y compris les restrictions associées à la délivrance de visas et de permis.
- Obligation d'établir une coentreprise à participation locale.
- Obligation d'assurer un niveau minimal de participation de capitaux locaux.
- Prescriptions concernant l'emplacement du siège pour une région donnée ou pour le marché mondial.
- Restrictions concernant les marchés publics (par exemple les filiales étrangères ne peuvent pas être fournisseurs de l'État).
- Restrictions à l'importation de biens d'équipement, de pièces détachées et de biens intermédiaires.
- Restrictions/conditions concernant l'accès aux matières premières, aux pièces détachées et aux intrants locaux.
- Restrictions concernant la location de longue durée de terrains et d'immeubles.
- Restrictions concernant la délocalisation dans un même pays.
- Restrictions concernant la diversification des activités.
- Restrictions concernant l'accès aux réseaux de télécommunication.
- Restrictions concernant la circulation de l'information.
- Restrictions relatives aux monopoles ou à la participation à des entreprises publiques (par exemple obligation de fournir un service public à un certain prix).

¹⁷ Par exemple, l'article 3 ii) du modèle B du projet révisé d'accord type pour la promotion et la protection des investissements (1985) du Comité consultatif juridique Afrique-Asie est ainsi conçu: "L'investissement est assujéti aux modalités et conditions énoncées dans la lettre d'autorisation. Ces modalités et conditions peuvent comprendre une obligation ou une prescription concernant le recrutement de personnel et de main-d'œuvre locaux pour les projets d'investissement, l'organisation de programmes de formation, le transfert de technologie et les arrangements de commercialisation des produits". Les Principes directeurs de la CARICOM concernant la négociation de traités bilatéraux (1984) prévoient ce qui suit: "i) les pays de la CARICOM ne doivent accepter aucune restriction à leur liberté d'imposer des obligations de résultats; ii) les obligations de résultats, qui doivent porter sur les résultats à l'exportation, l'emploi, le respect de la législation nationale et des pratiques syndicales et le transfert de technologie, mais qui ne sont pas limitées à ces éléments, doivent être liées aux avantages escomptés et il faut prévoir l'examen périodique de ces obligations". Toutefois, il convient de souligner qu'il s'agit là de modèles, et que peu d'accords existants comprennent ce genre de dispositions. La publication en cinq volumes de la CNUCED intitulée "Abrégé des instruments internationaux relatifs à l'investissement" ne reproduit aucun accord contenant de telles dispositions.

- Restrictions concernant l'accès aux facilités de crédit locales.
- Restrictions concernant l'accès aux devises (par exemple pour payer un financement étranger ou importer des biens et services).
- Restrictions concernant le rapatriement des capitaux et des bénéfices (par exemple autorisation au cas par cas, surtaxe sur les envois de fonds, élimination progressive des transferts de fonds dans un certain délai).
- Restrictions "culturelles", touchant essentiellement les services d'éducation ou les médias.
- Prescriptions en matière de divulgation de renseignements (par exemple pour les opérations à l'étranger des sociétés transnationales).
- Prescriptions spéciales imposées aux entreprises étrangères dans certains secteurs/branches d'activité (par exemple aux succursales de banques étrangères).
- Autorisations et licences opérationnelles (par exemple pour transférer des fonds).
- Prescriptions spéciales concernant les qualifications professionnelles, les normes techniques.
- Restrictions concernant la publicité par les entreprises étrangères.
- Plafonnement des redevances et des honoraires pour assistance technique, ou taxes spéciales.
- Limitations concernant l'emploi de certaines techniques, marques commerciales, etc., ou autorisation et conditions accordées ou imposées au cas par cas.
- Règles d'origine, obligation de traçabilité.
- Établissement d'un lien entre la production locale et l'accès à des installations de distribution ou la création de telles installations.
- Restrictions relatives à la sécurité nationale, à l'ordre public, à la moralité publique, etc.
- Prescriptions de résultats en matière d'approvisionnement/de teneur en éléments locaux.
- Prescriptions de résultats en matière de fabrication.
- Prescriptions relatives au transfert de technologie.
- Fourniture obligatoire d'un produit à l'échelle régionale et/ou mondiale.
- Prescriptions concernant la recherche-développement.
- Prescriptions de résultats en matière d'emploi.
- Prescriptions en matière de formation professionnelle.
- Prescriptions en matière d'exportation.
- Prescriptions en matière d'équilibrage des échanges.
- Restrictions à l'importation, prescriptions relatives aux ventes sur le marché intérieur.
- Établissement d'un lien entre les contingents d'exportation et les ventes sur le marché intérieur.
- Prescriptions concernant les recettes d'exportation en devises.

