

constructive in their proposals. While the book may have, within certain chapters and through the profile of some of its authors, an activist content, the fact remains that the various subjects are treated seriously. It is not a groundbreaking book on the theory of law and international relations and thankfully so. Instead, the book serves as an indispensable bridge between the theory and practice of law and international relations, providing a useful guide for understanding the complex relationships between law, politics, and power in the implementation of human rights on both the international and national legal planes. As Louise Arbour herself has explained, unless there are gaps, the law is not often the most difficult issue;<sup>71</sup> it is at the political level, when rights have to be given concrete meaning, that things get tough.<sup>72</sup> Her words of advice animate this book: “[T]rust your instinct. Don’t be scared. You have to be able to take risks, not to fit the mold and not to let anybody squeeze you into their expectations.”<sup>73</sup>

ALAIN-GUY SIPOWO

*Catalyst Fellow 2019–20, Osgoode Hall Law School*

*Performance Requirement Prohibitions in International Investment Law*. Par Alexandre Genest. Leiden: Brill, 2019. 274 + iv pages.

Vol. 57 [2019], doi: [10.1017/cyl.2020.8](https://doi.org/10.1017/cyl.2020.8)

Il s’agit d’un plaisir de recenser la thèse de doctorat, maintenant publiée, d’Alexandre Genest, intitulée *Performance Requirement Prohibitions in International Investment Law*. Cette monographie s’ajoute à une littérature encore trop mince sur un sujet souvent considéré comme nébuleux ou secondaire du droit des investissements, les prescriptions de résultats et leurs prohibitions. Le sujet a été brièvement couvert par certains ouvrages généraux sur le droit des investissements ou sur les traités modèles, ainsi que par quelques articles ou rapports d’organismes comme la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, mais il semble s’agir de la première monographie entièrement consacrée au sujet.<sup>1</sup>

<sup>71</sup>“An Interview with the Honourable Madam Justice Louise Arbour” (2014) 46:2 Ottawa L Rev 383, republished in Lafontaine & Larocque, *supra* note 1, 471, especially at 501.

<sup>72</sup>*Ibid* at 487–88.

<sup>73</sup>*Ibid* at 495.

<sup>1</sup> Voir Alexandre Genest, *Performance Requirement Prohibitions in International Investment Law* (Leiden: Brill, 2019) aux pp 2–3, nn 4–5. Voir notamment Barton Legum, “Understanding Performance Requirement Prohibitions in Investment Treaties” dans Arthur W Rovine, dir, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2007*,

La présente recension met d'abord en contexte les prohibitions de prescriptions de résultats dans les traités d'investissement pour ensuite faire le survol et présenter une critique de la monographie en question.

#### LE CONTEXTE DES PROHIBITIONS DE PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS DANS LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT

Les dispositions prohibant les prescriptions de résultats sont loin d'être aussi fréquentes que celles sur le traitement juste et équitable, la compensation en cas d'expropriation, ou le traitement de la nation la plus favorisée (TNPF), qui sont incluses dans essentiellement tous les traités de promotion et protection des investissements.

Le premier traité bilatéral d'investissement (TBI) contenant des prohibitions applicables aux prescriptions de résultats est le TBI États-Unis-Égypte signé le 29 septembre 1982 et le premier traité modèle à les inclure est celui des États-Unis de 1982.<sup>2</sup> Les dispositions sur les prescriptions de résultats font donc une arrivée tardive dans le droit des investissements puisque le premier TBI moderne (Allemagne-Pakistan) est signé en 1959.<sup>3</sup> Aussi, les dispositions conventionnelles requérant un traitement juste et équitable, la protection et sécurité intégrales, ou encore diverses formes de traitement national ou de TNPF, peuvent être retracées au moins au début du 20<sup>e</sup> siècle dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation.<sup>4</sup> Aujourd'hui, les prohibitions de prescriptions de résultats sont quand même contenues dans

Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, 53. Voir aussi David Collins, *Performance Requirement and Investment Incentives under International Economic Law*, Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2015, qui couvre le droit du commerce international, en plus du droit des investissements, ainsi que la question du cadre d'admission des investissements, en plus des prohibitions de prescriptions de résultats.

<sup>2</sup> *Treaty between the United States of America and the Arab Republic of Egypt Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments*, 11 mars 1986, en ligne: <<https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43559.pdf>> (entrée en vigueur: 27 juin 1992); *Treaty between the United States of America and \_\_\_\_\_ Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments*, 11 janvier 1982, (1982) 400 US Export Weekly (BNA) 734 [*Traité modèle des États-Unis, 1982*]. Sur le traité modèle américain, incluant l'évolution des prohibitions sur les prescriptions de résultats, voir Kenneth J Vandevelde, *U.S. International Investment Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

<sup>3</sup> *Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan tendant à encourager et à protéger les investissements*, 25 novembre 1959, 457 RTNU 47 (entrée en vigueur: 28 avril 1962).

