

Contenu local et traités d'investissement au Sénégal. Cohabitation harmonieuse ou incompatibilité d'humeurs ?

Assane SECK

Magistrat, Conseiller technique
Chargé de Cours en Droit international de l'Investissement
à la Faculté des Sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar
Courriel : assane.seck@justice.gouv.sn

Introduction

Le sujet du contenu local¹ occupe une place de choix parmi les débats qui ont fleuri dans l'espace public sénégalais, à la faveur des découvertes de pétrole et de gaz de ces dernières années. Cela s'explique sans doute par le fait que le contenu local porte une promesse ardemment attendue par tous : celle de la création d'une chaîne de valeur générant de nombreuses activités et emplois et se projetant au-delà du secteur des hydrocarbures. Il faut toutefois constater qu'en même temps qu'il a « trouvé ses marques », le débat sur le contenu local s'est approfondi et complexifié au point de donner lieu à des ramifications inattendues. En témoigne, l'une de ses dernières déclinaisons qui est que l'applicabilité de la réglementation sénégalaise sur le contenu local pourrait être remise en cause par l'existence de traités d'investissement signés par le Sénégal avec des Etats étrangers².

Au vrai, la question de la compatibilité de la loi sénégalaise sur le contenu local et de ses futurs décrets d'application avec les engagements internationaux de notre pays se pose principalement³ parce que certains traités d'investissements signés entre deux ou plusieurs Etats pour promouvoir, protéger et garantir l'investissement sur leurs territoires respectifs, contiennent parfois des clauses qui empêchent les Etats-parties de soumettre les investisseurs des autres Etats-parties, à des obligations de contenu local. Ces dernières étant considérées, dans une optique libérale, comme des freins à la circulation de l'investissement et au développement du commerce international.

¹ La loi du 2019-04 du 24 janvier 2019 relative au contenu local dans le secteur des hydrocarbures définit le contenu local comme « l'ensemble des initiatives prises en vue de promouvoir l'utilisation des biens et des services nationaux ainsi que le développement de la participation de la main-d'œuvre, de la technologie et du capital nationaux dans toute la chaîne de valeur de l'industrie pétrolière et gazière. »

²V. à titre d'exemple : <https://www.pmeafricaines.com/2019/07/loi-sur-le-contenu-local-au-senegal-les-pme-senegalaises-entre-craintes-et-espoirs/>

³ Au-delà des traités d'investissement cette question de compatibilité se pose aussi à l'égard des règles de l'OMC et notamment l'accord sur les Mesures concernant les Investissements et liées au Commerce qui obligent une entreprise à acheter ou utiliser des produits d'origine nationale ou provenant de toute source nationale. Mais le risque que fait peser le droit de l'OMC sur les politiques de contenu local est mitigé par le caractère étatique du contentieux qui peut en découler. La question peut également être envisagée sous l'angle du droit communautaire qui repose sur le principe de la liberté d'établissement mais comme évoqué à la page 6, il se trouve que le droit communautaire africain encourage les Etats à mettre en œuvre des politiques de contenu local.

Mais pour une bonne compréhension du débat juridique ainsi esquissé, il faut que soient dissipés de fausses évidences et malentendus : si les traités d'investissement empêchent les Etats qui les ont signés d'imposer le respect des mesures de contenu local aux entreprises des autres Etats signataires, ce n'est point par le fait des clauses sur la non-discrimination qu'ils contiennent classiquement, à savoir la clause sur le traitement national⁴, la clause de la Nation la plus favorisée⁵ et les diverses autres clauses prohibant directement ou indirectement la discrimination⁶ à l'endroit des investisseurs étrangers.

Il existe, en effet, en matière d'accueil de l'investissement international une règle de base universelle, corollaire de la souveraineté étatique, qui est que chaque Etat demeure libre de déterminer les conditions par lesquelles il accueille les investisseurs étrangers⁷ sur son territoire. Il peut en effet assujettir leur entrée sur son territoire à des obligations diverses liées à ses objectifs de politique économique⁸ et c'est seulement lorsque l'investisseur étranger aura rempli lesdites obligations qu'il pourrait prétendre à une égalité de traitement avec les investisseurs nationaux. C'est pour cette raison, d'ailleurs, que les contraintes particulières que les Etats imposent aux investisseurs dans un secteur d'activité déterminé sont souvent prévues dans des lois nationales et ne sont pas couvertes par les traités d'investissement dont le champ d'application ne porte pas en principe⁹ sur les conditions d'admission de l'investissement mais sur ses conditions de traitement une fois l'admission réalisée. Les questions liées donc à la constitution du capital et la forme juridique que doit prendre l'entreprise, à l'obligation pesant sur celle-ci d'employer ou non de la main d'œuvre locale et à assurer du transfert de technologie, lorsqu'elles sont définies comme des conditions d'admission de l'investissement étranger¹⁰, ne sont pas couvertes par les traités d'investissement dans leur formulation classique¹¹. L'obligation d'assurer à l'investisseur étranger

⁴ La clause sur le traitement national oblige un Etat à traiter sur un pied d'égalité les investisseurs nationaux et les investisseurs étrangers opérant sur son territoire. A condition toutefois que ceux-ci soient dans des "situations similaires" et que l'investisseur étranger ait respecté les conditions qui sont les préalables à son installation dans l'Etat d'accueil.