Source: CNUCED (2001), pages 8 et 9.

18. Le tableau qui précède donne une idée de la diversité des prescriptions de résultats qui peuvent figurer dans les accords internationaux. En tant que liste exemplative de ce que la CNUCED appelle des "mesures opérationnelles imposées par les pays d'accueil", le tableau se présente sous forme de prescriptions de résultats obligatoires; il convient de noter, toutefois, que cette liste pourrait aussi être en termes de prescriptions volontaires.¹⁸

¹⁸ L'étude de la CNUCED (2001) donne une classification de la manière dont "toute mesure de politique générale adoptée par le gouvernement d'un pays d'accueil pour influencer les opérations des investisseurs étrangers" a été traitée dans les accords internationaux. La première catégorie comprend les mesures qui ont été expressément interdites à l'échelon multilatéral dans l'Accord de l'OMC sur les MIC. Une

1. Dispositions décourageant les prescriptions de résultats

19. Certains accords d'investissement bilatéraux entre pays en développement découragent les prescriptions de résultats. Ainsi, l'accord conclu entre la Malaisie et les Émirats arabes unis appelle les parties à "... s'efforcer autant qu'il est possible d'éviter, comme condition de l'établissement, de l'expansion ou du maintien d'investissements, les prescriptions de résultats qui exigent ou imposent l'obligation d'exporter les marchandises produites ou qui disposent que des biens ou services doivent être achetés sur place, ou qui établissent d'autres obligations analogues".¹⁹

20. De même, l'accord d'investissement bilatéral conclu entre les États-Unis et le Zaïre (République démocratique du Congo) en 1984 invite les parties à "s'efforcer d'éviter de soumettre" les investissements de ressortissants ou de sociétés de l'autre partie à des prescriptions en matière de teneur en éléments locaux ou d'exportation.²⁰ L'article II 7) de l'accord conclu entre les États-Unis et la Turquie (1985) dispose ce qui suit: "Chaque partie s'efforce d'éviter, comme condition de l'établissement, de l'expansion ou du maintien d'investissements, des prescriptions de résultats qui exigent ou imposent l'obligation d'exporter les marchandises produites, ou qui disposent que des biens ou services doivent être achetés sur place, ou qui établissent d'autres obligations analogues".

21. Certaines initiatives plurilatérales et multilatérales visant à fixer des normes indiquent aussi qu'il est préférable d'éviter ces mesures, mais ne prévoient pas d'interdiction absolue. On peut citer à cet égard la *Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales* (1976)²¹, qui n'a pas force obligatoire. La Déclaration invite instamment les pays Membres à tenir dûment compte des intérêts des autres pays Membres affectés par les stimulants ou obstacles à l'investissement, et à s'efforcer de donner à ces mesures toute la transparence possible.

22. Les normes contenues dans les *Principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger direct* (1992) envisagent aussi les prescriptions de résultats sous l'angle négatif.²² Tout en reconnaissant le droit pour chaque État d'élaborer des règles régissant l'entrée des

deuxième catégorie se compose des mesures "qui sont expressément interdites, soumises à condition ou découragées par les accords (ou projets d'accord) interrégionaux, régionaux ou bilatéraux (mais non multilatéraux)". Elle comprend les prescriptions suivantes: obligation d'établir une coentreprise à participation locale; obligation d'assurer un niveau minimal de participation de capitaux locaux; prescriptions en matière d'emplacement du siège pour une région donnée ou pour le marché mondial; prescriptions de résultats en matière d'emploi; prescriptions de résultats en matière d'exportation; restrictions concernant la vente de biens ou de services sur le territoire où ils sont produits ou créés; obligation de fournir les marchandises produites ou les services créés à une région particulière ou au marché mondial exclusivement à partir d'un territoire donné; obligation d'agir en tant que fournisseur exclusif des marchandises produites ou des services créés; prescriptions concernant le transfert de la technologie, les procédés de fabrication ou autre savoir-faire exclusif; prescriptions en matière de recherche-développement; mesures contraires au principe du traitement loyal et équitable. Une troisième catégorie comprend les mesures qui "ne sont pas contestées" et qui ne font l'objet d'aucune discipline internationale particulière.