<sup>4</sup> Voir par ex *United States-Norway Treaty of Friendship, Commerce and Consular Rights*, 5 juin 1928, en ligne: <[www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-no-ust000010-0481.pdf](http://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-no-ust000010-0481.pdf)>, art 1 (entrée en vigueur: 13 septembre 1932): "The nationals of each High Contracting Party shall receive within the territories of the other, upon submitting to conditions imposed upon its nationals, the most constant protection and security for their persons and property, and shall enjoy in this respect that degree of protection that is required by international law. Their property shall not be taken without due process of law and without payment of just compensation."

un nombre significatif, et vraisemblablement grandissant, de ces traités et chapitres sur les investissements d'accords de libre-échange.

Dans sa monographie, Alexandre Genest limite son examen des prohibitions de prescriptions de résultats à 414 accords d'investissements, dont soixante conclus par les États-Unis, trente-sept par l'Australie, cinquante par le Canada, quatre-vingt-un par le Chili, 107 par la France et soixante-seize par l'Inde.<sup>5</sup> De ces 414 traités, 196 (ou 47 pour cent) contiennent des prohibitions de prescriptions de résultats (États-Unis: soixante; Australie: neuf; Canada: quarante; Chili: dix-neuf; France: soixante-quatre; Inde: quatre).<sup>6</sup>

Comme le souligne correctement Alexandre Genest, il n'y a pas de définition généralement acceptée de ce qu'est une "prescription de résultat" dans un traité d'investissement ou encore d'approche consensuelle concernant lesquelles devraient être prohibées.<sup>7</sup> Pour comprendre ce qu'est une "prescription de résultat" prohibée, il est plus facile d'examiner le texte spécifique de chaque traité. La genèse de ces prohibitions peut probablement être retracée aux débats ayant mené à l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord sur les MICs)* lors des accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), en 1994.<sup>8</sup> Ces débats ont des antécédents sous l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT 1947)*, notamment la décision du panel du GATT dans *Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act*, en 1984.<sup>9</sup> Dans cette affaire, les États-Unis avaient contesté avec succès des dispositions législatives canadiennes sur l'approbation des investissements étrangers requérant que des investisseurs étrangers s'engagent à acheter des biens locaux et à exporter un certain pourcentage de leur production. Suivant cette jurisprudence, l'*Accord sur les MICs* requiert maintenant qu'"aucun Membre [de l'OMC] n'appliquera de [mesure concernant les investissements et liée au commerce] qui soit incompatible avec les dispositions de l'article III [traitement national] ou de l'article XI [restrictions quantitatives] du GATT."<sup>10</sup> Il est aussi interdit d'imposer ou d'obtenir un engagement d'un investisseur étranger ayant pour résultat "que les achats ou l'utilisation, par une entreprise, de produits importés soient limités

<sup>5</sup> Genest, *supra* note 1 à la p 11.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid* à la p 16.

<sup>8</sup> *Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce*, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1868 RTNU 191 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> janvier 1995) [*Accord sur les MICs*].

<sup>9</sup> *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 RTNU 187 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> janvier 1948) [*GATT 1947*]; *Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act (Plainte des États-Unis d'Amérique)* (1984), GATT Doc L/5504, Supp n° 30 IBDD (1982-83) 140 [*FIRA*].

<sup>10</sup> *Accord sur les MICs*, *supra* note 8, art 2(1).

à un montant lié au volume ou à la valeur des produits locaux qu'elle exporte."<sup>11</sup>

Les prescriptions de résultats prohibées par les traités d'investissement peuvent inclure celles mentionnées ci-dessus, ainsi que plusieurs autres, notamment l'achat ou l'usage de services locaux ou encore le transfert de technologies.<sup>12</sup> D'autres dispositions prévoient aussi quels avantages peuvent ou ne peuvent pas être octroyés en échange de certaines prescriptions de résultats.<sup>13</sup> Souvent, ces prohibitions sont rédigées de manière très détaillée. Elles peuvent aussi comporter des exceptions, exclusions ou "réserves" négociées permettant le maintien de mesures existantes non-conformes, sujet à l'obligation que ces mesures ne deviennent pas moins conformes dans le futur.<sup>14</sup> Certains traités prohibant les prescriptions de résultats interdisent aussi toute mesure "similaire" aux prescriptions de résultats énumérées ou "ayant un effet similaire" à ces prescriptions de résultats.<sup>15</sup>

Si toute mesure étatique affectant un investissement étranger comporte nécessairement un certain élément politique, les prescriptions de résultats y sont tout particulièrement assujetties. Dans le contexte d'investissements étrangers importants, les prescriptions de résultats peuvent s'insérer dans une négociation entre l'état hôte et l'investisseur étranger. De manière plus générale, les prescriptions de résultats peuvent répondre à un désir d'augmenter la capacité de production ou de fourniture de services dans certains secteurs. Les prescriptions de résultats peuvent ainsi être perçues comme des moyens de développer l'économie de l'état hôte. Les prohibitions de prescriptions de résultats dans les traités d'investissement seraient, quant à

<sup>11</sup> *Ibid*, art 2 (2).