⁵ La clause de la Nation la plus favorisée oblige l'Etat qui accueille un investisseur à lui accorder tous les avantages accordés aux autres investisseurs étrangers présents sur son territoire. Il existe toujours cependant des divergences jurisprudentielles et doctrinales sur le type d'avantages concernés par l'extension.

⁶ En dehors de la clause sur le traitement national et celle sur la Nation la plus favorisée, beaucoup d'autres clauses contenues dans les traités d'investissement impliquent l'idée d'une absence de discrimination.

⁷ Sur la question de la liberté d'admission Cf. JUILLARD (P), « l'évolution des sources du Droit international de l'Investissement », *recueil des cours de la Cour permanente d'Arbitrage*, 1994, p. 348 ; LAVIEC (J-P), « protection et Promotion des Investissements », *Graduate Institute Publications*, 1985, chap II, pp. 53-77.

⁸ Ce sont ces objectifs économiques qui constituent les mesures de contenu local : création d'une entreprise nationale, préférence pour les nationaux en matière d'emploi, achat auprès d'entreprises nationales...

⁹ Il arrive que dans certains traités la protection de l'investissement étranger commence par la phase d'établissement de l'investissement et que donc la possibilité d'avoir une législation sur le contenu local soit interdite par les clauses contenant des obligations de non-discrimination (traitement national, traitement Nation la plus favorisée...). Cependant, le seul traité du genre signé par le Sénégal est le tout récent TBI signé par le Canada et entré en vigueur le 05-08-2016.

¹⁰ Encore faudrait-il qu'il s'agisse de conditions d'entrée et non de conditions imposées à l'investisseur en cours d'exploitation.

¹¹ Le seul traité signé par le Sénégal qui déroge à cette formulation classique est celui signé avec le Canada qui contient des clauses faisant remonter la protection du traité à la phase d'admission et qui donc ne s'accommode pas de mesures de contenu local.

un traitement exempt d'inégalité ne s'imposant que lorsque ce dernier aura satisfait aux conditions d'entrée.

C'est justement parce que dans leur schéma habituel les traités d'investissement laissent de la marge aux Etats pour appliquer des règles d'admission pouvant affecter la compétitivité des entreprises étrangères que certains Etats, promoteurs d'un libre échange sans entraves, ont pris l'habitude d'insérer dans leurs traités d'investissement des clauses spéciales prohibant les politiques de contenu local. Ces clauses sont plus connues sous la dénomination de clauses prohibant les « prescriptions de résultats »¹², mais la pratique leur donne aussi d'autres appellations comme celle de « clauses sur les contraintes d'exploitation » ou « clauses de libre-exploitation »¹³. Apporter des éléments de réponse à la problématique de la compatibilité du cadre juridique sénégalais sur le contenu local avec les règles sur l'investissement international suppose dès lors de savoir comment ces clauses sont utilisées pour interdire l'application des mesures de contenu local (1), ce qui nécessite que l'on évoque leur genèse et qu'on fasse le point sur les sources normatives qui les contiennent. Une fois cela fait il conviendra de voir quelles sont les conséquences de la présence éventuelle de ces clauses sur la situation des entreprises auxquelles la loi sur le contenu local devrait s'appliquer au Sénégal (2).

I. L'interdiction des mesures de contenu local par les clauses prohibant les prescriptions de résultats (CPPR) contenues dans les traités d'investissement

Les clauses prohibant les prescriptions de résultats (CPPR) ciblent diverses mesures¹⁴ qui recouvrent et même vont au-delà des obligations de contenu local qui peuvent être imposées aux Etats dans le domaine du pétrole et du gaz¹⁵. Mais avant de s'interroger spécifiquement sur l'existence et la portée de telles clauses dans les traités d'investissement signés par le Sénégal (A) et par d'autres Etats (B) il est nécessaire de rappeler brièvement le contexte de leur naissance afin de mieux en appréhender la signification (C).

A. Genèse des clauses prohibant les prescriptions de résultats

La présence de plus en plus importante des clauses sur les prescriptions de résultats dans les traités d'investissement ne peut se comprendre qu'en rapport avec le litige commercial ayant opposé le Canada aux Etats-Unis au sujet de l'adoption par le Canada en 1973, d'une loi sur l'investissement

¹² Traduction littérale de l'anglais « prescription requirement », qui évoque les mesures de contenu local ainsi qu'un certain nombre de contraintes imposées à l'investisseur. V notes 14 et 15.

¹³ Certains auteurs francophones du droit international de l'investissement préfèrent l'expression « clauses de libre-exploitation » (Yves Nouvel, Frank Latty), d'autres celles de « contraintes d'exploitation » (Patrick Juillard). Nous nous en tiendrons dans cet article à celle de « clauses sur les prescriptions de résultats » dont l'usage tend à s'imposer.

¹⁴ Pour une vue large des différentes formes que peuvent prendre les PR Cf. GENEST (A) « Performance Requirements Prohibitions in International Investment Law », Thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Canada et Université de Leiden, Netherlands, 2017, p. 79-96 ; NIKIEMA (SH) « Les prescriptions de résultats dans les traités d'investissements », Série bonnes pratiques de l'IISD - December 2014, p.2-3.

