

Sold and distributed in the United States and Canada by

Kluwer Law International
675 Massachusetts Avenue
Cambridge, MA 02139
USA

In all other countries, sold and distributed by

Kluwer Law International
P.O. Box 85889
2508 CN The Hague
The Netherlands

© ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE
HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW

Tous droits réservés

All rights reserved

ISBN 90-411-0419-4

*Composé par/Set by Texto, 59800 Lille (France)
Printed in the Netherlands by Alfa Base, Alphen aan den Rijn*

ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL
FONDÉE EN 1923 AVEC LE CONCOURS DE LA
DOTATION CARNEGIE POUR LA PAIX INTERNATIONALE

RECUEIL DES COURS

COLLECTED COURSES OF THE HAGUE
ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW

1994

VI

Tome 250 de la collection



1997

MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS
The Hague/Boston/London

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES

GENERAL TABLE OF CONTENTS

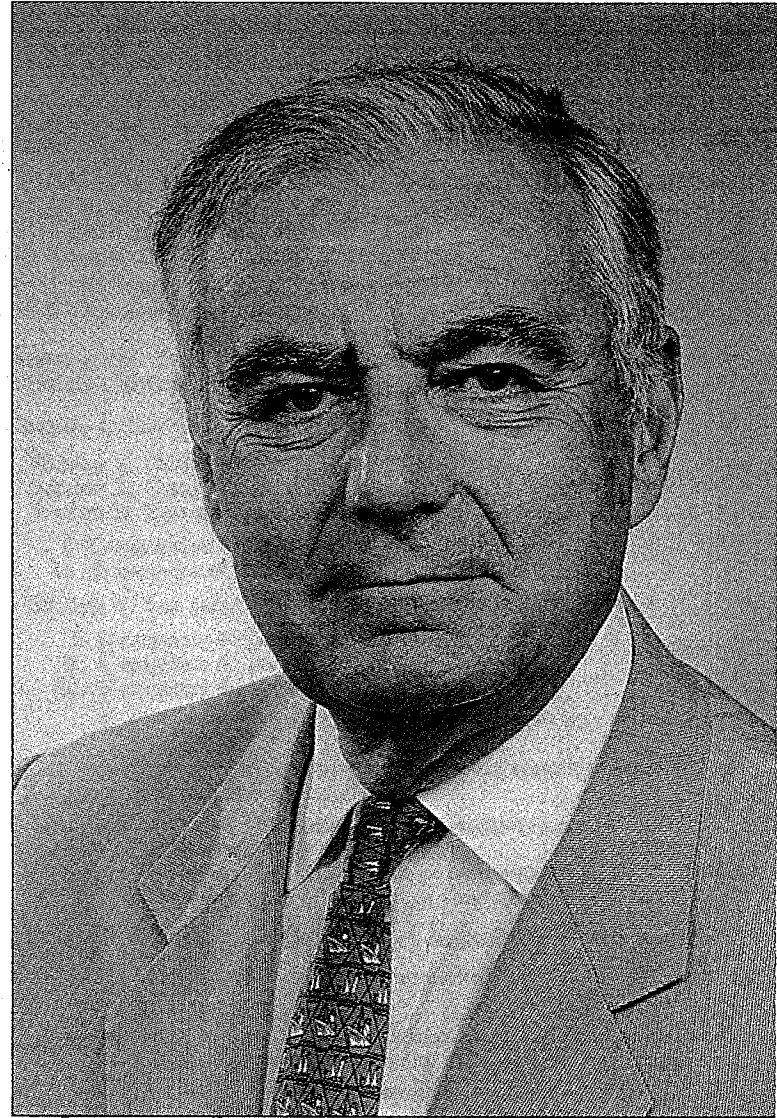
L'évolution des sources du droit des investissements, par P. JUILLARD,
professeur à l'Université de Paris I 9-216

From Bilateralism to Community Interest in International Law by
B. SIMMA, Professor at the Institute for Public International Law,
Munich 217-384

L'ÉVOLUTION DES SOURCES
DU DROIT DES INVESTISSEMENTS

par

PATRICK JUILLARD



P. JULLARD

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	21
I. Actualité de l'étude	21
II. Difficulté de l'étude	22
III. Densité du droit des investissements	26
IV. Complexité du droit des investissements	29
1. La conception traditionnelle	29
2. Vers une conception nouvelle ?	32
Première partie. Du droit interne au droit international (Problèmes de sécurité de l'investissement)	37
Chapitre I. Les sources internes du droit des investissements	39
Section 1. Définitions	39
Section 2. Combinaison des législations et réglementations nationales	41
Section 3. L'exigence de souveraineté	44
I. Constitution et liquidation des investissements	44
II. Traitement et protection des investissements	46
Section 4. Les exigences d'équité, de publicité et de stabilité	48
I. L'exigence d'équité	48
II. L'exigence de publicité	52
III. L'exigence de stabilité	54
1. Cas où le code d'investissement contient un engagement de stabilisation	55
2. Cas où le code d'investissement ne contient aucun engagement de stabilisation	58
A. Codes d'investissement et « rapport juridique de droit international »	59
B. Codes d'investissement et comportement des Etats: formation d'un rapport quasi conventionnel ?	69
Chapitre II. Les sources internationales du droit des investissements	75
Section 1. Les sources non conventionnelles	76
I. La coutume internationale	76
II. Le rôle joué par les organisations internationales dans l'évolution du droit des investissements	83
1. La fonction de législation	85
A. Les résolutions de l'Organisation des Nations Unies sur la souveraineté permanente	86
B. Les tentatives de régulation des activités des opérateurs économiques (de l'ONU à l'OCDE)	90
a) Le projet de code des Nations Unies	91
b) Les déclarations et les décisions de l'OCDE	92
2. Les fonctions autres que de législation	95
A. La fonction d'incitation	96
a) Les mécanismes d'incitation indirecte	96

b) Les mécanismes d'incitation directe	99
i) La Convention de Séoul du 11 octobre 1985	99
ii) Les Conventions de Lomé III et de Lomé IV	101
B. La fonction de coordination	103
Section 2. Les sources conventionnelles	106
I. Définition des conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements	107
II. Apparition et développement du phénomène conventionnel	111
III. La modélisation conventionnelle	118
1. Définition du modèle conventionnel	120
2. Apparition et développement des modèles conventionnels	123
A. Le domaine de la fiscalité internationale	123
B. Le domaine de l'investissement international	127
3. Modélisation et harmonisation	129
A. Conventions bilatérales et coutume internationale	130
B. Conventions bilatérales et principes généraux du droit international	131
Deuxième partie. Bilatéralisme et multilatéralisme (Des problèmes de sécurité aux problèmes de mobilité)	137
Introduction. L'exigence de mobilité	137
Chapitre I. Les contradictions de la pratique internationale	143
Section 1. Les résolutions des organisations internationales	145
I. Le côté des pays en développement: les résolutions de l'Organisation des Nations Unies relatives à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles	146
1. 1962: la résolution 1803 (XVII)	147
2. 1974: la résolution 3281 (XXIX)	149
II. Le côté des pays développés: les positions de l'OCDE	151
1. Le Code de la libération des mouvements de capitaux (1961)	153
2. Le projet de Convention sur la protection des biens étrangers (1967)	155
3. Les instruments relatifs au traitement national (1976)	157
Section 2. Les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements	159
I. La pratique européenne	159
II. La pratique américaine	162
Chapitre II. Les orientations de la négociation multilatérale	165
Section 1. Le choix de l'enceinte de négociation	167
I. L'expérience de la Banque mondiale	168
II. L'expérience de l'OCDE	171
III. Un rôle pour l'OMC?	174
Section 2. Le contenu de la négociation	177
I. Les éléments nouveaux: libération de l'admission	178
1. Les précédents conventionnels	179
A. L'accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique	179

B. L'accord portant création de la zone de libre-échange nord-américaine	182
2. Les précédents autres que conventionnels	185
3. Les perspectives de l'actuelle négociation	190
II. Les éléments nouveaux: élimination des contraintes d'exploitation	192
1. L'élimination des contraintes d'exploitation ayant une incidence directe sur le commerce international	193
A. L'origine: le différend entre les Etats-Unis d'Amérique et le Canada	195
B. La pratique conventionnelle	197
a) L'accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique	197
b) L'accord portant création de la zone de libre-échange nord-américaine (ALENA)	198
c) L'accord relatif aux mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC)	201
2. L'élimination des contraintes d'exploitation n'ayant pas d'incidence directe sur le commerce international	205
Conclusions générales	207
Eléments de bibliographie	213

NOTICE BIOGRAPHIQUE

Patrick Juillard, né en 1936.

Docteur en droit (Paris, 1966).

Master of comparative law (Columbia University, 1959).

Agrégé des facultés de droit (droit public et sciences politiques, 1968).

Assistant à la faculté de droit de Paris (1962-1966); chargé de cours à la faculté de droit de Poitiers (1966-1968); maître de conférences à la faculté de droit de Limoges (1969-1972); professeur aux facultés de droit de l'Université de Nanterre (Paris X) (1972-1976), de l'Université René-Descartes (Paris V) (1976-1983), puis de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) (depuis 1983).

Professeur invité à l'Université du Michigan (Ann Arbor, 1983). Directeur de l'Unité de formation et de recherche d'études internationales, européennes et comparatives (UFR 07) de l'Université Panthéon-Sorbonne (1986-1991).

Rédacteur en chef de la revue *Droit et pratique du commerce international* (depuis 1985).

Membre de l'American Society of International Law, de l'International Law Association, de la Société française pour le droit international.

Membre du conseil d'administration de l'International Development Law Institute (depuis 1991).

PRINCIPALES PUBLICATIONS

I. Droit international

A. Droit international général

a) Ouvrages

Cours de relations internationales (en collaboration avec le professeur J.-P. Quéneudec), photocopié par Les cours du droit, 1983, 1984, 1985, 1986.

b) Articles

«L'affaire Banco Nacional de Cuba c. Sabbatino», *Annuaire français de droit international (AFDI)*, 1965.

«Les enlèvements de diplomates», *AFDI*, 1971.

«Le rôle joué par la République démocratique et populaire d'Algérie dans le règlement du différend entre Etats-Unis d'Amérique et République Islamique d'Iran», *AFDI*, 1981.

«L'affaire de l'Electronica Sicula: procès sur un traité, ou procès d'un traité?», *AFDI*, 1989.

B. Droit international économique

a) Ouvrages

Droit international économique (en collaboration avec les professeurs Carreau et Flory), aux éditions de la Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ); 1^{re} éd., 1978; 2^e éd., 1980; 3^e éd., 1990.

b) Articles

«La nouvelle réglementation des mouvements de capitaux aux Etats-Unis» (en collaboration avec le professeur Carreau), *Revue de sciences financières*, 1968.

«La nullité d'un contrat de change conclu en violation de l'article VII (2) b des Statuts du Fonds monétaire international», *La semaine juridique*, 1971.

«Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France avec les pays n'appartenant pas à la zone franc», *Journal du droit international (Clunet)*, 1979.

«L'élaboration du droit international économique», dans *Les Nations Unies et le droit international économique*, Pedone, 1985.

Rapport introductif dans *L'application extra-territoriale de la loi économique* (ouvrage collectif), Domat Monchrestien, 1987.

«Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement», *Droit et pratique du commerce international (DPCI)*, 1987.

«La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le droit français des relations financières avec l'étranger», *DPCI*, 1992.

«La dette soviétique», dans *Continuation et succession d'Etats à l'Est*, Monchrestien, 1994.

«L'accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce», dans *L'OMC*, Pedone, 1995.

b) Chroniques

Chroniques de droit international économique, rubrique investissements internationaux (définition de l'investissement international; sources du droit; constitution et liquidation; traitement et protection; garantie interne et garantie

internationale ; mesures françaises et étrangères d'expropriation et de nationalisation), 1972 ; 1973 ; 1974 ; 1975 ; 1976 ; 1977 ; 1978 ; 1979 ; 1980 ; 1981 ; 1982 ; 1983 ; 1984 ; 1985 ; 1986 ; 1987 ; 1988 ; 1989 ; 1990 ; 1991 ; 1992 ; 1993 ; 1994 ; 1995.

C. Droit communautaire

- « Procédure des questions préjudicielles et renforcement du lien communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen (RTDE)*, 1968.
- « La libre circulation des capitaux entre Etats membres et avec les Etats non membres », *DPCI*, 1988.
- « La libre circulation des capitaux (articles 67 à 73 du Traité de Rome) », *Jurisclassieurs périodiques de droit européen*, fascicules 900 et 910.
- « La libre circulation des capitaux (articles 67 à 73 du Traité de Rome) », *Commentaire du trentième anniversaire*.
- « Lecture critique des articles 73 B, C et D du Traité de Maastricht », *Mélanges Hahn*, 1997.

2. Droit interne

A. Droit constitutionnel français

- « Les difficultés du changement en matière constitutionnelle : à propos de la révision de l'article 61 de la Constitution », *Revue de droit public et de la science politique (RDP)*, 1974.

B. Droit économique français

a) Articles

- « Les incertitudes de la nouvelle réglementation des transferts techniques internationaux », *La semaine juridique*, 1971.
- « Modifications récentes du droit français des relations financières avec l'étranger », *DPCI*, 1977 ; 1978 ; 1979.
- « Les suites judiciaires de l'affaire Paribas », *DPCI*, 1985.

b) Chroniques

- « Chroniques de droit des relations financières avec l'étranger », *DPCI*, 1986.
- « Où en est le droit des relations financières avec l'étranger ? » *Chronique*, Dalloz, 1994.

3. Droit comparé (droit des Etats-Unis)

a) Ouvrages

- La politique d'autolimitation de la Cour suprême des Etats-Unis. Une forme méconnue du gouvernement des juges: les juges qui ne jugent pas*, thèse en vue du doctorat d'Etat, Paris, 1966 (multigraphiée).
- Jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des Etats-Unis, 1963-1966* (en collaboration avec le professeur Pinto), Presses universitaires de France (PUF), 1966.
- Jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des Etats-Unis, 1966-1969* (en collaboration avec le professeur Pinto), non édité.

b) Articles

- « La continuité du pouvoir exécutif », *Mélanges en l'honneur de Georges Burdeau*, éditions de la Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), 1976.
- « L'affaire United States c. Nixon », *Pouvoirs*, 1977.
- « Vers un gouvernement congressionnel aux Etats-Unis », *Pouvoirs*, 1983.

- « Le mythe de la stabilité constitutionnelle aux Etats-Unis », *Pouvoirs*, 1983.
- « Mort du veto législatif aux Etats-Unis », *Pouvoirs*, 1983.
- « L'avenir du Collège électoral », *La présidence en France et aux Etats-Unis*, Economica, 1986.
- « La Constitution fédérale et les Constitutions des Etats membres », *L'Etat des Etats-Unis* (ouvrage collectif sous la direction de M. F. Toinet), 1990.
- « L'exception d'inconstitutionnalité aux Etats-Unis », *Le contrôle de constitutionnalité* (ouvrage collectif), Economica, 1991.
- « Les orientations de la jurisprudence constitutionnelle des Etats-Unis », *Pouvoirs*, 1991.

INTRODUCTION

I. *Actualité de l'étude*

1. Les présents développements ne se proposent pas de traiter l'évolution du droit des investissements internationaux — c'est-à-dire l'évolution des principes et règles, de droit interne comme de droit international, qui régissent le régime juridique des investissements effectués par les ressortissants d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat. Ces principes et règles, qui visent aussi bien les problèmes de constitution et de liquidation que les problèmes de traitement et de protection, ont fait l'objet, dans cette même enceinte, de savantes études auxquelles il est difficile de rien ajouter ni retrancher¹.

2. Une chose est l'évolution du droit des investissements, une autre chose est l'évolution des sources du droit des investissements. Traiter de l'évolution des sources du droit des investissements, c'est privilégier l'aspect formel par rapport à l'aspect matériel, et se pencher sur le contenant du droit, non sur le contenu du droit. L'exercice peut sembler d'un intérêt limité : après tout, que peut-on dire, qui n'ait déjà été dit, par exemple, des conventions bilatérales sur la promotion et la protection des investissements conclues par les pays développés avec les pays en développement au cours des dernières décennies ?

3. On peut toutefois penser que l'intérêt d'un tel sujet est moins limité qu'il pourrait paraître de prime abord. Les controverses relatives aux sources du droit des investissements recouvrent, en réalité, les controverses relatives au droit des investissements. S'agissant, en

1. Voir notamment dans le *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, par ordre chronologique, et pour les décennies écoulées : E. I. Nwojugu, « Legal Problems of Foreign Investments », tome 153, (1976-V), pp. 167-262 ; R. Higgins, « The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law », tome 176 (1982-III), pp. 259-391 ; A. O. Adede, « Legal Trends in International Lending and Investment in the Developing Countries », tome 180 (1983-II), pp. 9-168 ; J.-F. Lalive, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », tome 181 (1983-III), pp. 9-284 ; I. F. I. Shihata, « The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the Legal Treatment of Foreign Investment », tome 203 (1987-III), pp. 95-230 ; E. Z. El Chiati, « Production of Investment in the Field of Petroleum Agreements », tome 204 (1987-IV) pp. 9-170 ; L. N. Orlov, « Soviet Joint Enterprises with Capitalist Firms and Other Joint Ventures between East and West », tome 221 (1990-II), pp. 371-414 ; R. H. Carpenter, « Soviet Joint Enterprises with Capitalist Firms and Other Joint Ventures between East and West: the Western Point of View », tome 222 (1990-III), pp. 365-422.

particulier, des questions de protection ; de la querelle sur l'existence ou l'inexistence de coutumes générales de droit international ou de principes généraux du droit international ; du flux et du reflux du bilatéralisme ou du multilatéralisme ; de la force juridique ou de l'absence de force juridique des résolutions des organisations internationales : toutes les sources du droit des investissements ont été prises dans la tourmente Nord-Sud, au cours des décennies 1970 et 1980, pour la simple raison que l'accord ne se faisant pas sur le contenu, le contenant ne pouvait échapper au désaccord.

4. Faut-il le dire d'entrée ? Cet état du droit des investissements est en cours de dépassement. Ce ne sont plus les problèmes de protection — et, par conséquent, l'opposition entre les pays du Nord et les pays du Sud — qui donnent son actualité à la matière. Il ne paraît pas prématuré de dire que ces problèmes ont trouvé leur solution, et qu'un large consensus s'est dégagé sur les principes et règles de protection que transcrivent désormais un nombre impressionnant d'instruments internationaux, conventionnels comme non conventionnels. L'attention se déplace, à l'heure actuelle, des problèmes de protection vers les problèmes de circulation — c'est-à-dire des problèmes de sécurité vers les problèmes de mobilité. A cet égard, les divergences d'opinion sont moins des divergences Nord-Sud que des divergences Nord-Nord. Et ces divergences ne pourront être aplanies que par la voie conventionnelle, et dans le cadre d'efforts multilatéraux. En bref, le double mouvement du droit, de l'axe Nord-Sud vers l'axe Nord-Nord, d'une part, et des problèmes de sécurité vers les problèmes de mobilité, d'autre part, ne peuvent pas ne pas infléchir les sources du droit en la matière.

II. Difficulté de l'étude

5. La langue du droit international a longtemps ignoré l'investissement. Certes, le mot apparaît, deci, delà : mais cette apparition, cursive autant que furtive, n'a pas de signification quant à l'évolution du droit².

6. C'est que, jusqu'après guerre, le droit international pouvait

2. Le mot « investissement » est utilisé dans le sens d'apport en capital, notamment dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów (Demande en indemnité, fond)*, arrêt n° 13 du 13 septembre 1928, *CPJI série A n° 17*, p. 53 :

« D'autre part, si le développement normal présupposé par la question II représentait un élargissement de l'entreprise et un *investissement de capitaux nouveaux*, leur montant devrait être déduit de la valeur recherchée. »

faire l'économie de cette notion. Certes, la multiplication des mesures d'expropriation ou de nationalisation qui avaient frappé les étrangers avait suscité de rudes controverses. Mais le débat juridique était formulé dans des termes connus, et dont le maniement permettait de résoudre les difficultés immédiates. Ces termes, c'étaient ceux qu'avait progressivement élaborés le droit international relatif à la condition des étrangers.

7. Le droit international, soutient-on, en effet, proposait un certain nombre de coutumes générales relatives à la condition des étrangers, coutumes générales que le souverain devait respecter³. Ces coutumes générales fournissaient des préceptes de comportement, notamment pour que soient respectés les droits qui s'attachent à la personne des étrangers. C'est ainsi que se sont forgés les « standards » du traitement juste et équitable, ainsi que de la pleine et entière protection. Mais, insensiblement, ces standards, élaborés pour fournir au souverain la mesure du traitement et de la protection dus à la personne de l'étranger, ont glissé, sous la pression de la nécessité, en direction des biens de l'étranger. Par exemple, dans l'affaire des propriétés religieuses relatives à la confiscation, par le Portugal, des biens de ressortissants anglais, espagnols et français, le tribunal arbitral accordera, en règlement des réclamations, une indemnité « juste et équitable »⁴. Ces coutumes générales, rela-

3. A. Verdross, à propos de la jurisprudence internationale sur la condition des étrangers, note que

« cette jurisprudence est couronnée par l'arrêt n° 7 de la Cour permanente de Justice internationale, lequel, à plusieurs reprises, se réfère à un droit international *commun* concernant le traitement des étrangers. Ces règles se basent sur l'idée chrétienne de la personnalité humaine, qui doit être reconnue et respectée partout. Cette idée, introduite dans notre science par François de Vitoria, ainsi que nous aurons l'occasion de le redire, a été acceptée peu à peu par la coutume internationale qui, graduellement, a développé les règles régissant notre matière. » (« Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, tome 37 (1931-III), p. 332.)

4. Sentences du 4 septembre 1920 (*Recueil des sentences arbitrales*, t. 1, pp. 9 ss.). La motivation de l'ensemble de ces sentences, qui apparaît comme particulièrement brève, est ainsi rédigée :

« Considérant qu'il n'a pas plus été dans l'intention du Gouvernement de la République portugaise de rechercher dans la saisie desdits biens une source de profits pécuniaires qu'il n'avait été dans l'intention des revendiquants de porter atteinte au respect dû aux lois et aux institutions du Portugal ; que, dans ces conditions, le règlement ci-après des réclamations, objet du présent arbitrage, apparaît comme juste et équitable, et de nature à satisfaire les légitimes prétentions respectives des Parties, toutes réclamations, quel qu'en soit l'objet, soit des réclamants, soit du Gouvernement portugais, relativement aux biens réclamés, étant déclarées définitivement réglées et désormais éteintes. »

tives à la condition des étrangers, aussi rudimentaires qu'elles puissent aujourd'hui paraître, remplissaient parfaitement leur objet en un temps où la légitimité du droit de propriété n'était pas discutée, et où, par conséquent, les atteintes au droit de propriété demeuraient rares. Elles ne pouvaient pas ne pas être mises en question dès lors que la légitimité du droit de propriété était de plus en plus contestée, et où, par conséquent, les atteintes au droit de propriété devaient se multiplier.

8. Qui plus est, les progrès de la science économique ne pouvaient pas ne pas entraîner un effort d'adaptation du droit économique. L'organisation économique d'après-guerre s'est voulue systémique, faisant de larges emprunts au libéralisme. C'est alors que la notion d'investissement, notion dynamique, a fait son apparition dans la langue du droit international, et s'est substituée à la notion de bien, notion statique. La notion d'investissement est, en effet, une notion dynamique, en ce sens qu'elle ne peut se concevoir que dans la durée et dans le mouvement. La durée lui est essentielle : pour les économistes, le profit qu'un investisseur retire de son investissement est un profit différé, ce qui signifie que l'investissement ne peut être qu'à moyen ou à long terme, à la différence du placement, qui peut être à court terme⁵. Et l'investissement, parce qu'il est réalisé pour en retirer un profit, suppose le mouvement : la libre circulation des investissements est nécessaire en vue de la diminution des coûts de production, et l'abaissement des coûts de production est nécessaire en vue de l'augmentation des profits d'exploitation.

9. On voit donc se dessiner la teneur du droit des investissements internationaux, qui ne coïncide que partiellement avec la teneur du droit des biens étrangers. Le droit des investissements comprend, en effet, deux strates : d'un côté, un certain nombre de règles destinées

5. Ces conceptions se reflètent dans la Convention de Séoul, portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), ainsi dans le commentaire de ladite convention. L'article 12, lettres a) et b), de la Convention, considère comme éligibles à la garantie « les prêts à moyen ou à long terme », ainsi que « toutes autres formes d'investissement à moyen ou à long terme ». Le paragraphe 20 du commentaire précise que l'investissement doit s'entendre de « tous autres arrangements, à moyen ou à long terme, visant l'apport d'actifs ». Les stipulations de la Convention de Séoul, à cet égard, traduisent fidèlement celles des Statuts du Fonds monétaire international (FMI), d'après lesquelles il n'y a d'investissement que pour autant qu'il y a création de « liens économiques durables ». L'idée de durabilité semble bien exclure toute idée de court terme, pour ne laisser la place qu'à celles de moyen ou de long terme.

à permettre la libre circulation des investissements ; de l'autre côté, un certain nombre de principes et de règles destinés à définir le traitement et la protection de l'investissement. La double faiblesse du droit international des investissements internationaux, tel qu'il se dessine ainsi, vient, d'une part, de ce que les règles de circulation sont en cours de formation et, d'autre part, de ce que les principes de traitement et de protection, tels qu'ils se sont formés, ont été purement et simplement transposés du domaine des biens étrangers au domaine des investissements internationaux. Sur ce dernier point, une telle transposition ne va pas sans soulever nombre d'interrogations. L'obligation de traitement et de protection, vis-à-vis des biens de l'étranger, trouve son fondement dans un impératif d'ordre éthique. En va-t-il de même, s'agissant du traitement et de la protection des investissements internationaux ? Il y a de bons et de moins bons investissements — des investissements productifs et des investissements improductifs. Tous devraient-ils avoir droit au traitement et à la même protection ?

10. A supposer que tel soit le cas, une autre question demeure. La transposition des principes de traitement et de protection, ainsi effectuée du droit des biens étrangers au droit des investissements internationaux, se justifiait-elle, *in globo*, ou fallait-il procéder à une adaptation ? Deux illustrations viennent à l'esprit. Dans la conception traditionnelle, l'étranger avait droit à ce que ses biens bénéficiaient d'un traitement juste et équitable, comme d'une pleine et entière protection et sécurité, tout simplement parce qu'il en était le propriétaire. L'investisseur a-t-il droit à ce que ses investissements bénéficient du même traitement comme de la même protection et sécurité, alors qu'entre lui et le souverain s'interpose le véhicule de l'investissement international, savoir l'entreprise multinationale, et que c'est celle-ci, et non l'investisseur, qui est le propriétaire des biens qui se trouvent sous la juridiction du souverain ? Autre illustration : l'histoire des décennies 1960 et 1970 est émaillée d'innombrables mesures d'expropriation ou de nationalisation, frappant des investisseurs internationaux, c'est-à-dire des investissements d'entreprises multinationales, qui sont des unités économiques en exploitation, et susceptibles de dégager des bénéfices. L'indemnité d'expropriation ou de nationalisation doit-elle prendre en compte la seule valeur des biens saisis — *damnum emergens* — ou, tout à la fois, la valeur des biens saisis et la valeur des bénéfices d'exploitation que l'entreprise pouvait dégager — *damnum emergens* et

lucrum cessans?⁶ Ces deux illustrations montrent que les différences de nature entre la notion de bien et la notion d'investissement nécessitent de profondes adaptations pour permettre la transposition du droit des biens au droit des investissements. L'un des problèmes du droit des investissements, et particulièrement du droit international des investissements, vient de ce qu'en raison de l'urgence née des mesures d'expropriation ou de nationalisation ces adaptations n'ont pas toujours été faites — et que ce n'est que très progressivement, au cours des décennies qui viennent de s'écouler, que la transmutation du droit des biens en droit des investissements s'est produite, par la multiplication des instruments de toute nature.

III. Densité du droit des investissements

11. Le droit des investissements est devenu, au cours des années récentes, l'une des matières où la densité normative est la plus forte : sources internes et sources internationales — et, parmi les sources internationales, sources non conventionnelles et sources conventionnelles — se juxtaposent et se superposent pour former un lacis touffu dont il semble difficile de suivre la croissance, tant celle-ci, de prime abord, paraît anarchique. Mais cette anarchie n'est qu'apparente. L'évolution, lorsqu'on la remet en perspective, paraît cohérente. La prolifération des sources internes et internationales du droit des investissements, dont les inspirations sont parfois opposées, dissimule mal l'existence de tendances lourdes, et qui cheminent dans le long terme. Il suffit, pour s'en convaincre, de retracer brièvement les étapes de ce cheminement, pour ce qui concerne plus particulièrement les sources internationales, au cours des décennies 1970, 1980 et 1990.

12. *Les décennies 1970 et 1980 ont été celles de la confrontation entre les pays développés, exportateurs d'investissements, et les pays en développement, importateurs d'investissements.* Les pays développés, soucieux de s'assurer la sécurité des investissements de leurs ressortissants, recherchaient les secours du droit international ; les

6. En matière d'indemnisation pour cause d'expropriation ou de nationalisation, on sait que la distinction a été introduite par l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (*Demande en indemnité, fond*), cité *supra* note 2, et plus particulièrement pp. 51 ss. Encore faut-il noter que, pour la Cour, le *lucrum cessans* doit être calculé sur toute la durée qui s'enserme entre la date de la dépossession et la date de l'arrêt d'indemnisation, et non jusqu'à complet amortissement de l'investissement.

pays en développement, pour lesquels les considérations de souveraineté étaient déterminantes, ne voyaient de salut que dans leurs droits nationaux. Cette opposition entre les uns et les autres s'est, en définitive, révélée féconde : elle a donné au droit des investissements l'étonnante vitalité qui le caractérise. Du côté des pays développés, on a beaucoup misé sur les conventions internationales, bilatérales ou multilatérales ; du côté des pays en développement, on a beaucoup attendu des législations et réglementations nationales, ainsi que des résolutions des organisations internationales. Certes, l'inspiration n'était pas la même. Mais un compromis historique était inévitable : il a failli se réaliser en 1974, lorsque s'est tenu, à Paris, le dialogue Nord-Sud. Les arrière-pensées des uns et des autres l'ont retardé : elles n'ont pu, en définitive, l'empêcher.

13. Quelle était la teneur de ce compromis historique ? On peut le résumer comme suit, de façon sommaire. *D'un côté, la souveraineté des pays en développement se trouvait préservée.* Ils demeuraient libres, en leur entière discrétion, d'accueillir ou de ne pas accueillir sur leur territoire les investissements des ressortissants des pays développés. S'ils décidaient, discrétionnairement, d'accueillir tel ou tel investissement sur leur territoire, alors ils définissaient, dans le cadre de leur ordre interne, les règles qui régissaient le traitement de cet investissement. Enfin, s'ils estimaient opportun de procéder à des mesures d'expropriation ou de nationalisation qui frapperaient tel ou tel investissement, il leur était loisible de le faire. *Mais, de l'autre côté, la sécurité des investissements constitués par les ressortissants des pays développés se trouvait assurée.* Les règles nationales de traitement et de protection devaient respecter le droit international — en ce compris les principes généraux du droit international qui trouvaient, le plus souvent, leur expression dans les instruments bilatéraux de promotion et de protection. Et l'investisseur dont les droits étaient lésés avait la faculté d'attirer l'Etat dont le comportement lui portait préjudice devant l'arbitre international par le jeu de la clause CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). *Ainsi réalisé l'équilibre entre souveraineté des Etats et sécurité des investissements, il devenait possible de mettre en jeu des mécanismes de promotion :* et les systèmes de garantie, internes ou internationaux, retrouvaient ici toute leur efficacité.

14. *La décennie 1990 n'a certes pas récusé ce compromis historique entre pays développés et pays en développement. Mais elle a, en quelque sorte, déplacé le centre de gravité du droit des investis-*

sements, en sorte que celui-ci semble désormais fixé au cœur des relations entre pays du Nord, plus qu'au cœur des relations entre pays du Nord et pays du Sud. De quoi s'agit-il, en effet ? Il s'agit, pour les pays développés, de se donner les moyens de survivre dans une concurrence internationale qui s'exaspère dangereusement. Dans ce contexte, les problèmes de traitement et de protection des investissements passent à l'arrière-plan des préoccupations — et ce d'autant qu'on ne peut considérer que ces problèmes sont largement résolus.

15. L'accent se trouve mis sur les « nouvelles contraintes » que doivent accepter les pays, quels qu'ils soient, développés ou en développement, qui accueillent sur leur territoire des investissements internationaux. Nombreuses sont ces contraintes. Mais deux d'entre elles méritent d'être relevées. *D'une part*, les Etats devraient accepter la libre admission, sur leur territoire, des investissements que souhaiteraient y constituer les ressortissants d'autres Etats — sauf exceptions qui seraient définies de manière limitative : à cet égard, on s'acheminerait donc vers la libre circulation de l'investissement international. *D'autre part*, l'investisseur devrait jouir d'une entière et plénière liberté de gestion, en sorte de pouvoir retirer un profit maximal de cet investissement : et, corrélativement, les Etats sur le territoire desquels seraient constitués des investissements, par les ressortissants d'autres Etats, devraient s'engager à éliminer de leur législation ou de leur réglementation les contraintes d'exploitation — *performance obligations* — qui entraveraient la liberté de gestion de l'investisseur. L'acceptation, par les Etats, de ces nouvelles contraintes suppose des limitations de souveraineté qui ne peuvent guère s'effectuer que par voie conventionnelle. L'effort est déjà entrepris. Tout permet de penser qu'il sera poursuivi⁷.

16. Le droit des investissements connaît donc une profonde évolution. Les préoccupations de sécurité cèdent progressivement devant les préoccupations de mobilité et de flexibilité. L'importance relative des sources du droit international, les unes vis-à-vis des autres, s'en ressent. Tant que les problèmes essentiels du droit des investissements ont été des problèmes de sécurité, toute la question se ramenait à savoir si les pays développés réussissaient à faire prévaloir leur conception des principes généraux du droit international

7. Notamment dans le cadre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), avec la négociation de l'AMI (Accord multilatéral sur les investissements). Voir *infra*, la deuxième partie de ce cours.

en la matière. Mais le changement d'optique et la substitution des impératifs de mobilité et de flexibilité aux impératifs de sécurité assurent, pour l'avenir prévisible, la précellence du conventionnel sur le non-conventionnel, et, à l'intérieur du conventionnel, du multilatéral sur le bilatéral.