<sup>12</sup> Voir par ex *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2, art 1106(1) (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> janvier 1994) [ALÉNA].

<sup>13</sup> *Ibid*, art 1106(3).

<sup>14</sup> *Ibid*, Annexe I et art 1108. Sur l'interprétation des annexes de l'ALÉNA, voir notamment Pierre-Olivier Savoie, "Reservations, Corporate Social Responsibility and Other Mechanisms in Support of Sustainable Development and Canada's Model Foreign Investment Promotion and Protection Agreement" dans Freya Baetens, dir, *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 232 (notant que les "réserves" aux obligations telles les prohibitions de prescriptions de résultats dans les traités d'investissement ne sont pas des réserves unilatérales au sens des articles 19–23 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur: 27 janvier 1980), mais bien des exceptions ou exclusions négociées par toutes les parties à un traité).

<sup>15</sup> Voir Genest, *supra note 1* à la p 65; *Traité modèle des États-Unis, 1982, supra note 2*, art II(7) ("[n]either 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, or which specify that goods or services must be purchased locally, or which impose any similar requirements").

elles, justifiées parce que les prescriptions de résultats auraient tendance à fausser les conditions du marché en obligeant un investisseur étranger à adopter des pratiques inefficaces.

Ces dispositions soulèvent ainsi des questions non seulement politiques mais aussi sur l'attraction des investissements. Notamment, elles soulèvent la question de l'équilibre approprié entre les retombées locales qu'un gouvernement peut requérir d'investissements étrangers au-delà de la contribution apportée simplement par la présence de l'investissement.

Un investisseur ayant une relation à long terme avec un état hôte pourra dès lors hésiter avant d'initier un arbitrage contre cet état même si l'investisseur subit une violation alléguée de la prohibition de prescriptions de résultats contenue dans un traité d'investissement. Par exemple, dans l'affaire *Mobil et Murphy c Canada*, les sociétés Mobil Investments Canada et Murphy Oil Corporation ont poursuivi le Canada pour l'adoption de lignes directrices, en 2004, requérant de dépenser, dans la province de Terre Neuve et Labrador, 0.5 pour cent des revenus annuels des projets pétroliers Hibernia et Terra Nova en recherche et développement (R&D) et en formation.<sup>16</sup> Ces lignes directrices se voulaient une mise en œuvre de dispositions législatives datant de 1987 requérant des opérateurs de ces gisements d'effectuer des dépenses de R&D et de formation dans la province de Terre Neuve. En 1994, le Canada avait inclus ces dispositions législatives dans ses "réserves" à l'ALÉNA.<sup>17</sup> Les lignes directrices de 2004 ont été adoptées après une baisse perçue de dépenses en R&D et en formation après 1997, alors qu'aucun seuil de dépense de R&D et en matière de formation n'avait été fixé. La position de Mobil et Murphy, acceptée par une majorité du tribunal, était que les lignes directrices de 2004 constituaient une application disproportionnée des mesures "réservées" sous l'ALÉNA, rendant cette exclusion inapplicable. Fait intéressant, la société américaine Chevron, qui détenait aussi un intérêt dans les développements Hibernia et Terra Nova,<sup>18</sup> n'a jamais poursuivi le Canada sous le chapitre 11 de l'ALÉNA.

Le calcul de certains investisseurs étrangers à ne pas poursuivre un état hôte pour des prescriptions de résultats soulève aussi des questions sur l'effectivité de la prohibition des prescriptions de résultats et le meilleur moyen de faire appliquer cette prohibition. Un investisseur peut être plus intéressé à maintenir une bonne relation avec un état hôte et pourrait accepter de s'assujettir à des prescriptions de résultats prohibées, par

<sup>16</sup> *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c Canada (I)*, Décision sur la responsabilité et le quantum, Aff CIRDI n° ARB(MS)/07/4 (ALÉNA, 22 mai 2012), opinion partiellement dissidente du professeur Philippe Sands [*Mobil et Murphy c Canada*].

<sup>17</sup> ALÉNA, *supra* note 12.