¹⁵ Les prescriptions de résultats sont définies comme des mesures prises par les Etats pour orienter voire contraindre les investisseurs à aligner leurs choix avec les objectifs de politique économique, dans cette optique elles couvrent intégralement les mesures de contenu local mais peuvent aller au-delà de celles-ci. Cf. « foreign direct investment and performance requirements: new evidence from selected countries », UNCTAD, 2003, p. 2.

dont l'objectif annoncé était d'assurer à ce pays d'Amérique du Nord un meilleur contrôle de son environnement économique lui permettant de préserver ses intérêts essentiels¹⁶. La loi de 1973 posait, à cet effet, le principe de n'autoriser la création ou la prise de contrôle d'une entreprise au Canada par des étrangers que si l'opération était bénéfique au pays. Les critères d'appréciation de l'autorisation d'investir étaient liés, entre autres, à la quantité de biens et services canadiens utilisés par l'entreprise étrangère, au niveau de ressources humaines canadiennes que l'entreprise projetait d'utiliser, ou à l'insertion de l'activité de l'entreprise dans les chaînes de valeur définies comme priorités du pays. De manière générale, la loi poussait les investisseurs étrangers à prendre des engagements d'approvisionnement de fabrication en biens locaux et d'exportation d'une partie de leurs produits et services. Pour couronner le tout, un système de suivi accompagnait sa mise en place.

Après des négociations bilatérales infructueuses avec leur voisin, les Etats-Unis qui estimaient que cette loi n'était pas compatible avec les règles du commerce international saisissaient en 1982 le GATT, ancêtre de l'actuel OMC, sur le fondement principalement de ce que l'application de la loi canadienne sur l'investissement entraînait de facto une violation de la règle du traitement national en matière de commerce. La réponse du panel d'experts indépendants du GATT ne fut pas pleinement satisfaisante pour les Etats-Unis puisque celui-ci ne jugea incompatibles avec les règles du GATT qu'une partie de la loi¹⁷. Plus encore, le raisonnement conduit par le panel laissait apparaître que la loi incriminée n'était pas incompatible avec les traités internationaux et notamment ceux relatifs à l'investissement.

Convaincu que pour s'opposer aux types de politiques portés par la loi canadienne de 1973, il était impossible de compter sur les habituelles clauses de non-discrimination, contenues dans les traités sur l'investissement, les Etats-Unis ont, à partir de cet événement, systématiquement inséré dans leurs TBI, jusqu'à la rendre routinière, la clause sur les prescriptions de résultats dont l'objet est d'interdire à un Etat de soumettre, au nom de sa politique économique, des contraintes et prescriptions aux entreprises étrangères opérant sur son territoire.

B. Les clauses sur les prescriptions de résultats dans le monde

Dans le sillage des Etats-Unis¹⁸, le Canada, la France, le Chili, et d'autres pays de manière plus ponctuelle, ont commencé à introduire, dans leurs traités d'investissement la CPPR qui peut prendre plusieurs formes. Si celles américaine et canadienne, par exemple, font habituellement

¹⁶ L'article 2 de la loi disait clairement "que la mesure dans laquelle le contrôle de l'industrie et du commerce canadiens est passé aux mains de personnes autres que les Canadiens et l'effet de ce contrôle sur la capacité, pour les Canadiens, de conserver le contrôle effectif de leur milieu économique sont des sujets de préoccupation nationale".

¹⁷ Le rapport qui ne considère comme incompatible avec le GATT que les obligations d'approvisionnements locaux est consultable sur le site suivant : Le rapport peut être consulté via le lien suivant : https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/82fira.pdf.

¹⁸ Un recensement fait dans une thèse de doctorat publiée en 2017 estimait à partir de la base de donnée de la CNUDCI qu'à la date du 1^{er} mai 2016 les pays qui ont signé le plus de CPR sont : la France : 64 ; les Etats-Unis : 60 ; le Canada : 40 ; le Chili : 19 ; l'Australie : 9 cf. ALEXANDRE GENEST, *Performance Requirements Prohibitions in International Investment Law*, Thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Canada et Université de Leiden, Netherlands, 2017, p. 10.

l'objet d'un titre explicite et d'un contenu non ambigu, celle française elle, est enchâssée dans une autre clause, dite du « traitement juste et équitable », ce qui ne la rend pas facilement décelable par des négociateurs de traités d'investissement non avertis¹⁹. On relèvera aussi que si les traités d'investissement dans lesquels on trouve l'interdiction des prescriptions de résultats sont nettement minoritaires dans le monde, ils sont par contre en régulière augmentation²⁰. Dans le même temps également, une tendance opposée, elle aussi en expansion, se fait jour, particulièrement en Afrique, il s'agit des traités qui encouragent les Etats à mettre en œuvre des politiques de prescription de résultats, autrement dit de contenu local, pour favoriser leur industrialisation et maximiser les profits tirés de l'exploitation de leurs ressources naturelles²¹.

Les attitudes radicales, d'un Etat à l'autre ou d'une communauté économique régionale à l'autre, à l'égard de la CPR révèlent, les conceptions et les stratégies qui se nouent dans le monde en matière d'accueil de l'investissement.

En ce qui concerne spécifiquement le Sénégal on notera que plusieurs textes adoptés au plan continental ou régional, tantôt l'encouragent, tantôt l'autorisent et parfois presque l'obligent à édicter des règles de contenu local pour tirer profit de l'exploitation de ses ressources naturelles. On peut citer parmi ces textes, le Code panafricain d'investissements (art. 17)²², le code minier de la CEDEAO (art. 11) et le protocole additionnel de la CEDEAO sur l'investissement²³ (art 9 et 24). Il importe de remarquer que le dernier texte cité témoigne d'une détermination particulière de la communauté ouest africaine à changer les règles internationales sur l'investissement en ce qu'il oblige les Etats membres de la CEDEAO à aligner leurs traités bilatéraux d'investissement avec son contenu, et donc appliqué à la lettre, à renégocier obligatoirement tous les TBI prohibant les mesures de contenu local.