IV. Complexité du droit des investissements

1. La conception traditionnelle

17. La transformation qui s'opère actuellement a des incidences sur la structure du droit des investissements. Car, dans la mesure où l'impératif de sécurité perd sa prééminence au bénéfice des impératifs de mobilité et de flexibilité, le pré carré de la souveraineté va se réduire devant l'offensive de la libre circulation. La conception que l'on se faisait traditionnellement des rapports d'investissement est en train d'évoluer ; et, parce qu'elle laisse la place à une conception nouvelle, les rapports juridiques qui se nouent entre les protagonistes ne peuvent manquer, eux aussi, d'évoluer. Car l'opération d'investissement international, dans la conception que l'on s'en fait traditionnellement, intéresse trois protagonistes : l'investisseur, l'Etat dont cet investisseur est le national — l'Etat de nationalité —, et l'Etat sur le territoire duquel est constitué l'investissement — l'Etat de territorialité.

18. *L'investisseur*, le plus souvent, est une personne morale — entreprise multinationale ou société transnationale. Cette personne morale exerce une activité économique dans le but d'en retirer un profit, et non dans le but de s'exposer à des pertes. La décision d'investissement qu'elle est amenée à prendre répond donc à une double rationalité : *rationalité économique* — l'investissement doit présenter un caractère de rentabilité, c'est-à-dire, à terme, se révéler bénéficiaire, et non déficitaire ; *rationalité politique* — l'investissement doit jouir d'une certaine sécurité, en sorte que sa rentabilité ne soit pas compromise par la réalisation de risques politiques, sur lesquels l'investisseur, par définition, n'a pas de prise. La décision d'investissement suppose donc, de la part de l'investisseur, une analyse des conditions économiques et des conditions politiques qui prévalent dans le pays où l'opération sera réalisée, en sorte d'évaluer, aussi précisément que possible, les risques économiques et politiques qui pèsent sur cet investissement.

19. *L'Etat de nationalité de l'investisseur* est également intéressé à cette opération. Cet intérêt est d'ordre économique comme d'ordre politique. *Intérêt économique* : les investissements de ses nationaux en territoire étranger ont des incidences qui peuvent n'être pas négligeables sur sa situation économique, par les mouvements des facteurs de production qu'ils entraînent. Car ces investissements produisent des effets sur les marchés nationaux du travail et des capitaux, comme sur les courants d'importation et d'exportation ; et si, dans le court terme, ces effets paraissent plutôt négatifs, dans le moyen et le long terme ils devraient se révéler positifs. L'Etat de nationalité, prenant en compte l'ensemble de ces facteurs, doit donc se demander si telle ou telle opération, du point de vue économique, est opportune ou inopportune, en faisant appel à des critères d'appréciation qui ne se résument pas à ceux qu'utilise l'investisseur, pour la bonne et simple raison que cet Etat est comptable de l'intérêt général. *Intérêt politique* : les décisions que peut prendre un Etat en matière de relations financières avec l'étranger sont des armes au service de sa politique. Soumettre à déclaration préalable et autorisation préalable les constitutions d'investissements dans tel ou tel Etat qui s'est rendu coupable d'un manquement à ses obligations internationales, c'est exercer sur cet Etat une pression qui est de nature à infléchir sa politique dans le sens souhaité par l'Etat qui a pris ces sanctions. La pratique financière internationale fournit de nombreuses illustrations de cette utilisation du droit des relations financières avec l'étranger. En bref, et comme l'écrivait déjà Vattel, l'Etat qui autorise ses nationaux à exporter sa richesse nationale ne doit le permettre qu'à bon escient.

20. *L'Etat de territorialité* de l'investissement n'est pas moins intéressé à cette opération. Ici aussi, considérations d'ordre politique et considérations d'ordre économique s'entremêlent intimement. *Considérations d'ordre politique* : il appartient à chaque Etat de librement déterminer le régime de la propriété des moyens de production sur son territoire, et le choix entre les deux grands systèmes que sont l'appropriation collective et l'appropriation individuelle est un choix politique. Ce choix politique ne manquera pas de retentir sur l'attitude qu'adoptera l'Etat vis-à-vis des investisseurs internationaux : il paraît difficile de concilier l'appropriation collective des moyens de production et l'appel à l'investissement international. *Considérations d'ordre économique* : une fois opéré ce choix fondamental entre la politique de fermeture ou la politique d'ouverture,

l'Etat qui aura opté en faveur de l'investissement international devra définir des orientations économiques en cette matière ; et tant pour ce qui concerne l'admission — détermination des secteurs dans lesquels l'ouverture est ou n'est pas économiquement prioritaire — que pour ce qui concerne la fixation des droits et devoirs économiques de l'investisseur, puisque c'est en respectant ce cadre que l'investisseur apportera un concours efficace à l'œuvre commune de développement économique.

21. Dans cette conception traditionnelle vont se nouer des relations juridiques d'investissement entre les trois protagonistes — relations concertées et relations non concertées — et à deux niveaux — celui du droit interne et celui du droit international —, ces relations juridiques ayant pour but de permettre à chacun des protagonistes de sauvegarder les intérêts qui lui sont propres.

22. *L'investisseur*, pour ce qui le concerne, a deux interlocuteurs : l'Etat dont il est le national, l'Etat sur le territoire duquel il veut constituer investissement. Vis-à-vis de l'Etat dont il est le national, l'investisseur se trouve dans la situation de celui qui est assujéti par rapport à celui qui assujétit : cet Etat possède une législation ou une réglementation des investissements — portant plus particulièrement sur les investissements à l'étranger ; cette législation ou cette réglementation s'applique à tous ses ressortissants qui veulent constituer investissement à l'étranger. Il n'y a pas ici place pour la négociation entre Etat et investisseur. Mais il n'en va pas de même s'agissant des rapports entre l'investisseur et l'Etat sur le territoire duquel l'investissement sera constitué. Certes, cet Etat possède également sa propre législation ou sa propre réglementation des investissements — en général de caractère incitatif. Mais le marché de l'investissement étant un marché déséquilibré, particulièrement dans le sens Nord-Sud, il n'est pas rare que l'investisseur puisse négocier avec l'Etat des conditions promotionnelles, qui seront alors formalisées dans un *contrat d'Etat*⁸.

23. Mais, dans cette relation à trois qu'est la relation d'investisse-

8. Le présent cours n'aborde pas la question des contrats d'Etat, ni, par conséquent, la question du droit applicable aux relations contractuelles entre Etat et investisseur ressortissant d'un autre Etat. Ces questions ont suscité une très abondante littérature, de laquelle se détachent les travaux de Prosper Weil et de Pierre Mayer. Il semble bien que la jurisprudence arbitrale — à partir de la sentence *Aminoil* —, sans confirmer ni infirmer la théorie du contrat d'Etat, contrat de droit international, entende faire l'économie du débat sur le droit applicable, ou, tout au moins, sur le fondement du droit applicable.

ment, des rapports juridiques se nouent également entre l'Etat dont l'investisseur est le ressortissant, d'une part, et l'Etat sur le territoire duquel le ressortissant entend constituer son investissement. Car l'Etat de nationalité, on l'a dit, a un intérêt, tant économique que politique, à contrôler et à orienter les flux d'investissements de ses ressortissants à l'étranger: c'est par le jeu de la garantie qu'il y parviendra. Mais, de toute évidence, l'Etat de nationalité ne saurait engager sa garantie qu'à bon escient: il n'a pas pour mission de dilapider les fonds publics afin de garantir des opérations d'investissement sur lesquelles pèse un aléa politique de telle nature que, selon toute vraisemblance, la garantie sera appelée. Il lui faut donc réduire cet aléa politique. Il peut, à cet effet, entrer en négociations avec l'Etat de territorialité, pour tenter de limiter cet aléa politique — notamment en définissant des règles précises en matière d'expropriation ou de nationalisation. La convention bilatérale de protection lui offre le véhicule approprié. Encore faut-il qu'il amène l'Etat de territorialité à la table des négociations: c'est l'espoir de la promotion des investissements, par le jeu de la garantie, qui le lui permettra. La garantie des investissements remplit donc un double rôle d'incitation: vis-à-vis de l'investisseur, qu'elle protège contre les conséquences financières liées à la survenance du risque politique; vis-à-vis de l'Etat de territorialité, qu'elle pousse à la conclusion des instruments bilatéraux.

24. *La convention bilatérale de promotion et de protection des investissements* matérialise l'équilibre des concessions entre les deux Etats: d'un côté, l'Etat importateur d'investissements se lie, internationalement, par des règles de protection qui satisfont l'Etat cocontractant et ses investisseurs; de l'autre côté, l'Etat exportateur d'investissements accorde sa garantie, ce qui ne pourra manquer de rassurer les investisseurs et, donc, de promouvoir les investissements. L'investisseur est gagnant sur tous les tableaux; les deux Etats n'en sont pas pour autant perdants. Le binôme protection-garantie, longtemps au cœur du système, ménage la souveraineté des Etats, dans le même temps qu'il permet aux opérateurs de jouir d'un certain degré de liberté et qu'il assure aux opérateurs un haut degré de sécurité.

2. Vers une conception nouvelle ?

25. A cette conception traditionnelle de l'investissement international, que certains qualifiaient de statique, s'oppose une concep-

tion nouvelle, que l'on pourrait qualifier de dynamique, dans laquelle l'exigence de souveraineté s'efface derrière l'exigence de liberté. Un quatrième protagoniste se dessine à l'horizon: c'est la *communauté internationale*, garante de la liberté d'investissement.

26. En effet, tant que le problème de l'investissement a été perçu comme un problème de protection — c'est-à-dire, pour l'essentiel, un problème entre pays développés, exportateurs d'investissements, et pays en développement, importateurs d'investissements — un certain nombre de pays développés ont estimé qu'ils trouvaient intérêt à le régler par la voie bilatérale, en traitant directement avec chacun de leurs partenaires, pays en développement. Cet attachement au bilatéralisme s'explique par une raison simple: les principaux exportateurs d'investissements s'estimaient en mesure d'obtenir ainsi, de leurs partenaires, importateurs d'investissements, un niveau de protection, pour leurs investisseurs, qui s'établirait nécessairement au-dessus de celui que pourrait leur offrir un instrument multilatéral. La prolifération des instruments bilatéraux, la différenciation des modèles de conventions bilatérales et, par voie corrélative, le manque évident d'empressement qu'ont mis certains pays développés à favoriser l'élaboration d'un instrument multilatéral sur la protection des investissements constituent autant d'illustrations de cette proposition.

27. Mais les préoccupations et, donc, les orientations des Etats ne sont pas immuables. Un modèle économique s'est imposé. Le libéralisme a survécu au socialisme. Et, avec le libéralisme, la concurrence entre les nations n'a pas manqué de s'aviver. Le phénomène a ses incidences sur le droit des investissements. Les questions de protection subissent comme une relégation — et ce d'autant que nombre de pays développés estiment qu'elles ont été réglées de façon satisfaisante. Il s'agit désormais d'assurer *les conditions du plein emploi de l'investissement international*, plein emploi qui suppose le respect des principes du libéralisme. D'où, comme on l'a vu, deux nouvelles préoccupations — qui intéressent au plus haut degré certains pays développés. Il faut, d'une part, permettre la *libre circulation* des investissements internationaux: les Etats doivent renoncer au contrôle des admissions, en sorte que seul joue le critère de l'efficacité économique. L'investissement doit circuler comme bon lui semble, quand il lui semble bon, là où il lui semble bon. Il faut, d'autre part, garantir la *libre exploitation*, par l'investisseur, de son investissement: la recherche du profit économique suppose que les agents puissent prendre les décisions optimales. Et comment pourraient-ils

prendre ces décisions si l'Etat, au nom de ses priorités, les en empêchait ? Il faut donc empêcher que l'Etat de territorialité de l'investissement impose à l'investisseur des obligations dont la rationalité économique, dans une optique de rentabilité, apparaît contestable.

28. Mais l'élimination des entraves à la libre circulation des investissements internationaux, comme l'élimination des entraves à la libre exploitation de l'investissement international, exige bien plus que des accords bilatéraux entre les pays développés et les pays en développement. Car la réalisation de ces deux objectifs ne suppose pas seulement que l'investisseur national et l'investisseur international soient placés en situation d'égalité en ce qui concerne leurs obligations au regard du droit de l'Etat de territorialité ; elle ne suppose pas seulement que tout investisseur international jouisse des mêmes droits, dans l'Etat de territorialité, que l'investisseur national ou l'investisseur ressortissant de la nation la plus favorisée ; elle suppose que soient abolies, complètement et simultanément — et même si la simultanéité n'exclut pas la progressivité — les restrictions à la libre constitution et à la libre exploitation des investissements internationaux. Or cette abolition ne peut se réaliser que du libre consentement des Etats intéressés ; et elle ne peut se réaliser que par voie de convention multilatérale, parce que ces limitations de souveraineté doivent se caractériser par leur caractère d'identité, faute duquel les Etats ne se trouveraient pas en situation d'égalité dans la concurrence internationale. La multilatéralisation des rapports conventionnels devient dès lors inévitable — alors qu'elle avait été évitée tant que l'effort conventionnel s'était limité aux questions de protection.

29. Or, il se trouve que ce sont les Etats les plus attachés à la conclusion d'instruments bilatéraux de protection entre pays du Nord et pays du Sud qui sont aussi les plus fermes partisans de l'élaboration d'un instrument multilatéral en vue de réaliser la libre circulation et d'assurer la libre administration des investissements internationaux. Il n'y a là aucune contradiction. Les pays qui sont les exportateurs principaux d'investissements internationaux demeurent attachés au bilatéralisme dans les relations Nord-Sud, parce que leur capacité de négociation trouve, dans ce cadre, à s'employer pleinement et leur permet, dès lors, d'obtenir, pour leurs investisseurs, le plus haut niveau de protection. Mais ces Etats sont aussi ceux qui, compte tenu de leur importance dans les relations économiques internationales, sont en mesure de tirer le plus grand avantage de l'élimination des entraves à la libre circulation et à la libre gestion

des investissements. Bilatéralisme en matière de protection, multilatéralisme pour assurer la liberté de circulation et de gestion, telle serait donc, idéalement, la position de ces Etats. Mais cette position n'est pas celle de tous les autres Etats — et, notamment, des pays développés dont la capacité de négociation ne leur permet pas d'obtenir, pour leurs investisseurs, un aussi haut niveau de protection. Ces Etats sont donc partisans d'une globalisation de la négociation internationale en matière d'investissements, c'est-à-dire de l'élaboration d'un instrument multilatéral traitant tout à la fois des questions de protection et des questions relatives à la liberté de circulation et de gestion. Leur influence se fait sentir tant au sein de l'Union européenne qu'au sein de l'OCDE.

30. Ainsi apparaît une idée nouvelle, et qui cherche encore sa voie en droit des investissements. Cette idée peut s'exprimer ainsi : ni l'Etat de nationalité de l'investisseur ni l'Etat de territorialité de l'investissement ne devraient, par le jeu des réglementations nationales ou des conventions bilatérales, fausser la libre concurrence entre opérateurs, et porter atteinte à l'égalité entre les Etats. En particulier, l'Etat de territorialité de l'investissement devrait s'abstenir de prendre quelque mesure que ce soit, dans le cadre de sa réglementation nationale, qui assujettirait l'investisseur à des contraintes d'exploitation que dicteraient ses propres priorités, mais qui ne prendraient pas en compte l'opportunité ou l'inopportunité de telles contraintes pour l'investisseur. Les Etats, exportateurs comme importateurs d'investissements, devraient ainsi observer une sorte d'ordre public international de l'investissement international, dont les autres Etats, tiers à l'opération d'investissement, n'en seraient pas moins collectivement garants. Mais il apparaît, de plus en plus clairement, que cet ordre public international de l'investissement international trouve sa place dans une réforme systémique du droit international économique, fondée non plus sur le respect des souverainetés, mais sur les idées d'efficacité et de liberté. Cette réforme systémique se fait donc aux dépens des prérogatives traditionnelles des Etats : elle suppose donc leur consentement. La véritable raison du retour au multilatéralisme se trouve dans cette nécessité d'amener les Etats à faire de la libre circulation un principe général d'organisation économique.

31. Ce cours sera donc divisé en deux parties d'inégale importance, puisqu'en définitive, et du point de vue chronologique, elles recouvrent deux périodes d'inégale importance. En effet, les pro-

blèmes du droit des investissements au cours des deux décennies 1970 et 1980 ont été avant tout des problèmes de protection, que l'on a essayé de résoudre en recourant successivement au droit interne et au droit international; puis, lorsqu'il est devenu évident que le droit international ne se laisserait pas évincer, en tentant de faire prévaloir, selon l'optique, les sources non conventionnelles ou les sources conventionnelles. Ce n'est qu'avec la décennie 1990 que, l'impératif de sécurité laissant place à l'impératif de mobilité, la source conventionnelle l'emporte sur les sources non conventionnelles, mais en passant du bilatéralisme au multilatéralisme.

PREMIÈRE PARTIE

DU DROIT INTERNE AU DROIT INTERNATIONAL

(Problèmes de sécurité de l'investissement)

32. Lorsque l'on affirme que l'évolution du droit des investissements, au cours des dernières décennies, s'est faite à partir des droits internes et vers le droit international, encore faut-il préciser la portée du propos. On ne veut pas dire par là qu'il n'existait aucune règle de droit international qui ait été applicable à cette matière — encore que, comme on l'a souligné, les règles du droit international qui ont été mises en avant pour fonder le droit des investissements sentent l'apostériorisme. Mais, pour simplifier l'exposé, on admettra, à titre d'hypothèse, que le droit international des investissements avait déjà atteint sa maturité avant que ne se manifeste l'opposition Nord-Sud sur l'existence et la consistance des principes et règles de protection.

33. Même si l'on admet cette hypothèse, il n'en reste pas moins vrai que ces règles ont fait l'objet d'une contestation et d'une récusation par les pays en développement. Les causes du phénomène sont compréhensibles : elles apparaissent intimement liées à la décolonisation politique et économique. L'accession à l'indépendance et à la souveraineté internationale paraissait un leurre dès lors qu'elle ne s'accompagnait pas d'une rupture des liens de dépendance économique qui unissaient métropoles coloniales et territoires coloniaux. Et la rupture de ces liens de dépendance économique ne pouvait s'opérer dans le respect des règles qui, précisément, avaient été façonnées pour en assurer la pérennité. Le débat qui, au cours des années soixante-dix, a fait rage à propos de l'indemnité d'expropriation ou de nationalisation montre bien que, du côté des pays en développement, la double exigence de souveraineté politique et de viabilité économique militait en faveur d'une re-définition des principes et règles d'évaluation qui les rendît tolérables pour des Etats fragiles, et qu'il ne fallait pas fragiliser davantage.

34. C'est en ce sens que l'on peut soutenir que le point de départ de toute analyse se trouve dans le droit interne, et non dans le droit international : la construction ou la reconstruction du droit internatio-

nal des investissements s'est faite malgré une tentative d'affirmation du droit interne, qui avait précisément pour but l'exclusion du droit international. L'importance accordée au concept de souveraineté permanente, en effet, remplit deux rôles. D'une part, et sur le terrain formel, il permet de légitimer, au nom même du droit international, la substitution du droit interne au droit international: à cet égard, il agit à la manière d'une règle de conflit, qui désigne la loi compétente — ici, le droit interne — et, par conséquent, joue au bénéfice du droit interne et au préjudice du droit international. D'autre part, et sur le terrain matériel, parce qu'en substituant le droit interne au droit international il confère à la loi nationale une compétence exclusive en matière de protection des investissements, il jette le doute sur l'existence et la consistance de tout précepte de droit international qui ne trouverait pas, en cette matière, sa source dans un instrument conventionnel. Ces positions, au vrai, seront défendues par les pays en développement en tous domaines et pas seulement à propos de la protection des investissements.

35. Mais l'exclusion du droit international, malgré cette tentative d'affirmation du droit interne, n'a jamais été totale. Les pays en développement ont, certes, contesté et récusé l'existence de principes et règles de droit international, d'origine non conventionnelle, en matière de protection des investissements. Quel est l'effet de cette contestation et de cette récusation? A supposer que toutes conditions soient réunies pour qu'elles produisent effet, celui-ci ne peut être que limité: il aboutit au cantonnement des principes et règles d'origine non conventionnelle aux seuls rapports entre pays développés; mais il n'entraîne pas leur éradication. Au contraire, la régionalisation du droit international en la matière a permis sa consolidation. Si cette consolidation n'avait pas eu lieu, notamment dans le cadre de l'OCDE, est-on bien sûr que cette sorte de « reconquête » du droit international, qui se parachève à l'heure actuelle, aurait eu lieu dans les conditions que l'on connaît? Etudier l'évolution des sources du droit des investissements, c'est étudier un phénomène de contraction et d'expansion du droit international. Ce qui fait l'intérêt de ce phénomène, c'est qu'il a fait appel à l'ensemble des techniques du droit, et particulièrement du droit international.

CHAPITRE I

LES SOURCES INTERNES DU DROIT DES INVESTISSEMENTS

Section 1. Définitions

36. Le droit des investissements se compose de deux séries de règles, qui peuvent être soit issues du droit interne, soit issues du droit international. D'un côté se trouvent les règles relatives à la constitution et à la liquidation des investissements effectués soit par des nationaux en territoire étranger, soit par des étrangers en territoire national; de l'autre côté se trouvent les règles relatives au traitement, à la protection, et à la garantie de ces investissements — règles qui, elles aussi, peuvent prendre leur source soit dans le droit interne, soit dans le droit international.

37. Qu'entend-on par *constitution* et *liquidation*? La constitution s'entend de l'ensemble des opérations qui concourent à l'expatriement et à l'immobilisation des apports; la liquidation s'entend de l'ensemble des opérations qui concourent à la mobilisation et au rapatriement de ces apports. Les opérations de constitution et de liquidation supposent donc la circulation des investissements, aussi bien à partir du territoire national vers l'étranger qu'à partir de l'étranger vers le territoire national. Le fait qu'il existe des règles régissant la circulation des investissements n'entraîne pas nécessairement qu'il y ait restriction à la libre circulation des investissements car ces règles peuvent être soit restrictives, soit non restrictives.

38. Il ne faut pas faire la confusion, en tout cas, entre circulation des investissements et circulation des capitaux. Les deux notions se recoupent, mais elles ne se recouvrent pas. L'investissement peut s'accompagner ou ne pas s'accompagner d'un mouvement de capital; et, s'il est vrai qu'il suppose toujours un apport, cet apport n'est pas toujours un apport en capital. Inversement, on peut constater que, dans les nomenclatures de mouvements de capitaux figurent, certes, les investissements, et, plus particulièrement, les investissements directs, mais aussi que, dans ces mêmes nomenclatures, figurent un

très grand nombre de mouvements de capitaux qui n'ont pas le caractère d'investissements⁹.

39. Les règles de traitement et de protection visent le régime juridique de l'investissement après sa constitution. Les règles de traitement définissent l'ensemble des éléments de ce régime juridique, depuis le moment de la constitution jusqu'au moment de la liquidation ; les règles de protection ont pour objet et pour effet d'empêcher certaines atteintes publiques qui pourraient être dirigées contre l'investissement. Les deux notions de traitement et de protection sont indissolublement liées l'une à l'autre, parce qu'elles concourent à définir le régime juridique de l'investissement dans sa globalité — à telle enseigne que la pratique ne les a que tardivement distinguées l'une de l'autre. Dans les relations d'investissement entre pays développés et pays en développement, les notions de traitement et de protection sont associées à la notion de *garantie*. La garantie se définit comme le mécanisme qui permet de transférer de l'investisseur à un organisme spécialisé, l'organisme de garantie, les conséquences financières qui résultent pour cet investisseur de la réalisation des risques politiques.

40. Les règles relatives à la constitution et à la liquidation mettent en lumière une exigence de *mobilité* ; les règles relatives au traitement et à la protection mettent en lumière une exigence de *stabilité*. Ce n'est pas à dire qu'elles s'excluent mutuellement. Mais on peut supposer que, dans les relations d'investissement Nord-Nord, l'accent est placé principalement sur la mobilité, et subsidiairement sur la stabilité, et que, dans les relations d'investissement Nord-Sud, l'accent est placé principalement sur la stabilité, et accessoirement sur la mobilité. Toutefois, la stabilisation, par la voie convention-

9. Pour ne prendre qu'un exemple, la nomenclature des mouvements de capitaux qui figure en annexe I à la directive n° 88/361 CEE du 24 juin 1988 comprend treize rubriques : I. Investissements directs ; II. Investissements immobiliers ; III. Opérations sur titres normalement traités sur le marché des capitaux ; IV. Opérations sur parts d'organismes de placement collectif ; V. Opérations sur titres et autres instruments normalement traités sur le marché monétaire ; VI. Opérations en comptes courants et de dépôts auprès des établissements financiers ; VII. Crédits liés à des transactions commerciales ou à des prestations de services auxquelles participe un résident ; VIII. Prêts et crédits financiers ; IX. Cautionnements, autres garanties et droits de gage ; X. Transferts en exécution de contrats d'assurance ; XI. Mouvements de capitaux à caractère personnel ; XII. Importation et exportation matérielles de valeurs ; XIII. Autres mouvements de capitaux. On constate donc que la nomenclature comprend, notamment, des mouvements de capitaux spéculatifs, et dont le caractère fébrile exclut qu'on puisse les considérer comme des investissements.

nelle, des conditions de traitement et de protection fait que, désormais, les problèmes de la libre circulation supplantent les autres.

Section 2. Combinaison des législations et réglementations nationales

41. Il ne faisait aucun doute, jusqu'à une époque récente, que tout Etat pouvait unilatéralement édicter sa propre législation et sa propre réglementation, concernant la constitution et la liquidation des investissements internationaux à l'intérieur des limites de sa juridiction territoriale. Dans la pratique française, on distinguait, à cet égard, entre la législation ou la réglementation des changes, qui ne prenait en considération que les transferts, paiements ou règlements, soit de France à direction de l'étranger, soit de l'étranger à direction de la France, d'une part, et la législation ou la réglementation des investissements, qui prenait en compte l'opportunité ou l'inopportunité de l'opération d'investissement, soit française à l'étranger, soit étrangère en France, ainsi que les modalités de sa réalisation, d'autre part. L'ensemble de ces deux corps de règles constituait ce que l'on appelle le droit français des relations financières avec l'étranger. Or, le droit des changes et le droit des investissements ne se recouvrent pas l'un l'autre : l'un a pour objet, dans le court terme, d'éliminer les fluctuations de change ; l'autre a pour objet, dans le moyen et le long terme, de permettre une bonne utilisation des facteurs de production. Aussi a-t-on coutume, dans la pratique française, d'opposer le droit des changes — que l'on appelle aussi la réglementation monétaire, et que l'on qualifie de réglementation conjoncturelle — au droit des investissements — que l'on appelle aussi la réglementation économique, et que l'on qualifie de réglementation structurelle.

42. Une classification traditionnelle distinguait, du point de vue du traitement et de la protection, entre trois types de réglementations des investissements : les réglementations incitatives, les réglementations neutres, les réglementations dissuasives. Cette classification s'opérait à partir d'un critère unique, savoir le *traitement national*. Les réglementations neutres étaient précisément celles qui assuraient l'égalité de traitement entre investisseurs nationaux et investisseurs internationaux. En d'autres termes, les investisseurs internationaux bénéficiaient du traitement national. La réglementation ne saisissait l'investissement qu'au moment de son admission. Une fois autorisée cette admission, l'investissement international était soumis au

régime de droit commun. Cette réglementation neutre — ou de contrôle —, pratiquée par les pays développés, s'opposait, d'une part, aux réglementations incitatives et, d'autre part, aux réglementations dissuasives, les unes comme les autres pratiquées, à l'origine, par les pays en développement plus que par les pays développés. Réglementations d'incitation comme réglementations de dissuasion se caractérisaient, l'une et l'autre, par la rupture de l'égalité de traitement entre investisseurs internationaux et investisseurs nationaux. Mais cette rupture, dans un cas, jouait au bénéfice de l'investisseur international — réglementations d'incitation — et, dans l'autre cas, au préjudice de l'investisseur international — réglementation de dissuasion. Autrement dit, dans un cas, les exigences économiques l'emportaient, alors que, dans l'autre cas, les réticences politiques prévalaient. Cette classification traditionnelle — et plus théorique que pratique — n'est plus guère usitée, tous les pays, développés comme en développement, recourant désormais à la panoplie des incitations afin de promouvoir l'investissement international.

43. La législation ou la réglementation des investissements est donc constituée par l'ensemble des mesures de caractère unilatéral que peut prendre un Etat pour définir le régime de la constitution et de la liquidation des investissements des nationaux en territoire étranger, ou des étrangers en territoire national, ainsi que le régime du traitement et de la protection des investissements des étrangers en territoire national, par opposition aux investissements de nationaux en territoire étranger. Il peut donc y avoir concours de compétence entre l'Etat de nationalité de l'investisseur et l'Etat de territorialité de l'investissement, notamment pour ce qui concerne la constitution et la liquidation des investissements. Car l'Etat de nationalité de l'investisseur aussi bien que l'Etat de territorialité de l'investissement ont, dans le passé, et concurremment, fait exercice du chef de compétence fondé sur la nationalité — pour l'Etat exportateur d'investissement — et du chef de compétence fondé sur la territorialité — pour l'Etat importateur d'investissement — pour déterminer les obligations pesant sur l'investisseur au moment de la liquidation de son investissement.

44. Le concours des règles nationales qui régissent les relations financières avec l'étranger peut ainsi donner naissance à des obligations contradictoires, qui pèseront sur un seul et même investisseur, plaçant celui-ci dans l'impossibilité de satisfaire aux exigences qui résultent pour lui de l'application de ces règles concurrentes et

l'exposant par là même à la sanction pénale que définit chaque droit national. Une illustration du phénomène peut être ici donnée. L'Etat de nationalité de l'investisseur soumet à déclaration et autorisation préalables la liquidation des investissements que cet investisseur a constitués sur le territoire d'un autre Etat; et l'Etat de nationalité exige, corollairement, que les produits de la liquidation de ces investissements fassent, sans délai et en totalité, l'objet d'un rapatriement¹⁰. L'Etat de territorialité de l'investissement soumet également à déclaration et autorisation préalables la liquidation des investissements qu'a constitués l'investisseur, national d'un autre Etat, sur son propre territoire; et cet Etat ne permet qu'un expatriement échelonné des produits de la liquidation. L'investisseur se voit ainsi assujéti à des obligations contradictoires — situation d'autant plus inconfortable qu'en matière de change la violation des obligations ou prohibitions qu'édictent les textes est pénalement sanctionnée.

45. Certes, les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, élaborés dans le cadre de l'OCDE, ont été révisés en 1987 afin d'inclure une section sur les obligations contradictoires¹¹. Si cette section reconnaît bien la menace que les obligations contradictoires font peser sur l'investissement international, elle se borne à

10. Ainsi, l'article 6 du décret français n° 68.1021 du 24 novembre 1968, qui formait la base de la réglementation française des changes, disposait comme suit :

« Les résidents sont tenus de procéder au rapatriement, et, le cas échéant, à la cession sur le marché des changes, de toutes créances sur l'étranger ou sur un non-résident nées de l'exportation de marchandises, de la rémunération des services, et d'une manière générale de tous les revenus ou produits encaissés à l'étranger ou versés à un non-résident. Ils sont notamment tenus de rapatrier, et, lorsque le règlement a lieu en devises, de céder sur le marché des changes, le produit de la liquidation d'investissements directs à l'étranger et le produit des créances nées de la constitution d'investissements directs en France par des non-résidents. »

Ce texte a été abrogé par le décret n° 89.938 du 29 décembre 1989.

11. C'est dans le cadre du réexamen de 1984 de la déclaration et des décisions de 1976 que le Comité de l'investissement et des entreprises multinationales (CIME)

« a approuvé une série de considérations générales et de modalités pratiques que les pays membres sont invités à prendre en compte pour éviter ou atténuer les effets des obligations contradictoires que les pouvoirs publics imposent aux entreprises multinationales, par exemple lorsque certains textes législatifs ou réglementaires ont un caractère extraterritorial » (OCDE, 1987, *Atténuer les obligations contradictoires: les attitudes de modération et de retenue*, chap. 1, p. 7).

Voir également *L'application extraterritoriale du droit économique*, Cahiers du CEDIN (Centre de droit international, Nanterre), Monchrestien, 1987.

recommander une attitude de modération aux Etats membres, en sorte que ceux-ci évitent d'assujettir un seul et même investisseur à de telles obligations. Mais l'OCDE ne va certes pas jusqu'à considérer qu'un principe général du droit international exigerait des Etats membres que ceux-ci s'abstiennent de faire application de leurs lois nationales lorsqu'elles seraient susceptibles d'engendrer des obligations contradictoires : et c'est là donner les exactes limites de la section sur les obligations contradictoires. De plus, les obligations contradictoires qui naissent du concours des droits nationaux en matière de relations financières avec l'étranger se situent, le plus souvent, dans la configuration Nord-Sud — et, par conséquent, les Principes directeurs ne sont ici d'aucun secours.

Section 3. L'exigence de souveraineté

46. On peut prendre pour hypothèse que l'Etat sur le territoire duquel l'investisseur étranger souhaite opérer est libre d'admettre ou de ne pas admettre sur son territoire l'investissement considéré parce qu'il jouit de la souveraineté territoriale ; et que, si cet Etat prend la décision d'admettre cet investissement sur son territoire, c'est à lui qu'il appartient de définir la règle de traitement et la règle de protection qu'il entend appliquer.

I. Constitution et liquidation des investissements

47. L'Etat sur le territoire duquel l'investisseur étranger souhaite opérer peut donc, en sa souveraine discrétion, décider d'admettre ou de ne pas admettre sur son territoire l'investissement considéré.

48. Une multiplicité d'instruments internationaux confirme qu'en l'absence de toute limitation de souveraineté qu'il aurait librement consentie l'Etat demeure titulaire de ce pouvoir, et qu'il l'exerce en opportunité. La décision d'admettre ou de ne pas admettre un investissement étranger, en effet, repose plus sur des considérations d'opportunité que sur des considérations de légalité.

49. A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que le point 2 de la résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 — résolution qui, d'après la jurisprudence internationale, exprime la coutume générale, et qui, en tout cas, représente un point d'équilibre entre positions des pays développés et positions des pays en développement — confirme que les Etats sont libres « d'autoriser, de limiter ou d'inter-

dire » l'importation de capitaux étrangers qui seraient destinés à « la prospection, la mise en valeur, et la disposition des ressources naturelles », et qu'au cas où une autorisation serait accordée elle devra être régie « par la loi nationale en vigueur et par le droit international », les deux termes étant mentionnés dans cet ordre.