<sup>18</sup> Voir en ligne: <<https://canada.chevron.com/our-businesses/atlantic-canada>> (mentionnant que Chevron a découvert le gisement Hibernia en 1979 et que Chevron possède aussi des intérêts dans les gisements de Terra Nova, Hebron et Flemish Pass Basin).

exemple en échange de certains avantages, notamment fiscaux, surtout dans le contexte d'accords d'investissements qui ne sont pas toujours publics. Une telle situation soulève aussi des questions quant au traitement similaire ou différentiel de différents investisseurs étrangers opérant dans le même secteur lorsque les opérations pourraient, au moins *de facto*, être assujetties à des prescriptions et avantages variables.

Une autre raison pour laquelle il est possible que peu d'arbitrages d'investissement aient été initiés à l'encontre de mesures constituant exclusivement des prescriptions de résultats est que les dommages n'en valent pas toujours la chandelle, la mesure n'affectant souvent qu'une partie limitée de l'investissement. Les affaires du "sucre" contre le Mexique ne constituent pas une exception à la règle. Même si certains tribunaux ont jugé que le Mexique avait violé l'article 1106 (prescriptions de résultats) de l'*ALÉNA*, la violation principale alléguée était celle de l'article 1102 (traitement national).<sup>19</sup> Dans ces affaires, le Mexique avait adopté une importante taxe sur le "high fructose corn syrup," produit principalement par des entreprises américaines. Cette taxe avait détruit au passage la part de plusieurs entreprises américaines sur le marché de la vente de sucre pour la production mexicaine de boissons gazeuses, au profit du sucre à base de canne, produit au Mexique.

Les prohibitions des prescriptions de résultats n'en demeurent pas moins un aspect important et sensible des réglementations sur les investissements étrangers (et le commerce international). Cette sensibilité se manifeste dans l'exclusion de ces obligations du mécanisme de résolution des différends investisseur-état dans certains traités importants. C'est le cas du *Traité sur la Charte de l'énergie*,<sup>20</sup> du chapitre d'investissement de l'*Accord économique et commercial global Canada-Europe (AÉCG)*<sup>21</sup> (même si nombre de TBIs entre le

<sup>19</sup> *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc c Mexique*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(MS)/04/5 (*ALÉNA*, 21 novembre 2007); *Corn Products International, Inc c Mexique*, Décision sur la responsabilité, Aff CIRDI n° ARB(MS)/04/1 (*ALÉNA*, 15 janvier 2008); *Cargill, Incorporated c Mexique*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(MS)/05/2 (*ALÉNA*, 18 septembre 2009).

<sup>20</sup> *Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, (1995) 34 ILM 360, en ligne: <[www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-fr.pdf](http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-fr.pdf)>, art 5 (mesures d'investissement liées au commerce) (entrée en vigueur: 16 avril 1998). Cette disposition se trouve dans la partie II (commerce) du traité, mais en vertu de l'article 26 du traité ce ne sont que les dispositions de la partie III (promotion et protection des investissements) qui sont assujetties au règlement des différends investisseur-état.

<sup>21</sup> *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, 30 octobre 2016, en ligne: <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra)> (application provisoire: 21 septembre 2017) [*AÉCG*]. L'article 8.18 (1) permet le recours au règlement des différends investisseur-état pour violation des dispositions des sections C ou D du chapitre 8. L'article 8.05 sur les prescriptions de résultats se trouve dans la section B du chapitre 8 de l'*AÉCG*.

Canada et certains états membres de l'Union européenne antérieurs à l'AECC assujettissaient les prescriptions de résultats à l'arbitrage<sup>22</sup>), ainsi que du nouvel *Accord Canada–États-Unis–Mexique*.<sup>23</sup> Le récent *Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)*, cependant, assujettit les prescriptions de résultats à l'arbitrage investisseur-état.<sup>24</sup>

#### DESCRIPTION ET CRITIQUE DE L'OUVRAGE D'ALEXANDRE GENEST

L'ouvrage d'Alexandre Genest contient sept chapitres:

1. Introduction générale;
2. Les caractéristiques et objectifs généraux des prescriptions de résultats et des prohibitions de prescriptions de résultats;
3. L'intégration systémique et la fertilisation croisée pour une meilleure compréhension de la prohibition de prescriptions de résultats dans les traités d'investissement;
4. Typologie et analyse de la prohibition de prescriptions de résultats dans les traités d'investissement;
5. Caractéristiques récurrentes qui modulent l'étendue et la couverture de la prohibition de prescriptions de résultats dans les traités d'investissement;

<sup>22</sup> Voir par ex *Accord de promotion et protection des investissements Canada-Roumanie*, 8 mai 2009, RT Can 2011 n° 26, art 5 (entrée en vigueur: 23 novembre 2011), ainsi que les accords avec la Lettonie, la République tchèque, la Slovaquie et la Croatie. Les accords avec la Hongrie et la Pologne ne contenaient pas de dispositions prohibant les prescriptions de résultats. Les accords entre le Canada et les membres de l'Union européenne antérieurs à l'AECC sont révisés depuis le 21 septembre 2017 en vertu de l'article 30.8 de l'AECC, *supra* note 21.