¹⁹ Accord d'investissement bilatéral entre la Malaisie et les Émirats arabes unis (1991), article 2. L'accord bilatéral conclu entre El Salvador et le Pérou (1996) contient une disposition analogue.

²⁰ Accord d'investissement bilatéral entre les États-Unis et le Zaïre (1984), article II.

²¹ La Déclaration a été révisée pour la dernière fois en 1991. Voir OCDE, *The OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises – 1991 Review* (Paris, 1992).

²² Ces Principes ont été élaborés au sein du Groupe de la Banque mondiale à la suite d'une demande présentée en avril 1991 par le Comité FMI-Banque mondiale du développement et visant l'établissement d'un rapport sur "un cadre juridique global qui reprendrait les principes juridiques essentiels de manière à promouvoir l'investissement étranger direct"; ils ont été "présentés" aux membres du Groupe par le Comité en

investissements, l'un des Principes²³ encourage les États à faciliter l'entrée des investissements effectués par des ressortissants d'autres États et à adopter une politique d'ouverture en la matière, accompagnée éventuellement d'une liste restreinte d'investissements interdits ou soumis à une sélection et subordonnés à l'octroi de licences; ce procédé est plus efficace qu'une politique subordonnant l'entrée des investisseurs étrangers à des prescriptions de résultats.²⁴

23. Dans le cadre du Forum de Coopération économique Asie-Pacifique (APEC), des normes de caractère non contraignant, relatives à l'admission, au traitement et à la protection de l'investissement étranger, ont été adoptées dans les principes d'investissement non obligatoires de 1994.²⁵ Les principes prévoient, entre autres choses, que les économies membres doivent réduire au minimum le recours aux prescriptions de résultats qui perturbent le commerce et les investissements ou en limitent l'expansion.

24. L'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE) opte aussi, dans son *Accord-cadre sur la zone d'investissement de l'ANASE* (1998), pour une politique de l'effort maximal; l'article 3 préconise en effet la réduction ou l'élimination progressive des "règles et conditions d'investissement qui peuvent freiner les courants d'investissement et l'exploitation de projets d'investissement dans la région de l'ANASE".

2. Dispositions interdisant les prescriptions de résultats obligatoires ou volontaires

25. L'Accord sur les MIC interdit les mesures qui favorisent l'utilisation de produits nationaux au détriment de produits importés ou qui établissent des restrictions quantitatives à l'importation, que ces mesures soient obligatoires ou qu'elles ne soient applicables qu'en cas d'octroi d'un avantage aux investisseurs et aux producteurs. L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires interdit les subventions subordonnées aux résultats à l'exportation ou à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

26. Certaines dispositions des accords internationaux relatives aux investissements reprennent explicitement l'Accord sur les MIC. On peut citer comme exemple l'*Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale et la République dominicaine* (1998), ou encore l'*Accord de 2000 sur les relations commerciales conclu entre les États-Unis et le Viet Nam*, qui autorise cependant certaines MIC pendant une période de transition.

3. Dispositions interdisant les prescriptions de résultats obligatoires

27. Certains accords internationaux ont un champ d'application qui va au-delà de celui de l'Accord sur les MIC, interdisant d'autres mesures obligatoires telles que les prescriptions de résultats à l'exportation. Les instruments de ce type comprennent des accords d'investissements bilatéraux conclus ces dernières années par les États-Unis et le Canada. L'interdiction vise les prescriptions obligatoires concernant la teneur en éléments locaux, l'équilibre des échanges, les résultats à

septembre 1992. On trouve une explication détaillée des Principes directeurs dans le rapport d'accompagnement sur le cadre juridique pour le traitement de l'investissement étranger destiné au Comité du développement. Voir *International Legal Materials*, vol. 31 (1992), page 1368.