50. Dans le même ordre d'idée, on mentionnera la teneur des clauses d'encouragement que l'on rencontre dans les nombreuses conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements. Aux termes de la clause d'encouragement, telle qu'elle résulte de la pratique française, chacune des parties contractantes

« admet et encourage, dans le cadre de sa législation et du présent Accord, les investissements effectués, sur son territoire et dans sa zone maritime, par les ressortissants de l'autre Partie ».

La référence au cadre de la législation nationale signifie que la décision d'admettre ou de ne pas admettre l'investissement étranger relève du pouvoir souverain de l'Etat. L'engagement qu'il prend, conventionnellement, d'encourager cette admission est un engagement non contraignant, qui est dans la nature d'une déclaration politique plus que d'une obligation juridique. Ce serait, à coup sûr, beaucoup torturer la clause d'encouragement que de l'interpréter comme la proclamation d'une *open door policy* en matière d'admission des investissements étrangers.

51. Certes, l'Etat qui entend mener une politique de promotion des investissements peut consentir à des limitations de souveraineté qui réduiront l'étendue de ses pouvoirs de contrôle en matière d'admission des investissements étrangers. Il peut certainement le faire dans le cadre des engagements conventionnels, multilatéraux ou bilatéraux, qu'il déciderait à cette fin. L'évolution du droit international, au reste, est en ce sens, et la conclusion d'instruments nouveaux s'inspire plus de l'exigence de mobilité que de l'exigence de sécurité. Il peut, tout aussi certainement, le faire dans le cadre de sa législation ou de sa réglementation nationale : l'expérience montre, d'ailleurs, que certains pays, développés comme en développement, se sont engagés sur cette voie. Mais alors se pose immédiatement une question : la législation ou la réglementation nationale, qui, au regard du droit international, s'analyse en actes unilatéraux d'un Etat, est-elle susceptible de produire des effets dans l'ordre du droit international ?

II. Traitement et protection des investissements

52. C'est donc à l'Etat de territorialité de l'investissement qu'il appartient, au premier chef, de définir la règle de traitement et de protection qu'il entend appliquer aux investissements que les ressortissants d'un autre Etat seraient admis à constituer sur son territoire.

53. Les instruments internationaux qui affirment ce principe sont légion. On ne saurait s'en étonner: il s'agit là de l'expression pure et simple du principe de souveraineté. L'investissement, sous sa forme traditionnelle, suppose une implantation géographique et, ainsi, soumission à la juridiction territoriale de l'Etat souverain. Point n'est besoin de recourir à la notion de souveraineté permanente sur les ressources naturelles pour justifier l'exercice d'une compétence dont nul ne songe à nier qu'elle appartient, dans son principe, au souverain territorial.

54. A cet égard, l'article 2, paragraphe 2, lettre a), de la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats, considéré en lui-même et par lui-même, n'appelle pas de commentaire particulier, tant il semble évident que tout Etat a le droit

«de réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements, et conformément à ses priorités et objectifs nationaux».

Et l'idée que nul Etat «ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers», idée qu'exprime également le paragraphe 2, lettre a), n'a certes rien qui doive choquer. Une telle proposition, au demeurant, ne fait que refléter l'état actuel du droit international: et c'est la proposition inverse qui serait manifestement attentatoire au droit international. Les droits de l'Etat que rappelle heureusement l'article 2, paragraphe 2, lettre a), sont des attributs de sa souveraineté: on ne peut que répéter que, dans cette optique, la notion de souveraineté permanente n'y apporte ni n'en retranche quoi que ce soit.

55. Telle est bien la position qu'adopte le sentence *Topco*, à propos de cet aspect particulier du droit de la protection qui a trait à la possibilité pour l'Etat de territorialité d'édicter des mesures d'expropriation ou de nationalisation:

«l'exercice de la compétence étatique de nationaliser est considéré comme l'expression de [la] souveraineté territoriale.

Celle-ci confère [à l'Etat nationalisant] une compétence exclusive pour organiser comme il l'entend les structures économiques du pays et y introduire les réformes qui lui paraissent opportunes. C'est une prérogative essentielle de la souveraineté pour les autorités de l'Etat, qui sont chargées constitutionnellement de l'exercer, que de choisir et d'édifier librement un système économique et social.»¹²

Certes, en mentionnant cette prérogative essentielle qu'est «le droit de choisir et d'édifier librement un système économique et social», l'arbitre unique utilise le langage que reprendra l'article 1 de la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats — et que l'on peut considérer comme l'expression du principe de libre détermination en matière économique et sociale. Mais la construction même du raisonnement montre bien que la libre détermination dans le domaine économique et social s'exerce dans les limites de la souveraineté territoriale.

56. Dans l'optique de la sentence *Topco* — et, à cet égard, l'optique de la Charte n'en diffère guère —, tout Etat peut donc librement consentir à des limitations de souveraineté qui restreindraient sa capacité d'édicter la règle de traitement ou de protection applicable aux investissements étrangers. Comme le note l'arbitre unique,

«la décision d'un Etat de procéder à des mesures de nationalisation constitue l'exercice d'une compétence de droit interne, mais elle comporte des conséquences internationales dès lors que ces mesures atteignent un rapport juridique de droit international dans lequel se trouve engagé l'Etat nationalisateur»¹³.

La rédaction est d'une extrême prudence. Quelles conséquences internationales résultent de l'atteinte, par la mesure de nationalisation, à un rapport juridique de droit international? Et qu'est-ce qu'un rapport juridique de droit international dans lequel se trouve engagé l'Etat nationalisateur? Et si ce rapport juridique de droit international naît d'une manifestation plurilatérale des volontés — convention

12. Sentence *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) c. Jamahiriya arabe libyenne*, prononcée le 19 janvier 1977, et notamment par. 59. Le texte de la sentence est reproduit, en français, au *Journal de droit international*, avec un commentaire de J.-F. Lalive, intitulé «Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères» (1977, pp. 319 ss.).

13. Sentence *Topco*, par. 62, *in fine*.

internationale ou contrat d'Etat —, est-ce à dire que les mesures de nationalisation ne comportent aucune conséquence internationale dès lors qu'elles sont contraires ni à un rapport juridique de nature conventionnelle, ni à un rapport juridique de nature contractuelle? Tel n'est certainement pas le sens de la sentence *Topco*.

Section 4. Les exigences d'équité, de publicité et de stabilité

57. L'Etat sur le territoire duquel opère l'investisseur désire, à juste titre, que soient respectées les exigences de sa souveraineté. Mais il désire également attirer les investissements, parce que leur apport est nécessaire à son développement économique. Comment peut-il concilier entre eux ces impératifs, qui peuvent sembler antagoniques? Cette conciliation suppose que sa législation ou sa réglementation interne prenne en compte les préoccupations tant des investisseurs que des Etats dont ces investisseurs sont les ressortissants.

58. Les moyens de cette prise en compte sont connus: ils imposent que la législation ou la réglementation interne respecte un triple impératif d'équité, de publicité et de stabilité, faute de quoi elle ne saurait produire l'effet d'encouragement. Les Etats en sont conscients, et l'on en veut pour preuve le fait que nombre d'instruments multilatéraux, conventionnels ou non conventionnels, se font l'écho de cette préoccupation.

59. C'est ainsi que les Lignes directrices de 1992 portent témoignage de cette triple préoccupation. Le traitement dont bénéficient les investissements doit être un traitement équitable¹⁴. Chaque Etat est « invité » à publier les informations qui concernent sa législation en la matière. Et le droit interne, en toute hypothèse, doit être stabilisé, en sorte de se conformer tant au droit international conventionnel qu'au droit international non conventionnel.

I. L'exigence d'équité

60. C'est là une exigence de fond, en ce qu'elle concerne la substance de la législation ou de la réglementation interne qui va s'appliquer à l'investissement. Mais, si le terme est un terme de l'art,

14. Le texte des Lignes directrices de la Banque mondiale est publié dans I. Shihata, *Legal Treatment of Foreign Investment. The World Bank Guidelines*, Martinus Nijhoff, 1993. Voir également la « Chronique de droit international économique », *Annuaire français de droit international*, 1992, pp. 779 ss.

qui apparaît avec une grande constance dans tous les instruments consacrés à l'investissement, sa signification est loin d'être évidente. On peut toutefois faire confiance, en l'absence d'une définition qui soit acceptée de tous, aux vertus de l'étymologie. Le mot se rattache à la racine *aequus*, qui traduit l'idée d'égal partage.

61. Le traitement équitable pourrait donc s'entendre du traitement qui rend à chacun ce qui lui est dû. Or, dans une opération d'investissement, il y a trois parties prenantes: l'investisseur, l'Etat sur le territoire duquel est constitué l'investissement et l'Etat dont l'investisseur est le ressortissant. On peut donc soutenir qu'est équitable le traitement qui rend ce qui lui est dû à chacune des parties prenantes. Mais la teneur des divers codes d'investissement montre que les Etats ont, en cette matière, des conceptions qui peuvent varier considérablement. Sur ce point, on se référera utilement aux travaux préparatoires des Lignes directrices de 1992, qui contiennent un certain nombre d'études spécialisées.

62. L'une de ces études, due à la plume d'Antonio Parra, est intitulée « Principles Governing Foreign Investment as Reflected in National Investment Codes »¹⁵. Comme le note justement l'auteur, ces codes poursuivant un but d'incitation, on ne saurait s'étonner qu'ils aient été édictés par des pays en développement plutôt que par des pays développés. Ces pays se répartissent entre les grandes zones géographiques: 28 des codes sont africains, 9 asiatiques, 8 latino-américains ou caraïbes, et 6 est-européens — soit au total 51 pays.

63. Ces codes d'investissement sont analysés d'un quadruple point de vue: dispositions régissant l'admission des investissements étrangers; dispositions régissant le traitement des investissements étrangers; dispositions régissant l'expropriation; et, pour finir, dispositions régissant le règlement des différends. L'ensemble de ces dispositions affirme clairement la compétence de l'Etat de territorialité sur l'investissement. Certes, réserve est faite de l'éventuelle application du droit international. Mais la référence vise ici les traités internationaux qu'aurait conclus l'Etat qui édicte le code, et non les principes généraux du droit international.

64. Pour ce qui concerne les dispositions régissant l'*admission*, l'étude classe les codes en trois catégories, selon le degré de contrôle

15. Texte dans I. Shihata, *Legal Treatment of Foreign Investment, op. cit.*, pp. 311 ss.

qu'exerce l'Etat de territorialité. Dans une *première catégorie*, cet Etat peut exercer un pouvoir purement et simplement discrétionnaire — auquel cas la décision d'admettre ou de ne pas admettre, qui n'a pas à être motivée, est insusceptible de tout recours juridictionnel. La *deuxième catégorie* est constituée par les codes qui, tout en assujettissant l'admission à déclaration préalable et à autorisation préalable, exigent que la décision, lorsqu'il s'agit d'une décision de rejet, soit motivée, et définissent, de façon générale, les motifs qui peuvent être invoqués à l'appui de la décision de rejet. La *troisième catégorie* est constituée par les codes qui n'assujettissent l'admission qu'à des conditions formelles, et non matérielles, et qui, par conséquent, sans aller jusqu'à la liberté d'admission, allègent considérablement les procédures, préférant notamment la déclaration préalable à l'autorisation préalable.

65. Les principes et règles régissant le *traitement* permettent également d'établir trois catégories. Dans la *première catégorie* se trouvent les codes d'investissement qui ne contiennent aucune disposition d'ordre général concernant le traitement des investissements étrangers. Cette première catégorie coïncide avec la catégorie qui, du point de vue de l'admission, exige un strict contrôle tant formel que matériel. Comme le note A. Parra, cette catégorie réunit des pays en développement qui, historiquement, se sont montrés peu accueillants (« *receptive* ») pour les investisseurs étrangers. Dans la *deuxième catégorie* figurent les codes d'investissement qui disposent en faveur du traitement national de l'investissement étranger. La soumission au traitement national, toutefois, ne préjuge pas l'éventuelle application, à l'investissement étranger, des régimes préférentiels que peut définir, pour certaines catégories, la législation ou la réglementation interne, pas plus qu'elle ne permet d'étendre à l'investissement étranger les diverses préférences que pourraient stipuler, en faveur des investissements originaires de certains pays, les traités ou accords d'intégration économique conclus avec ces pays. Cette catégorie coïncide avec la catégorie qui, du point de vue de l'admission, tente de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'Etat en définissant, de façon aussi précise que faire se peut, les secteurs fermés à l'investissement étranger. La *troisième catégorie* fait appel à un principe bien connu de tous les internationalistes : il s'agit du principe de traitement juste et équitable. Mais cet appel se renferme sur lui-même, en ce que la mention du traitement juste et équitable ne s'accompagne d'aucune référence au droit international. Il n'empêche que, dans le

langage codé qui est celui du droit des investissements, la mention de traitement juste et équitable, parce qu'elle a son écho en droit international, a valeur de signe, et même de signal. Aussi ne saurait-on s'étonner de trouver la mention du traitement juste et équitable dans la catégorie des codes qui, du point de vue de l'admission, se rapprochent le plus de la libre circulation.

66. C'est peut-être à propos des principes et règles relatifs aux mesures d'*expropriation* ou de *nationalisation* que les écarts entre les codes d'investissement se révèlent les plus significatifs. Ces écarts conduisent également à l'identification de trois catégories de textes. Une *première catégorie* ne comprend aucune disposition de portée générale régissant l'expropriation ou la nationalisation des investissements étrangers. Comme le note l'auteur, s'agissant plus particulièrement des pays en développement, la plupart de ceux qui se rangent dans cette catégorie appartiennent soit à l'Afrique subsaharienne soit à l'Amérique latine. On remarque un certain degré de coïncidence entre ce groupe d'Etats et le groupe des Etats qui appliquent le traitement national à l'investisseur étranger. Une *deuxième catégorie* d'instruments, plus nombreuse, contient des dispositions qui définissent les modalités de l'indemnisation en cas d'expropriation ou de nationalisation. Les termes varient, notamment à propos du montant de l'indemnisation : indemnisation calculée d'après la « valeur » — sans qualification ; la valeur « réelle » ; la valeur « vénale » — *market value* ; indemnisation « préalable » ; ou encore, pour reprendre la formule qu'utilisent les conventions bilatérales, à propos du traitement, indemnisation loyale — « *fair* » —, indemnisation juste, ou indemnisation équitable. Ce sont, pour l'essentiel, des Etats africains qui se rangent dans cette deuxième catégorie, de loin la plus nombreuse. Enfin, la *troisième catégorie* ne réunit qu'un petit effectif, et on le comprend : il s'agit des codes d'investissement par lesquels l'Etat de territorialité s'interdit, par avance, de prendre toute mesure d'expropriation ou de nationalisation qui frapperait les investissements étrangers — dès lors, bien évidemment, que ceux-ci auraient été constitués en conformité des dispositions desdits codes. Les sept Etats que l'on trouve dans cette catégorie méritent appel nominal : en Afrique, l'Egypte et le Ghana ; en Asie, le Laos, la Mongolie, le Myamar, le Viet Nam et le Yémen. On constatera qu'il s'agit là d'Etats dont les systèmes politiques et économiques ne sont certes pas identiques, mais qui, les uns comme les autres, éprouvent un besoin pressant de financement.

67. Le choix d'un mécanisme de *règlement des différends* revêt une importance considérable. A cet égard, et une fois encore, les codes d'investissement se répartissent en trois catégories. La *première catégorie* inclut les codes qui ne prévoient aucun mécanisme particulier de règlement des différends: de l'absence de toute disposition, on peut donc légitimement déduire que les juridictions nationales sont et demeurent compétentes. La *deuxième catégorie* inclut les codes qui prévoient soumission des différends aux juridictions nationales: elle rejoint donc la catégorie précédente, la seule différence entre les deux étant que la compétence des tribunaux locaux est dans un cas implicite et dans l'autre cas explicite. C'est dans la *troisième catégorie* que l'on trouvera l'ensemble des codes qui proposent, selon l'expression de A. Parra, un « menu » complexe, dans lequel se combinent recours aux juridictions nationales et recours à l'arbitrage interne ou international. Dans cette catégorie figurent les codes qui font référence à l'arbitrage CIRDI.

68. L'analyse du contenu des codes d'investissement à laquelle s'était livré A. Parra au début de la décennie 1990 fait donc ressortir que tous les codes d'investissement ne charrient pas la même force de promotion, parce que ce contenu peut différer considérablement, de code à code. Les différences ainsi mises en lumière témoignent du degré de réalisme, ou d'irréalisme, que présentaient les droits nationaux. Expérience ou inexpérience? Il est certain que les uns sont incitatifs, les autres dissuasifs. Mais il est vrai qu'un code fortement incitatif pourrait, éventuellement, se transmuier en un code fortement dissuasif à la suite des modifications que tel ou tel pays, ensuite de bouleversements révolutionnaires, par exemple, pourrait apporter à sa législation ou à sa réglementation. Si bien qu'en définitive le caractère incitatif qui s'attache à un code, s'il dépend bien du contenu de ses dispositions, dépend aussi d'autres facteurs, et notamment de la publicité qui lui est donnée, comme de la stabilité qui s'y attache.

II. L'exigence de publicité

69. L'exigence de publicité doit être respectée, indépendamment de toute autre, car elle obéit à sa propre logique, qui est celle de la *transparence*. La transparence est en effet particulièrement nécessaire, en un domaine où les pratiques vont parfois *praeter legem*, et même *contra legem*. Il faut donc que le droit — c'est-à-dire la légis-

lation ou la réglementation en la matière — soit connu de tous, afin que chacun le respecte. Chacun, c'est-à-dire d'abord les investisseurs, mais aussi les deux États qui sont parties prenantes à l'opération d'investissement.

70. La publicité suppose donc la publication et la conservation des textes. Or, la conservation des textes peut soulever des problèmes délicats, particulièrement si l'on se trouve dans le cadre d'un pays en développement dont les moyens sont, en toute hypothèse, des plus limités, et qui peuvent pour renfort d'incertitude, être exposés à des secousses révolutionnaires, dont l'effet peut être dévastateur pour la préservation des sources du droit. Les exemples ne sont pas rares de la destruction des instruments qui le composaient. C'est la raison pour laquelle on souhaiterait que, dans le domaine du droit des investissements, fut mis un système spécial d'enregistrement qui permettrait la conservation, aussi bien des traités et accords internationaux — à l'instar du système d'enregistrement prévu par l'article 102 de la Charte des Nations Unies — que des textes de droit interne — codes d'investissement, législation ou réglementation des investissements. Il faut saluer, à cet égard, l'œuvre importante de récolement qu'ont entreprise les organisations du groupe de la Banque mondiale et, notamment, le CIRDI et l'AMGI. Il semble parfaitement opportun, de ce point de vue, que les États membres de ces organisations soient tenus à une véritable obligation de communication et d'enregistrement.

71. Et cela d'autant plus que la publicité des mesures internes poursuit un double but évident. C'est d'assurer la dissémination de l'information relative aux conditions juridiques de l'investissement dans les pays en développement. Il faut que les investisseurs, tout comme les États dont ils sont les ressortissants, puissent avoir la connaissance de ces conditions juridiques, avant que ne soient prises les décisions pertinentes, telles que décisions d'investissement, du côté de l'investisseur, ou décisions d'autorisation d'investissement, du côté de l'État dont l'investisseur est le ressortissant. Et, de plus, il faut, pour que l'investisseur et l'État dont cet investisseur est le ressortissant puissent prendre les bonnes décisions en toute connaissance de cause, qu'ils puissent comparer ces conditions juridiques avec celles qu'offrent les autres États. Aussi les instruments les plus récents, tels que les Lignes directrices de 1992, attachent-ils une grande importance à la dissémination des informations, qui doit être entière et régulière. Les informations nécessaires doivent donc être

publiées sous une forme « aisément accessible ». Une information « aisément accessible », c'est une information que l'on peut aisément se procurer ; mais c'est aussi une information aisément intelligible et, par conséquent, qui soit formulée en termes clairs et dans une langue largement utilisée — sinon en plusieurs langues largement utilisées. Tel est le prix de la transparence.

72. Mais la publicité donnée à l'information poursuit un autre but, moins évident, mais tout aussi réel. Il s'agit, pour l'Etat qui désire encourager l'investissement, de donner à sa volonté d'encouragement une manifestation empreinte de la plus grande solennité. Le choix des termes, dans cette perspective, n'est pas innocent. Un code d'investissement, voilà un instrument investi d'une autorité supérieure à celle que possède la loi ou le décret. Pour qui se souvient de la révérence qui, longtemps, a entouré, en Europe, l'œuvre de codification napoléonienne, que l'on croyait imperfectible parce que parfaite, et immuable parce que toute tentative de modification eût été une détérioration, le concept de codification est symbole de majesté — et, partant, d'intangibilité — alors que, bien évidemment, une loi de codification n'est jamais qu'une loi. Mais l'intention politique est là : en baptisant « code d'investissement » une loi ou un décret consacré à la matière des investissements, on l'élève, symboliquement, au-dessus de la loi ou du décret, et on lui confère une stature qui lui est propre, encore que sa nature juridique demeure bien celle d'une loi ou d'un décret. L'exigence de publicité rejoint ici l'exigence de stabilité.

III. L'exigence de stabilité

73. L'exigence de stabilité est peut-être celle qui revêt la plus grande importance, tant pour l'investisseur que pour l'Etat dont cet investisseur est le ressortissant. La décision d'investissement tout comme la décision d'autoriser cet investissement sont prises, par l'investisseur et par l'Etat dont cet investisseur est le ressortissant, en fonction de la législation ou de la réglementation de l'Etat d'accueil. Cette législation ou cette réglementation sont plus ou moins incitatives, plus ou moins dissuasives : mais elles sont connues, et c'est en fonction de la connaissance qu'en ont l'investisseur et l'Etat dont cet investisseur est le ressortissant que ceux-ci prendront, chacun pour ce qui le concerne, les décisions qui leur incombent. Mais, pour prendre ces décisions, ils se fonderont sur un

état donné du droit de l'Etat d'accueil. Que se passera-t-il si ce droit fait l'objet de modifications unilatérales ? Ces modifications unilatérales ne risquent-elles pas de bouleverser complètement les conditions sur lesquelles reposaient les décisions considérées ? Il suffit de poser la question pour se rendre compte que la stabilité des conditions juridiques est nécessaire à la promotion des investissements. Comment assurer cette stabilité ?

74. Il semble, a priori, que cette stabilisation de la législation ou de la réglementation du pays d'accueil ne puisse être assurée en dehors d'une manifestation de volonté de ce pays. Cette manifestation de volonté peut résulter des stipulations d'un traité ou d'un accord, par lesquelles le pays d'accueil renoncerait volontairement à exercer le pouvoir que possède tout Etat souverain de modifier unilatéralement sa législation ou sa réglementation. L'efficacité internationale de telles stipulations ne fait guère de doute. Mais, curieusement, on ne les rencontre guère dans les conventions bilatérales — ou, pour être plus précis, dans les conventions bilatérales que conclut la France. Et que se passe-t-il lorsque l'Etat d'accueil n'a conclu aucune convention bilatérale sur la promotion et sur la protection des investissements, ou lorsque les conventions bilatérales qu'a conclues l'Etat d'accueil ne contiennent aucun engagement de stabilisation ? Il semble alors que l'on doive distinguer entre deux types de situations : ou bien le code d'investissement — c'est-à-dire la législation ou la réglementation interne — contient un engagement de stabilisation, et alors il faut se demander quelle est l'efficacité internationale d'un tel engagement ; ou bien le code d'investissement ne contient aucun engagement de stabilisation, et alors il faut se demander si cette carence a pour effet de laisser l'Etat d'accueil libre d'exercer un pouvoir entier et plénier en vue de la modification unilatérale de sa législation ou de sa réglementation.

1. Cas où le code d'investissement contient un engagement de stabilisation

75. Lorsqu'un code d'investissement contient un engagement de stabilisation, on perçoit mal pour quelle raison cet engagement pourrait être privé d'efficacité internationale. A cet égard, il peut être utile, ici, de rappeler les termes de la sentence *Aminoil*¹⁶ :

16. Sentence prononcée le 24 mars 1982, par. 90. Le texte de la sentence est reproduit, en français, au *Journal du droit international*, avec un commentaire

«Egalement sur le plan du droit international, il a été prétendu que la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est devenue une règle impérative de *jus cogens*, empêchant les Etats d'accorder, par contrat ou par traité, des garanties de quelque nature que ce soit à l'encontre de l'exercice de l'autorité publique à l'égard des richesses naturelles. Cette prétention est dénuée de fondement. Si la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée des Nations Unies en 1962 doit être considérée, en raison des circonstances de son adoption, comme reflétant l'état alors existant du droit international, tel n'est pas le cas des résolutions subséquentes, qui n'ont pas été revêtues du même degré d'autorité. Même si certaines de leurs dispositions peuvent être considérées comme des règles qui reflètent la pratique internationale, *il ne serait pas possible d'en déduire l'existence d'une règle de droit international interdisant à un Etat de s'engager à ne pas procéder à une nationalisation pendant une période de temps limitée*. Il peut, en effet être éminemment utile que les Etats d'accueil aient la faculté de s'engager à ne pas nationaliser une entreprise étrangère donnée dans une période limitée, et aucune règle de droit international public ne les en empêche.»

Quelles conclusions tirer de cet extrait? Elles peuvent se résumer ainsi. Aucune règle de *jus cogens* n'interdit à l'Etat de s'engager à ne pas exercer telle ou telle compétence vis-à-vis d'un investisseur étranger. Cet engagement sort donc ses effets en droit international. Deux précisions doivent être ajoutées: d'une part, s'agissant d'un engagement de ne pas nationaliser, il est clair que cet engagement ne peut être souscrit que pour une durée limitée; et, d'autre part, quelle que soit la teneur de l'engagement — engagement de ne pas nationaliser, ou engagement autre que l'engagement de ne pas nationaliser — il est certain que cet engagement produit tous ses effets au regard du droit international, dès lors qu'il résulte soit d'un traité ou d'un accord, soit d'un contrat.

76. Ces conclusions sont-elles transposables à l'hypothèse ici considérée, dans laquelle la nature de l'engagement n'est pas pré-

de Ph. Kahn, intitulé: «Contrats d'Etat et nationalisation, les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982» (1982, p. 869). Voir également G. Burdeau, «Droit international et contrats d'Etat», *Annuaire français de droit international*, 1982, pp. 454 ss.

sée, et dans laquelle cet engagement n'est pas d'origine conventionnelle ou contractuelle, mais trouve sa source dans un code d'investissement? On ne voit aucune raison, a priori, pour que ce qui vaut à propos de l'engagement de ne pas nationaliser, qui est certes le plus grave de tous, ne vaille pas également à propos d'autres engagements, tels que l'engagement de stabiliser des conditions de traitement fiscal, par exemple. La sentence *Aminoil* le sous-entend, d'ailleurs, puisqu'elle vise les «*garanties de quelque nature que ce soit*» que l'Etat d'accueil pourrait accorder à l'investisseur, et pas seulement les garanties contre les seules mesures de nationalisation. Mais ces garanties «de quelque nature que ce soit» vont-elles produire le même effet, dans l'ordre international, selon qu'elles résultent d'un instrument bilatéral ou d'un acte unilatéral? C'est là que réside le problème que ne résout pas la sentence *Aminoil*.

77. On peut, toutefois, relever que le tribunal fournit quelques utiles indications. La sentence, notamment, souligne l'origine conventionnelle ou contractuelle de l'engagement, et elle le fait de telle manière que, ce faisant, elle outrepassse les circonstances du contentieux puisque, dans l'affaire *Aminoil*, l'engagement de ne pas nationaliser était non pas d'origine conventionnelle, mais bien d'origine contractuelle. On peut donc penser qu'il s'agit là d'une précision qui vaut règle générale: l'engagement de ne pas nationaliser ne produit des effets internationaux que si cet engagement est pris dans un cadre conventionnel ou dans un cadre contractuel. Si le tribunal arbitral s'était borné à mentionner le cadre contractuel, on aurait pu penser que c'est parce qu'il entendait placer fortement l'accent sur l'*intuitus personae*: un contrat d'Etat est une affaire importante, et l'on ne conduit pas un contrat d'Etat avec un investisseur qu'on ne connaît pas et dont les capacités restent à démontrer. Bref, l'engagement de ne pas nationaliser aurait été donné en faveur d'un ensemble d'investisseurs indéterminés. Mais l'inclusion de la source conventionnelle en tant que source de l'obligation internationale de ne pas nationaliser interdit que l'on tienne ce raisonnement et que l'on recherche dans l'*intuitus personae* l'explication et la justification de l'effet international qui s'attache à l'engagement de ne pas nationaliser. La convention bilatérale de promotion et de protection des investissements, qui, selon toute vraisemblance, fournit le fondement conventionnel de l'engagement de ne pas nationaliser, est en effet un acte concerté de portée générale, conclu entre Etat de territorialité et Etat de nationalité pour fournir un cadre juridique à l'ensemble des

opérations d'investissement qu'il recouvre, et non pas à telle ou telle opération d'investissement déterminée.

78. On en tirera donc la conclusion que l'engagement de ne pas nationaliser peut valablement trouver son origine dans un acte de portée générale, et pas seulement dans un acte de portée individuelle. Dès lors, on doit se demander si ce qui est vrai de la convention, sur le plan international, pourrait se vérifier à propos du code d'investissement, sur le plan interne. La question peut sembler absurde : une convention internationale produit des effets internationaux parce que, précisément, elle est une convention internationale. Les effets internationaux que produit une convention internationale, elle les produit, en principe, entre les Etats qui l'ont conclue. En d'autres termes, l'engagement de ne pas nationaliser, c'est d'abord un engagement qu'un Etat prend vis-à-vis d'un autre Etat. Mais la convention bilatérale de promotion et de protection des investissements est conçue pour créer des droits individuels que les tribunaux arbitraux doivent sauvegarder. L'engagement de ne pas nationaliser, c'est donc, aussi et surtout, un engagement que chaque Etat contractant prend vis-à-vis des investisseurs, ressortissants de l'autre Etat contractant. Telle est la tendance du droit des investissements, qui, de plus en plus, prend en compte les droits des investisseurs et considère, dès lors, que ces droits doivent être égaux, sans qu'il y ait lieu de se demander si l'égalité de leurs droits est ou n'est pas affectée par le comportement des Etats. A cet égard, y a-t-il véritablement une raison autre que celles qui découlent de la technique juridique, pour poser en principe que l'engagement de stabilité pris par l'Etat d'accueil est un engagement de force variable, selon qu'il résulte soit d'une convention internationale, soit d'une législation ou d'une réglementation interne ? On peut penser qu'une telle solution irait contre l'évolution du droit international, tant sur le plan formel, en raison de l'attention de plus en plus grande portée à l'acte unilatéral, que sur le plan matériel, en raison de la volonté d'assurer aux investisseurs une égale protection du droit.

2. Cas où le code d'investissement ne contient aucun engagement de stabilisation

79. Le problème se pose, a priori, de façon différente, lorsque le code d'investissement ne contient aucun engagement de stabilisation. Ces engagements ne peuvent guère se présumer et l'on peut par

conséquent, a priori, en déduire que l'Etat qui a édicté le code n'entendait pas souscrire à de tels engagements. On posera pour hypothèse que les conditions que le code offre aux investisseurs ne valent que pour autant que ce code ne subit pas de modifications. S'il est modifié, les conditions nouvelles qu'il définit s'appliqueront donc tant aux investissements constitués postérieurement qu'aux investissements constitués antérieurement. En bref, on se trouverait dans l'ordre interne, et l'acte unilatéral qu'est le code d'investissement ne serait pas susceptible d'effets internationaux.

80. Le problème néanmoins peut être posé en d'autres termes. L'arbitre unique, dans l'affaire *Topco*, notait que certains actes unilatéraux des Etats « comportent des conséquences internationales » dès lors que ces actes portent atteinte à un « rapport juridique de droit international » dans lequel se trouveraient engagés ces Etats¹⁷. On peut transposer cette constatation à la matière considérée. Les actes unilatéraux que sont les codes d'investissement créent-ils « un rapport juridique de droit international » ? Si tel est le cas, quels sont les Etats qui se trouvent engagés dans ce rapport juridique de droit international ? Les Etats qui s'y trouvent engagés peuvent-ils y porter atteinte, et, s'ils le font, quelles sont alors les « conséquences internationales » qui découlent de cette atteinte ?

A. Codes d'investissement et « rapport juridique de droit international »

81. Un code d'investissement, acte unilatéral d'un Etat souverain, pourrait-il fournir sa base à un « rapport juridique de droit international » ? Il faut, d'entrée, écarter l'hypothèse dans laquelle le rapport juridique de droit international naît à l'occasion de la publication d'un code d'investissement, mais sans que ce dernier constitue la « base » du rapport juridique dont il s'agit. Cette hypothèse se présentera lorsque la publication du code permettra de constater le rapprochement des conceptions entre l'Etat qui édicte ce code et les Etats auxquels sa publication est destinée. En effet, un tel rapproche-

17. Par. 62 :

« Ainsi la décision d'un Etat de procéder à des mesures de nationalisation consitue l'exercice d'une compétence de droit interne, mais elle comporte des conséquences internationales dès lors que ces mesures atteignent un rapport de droit international dans lequel se trouve engagé l'Etat nationalisateur. »

ment ouvre la voie à des négociations internationales, qui aboutiront à la conclusion d'un certain nombre de conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements. Ces conventions bilatérales sont, certes, des instruments internationaux et créent des rapports juridiques de droit international entre parties contractantes. Ces rapports juridiques ne se fondent pas sur le code d'investissement ; ils se fondent sur la commune volonté des Etats, volonté dont il est apparu qu'elle pouvait se manifester à l'occasion de la publication du code d'investissement. L'hypothèse ici posée est différente. Il y a eu, certes, rapprochement des conceptions. Mais, pour des raisons juridiques ou politiques, l'ouverture de négociations en vue de la conclusion d'une convention bilatérale ne peut être envisagée. Est-il concevable qu'en dehors de la conclusion de cette convention bilatérale puisse se nouer un rapport juridique de droit international entre Etat de territorialité — qui publie le code — et l'Etat de nationalité — auquel la publication de ce code est destinée ? Le code d'investissement, en d'autres termes, peut-il fournir l'un des fils qui permettront de nouer cette relation ? Un code d'investissement, acte unilatéral d'un Etat, peut-il donner sa base à un « rapport juridique de droit international » ? On soutiendra ici que la réponse à cette question dépend essentiellement du comportement que vont adopter les Etats, y compris ceux auxquels la publication de ce code est destinée. Si ces derniers, du fait de la publication du code, modifient leur comportement en sorte de tenir compte de cette publication, alors, semble-t-il, on peut envisager que se noue un « rapport juridique de droit international », et que ce rapport juridique trouve sa base dans le code d'investissement.