<sup>23</sup> *Accord Canada–États-Unis–Mexique*, 30 novembre 2018 (version révisée 10 décembre 2019), en ligne: <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra)> (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> juillet 2020) [ACÉUM]. Le chapitre 14 de l'ACÉUM ne permet plus les recours par les investisseurs pour violation d'obligations en matière de protection des investissements. L'annexe 14-C aménage la transition pour les réclamations d'investisseurs en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA pour une période de trois ans après la résiliation de l'ALÉNA. L'article 14.D.3, qui permet certains recours par des investisseurs américains contre le Mexique, ne permet toutefois pas de recours pour violation de l'article 14.10 (prescriptions de résultats).

<sup>24</sup> *Accord de partenariat transpacifique global et progressiste*, 8 mars 2018, en ligne: <<http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/cptpp-ptpgp.aspx?lang=fra>> (entrée en vigueur pour l'Australie, le Canada, le Japon, le Mexique, la Nouvelle Zélande et Singapour: 30 décembre 2018; entrée en vigueur pour le Vietnam: 14 janvier 2019) [PTPGP]. L'article 9.19 ("Submission of a claim to arbitration") permet à un investisseur de soumettre une demande pour toute violation de la section A du chapitre 9 (arts 9.01–9.17), qui inclut l'article 9.10 (prescriptions de résultats).

6. L'élargissement de l'effet de la prohibition de prescriptions de résultats dans les traités d'investissement par la voie de la clause de la nation la plus favorisée;
7. Conclusions générales.

L'objectif de la monographie est d'établir: (1) comment les états prohibent les prescriptions de résultats et (2) comment ces prohibitions sont interprétées et appliquées.<sup>25</sup> L'auteur se met ainsi en opposition avec une grande partie de la littérature qui tend à se focaliser sur l'opportunité même des prohibitions de prescriptions de résultats, plutôt que d'aborder leur cadre interprétatif dès lors que de telles prohibitions ont été négociées.

Le sujet n'était pas facile, car il existe peu de sentences arbitrales qui se penchent sur le sujet et encore moins d'affaires où l'enjeu principal est l'application d'une prescription de résultat prohibée. L'auteur a donc décidé de recenser les 414 traités d'investissement mentionnés ci-dessus (sur 3,317 traités d'investissement existant à la fin 2018). Les traités choisis reflètent les modèles de plusieurs pays différents, et ayant des approches parfois divergentes: les États-Unis, le Canada, la France, l'Australie, le Chili et l'Inde. L'auteur a aussi puisé dans la pratique des états sous le *GATT 1947* et à l'OMC où la prohibition des prescriptions de résultats a pris forme et été discutée de manière élaborée, notamment dans le contexte de l'*Accord sur les MICs*. Concernant la question de savoir quels avantages peuvent ou ne peuvent pas être conditionnés à une prescription de résultat, l'auteur puise aussi dans la jurisprudence de l'OMC sous l'*Accord sur les subventions et mesures compensatoires*.<sup>26</sup>

L'ouvrage est souvent descriptif en ce qu'il examine le contenu des dispositions prohibant les prescriptions de résultats. Aussi, l'ouvrage s'attarde plus sur l'interprétation de ces dispositions conventionnelles, *in abstracto* et celle faite par les tribunaux arbitraux, que sur l'application de ces dispositions par les états, au jour le jour. Il semble exister tellement de prescriptions de résultats — parfois énumérées par transparence dans les annexes de certains traités sur les mesures existantes non-conformes pouvant être maintenues<sup>27</sup> — qu'il est difficile de croire à un respect généralisé, par les états, des prohibitions négociées. Même si le livre contient un certain nombre d'exemples d'application réelle des prescriptions de résultats, la pratique des états est vaste. Par exemple, les mesures incompatibles avec les

<sup>25</sup> Genest, *supra* note 1 à la p 1.

<sup>26</sup> *Accord sur les subventions et mesures compensatoires*, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 57 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> janvier 1995).