²³ Il s'agit du deuxième des cinq Principes directeurs.

²⁴ À titre d'exception à cette politique privilégiée, un État peut refuser des investissements étrangers pour des motifs de sécurité nationale ou pour des secteurs réservés par sa législation à ses propres ressortissants en raison de ses objectifs de développement économique ou des strictes exigences de son intérêt national.

²⁵ <http://www.apecsec.org.sg>.

l'exportation, le transfert de technologie et, dans certains cas, la recherche-développement. L'interdiction s'applique à la fois aux marchandises et aux services.

28. Par exemple, l'article VI du *Traité type des États-Unis* (1994) est ainsi libellé:

"Aucune des parties ne peut ordonner ou appliquer, comme condition de l'établissement, de l'acquisition, de l'expansion, de la gestion, de la conduite ou de l'exploitation d'un investissement visé, une prescription quelconque (notamment un engagement lié à l'obtention d'une permission ou d'une autorisation officielle) tendant:

- a) à atteindre un niveau ou un pourcentage donné de teneur en éléments locaux, ou à acheter ou utiliser des produits ou services d'origine nationale ou provenant d'une source nationale, ou à les privilégier d'une autre façon;
- b) à limiter les importations de produits ou de services par rapport à un volume ou à une valeur donné de production, d'exportations ou de recettes en devises;
- c) à exporter un type, une quantité ou un pourcentage donné de produits ou de services, soit dans le monde entier, soit vers le marché d'une région donnée;
- d) à limiter les ventes de produits ou de services sur le territoire de la partie par rapport à un volume ou à une valeur donné de production, d'exportations ou de recettes en devises;
- e) à transférer une technologie, un procédé de production ou autre savoir-faire exclusif à un ressortissant ou à une société situé sur le territoire de la Partie, sauf à la suite d'une ordonnance ou d'un engagement dont l'exécution est imposée par un tribunal judiciaire ou administratif ou par une autorité de surveillance de la concurrence afin de remédier à une violation alléguée ou avérée des lois sur la concurrence;
- f) à effectuer une recherche-développement d'un type, d'un niveau ou d'un pourcentage donné sur le territoire de la Partie.

Ces prescriptions ne comprennent pas les conditions imposées pour obtenir un avantage ou le maintien d'un avantage."

29. Ce modèle de texte est utilisé dans les accords d'investissements bilatéraux conclus entre les États-Unis et les pays suivants: Trinité-et-Tobago (1994), Bolivie (1998), Mozambique (1998) et Bahreïn (1999).

30. Les accords d'investissements bilatéraux conclus entre le Canada, la Barbade (1996), les Philippines (1995), la Trinité-et-Tobago (1995) et le Venezuela (1996) interdisent de subordonner l'établissement, l'expansion ou le maintien d'un projet d'investissement à des prescriptions de résultats, mais autorisent les prescriptions de résultats acceptées par l'investisseur en échange d'un avantage. Ainsi, l'article V de l'accord entre le Canada et les Philippines indique ce qui suit:

"2) Aucune des Parties contractantes ne peut imposer l'une quelconque des prescriptions suivantes en rapport avec l'autorisation d'établissement ou d'acquisition d'un investissement, ni faire observer l'une quelconque des prescriptions suivantes en rapport avec la réglementation ultérieure de cet investissement:

- a) exporter une quantité ou un pourcentage donné de marchandises;
- b) atteindre une quantité ou un pourcentage donné de teneur en éléments locaux;
- c) acheter ou utiliser des biens produits ou des services fournis sur son territoire ou accorder une préférence pour ces biens ou services, ou acheter des biens ou des services à des personnes situées sur son territoire;
- d) lier d'une quelconque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou à l'apport de devises associées à cet investissement;
- e) transférer une technologie, un procédé de production ou autre savoir-faire exclusif à une personne située sur son territoire et non affiliée à l'auteur du transfert, sauf lorsqu'un tribunal judiciaire ou administratif ou une autorité compétente en matière de concurrence impose la prescription ou fait exécuter l'engagement pour corriger une violation présumée des lois sur la concurrence ou agir d'une manière qui n'est pas incompatible avec les autres dispositions du présent accord."