82. De quel type de comportement peut-on déduire que l'Etat auquel est destinée la publication du code d'investissement entend désormais, dans ses relations économiques, tenir compte de cette donnée nouvelle ? Il semble bien que la réunion de trois conditions soit ici nécessaire. En premier lieu, il faut que l'Etat destinataire modifie son comportement. En deuxième lieu, il faut que cette modification du comportement de l'Etat destinataire soit dans une relation de causalité avec la publication du code d'investissement. En troisième lieu, il faut que la modification du comportement de l'Etat destinataire constitue une réponse adéquate à la publication du code d'investissement, c'est-à-dire qu'elle réponde effectivement à la préoccupation de l'Etat qui édicte ce code. Si ces trois conditions sont réunies, on voit alors apparaître la corrélation entre les intentions

des deux Etats, corrélation que mettent en évidence les comportements que l'un et l'autre ont adoptés successivement. Avant de se demander quelles conséquences juridiques sont susceptibles d'en découler, on tentera de donner quelques indications sur le type de comportement ici envisagé.

83. On pensera, tout d'abord, à la règle de change de l'Etat exportateur de capitaux — c'est-à-dire de l'Etat dont l'investisseur est le ressortissant. On sait, en effet, que les restrictions de change qui pèsent sur les transferts à direction de l'étranger peuvent paralyser la constitution des investissements à l'étranger, dans la mesure où ces restrictions s'appliquent tant aux paiements courants qu'aux mouvements de capitaux. L'élimination, par un Etat, des restrictions de change qui paralysent la constitution d'investissements à l'étranger constituerait certainement une modification du comportement de cet Etat, dans la mesure où elle permettrait de promouvoir des flux nouveaux d'investissements à destination de tel ou tel autre Etat qui se serait doté à cette fin d'un code d'investissement. Mais c'est là une hypothèse d'école. L'élimination des restrictions de change par les pays développés est chose faite, et les investisseurs, ressortissants de ces pays, sont donc libres de choisir leur stratégie d'implantation internationale. Certes, on observe, de temps en temps, que tel ou tel pays développé fait défense à ses ressortissants de constituer investissement dans tel ou tel pays en développement. Mais cette prohibition, en règle générale, constitue l'application d'une politique de sanctions internationales vis-à-vis d'un Etat qui s'est rendu coupable de graves manquements à ses obligations internationales. La levée de ces sanctions ne saurait donc revêtir la signification particulière que l'on vient d'évoquer.

84. C'est ainsi plutôt du côté de la mise en œuvre des garanties d'investissement qu'il faut se tourner. On sait comment se définit la garantie. C'est un mécanisme qui permet de transférer de l'investisseur à un organisme spécialisé, créé soit dans le cadre interne, soit dans le cadre international, la charge des sinistres politiques qui frappent l'investissement, moyennant le paiement d'une prime par l'investisseur à l'organisme de garantie. Parce qu'elle décharge l'investisseur des conséquences d'un risque catastrophique, celui qui résulte du sinistre politique, la garantie passe pour être un instrument d'incitation à l'investissement. Aussi bien tous les pays développés ont-ils mis sur pied, dans leur cadre interne, leurs propres mécanismes de garantie afin d'inciter leurs investisseurs à suivre une

politique d'implantation internationale, dont on assure qu'en définitive elle favorisera le développement de l'économie nationale. C'est le cas, notamment, de la France, qui, au début de la décennie 1970, a mis sur pied son propre mécanisme de garantie — système qui accusait une très forte originalité à l'époque, par la distinction qu'il faisait entre garantie des investissements commerciaux et garantie des investissements industriels.

85. Or, le système français de garantie, qui est administré sur fonds publics, a trouvé son origine dans deux lois successives, qui, l'une et l'autre, présentent le caractère de lois de finances¹⁸. L'article 26 de la loi n° 71.1025 du 24 décembre 1971¹⁹ est ainsi rédigé :

«Le ministre de l'Economie et des Finances est autorisé à donner, cas par cas, la garantie de l'Etat pour des opérations d'investissement à réaliser par des entreprises françaises en territoire étranger, lorsque les investissements en cause présentent un intérêt certain pour le développement de l'économie française et auront été agréés.

Le ministre de l'Economie et des Finances détermine les conditions et les modalités de cette garantie, dont l'octroi est subordonné, dans le cas de pays étrangers qui ne sont pas liés au Trésor français par un compte d'opérations, à la *conclusion préalable d'un accord sur la protection des investissements.* »

Et l'article 14 de la loi n° 73.1128 du 21 décembre 1973²⁰, qui complète ce dispositif, ajoute aux dispositions de l'article 26, précité, les deux paragraphes qui suivent :

«Le ministre de l'Economie et des Finances pourra accorder des dérogations à la condition de conclusion préalable d'un accord de protection des investissements, notamment *lorsque le pays concerné n'accepte pas, de façon générale, de signer de*

18. La loi de finances, en droit français, s'entend de toute mesure législative qui a pour objet de déterminer la nature, le montant et l'affectation des ressources et charges de l'Etat; elle autorise la perception des impositions de toute nature et les dépenses des divers organes de l'Etat. Il y a trois sortes de lois de finances: le budget (annuel), les lois de finances rectificatives et la loi de règlement (annuelle). Voir Constitution du 4 octobre 1958, art. 34 et 47. Le système français de garantie entraînant un accroissement des charges du Trésor public, son existence découle donc nécessairement d'une loi de finances. Voir P. Juillard, «Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France», *Journal du droit international*, 1979, pp. 274 ss.

19. Loi de finances rectificative pour 1971, *JORF*, 22 décembre 1971.

20. Loi de finances rectificative pour 1973, *JORF*, 23 décembre 1973.

telles conventions internationales, tout en accordant un traitement satisfaisant aux investissements étrangers.

Toutefois, quand, tant lorsqu'une convention internationale existe que dans le cas de dérogation, la garantie sera mise en jeu, le gouvernement est autorisé à prélever le montant correspondant à ladite garantie sur les crédits d'aide à verser au pays concerné. »

86. Ces deux dispositions, lorsqu'on les combine entre elles, montrent que, du point de vue de la garantie, les pays partenaires sont classés par la France en trois catégories. La *première catégorie* est constituée par les pays qui appartiennent à la zone franc²¹. Ces pays sont éligibles de plein droit à la garantie, et sans qu'il soit nécessaire pour eux de conclure avec la France des conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements. La *deuxième catégorie* est constituée par les pays qui n'appartiennent pas à la zone franc, mais qui ont conclu avec la France une convention bilatérale de promotion et de protection des investissements. Ces pays deviennent éligibles de plein droit à la garantie, dès lors que cette convention a été conclue. La *troisième catégorie* est constituée par les pays qui n'appartiennent pas à la zone franc et qui, pour des raisons de principe, n'acceptent pas de conclure — ni avec la France, ni avec aucun autre pays — des conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements. Ces pays peuvent être élus à la garantie, dès lors qu'ils bénéficieront d'une dérogation qui leur sera accordée par le ministre français de l'Economie et des Finances. Et la considération déterminante sur laquelle se fondera ledit ministre, pour accorder ou ne pas accorder cette dérogation, tient au caractère du traitement accordé aux investissements étrangers: si ce traitement est satisfaisant, la dérogation sera accordée; si ce traitement n'est pas satisfaisant, la dérogation ne sera pas accordée. On notera qu'*au cas de mise en jeu de la garantie* le Gouvernement français n'est pas autorisé à prélever les montants appelés

21. La zone franc est constituée par les Etats dont les instituts d'émission sont liés au Trésor français par une convention de compte d'opérations. Elle comprend la France, les sept Etats membres de l'Union monétaire ouest-africaine (Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Mali, Niger, Sénégal, Togo), les six Etats membres de l'Union monétaire centrafricaine (Cameroun, Centrafrique, Congo, Gabon, Guinée équatoriale, Tchad) et les Comores — soit, au total quinze Etats (cf. G. Burdeau, «L'exercice des compétences monétaires par les Etats», *RCADI*, tome 212 (1988-V), pp. 333 ss.

sur les crédits d'aide qu'il verse aux pays de la première catégorie, alors que, s'agissant des pays de la deuxième et de la troisième catégorie, il peut procéder à cette compensation.

87. On s'arrêtera quelques instants sur le cas des pays qui bénéficient d'une dérogation du ministre de l'Economie et des Finances. Il s'agit donc de pays qui n'appartiennent pas à la zone franc et n'acceptent pas de conclure des conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements. Ces pays n'en accordent pas moins un traitement « satisfaisant » aux investisseurs étrangers. Ce traitement « satisfaisant » ne résulte pas d'instruments conventionnels, puisque ces pays n'acceptent pas d'en conclure avec quelque partenaire que ce soit ; puisqu'il ne résulte pas d'instruments conventionnels, il ne peut, dès lors, que résulter des actes unilatéraux qu'édicte le pays considéré — en bref, de son code d'investissement. On constate ainsi que se noue comme une sorte de dialogue muet entre le pays importateur d'investissements — celui qui publie le code — et le pays exportateur d'investissement — celui auquel est destinée la publication de ce code. En d'autres termes, le comportement du pays importateur a un effet direct sur le comportement du pays exportateur. Ce qui signifie, en clair, que le pays auquel était destinée la publication du code d'investissement a bien manifesté qu'il entendait désormais, dans ses relations économiques, tenir compte de cette donnée nouvelle que constituait la publication du code. S'ensuit-il qu'un « rapport juridique de droit international » se soit noué entre les deux Etats ?

88. Pour répondre à cette question, on se référera tout naturellement aux principes qu'a dégagés la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Essais nucléaires*²², puisque cet arrêt fournit les bases d'une théorie générale de l'acte unilatéral en droit international. Un acte unilatéral est toujours un acte unilatéral, quels que soient sa forme et son fond, son texte et son contexte. Peut-on ici utiliser la méthode de la transposition, que l'on a critiquée ailleurs ? Pour en décider, encore faut-il rappeler la teneur des arrêts de 1974. Aux termes du paragraphe 46,

22. *Australie c. France et Nouvelle-Zélande c. France*. Les différences entre ces deux requêtes sont cause que les deux affaires n'ont pas été jointes, et que la Cour rendra deux ordonnances, le 22 juin 1973, et deux arrêts, le 20 décembre 1974. Les deux arrêts du 20 décembre 1974 sont très proches l'un de l'autre par leur rédaction. Les extraits reproduits au texte sont empruntés au texte de l'arrêt rendu dans l'affaire *Nouvelle-Zélande c. France*.

« il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. *Quand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes*, cette intention confère à sa position le caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. *Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, mené hors du cadre des négociations internationales, a un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que les déclarations prennent effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'Etat s'est prononcé.* »

89. Cet extrait, qui constitue la base de la théorie juridique des actes unilatéraux, mérite qu'on s'y arrête. On peut, en effet, y distinguer trois éléments. *Premier élément* : la Cour trace une distinction implicite entre deux types d'actes unilatéraux — d'une part, les actes unilatéraux qui créent des obligations juridiques, d'autre part, les actes unilatéraux qui ne créent pas d'obligations juridiques. Et la Cour propose deux critères, qui s'appliquent cumulativement, pour distinguer entre ces deux types. Un critère tient à la publicité que l'Etat qui l'édicte donne à l'acte unilatéral ; l'autre critère tient à la volonté qu'exprime cet Etat, en édictant l'acte unilatéral, de se soumettre à une obligation juridique. *Deuxième élément* : cette obligation juridique est souscrite par un Etat — l'Etat qui émet la déclaration unilatérale. Mais souscrire une obligation juridique, c'est la souscrire vis-à-vis d'un destinataire : dès lors que l'on se lie juridiquement, ce ne peut être que par rapport à un sujet de droit, c'est-à-dire un titulaire éventuel de droits. Dans l'affaire des *Essais nucléaires*, il y a, d'ailleurs, pluralité de destinataires, et l'engagement unilatéral est adressé à plusieurs bénéficiaires. Ces bénéficiaires sont d'autres Etats : ce qui signifie que l'obligation juridique qui naît de la déclaration unilatérale est une obligation de droit international. La Cour le dit bien, au reste, en constatant que, pour « déterminer la nature » des déclarations considérées, il faut élucider

«leur portée sur le plan international»²³. *Troisième élément*: les actes unilatéraux, qui, à raison de leurs caractéristiques, sont susceptibles de créer des obligations juridiques de droit international vis-à-vis des destinataires auxquels ils s'adressent, créent ces obligations juridiques indépendamment de toute «contrepartie» de ces destinataires, précisément parce que ces actes sont unilatéraux. A cet égard, il en va des actes unilatéraux, en droit international, comme il en va des contrats unilatéraux en droit français: la prestation n'est à la charge que de celui qui s'engage unilatéralement; elle n'appelle pas de contre-prestation. Par conséquent, même si les destinataires ne modifient nullement leur comportement en fonction de cet acte unilatéral. L'action n'exige pas de réaction; l'acte n'a pas besoin d'être acté. Comme le souligne la Cour, la nature «strictement» unilatérale de l'acte par lequel l'Etat s'est «prononcé», et donc engagé, exclut toute bilatéralisation, ou toute multilatéralisation: il ne s'agit pas ici, comme en matière contractuelle, d'une offre, qui, selon les cas est ou n'est pas suivie d'une acceptation de cette offre; et, à cet égard, la comparaison entre l'acte unilatéral, en droit international, et le contrat unilatéral, en droit français, rencontre vite ses limites.

90. L'acte unilatéral d'un Etat, lorsque cet acte est édicté avec la publicité et la solennité souhaitables, et lorsque la teneur de cet acte comme les circonstances de son édicition manifestent la volonté de l'Etat de s'engager unilatéralement, peut donc le rendre débiteur d'une obligation internationale. Mais quelle est la force de cette obligation? On sait comment se définit l'obligation en droit interne: c'est un lien de droit entre créancier et débiteur, en vertu duquel le créancier peut contraindre le débiteur à exécuter une prestation, et, notamment, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Une telle définition peut-elle être transposée du droit interne au droit international? En droit interne, l'obligation peut faire l'objet d'une exécution forcée, le cas échéant par la contrainte — ce qui, bien évidemment, suppose un fort degré d'intégration juridique. Il est donc clair que le concept d'obligation ne peut revêtir la même signification en droit interne et en droit international, puisque l'exécution forcée de l'obligation internationale demeure exceptionnelle. On se bornera donc ici à définir l'obligation internationale comme le lien de droit en vertu duquel une personne de droit international peut rechercher la responsabilité d'une autre personne de droit international, en cas d'inexécu-

23. Arrêt, par. 46, p. 472.

tion de cette obligation internationale. Il faudrait donc en déduire que, lorsque l'Etat qui a manifesté sa volonté de s'engager par un acte unilatéral adopte un comportement incompatible avec cet engagement, cet Etat engagerait sa responsabilité internationale vis-à-vis de l'ensemble des destinataires de cet acte unilatéral. Telle serait la portée de l'«*effet obligatoire*» qui s'attache à l'acte unilatéral, et que la Cour souligne dans le paragraphe 46 des arrêts précités.

91. Mais les arrêts du 20 décembre 1974, qui constituent néanmoins la source principale du droit de l'acte unilatéral, n'en dégagent pas les conséquences avec la clarté et la netteté que l'on aurait souhaitées. Qu'on en juge plutôt:

«L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. Tout comme la règle de droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assuré par la déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les Etats peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles; ils sont fondés d'exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée.»

Si l'on comprend bien le langage que tient la Cour, le principe de la bonne foi n'est que l'un des principes qui concourent à «la création et à l'exécution» des obligations juridiques. Ce principe, toutefois, se trouve à la base tant des obligations conventionnelles que des obligations non conventionnelles. S'agissant des obligations conventionnelles, il se traduit par la règle *pacta sunt servanda*. En d'autres termes, à la racine de toute obligation, conventionnelle ou non conventionnelle, se retrouve le principe de la bonne foi. Mais ce principe joue de façon différente, selon que l'obligation est assumée unilatéralement, ou plurilatéralement. Comment s'exprime cette différence?

92. La Cour livre ici un indice précieux. Un engagement unilatéral «ne saurait être interprété comme ayant comporté l'invocation d'un pouvoir arbitraire de révision»²⁴. Ce *dictum* mérite quelque explication. Ce qui distingue le plurilatéral de l'unilatéral, c'est que,

24. Arrêt, par. 53, p. 475.

d'un côté, l'on ne peut concevoir de «révision» unilatérale, alors que l'on peut admettre que ce qui a été fait unilatéralement puisse être défait unilatéralement. Un traité, qu'il soit bilatéral ou multilatéral, «lie les parties», et ne saurait partant être modifié que d'accord commun entre elles. Il n'en va pas de même d'un acte unilatéral, qu'édicte un Etat dans l'exercice de ses compétences souveraines; cet Etat peut toujours, dans le cadre de son ordre interne, procéder aux modifications qu'il estime opportunes de sa législation et de sa réglementation nationales. Toute la question est alors de savoir si ces modifications entraînent ou n'entraînent pas des conséquences internationales. A cet égard, les arrêts de 1974 livrent une clé aisément décelable: le pouvoir de révision ne saurait être «arbitraire». En raisonnant *a contrario*, cela signifie que l'Etat qui édicte un acte unilatéral, et même si cet acte unilatéral manifeste sa volonté de s'engager internationalement, ne se prive pas, de ce seul fait, de tout pouvoir de révision: il s'interdit simplement toute révision «arbitraire». La révision «arbitraire» c'est celle qui ne dépend d'aucune justification; et, par conséquent, dès lors que la révision de l'acte unilatéral serait susceptible de justification par l'Etat qui y procéderait, on peut penser qu'elle n'aurait aucune conséquence internationale. A titre d'exemple, et pour rester dans le domaine du droit des investissements, un Etat édicte un code des investissements par lequel il s'interdit de procéder à toute mesure d'expropriation ou de nationalisation: cet Etat ne procède pas à une révision «arbitraire» de son code s'il ménage, par la suite, la possibilité de saisir les biens des ressortissants des Etats qui, eux-mêmes, auraient procédé à des mesures d'expropriation ou de nationalisation de caractère discriminatoire ou confiscatoire.

93. Ainsi se dessine une graduation dans l'obligation. L'obligation qui est assumée par voie conventionnelle lie les parties; elle ne saurait faire l'objet de modifications, sauf accord desdites parties. L'obligation qui est assumée par voie unilatérale engage celui qui la souscrit; elle pourrait faire l'objet d'une révision, dès lors que cette révision ne serait pas arbitraire. Mais le pouvoir de révision rencontre ses limites. Donner et retenir ne vaut, disait l'ancien droit français. Et l'obligation est nulle lorsqu'elle a été contactée sous une condition protestative de la part de celui qui s'engage, rappelle l'article 1174 du Code civil français. Il s'agit là de principes que l'on retrouve dans tous les systèmes de droit — en bref, «de principes généraux de droit communs aux nations civilisées».

B. Codes d'investissement et comportement des Etats: formation d'un rapport quasi conventionnel?

94. Une question importante est celle de l'incidence, sur la formation de l'obligation internationale, du comportement des destinataires de l'acte unilatéral qu'édicte un Etat. Les destinataires de cet acte doivent-ils, par la modification de leur comportement, manifester qu'ils tiennent compte des changements politiques ou juridiques intervenus, pour que l'acte unilatéral qui entraîne ces changements sorte ses effets sur le plan international?

95. Le raisonnement de la Cour internationale de Justice, dans les arrêts de 1974, est clair:

«Aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure, ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'Etat s'est prononcé.»²⁵

On observera que, compte tenu de la généralité des termes qu'utilise la Cour, cette solution s'impose quelle que soit la teneur éventuelle de la «contrepartie», de l'«acceptation ultérieure», de la «réplique» ou de la «réaction» des autres Etats. S'agissant, notamment, de leur «réplique» ou de leur «réaction», celle-ci pourrait être tout aussi bien positive que négative. Mais cela ne saurait avoir d'incidence sur l'engagement qu'a pris l'Etat qui édicte l'acte unilatéral, puisque c'est dans l'acte unilatéral que se trouve la racine de son obligation, et que, par voie de conséquence, celle-ci sort ses effets internationaux indépendamment de toute «réplique» ou «réaction» des Etats destinataires, individuellement ou collectivement.

96. Si l'on transpose ce raisonnement à la matière du droit des investissements, on aboutit alors à la conclusion que c'est dans le code, acte unilatéral, que se trouverait la racine de l'obligation internationale qui pèse sur l'Etat que lie ce code. Il en irait ainsi quelle que soit la réaction que suscite ce code vis-à-vis des pays exportateurs d'investissement. Or cette réaction peut être soit positive — si le code est incitatif — soit négative — si le code est dissuasif. Si la réaction est positive, cela signifie que les pays exportateurs d'investissement vont modifier leur comportement, plus particulièrement en

25. Arrêt, par. 45, 46, p. 472.

accordant leur garantie à ceux de leurs ressortissants qui désireraient constituer investissement conformément aux dispositions du code considéré. Si la réaction est négative, cela signifie que les pays exportateurs d'investissement s'abstiendront de placer l'Etat qui a édicté ce code au rang des pays qui sont susceptibles de bénéficier de leur système de garantie. Mais, d'après la Cour, cette distinction, pour ce qui concerne les effets internationaux de l'engagement international qui résulte de l'acte unilatéral, ne s'en trouverait en aucune manière affectée.

97. On voit, d'après cette transposition, que la solution n'est pas des plus heureuses. On peut en effet estimer que le droit international ne doit pas se montrer indifférent à l'amélioration du climat international, parce que cette amélioration est de nature à favoriser les progrès de ce même droit international. Est-ce que tel sera le cas si le droit international considère d'un œil égal le code d'investissement qui se veut incitatif, et qui essaie d'attirer les investisseurs étrangers en leur montrant qu'en matière de traitement et de protection il s'en remettra à la pratique optimale — la « best practice » de la Banque mondiale —, d'une part, et le code d'investissement qui, volontairement ou involontairement, propose des solutions, notamment en matière de règlement des différends, risquant d'être regardées comme dissuasives par les investisseurs étrangers, d'autre part ? Si l'un et l'autre sont placés sur le même pied, alors on peut se demander quelle raison il y aurait d'améliorer la qualité des codes dont les effets internationaux seraient identiques, alors même que leur teneur serait, dans tel cas, incitative et, dans tel autre cas, dissuasive ? N'y aurait-il pas avantage à marquer clairement la différence entre les uns et les autres, en sorte que les pays importateurs d'investissements dont la pratique ne satisfait plus aux exigences de la concurrence internationale le sachent et bénéficient de toute latitude pour améliorer leur législation ou leur réglementation en cette matière ? Et cette différence ne serait-elle pas clairement marquée dès lors que, pour déterminer les effets internationaux d'un code d'investissement, il y aurait lieu de prendre en considération les « réactions » que suscite ce code de la part des Etats qui en sont — au moins autant que les investisseurs — les véritables destinataires ?

98. Et n'est-ce pas, au fond, ce que souhaitent les pays importateurs d'investissements, en proie à une concurrence internationale qui ne cesse de s'aviver, et qui sont dès lors amenés à consentir des conditions de traitement et de protection toujours plus favorables,

sans qu'aucun critère précis ne vienne marquer les limites entre l'équitable et l'inéquitable ? Un Etat qui édicte un code d'investissement le fait, en principe, pour encourager, et non pour décourager les investisseurs. Le code d'investissement est, par beaucoup d'aspects, un instrument de séduction. Cet instrument, il faut le répéter, s'adresse aussi bien aux investisseurs qu'aux Etats dont ces investisseurs sont les ressortissants. Le code est une sollicitation, peut-être même une pollicitation. C'est un acte unilatéral. Mais l'Etat qui l'édicte s'adresse aux autres Etats ; et, en s'adressant à eux, il attend qu'ils modifient leur comportement pour tenir un juste compte du signal qui leur est adressé. On pourrait dire, sans forcer le trait, qu'il y a, dès lors, une offre et une acceptation de l'offre. Et c'est en ce sens qu'il n'est pas inexact d'évoquer la notion de pollicitation — puisque, dans la tradition romaniste, la pollicitation c'est l'offre de contracter que l'un fait à l'autre. On voit, ainsi, dès lors, que la théorie juridique de l'acte unilatéral, telle que la dessinent à grands traits les arrêts du 20 décembre 1974, n'est pas adaptée à la matière. L'acte unilatéral, parce qu'il est unilatéral, est envisagé, en lui-même et par lui-même, indépendamment de son contexte politique et juridique, et c'est ce qui fait que, précisément, il ne peut tirer sa force obligatoire, au regard du droit international, que de lui-même. Le code d'investissement est certes un acte unilatéral, et, en tant que tel, il ne peut pas ne pas comporter engagement international, si sont réunies à cet effet les conditions posées par les arrêts du 20 décembre 1974. Mais cet acte unilatéral est un encouragement à l'investissement, c'est-à-dire une offre faite, tout à la fois, aux investisseurs et aux Etats dont ces investisseurs sont les ressortissants. Comment le droit international pourrait-il refuser de prendre en considération cette évidence, qu'une offre n'est jamais faite qu'en vue de l'acceptation de cette offre ? C'est là une évidence, et la constatation de cette évidence ne peut conduire qu'au dépassement, en cette matière, de la théorie juridique des actes unilatéraux. Le code d'investissement est un acte unilatéral ; mais c'est plus qu'un acte unilatéral. Si doivent par conséquent s'y attacher les effets internationaux qui s'attachent à l'acte unilatéral, doivent donc aussi s'y attacher des effets internationaux autres que ceux qui s'attachent à l'acte unilatéral.

99. Naturellement, si l'on pense que le code d'investissement est plus qu'un acte unilatéral, en ce qu'il se présente comme une offre, alors il faut tenter de déterminer quelles conséquences juridiques

s'attacheraient au code d'investissement qui ne seraient pas les conséquences juridiques qui s'attachent à l'acte unilatéral. On entre ici dans la conjecture, et ce d'autant que les arrêts du 20 décembre 1974, qui fournissent sa base à la théorie juridique des actes unilatéraux, n'abordent pas ce problème. Mais, parce que l'on entre dans la conjecture, il est possible d'explorer des pistes — tout en sachant qu'une exploration peut être dénuée de toute utilité.

100. Il n'est pas possible de ne pas adopter, comme point de départ de cette exploration, l'idée que le code d'investissement est un acte unilatéral et que, par suite, il produit les effets juridiques qui, au regard du droit international, s'attachent à un acte unilatéral. Par conséquent, le code d'investissement ne saurait faire l'objet d'une «révision arbitraire», et ce à quelque moment que ce soit. On peut en déduire que, tant que l'offre que constitue le code d'investissement n'a pas fait l'objet d'une acceptation de la part des autres Etats, isolément ou collectivement, cette offre ne peut être ni modifiée ni retirée — tout au moins pendant un délai raisonnable. L'Etat qui modifierait ou qui retirerait l'offre qu'il aurait ainsi faite méconnaîtrait, en effet, le caractère qui s'attache, en droit international, à l'acte unilatéral.

101. Mais le code d'investissement se veut également une incitation, et l'on ne peut pas tenir compte de ce que, conçu comme une offre, il a pour objet de susciter une «réplique» ou une «réaction» de la part des Etats auxquels il s'adresse. Le code, à cet égard, s'il vaut bien engagement international de la part de l'Etat qui l'édicte, ne doit pas être considéré en lui-même et par lui-même, indépendamment des «répliques» ou des «réactions» qu'il provoque. Certes, on pourrait considérer que chacune de ces «répliques» ou «réactions», parce qu'elle est elle-même un acte unilatéral, tire sa force obligatoire de la volonté de s'engager internationalement que manifeste l'Etat qui, par sa «réplique» ou sa «réaction», se détermine ainsi vis-à-vis du code. Ce serait là ne tenir aucun compte de ce que l'opération d'investissement est une opération complexe, et qui crée un ensemble de rapports juridiques entre les trois protagonistes : l'investisseur, l'Etat dont cet investisseur est le ressortissant et l'Etat sur le territoire duquel l'investissement est constitué.

102. On est donc conduit à penser qu'un rapport de droit se crée entre les deux Etats protagonistes, et ce bien que ce rapport ne se traduise pas par la conclusion d'une convention bilatérale entre l'un et l'autre. On serait tenté, ici comme ailleurs, de se référer aux catégo-

ries du droit interne et de penser qu'il existe, en droit international, des quasi-conventions, comme il existe en droit français des quasi-contracts, c'est-à-dire des situations dans lesquelles le fait d'un sujet de droit crée des obligations soumises à un régime proche de celui de la convention internationale ou du contrat interne, encore qu'il n'y ait eu ni convention ni contrat. Ces situations quasi conventionnelles, fréquentes en droit international économique, supposent une manifestation du consentement à s'engager de part et d'autre; mais cette manifestation du consentement à s'engager devrait probablement être distinguée de la manifestation du consentement à se lier, caractéristique du droit des engagements conventionnels.

103. Le rapport quasi conventionnel qui résulterait, entre l'Etat importateur d'investissements et l'Etat exportateur d'investissements, de l'édiction par l'un d'un code destiné à favoriser l'instauration d'un climat favorable et de l'admission, par l'autre, au bénéfice de son système de garantie ne saurait en aucun cas être régi par la règle *pacta sunt servanda*, pour la bonne et simple raison que cette règle est une règle du droit des engagements conventionnels. Après tout, c'est bien ce qu'affirme la Cour dans l'affaire des *Essais nucléaires*: «tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par la déclaration unilatérale repose sur la bonne foi». On ne saurait donc prêter à un rapport quasi conventionnel les conséquences qui s'attachent à un rapport conventionnel, et notamment la soumission à la règle *pacta sunt servanda*.

104. On voit donc bien quelles sont les deux propositions entre lesquelles s'enserme la solution. D'un côté, le rapport quasi conventionnel possède un caractère obligatoire, qui ne se limite pas à la seule renonciation au «pouvoir arbitraire de révision». D'un autre côté, le rapport quasi conventionnel, s'il possède bien ce caractère obligatoire, n'obéit pas à la règle *pacta sunt servanda*. On peut, à partir de ces données, formuler une hypothèse. Dès lors que l'offre que constitue un code d'investissement aurait fait l'objet d'une acceptation, qui résulterait, dans la généralité des cas, de l'admission au bénéfice du système national de garantie, ne pourrait-on en déduire que l'Etat qui a édicté ce code ne peut plus «invoquer», vis-à-vis des investisseurs ressortissants de l'Etat qui accorde sa garantie, aucun pouvoir de révision, «arbitraire» ou «non arbitraire»? En d'autres termes, l'établissement d'un rapport de droit entre ces Etats, rapport que, faute de mieux, l'on a qualifié de quasi conventionnel,

ne devrait-il pas entraîner la stabilisation du code d'investissement — stabilisation qui aurait valeur d'obligation internationale et excluerait toute possibilité de révision, au moins pour ce qui concerne les investissements constitués, sous son empire, par les ressortissants des Etats qui auraient acté ce code par le jeu de l'admission au bénéfice de leur système de garantie?

105. On ne manquera pas d'objecter que, parce que le rapport juridique ici décrit est un rapport juridique de droit international, il ne peut sortir ses effets qu'entre les Etats qui se sont engagés — c'est-à-dire l'Etat dont l'investisseur est le ressortissant, d'une part, et l'Etat sur le territoire duquel l'investissement est constitué, d'autre part. Cette constatation excluerait donc que l'investisseur puisse, lui-même, se prévaloir de la protection née de ce rapport de droit international — ce qui, de toute évidence, en limiterait singulièrement la portée. Mais c'est là ne tenir aucun compte de l'évolution du droit des investissements pendant les trois décennies qui viennent de s'écouler: tout l'effort des Etats a pesé en faveur de l'investisseur, afin de créer, dans son chef, des droits qui prendraient source dans l'ordre international et qu'il pourrait faire valoir devant des organes d'arbitrage international. L'article 42 de la Convention de Washington en porte un éclatant témoignage. Ce n'est certes pas le seul.

CHAPITRE II

LES SOURCES INTERNATIONALES DU DROIT DES INVESTISSEMENTS

106. La sécurité des investissements a fait l'objet d'un vaste débat entre pays développés et pays en développement. Ce débat présente un double intérêt. Il a permis de soulever un certain nombre de questions de fond relatives à la teneur des obligations — c'est-à-dire des droits et des devoirs — des uns: les Etats, et des autres: les investisseurs. Et s'il ne faut pas oublier que si les pays développés se sont beaucoup préoccupés des obligations des pays en développement, les pays en développement se sont beaucoup préoccupés des obligations des investisseurs. Les instruments qui protègent les investisseurs contre les mesures que pourraient prendre les pays en développement sont plus nombreux que les instruments qui protègent les pays en développement contre le comportement ou les agissements des investisseurs. C'est-à-dire que ce débat s'est achevé à l'avantage des investisseurs — ce qui ne veut pas nécessairement dire qu'il se soit achevé au désavantage des pays en développement.

107. Ce vaste débat en a ouvert un autre, plus vaste encore. Le problème de la sécurité des investissements relevait-il du seul droit interne, ou relevait-il à la fois du droit interne et du droit international? En affirmant qu'il relevait principalement du droit interne, les pays en développement soulevaient le couvercle de la boîte de Pandora, parce qu'ils mettaient en cause les mécanismes de formation du droit international. Ces mécanismes sont-ils affectés par les bouleversements intervenus dans la structure de la société internationale? Comment les Etats nouvellement souverains peuvent-ils efficacement modifier les principes et règles d'un droit international qu'avaient élaboré les seuls Etats anciennement souverains? En bref, le débat relatif à la sécurité des investissements débouchait sur un autre débat, de plus grande ampleur, sur les modes de formation du droit international. Le paradoxe de cette affaire, c'est que les pays en développement avaient beaucoup misé sur la source conventionnelle — les débats qui ont entouré l'élaboration du projet de code de conduite sur les sociétés transnationales en sont la preuve — alors que c'est en définitive l'utilisation de la source conventionnelle qui

a permis aux pays développés d'amener progressivement les pays en développement à leurs vues — la prolifération des conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements, en tant qu'instruments d'harmonisation du droit, en apportant la démonstration.