Cependant, les normes continentales et communautaires favorables au contenu local en Afrique, resteront de l'ordre du langage tant que les Etats qu'elles obligent n'adapteront pas conséquemment le contenu de leurs TBI ; les entreprises que ces TBI protègent pouvant toujours les invoquer lorsque la défense de leurs intérêts les y pousse. Partant, on considérera que malgré les préconisations et habilitations de la CEDEAO ou de l'UA à appliquer des politiques de contenu local, les éventuelles clauses sur les prescriptions de résultats contenues dans les TBI doivent être

¹⁹ La clause française est ainsi libellée « *En particulier, bien que non exclusivement, sont considérées comme des entraves de droit ou de fait au traitement juste et équitable, toute restriction à l'achat et au transport de matières premières et de matières auxiliaires, d'énergie et de combustibles, ainsi que de moyens de production et d'exploitation de tout genre, toute entrave à la vente et au transport des produits à l'intérieur du pays et à l'étranger, ainsi que toutes autres mesures ayant un effet analogue.* ».

²⁰ L'accord de libre-échange nord-américain devenu AEUMC en 2018, l'accord de libre-échange UE-Canada (CETA) signé en 2016 et d'autres accords signés dans le cadre bilatéral ou communautaire au cours de la dernière décennie contiennent tous des CPR.

²¹ Pour une vue exhaustive des tendances en Afrique en matière de traités d'investissement : Makane Moïse Mbengue and Stephan Schill, « special issue Africa and the reform of the international investment regime », the journal of world investment and trade, vol 18 n°3.

²² Adopté par un Comité d'experts sous l'égide de l'Union africaine.

²³ Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO.

considérées comme susceptibles d’engager la responsabilité internationale des Etats qui les ont signés.

C. Les clauses prohibant les prescriptions de résultats dans les traités bilatéraux d’investissement signés par le Sénégal

Pour répondre à la question de savoir si le Sénégal est signataire ou non de traités d’investissement contenant des clauses sur les prescriptions de résultat, véritables clauses anti-contenu local, il convient de se rapporter à la source de référence en la matière qu’est la base de données de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) sur les traités d’investissement²⁴. En parcourant le répertoire de la CNUCED²⁵ on constate, sans surprise, que sur les 18 TBI en vigueur auxquels le Sénégal est partie, seul ceux signés avec les Etats-Unis et le Canada²⁶ contiennent des clauses interdisant ouvertement les prescriptions de résultats. Toutefois à ces deux TBI il faut ajouter celui signé avec la France²⁷ dont l’article 2 contient une clause classique dite du traitement juste et équitable, mais qui est formulée de manière à cibler, au passage, certaines²⁸ prescriptions de résultats qui seraient imposées par l’un des Etats à l’encontre des investisseurs de l’autre²⁹.

II. La conséquence de l’existence de clauses sur les prescriptions de résultats (CPPR) dans les contrats pétroliers et gaziers sénégalais

L’enchaînement logique qui pourrait suivre le constat de la présence de CPPR dans les TBI signés par le Sénégal avec les Etats-Unis, le Canada et la France serait de considérer que les entreprises de ces pays (ou de façon large les investisseurs protégés par ces TBI) pourraient refuser l’application de la réglementation sénégalaise sur le contenu local en se fondant sur lesdits TBI dont les clauses interdisent qu’on leur impose de telles mesures.

²⁴ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/186/senegal>, consultée le 24 février 2020.

²⁵ Au-delà du répertoire du CNUCED, on peut avoir une vue exhaustive des TBI signés par le Sénégal en consultant le document suivant : Kane, Mouhamadou Madana, Traités bilatéraux d’investissement du Sénégal, ACILP Country Bilateral Investment Treaty Assessment Reports, Issue No. 1, March 2016.

²⁶ Ce traité a été signé le 27 novembre 2014, au cours d’une période durant laquelle le Canada a signé 08 autres TBI avec des Etats africains. Pour une analyse critique de l’ensemble de ces traités CF. VANDUZZER (A), « *Canadian Investment treaties with african countries: what do they tell us about investment treaties in Africa?* », Journal of World Investment and Trade 18, 2017, pp. 556-584.

²⁷ Traité sur « la promotion et la protection réciproques des investissements » signé à Dakar le 26 juillet 2007 entre la France et le Sénégal.

²⁸ Il faut préciser que l’article 2 du traité d’investissement France-Sénégal, ne semble pas, contrairement au TBI signé avec les EU, viser toutes les prescriptions de résultats que l’on retrouve dans la loi sénégalaise sur le contenu local dans le secteur des hydrocarbures, il ne se focalise apparemment que sur les obligations liées à l’octroi de marchés à des fournisseurs locaux et aux obligations de vente et d’exportation. Les aspects liés à la main d’œuvre locale, au transfert de technologie ne semblent pas prohibés.

On pourrait même pousser le raisonnement plus loin en considérant que des entreprises d'autres pays pourraient en faire de même en invoquant, dans certaines circonstances, le traitement de la Nation la plus favorisée³⁰.