<sup>27</sup> Voir par ex l'Annexe I de l'*ALÉNA*, *supra* note 12, et les annexes sur les mesures non-conformes existantes des différents accords de libre-échange du Canada ainsi que de telles annexes contenues dans les accords de promotion et protection des investissements du Canada.

prescriptions de résultats, en particulier sur le commerce des biens, sont discutées au sein de l'OMC au comité sur l'*Accord sur les MICs*.<sup>28</sup> Cela dit, Alexandre Genest a fait son choix en préférant fournir un cadre interprétatif pour un examen approprié des prohibitions de prescriptions de résultats. Sur cette voie, le livre est un succès et constitue une contribution importante sur la manière de mieux appréhender les prohibitions de prescriptions de résultats.

Le chapitre le plus intéressant de la monographie est sa conclusion, construite petit à petit, un chapitre à la fois. La conclusion présente 14 thèses pour une interprétation et un encadrement plus appropriés des prohibitions appliquées aux prescriptions de résultats. Si l'auteur de la présente recension aurait formulé différemment certaines critiques des décisions des tribunaux arbitraux pertinentes, les thèses d'Alexandre Genest doivent être généralement retenues et méritent d'être sérieusement considérées par toute personne qui se penche sur la question des prescriptions de résultats, qu'il s'agisse d'arbitres, de conseils ou de négociateurs.

Ces thèses sont:

- La signification des termes utilisés dans les prohibitions de prescriptions de résultats n'est pas toujours évidente. Les caractéristiques des prescriptions de résultats, leurs objectifs, ainsi que leur rôle dans la négociation, entre état hôte et investisseur, du cadre d'un investissement spécifique, aident à cerner l'objet de ces prohibitions.
- L'interprétation et l'application des prohibitions de prescriptions de résultats dans les traités d'investissement devraient se faire au moyen de la fertilisation croisée et de l'intégration systémique.
- Les prohibitions de prescriptions de résultats reproduisent un nombre limité d'archétypes fréquemment utilisés.
- Les prohibitions de prescriptions de résultats incorporant l'*Accord sur les MICs* soulèvent des questions difficiles.
- Les prohibitions de prescriptions de résultats résultant d'une liste non-exhaustive ou ouverte se réfèrent à un ensemble identifiable de mesures.
- Les prohibitions de prescriptions de résultats résultant d'une liste non-exhaustive ou ouverte contraignent de manière excessive les états. Les prescriptions de résultats considérées suffisamment importantes pour les intérêts d'un état devraient être maintenues à l'aide d'exceptions ou de "réserves" clairement rédigées et négociées par les états contractants aux traités.

<sup>28</sup> Voir par exemple le *Procès-verbal du Comité sur l'Accord sur les MICs*, 20 juin 2014 (présidé par M. Tsotetsi Makong), qui fait état de 12 requêtes soulevées par des membres de l'OMC contre le Brésil, l'Indonésie, la Fédération de Russie, le Nigéria, les États-Unis et l'Uruguay, concernant des prescriptions de contenu local dans différents secteurs, notamment de l'énergie, des télécommunications et de l'agriculture.

- Les listes détaillées de prohibitions de prescriptions de résultats suivent un nombre limité d'archétypes fréquemment utilisés.
- Au moins quatorze catégories de prescriptions de résultats apparaissant dans les prescriptions prohibées au moyen de listes détaillées et exhaustives utilisent des termes ayant acquis une signification établie.
- Les prohibitions de prescriptions de résultats sont mieux comprises lorsque chaque prohibition est examinée individuellement et séparément des autres prohibitions énumérées. Il est mieux d'éviter les énoncés de principe sur l'objet et la nature des prescriptions de résultats. Les différentes prescriptions ne sont pas liées de manière égale au commerce internationale ou encore à la limite des imports ou exports.
- Les prohibitions de prescriptions de résultats devraient aborder explicitement le lien permissible ou non entre tout avantage accordé par un état hôte et toute prescription de résultat, plutôt que de laisser planer l'incertitude sur la licéité d'avantages en lien avec de telles prescriptions.
- La définition jurisprudentielle du terme "avantage" (*benefit* en anglais) sous l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, à l'OMC, peut améliorer la compréhension du même terme "avantage" (*advantage* en anglais) utilisé dans l'*Accord sur les MICs* et les dispositions prohibant les prescriptions de résultats dans les traités d'investissement.
- Les prohibitions de prescriptions de résultats ne devraient pas être confinées aux objectifs liés à la promotion ou protection des investissements ou encore à l'objet des prescriptions explicitement liées au commerce international. Chaque prohibition de prescription de résultat devrait être interprétée selon le degré spécifique du lien qu'elle possède avec les objectifs liés à l'investissement ou au commerce qui sont les siens.
- Les prohibitions de prescriptions de résultats examinées contiennent un grand nombre de variantes dont les négociateurs de futurs traités peuvent s'inspirer, afin de moduler adéquatement l'étendue de l'application de ces prohibitions. Il faut interpréter de manière pleinement effective et utile les prohibitions de prescriptions de résultats contenues dans les traités existants.
- L'application de clauses de TNPF aux prohibitions de prescriptions de résultats ajouterait clairement à l'incertitude et à la déstabilisation déjà créée, de manière inhérente, par celles-ci. Les tribunaux arbitraux pourraient être tentés d'appliquer certaines restrictions non-écrites aux clauses de TNPF adoptées par certains tribunaux arbitraux dans l'application de clauses à l'arbitrage investisseur-état.