Section 1. Les sources non conventionnelles

108. On se bornera, dans le cadre des présents développements, à présenter quelques généralités sur les deux sources qui, apparemment, sont sorties vaincues du débat entre pays du Nord, exportateurs d'investissements, et pays du Sud, importateurs d'investissements, savoir, dans l'ordre chronologique, la coutume internationale, d'une part, et les résolutions des organisations internationales, d'autre part.

I. La coutume internationale

109. Est-il exact que, dès avant la seconde guerre mondiale, s'était formée une coutume générale en matière de protection des investissements, et, plus particulièrement, en matière d'expropriation ou de nationalisation de ces investissements? Les pays développés l'ont constamment soutenu. Leur position, à cet égard, semble fragile: s'il a existé une coutume générale, c'est en matière de protection des biens, et non en matière de protection des investissements. Et, on l'a dit, l'extrapolation du droit de la protection des biens au droit de la protection des investissements paraît hasardeuse.

110. Curieusement, ce n'est pas sur le caractère hasardeux de cette extrapolation que les pays en développement se sont fondés pour contester et récuser l'existence d'une coutume générale en matière de protection des investissements. Leur opposition s'articule autour de deux idées, présentées l'une principalement, l'autre subsidiairement. Les pays en développement soutiennent, en effet, qu'ils ne sauraient être liés par une coutume générale à l'élaboration de laquelle ils n'ont en aucune manière participé; et, qu'à supposer même qu'ils puissent être liés par cette coutume générale, encore faudrait-il en prouver l'existence — entreprise difficile, s'agissant d'un domaine dans lequel la pratique des pays développés a entravé la formation de cette coutume.

111. L'argument selon lequel les pays en développement ne sauraient être liés par une coutume générale à l'élaboration de laquelle ils n'ont en aucune manière participé ne convainc guère. Certes, on

admettra volontiers que, si coutume générale il y a, celle-ci s'est formée en un temps où les pays en développement n'avaient pas encore accédé à l'indépendance et à la souveraineté internationale. La circonstance n'est pas déterminante: les Etats qui accèdent à l'indépendance et à la souveraineté internationale sont liés par les acquis du droit international au moment de cette accession. La question est plutôt de savoir si, en accédant à l'indépendance et à la souveraineté internationale, les pays en développement ont réussi à modifier la teneur d'un corps de règles auxquelles ils s'opposaient, en substituant, par exemple, une coutume postérieure à la coutume antérieure. Et cette question, certes, est au cœur du sujet. Mais elle ne peut recevoir sa réponse qu'après qu'ait été analysée l'évolution des autres sources du droit en matière de protection des investissements.

112. L'argument selon lequel il n'existe pas de coutume générale en matière de protection des investissements appellerait de longues discussions. Il ne sera pas discuté. On préférera opter pour la méthode qui consiste à poser une hypothèse de départ. Celle que l'on posera ici tient pour exact qu'il s'est formé, antérieurement à la seconde guerre mondiale, une coutume générale en matière de protection des investissements — et, notamment, à propos des mesures d'expropriation ou de nationalisation. Cette hypothèse doit être prise pour ce qu'elle est, et seulement pour ce qu'elle est, c'est-à-dire comme une proposition à partir de laquelle on s'efforce de mener une démonstration. Mais, si l'on adopte cette hypothèse de départ, alors on est conduit à s'interroger sur la teneur de cette coutume générale, notamment en ce qui concerne les conditions auxquelles le droit international soumet les mesures internes d'expropriation ou de nationalisation. A cet égard, on admettra que la coutume générale soumettait ces mesures à trois conditions générales: il fallait qu'elles respectent l'exigence d'un intérêt public; elles ne pouvaient être discriminatoires; elles ne pouvaient être confiscatoires.

113. Ces trois préceptes ont manifesté une belle vitalité. Ce sont eux qui forment le cœur du compromis entre pays développés et pays en développement qui s'exprime au point 4 de la résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962. Or, l'arbitre unique dans la sentence *Topco* s'exprimait dans les termes suivants, à propos de cette résolution:

«En fonction des conditions de vote précédemment évoquées et traduisant une *opinio juris communis*, la résolu-

tion 1803 (XVII) paraît au tribunal de céans refléter l'état du droit coutumier existant en la matière. En effet, à partir du vote d'une résolution constatant l'existence d'une règle coutumière, les Etats expriment clairement leur opinion. L'acquiescement en l'espèce d'une majorité d'Etats appartenant aux différents groupes représentatifs indique sans ambiguïté la reconnaissance universelle des règles incorporées, à savoir, en ce qui concerne les nationalisations et l'indemnisation, l'utilisation des règles en vigueur dans l'Etat nationalisant, mais cela en conformité avec le droit international.»²⁶

On peut donc prendre pour hypothèse de départ qu'encore en 1962 existait une coutume générale qui régissait les mesures d'expropriation ou de nationalisation.

114. Mais, si l'on admet qu'il existe une coutume générale en matière d'expropriation et de nationalisation; si l'on admet, également, que cette coutume générale consacre le droit régalien que possède tout Etat de procéder à des mesures d'expropriation ou de nationalisation qui frappent les investissements de ressortissants des autres Etats; si l'on admet, finalement, qu'en vertu de cette coutume générale l'Etat expropriant ou nationalisant, lorsqu'il procède à ces mesures, doit respecter certains préceptes de droit international, encore faut-il que ces préceptes soient formulés de manière telle qu'ils possèdent une valeur opératoire et pas seulement une valeur incantatoire. On peut penser que tel est le cas du précepte selon lequel les mesures considérées doivent obéir à des impératifs d'intérêt public — bien que la jurisprudence ait été ici particulièrement avare d'indications; on peut penser aussi que tel est le cas du précepte selon lequel ces mesures ne doivent pas revêtir un caractère discriminatoire — cette exigence n'étant qu'une application particulière du principe de prohibition des discriminations qu'accueille le droit international. Mais qu'en est-il du précepte selon lequel les mesures d'expropriation ou de nationalisation ne doivent pas présenter un caractère confiscatoire?

115. Il ne suffit pas, à cet égard, de mettre en avant, sans autre précision, le principe indemnitaire. Certes, tous les Etats s'accordaient, dès la fin du XIX^e siècle, sur l'exigence d'une indemnisation en cas de dépossession. Mais quelle indemnisation? Lorsque les

26. Sentence *Topco* précitée, par. 87.

Etats ont commencé à procéder à des saisies de biens étrangers, il n'est pas rare qu'ils l'aient fait sans aucune indemnité — ce qui laisse songeur quant à leur « pratique » en cette matière. C'est donc aux tribunaux arbitraux qui avaient été constitués pour régler les contentieux nés de ces saisies qu'il est revenu de définir les critères généraux de l'indemnisation. Force est de constater, à cet égard, que les solutions qu'ils ont adoptées n'ont pas été uniformes, l'indemnisation étant tantôt « juste », tantôt « équitable », quand elle n'était pas, tout à la fois, « juste et équitable ».

116. Il est vrai que, par la suite, les Etats se sont attachés à formuler leurs propres critères. Mais le moins qu'on puisse en dire est que ces critères n'ont jamais atteint le degré de concordance que l'on aurait souhaité. Les Etats-Unis d'Amérique, on le sait, sont attachés à la formule de Hull²⁷. Mais qu'est-ce qu'une indemnité « adéquate »? Le deuxième *Restatement on Foreign Relations Law*, qui date de 1965, définissait l'indemnité adéquate comme celle qui est d'un « montant raisonnable au regard des circonstances » (« is an amount that is reasonable under the circumstances »)²⁸. Le troisième *Restatement on Foreign Relations Law*, qui date de 1987, s'en tient à cette position, tout en notant que cette formule « a rencontré une forte opposition de la part des pays en développement » et en ajoutant qu'« elle n'est pas encore incluse dans les conventions ou déclarations multilatérales, ni utilisée généralement par les juridictions internationales »²⁹. Ainsi, et dès 1965, en réservant les circonstances particulières à chaque mesure d'expropriation ou de nationalisation,

27. La formule de Hull, du nom du secrétaire d'Etat qui l'a exposée, a été pour la première fois utilisée dans une communication adressée par les Etats-Unis d'Amérique au Mexique, à propos des mesures mexicaines de nationalisation. Le texte de cette communication est reproduit dans Hackworth, *Digest of International Law*, 1942, t. 3, pp. 658-659. Egalement *Restatement of Foreign Relations Law, 2nd*, 1965, par. 185, pp. 556-557.

28. La formule, de façon assez étonnante, préfigure celle que l'on trouve dans l'article 2, paragraphe 2, lettre c), de la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats :

« Chaque Etat a le droit ... de nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements, et dans toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. »

29. Par. 712, *Comment C*, p. 198 (t. 2). Il est vrai que le *Restater* ajoute que cette formule

« has been incorporated in a substantial number of bilateral agreements negotiated by the United States as well as other capital exporting states both between themselves and with developing states ».

le *Restatement* introduisait un élément de variabilité dans l'indemnisation dont on ne peut dire qu'il était facteur de sécurité.

117. La pire incertitude ne provient pas, toutefois, de cet élément de variabilité. Elle s'attache à l'incertitude dont s'entoure la définition de l'indemnité « adéquate ». Etymologiquement, ce qui est « adéquat », c'est ce qui se situe dans un rapport d'égalité. En ce sens, on pourrait, certes, comprendre que l'indemnité adéquate est l'indemnité qui est égale à la valeur des biens expropriés ou nationalisés — sous réserve, bien évidemment, des circonstances particulières dont il vient d'être fait mention. Mais si l'on se réfère à la jurisprudence des tribunaux américains, on peut constater que le qualificatif « adéquat » est utilisé dans toutes sortes d'autres acceptions, telles « suffisant », « proportionné », « approprié »³⁰. L'indemnité « adéquate », termes qu'utilisent souvent les tribunaux des Etats membres, à propos de l'indemnité due à raison de l'expropriation pour cause d'utilité publique, se définit, en jurisprudence, par rapport à la notion de « juste indemnité », notion à laquelle le cinquième amendement donne valeur constitutionnelle. En bref, l'imprécision qui caractérise l'idée d'« indemnité adéquate », au regard de la pratique interne des Etats-Unis, est telle qu'elle confère un très large pouvoir d'appréciation à l'interprète.

118. Le droit international apporterait-il ici des précisions que le droit interne est incapable de donner? Force est de reconnaître que non. La terminologie du droit international sombre dans une confusion à laquelle les problèmes de traduction ne sont pas étrangers. On en veut pour exemple la résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962, dont il vient d'être question, et que la jurisprudence tient pour

30. *Black's Law Dictionary*, sub verbo « adequate » :

« sufficient; proportionate; equally efficient; equal to what is required; suitable to the case or occasion; satisfactory. *Nagle v. City of Billings*, 77 Mont 205, 250 P 445, 446. Equal to some occasion or work. *Nissen v. Miller*, 44 N.M. 487, 105 P2d 324, 326. Commensurate; it does not mean average or graduation. *Vandermade v. Appert*, 125 N.J. Eq. 366, 5 A 2d 868, 871. »

Il est vrai que, *sub verbis* « adequate compensation », la définition n'est plus identique :

« Just value of property taken under power of eminent domain, payable in money. *Buffalo, etc. R. Co v. Ferris*, 26 Tex 588. Market value of property when taken. *Louisiana Highway Commission v. Guidry*, 176 La 389, 146 So 1,5. It includes interest. *Texarkana & Ft. Sk. Ry. Co v. Brinkman*, Tex. Civ. App. 288 S.W. 825, 853. It may include the cost or value of the property to owner for the purposes for which he designed it. *Elbert County v. Brown*, 16 Ga App. 834, 86 S.E. 651, 656. »

déclarative ou récapitulative de la coutume internationale. Le point 4 est relatif à l'expropriation et à la nationalisation. Il consacre le principe indemnitaire et, s'il confirme qu'il appartient à l'Etat expropriant ou nationalisant de fixer le montant de l'indemnité, il affirme également que, ce faisant, ledit Etat doit se conformer au « droit international ». Le point 4, par conséquent, et en vue de guider l'action des Etats, définit l'indemnité qu'exige le droit international en lui donnant la qualification que requiert ce dernier. Dans la version française de la résolution 1803 (XVII), l'indemnité doit être

« adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté, et en conformité du droit international ».

L'utilisation de ce qualificatif, qui reprend celui qu'utilise la pratique américaine, laisse supposer que l'on est bien parvenu ici à un consensus, et que l'indemnité doit être égale à la valeur des biens expropriés ou nationalisés.

119. Ce consensus n'est qu'apparence. Car, si l'on se réfère à la version anglaise de la résolution 1803 (XVII), et, plus particulièrement de son point 4, on s'aperçoit immédiatement de ce que celle-ci opère une qualification toute différente. En effet, dans la version anglaise, l'Etat expropriant ou nationalisant est, certes, tenu de verser une indemnité (« compensation »). Mais, pour reprendre le texte anglais,

« the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law ».

Une indemnité « appropriée » est-elle identique à une indemnité « adéquate »? Les deux qualificatifs sont-ils synonymes l'un de l'autre? Dans la langue française, est approprié ce qui est propre à son objet. La racine est donc l'idée de propriété, non celle d'égalité: et l'on peut donc en déduire que l'indemnité appropriée n'est pas nécessairement égale à la valeur des biens expropriés ou nationalisés, même en l'absence de circonstances particulières. On comprend, dès lors, l'inquiétude qui a saisi la délégation américaine lors de l'adoption de la résolution 1803 (XVII). Les Etats-Unis avaient proposé l'inclusion de la formule de Hull (indemnité prompte, adéquate, effective). Ils ne s'en sont pas moins ralliés à la rédaction

du point 4, qui ne prévoit qu'une indemnité *appropriée*. Mais, ce faisant, ils ont déclaré que, par indemnité *appropriée*, il y avait lieu d'entendre, d'après eux, indemnité prompte, adéquate et effective³¹. Il paraît déjà difficile de soutenir, à la lumière de ces ambiguïtés, que le point 4 transcrit une coutume générale reflétant la pratique concordante des Etats.

120. Cela paraît d'autant plus difficile que les Etats d'Europe occidentale n'ont certes pas toujours lutté en faveur du standard d'indemnisation que préconisaient les Etats-Unis. On a souligné à l'envi que la pratique de l'indemnisation forfaitaire allait en sens opposé: or, cette pratique est ancienne; et elle a été accueillie par les tribunaux arbitraux dès le début du XX^e siècle, et avant qu'ait éclaté la Révolution russe³². Certes, on n'a pas manqué de soutenir que l'indemnisation forfaitaire, lorsqu'elle résulte d'un accord bilatéral entre l'Etat expropriant ou nationalisant, d'une part, et l'Etat qui exerce la protection de ses ressortissants victimes de mesures d'expropriation ou de nationalisation, d'autre part, est dictée par la prise en compte de situations particulières, et qu'à partir de ces situations particulières il est hasardeux d'inférer une coutume générale en matière d'indemnisation. Les tribunaux arbitraux, analysant avec justesse les conséquences de ces accords bilatéraux, ont estimé, à cet égard, que l'*opinio juris* faisait défaut³³. L'analyse semble difficile-

31. Sur ce point, *Restatement, 3rd*, t. 2, par. 712, « Reporter's Notes, Note 2, Standard of Compensation », p. 206 :

« The 1962 Resolution of the United Nations General Assembly, affirming that a taking of property of foreign nationals required compensation, declared that compensation had to be "appropriate". The United States had proposed that phrase "prompt, adequate and effective" compensation, the formula asserted by Secretary of State Hull in 1938, but it accepted and voted the Resolution; it declared that, in its view, the word "appropriate" was the equivalent of "prompt, adequate and effective". U.N. Documents, A/C.2/S.R. 850 at 327 (1962). »

32. C'est ainsi que, dans l'affaire des propriétés religieuses, précitée (France, Royaume-Uni et Espagne contre Portugal, sentences du 4 septembre 1920), il a été alloué, au titre des diverses réclamations, le versement de « somme[s] nette[s], globale[s] et forfaitaire[s] ».

33. Le tribunal arbitral, dans la sentence *Aminoil*, déclare, à propos de l'acceptation par les sociétés transnationales d'une indemnisation forfaitaire, que

« l'on peut estimer qu'une telle acceptation était sage, mais il serait peu prudent de suggérer qu'elle ait été inspirée par des considérations juridiques: l'*opinio juris* semble étrangère à un consentement de ce type » (par. 157).

Le raisonnement peut s'appliquer au consentement donné par un Etat — l'Etat qui a endossé la réclamation de la société — à un autre Etat, précisément parce que le consentement est du même « type ». Dans le même sens, sentence *Topco*, n° 69.

ment contestable, s'agissant d'accords bilatéraux. Mais peut-elle encore trouver à s'appliquer, dès lors que la pratique de l'indemnisation forfaitaire laisse une trace, fût-elle légère, dans la jurisprudence internationale ?

121. La plus grande prudence doit donc être ici de mise. A supposer qu'il ait bien existé une pratique étatique en matière de protection des biens étrangers dès avant la seconde guerre mondiale et que cette pratique ait été transposée du domaine de la protection des biens étrangers au domaine de la protection des investissements internationaux, présentait-elle des caractères de clarté, de stabilité et de généralité tels que l'on puisse y dicter les fondements d'une coutume internationale ? On peut en douter. Mais, même si l'on prend pour hypothèse qu'il ait existé une coutume générale en cette matière, il n'en faut pas moins se demander si celle-ci a survécu aux attaques dont elle a été l'objet de la part, notamment, des pays en développement — attaques qui ont trouvé pour véhicule juridique les résolutions des organisations internationales intergouvernementales.

II. Le rôle joué par les organisations internationales dans l'évolution du droit des investissements

122. Dès la fin de la décennie 1950, la matière entre en ébullition. Cette ébullition marque bien l'incertitude qui s'est emparée des esprits: quelles eussent été l'explication et la prolifération d'un effort de réflexion qui est alors conduit dans tous les secteurs de l'opinion publique internationale, si la conscience ne s'était pas largement répandue que le droit était en évolution et qu'il fallait, dans l'intérêt de tous, œuvrer à sa consolidation ?

123. La période est marquée par l'extraordinaire prolifération de projets conventionnels de toutes origines. Les spécialistes du droit international élaborent des textes remarquables, dont l'influence sera considérable. Les organisations internationales non intergouvernementales — on pense à la Chambre de commerce internationale — ne restent pas inactives et tentent d'infléchir l'évolution du droit, soit en élaborant des principes directeurs à l'intention de leurs adhérents³⁴, soit en proposant aux Etats et aux organisations interna-

34. La Chambre de commerce internationale a publié, le 29 novembre 1972, ses *Guidelines* [Lignes directrices] *for International Investment*. (Publication 272, 1973.)

tionales intergouvernementales leurs propres projets de conventions internationales.

124. La transformation de ces projets de conventions en conventions est une œuvre de longue haleine, parce qu'elle suppose une manifestation de la volonté des Etats, et que la volonté de ces Etats se manifestera tardivement. La rapidité de la floraison conventionnelle n'en sera que plus impressionnante: conventions bilatérales — dont le nombre ne cessera de croître; conventions multilatérales entre une pluralité d'Etats appartenant à une communauté géographique³⁵ ou à une communauté idéologique³⁶; et, enfin, conventions multilatérales ayant vocation à réunir l'ensemble des Etats quelle que soit leur appartenance géographique ou idéologique³⁷.

125. La volonté des Etats à se lier par des conventions internationales se manifestera progressivement et tardivement, parce que les sources d'inspiration de ces conventions internationales ne sont pas celles qu'avaient appelées de leurs vœux les pays en développement. Entre la décennie 1950, durant laquelle les pays développés cherchent à se prémunir contre une évolution du droit dont ils pressentent que, compte tenu de l'état de la communauté internationale, elle ne leur serait pas favorable, et la décennie 1990, durant laquelle les pays développés vont se trouver, de nouveau, en situation de passer de la défensive à l'offensive, va donc s'écouler une période de turbulences et durant laquelle tout déchifrage devient difficile, parce que les sources du droit, qui ne sont pas cohérentes entre elles, se juxtaposent ou se superposent, sans que s'opère la fusion nécessaire à la naissance d'un *corpus juris*.

126. Pendant cette période, les organisations internationales intergouvernementales vont jouer un rôle considérable. La coutume internationale fait l'objet d'un procès en disqualification, dans lequel les pays en développement font figure de demandeurs et les pays développés font figure de défendeurs. Chacun appelle de ses vœux la

35. On peut citer, à cet égard, l'Accord sur l'investissement et la libre circulation des capitaux arabes entre pays arabes (1973); la Convention interarabe pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes (1981); la Convention ASEAN pour la promotion et la protection des investissements (1987).

36. Convention pour la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les membres de l'organisation de la conférence islamique.

37. Projet d'accord multilatéral sur les investissements (AMI) en cours d'élaboration dans le cadre de l'OCDE.

renaissance du droit conventionnel; mais cette renaissance apparaît prématurée, parce que pays développés et pays en développement ne s'accordent pas encore tous sur les principes qui doivent guider sa conception. C'est donc le temps des organisations internationales intergouvernementales qui, par leur action, vont tenter de suppléer la carence des Etats. Deux voies s'ouvrent à elles, qu'elles utiliseront concurremment, mais en sens différents selon les cas: la voie non conventionnelle, par l'élaboration de résolutions qui se voudraient législation; la voie conventionnelle, du fait de leur participation, directe ou indirecte, à la confection et à la conclusion d'accords internationaux.

1. La fonction de législation

127. La charte constitutive d'une organisation internationale intergouvernementale tente toujours d'opérer une difficile conciliation entre deux exigences opposées: d'une part, l'exigence de souveraineté, à laquelle les Etats membres demeurent attachés; et, d'autre part, l'exigence d'efficacité, qui justifie la création de l'organisation internationale intergouvernementale. Force est de reconnaître que, dans la plupart des cas, cette conciliation s'opère au bénéfice de la souveraineté et au préjudice de l'efficacité. Le pouvoir de recommandation l'emporte donc sur le pouvoir de décision.

128. Est-ce à dire que l'organisation internationale intergouvernementale ne peut secréter aucune législation internationale — la législation internationale étant ici entendue comme l'ensemble des actes juridiques qui lient les Etats membres? Il ne s'agit pas de retracer ici le débat relatif à la force juridique des résolutions des organisations internationales intergouvernementales, débat qui se trouve à l'origine d'écrits remarquables, tant par leur quantité que par leur qualité³⁸. Il suffit de s'en tenir à une évidence: l'obligatorité des résolutions d'une organisation dépend de l'homogénéité de la composition de cette organisation.

38. Voir, notamment, J. Castañeda, «La valeur juridique des résolutions des Nations Unies», *RCADI*, tome 129 (1970-I), pp. 211 ss.; H. Thierry, «Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice», *RCADI*, tome 167 (1980-II), pp. 385 ss.; M. Virally, «La valeur juridique des résolutions des organisations internationales», *Annuaire français de droit international*, 1956, pp. 69 ss.; P. Weil, «Vers une normativité relative en droit international?» *Revue générale de droit international public*, 1985, p. 5.

129. Par suite, les résolutions d'une organisation internationale intergouvernementale de caractère régional, qui réunit un nombre limité d'Etats, dont les traditions politiques et juridiques sont comparables, et dont les modes d'organisation économique ne sont pas trop dissemblables, auront un degré d'obligatorité plus affirmé que les résolutions d'une organisation internationale intergouvernementale de caractère mondial, à laquelle ont vocation à participer tous les Etats, quelles que soient leurs orientations politiques et juridiques, et qu'ils aient opté en faveur de l'économie capitaliste ou de l'économie socialiste. La succession des résolutions adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies relativement à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles le montre bien.

A. Les résolutions de l'Organisation des Nations Unies sur la souveraineté permanente

130. Car lorsque l'on pose la question du rôle qu'ont joué les résolutions des organisations internationales intergouvernementales dans l'évolution du droit international des investissements, on pense immédiatement à cet ensemble impressionnant de textes que l'Assemblée générale a consacré à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Il n'y a là rien que de très naturel, puisque ces résolutions traduisent la lutte d'influence que se sont livrés pays développés et pays en développement, pendant près de deux décennies, pour façonner le droit des investissements.

131. Mais quelle que soit l'importance des résolutions de l'Assemblée générale en cette matière, elles ne sauraient faire oublier, toutefois, que la protection des investissements a fait l'objet de débats approfondis dans d'autres enceintes internationales. On n'aura garde d'oublier, à cet égard, les travaux qui sont menés, depuis deux décennies, dans le cadre de l'OCDE, et qui sont, actuellement, sur le point de trouver leur aboutissement avec l'élaboration de l'Accord multilatéral sur les investissements (AMI). Pourquoi l'OCDE, en définitive, est-elle sur le point de réussir ce que l'ONU n'a pu réussir ? Il y a là, certes, une question qui dépasse singulièrement la protection des investissements. Il n'empêche qu'on peut aussi se la poser à ce propos.

132. Les résolutions de l'Assemblée générale qui traitent de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles forment un ensemble cohérent et dont l'élaboration s'enserme dans une période

de temps limitée³⁹. La réunion de ces deux facteurs facilite l'analyse de l'évolution des conceptions qu'elles véhiculent en matière de protection des investissements, et notamment pour ce qui concerne les principes relatifs à l'expropriation et à la nationalisation. Or, cette analyse met en évidence deux tendances lourdes. Les résolutions relatives à la souveraineté permanente ne vont cesser d'évoluer dans un sens toujours plus favorable aux positions politiques des pays en développement ; mais, au fur et à mesure de cette évolution, ces résolutions ne vont cesser de perdre en effectivité juridique, du fait de la rupture du consensus entre pays développés et pays en développement. Au terme de ce processus, le concept de souveraineté permanente se trouvera comme dévitalisé : en bref, une idée inutilisable, inutilisée, inutile.

133. Il ne fait guère de doute que les conceptions que l'on s'est faites, à l'Assemblée générale, de la souveraineté permanente n'ont cessé d'évoluer dans un sens toujours plus favorable aux positions des pays en développement. Il suffit, pour s'en convaincre, de comparer, à propos des mesures d'expropriation et de nationalisation, les termes qu'emploient, à douze ans de distance, le point 4 de la résolution 1803 (XVII) et l'article 2, paragraphe 2, lettre c), de la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats — dans leur version française. Le point 4 exige que les mesures d'expropriation ou de nationalisation soient dictées par des raisons d'intérêt public, et que l'investisseur que frappent ces mesures reçoive une indemnité adéquate, « en conformité du droit international » — conventionnel comme non conventionnel. Les différends qui s'élèveraient en la matière « devraient » être soumis à un mode international de règlement juridique, après épuisement des recours internes. L'article 2, paragraphe 2, lettre c), esquisse une sorte de contrepoint par rapport au point 4. Il affirme hautement le droit souverain que possède tout Etat à exproprier ou nationaliser les « biens étrangers », et sans aucunement assujettir l'exercice de ce droit au respect de l'intérêt public. Il prévoit, néanmoins, qu'au cas d'expropriation ou de nationalisation l'Etat qui prend ces mesures « devrait » verser une indemnité, laquelle est toujours qualifiée d'« adéquate », mais « compte tenu »

39. On peut fixer le commencement de cette période à l'adoption de la résolution 626 (VII) en date du 24 décembre 1952 (« Droit d'exploiter librement les richesses et ressources naturelles »), et son achèvement à l'adoption de la résolution 3281 (XXIX) en date du 12 décembre 1974 (« Charte des droits et des devoirs économiques des Etats »).

des circonstances que cet Etat jugera « pertinentes ». Lorsque l'indemnisation donne naissance à contestation, cette contestation doit en principe être réglée devant les tribunaux internes, et par application du droit interne. Enfin, aucune référence d'aucun ordre n'est faite au droit international.

134. Cela entraîne ceci : et il ne faut donc pas s'étonner que la rupture du compromis entre pays développés et pays en développement, que matérialisait le point 4, ait abouti à une perte d'effectivité. Les rédacteurs de la résolution 1803 (XVII) avaient entendu conférer à celle-ci un haut degré d'obligatorité — ce que traduit l'utilisation, dans le point 4, du futur et du mode indicatif. Mais ce qui était impératif, dans la résolution 1803 (XVII), n'est plus que facultatif dans la résolution 3281 (XXIX) — ce que traduit la substitution du temps présent et du mode conditionnel au temps futur et au mode indicatif. On peut donc comprendre que les pays développés n'aient pas approuvé la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats, manifestant soit leur neutralité, soit leur hostilité, lors de son adoption⁴⁰. L'affaiblissement du soutien politique dont bénéficiait la résolution 1803 (XVII) est à l'origine de l'appauvrissement de la teneur juridique qui s'attache à la résolution 3281 (XXIX). Les tribunaux arbitraux manifestent donc beaucoup de circonspection devant l'article 2, paragraphe 2, lettre c), de la Charte. C'est ainsi que l'arbitre unique, dans l'affaire *Topco*, souligne que l'article 2 de cette charte doit s'analyser en une déclaration d'ordre politique plutôt que juridique, entrant dans la stratégie idéologique du développement, et, comme telle, soutenue par les seuls Etats non industrialisés ; et que

« l'absence de rattachement du processus d'indemnisation au droit international et son assujettissement aux seules dispositions nationales ne peuvent être considérés par le tribunal de céans que comme une formulation *de lege ferenda*, laquelle apparaît même *contra legem* à de nombreux pays développés »⁴¹.

De même, le tribunal arbitral, dans l'affaire *Aminoil*, note que

« même si la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée des

40. Sur les conditions d'adoption des résolutions 1803 (XVII), 3171 (XXVIII), 3201 (S VI) et 3281 (XXIX), se reporter à la sentence *Topco*, n^{os} 80 ss.

41. Sentence *Topco*, n^o 87.

Nations Unies en 1962 doit être considérée, en raison des circonstances de son adoption, comme reflétant l'état alors existant du droit international, tel n'est pas le cas des résolutions subséquentes qui n'ont pas été revêtues du même degré d'autorité »⁴².

135. La cause est donc entendue : la résolution 1803 (XVII) a été investie d'une « autorité » que la résolution 3281 (XXIX) n'a jamais pu conquérir. Mais le véritable problème est ailleurs. Si l'on admet que la résolution 1803 (XVII) et particulièrement son point 4 exprimaient, au moment de l'adoption, une coutume générale, alors on doit aussi admettre que les « résolutions subséquentes », dans la mesure où elles s'en écartent, ont pour objet, sinon pour effet, de priver d'« autorité » cette coutume générale — et, peut-être, de substituer ainsi à la coutume antérieure une coutume postérieure. Le « persistant objector » — ici les pays en développement — serait dès lors passé de la contestation à la proposition, en ouvrant une phase de réévaluation et de réélaboration de la coutume⁴³. Sans qu'il soit nécessaire ici de prendre parti en faveur des objectivistes ou en faveur des subjectivistes, du moins peut-on formuler quelques brèves observations. Même si l'on tient pour exacte l'idée selon laquelle l'objection persistante ne saurait porter atteinte à l'existence de l'obligation coutumière, cette idée ne peut recevoir identique application en toutes circonstances. Un certain nombre de facteurs doivent ici être pris en considération. Un premier facteur tient à l'évolution des structures de la société internationale : il semble que la coutume générale puisse subir un ébranlement lorsque ces structures subissent des bouleversements quantitatifs ou qualitatifs — notamment par l'accession d'un très grand nombre d'Etats à l'indépendance et à la souveraineté internationale. Faut-il rappeler, à cet égard, que la composition de l'Assemblée générale des Nations Unies a connu de profonds changements entre 1962 — année de l'adoption de la résolution 1803 (XVII) — et 1974 — année de l'adoption de la résolution 3281 (XXIX) ? Un deuxième facteur tient à la cohésion de l'opposition à la coutume générale. Si le nombre des objecteurs ne cesse de se renforcer, si ces objecteurs, de mino-

42. Sentence *Aminoil*, n^o 90.

43. Voir P.-M. Dupuy, « A propos de l'opposabilité de la coutume générale ; enquête brève sur « l'objecteur persistant », *Mélanges Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 257 ss.

rité, deviennent majorité, et si cette majorité représente un ou plusieurs groupes d'Etats, il devient de plus en plus difficile de soutenir que la coutume générale sort indemne de ce renforcement. Il n'est certes pas indifférent de noter sur ce point que, déjà en 1962, la résolution 1803 (XVII) avait opéré un clivage entre pays capitalistes et pays socialistes; mais qu'en 1974 la résolution 3281 (XXIX) opère un double clivage, entre, d'une part, pays capitalistes et pays socialistes, et entre, d'autre part, pays développés et pays en développement. Enfin, un troisième facteur tient à la preuve de la coutume antérieure. Il va de soi que, si la concordance et la persistance des pratiques considérées sont parfaitement établies, leur mise en cause en sera d'autant plus malaisée. Mais si, en revanche, il subsiste un certain degré d'incertitude quant à l'existence ou à la consistance de la coutume, sa contestation s'en trouvera d'autant facilitée. Or, il faut se rappeler que la naissance de cette coutume générale, en matière d'expropriation et de nationalisation, dont se prévalent les pays développés vis-à-vis des pays en développement reste entourée d'un certain brouillard — d'abord parce que l'existence de cette coutume résulte d'une extrapolation instantanée et ensuite parce que, même si l'on admet que cette extrapolation instantanée se justifie, il n'en reste pas moins que la teneur même de cette coutume générale était loin d'être parfaitement élucidée. Pour toutes ces raisons, on est tenté de compromettre entre thèses opposées et de conclure que, si les pays en développement ont ouvert une phase de réévaluation et de réélaboration de la coutume en matière d'expropriation et de nationalisation, ils n'ont pu mener leur démarche à son point d'aboutissement. Mais il paraît tout aussi évident que, ce faisant, les pays en développement, compte tenu des circonstances, n'en ont pas moins affaibli considérablement le consensus qui, vaille que vaille, s'était établi sur la teneur que l'on avait présenté comme coutume générale en matière d'expropriation ou de nationalisation des investissements.

B. Les tentatives de régulation des activités des opérateurs économiques (de l'ONU à l'OCDE)

136. Le degré d'obligatorité est donc rendu variable par le fait que l'on se trouve, avec la protection des investissements, dans le domaine où les oppositions sont particulièrement tranchées, où le passionnel le dispute au rationnel et où le dogmatisme l'emporte

souvent sur le pragmatisme. Il suffit, pour s'en convaincre, de comparer le sort respectif du projet de code de conduite sur les sociétés transnationales, négocié dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, d'une part, et des instruments de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales, d'autre part.

a) Le projet de code des Nations Unies

137. Le projet de code des Nations Unies a fait l'objet d'après discussions pendant presque deux décennies — pour finalement sombrer dans une indifférence qui contraste avec le tintamarre dont sa négociation a été entourée. L'âpreté de ces discussions s'explique : les sociétés transnationales ont longtemps figuré au banc des accusés. Et si, du côté de la défense, on ne trouvait que les seuls pays développés, à la fois pays du Nord et pays capitalistes, l'accusation, quant à elle, était menée, d'un côté, par les pays du Sud et, de l'autre, par les pays socialistes. Car l'Organisation des Nations Unies, organisation mondiale, regroupe à la fois pays développés et pays en développement, pays du Nord et pays du Sud, pays capitalistes et pays socialistes — et, de ce fait, c'est un milieu hétérogène. Et, c'est bien cette hétérogénéité qui explique l'échec final de la négociation.