Ce serait ignorer cependant que la question fait intervenir plusieurs autres considérations que sont l'existence de clauses sur le contenu local déjà insérées dans les contrats pétroliers et gaziers, la complexité technique à faire valoir en arbitrage les clauses sur les prescriptions de résultats ainsi que le fait que la mise en œuvre du contenu local dans le secteur des hydrocarbures fait intervenir plusieurs catégories d'entreprises dont les situations respectives peuvent jouer sur l'applicabilité des mesures de contenu local.

C'est justement pour tenir compte des différences de situation entre les entreprises concernées, qu'il est nécessaire, pour apporter des réponses appropriées aux interrogations qui sont posées, distinguer la situation des entreprises titulaires de permis pétroliers ou gaziers (A) de celle de leurs nombreux contractants, sous-traitants et fournisseurs (B). On en profitera pour faire ensuite un état des lieux du contentieux international qui a pu jusque-là opposer des entreprises du secteur du pétrole et du gaz aux Etats en matière de contenu local (C).

A. La conséquence de l'existence de CPPR sur la situation des entreprises titulaires de permis d'hydrocarbures

Il faut d'abord rappeler que l'objet des clauses sur les prescriptions de résultats est d'empêcher un Etat d'imposer à une entreprise³¹ voulant exercer une activité économique sur son territoire, l'application de mesures de contenu local affectant sa compétitivité. Il s'ensuit en toute logique que lorsque cette entreprise s'engage volontairement à mettre en œuvre lesdites mesures dans un contrat, elle ne se trouve pas dans la même situation que celle à laquelle le traité d'investissement fait référence. Le contrat est en effet le produit d'un acte de volonté qui engage son signataire lequel ne saurait se dérober à ses engagements en invoquant un traité dont l'objet n'est pas d'interdire qu'il s'engage de son plein gré à appliquer des mesures de contenu local mais qu'il y soit engagé sans y avoir consenti. D'ailleurs, la question de l'articulation entre des clauses contractuelles prévoyant des mesures de contenu local et des clauses interdisant les prescriptions de résultats se trouvant dans un TBI a déjà été analysée par la doctrine du droit international des investissements. De manière convergente les auteurs, en particulier francophone, qui ont écrit sur

³⁰ L'état de la jurisprudence des tribunaux arbitraux ne permet pas d'avoir des certitudes sur les possibilités d'extension de la CPR par le biais du traitement de la Nation la plus favorisée. En effet, s'il semble se dégager progressivement un consensus autour de l'idée que le traitement de la Nation la plus favorisée ne permet que d'invoquer les dispositions substantielles du traité plus favorables, il subsiste toujours des contradictions sur le fait de savoir s'il est possible d'« importer » toutes les dispositions substantielles d'un traité plus favorable. Certains tribunaux estimant, en vertu du principe *ejusdem generis*, qu'il n'est possible d'importer que des dispositions substantielles de même nature que celles se trouvant sur le traité de base. Etant donné la spécificité des CPR, cela laisse entrevoir difficultés relativement à cette extension. V. sur la question : ALEXANDRE GENEST « Performance Requirements Prohibitions in International Investment Law », Thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Canada et Université de Leiden, Netherlands, 2017.

³¹ Il peut toutefois s'agir d'une personne physique lorsque l'investisseur en est un.

le sujet³², considèrent que les clauses contractuelles de contenu local librement souscrites engagent l'investisseur qui ne peut s'en dédouaner en invoquant les clauses sur les prescriptions de résultats dont le but est de protéger l'investisseur qui n'a pas consenti à l'application de mesures de contenu local. A cet égard, on ne peut qu'être d'accord avec un éminent auteur du droit international des investissements qui résume une solution jusque-là non contestée, en des termes sans équivoque : « Une obligation pesant sur un investisseur en vertu d'un contrat ne peut en ce sens être assimilée à une obligation imposée par la législation locale. L'investisseur dispose d'une marge de manœuvre et peut même la refuser dans le cadre des négociations contractuelles alors qu'aucune liberté ne lui est reconnue au sujet de la seconde. A partir du moment où c'est dans un contrat que figure une telle exigence, elle ne peut donc être assimilée à une obligation imposée »³³.

Ce point de droit qui ne fait pas vraiment l'objet de divergences doctrinales atteste à souhait que les entreprises dont le contrat contient des engagements de contenu local ne sauraient s'en délier en évoquant des traités d'investissement contenant des clauses sur les prescriptions de résultats.

Mais l'analyse selon laquelle la CPPR n'a pas d'effet exonératoire sur les entreprises ayant librement accepté le principe du contenu local dans un contrat, amène naturellement à s'interroger sur la place qui est faite aux activités de contenu local prévues dans une loi mais non couvertes par les contrats pétroliers et gaziers. C'est, en d'autres termes, se poser la question de savoir si le dispositif réglementaire en vigueur sur le contenu local au Sénégal constitue un simple mécanisme de réitération et de mise en œuvre d'engagements déjà souscrits dans les contrats pétroliers ou s'il contient de nouvelles règles dont l'envergure dépasse celles des contrats pétroliers et gaziers. Une telle interrogation ne peut trouver réponse que dans l'examen des contrats pétroliers et gaziers pertinents, c'est-à-dire les Contrats de Recherche et de Partage de Production (CRPP) relatifs aux sites de Rufisque Offshore, Sangomar Offshore et Sangomar Offshore Profond, d'une part, et de Saint-Louis Offshore Profond, d'autre part.