Ces quatorze conclusions ou thèses méritent les sept observations suivantes.

D'abord, il est effectivement important de ne pas interpréter les termes d'un traité sur le fondement de généralisations de principe, mais bien d'examiner individuellement chaque prohibition, sans se fonder sur des

principes qui s'appliqueraient à toutes les prescriptions de résultats. En ce sens, la critique d'Alexandre Genest de la sentence *Merrill & Ring c Canada* semble tout à fait justifiée.<sup>29</sup>

Ensuite, le principe d'intégration systémique, tel que reflété par l'article 31(3)(c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969 mérite évidemment d'être appliqué.<sup>30</sup> Les dispositions pertinentes des accords de l'OMC, notamment de l'*Accord sur les MICs* ou encore de l'*Accord sur les subventions et mesures compensatoires* devraient effectivement être prises en compte dans l'interprétation et l'application de prohibitions de prescriptions de résultats, pour des traités où toutes les parties sont aussi membres de l'OMC,<sup>31</sup> lorsque les dispositions interprétées ont un lien avec ces autres traités. Quant à la fertilisation croisée (*cross-fertilization*), il est un peu moins clair qu'il s'agisse d'un principe applicable à l'interprétation des traités. La pratique des états parties à un traité, par exemple telle que reflétée dans leurs autres traités ou dans leur traité modèle, peut évidemment être pertinente à l'interprétation, mais seulement lorsqu'elle reflète un accord des différentes parties au traité étant interprété.<sup>32</sup>

Troisièmement, Alexandre Genest souligne avec raison que les traités contenant des prohibitions de prescriptions de résultats ouvertes ou non-exhaustives peuvent être problématiques parce qu'elles créent de l'incertitude quant à l'étendue des mesures prohibées. Alexandre Genest souligne donc avec pertinence la situation difficile dans laquelle se trouvait le tribunal dans *Lemire c Ukraine* face à une mesure requérant la diffusion radio-phonique de contenu local alors que la liste de prohibitions était non-exhaustive.<sup>33</sup>

Quatrièmement, face aux listes non-exhaustives, une des démonstrations les plus convaincantes d'Alexandre Genest, établie par un examen de la pratique de plusieurs états, est qu'il existe 14 types de mesures généralement reconnues comme pouvant être considérées comme des prescriptions

<sup>29</sup> Genest, *supra* note 1 aux pp 110, 113 (critiquant l'énoncé du tribunal selon lequel une prescription de résultat "needs to be directly and specifically connected to exports" et notant que "the *Merrill & Ring* Tribunal erroneously considered the absence of intent to restrict or enhance exports as grounds for concluding that the cutting, sorting and scaling requirements did not constitute [a local sourcing requirement]").

<sup>30</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 14, art 31(3)(c).

<sup>31</sup> *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* (2006), OMC Doc WT/DS/291/R (Rapport du Groupe Spécial) au para 7.68 (le droit international pertinent applicable dans les relations entre les parties à un traité se limite, pour ce qui est du droit conventionnel, aux autres traités en vigueur entre toutes les parties au traité qui est interprété).

<sup>32</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 14, art 31(3)(a)–(b).

<sup>33</sup> *Joseph Charles Lemire c Ukraine*, Décision sur la compétence et la responsabilité, Aff CIRDI n° ARB/06/18 (*ALÉNA*, 14 janvier 2010); Genest, *supra* note 1 aux pp 70–72, 219.

de résultats.<sup>34</sup> Cette liste pourrait être considérée comme une liste définitive des prescriptions pouvant être prohibées lorsqu'un traité contient une obligation ouverte de prohiber les mesures ayant un effet similaire aux prescriptions de résultats.

Cinquièmement, les prohibitions de prescriptions de résultats devraient bien évidemment être interprétées de manière à leur donner un effet utile, plutôt qu'à restreindre indûment leur effet.