L'article VI dispose ce qui suit:

"2) Les dispositions des articles II, III, IV et V du présent accord ne s'appliquent pas:

- a) aux achats effectués par les pouvoirs publics par une entreprise d'État;
- b) aux subventions ou contributions fournies par les pouvoirs publics ou par une entreprise d'État, y compris les prêts, les garanties et les assurances bénéficiant d'un soutien des pouvoirs publics;
- c) aux programmes d'aide étrangère actuels ou futurs visant à promouvoir le développement économique, que ce soit en vertu d'un accord bilatéral ou d'un arrangement ou accord multilatéral tel que l'Accord de l'OCDE sur les crédits à l'exportation."

31. Dans l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALENA, 1992)*, dont le chapitre 11 traite de l'investissement, le Canada, le Mexique et les États-Unis prévoient des interdictions analogues

concernant les prescriptions de résultats obligatoires.²⁶ Toutefois, l'article 1106 3) autorise une Partie à offrir une incitation en échange de l'obligation d'installer la production, de fournir un service, de former ou de recruter des travailleurs, de construire ou d'étendre certaines installations, ou de faire de la recherche-développement sur son territoire.²⁷

32. L'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili* (1996) et l'*Accord de libre-échange conclu entre le Chili et le Mexique* (1998) comprennent des dispositions sur les investissements qui sont pratiquement identiques à celles du chapitre 11 de l'ALENA. L'*Accord de libre-échange entre le Mexique et le Costa Rica* (1994) et l'*Accord de libre-échange entre le Mexique et la Bolivie* (1994) ont aussi été conçus dans cet esprit, de même que l'*Accord de libre-échange entre le Mexique et le Nicaragua* (1997).

33. L'article 3 4) du *Protocole de Colonia sur la promotion et la protection réciproques des investissements à l'intérieur du MERCOSUR* (1994) interdit lui aussi les prescriptions obligatoires: "Aucune des Parties n'établira comme condition de l'établissement, de l'expansion ou du maintien d'investissements des prescriptions de résultats en matière d'exportations, ni ne spécifiera que certains biens ou services doivent être achetés sur place, ni n'imposera d'exigence analogue". Dans l'annexe, il est toutefois indiqué que l'Argentine et le Brésil se réservent le droit de maintenir des exceptions temporaires dans le secteur de l'automobile. Le Protocole est muet sur les prescriptions de résultats volontaires.

34. Le *Traité sur la Charte de l'énergie* (1994) est un exemple d'accord sectoriel concernant les prescriptions obligatoires de résultats²⁸, il a pour objet d'établir un cadre juridique destiné à

²⁶ En particulier, l'article 1106 1) interdit l'imposition ou l'application des prescriptions obligatoires et l'exécution d'un engagement tendant à: 1) exporter une quantité ou un pourcentage donné de produits ou de services; 2) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national; 3) acheter, utiliser ou privilégier les produits ou les services produits ou fournis sur le territoire d'une Partie, ou acheter des produits ou services de personnes situées sur son territoire; 4) lier de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises associées à cet investissement; 5) restreindre sur son territoire la vente des produits ou des services que cet investissement permet de produire ou de fournir, en liant de quelque façon cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises; 6) transférer une technologie, un procédé de production ou autre savoir-faire exclusif; 7) agir à titre de fournisseur exclusif d'un marché régional ou mondial pour les produits que l'investissement permet de produire ou les services qu'il permet de fournir. [L'article 1107 de l'ALENA dispose qu'aucune des Parties ne pourra obliger une entreprise sur son territoire qui est un investissement d'un investisseur d'une autre Partie à nommer comme dirigeants des personnes d'une nationalité donnée. Cependant, une Partie pourra exiger que la majorité des membres du conseil d'administration ou d'un comité du conseil d'administration d'une entreprise sur son territoire qui est un investissement d'un investisseur d'une autre Partie soient d'une nationalité donnée, ou résident sur son territoire, à condition que cette exigence ne compromette pas de façon importante la capacité de l'investisseur à contrôler son investissement. Concernant cette interdiction, les Parties ont été autorisées à émettre des réserves pour tel ou tel pays, conformément à l'article 1108.]