138. L'opposition entre pays capitalistes et pays socialistes sera la cause des divergences sur le champ d'application du code. Par société transnationale, faut-il entendre uniquement les entreprises dont le capital est ou n'est pas d'origine privée — thèse défendue par les pays capitalistes? La querelle n'est pas théologique. Elle recouvre des intérêts matériels considérables, car, selon la thèse retenue, le champ d'application du code varie en sorte d'y inclure les entreprises privées et d'en exclure les entreprises publiques, ou d'y inclure tout à la fois les entreprises privées et les entreprises publiques.

139. L'opposition entre pays développés et pays en développement se révélera à propos de nombre de questions, et notamment celle de l'équilibre du code. D'après les pays développés, le projet de code, dans sa rédaction d'origine, se présentait comme un acte d'accusation contre les sociétés transnationales, en ce sens qu'il ne comprenait que des dispositions relatives aux devoirs des sociétés transnationales envers les Etats sur le territoire desquels elles opéraient. D'où l'allégation de déséquilibre, fondée sur l'idée que qui-

conque a des devoirs possède des droits. Et, pour remédier à ce déséquilibre, pays développés et pays en développement finiront par s'accorder sur l'inclusion, dans le projet de code, d'une partie relative aux droits des sociétés transnationales vis-à-vis des Etats sur le territoire desquels elles opèrent. Les critiques du projet ne manqueront pas de souligner, toutefois, que l'équilibre ainsi réalisé n'est que très relatif, la partie devoirs l'emportant de beaucoup, par sa longueur et par sa vigueur, sur la partie droits.

140. Il n'est pas indifférent de relever que le problème qui ne pourra être résolu dans le cadre de la négociation du projet de code porte précisément sur la conception que les Etats en présence se faisaient des sources du droit international qui s'appliquent en matière de protection des investissements. Ce problème en est venu à être connu sous l'obscur appellation de « problème de la référence », pays développés et pays en développement ayant fini par s'entendre sur l'idée que les droits des sociétés transnationales ne seraient effectivement garantis que si ces droits recevaient la sanction du droit international. La question s'est alors posée de savoir ce qu'était le droit international en la matière, et, par conséquent, ce qu'étaient ses sources. A cet égard, on connaît l'attachement des pays en développement aux sources conventionnelles. L'intransigeance des uns et des autres, là-dessus, paraît d'autant plus inexplicable que c'est à elle, en définitive, qu'il faut imputer l'échec de la négociation.

b) La déclaration et les décisions de l'OCDE

141. La déclaration et les décisions de l'OCDE relatives à l'investissement international et aux entreprises multinationales ont été adoptées par le Conseil de l'Organisation le 21 juin 1976. Elles sont donc contemporaines de la grande négociation qu'entreprend l'ONU sur le projet de code de conduite. D'où vient donc qu'ici l'effort ait été rapidement couronné d'un succès qui ne s'est jamais démenti, alors que là il s'est progressivement mais sûrement enlisé ? On peut évoquer plusieurs explications. L'homogénéité du milieu régional en fournit une : l'OCDE serait, comme on dit parfois, le club des riches, alors que les Nations Unies seraient un forum où se côtoient riches et pauvres. Il ne faut pas s'exagérer la portée de cette explication. Les dissensions entre les membres de l'OCDE peuvent être vives, car leurs orientations politiques et économiques sont loin

d'être identiques : on en veut pour preuve, s'il en était besoin, le sort réservé au projet de Convention sur la protection des biens étrangers, ou encore les difficultés rencontrées par la négociation du nouvel Accord multilatéral sur les investissements (AMI). Ils montrent que, même lorsqu'il y a convergence sur des valeurs fondatrices, comme le respect de la propriété, cela ne signifie nullement que les Etats membres soient d'accord sur le degré de la protection qu'il faut lui accorder, ni sur l'équilibre que, ce faisant, il y a lieu de ménager entre intérêts privés et intérêt public.

142. A la vérité, le succès des instruments de l'OCDE résulte moins du fait que ces instruments auraient été conçus dans un touchant esprit d'œcuménisme que du fait que ceux qui les ont conçus ont, pour ce faire, utilisé la bonne méthode. En quoi consiste la bonne méthode ? Elle consiste, tout d'abord, à définir clairement ce que l'on veut faire et ce que l'on ne veut pas faire. Dans le cadre de l'OCDE, les Etats membres voulaient, tout à la fois, « moraliser » le comportement des entreprises multinationales — non seulement dans leurs rapports avec les Etats, mais encore dans leurs rapports entre elles et dans leurs rapports avec les personnes qu'elles emploient —, et éviter que cette « moralisation » produise un effet dommageable sur les flux d'investissement. Pour précisément concilier ces deux exigences, il fallait que les instruments se présentent comme équilibrés : les obligations des entreprises multinationales devaient être définies, certes, mais, dès lors que les entreprises multinationales se voyaient assujetties à des obligations, il convenait que la définition de ces obligations fût compensée par l'énonciation des droits qui leur étaient reconnus et dont elles pouvaient se prévaloir. Or, s'il était évident qu'un consensus pourrait être trouvé pour ce qui concerne l'énonciation des droits de l'entreprise multinationale, puisque l'ensemble des membres de l'OCDE avait fait connaître son attachement aux conceptions traditionnelles du droit international en cette matière, il était beaucoup moins évident qu'un tel consensus pût être trouvé pour ce qui concerne l'énonciation des devoirs des entreprises multinationales, puisque c'était la *terra incognita*, et qu'il eût été bien difficile de déceler, à cet égard, des principes généraux de droit communs aux Etats membres. Il ne s'agissait plus ici de codification, mais de développement progressif — et l'expérience montre que le développement progressif est une entreprise malaisée.

143. Mais, justement, l'OCDE a fait preuve ici d'une grande

sagesse. Son attitude, dans l'élaboration des Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, s'inspire de quelques principes simples. Le premier, c'est que le dogmatisme doit être répudié au profit du pragmatisme et que le maximalisme est souvent plus nuisible que le minimalisme. Les Principes directeurs ne dressent donc pas un acte d'accusation : ils s'efforcent de tracer des orientations, dont on peut penser qu'elles sont les meilleures possibles. Et, si ces orientations sont dans l'intérêt de tous, elles doivent donc être acceptables pour tous et, notamment, pour les entreprises multinationales qu'elles intéressent au premier chef. Les Principes directeurs ne doivent donc pas être imposés aux entreprises multinationales : il faut qu'il y ait consentement. La persuasion doit chasser la coercition. Comment y parvenir ? Par trois moyens. Premièrement, en associant les entreprises multinationales à la négociation des Principes directeurs ; deuxièmement, en conférant à ces Principes directeurs le caractère d'obligations en formation, auxquelles peuvent graduellement se rallier les entreprises multinationales ; et, troisièmement, en mettant sur pied un mécanisme de contrôle de l'application qui concilie, tout à la fois, la susceptibilité de l'entreprise multinationale et l'efficacité des Principes directeurs. L'exercice est d'une grande subtilité : il suppose que l'on privilégie le droit mou — la *soft law* — par rapport au droit dur — la *hard law* ; il suppose aussi que l'ensemble du système soit perçu comme équitable, au sens étymologique du terme.

144. On connaît le résultat. La déclaration et les décisions du 21 juin 1976 ont fait preuve d'une belle vitalité. Les procédures de clarification ont permis, tout à la fois, l'enrichissement et la consolidation des Principes directeurs ; la raréfaction de ces procédures, dans les années récentes, amène à penser que les entreprises multinationales acceptent et respectent ces Principes directeurs. Mais la vitalité de cet ensemble équilibré d'instruments interdépendants se marque d'autres manières. Chacune des révisions périodiques est l'occasion d'un nouveau développement — ce qui montre bien que ces instruments possèdent encore une capacité d'expansion ; et, de façon plus significative, certains de ces instruments se trouvent, eux-mêmes, à l'origine de développements qui se produisent, non plus à l'intérieur, mais bien à l'extérieur du système. C'est ainsi que la décision sur le traitement national doit trouver sa place dans les stipulations de l'Accord multilatéral sur l'investissement, en cours d'élaboration.

2. Les fonctions autres que de législation

145. Les chartes constitutives confèrent souvent aux organisations internationales intergouvernementales le pouvoir d'élaborer des projets de conventions internationales, afin de leur permettre de mener à bien les missions qui sont les leurs. Lorsque les organisations internationales dont il s'agit sont des organisations universelles, les conventions internationales seront des conventions multinationales de portée universelle. Mais les choses se compliquent lorsque les organisations dont il s'agit ne sont pas des organisations universelles. En effet, de deux choses l'une : ou bien les conventions qu'elles élaborent sont réservées à l'adhésion des seuls Etats membres, ou bien elles sont ouvertes à l'adhésion des Etats membres et des Etats non membres.

146. Il suffit de rappeler ces quelques évidences pour montrer combien va se révéler difficile l'élaboration, dans le cadre d'une organisation internationale, d'un projet de convention multilatérale à vocation universelle, dans le domaine de la protection des investissements. Ou bien ce projet est élaboré dans le cadre d'une organisation universelle : mais alors, les oppositions entre Etats membres rendront impossible la rédaction et l'adoption d'un texte qui puisse satisfaire les uns et les autres. Ou bien le projet est élaboré dans le cadre d'une organisation qui n'est pas universelle. Deux cas de figure pourront alors se présenter. Dans un cas, la convention ne sera ouverte qu'à l'adhésion des seuls Etats membres, et son degré d'effectivité sera faible : elle ne liera que les seuls Etats membres et les principes qu'elle exprimerait ne s'imposeront qu'aux seuls Etats membres. Dans l'autre cas, la convention sera ouverte à l'adhésion des Etats membres comme des Etats non membres ; mais l'entreprise risque d'être illusoire, ce qui est acceptable pour les uns étant vraisemblablement inacceptable pour les autres. C'est ici le degré d'acceptabilité internationale qui est en cause : ou bien celui-ci est élevé, et alors on s'orientera du droit dur vers le droit mou, mais pour le plus grand nombre ; ou bien celui-ci est moins élevé, et l'on s'orientera du droit mou vers le droit dur, mais pour le plus petit nombre.

147. On voit donc quelles sont les difficultés que rencontre l'organisation internationale intergouvernementale dans la formation du droit conventionnel. Certes, les difficultés n'empêchent pas nombre de ces organisations d'élaborer des conventions internationales en matière de protection des investissements. Mais l'influence,

actuelle ou virtuelle, de ces instruments demeure limitée le plus souvent au domaine géographique d'intervention de l'organisation considérée. Ce n'est pas à dire, toutefois, que le rôle des organisations internationales intergouvernementales s'arrête là : ce rôle peut également être d'incitation ou de coordination, et l'organisation peut ainsi contribuer à l'élaboration d'un droit conventionnel de la protection des investissements par l'utilisation de mécanismes autres que les mécanismes conventionnels. Mais ce rôle d'incitation ou de coordination, qui peut être soit direct, soit indirect, s'assignera pour fin non plus l'élaboration d'un instrument multilatéral, mais le développement de réseaux de conventions bilatérales qu'élaborent les Etats membres.

A. La fonction d'incitation

148. L'organisation internationale intergouvernementale, si elle se trouve dans l'impossibilité d'élaborer elle-même les instruments qu'exigerait la protection des investissements, peut créer les mécanismes qui inciteront, directement ou indirectement, ses Etats membres à développer leurs réseaux bilatéraux. On peut dire qu'il y a incitation directe lorsque l'organisation lance, en direction de ses Etats membres, une action promotionnelle, qui met en évidence le lien direct entre la conclusion d'instruments bilatéraux et l'obtention de certains avantages qui permettront de susciter des flux nouveaux d'investissements ; alors qu'il y a incitation indirecte lorsque l'organisation, sans lancer d'action promotionnelle, crée un mécanisme tel que, si ces Etats membres veulent susciter des flux nouveaux d'investissements, ils ne pourront pas ne pas y adhérer. Comme il se trouve que, pendant quelque temps, la promotion des investissements n'osait pas dire son nom, les mécanismes d'incitation indirecte sont apparus avant les mécanismes d'incitation directe.

a) Les mécanismes d'incitation indirecte

149. Une bonne illustration de ce que l'on entend par mécanisme d'incitation indirecte peut être trouvé dans la Convention de Washington, en date du 18 mars 1965, « pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ». Cette convention ne fera pas ici l'objet d'une analyse, aussi brève soit-elle, ne fût-ce que parce que nombre d'analyses détaillées lui ont déjà été consacrées.

150. Il suffira donc ici de rappeler que, si la Convention de Washington institue un mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements, les différends dont il s'agit ne sont pas des différends internationaux, au sens strict du terme. En effet, la Convention ne s'attache nullement aux règlements de différends interétatiques, qui opposeraient l'Etat dont l'investisseur est ressortissant, d'une part, à l'Etat sur le territoire duquel l'investissement est constitué, d'autre part. Elle s'attache seulement au règlement des différends qui opposent l'investisseur, ressortissant d'une partie contractante, à une autre partie contractante. Par suite, les procédures de règlement qu'institue la Convention de Washington sont des procédures « mixtes », parce qu'elles opposent, en les plaçant sur un pied d'égalité, un demandeur et un défendeur dont le statut juridique n'est pas identique au regard du droit international : d'un côté, l'investisseur, qui n'est pas un sujet de droit international, de l'autre côté, l'Etat, qui est un sujet de droit international. Ces procédures « mixtes » n'étaient certes pas inconnues du droit international, antérieurement à l'intervention de la Convention de Washington⁴⁴. Mais, avec cette dernière, elles sortent du cadre régional pour s'affirmer dans le cadre mondial.

151. L'idée que le différend entre un investisseur et un Etat puisse faire l'objet d'un règlement international par-devant un tribunal arbitral qui sera créé en vertu d'une convention internationale n'en va pas moins contre la tradition du droit international, pour lequel la distinction entre ce qui est interétatique et ce qui n'est pas interétatique se maintient au cœur du droit des règlements pacifiques. Un investissement est régi, sauf exceptions, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel il est constitué. Les différends relatifs à cet investissement devraient donc, et sauf exceptions, être portés devant les juridictions de cet Etat, et être réglés par elles en vertu du droit de cet Etat. Mais une telle solution, dans le climat des années 1960-1970, n'était pas de nature à encourager les flux d'investissements et, plus particulièrement, les flux Nord-Sud. A dire vrai, et

44. On citera, notamment, les tribunaux arbitraux mixtes constitués par les différents traités postérieurs à la guerre de 1914-1918 ; les commissions de conciliation créées par les traités postérieurs à la guerre de 1939-1945 ; ou encore, postérieurement à la Convention de Washington, le Tribunal des différends irano-américains institué par les Accords d'Alger du 19 janvier 1981 — organismes qui, les uns comme les autres, ont reçu compétence pour statuer sur des réclamations formées par un individu contre un Etat, en raison de la violation, en particulier, des droits de propriété de cet individu.

dans la crise de confiance que traversaient les rapports entre pays développés et pays en développement, c'est ce qu'entendaient éviter les investisseurs. Le rapport des administrateurs le laisse entendre avec une certaine pudeur — dictée, on s'en doute, par le souci de ne pas froisser la susceptibilité de certains Etats membres de l'organisation :

«Cependant, l'expérience montre qu'il peut exister des différends que les Parties désirent résoudre par d'autres moyens [que le recours aux tribunaux nationaux]; *les accords d'investissement conclus récemment* montrent que tant les Etats que les investisseurs estiment fréquemment que leur intérêt mutuel est de prévoir des modes de règlement international.»⁴⁵

Toujours avec le même sens de la litote, le rapport indique les raisons pour lesquelles la prévision de ces modes est d'«intérêt mutuel» : l'adhésion à la Convention, par les pays du Sud, pourrait les parer d'un «attrait additionnel» aux yeux tant des pays du Nord que des ressortissants des pays du Nord — et, par conséquent, stimuler les flux d'investissement Nord-Sud.

152. Mais le CIRDI ne possède pas de compétence obligatoire — que ce soit vis-à-vis des Etats parties à la Convention de Washington ou vis-à-vis des ressortissants de ces Etats : «le consentement des Parties est la pierre angulaire de la compétence du Centre». Et, par suite, réapparaît ici un problème juridique aussi vieux que la juridiction internationale : comment concilier la volonté d'établir la compétence obligatoire du CIRDI, condition nécessaire à la consolidation du mécanisme de règlement et, au-delà, du droit international de la protection, avec le frein que constitue l'attachement traditionnel de l'Etat à sa souveraineté, attachement que traduit l'exigence du consentement ? Le rapport des administrateurs fournit ici quelques pistes :

«Le consentement des Parties doit avoir été donné avant que le Centre ne soit saisi ; mais la Convention ne contient aucune précision quant à la date à laquelle le consentement doit être donné. *Il peut être donné, par exemple, dans une disposition d'un accord prévoyant la soumission au Centre des différends auxquels il pourrait ultérieurement donner lieu, ou dans un compromis concernant un différend déjà né.*»⁴⁶

45. Rapport, par. 10.

46. *Ibid.*, par. 24.

153. Ainsi voit-on se dessiner un lien indirect entre la Convention de Washington et la conclusion des instruments bilatéraux. La Convention de 1965 n'encourage ni ne décourage les Etats à cet égard ; elle se borne à exiger, comme condition nécessaire à la saisine du CIRDI, le consentement des parties en différend. Ce consentement peut être donné par avance, pour tout Etat partie à la Convention de Washington, dans le cadre d'un accord bilatéral de protection des investissements qu'il viendrait à conclure avec toute autre partie contractante. L'Etat contractant s'engagerait alors, vis-à-vis de l'Etat cocontractant, et dans le cadre de cet accord bilatéral, à accepter la juridiction du CIRDI pour le règlement des différends que le ressortissant de cet Etat cocontractant pourrait porter devant le Centre. Pour reprendre l'expression qu'utilise le rapport, c'est alors la convention bilatérale qui devient «la pierre angulaire» de la compétence du CIRDI. La Convention de Washington ne comporte pas de «volet promotionnel». Elle n'en demeure pas moins un instrument puissant — bien qu'indirect — d'incitation à la conclusion d'accords de protection entre les parties.

b) *Les mécanismes d'incitation directe*

154. Certaines conventions multilatérales, en revanche, se proposent, de façon non plus implicite mais explicite, de donner un coup de fouet au développement des réseaux d'instruments bilatéraux, et, à cet effet, contiennent un «volet promotionnel». On retiendra deux illustrations : d'une part, la Convention de Séoul, d'autre part, les Conventions de Lomé III et de Lomé IV.

i) *La Convention de Séoul du 11 octobre 1985*

155. La Convention de Séoul⁴⁷ a pour but d'instituer un mécanisme international de garantie contre les pertes financières qui résultent de la réalisation d'un risque politique. L'Agence multilatérale de garantie des investissements, que crée la Convention, va donc délivrer des garanties au titre des investissements que constituent les ressortissants d'une partie contractante sur le territoire d'une autre

47. Entré en vigueur le 12 avril 1988. Voir J. Touscoz, «Les opérations de garantie de l'Agence multilatérale de garantie des investissements», *Journal du droit international*, 1987, pp. 901 ss.

partie contractante. Toutefois, comme la Convention de Séoul se veut un instrument de promotion des investissements Nord-Sud, il faut que l'investisseur soit le ressortissant d'un pays développé et que l'Etat sur le territoire duquel l'investissement est constitué un pays en développement.

156. En garantissant ainsi les investisseurs contre les dommages que pourraient leur causer des mesures telles qu'expropriation ou nationalisation, l'Agence met en œuvre un puissant mécanisme d'incitation à l'investissement Nord-Sud. En effet, au cas où viendrait à se réaliser le risque politique que couvre la garantie, l'investisseur bénéficierait, automatiquement, de l'indemnité que lui alloue le contrat de garantie. Le risque politique n'est pas éliminé; mais la conséquence qu'il fait peser sur l'investisseur se trouve neutralisée. L'élément de dissuasion qui découle de cette conséquence ne jouera donc plus un rôle déterminant dans la décision d'investissement. Ainsi pourront apparaître des flux nouveaux d'investissements de Nord en Sud.

157. Mais un mécanisme international de garantie, même s'il est international, n'en demeure pas moins un mécanisme de garantie. Et, dans le cadre de ce mécanisme, le garant doit, dans tous les cas, tenter de minimiser le risque que la garantie met à sa charge — et ce d'autant que la garantie est un mécanisme concessionnel. Comment minimiser ce risque? La réponse est simple: en obtenant des pays éligibles à la garantie qu'ils s'engagent à ne rien faire qui puisse causer la réalisation du risque politique. Cet engagement pourra résulter soit de la stabilisation des conditions de protection dans l'ordre interne, soit de leur consolidation dans l'ordre international par la conclusion de concessions bilatérales de protection. L'accord de protection se présente donc, ici aussi, comme la « pierre angulaire » du système: un mécanisme international de garantie des investissements contre les risques politiques ne peut fonctionner de façon viable que pour autant qu'une judicieuse utilisation des ressources du droit international permette d'éliminer les risques politiques.

158. La Convention de Séoul et son commentaire ne disent pas autre chose. La Convention contient, en effet, un « volet promotionnel » qui en marque l'originalité. Ce « volet promotionnel », constitué, pour l'essentiel, par l'article 23, est ainsi dénommé parce qu'il a pour but de favoriser les flux nouveaux d'investissements, notamment en consolidant les conditions de protection. Or, aux termes de l'article 23, lettre b), point iii), l'Agence

« favorise et facilite la conclusion d'accords, entre ses Etats membres, au sujet de la promotion et de la protection des investissements ».

Ces accords entre Etats membres ne sont autres que les conventions bilatérales, auxquelles l'article 23, lettre b), point iii), assigne ainsi une fonction « promotionnelle ». Et, parce que ces accords remplissent une fonction promotionnelle, il appartient donc à l'Agence d'en « favoriser » et d'en « faciliter » la conclusion, directement et non plus indirectement. L'Agence se trouve ainsi investie d'un rôle original d'assistance juridique aux fins de développement des réseaux conventionnels.

ii) *Les Conventions de Lomé III et de Lomé IV*

159. Les Conventions de Lomé III et de Lomé IV organisent les rapports entre les pays de la Communauté économique européenne (pays CEE) et des pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (pays ACP) dans le cadre d'une politique concertée de développement. Parmi ces rapports figurent les rapports d'investissement. Aussi bien Lomé III que Lomé IV contiennent donc des stipulations régissant les investissements par les ressortissants des pays CEE, dans les pays ACP. Ces stipulations se veulent incitatives. Elles reposent sur deux éléments: d'une part, la conclusion d'accords bilatéraux de protection; d'autre part, la création d'un système conjoint de garantie.

160. Il est apparu au cours de la négociation de la Convention de Lomé III que la création de ce système conjoint fournirait l'occasion d'une extension des réseaux bilatéraux. Mais les pays CEE n'ont pas voulu prendre d'engagements contraignants en ce qui concerne la création du système conjoint, et les deux questions demeurent donc dissociées l'une de l'autre. Par conséquent, la Convention de Lomé III ne repose pas, comme celle de Séoul, sur l'idée que la propagation et la consolidation des instruments bilatéraux de protection des investissements est une condition nécessaire de viabilité d'un système conjoint de garantie.

161. Si la Convention de Lomé III tente d'encourager la conclusion d'instruments bilatéraux entre pays CEE et pays ACP, c'est pour une autre raison. La protection des investissements n'est pas une matière « communautarisée », et il appartient donc aux Etats membres, chacun pour ce qui le concerne, de conclure des accords

de protection avec les pays ACP. Il en résulte que certains pays CEE ont bâti un réseau de conventions bilatérales avec les pays ACP; alors que certains pays CEE n'ont même pas réussi à entrer en négociations avec les pays ACP. Les investissements des ressortissants des pays CEE ne bénéficient pas d'une égale protection dans les pays ACP; et c'est la raison pour laquelle la Convention de Lomé III institue un mécanisme destiné à favoriser l'extension des réseaux, et à faire bénéficier les pays CEE qui se trouvaient en dehors de ces réseaux de l'application des stipulations conventionnelles qui ont pu être négociées entre les autres pays CEE et les pays ACP.

162. Les préoccupations qui avaient inspiré les rédacteurs de la Convention de Lomé III s'expriment tout aussi nettement dans la Convention de Lomé IV. La dissociation entre conclusion de conventions bilatérales et création du système conjoint devient complète, puisque la création du système conjoint disparaît totalement de l'horizon conventionnel. Par conséquent, il devient de plus en plus clair que l'élimination des inégalités dans la protection des investissements est la considération déterminante de l'intervention communautaire. L'harmonisation de la protection des investissements des ressortissants des pays CEE dans les pays ACP est nécessaire, si l'on veut éviter que les uns jouissent de droits dont les autres ne jouiraient pas. Par conséquent, la Convention de Lomé IV reprend le mécanisme d'extension que prévoyait la Convention de Lomé III, en sorte de permettre à l'ensemble des Etats membres de bénéficier des résultats des négociations conventionnelles qui se sont nouées sur le plan bilatéral. En bref, on voit bien que la préoccupation communautaire se renferme sur un problème Nord-Nord — l'harmonisation des conditions de la protection — plus qu'elle ne s'ouvre aux problèmes Nord-Sud — la promotion des investissements des ressortissants des pays CEE dans les pays ACP.

163. La déclaration commune de la troisième partie, titre III, chapitre III, section 2, confirme bien cette interprétation. Elle est ainsi rédigée, en son point 1 :

« En vue de faciliter la négociation d'accords bilatéraux sur la promotion et la protection des investissements, les parties contractantes conviennent d'étudier les principales clauses d'un accord type sur la protection.

Cette étude, s'inspirant des dispositions des accords bilaté-

raux qui existent entre les Etats parties, portera particulièrement sur les questions suivantes :

- i) garanties juridiques pour assurer un traitement juste et équitable et une protection aux investisseurs étrangers;
- ii) clause de l'investisseur le plus favorisé;
- iii) protection en cas d'expropriation et de nationalisation;
- iv) transfert des capitaux et des bénéfices;
- v) arbitrage international en cas de litige entre l'investisseur et l'Etat d'accueil. »

La déclaration commune met donc en évidence trois idées : l'harmonisation des conditions de protection doit être poursuivie et réalisée; cette harmonisation ne peut être poursuivie que par la conclusion d'accords bilatéraux, que les parties contractantes s'engagent à « faciliter »; mais cette harmonisation ne peut être réalisée que par l'utilisation, dans les négociations bilatérales, d'un « accord type ». Ainsi apparaît l'idée de modélisation conventionnelle.

B. La fonction de coordination

164. L'OCDE fournit un bon exemple d'une organisation internationale intergouvernementale qui, investie d'une simple mission de coordination, comme l'indique sa dénomination, n'en parvient pas moins à jouer un rôle essentiel dans le développement du droit des investissements. A cet égard, il faut relever trois paradoxes. Premier paradoxe : l'OCDE se présente comme une organisation régionale, regroupant les seuls pays développés à économie de marché; et, pourtant, c'est cette organisation-là qui façonne le droit international économique qui, progressivement, va régir les pays développés comme les pays en développement, et quelle que soit leur forme d'organisation économique. Deuxième paradoxe : voilà une organisation internationale intergouvernementale dont les objectifs sont certes définis de façon très large; mais aucune des stipulations de la Charte constitutionnelle ne mentionne, explicitement, une quelconque compétence en matière d'investissements internationaux. Troisième paradoxe : la Convention du 14 décembre 1960 ne confère à l'Organisation que des pouvoirs juridiques de portée limitée et de facture traditionnelle; cela n'empêche pas l'OCDE d'être au centre de l'effort d'élaboration du droit international économique et d'exercer une sorte de magistrature d'influence qui lui est propre.

165. Mais c'est peut-être, précisément, dans la teneur de ces paradoxes qu'il faut rechercher la clé du succès de l'OCDE. Tout d'abord, il faut noter que ces paradoxes ne sont pas inconciliables entre eux, mais s'enchaînent l'un l'autre. Ainsi, l'on peut penser que c'est parce que le champ des compétences de l'OCDE connaît peu de limites que les pouvoirs juridiques dévolus à ses organes sont restreints. L'on peut également penser que c'est parce que ces pouvoirs juridiques sont restreints que l'Organisation a pu façonner les contours d'un droit international économique dont elle considérait opportun qu'il fût respecté par les pays développés et par les pays en développement. On peut finalement penser que c'est parce que le champ de compétences de l'OCDE connaît peu de limites et parce que ses pouvoirs juridiques sont limités que l'Organisation a pu s'imposer, dans des domaines tels que celui de l'investissement, vis-à-vis d'organisations telles que l'Organisation des Nations Unies, la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, ou l'Organisation mondiale du commerce, alors que ces dernières sont des organisations à vocation universelle. Mais il va sans dire que l'OCDE n'aurait jamais gagné la place qu'elle occupe parmi les organisations internationales économiques si ses travaux n'avaient pas réuni deux qualités qui les caractérisent : supériorité technique et acceptabilité politique. C'est bien la réunion de ces deux qualités qui a permis à l'OCDE d'exercer l'influence qui est la sienne dans le domaine de l'élaboration du droit des investissements.

166. Chronologiquement, la prééminence de l'OCDE en cette matière s'est réalisée en trois étapes : la première, c'est celle des codes de libération ; la deuxième, c'est celle du projet de convention de 1967 ; la troisième, c'est celle de la déclaration et des décisions de 1976. Il est probable que, considérés isolément, chacun de ces développements n'aurait pas permis à l'OCDE de s'ériger en cette sorte de chambre de réflexion, dans laquelle un petit nombre d'Etats membres prépare les textes qui, à l'avenir, régiront les rapports d'investissement entre Etats membres, comme entre Etats membres et Etats non membres. Mais c'est la combinaison des trois facteurs qui fait apparaître l'OCDE comme la matrice véritable du droit des investissements, parce qu'elle est la seule organisation à s'être intéressée, en profondeur, à tous les éléments constitutifs de ce droit : libre circulation des investissements ; traitement et protection des investissements ; élimination des contraintes de gestion qui pèsent sur l'investisseur. Qui plus est, elle l'a fait avec succès : les codes de

libération, tout comme la déclaration et les décisions de 1976, ont rempli la fonction qui leur a été assignée. Il n'y a guère que l'histoire du projet de convention de 1967 qui apparaisse plus heurtée : mais si ce projet, lors de sa conception, a connu un échec retentissant, cet échec s'est progressivement transmué en un triomphe, puisque c'est lui, en définitive, qui constitue la source principale des instruments bilatéraux. Aussi ne saurait-on s'étonner que le projet d'accord multilatéral sur les investissements, qui doit englober dans un instrument contraignant les trois éléments qui viennent d'être discutés, soit en négociation dans le cadre de l'OCDE.

167. Les avatars du projet de convention sur la protection des biens étrangers méritent de retenir l'attention. On connaît l'origine de ce texte, qui se trouve lui-même au confluent de plusieurs projets. L'initiative allemande de Herman Abs et l'initiative anglaise de lord Hartley Shawcross s'étaient combinées pour donner naissance à un texte unique, le projet Abs-Shawcross. Le projet Abs-Shawcross a été soumis par la République fédérale d'Allemagne pour examen, et, le cas échéant, pour suite à donner. Le projet Abs-Shawcross a donc été l'une des bases de négociation du projet de convention sur la protection des biens étrangers qui a vu le jour en 1967. La négociation de ce projet de convention peut s'interpréter comme s'intégrant dans un effort concerté afin de conférer au droit de propriété une reconnaissance internationale qui se dérobaient. Il n'est pas indifférent, à cet égard, de noter que la Convention de Washington et le projet de l'OCDE sont contemporains. Mais le projet de l'OCDE devait rencontrer un échec, certains des Etats membres de l'Organisation s'étant prononcés contre son adoption. Le fait que, dans le même temps, la Convention de Washington était ouverte à signature, alors que le projet de l'OCDE était repoussé devant le Conseil, tend d'ailleurs à montrer que l'homogénéité dans la composition d'une organisation n'est pas nécessairement du côté que l'on croit. Quoi qu'il en ait été, cet échec ne devait pas nuire à la vitalité ni à la pérennité du projet : les Etats membres de l'OCDE s'en emparèrent, individuellement, pour en faire la source principale d'inspiration qu'ils utiliseraient pour mettre au point leur modèle de convention bilatérale sur la protection des investissements.

168. Le « rapatriement » du projet de convention sur la protection des biens étrangers ne signifie pas, pour autant, que l'OCDE soit demeurée inerte devant la prolifération des conventions bilatérales. Bien au contraire, l'Organisation a poursuivi une action de longue

haleine en vue de la coordination des pratiques des Etats membres. Il faut signaler, à cet égard, l'importance des rapports du Comité de l'investissement international et des entreprises multilatérales sur les accords intergouvernementaux relatifs aux investissements dans les pays en développement. Ces rapports ont joué un rôle considérable, voire irremplaçable, dans l'élaboration d'un droit commun de l'investissement international. La comparaison entre pratiques nationales permet de déceler forces et faiblesses, et, partant, trace les pistes qui aboutissent à l'amélioration des réseaux conventionnels. En bref, cette action continue supplée l'absence d'un modèle véritable dans le cadre OCDE. De surcroît, l'élaboration de ces rapports donne l'occasion aux Etats membres de se concerter sur une commune stratégie en la matière. Les conclusions de ces rapports sont à cet égard instructives : c'est ainsi que le rapport de 1984 constate la « stérilité » de toute tentative d'établissement d'un modèle de convention pouvant être utilisé à l'échelle mondiale et souligne que

« les démarches multilatérales trouvent leur meilleur terrain d'application dans un contexte régional plus restreint, où la communauté d'intérêts est plus grande, plutôt qu'à une échelle mondiale ».

Ces conclusions ont valeur de recommandation. Il vaut mieux ne pas agir dans la précipitation. Un usage judicieux du bilatéralisme, surtout s'il est concerté et « modélisé » dans un cadre « restreint » sert mieux la communauté des intérêts qu'une action irréfléchie à l'échelle mondiale.