En parcourant ces deux contrats on constate qu'ils prévoient le principe de la préférence nationale en matière d'emploi pour les sénégalais remplissant les critères de qualification professionnelle requis (article 19 dans les deux CRPP). Ce principe est accompagné de l'obligation faite aux entreprises titulaires de permis d'hydrocarbure et à leurs sous-traitants de mettre en place un plan de formation du personnel local en vue de permettre un remplacement progressif du personnel expatrié par un personnel local (art. 19 dans les deux CRPP). Ces mêmes contrats stipulent également que la préférence doit être accordée aux entreprises sénégalaises pour les contrats de sous-traitance relatives aux opérations des compagnies pétrolières et de leurs sous-traitants (art 26.2 dans les deux CRPP).

³² FRANK LATTY, « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », in *Revue générale de droit international public*, 2015/1, numéro spécial : *Les techniques conventionnelles du droit international des investissements*, p.181 ; ARNAUD de NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2017, pp. 393-399.

³³ ARNAUD DE NANTEUIL, *op cit.*, p. 399.

Il découle clairement des lignes qui précèdent que les aspects du contenu local liés à la préférence à l'emploi et à la sous-traitance n'ont pas été unilatéralement imposés par l'Etat sénégalais aux entreprises titulaires de permis d'hydrocarbures et que le fait de prévoir un dispositif juridique permettant leur mise en œuvre ne contrevient pas aux clauses sur les prescriptions de résultats prévues dans certains traités signés par le Sénégal avec des Etats étrangers.

Par contre les obligations relatives à la recherche-développement et au transfert de technologie ne sont pas mentionnées de manière explicite dans les CRPP cités ci-dessus. Si on considère que l'obligation de créer une entreprise de droit sénégalais n'est pas une problématique centrale pour les entreprises titulaires de permis d'hydrocarbure qui ont l'habitude d'opérer selon cette modalité, on peut en conclure que les seuls éléments de la loi sur le contenu local réellement manquants dans les contrats pétroliers et gazières sont les obligations relatives à la recherche-développement et au transfert de technologie.

Peut-on alors penser que les entreprises titulaires de permis d'hydrocarbures pouvant se prévaloir des TBI signés par le Sénégal avec les Etats-Unis, le Canada ou la France pourraient se fonder sur lesdits traités pour refuser de mettre en œuvre les obligations de la loi sur le contenu local relatives à la recherche-développement et au transfert de technologie ? Une telle attitude demeure possible sur le principe, mais elle s'envisage dans un contexte qui ne la rend pas plausible. En effet, à supposer que l'opérateur qui pilote les activités pétrolières ou gazières au nom de la joint-venture, soit un investisseur américain, canadien ou français, il ne devrait logiquement adopter une telle position de refus qu'après avoir obtenu l'adhésion en ce sens des autres membres de la joint-venture. Ce premier préalable réalisé il faudrait que soit justifiée la nécessité pour les entreprises pétrolières et gazières de s'abstenir de mettre en œuvre l'une seule des composantes du contenu local (transfert technologie et appui à la recherche développement) alors que les autres qui pourraient être aussi lourdes (emploi local et approvisionnement local) le seraient déjà. Une attitude de refus pourrait être d'autant plus inappropriée que les obligations de transfert de technologie et d'appui aux activités de recherche peuvent être remplies d'une manière graduelle et non préjudiciable à l'entreprise à qui elles incombent.

B. La conséquence de l'existence de CPPR sur la situation des entreprises sous-traitantes et les fournisseurs

Dans la conduite des opérations pétrolières et gazières, les entreprises co-titulaires de permis d'hydrocarbure, agissant par le biais de leurs opérateurs, sont obligées de recourir à de nombreux sous-traitants et fournisseurs qui sont assujettis, en vertu de la loi sur le contenu local, aux mêmes obligations qu'elles.

En principe les contrats signés avec ces sous-traitants et fournisseurs seront formulés, dans la mesure du possible, de façon à faire peser sur eux le respect des exigences liées au contenu local. Cette réplique des exigences de contenu local sur les contrats liant l'opérateur à ses sous-traitants et fournisseurs aura pour conséquence de faire des mesures de contenu local, des obligations contractuelles dont le non-respect engagera la responsabilité des entreprises contractantes devant

l'opérateur³⁴. Partant de cette idée, on constatera que ces dernières ne disposeront quasiment pas de marge de manœuvre leur permettant de refuser de mettre en œuvre les mesures de contenu local si celles-ci sont correctement reflétées dans les contrats au titre desquels elles interviennent.

La transformation des exigences du contenu local en obligations contractuelles, instaurera de fait, une relation triangulaire (Etat- compagnies titulaires de permis - contractants de ces derniers) qui sera un important levier par lequel l'Etat pourra passer pour assurer le suivi de la mise en œuvre des mesures de contenu local. On peut présumer que dans ce cadre fait d'interactions entre les 3 acteurs précités, les résistances non justifiées des contractants de l'opérateur de même que les exigences anormalement élevées de la puissance publique trouveraient relativement aisément un terrain de règlement.