²⁷ Les Parties ont en outre été autorisées à introduire des réserves pour tel ou tel pays, en vertu de l'article 1108, en ce qui concerne les obligations visées à l'article 1106. Par ailleurs, l'article 1108 8) dispose que certaines interdictions visées à l'article 1106 ne s'appliquent pas aux prescriptions en matière de qualification de produits ou de services relativement à des programmes de promotion des exportations et d'aide à l'étranger, aux marchés publics, et aux prescriptions imposées par une Partie importatrice relativement à la teneur que doivent avoir les produits pour être admissibles à des tarifs ou à des contingents préférentiels.

²⁸ Le Traité a été signé par les parties suivantes: Albanie, Allemagne, Arménie, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bélarus, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Chypre, Communautés européennes, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Japon, Kazakhstan, Kirghizistan, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Moldova, Norvège, Ouzbékistan, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République slovaque, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Slovénie,

promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie. Il contient des dispositions sur les points suivants: commerce des matériaux et produits énergétiques, concurrence, transit, transfert de technologie, accès aux capitaux, promotion et protection des investissements, souveraineté sur les ressources énergétiques, aspects environnementaux, transparence, fiscalité, entreprises d'État et entités privilégiées et règlement des différends. Dans la partie II du Traité ("Commerce"), l'article 5 énonce des règles sur les mesures d'investissement liées au commerce, qui reprennent pour l'essentiel les dispositions de l'Accord sur les MIC. Ainsi, l'article 5 1) interdit l'application de toute mesure incompatible avec les dispositions des articles III ou XI du GATT. La liste des mesures visées par cette interdiction, qui figure à l'article 5 2), est analogue à la liste de l'Annexe de l'Accord sur les MIC. Toutefois, il convient de noter que l'article 5 3) dispose que cette interdiction ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante d'appliquer les mesures d'investissement liées au commerce décrites à l'article 5 2) en tant que condition d'éligibilité à la promotion des exportations, à l'aide étrangère, aux marchés publics ou aux programmes de tarifs ou contingents préférentiels.

Prescriptions de résultats obligatoires interdites par certains accords

Prescriptions interdites

- Prescription de résultats à l'exportation
- Restrictions à la vente de marchandises ou de services sur le territoire où ils sont produits ou créés
- Obligation de fournir exclusivement à partir d'un territoire donné les marchandises produites ou les services créés à une région particulière ou au marché mondial
- Obligation d'agir en tant que fournisseur exclusif des marchandises produites ou des services créés
- Obligation de transférer une technologie, un procédé de fabrication ou autre savoir-faire exclusif
- Prescription relative à la recherche-développement

Accord

ALENA
 Accord d'investissement bilatéral Canada-Barbade
 Accord d'investissement bilatéral Canada-Philippines
 Accord d'investissement bilatéral Canada-Trinité-et-Tobago
 Accord d'investissement bilatéral Canada-Venezuela
 Accord d'investissement bilatéral États-Unis-Trinité-et-Tobago
 Accord d'investissement bilatéral États-Unis-Bolivie

ALENA
 Accord d'investissement bilatéral États-Unis-Bolivie

Accord d'investissement bilatéral États-Unis-Trinité-et-Tobago

ALENA

ALENA
 Accord d'investissement bilatéral Canada-Barbade
 Accord d'investissement bilatéral Canada-Philippines
 Accord d'investissement bilatéral Canada-Trinité-et-Tobago
 Accord d'investissement bilatéral Canada-Venezuela
 Accord d'investissement bilatéral États-Unis-Trinité-et-Tobago
 Accord bilatéral d'investissement États-Unis-Bolivie

Accord d'investissement bilatéral États-Unis-Trinité-et-Tobago
 Accord d'investissement bilatéral États-Unis-Bolivie

Source: CNUCED (2001), pages 34 et 35.

Suède, Suisse, Tadjikistan, Turkménistan, Turquie et Ukraine. À la suite du dépôt du trentième instrument de ratification, le 16 janvier 1998, le Traité est entré en vigueur le 16 avril 1998.