Section 2. Les sources conventionnelles

169. L'organisation internationale intergouvernementale, impuissante à construire une règle incontestable et incontestée en matière de protection des investissements, s'en est donc remise aux Etats membres, se fermant par là même la voie du multilatéralisme, et ouvrant à ces Etats membres les voies du bilatéralisme. Et, de fait, la prolifération des instruments bilatéraux, souvent conclus sous les auspices d'une organisation, constitue l'un des phénomènes remarquables de ces dernières décennies, tant par son aspect quantitatif que par ses aspects qualitatifs. Ces instruments bilatéraux sont, pour l'essentiel, des conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements.

I. Définition des conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements

170. Une convention bilatérale de promotion et de protection des investissements se définit, avant tout, comme un traité ou un accord international. C'est donc un acte écrit, concerté entre deux Etats souverains, destiné à produire entre eux des effets de droit, et régi par le droit international.

171. On voit bien ce qui distingue la convention bilatérale du contrat d'Etat. Dans le contrat d'Etat, l'une des parties contractantes est bien un Etat souverain, mais l'autre partie contractante est le ressortissant d'un autre Etat souverain. Les deux parties contractantes ne sont pas en situation d'égalité au regard du droit international : l'une est sujet, l'autre n'est pas sujet de droit. Cette constatation, indépendamment de la question de savoir quel est le droit qui régit le contrat d'Etat, suffit à le différencier de la convention bilatérale.

172. La convention bilatérale d'investissement est, dans la grande majorité des cas, contractée entre un pays développé et un pays en développement — même si, à l'heure actuelle, se créent des relations conventionnelles entre pays en développement. Cette orientation des réseaux bilatéraux s'explique aisément : les pays développés sont exportateurs d'investissements, les pays en développement sont importateurs d'investissements ; par conséquent, une convention de protection des investissements, c'est avant tout une convention de protection des investissements que constituent les ressortissants des pays développés dans les pays en développement.

173. On s'explique mal, dans ces conditions, que les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements se présentent comme des instruments réciproques. La France a conclu avec Haïti une convention bilatérale de promotion et de protection des investissements. Le caractère de réciprocité que les parties ont donné à cet instrument se justifie difficilement : il se peut qu'il y ait des investissements français en Haïti ; il n'y a pas d'investissements haïtiens en France. Mais l'exigence de réciprocité marque l'attachement, peut-être excessif, au principe d'égalité souveraine, et traduit la susceptibilité que peuvent manifester les Etats dès qu'il leur paraît que ce principe n'est pas scrupuleusement respecté.

174. Dans l'intitulé des instruments bilatéraux, les deux mots « promotion » et « protection » sont toujours liés l'un à l'autre. Ce lien est parfaitement logique. La protection des investissements de

leurs ressortissants dans les pays en développement a longtemps préoccupé les pays développés. A cet égard, ils estimaient que le droit interne ne pouvait jamais offrir qu'une protection insuffisante. Le droit interne, à leurs yeux, était entaché de deux péchés originels : parce qu'il était droit interne, il était susceptible de modifications unilatérales ; parce qu'il était droit interne d'un pays en développement, il n'était pas suffisamment protecteur du droit de propriété. Double procès d'intention, dira-t-on. Il se peut. Mais ce double soupçon est à l'origine du phénomène conventionnel en la matière. Une convention bilatérale de promotion et de protection permettait, en quelque sorte, de faire d'une pierre deux coups : d'une part, la règle de protection étant définie d'un commun accord, elle équilibrait de façon satisfaisante les droits et les devoirs de chacun ; d'autre part, cette règle de protection étant érigée en règle conventionnelle, elle n'était plus susceptible de modification unilatérale. Pour ces deux raisons, la convention bilatérale était effectivement un instrument de protection : et, parce que la convention bilatérale était un instrument de protection, c'était aussi un instrument de promotion.

175. La convention bilatérale de promotion et de protection des investissements est donc bien destinée à sortir des effets juridiques, puisqu'elle définit des droits et des devoirs, tant pour les Etats contractants que pour les investisseurs ressortissant de ces Etats contractants. Est-elle régie par le droit international ? La question est complexe, et doit se dédoubler. Une question est de savoir si les droits et devoirs respectifs des Etats contractants, l'un vis-à-vis de l'autre, sont régis par le droit international. La réponse ne souffre aucune difficulté : le droit international régit ces relations conventionnelles, qui sont des relations interétatiques. On en veut pour preuve la teneur de la clause de règlement des différends qui sont relatifs à l'interprétation ou à l'application de la convention bilatérale. Ces différends sont des différends juridiques, qui opposent entre elles les parties contractantes. La clause de règlement prévoit donc un mécanisme de règlement classique au regard du droit international : tentative de règlement diplomatique ; et, au cas où la tentative de règlement diplomatique échouerait, alors, soumission du différend à l'arbitrage international — entendu au sens d'arbitrage interétatique.

176. Mais une autre question est de savoir si les relations entre l'investisseur, ressortissant d'une partie contractante, et l'autre partie

contractante sont également régies par le droit international, alors même que les intéressés ne sont pas tous les deux des sujets du droit international. Il ne fait pas de doute que l'investisseur est et demeure assujéti au système juridique de l'Etat sur le territoire duquel il opère : il paraît bien hardi de soutenir qu'il échapperait, par exemple, au droit social ou au droit fiscal de cet Etat — sauf règles particulières. Mais il ne fait pas de doute, non plus, que l'investisseur tire des droits de la convention bilatérale et, notamment, le droit à « *traitement juste et équitable* », ainsi que le droit à « *pleine et entière protection et sécurité* » — c'est-à-dire, en définitive, le droit à ce que la règle interne qui va régir le régime juridique de son investissement soit compatible au standard international.

177. Comment s'opère la vérification de la compatibilité entre règle interne et standard international ? Par le jeu de la clause sur le règlement des différends entre l'investisseur et l'Etat d'importation de l'investissement, c'est-à-dire, en bref, par la clause d'arbitrage conventionnel. Mais attention : il ne s'agit pas de la clause par laquelle

« un Etat accorde à un autre le droit de demander à des instances arbitrales internationales d'allouer directement aux ressortissants de ce dernier des indemnités pour des dommages qu'ils ont subis à la suite d'une violation du droit international par le premier Etat »⁴⁸.

Il s'agit de la clause par laquelle un Etat contractant accorde aux ressortissants de l'autre Etat contractant le droit de demander à une instance arbitrale, institutionnelle ou non institutionnelle, d'allouer directement à ces ressortissants des indemnités pour les dommages qu'ils ont subis à la suite d'une violation du droit international par le premier Etat.

178. Cette clause, dans la plupart des instruments bilatéraux, c'est la clause CIRDI. Or, la clause CIRDI permet à l'arbitre international de faire application du droit international, en ce compris les principes généraux du droit international, aux fins de résolution du différend qui lui est soumis. En effet, l'article 42 de la Convention de Washington prévoit que

48. Affaire de l'*Usine de Chorzów*, précitée. Arrêt du 13 septembre 1928 (*Demande en indemnité, fond*), p. 28.

«le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les Parties. Faute d'accord entre les Parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend — y compris les règles relatives aux conflits de lois — ainsi que *les principes de droit international en la matière.*»

La stipulation de l'article 42 est, de surcroît, incorporée dans les instruments bilatéraux qui contiennent la clause CIRDI. C'est le cas, notamment, des conventions qu'a conclues récemment la France :

«l'organe d'arbitrage statuera sur la base des dispositions du présent Accord, du droit de la partie contractante partie au différend — y compris les règles relatives aux conflits de lois —, des termes des accords particuliers éventuels qui auraient été conclus au sujet de l'investissement, *ainsi que des principes de droit international en la matière*»⁴⁹.

179. Ainsi se dessine la mosaïque des ordres juridiques que recèlent les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements. Une convention bilatérale est un traité ou un accord conclu entre deux Etats souverains, l'un exportateur d'investissements, l'autre importateur d'investissements : en tant qu'elle crée des obligations entre ces Etats, elle est régie par le droit international. Mais, précisément, l'objet et le but de ces instruments bilatéraux ne sont pas de créer des obligations entre les Etats contractants : ils sont de mettre à la charge de chaque partie contractante un certain nombre d'obligations dont les créanciers sont les ressortissants de l'autre partie contractante. Ces obligations, quant à elles, ne sont pas nécessairement réglées par le droit international : elles peuvent être réglées, notamment, par le droit interne de l'Etat contractant sur le territoire duquel est constitué l'investissement. Mais la référence, tant dans la Convention de Washington que dans les instruments bilatéraux, aux «*principes de droit international en la matière*», signifie, à tout le moins, que si les obligations de l'Etat contractant vis-à-vis de l'investisseur sont réglées par le droit interne de cet Etat contractant, le droit interne, en la matière, doit se conformer aux principes de droit international.

49. Article 8, paragraphe 4, de l'Accord du 3 juillet 1991 entre la France et l'Argentine sur l'encouragement et les protections réciproques des investissements.

II. Apparition et développement du phénomène conventionnel

180. Il existe un très grand nombre de conventions bilatérales qui, traitant de façon générale de la condition des étrangers, contiennent des stipulations sur la protection de leurs biens et de leur accès à l'exercice des activités économiques. On peut parler ici d'accords-cadres. Pour prendre un exemple, la France a conclu, dans le passé, un très grand nombre d'accords de ce type, dont certains sont fort anciens (exemple : le Traité de commerce et de navigation entre la France et le Libéria daté du 17 avril 1852).

181. La dénomination particulière de ces conventions varie selon les époques et selon les circonstances : convention, traité, accord, voire *modus vivendi*⁵⁰. Bien que le but et l'objet de ces conventions soient identiques, et que, par conséquent, leurs clauses principales soient très proches les unes des autres, la définition de ce but et de cet objet varie d'instrument à instrument : traités de «commerce», de «navigation», de «commerce et de navigation», d'«établissement et de navigation», d'«établissement», ou encore «sur les relations commerciales et maritimes»⁵¹, voire même sur «les droits fondamentaux des nationaux»⁵².

182. La vogue de ces conventions est allée décroissant. Pour prendre à nouveau un exemple, les Etats-Unis d'Amérique concluaient ainsi des traités d'amitié, de commerce et de navigation (*friendship, commerce and navigation*, dits, dans la pratique américaine, traités «FCN»). Ces traités formaient un réseau d'une certaine importance : les Etats-Unis en avaient conclu douze avant 1920 ; neuf entre 1920 et 1940 ; et vingt-deux entre 1940 et 1966, date à laquelle ils cesseront d'étendre leur «maillage» conventionnel. Il est à noter que sur ces quarante-trois traités FCN, environ une douzaine ont été conclus avec des pays en développement depuis la fin de la seconde guerre mondiale. C'est là mettre en évidence un phénomène qui vaut non seulement pour les Etats-Unis, mais encore

50. Il s'agit là du *modus vivendi* des 6-27 décembre 1934 relatif à l'établissement des Libanais en France. Ce *modus vivendi* consiste en un échange de correspondance entre le Haut-Commissariat de la France au Liban (alors mandat A) et le ministre français des Affaires étrangères.

51. Convention entre la France et la Grande-Bretagne, en date du 28 février 1882, concernant les relations commerciales et maritimes.

52. Convention du 1^{er} janvier 1974, entre la France et le Gabon, sur les droits fondamentaux des nationaux.

pour tous les autres pays développés : les traités d'amitié, de commerce et de navigation ne sont pas conclus en majorité avec des pays en développement.

183. C'est certainement dans ce phénomène que se trouve l'une des causes de la désaffection des pays développés vis-à-vis des traités de commerce et de navigation en tant qu'instruments de protection des investissements. En effet, ce type d'instrument, tel qu'il a évolué, ne prend pas en compte deux exigences spécifiques : ce n'est pas un instrument conçu pour la protection des investissements, et ce n'est pas un instrument de protection conçu pour les investissements des ressortissants des pays développés dans les pays en développement. De plus, et à supposer que, malgré ces insuffisances, le traité de commerce et de navigation n'en ait pas moins défini un niveau suffisant de protection, alors un dernier grief, et peut être le plus important, pouvait lui être adressé : un tel traité est un instrument interétatique de type classique ; il ne crée, au regard du droit international, aucun droit dans le chef de l'investisseur. Par suite, aucun recours direct, du type recours CIRDI, n'est ouvert à l'investisseur, par-devant un organisme international de règlement, en cas de différend entre lui et l'Etat sur le territoire duquel il a constitué son investissement.

184. Toutes ces raisons ont amené les pays développés à abandonner le traité de commerce et de navigation en tant qu'instrument de protection des investissements de leurs ressortissants vis-à-vis des Etats sur le territoire desquels ces investissements étaient constitués, et à se tourner vers une autre formule conventionnelle : celle que la pratique française dénomme conventions non réciproques et que la pratique américaine dénomme *Investment Guarantees*. Cette formule conventionnelle rencontrera un certain succès au cours des décennies 1960 et 1970. Elle doit, toutefois, être considérée comme une formule transitoire, qui opère la jonction entre traités de commerce et de navigation, d'une part, et conventions de promotion et de protection des investissements, d'autre part. Elle n'a pas perdu, cependant, toute actualité. Certaines conventions non réciproques sont toujours en vigueur : c'est ainsi que, sur les six instruments de ce type qu'avait conclus la France, deux sont toujours en vigueur⁵³. Et même après que la formule de l'*Investment Guarantee* eut été délaissée pour la formule du *Bilateral Investment Treaty* (BIT), les Etats-Unis ont continué à conclure des *Investment Guarantees* plutôt que

53. Il s'agit des conventions avec l'Indonésie et la Yougoslavie.

des *Bilateral Investment Treaties* lorsqu'ils n'arrivaient pas à faire accepter le modèle américain comme base de négociation.

185. La convention non réciproque, pour reprendre la terminologie du droit français, est un instrument de facture sommaire, voire rudimentaire. C'est un accord interétatique, conclu entre un pays développé, exportateur d'investissements, et un pays en développement, importateur d'investissements. Cet accord interétatique est dit non réciproque. Encore faut-il s'entendre sur le sens qu'il faut donner à ces mots. Ils ne signifient pas, bien évidemment, que l'engagement soit unilatéral. Ils signifient que la convention inclut les seuls investissements constitués par les ressortissants du pays développé dans le territoire du pays en développement, et exclut tous les investissements constitués par les ressortissants du pays en développement dans le territoire du pays développé. Cette orientation ne semble certes pas absurde, puisque la convention non réciproque se veut un instrument d'incitation aux investissements Nord-Sud, et non aux investissements Sud-Nord. Mais il ne peut s'agir de n'importe quel pays développé, ni de n'importe quel pays en développement. La relation conventionnelle ne peut se nouer qu'à deux conditions. Il faut, d'une part, que les deux Etats contractants, pays développé comme pays en développement, soient parties à la Convention de Washington du 18 mars 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Il faut, d'autre part, que l'Etat contractant, pays développé, ait créé, dans le cadre de son ordre interne, un système de garantie qui permette de prémunir ses ressortissants contre le dommage résultant de la réalisation d'un risque politique dans l'autre Etat contractant, pays en développement.

186. Le lien entre ces deux conditions forme le *nexus* de la relation conventionnelle. C'est lui qui fournit à la convention non réciproque le *do ut des* sur lequel elle repose. La garantie est un mécanisme incitatif. L'investisseur, s'il bénéficie de la garantie qu'accorde le pays développé dont il est le ressortissant, est par là même encouragé à investir, parce que, pour lui, le dommage résultant de la réalisation du risque politique est pris en charge par l'organisme de garantie. La question est donc de savoir dans quel pays en développement il est encouragé à investir. La réponse est donnée par l'instrument conventionnel : il est encouragé à investir dans le pays en développement qui conclut, avec le pays développé dont cet investisseur est le ressortissant, une convention aux termes de

laquelle sera soumis au CIRDI tout différend relatif à l'investissement qui s'élèverait entre l'investisseur et le pays en développement dans le territoire duquel l'investissement est constitué. Et c'est parce que le pays en développement consent à la clause CIRDI que les investissements constitués dans son territoire par les ressortissants des pays développés deviennent éligibles à la garantie. Le *do ut des* se résume ainsi : délivrance de la garantie contre acceptation de la clause CIRDI. Le lien entre les deux exigences est sensible dans le droit interne des pays développés qui possèdent un mécanisme de garantie. C'est ainsi que, pour ce qui concerne la France, on rappellera la teneur de l'article 26 de la loi n° 71-1025 du 24 décembre 1971 :

«Le ministre de l'Economie et des Finances est autorisé à donner, cas par cas, la garantie de l'Etat pour les opérations d'investissement à réaliser par des entreprises françaises en territoire étranger, lorsque les investissements en cause présentent un intérêt certain pour le développement de l'économie française et auront été agréés par le pays concerné.

Le ministre de l'Economie et des Finances détermine les conditions et les modalités de cette garantie, dont l'octroi est subordonné, dans le cas de pays étrangers qui ne sont pas liés au Trésor français par un compte d'opérations, à la conclusion d'un accord préalable sur la protection des investissements.»

187. Mais les conventions non réciproques ne devaient pas tarder à rencontrer de vives critiques, tant du côté des pays développés que des pays en développement. Du côté des pays développés, il est apparu rapidement que les conventions non réciproques présentaient une lacune essentielle. Aux yeux des pays développés, comme on l'a vu, on cherchait, tout à la fois, à préciser les principes et règles de protection, et, une fois précisés ces principes et règles, à les figer dans un instrument international. Or, si la convention non réciproque fournissait bien l'instrument international que l'on recherchait, elle ne figeait nullement les principes et règles de protection, puisque ces principes et règles n'étaient pas précisés dans le corps de l'instrument conventionnel. Du côté des pays en développement, la préoccupation n'était pas fondamentalement différente. La convention non réciproque se borne à prévoir le règlement des différends par arbitrage CIRDI. Mais l'arbitrage CIRDI, c'est l'arbitrage d'un organe international, qui, aux termes de l'article 42 de la Convention de

Washington, applique telles règles du droit international qui peuvent lui paraître applicables. Ces règles peuvent avoir une origine conventionnelle. Elles peuvent aussi avoir une origine autre que conventionnelle. Plutôt que de laisser les tribunaux CIRDI faire application, en leur souveraine discrétion, de règles coutumières dont, précisément, les pays en développement ont toujours contesté qu'elles leur fussent applicables, ces pays ont estimé qu'il valait mieux, dès lors qu'ils avaient accepté la clause d'arbitrage international, fournir à ces tribunaux CIRDI une panoplie de principes et règles dont la teneur serait indiscutable, parce qu'ils auraient été préalablement précisés et figés dans un instrument conventionnel. C'est cette double préoccupation qui fait que la convention bilatérale de promotion et de protection a progressivement supplanté la convention non réciproque.

188. La convention de promotion et de protection est un instrument réciproque. Elle couvre les investissements des ressortissants de chaque partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante. Elle repose donc sur un équilibre des prestations et de contre-prestations, sur un *do ut des* qui est nécessairement différent de celui que l'on trouve dans les instruments non réciproques. Ce *do ut des* se renferme sur la notion de réciprocité. Chaque partie contractante, pays développé ou pays en développement, accorde un traitement juste et équitable, ainsi qu'une pleine et entière protection et sécurité, aux investissements des ressortissants de l'autre partie contractante, parce que cette autre partie contractante, pays développé ou pays en développement, accorde le même traitement et la même protection aux investissements des ressortissants de la partie contractante première nommée. Il ne s'agit pas d'un échange protection contre garantie entre un pays développé — la garantie — et un pays en développement — la protection ; il s'agit d'un échange traitement et protection contre traitement et protection entre deux parties contractantes, dont il n'y a pas lieu de se demander si l'une est un pays développé et l'autre un pays en développement. Le résultat, c'est qu'en passant de l'instrument non réciproque à l'instrument réciproque on perd en route la garantie, en tant qu'élément de négociation. Dans l'instrument non réciproque, une partie — le pays développé — est tenue de délivrer sa garantie, parce que l'autre partie — le pays en développement — est tenue d'accepter le recours CIRDI. Dans l'instrument réciproque, une partie accorde un certain traitement et une certaine protection, parce que l'autre partie accorde

le même traitement et la même protection : ni l'une ni l'autre ne sont donc plus tenues de délivrer la garantie, qui devient purement et simplement facultative. La rédaction des instruments réciproques tient compte, au reste, du glissement qui se produit d'une forme d'équilibre à une autre forme d'équilibre.

189. Avec la convention « sur la promotion et la protection réciproques des investissements », l'instrument bilatéral atteint donc sa maturité. On en veut pour preuve que ces conventions, à l'heure actuelle, se dénombrent par centaines. La prolifération s'accélère à l'heure actuelle, probablement pour renforcer le niveau de la protection qui résulte des conventions bilatérales, et ce dans la perspective de la négociation multilatérale. On se limitera à une illustration — et encore n'est-elle pas véritablement significative, puisque la France ne conclut pas de conventions bilatérales avec les pays qui appartiennent à la zone franc. Or, malgré cette circonstance particulière, la France était liée, au début de l'année 1996, par cinquante-neuf conventions bilatérales, dont la conclusion s'est échelonnée sur un quart de siècle. Sur ces cinquante-neuf conventions bilatérales, deux appartiennent à la catégorie des instruments non réciproques et toutes les autres à la catégorie des instruments réciproques. Il faut noter une nette accélération dans le développement du réseau français : sur cinquante-neuf conventions, quatorze étaient entrées en vigueur pendant les années 1995-1996. On relève que la France avait conclu des conventions avec la quasi-totalité des pays socialistes avant l'effondrement de leur régime ; et que, depuis cet effondrement, les Etats successeurs s'empressent de conclure de nouvelles conventions. On relève également que la pénétration conventionnelle progresse en des régions qui, jusqu'à présent, lui étaient fermées — pays du Golfe, ou encore pays andins. A cet égard, il est très significatif que les pays qui, jusqu'à présent, avaient respecté la tradition Calvo, acceptent de conclure des conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements, qui, précisément, sont la négation de cette tradition. En bref, et pour reprendre l'expression de l'arbitre unique choisi dans l'affaire *Topco*, le mouvement, désormais, atteint « un grand nombre d'Etats, représentant l'ensemble des régions géographiques, mais aussi l'ensemble des systèmes économiques ».

190. Lorsqu'un mouvement conventionnel s'étend sur une telle durée, et lorsqu'il englobe un tel nombre d'instruments, il est inévitable que, bien que le but et l'objet ne varient pas, la rédaction des

instruments connaisse progressivement de sensibles modifications. Si l'esprit est resté le même, il n'y a pas grand-chose de commun entre la lettre de la convention entre la France et le Zaïre, qui date de 1972, et la lettre de la convention entre la France et l'Albanie, qui date de 1995. Mais si l'on examine les conventions les plus récentes, on constatera que leur ossature est désormais la même, comme si elles étaient parvenues à l'âge adulte. Définitions ; clause d'encouragement ; clauses de traitement ; clauses de protection ; clause de transfert ; clause sur la garantie ; clauses de règlement des différends ; clause de consolidation ; clauses sur l'application dans l'espace et dans le temps, et clauses finales : ces stipulations se reproduisent identiquement, de convention à convention. Il n'y a rien d'étonnant à cela : l'expérience de la négociation qu'ont acquise les représentants de la France leur a permis d'acquérir un certain savoir-faire, un certain *know-how*, qui reflète l'état actuel de l'avancement du droit international, tel qu'ils l'utilisent dans leurs relations bilatérales — ce que la langue anglaise dénomme « *state of the art* ». Ce qui paraît le plus étonnant, en revanche, c'est que lorsqu'on compare entre elles les conventions conclues par la France, d'une part, et les conventions conclues par une majorité d'Etats membres de l'OCDE, d'autre part, on constate entre celles-ci et celles-là une quasi-similitude quant au fond. On est donc conduit à penser que, si la France comme les Etats membres de l'OCDE possèdent chacun leur modèle de convention bilatérale sur la promotion et la protection des investissements, modèle que chacun propose à son éventuel partenaire, lorsque s'ouvre la négociation bilatérale, comme base de discussion, tous ces modèles conventionnels procèdent d'une source commune d'inspiration. Cette source commune d'inspiration doit être recherchée dans le projet de convention sur la protection des biens étrangers. Celui-ci, au fil des ans, a fait l'objet, de la part des Etats membres de l'OCDE, des modifications et des adaptations que rendait nécessaire l'évolution des mentalités. Mais ces modifications et adaptations se sont faites en commun, parce que, grâce aux mécanismes de coopération mis sur pied dans le cadre de l'OCDE, les Etats membres se sont informés les uns les autres des améliorations qu'ils apportaient à leurs modèles respectifs. Tout s'est donc passé, dans le cadre de l'OCDE — sous réserve du cas particulier que représentent les Etats-Unis d'Amérique — comme si, à une pluralité de modèles nationaux, s'était substitué un modèle unique de convention bilatérale sur la promotion et la protection des investissements.

III. La modélisation conventionnelle

191. Un certain nombre de tentatives d'harmonisation des règles du droit interne comme du droit international ont eu lieu au cours des années récentes. Ces tentatives ont fait appel à des techniques variables, en fonction d'un certain nombre de critères et, tout d'abord, selon qu'il y avait ou qu'il n'y avait pas obligation d'harmoniser.

192. C'est dans le cadre fédéral que se rencontre l'obligation d'harmoniser. On ne veut pas dire par là, toutefois, que, dès lors que l'on se trouve dans un cadre fédéral, l'harmonisation des législations ou des réglementations des Etats membres soit toujours érigée en obligation. C'est ainsi qu'aux Etats-Unis d'Amérique des pans importants du droit commercial, qui relèvent de la compétence des Etats membres, ont fait l'objet d'une harmonisation par la persuasion. La *loi uniforme* fournit, à cet égard, une technique appropriée. Les pouvoirs fédéraux arrêtent, à titre indicatif, un texte qui est dépourvu de toute valeur juridique, parce que sa teneur ne relève pas de la compétence des pouvoirs fédéraux. Mais ceux-ci en recommandent l'adoption, en termes identiques, par les Etats membres ; et les Etats membres vont donc l'incorporer dans leur législation ou dans leur réglementation interne, selon les procédures qui sont requises à cette fin. Mais il peut aussi se faire que le rapprochement des législations et des réglementations — notamment dans le domaine économique — soit érigé en obligation, parce que ce rapprochement est l'une des conditions de la création d'une union économique entre les Etats membres. Il devient alors nécessaire de recourir à des techniques elles-mêmes fondées sur l'obligation. On peut, à cet égard, évoquer les *directives* en vue du rapprochement des législations que visaient les articles 100 et suivants du traité instituant la Communauté économique européenne — articles qui, chacun le sait, ont été abondamment et peut-être même trop abondamment sollicités par les autorités communautaires.

193. On peut assigner au droit international un double rôle d'harmonisation, qui portera soit sur les législations ou réglementations que chaque Etat adopte dans le cadre de son ordre interne, soit sur les conventions bilatérales que concluent entre eux les Etats en leur souveraine capacité. Mais l'obligation d'harmonisation ne pourrait résulter que de la volonté de ces Etats. Et les Etats font preuve en ce domaine d'une grande prudence : l'harmonisation ne peut être envi-

sagée que pour les matières de caractère technique et non politique ; il faut que les clivages idéologiques se soient suffisamment affaiblis pour que les comportements de raison l'emportent sur les comportements de passion. La pratique internationale a donc mis sur pied un ensemble de mécanismes juridiques qui ont ce caractère en commun de ménager la souveraineté des Etats — encore qu'à des degrés variables. La *loi uniforme* se retrouve ici. Mais la loi uniforme n'est pas autre chose qu'un projet de convention multilatérale, élaboré par les Etats au terme d'une conférence de négociation, et qui de ce fait est déjà investi d'une certaine valeur juridique, puisqu'il a été adopté par cette conférence, et ouvert à signature, approbation ou ratification des Etats en négociation. Les Etats peuvent choisir soit d'accomplir soit de ne pas accomplir les formalités nécessaires à la manifestation de leur consentement à être liés ; ils peuvent émettre des réserves — en respectant, à cet égard, les conditions de forme et de fond que pose le projet de convention. Mais parce qu'il s'agit là d'une convention multilatérale, ils ne peuvent, si tant est que latitude leur en soit laissée, émettre des réserves qui seraient incompatibles avec le but et l'objet de cette convention. De la technique de la loi uniforme, il convient de distinguer la technique de la *loi type*, qui ne fait pas appel aux mécanismes conventionnels. La loi type est un modèle qui peut être arrêté, soit par une organisation internationale intergouvernementale, soit par une organisation internationale non intergouvernementale, et qui sera proposé aux législateurs nationaux pour incorporation dans l'ordre interne. La loi type, tout comme la loi uniforme, réalise une œuvre transactionnelle, en ce sens qu'elle emprunte aux divers ordres de droit les éléments qui peuvent se combiner entre eux. Mais la loi type, à la différence de la loi uniforme, laisse aux Etats qui l'adoptent une entière liberté d'adaptation. Ils peuvent choisir, en leur souveraine discrétion, de l'adopter ou de ne pas l'adopter. Et, s'ils choisissent de l'adopter, ils peuvent alors soit le faire sans modification, soit y apporter telles ou telles modifications qu'ils jugeront opportunes. La loi type, d'ailleurs, peut désigner les domaines dans lesquels les Etats peuvent s'écarter de ses dispositions — technique qui aboutit au même résultat que la réglementation conventionnelle des réserves. Mais, la loi type offre peut-être un moyen d'harmonisation plus efficace que le traité ou l'accord international : une convention, les Etats ne peuvent qu'y adhérer ou ne pas y adhérer, alors que la loi type sera toujours prise en considération dans tel ou tel de ses éléments.

194. On doit également signaler le couple que forment le modèle de convention et le guide de négociations. Il sera question, ci-dessous, des modèles de convention. Le *guide de négociations* est un instrument dépourvu de toute valeur juridique et qui n'est nullement conçu pour acquérir quelque valeur juridique que ce soit. C'est un instrument de pédagogie conventionnelle, destiné plus particulièrement aux pays en développement. Les *modèles conventionnels* interviennent souvent en des domaines techniques — la fiscalité internationale en constituant un bon exemple. Ce sont des textes difficiles, et cela d'autant plus qu'ils sont le plus souvent élaborés par des experts originaires de pays développés — même si ces experts prennent en compte les intérêts tant des pays développés que des pays en développement. Le guide de négociations est donc, tout à la fois, une explication de texte et un ensemble de recommandations pour la bonne conduite de la négociation bilatérale. C'est, pourrait-on dire, une forme d'assistance juridique au pays en développement.

1. Définition du modèle conventionnel

195. Le mot modèle est susceptible de deux acceptions, l'une qui se situe dans l'ordre positif, l'autre qui se situe dans l'ordre normatif. Du point de vue positif, le modèle est une grille de décryptage qui permet de comprendre l'interaction entre diverses variables : c'est en ce sens que l'on parle d'un modèle économique. Du point de vue normatif, le modèle est un sujet ou un objet qui, par les qualités qui lui sont propres, est digne d'être imité.

196. On appelle donc *modèle conventionnel* un ensemble de clauses, arrêtées à titre indicatif, soit par un Etat, soit par un autre groupe d'Etats, soit par une organisation internationale, afin de fournir son cadre à la négociation bilatérale. Le mot « modèle » est pris dans son acception normative, celle d'un objet susceptible d'imitation.

197. Le modèle conventionnel n'a donc, en lui-même et par lui-même, aucune valeur juridique. C'est, en quelque sorte, la matrice d'une série d'instruments bilatéraux, qui en reprennent les clauses, sous réserve de modifications que les parties contractantes pourraient adopter en cours de négociation. Ces instruments bilatéraux, traités ou accords internationaux, possèdent le caractère contraignant qui s'attache à toute convention internationale, dès lors

qu'ils sont entrés en vigueur. Et, parce qu'ils sont négociés à partir d'un même modèle, ils présentent une similitude qui leur est caractéristique.

198. Un modèle n'a donc d'utilité que si l'on se trouve dans la nécessité de régler, par la voie conventionnelle, des situations qui risquent de se présenter fréquemment et identiquement dans les relations entre Etats. Cela explique que le modèle conventionnel trouve sa terre d'élection non pas dans le domaine politique, mais bien dans le domaine économique. Les situations politiques se caractérisent par leur singularité : il n'en est pas une qui reproduise l'autre et, de ce seul fait, la modélisation n'y trouve pas sa place. Mais il n'en va pas nécessairement de même dans le domaine économique : les problèmes que soulèvent la promotion et la protection des investissements ne sont pas différents selon qu'il s'agit d'investissements français en Malaisie et d'investissements français en Thaïlande, voire d'investissements anglais en Malaisie et d'investissements français en Thaïlande. On peut donc considérer qu'il est opportun de mettre sur pied un modèle conventionnel pour la promotion et la protection des investissements. La France peut le faire seule, ou elle peut le faire en coopération avec d'autres Etats, au sein d'une organisation internationale : le modèle ainsi élaboré sera utilisé par la France dans ses relations bilatérales avec les pays importateurs d'investissements français. Un modèle conventionnel ne peut donc être qu'un modèle de convention bilatérale : les notions de modélisation et de multilatéralisation s'excluent mutuellement.

199. L'apparition de modèles conventionnels signale donc les écueils auxquels se heurte le multilatéralisme. Car, enfin, si un problème économique se pose dans les mêmes termes, entre les mêmes Etats, au même moment, on pourrait penser que ce problème pourrait être avantageusement réglé dans le cadre d'une négociation multilatérale. Mais il n'en va pas toujours ainsi, soit pour des raisons pratiques, soit pour des raisons théoriques. Pour des raisons pratiques, d'une part : la conclusion d'une convention multilatérale peut s'avérer irréalisable, parce que la diversité et la complexité des problèmes qui doivent être réglés entre parties contractantes la rend impossible. C'est ce qui s'est passé en matière d'élimination des doubles impositions : la Société des Nations, favorable à la conclusion de conventions multilatérales, n'a pu que constater l'irréalisme de telles tentatives, compte tenu de la difficulté et de la multiplicité des problèmes techniques que posait l'écart entre systèmes fiscaux

des parties contractantes. Elle s'est donc tournée vers la voie de la modélisation conventionnelle, envisagée comme solution de substitution. Pour des raisons théoriques, d'autre part : la convention multilatérale peut s'avérer irréalisable parce que l'opposition de doctrine entre parties contractantes sur la nature des solutions à retenir met en évidence l'absence de toute possibilité d'entente. C'est ce qui s'est passé en matière de promotion et de protection des investissements : les divergences très importantes entre les vues des pays du Nord, pays développés, partisans du libéralisme économique, et les vues des pays du Sud, pays en développement, partisans du dirigisme économique, rendaient inconcevable toute tentative de négociation d'un instrument multilatéral sur le régime juridique de l'investissement. Les pays exportateurs d'investissements se sont alors engagés sur la voie de la constitution de réseaux bilatéraux avec les pays importateurs d'investissements.