Cela dit, le lien contractuel existant entre l'opérateur et les entreprises travaillant pour le compte de ce dernier ne fait pas disparaître la relation desdites entreprises avec l'Etat sénégalais dont elles sont tenues d'appliquer la réglementation mais qu'elles peuvent aussi attirer en arbitrage pour l'imposition indirecte de mesures de contenu local. Même s'il faut encore rappeler qu'un tel recours arbitral ne pourrait pas permettre à ces entreprises de s'abstenir d'exécuter les engagements contractuels qui les lient non pas à l'Etat mais à l'opérateur.

Ce recours arbitral visant le remboursement des coûts économiques engendrés par la mise en œuvre des mesures de contenu local est rendu possible par le fait que dans les litiges d'investissement, les effets directs autant qu'indirects des décisions prises par les Etats peuvent justifier le déclenchement d'une procédure d'arbitrage.

L'initiateur de l'arbitrage ne pourrait, bien entendu, être qu'une entreprise contrôlée par des investisseurs américains, canadiens ou français. En outre, il faut que l'activité de cette entreprise corresponde à la définition objective de la notion d' « investissement » habituellement appliquée par les tribunaux arbitraux³⁵, ce qui suppose que l'entreprise intervienne au Sénégal non pas pour un contrat ponctuel mais pour une activité de longue durée.

Toutes ces conditions étant réunies, il faudrait encore que l'entreprise trouve plus intérêt à aller en contentieux, qu'à exécuter son contrat sans heurts. En effet, une entreprise bénéficiaire d'un contrat important, économiquement avantageux, devrait logiquement avoir plus intérêt à exécuter ledit contrat qu'à user d'un recours contentieux, si les conditions d'une bonne exécution sont réunies.

Le nombre de conditions, qui sont autant d'obstacles devant exister pour qu'un recours arbitral puisse être à la fois opportun et juridiquement fondé, permet de dire, en définitive, qu'une mise en œuvre raisonnable des mesures de contenu local peut constituer, concernant les entreprises avec

³⁴ En cas d'existence d'une chaîne de sous-traitants, les obligations de contenu local devraient être dupliquées autant de fois qu'il y aura de contrats.

³⁵ Sur la question de la définition de « l'investisseur protégé », CF. Atanasov (O), *Recherche sur la notion d'investisseur protégé par le droit international*, Thèse de Doctorat, Université Panthéon- Sorbonne - Paris I, 2017.

lesquelles l'opérateur contractualise, un facteur largement suffisant de mitigation du risque de contentieux.

C. Le contentieux sur le contenu local dans l'ordre juridique international

C'est sans doute l'absence de généralisation des CPPR dans les traités d'investissement et peut être, également, les difficultés juridiques qu'il peut y avoir à les faire valoir en arbitrage d'investissement qui explique que seulement moins d'une dizaine d'arbitrages connus³⁶ ont été initiés sur leur fondement. Il est important de faire ressortir que seul l'un de ces arbitrages a eu pour support un traité bilatéral d'investissement et s'est terminé d'ailleurs par une sentence favorable à l'Etat défendeur³⁷. Le reste des sentences a été rendu dans le cadre de l'Accord de Libre-échange nord-américain (ALENA) et a vu fréquemment les demandes des investisseurs contre les Etats repoussés, ce qui n'est pas majoritairement le cas pour les autres clauses des traités d'investissement.

Parmi la poignée d'arbitrages précitée, un seul trouve son origine dans le secteur du pétrole et du gaz, il s'agit de l'affaire *Mobil Investment et Murphy oil* contre Canada³⁸. Cette procédure contentieuse avait opposé deux entreprises pétrolières américaines à l'Etat du Canada, au sujet de dépenses obligatoires en recherche et développement édictées en 2004 par une agence canadienne. La réglementation de la province canadienne dans laquelle l'exploitation se déroulait, exigeait à cet effet, que les entreprises pétrolières affectent un certain pourcentage de leurs revenus à la recherche et au développement ainsi qu'à l'éducation et à la formation dans ladite province. Les entreprises pétrolières qui appliquaient jusque-là une réglementation canadienne leur imposant de faire bénéficier la province des retombées économiques et sociales de la production pétrolière, considéraient que la directive de 2004 transformait leurs obligations habituelles en prescriptions de résultats (en contenu local) parce qu'elle leur imposait indirectement de procéder à des achats et approvisionnements auprès des entreprises locales. Etant donné que le traité de l'ALENA interdisait aux Etats membres (Etats-Unis, Canada, Mexique) d'appliquer des mesures de contenu local aux entreprises de la zone ALENA³⁹, les deux entreprises américaines décidaient d'initier un arbitrage sur la base de la violation de ce traité. Le tribunal arbitral, partant du constat que l'effet des directives de 2004 était d'imposer un ensemble de prescriptions relatives à l'achat, l'utilisation ou d'octroi de préférence aux biens et services locaux, condamnait alors le Canada à indemniser

³⁶ Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Gouvernement du Canada, CIRDI Affaire No. ARB (AF)/07/4, décision du 20 février 2015 ; ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique, CIRDI Affaire No. ARB (AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003 ; Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gouvernement du Canada, CNUDCI, CIRDI, sentence du 32 mars 2010 ; Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada, CNUDCI, Sentence Intérimaire du 26 juin 2000 ; S.D. Myers Inc. c. Canada, CNUDCI, Sentence partielle du 13 novembre 2000 ; Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. États-Unis du Mexique, CIRDI Affaire No. ARB (AF)/04/5, sentence du 21 novembre 2007 ; Corn Products International, Inc. c. États-Unis d'Amérique, CIRDI, Affaire No. ARB (AF)/04/1, sentence du 15 janvier 2008 ; Cargill, Incorporated c. États-Unis du Mexique, CIRDI Affaire No. ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009 ;

³⁷ Joseph Charles Lemire c. Ukraine, CIRDI Affaire No. ARB(AF)/98/1, sentence du 18 sep. 2000.