Sixièmement, la meilleure façon d'obtenir une interprétation et une application effective mais équilibrée des prohibitions de prescriptions de résultats est en les définissant de manière détaillée et en incluant les exceptions, exclusions et "réserves" appropriées afin de préserver les intérêts légitimes des états. Ces intérêts peuvent inclure le maintien de prescriptions de résultats existantes au moment de la conclusion d'un traité.<sup>35</sup> Cependant, même avec des annexes détaillées et des principes d'interprétation spécifiques aux "réserves" concernant les mesures non-conformes maintenues en vertu de l'accord des parties au traité, comme ceux prévus à l'Annexe I de l'ALÉNA, l'affaire *Mobil et Murphy c Canada* démontre que l'interprétation et l'application de telles "réserves" ne sont pas exemptes d'incertitudes.<sup>36</sup>

Finalement, Alexandre Genest souligne avec raison les questions difficiles pouvant être soulevées par le lien entre les clauses de TNPF et les prohibitions de prescriptions de résultats. Cependant, il ne prend pas réellement position sur l'étendue de l'application des clauses de TNPF dans ce contexte. On peut souligner que plusieurs états ont, par le passé, dans leur pratique conventionnelle, inclus des dispositions explicatives ou exclusions indiquant leur opinion sur l'étendue que devraient avoir, de manière générale ou spécifique, les clauses de TNPF.<sup>37</sup> Aucune note explicative ne

<sup>34</sup> Genest, *supra* note 1 à la p 89 ("[b]y combining the American/EC/Indian/OECD list and the UNCTAD list, one arrives at 14 categories of measures consistently construed as performance requirements by States, IGOs and/or scholars which have acquired settled meanings: (1) LCRs/LSRs [local content requirements / local sourcing requirements]; (2) EPRs [export performance requirements]; (3) Trade-balancing requirements; (4) Export controls or restrictions; (5) Local employment and employee training requirements; (6) LERs and JVRs [local equity requirements and joint venture requirements]; (7) Technology transfer, licensing and local R&D [research and development] requirements; (8) Foreign exchange restrictions and/or earning requirements; (9) Remittance restrictions; (10) Investment localisation requirements; (11) Manufacturing requirements; (12) Manufacturing limitations; (13) Domestic sales requirements; and (14) Product mandating requirements").

<sup>35</sup> Voir par ex ALÉNA, *supra* note 12, art 1108(1).

<sup>36</sup> *Mobil et Murphy c Canada*, *supra* note 16.

<sup>37</sup> Voir par ex AÉCCG, *supra* note 21, art 8.7(2)-(4) (excluant notamment l'application de la clause TNPF au mécanisme de résolution des différends investisseur-état). Pour une limitation dans le temps de l'effet de la clause TNPF aux seuls traités conclus

semble avoir explicitement visé les prohibitions de prescriptions de résultats. Cependant, dans l'*AÉCCG*, il peut être noté que les prohibitions de prescriptions de résultats sont exclues du mécanisme de résolution des différends investisseur-état, ce qui peut refléter une politique selon laquelle les différends sur ces dispositions devraient être soulevés seulement entre états, plutôt que par les investisseurs. Cette position permet évidemment un contrôle plus serré des contestations de ces mesures. À l'opposé, le *PTPGP* soumet au mécanisme de résolution des différends investisseur-état les prohibitions sur les prescriptions de résultats. Le Canada étant partie à ces deux traités, on peut conclure que la position canadienne sur le sujet reflète un réalisme pragmatique. Le Canada s'étant assujéti à des obligations détaillées et étendues sur les prescriptions de résultats dans ses traités d'investissement depuis l'*ALÉNA* en 1994, incluant dans ses TBIs et accords de libre-échange par la suite, le Canada s'adapte à ses partenaires de négociation tout en continuant d'inclure, dans la mesure du possible, les obligations les plus étendues possibles. Ces obligations créent des conditions de marché compétitives pour les investisseurs étrangers au Canada et pour les investisseurs canadiens à l'étranger.

En guise de conclusion, nous ne pouvons que remercier Alexandre Genest pour sa contribution à la littérature sur le droit des investissements, tout en espérant que les acteurs du domaine en prendront bonne note.

PIERRE-OLIVIER SAVOIE\*

*Avocat aux barreaux de l'Ontario, de New York et de Paris*

subséquentement, voir par ex Annexe IV (exceptions à la clause de la nation la plus favorisée) de l'*ALÉNA*, *supra* note 12 (prévoyant que le Canada prend une exception à l'article 1103 (TNPF) pour le traitement accordé sous ses traités en vigueur ou signés avant la date d'entrée en vigueur du présent accord).

\* L'auteur de la recension était conseil du Canada dans l'affaire *Mobil et Murphy c Canada*, *supra* note 16. L'auteur a également été conseil pour le gouvernement du Canada dans la négociation de plusieurs accords de promotion et protection des investissements contenant des prohibitions de prescriptions de résultats, notamment avec le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Côte d'Ivoire, la Guinée, le Mali, le Nigéria et le Sénégal.