4. Accords interdisant implicitement les prescriptions de résultats

D'autres dispositions, plus générales, de certains accords internationaux de commerce et d'investissement concernent les prescriptions de résultats obligatoires et constituent une interdiction implicite de ces prescriptions. En vertu des règles générales régissant le traitement des investissements étrangers, les parties sont normalement tenues d'accorder aux investissements visés un traitement loyal et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales ou constantes, et de s'abstenir de compromettre par des mesures déraisonnables ou discriminatoires la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la cession des investissements visés. Dans certains cas, ces règles sont associées à une disposition prévoyant que le traitement doit être conforme au droit international. En outre, si un certain nombre d'accords ne prévoient que le traitement de la nation la plus favorisée (NPF), la plupart exigent l'octroi à la fois du traitement NPF et du traitement national.²⁹ D'autres dispositions générales ont des incidences sur les prescriptions de résultats; ce sont notamment les dispositions qui garantissent le droit d'établissement ou la libre circulation des capitaux.

Ainsi, le *Traité instituant la Communauté européenne* (1957) crée "un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux".³⁰ En outre, le Titre III qui traite de la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, prévoit la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux. Ce texte interdit implicitement les prescriptions de résultats obligatoires qui prendraient la forme, par exemple, d'une limitation de la prise de participation de capitaux étrangers dans les États membres de la CE comme condition d'entrée ou comme condition requise pour maintenir un investissement.

Un autre accord interdit implicitement les prescriptions obligatoires de résultats; c'est l'*Accord sur l'espace économique européen* (1992), qui comprend des dispositions sur la liberté d'établissement et de circulation des capitaux identiques, pour l'essentiel, à celles du Traité instituant la CE.³¹ De même, les accords conclus dans la première moitié des années 90 entre la CE et ses États membres d'une part et les pays d'Europe centrale et orientale d'autre part³² prévoient le traitement national pour l'établissement et les activités des sociétés et des personnes.

²⁹ Si des prescriptions de résultats sont imposées après l'établissement, elles peuvent être contraires aux dispositions relatives au traitement national. En revanche, si elles sont imposées comme condition au cours de la phase précédant l'établissement, ces prescriptions peuvent échapper à l'obligation de traitement national, si celle-ci ne s'applique qu'aux investissements existants.

³⁰ Article 3.

³¹ Cet instrument reprend aussi la législation secondaire de la CE dans ces domaines.

³² Bulgarie, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie, République slovaque, République tchèque et Slovénie.

BIBLIOGRAPHIE

- Ariff, Mohamed. 1989. TRIMs: a North-South Divide or a Non-issue? *The World Economy* 12(3):347-360.
- Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales. 1983. *Les sociétés transnationales dans le développement mondial, troisième étude*, New York: Nations Unies.
- Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales. 1991a. *Government Policies and Foreign Direct Investment*. New York: Nations Unies.
- Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales. 1991b. *The Impact of Trade-Related Investment Measures on Trade and Development*. New York: Nations Unies.
- Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). 1996. *Rapport sur l'investissement dans le monde, l'investissement, le commerce et les instruments internationaux*. New York et Genève: Nations Unies.
- Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). 2001. *Host Country Operational Measures. UNCTAD Series on issues in international investment agreements*. New York et Genève: Nations Unies (UNCTAD/ITE/IIT/26).
- Dunning, John. 1993. *Multilateral Enterprises and the Global Economy*. Wokingham (Angleterre): Addison-Wesley Publishing Company.
- Greenaway, David. 1992. Trade-Related Investment Measures and Development Strategy. *Kyklos* 45(2): 139-159.
- Guisinger, Steve. 1986. Do Performance Requirements and Investment Incentives Work? *The World Economy* 9(1):97-96.
- Moran, Theodore H. et Charles Pearson. 1988. Tread Carefully in the field of TRIP Measures. *The World Economy* 11(1):119-134.
- Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE). 1987. Groupe de travail du Comité des échanges. *Mesures relatives à l'investissement affectant les échanges*. Note du Secrétariat (TC/WP(87)37).
-