³⁸ *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Gouvernement du Canada*, CIRDI Affaire No. ARB (AF)/07/4, décision du 22 mai 2012

³⁹ Il s'agit de l'article 1106 de ce traité.

les compagnies américaines pour un montant représentant la valeur des dépenses en recherche et développement faites sur la base des directives de 2004.

L'environnement juridique de l'affaire *Mobil Investment* et *Murphy oil* contre Canada est différent de celui dans lequel se trouve le Sénégal qui n'appartient pas, comme le Canada, à une zone de libre-échange au sein de laquelle les mesures de contenu local sont prohibées, bien au contraire. Mais cet arbitrage éclaire sur la manière dont une clause sur les prescriptions de résultat peut être utilisée pour mettre en échec une réglementation étatique visant à favoriser les nationaux d'un pays dans l'accès à l'emploi et aux contrats fournis par l'investisseur étranger. A cet égard, le premier enseignement majeur que l'on peut en tirer, c'est que les plans de retombées économiques et les règles sur la responsabilité sociétale d'entreprise même ambitieusement déclinés ne sauraient remplacer, en matière de politique de contenu local, des dispositions contractuelles et réglementaires sans équivoque. Le second enseignement est qu'en dehors des engagements bilatéraux reflétés par la signature de TBI, le cadre normatif de la communauté économique régionale ou de la zone de libre-échange auquel appartient le pays appliquant des mesures de contenu local est un facteur à prendre en compte.

On ne saurait cependant être exhaustif dans l'analyse du contentieux international relatif aux politiques de contenu local, sans évoquer les litiges pouvant résulter de l'application des règles de l'OMC qui interdisent également l'application de certaines prescriptions de résultats. On remarquera que le risque de contentieux dans ce cadre est moins caractérisé en raison de la dimension essentiellement interétatique du contentieux de l'OMC qui met aux prises deux Etats et non un Etat à un investisseur privé. C'est peut-être cette caractéristique qui explique, qu'à ce jour, aucune demande de règlement de différend relatif au contenu local dans le secteur du pétrole et du gaz n'ait été soumise à l'appréciation de l'Organe de Règlement des différends de l'OMC, malgré plusieurs décennies de mise en œuvre de politiques de contenu local dans les pays producteurs de pétrole et de gaz.

En résumé, on notera donc qu'en arbitrage d'investissement, une seule affaire du secteur du pétrole et du gaz a eu à être traitée relativement aux politiques de contenu local et avait pour cadre une zone de libre-échange au sein de laquelle ce genre de politique est prohibé et que devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC aucune affaire concernant le même secteur n'a encore été jugée, depuis plusieurs décennies de mise en œuvre de mesures de contenu local.

Conclusion

En guise de perspective, on ne saurait qu'exprimer le souhait de voir l'Etat sénégalais améliorer son modèle de Contrats de Recherche et de Partage de Production pour y insérer des clauses sur le contenu local plus affirmées et plus larges dans leur portée, puisqu'il a été rappelé que l'insertion de telles clauses sur lesdits contrats a pour effet de les mettre hors de portée des traités d'investissement et d'une bonne partie des autres engagements internationaux. On peut s'inspirer à cet égard de l'évolution positive qu'ont dernièrement connu les contrats pétroliers sénégalais en ce qui concerne les clauses de stabilisation dont le champ d'application a été rétréci à la matière

fiscale. En ce qui concerne les clauses sur le contenu local c'est de manière inverse qu'il est indiqué d'agir, en élargissant leur portée et en les formulant sans équivoque. Il pourrait d'ailleurs y être procédé par des renvois à la réglementation sénégalaise sur le contenu local.

Sur un autre plan, on peut estimer que l'Etat sénégalais devrait renforcer la cohérence et l'harmonie de ses engagements internationaux en matière d'investissement et de commerce puisque ce sont de tels engagements qui lui donnent la latitude nécessaire pour faire correspondre l'activité des investisseurs étrangers avec ses priorités économiques. Dans cette optique, il serait utile qu'une attention particulière soit portée aux traités d'investissement à signer à l'avenir, et précisément au protocole sur l'investissement de la zone de libre-échange africaine (ZLECAF) qui pourrait contenir des dispositions favorables au contenu local⁴⁰ pouvant obliger les Etat- membres à revoir les traités d'investissement signés de manière individuelle. Fort heureusement, le Sénégal a la chance de voir l'essentiel de ses traités bilatéraux d'investissement arriver au-delà de leur période de validité⁴¹ (notamment ceux signés avec les Etats-Unis et la France), ce qui lui donne l'opportunité de pouvoir y mettre fin à tout moment et de les renégocier au mieux de ses intérêts.

⁴⁰ Une hypothèse d'autant plus probable que l'Union africaine est une Institution « pro » contenu local : http://www.africaminingvision.org/amv_resources/AMV/Africa_Mining_Vision_french.pdf

⁴¹Kane, Mouhamadou Madana, Traités bilatéraux d'investissement du Sénégal, ACILP Country Bilateral Investment Treaty Assessment Reports, Issue No. 1, March 2016, p. 17.