200. Certes, la modélisation conventionnelle a pour conséquence l'harmonisation conventionnelle : si l'ensemble des instruments bilatéraux trouve sa source d'inspiration dans un modèle unique, les mêmes clauses doivent se répéter, d'instrument bilatéral à instrument bilatéral. Dès lors, la prolifération des instruments bilatéraux peut ouvrir la voie à l'universalisation des principes véhiculés par ces instruments bilatéraux — que cette universalisation s'effectue par voie conventionnelle ou par voie non conventionnelle. Mais cela suppose qu'il y ait unicité du modèle conventionnel et non pluralité des modèles conventionnels. En effet, dès lors qu'il y aurait pluralité des modèles conventionnels, il est clair qu'il n'y aurait plus d'identité entre les clauses des instruments bilatéraux, selon qu'ils trouveraient leur inspiration dans tel ou tel modèle. Les Etats sont égaux en droit, non en fait. Leur capacité de négociation internationale est égale en droit, non en fait ; et tel Etat peut obtenir, pour ses ressortissants, un niveau de protection supérieur à celui qu'obtiendra tel autre Etat pour ses ressortissants, tout simplement parce que l'un et l'autre ne se trouvent pas dans une situation d'égalité, en fait, dans la négociation bilatérale. La tentation devient alors très forte, pour les Etats les plus puissants, d'élaborer et d'utiliser leur propre modèle conventionnel, parce que ce modèle assurera un niveau de protection supérieur à leurs ressortissants. La pluralité des modèles conventionnels, et l'on s'en aperçoit à l'heure actuelle, constitue un obstacle aux tentatives d'universalisation des principes qui régissent le régime juridique de l'investissement.

2. Apparition et développement des modèles conventionnels

201. C'est donc l'impossibilité, technique ou politique, où se sont trouvés les Etats de conclure entre eux une convention multinationale dans tel ou tel domaine qui a favorisé l'éclosion du phénomène de la modélisation conventionnelle. La substitution d'une pluralité de conventions bilatérales, conçues sur un modèle commun, à l'instrument multilatéral, a paru constituer la meilleure des solutions possibles de repli. Il est vrai que cette substitution n'est pas envisageable en tous domaines. La modélisation conventionnelle trouve sa terre d'élection dans les domaines où l'harmonisation par la répétition et l'imitation peut être envisagée — c'est-à-dire, pour l'essentiel, dans le domaine économique.

202. Mais il y a un modèle et modèle. On veut dire par là que si les modèles, en règle générale, sont des instruments d'harmonisation, certains n'en produisent pas moins un effet de perturbation. Il s'agit de modèles qui sont élaborés par un Etat ou un groupe d'Etats, et qui, destinés à guider les négociations de cet Etat, ou de ces Etats, dans leurs discussions bilatérales, proposent des clauses dont l'acceptabilité internationale est faible, parce qu'elles s'écartent largement des conceptions qui ont cours auprès des autres Etats. C'est ainsi que, dans un domaine déterminé, peuvent coexister un modèle « pacificateur », parce qu'il est animé d'un esprit transactionnel, et une pluralité de modèles « perturbateurs » dont l'utilisation ne peut que nuire à l'harmonisation conventionnelle. L'évolution des modèles conventionnels dans les deux domaines d'élection que sont la fiscalité internationale — où sont apparus les modèles conventionnels — ou l'investissement international — où la densité des modèles est la plus élevée — montre bien qu'il devient très difficile d'imposer l'unicité du modèle conventionnel.

A. Le domaine de la fiscalité internationale

203. Le droit de la fiscalité internationale offre un exemple de domaine dans lequel l'élaboration d'un modèle conventionnel peut se révéler opportun. Car les situations de double imposition, en l'absence de tout instrument conventionnel, ne manqueront pas de se reproduire. Et cette reproduction ne peut manquer de porter préjudice au développement des activités économiques internationales. La double imposition, à cet égard, apparaît comme un facteur d'inhibition.

204. Or, on se trouve là dans une matière où l'effort conventionnel ne peut être que fructueux. En effet, les situations de double imposition, envisagées du point de vue juridique, sont identiques les unes aux autres. De quoi s'agit-il ? Un Etat, sur le territoire duquel est perçu le revenu, l'assujettit à imposition sur le fondement de la source ; alors que, dans le même temps, un autre Etat, sur le territoire duquel le bénéficiaire est établi, assujettit ce même revenu à imposition sur le fondement de la résidence. Il y a donc là une illustration particulière de la figure générale du conflit de compétences entre Etats souverains.

205. Dès lors que les situations de double imposition se reproduisent couramment et identiquement, il est clair qu'elles peuvent être aplanies par la voie conventionnelle. Elles le peuvent d'autant mieux que les Etats ont très tôt manifesté leur volonté politique d'agir en ce sens. Le problème devient donc un problème de technique juridique : faut-il passer par la voie de la convention multilatérale ou par la voie des conventions bilatérales ? Il ne fait guère de doute qu'un instrument multilatéral présenterait des avantages considérables. Le problème de la double imposition serait réglé rapidement — plus rapidement, en tout cas, que si l'on comptait, pour ce faire, sur la propagation des instruments bilatéraux ; et il serait réglé harmonieusement, la conclusion d'une convention multilatérale évitant, par définition, toutes les divergences qui ne manqueraient pas d'apparaître entre instruments bilatéraux.

206. Mais pour que puisse être conclue une convention multilatérale, encore faut-il que deux conditions soient réunies, l'une politique, l'autre juridique. La condition politique tient à ce que les Etats intéressés aient la volonté politique de conclure une convention multilatérale sur l'élimination des doubles impositions : il faut donc que ces Etats s'accordent sur les principes qui régiront la répartition de la matière imposable et, notamment, optent soit pour le système de la source, soit pour le système de la résidence, soit pour un compromis entre les deux systèmes. Cette volonté politique n'a pas fait défaut aux Etats membres de la Société des Nations : dès 1920 le problème de l'élimination des doubles impositions par la voie conventionnelle faisait l'objet des travaux de la Conférence financière internationale que l'Organisation avait réunie à Bruxelles. Mais la condition politique se double d'une condition juridique : il faut que la matière considérée puisse être réglée par voie multilatérale. Or la matière de l'élimination des doubles impositions est à mettre au rang de celles

qui se prêtent difficilement à l'élaboration d'une législation internationale de caractère multilatéral. Les causes de ces difficultés résident dans la pluralité des systèmes fiscaux, ainsi que dans la diversité et la complexité des diverses impositions qu'instituent ces systèmes fiscaux. Pour s'en tenir à la plus simple des illustrations, l'élaboration d'une convention multilatérale sur l'élimination des doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune suppose que soit conduit l'inventaire, système fiscal par système fiscal, et donc Etat par Etat, de l'ensemble des impositions présentant le caractère d'impôt sur le revenu et d'impôt sur la fortune, afin d'en permettre l'inclusion dans l'instrument conventionnel. Il reste à démontrer qu'une telle tâche soit techniquement réalisable. Et, à supposer qu'elle soit techniquement réalisable, l'alourdissement de l'instrument conventionnel qui ne manquerait pas d'en résulter rendrait son maniement particulièrement délicat.

207. On comprend, devant ces difficultés, que seule restait ouverte la voie de la modélisation conventionnelle. C'est celle qu'a suivie la Société des Nations, et les progrès accomplis par l'Organisation ont été spectaculaires : la première génération des modèles conventionnels, au nombre de quatre, était prête dès 1928. Mais la deuxième génération de ces modèles conventionnels, élaborée pendant le conflit mondial, à Mexico, laissait entrevoir les premières fissures de l'édifice. Alors que les modèles de 1928, confectionnés par les représentants des pays développés — et plus spécialement des pays européens — faisait largement appel au système de la résidence, par préférence au système de la source, les modèles de 1943, confectionnés par les représentants des pays en développement — et plus spécialement de pays latino-américains — privilégiaient le système de la source par rapport au système de la résidence. La troisième génération des modèles conventionnels, après le conflit mondial, sera élaborée et révisée dans le cadre de l'OCDE. Elle reviendra, dans une large mesure, aux conceptions qui avaient inspiré les rédacteurs des modèles de 1928, faisant à nouveau prévaloir le système de la résidence sur le système de la source. L'unicité des modèles conventionnels était dès lors menacée. En 1979, sera adopté, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, un nouveau modèle qui s'intitule «*Modèle de convention pour l'élimination des doubles impositions sur le revenu et la fortune entre pays développés et pays en développement*». Le modèle est donc cantonné aux relations fiscales de caractère bilatéral entre pays

du Nord et pays du Sud: il ne prétend pas régir les relations fiscales entre pays du Nord. Il se présente comme un instrument de compromis entre système de la source et système de la résidence: ce qui, en clair, signifie qu'il s'écarte du système de la résidence, pour se rapprocher du système de la source. La fonction d'harmonisation du droit fiscal international, qui repose sur l'unicité du modèle conventionnel, se trouve ainsi compromise — même si le modèle de l'Organisation des Nations Unies n'est pas toujours utilisé dans les relations fiscales entre pays développés et pays en développement.

208. Cette harmonisation est d'autant plus gravement compromise que des divergences de vues se sont révélées entre les pays développés eux-mêmes — et, plus précisément, entre les Etats-Unis d'Amérique et les autres pays membres de l'OCDE. Ces divergences ont abouti à l'élaboration, en 1977, par les Etats-Unis, d'un modèle de convention sur l'élimination des doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu. Ce modèle s'inspire rigoureusement du système de la source. Mais, au-delà de cette considération, il permet de comprendre quels sont les objectifs que poursuivent désormais les Etats-Unis lorsqu'ils concluent une convention bilatérale sur l'élimination des doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu. C'est moins l'équitable répartition de la matière imposable entre pays de la source du revenu et pays de la résidence du contribuable qui semble désormais les intéresser, qu'une tout autre considération, savoir l'assistance administrative entre parties contractantes et, plus particulièrement, l'assistance au renseignement. Cette considération s'explique par la volonté politique qui est celle du gouvernement fédéral de lutter contre le blanchiment des capitaux tirés de l'exercice d'activités illicites, telles que le trafic des stupéfiants. Dans cette optique, des mécanismes efficaces pour obtenir des pays co-contractants les renseignements que ceux-ci pourraient détenir quant aux circuits financiers qu'empruntent les capitaux pénétrant aux Etats-Unis deviennent une pièce essentielle de la lutte contre la criminalité organisée. Et, pour obtenir l'insertion, dans leurs conventions bilatérales, de stipulations relatives à ces mécanismes, les Etats-Unis semblent prêts, en contrepartie, à accorder des taux réduits d'imposition aux ressortissants de leurs partenaires conventionnels qui seraient assujettis au paiement de l'impôt américain. La mise en œuvre de cette politique entraîne un ajustement corrélatif du modèle américain: resserrement des stipulations sur l'assistance au

renseignement, mais élimination des stipulations sur l'assistance au recouvrement.

209. La prolifération des modèles de conventions bilatérales sur l'élimination des doubles impositions est donc un phénomène récent: ce n'est qu'à la fin de la décennie 1970 que les divergences de vues commencent à se manifester, tant entre pays développés et pays en développement qu'entre pays développés. Ce phénomène, bien évidemment, obscurcit les perspectives de la multilatéralisation conventionnelle. Car, en définitive, il signifie qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle, de principes généraux, en matière de fiscalité internationale, qui soient reconnus et acceptés par l'ensemble des membres de la communauté internationale. Toute harmonisation en matière d'élimination des doubles impositions s'en trouve compromise.

B. Le domaine de l'investissement international

210. La modélisation conventionnelle a cheminé par des voies différentes lorsqu'elle a pénétré dans le domaine de l'investissement international. Autant l'élaboration des modèles de conventions bilatérales dans le domaine de l'élimination des doubles impositions apparaît comme un phénomène concerté, autant l'apparition des modèles de conventions bilatérales dans le domaine de la protection de l'investissement international apparaît comme un phénomène spontané.

211. Pourquoi en a-t-il été ainsi? Pour une raison simple: c'est qu'au moment où l'on a tenté de donner aux principes et règles de protection leur expression conventionnelle, on n'a trouvé aucun forum qui se prêtât véritablement à la préparation de modèles conventionnels. A cet égard, l'expérience des pays développés au sein de l'OCDE a joué le rôle d'un révélateur: puisqu'ils n'étaient pas en mesure de s'accorder, entre eux, sur ce qu'aurait dû être une convention multilatérale de protection, comment auraient-ils été en mesure de proposer aux pays en développement un modèle de convention qui, à la fois, eût été acceptable pour les uns — pays développés — et les autres — pays en développement?

212. Et pourtant il n'en reste pas moins vrai que, au sein de l'OCDE, les plus développés parmi les pays développés avaient fait la preuve de leur commune adhésion à quelques idées simples: le traitement juste et équitable, ou la pleine et entière protection et

sécurité, par exemple, n'était contesté ni par les Etats-Unis d'Amérique, ni par les pays les plus développés d'Europe occidentale. On avait pu le constater tant à travers le soutien qu'ils avaient apporté aux projets Abs et Shawcross, devenus le projet Abs-Shawcross, qu'à travers l'effort infructueux qu'ils avaient tenté afin de donner à ce projet force de convention multilatérale. A partir du moment où il devint patent que l'heure n'était plus au multilatéralisme, même au sein de l'OCDE, l'idée s'impose donc, d'elle-même, à un certain nombre d'Etats membres, de se replier sur le bilatéralisme, et, pour ce faire, de reprendre à leur compte la matière juridique qui leur paraissait la plus facilement utilisable parce que la plus aisément transposable — celle que leur offrait le projet de Convention sur la protection des biens étrangers, qu'ils connaissaient pour en avoir déjà débattu.

213. Il y a donc une appropriation par certains des Etats membres d'un projet commun. Cette seule circonstance montre combien différentes sont la modélisation conventionnelle dans le cadre du droit de la fiscalité internationale et la modélisation conventionnelle dans le cadre de l'investissement international. Dans un cas, l'élaboration des modèles par l'organisation internationale garantissait leur unicité; dans l'autre cas, l'adaptation par les Etats d'une source commune d'inspiration ne pouvait aboutir qu'à une croissante différenciation entre les modèles qu'élaborerait chacun d'entre eux, en fonction de ses conceptions politiques et économiques, comme en fonction de sa tradition juridique. La comparaison, à cet égard, entre le texte de négociation qu'utilisent les Etats-Unis et le texte de négociation qu'utilise la France est très éclairante. Le modèle mis au point par les Etats-Unis se présente comme un modèle développé, dont les stipulations se décomposent en de nombreux paragraphes et alinéas, comme si, en définitive, il s'agissait de tout prévoir, par une énonciation aussi minutieuse que possible; alors que le modèle mis au point par la France se présente comme un modèle moins développé, qui, selon la tradition juridique de ce pays, préfère s'en tenir à l'énonciation de principes et laisser aux juges le soin d'en donner l'interprétation et d'en faire l'application qui conviennent. Ces différences de forme s'accompagnent de différences de fond: une lecture même rapide des deux textes montre que le français s'en tient, pour l'essentiel, à des questions de traitement et de protection, alors que l'américain déborde ces questions pour embrasser tous les problèmes d'admission et de gestion liés à la présence d'investissements origi-

naires de pays développés sur le territoire de pays en développement.

214. La pluralité des modèles permet de mettre en évidence deux constatations. Tous les modèles possèdent, en commun, un noyau dur qui — à n'en pas douter — constitue le noyau dur du droit des investissements, et qui s'énonce en quelques formules simples: traitement juste et équitable — ou encore pleine et entière protection et sécurité. Mais, selon les modèles, ce noyau dur s'entoure d'une pulpe plus ou moins abondante. Pour s'en tenir aux questions de traitement et de protection, les modèles les plus développés contiennent aussi des règles détaillées de mise en œuvre des principes que l'on ne trouve pas dans les conventions les moins développées. Par suite, et bien que tous les instruments bilatéraux reposent sur les mêmes prémisses, les niveaux de traitement et de protection qu'ils assurent aux investisseurs sont variables, selon le modèle auquel ils se rattachent. Ainsi se profile l'une des difficultés du droit actuel des investissements. Certes, un nombre imposant de pays développés et de pays en développement s'accordent sur des conceptions communes du traitement et de la protection. Mais la prolifération des instruments bilatéraux éloigne la perspective multilatéraliste, parce que les pays développés, qui pensent avoir assuré le plus haut niveau du traitement et de la protection conventionnels à leurs ressortissants, considèrent que la multilatéralisation entraînerait nécessairement un affaïssissement de ce niveau de traitement et de protection. On voit donc que la modélisation conventionnelle peut n'être pas nécessairement facteur d'unification du droit. Elle ne l'est véritablement que lorsqu'il y a unicité du modèle conventionnel.

3. Modélisation et harmonisation

215. Le phénomène de la modélisation conventionnelle a donc eu pour conséquence la prolifération des conventions bilatérales, dont la conclusion se trouvait ainsi facilitée. Cette prolifération a-t-elle créé des conditions d'une harmonisation du droit des investissements? On l'a dit: la pluralité des modèles a certainement créé un effet perturbateur. Le fait demeure que, de convention bilatérale à convention bilatérale, un noyau dur de principes témoigne de la communauté des conceptions et de l'inspiration. Deux interprétations ont été dès lors proposées. Dans l'une, les conventions bilatérales opéreraient un remembrement de la coutume et ressusciteraient, en

quelque sorte, une coutume générale que l'on avait crue morte. Dans l'autre, les conventions bilatérales transcriraient des principes généraux du droit international, qui s'imposeraient aux Etats, même en l'absence de toute pratique coutumière. Qu'en est-il véritablement ?

A. Conventions bilatérales et coutume internationale

216. La manifestation d'une coutume générale à partir des stipulations des conventions bilatérales pourrait s'analyser soit en une réaffirmation, soit en une affirmation, selon que l'on considère qu'il existait ou qu'il n'existait pas de coutume avant cette manifestation. Mais quelle que soit la position que l'on adopte, à cet égard, elle ne fait que mettre en évidence les difficultés auxquelles se heurte la thèse coutumière.

217. Si l'on admet, en effet, que l'on assiste à un simple remembrement de la coutume générale en matière de protection des investissements, alors il faut, pour donner quelque substance à cette hypothèse, faire une double démonstration. Un volet consiste à démontrer qu'il existait bien une coutume générale en cette matière; l'autre volet consiste à démontrer qu'à aucun moment il n'a été porté atteinte à l'existence de cette coutume générale.

218. Cette double démonstration est difficile à faire, tout simplement parce qu'aucun des deux volets qui la composent ne correspond à la réalité du droit des investissements. L'affirmation selon laquelle il aurait existé une coutume générale en matière de protection des investissements est contestable à tout le moins; et l'affirmation selon laquelle cette coutume générale, à supposer qu'elle ait existé, aurait traversé, intacte et sans dommage, les décennies 1970 et 1980, est démentie par la virulence des oppositions entre pays développés et pays en développement.

219. Mais cela ne signifie nullement qu'une coutume générale ne pourrait pas s'édifier, *de novo*, en prenant pour base les stipulations des conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements. Si les conventions bilatérales, en tant que vecteurs transactionnels, rencontrent une aussi vaste adhésion, tant de la part des pays développés que de la part des pays en développement, pourquoi ne donneraient-elles pas naissance à une coutume générale? On peut certes soutenir que, compte tenu de ce que ces conventions ont été pour la plupart conclues récemment, aucune pratique n'a pu se greffer sur leurs stipulations. L'*opinio juris* peut exister, et exister indé-

pendamment de toute pratique: elle est *opinio juris sive necessitatis*, ce qui veut dire qu'elle prend en compte la pratique qui n'est encore qu'en son état de formation.

220. Il n'en reste pas moins que, même si la pratique est en son état de formation, encore faut-il discerner avec certitude ce qu'est son contenu. Les conventions d'investissement ne le permettent pas. Leur noyau dur est empreint d'un trop grand caractère de généralité: le traitement juste et équitable, la pleine et entière protection et sécurité sont des notions aux contours imprécis, et qui ne prendront corps que progressivement, grâce à l'œuvre prétorienne des tribunaux arbitraux. Et, quant aux précisions que telle ou telle convention bilatérale peut apporter quant au contenu qu'il convient d'assigner à ces notions, elles sont loin de faire l'unanimité. Le fait qu'il existe une pluralité de modèles conventionnels suffit, en lui-même et par lui-même, à en administrer la preuve. Il paraît donc très hasardeux d'affirmer que se constitue, actuellement, sur les stipulations des conventions bilatérales, une coutume internationale de portée générale.

B. Conventions bilatérales et principes généraux du droit international

221. Il semble plus réaliste de constater, en définitive, que les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements reflètent des principes généraux qui s'affirment indépendamment de toute pratique étatique. Il ne peut donc s'agir des principes généraux communs aux nations civilisées que mentionne l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. En effet, l'existence de ces principes généraux suppose que se soit dégagée une pratique commune aux Etats possédant des systèmes juridiques qui puisent aux mêmes sources d'inspiration. Mais qui dit pratique commune dit pratique. Or, une fois encore, on se heurte au même écueil: la pratique des Etats, pays développés comme pays en développement, accuse, en cette matière, de telles différences qu'il paraît bien difficile d'en déceler les traits communs. C'est donc de principes généraux du droit international, et non de principes généraux de droit, dont il est ici question.

222. Ces principes généraux du droit international ne prennent pas leur origine dans des droits nationaux; ils sont à l'origine du droit international, en ce sens que les autres sources, non conven-

tionnelles comme conventionnelles, ne font jamais qu'en transcrire la teneur. Il semble bien que le droit international des investissements recèle un certain nombre de ces principes, les uns déjà établis, les autres en cours d'établissement. Ces principes appartiendraient à deux catégories. Ceux qui sont déjà établis peuvent se définir comme des maximes générales d'action, qui ont un fondement éthique, qui sont indépendantes les unes des autres, et qui trouvent en elles-mêmes leur propre explication et leur propre justification : ainsi du traitement juste et équitable, ou de la pleine et entière protection et sécurité. Ceux qui sont en cours d'établissement peuvent se définir comme des propositions directrices, qui trouvent leur fondement dans la science économique, qui forment un ensemble cohérent, et à partir desquels se déduisent logiquement les règles de droit : ainsi du traitement national. En bref, d'un côté, la moralité ; de l'autre côté, l'efficacité.

223. Le droit des investissements, dans sa conception traditionnelle, semblait privilégier la moralité plus que l'efficacité, comme en témoigne la place donnée aux notions de traitement juste et équitable, ou de pleine et entière protection et sécurité. L'ensemble des instruments bilatéraux en fait mention. Et cette mention apparaît sous une forme caractéristique :

« Chaque partie contractante s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investissements »

constitués par les ressortissants de l'autre partie contractante. La forme choisie n'est peut-être pas la plus heureuse, puisqu'elle amène à se demander si le traitement juste et équitable constitue lui-même un principe général du droit international, ou si le traitement juste et équitable, sans en avoir le rang, découle lui-même d'un principe général du droit international.

224. Mais si la forme n'est pas la plus heureuse, les Etats ont tranché, sur le fond, entre les deux interprétations. Les Etats membres de l'OCDE, appelés, en effet, dans le cadre du Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, à commenter les stipulations conventionnelles sur le traitement juste et équitable, se sont exprimés comme suit :

« De l'avis de tous les pays membres qui ont commenté ce

point, la notion de traitement juste et équitable introduit un *principe juridique en soi*, qui renvoie aux principes généraux du droit international, même si cela n'est pas dit explicitement ... Dans beaucoup d'accords ou conventions, il est donné de l'importance à cette notion de traitement juste et équitable, en la faisant figurer dans des clauses qui se réfèrent très précisément aux règles et aux *principes du droit international*. »⁵⁴

La rédaction est embrouillée. Elle met en évidence, toutefois, que le traitement juste et équitable est un principe ; que ce principe est un principe général du droit international ; et que ce principe général du droit international existe indépendamment du support conventionnel qui l'exprime.

225. Il est vrai que des principes qui revêtent un tel degré de généralité ne sont pas aisément exploitables. Certes, il faut déplorer ce degré de généralité : chaque fois qu'apparaît un principe général, cela veut dire qu'il n'a pas été possible de formuler une règle précise — et cette impossibilité ne doit pas être camouflée en une victoire du droit. Certes, on peut espérer que l'arbitre international, au fur et à mesure du contentieux, parviendra à préciser le contenu du principe et contribuera ainsi à déduire de ce principe une série de règles. Mais, pour l'instant, force est de constater que l'imprécision qui affecte des notions telles que le traitement juste et équitable, ou encore la pleine et entière protection et sécurité, ne fait que mettre en lumière l'incapacité où se sont trouvés les Etats à donner un contenu à ces principes. C'est en ce sens que l'on peut dire que le noyau commun n'est jamais qu'un noyau minimum. Et parce que l'accord entre Etats sur ce noyau commun est un accord minimum, la notion de standard minimum se profile à l'horizon.

226. Le mot *standard* fait partie de ces termes qui ne tombent pas sous le sens, même dans leur langue d'origine. La confusion se trouve encore accrue lorsqu'aux difficultés de conception s'ajoutent les difficultés de traduction. Comment le juriste de tradition anglaise comprend-il le mot « standard » ? Et le juriste de tradition française le comprend-il de la même manière que le juriste de tradition anglaise ?

227. Le secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, Elihu Root, dans un article demeuré célèbre, et publié à l'*American Journal of International Law*, s'exprimait ainsi :

54. OCDE, *CIME*, 84/14, du 27 mai 1984, par. 36, p. 13.

« Il existe un *standard* de justice, aussi simple que fondamental, et accepté de façon si générale par toutes les nations civilisées qu'il en est venu à former partie intégrante du droit international universel. Tout Etat peut évaluer la justice due aux étrangers à l'aune de la justice accordée à ses propres citoyens, mais c'est à la condition que son système de droit et d'administration respecte ce « standard ». Si le système de droit et d'administration d'un pays, quel qu'il soit, ne respecte pas ce « standard », et bien que la population de ce pays s'en satisfasse ou soit forcée de s'en satisfaire, aucun autre Etat n'est tenu de considérer que ce système fournit une mesure convenable [*satisfactory measure*] pour ce qui concerne le traitement dû à ses propres citoyens. »⁵⁵

L'essentiel est dit : le standard de droit international peut se contenter ou ne pas se contenter du traitement national ; c'est, par conséquent, ce « standard » qui permet de déterminer la conformité ou la non-conformité au droit international. Le « standard » est donc un instrument de mesure de la conformité ou de la non-conformité du droit national au droit international. C'est pourquoi il a été proposé de traduire le mot anglais *standard* par les mots « mesure », ou « étalon de mesure ».

228. Mais le standard international ne naît pas *ex nihilo*. Il satisfait un sens universel de la justice. Et s'il satisfait un sens universel de la justice, il doit trouver sa traduction dans le droit international comme dans la plupart des droits internes. Si tel n'était pas le cas, il faudrait alors admettre que tant le droit international que la plupart des droits internes pourraient heurter le sens universel de la justice — proposition qui recèle une contradiction. Il faut donc admettre que le standard ne peut avoir pour fonction que de corriger les écarts isolés dont se rendrait coupable tel ou tel Etat. Car si ces écarts se multipliaient, cela signifierait, en vérité, qu'ils ne sont pas ressentis par les Etats comme une atteinte au sens de la justice qui leur est commun. Aussi faut-il approuver la définition que proposait, du standard international de justice, le deuxième *Restatement* : par standard international de justice, il faut entendre

« le standard exigé, pour ce qui concerne le traitement des

55. « The Basis of Protection of Citizens Residing Abroad », *American Journal of International Law*, pp. 517 ss. (1910). Cité dans *Restatement*, 2nd, par. 165, « Reporter's Notes », n° 1, p. 506.

étrangers, par a) les principes applicables du droit international, tels qu'ils sont établis par la coutume internationale, par les décisions des tribunaux judiciaires ou arbitraux, et par les autres sources reconnues du droit international ; ou, en l'absence de tels principes, b) les principes analogues de justice généralement reconnus par les Etats qui possèdent des systèmes de droit raisonnablement développés »⁵⁶.

On s'étonnera que cette définition du standard international de justice n'ait pas été reprise par le troisième *Restatement*.

56. *Restatement*, 2nd, par. 165, pp. 501 ss.

DEUXIÈME PARTIE

BILATÉRALISME ET MULTILATÉRALISME**(Des problèmes de sécurité aux problèmes de mobilité)**

INTRODUCTION

L'EXIGENCE DE MOBILITÉ

229. Le droit bilatéral porte donc l'empreinte des considérations de sécurité. Son évolution, en effet, s'est renfermée sur un problème, et un seul problème: comment les pays développés pouvaient-ils amener les pays en développement à consentir les limitations de souveraineté qu'exigeait la promotion des investissements? La solution paraît aujourd'hui évidente: seule la convention bilatérale, appuyée sur les principes généraux de droit international, permettait, tout à la fois, de parvenir à un niveau de protection qui encourageait les uns et ne décourageait pas les autres, et d'éviter l'impasse à laquelle conduisaient les différences d'appréciation quant à l'existence ou à l'inexistence de toute règle coutumière en matière de protection. A cet égard, on peut estimer que les instruments bilatéraux ont rempli leur office: leur prolifération en constitue la preuve.

230. Mais le temps est peut-être venu de se demander si les problèmes de la protection n'ont pas perdu une large part de leur acuité. On pourrait trouver à cette perte d'acuité plusieurs raisons. En premier lieu, la réalisation du compromis entre pays développés et pays en développement, dont les conventions bilatérales reflètent la teneur, amène à penser que le droit a atteint ici un niveau suffisant de consolidation et de stabilisation. En deuxième lieu, et indépendamment de la prolifération des instruments bilatéraux, la réorientation des investissements originaires des pays développés vers les plus dynamiques des pays en développement a certainement contribué à la réduction du risque politique qui pesait sur ces investissements. En troisième lieu, le débat sur l'opportunité ou l'inopportunité de l'investissement, vecteur du développement économique, pour les uns, et facteur d'aliénation économique, pour les autres, a

perdu sa virulence, dans la mesure où la compétition n'est plus entre économies capitalistes et économies collectivistes, mais entre les seules économies capitalistes.

231. Ainsi en vient-on à penser que le débat sur la protection des investissements n'a présenté qu'un caractère conjoncturel. Rétrospectivement, il apparaît, pour l'essentiel, comme la conséquence de l'accession à la souveraineté internationale des anciens territoires coloniaux⁵⁷. Cette accession à la souveraineté internationale, dans la conception qui prévalait parmi les pays du Sud, devait reposer sur une indépendance réelle, et non formelle. Par suite, il ne pouvait y avoir indépendance politique que dans la mesure où il y avait indépendance économique, celle-ci étant la condition nécessaire de celle-là. D'où l'idée de souveraineté permanente sur les ressources naturelles, qui, finalement, n'aurait été qu'une notion de droit transitoire, conçue pour permettre l'appropriation, par la collectivité, des investissements qu'avaient constitués les colonisateurs. Mais, une fois refermée la parenthèse de la décolonisation politique et économique, une fois achevées les grandes opérations d'expropriation ou de nationalisation, il était clair que l'intérêt commun des pays développés et des pays en développement exigeait que l'on en revînt à une vision mieux équilibrée, plus équitable, au sens où ce terme a été entendu, des rapports d'investissement, et, par conséquent, de la notion de protection.

232. Le droit des investissements qui, pendant cette période de décolonisation, avait été entièrement dévoré par les problèmes de la protection, va revenir à ce qu'étaient ses préoccupations originaires⁵⁸. Et, à la vérité, on comprend que ces préoccupations ne sont pas liées à la souveraineté, mais à la mobilité et à la flexibilité, en ce sens que l'exigence de sécurité cède devant l'exigence de la libre

57. On ne veut pas dire, par là, que le droit de la propriété n'ait pas connu de graves ébranlements avec, notamment, les nationalisations en Europe orientale, en Europe occidentale et en Amérique latine. Mais c'est avec l'accession des territoires coloniaux à l'indépendance et à la souveraineté internationale que le débat prend un tour systématique.

58. Il n'est pas inintéressant, à cet égard, de se reporter à l'article 12 de la Charte de La Havane. Certes, d'après le paragraphe 1, lettre c), point ii), il appartient à chaque Etat membre de l'OIC, « de déterminer s'il autorisera, à l'avenir, les investissements étrangers, et dans quelle mesure et à quelles conditions il les autorisera ». Mais la philosophie reste celle de la libération. Aux termes du paragraphe 2, lettre a), point i), les Etats membres s'engagent

« à accorder des possibilités raisonnables d'investissement aux capitaux qu'ils sont disposés à accepter, et à assurer des conditions suffisantes de sécurité aux investissements existants et à venir ».

circulation. Mais, dans cette perspective, le droit des investissements tend à perdre l'autonomie qu'il avait acquise lorsque les problèmes de la protection, problèmes de caractère spécifique, avaient occupé son centre. Il devient, en quelque sorte, et tout au moins dans un premier temps, l'accessoire du droit international du commerce, parce que c'est la liberté du commerce qui induit la liberté de l'investissement. La stratégie commerciale des entreprises multinationales doit se développer dans un environnement qui soit propice à l'investissement; faute de quoi, leur capacité concurrentielle s'en trouverait gravement atteinte. Commerce et investissement sont intimement liés l'un à l'autre et, parce que le commerce est libre, l'investissement doit être libre.

233. Le déplacement du centre de gravité du droit des investissements qui s'opère ainsi ne pouvait pas ne pas avoir une incidence importante sur l'évolution des sources du droit des investissements. Si l'on a pu soutenir qu'il existait une coutume générale, et si l'on soutient qu'il existe des principes généraux, en matière de protection des investissements, il est clair, en revanche, qu'aucune coutume générale, aucun principe général, n'impose la libre circulation de l'investissement. Accepter la libre circulation de l'investissement, c'est renoncer à tout contrôle de l'admission des investissements — sauf exceptions limitées; et renoncer à tout contrôle de l'admission des investissements, c'est consentir une importante limitation de souveraineté. Cette limitation de souveraineté ne peut se présumer; elle doit résulter d'une claire manifestation de la volonté des Etats. Et cette claire manifestation de leur volonté, les Etats n'y consentiront que sur la base de la réciprocité. Or, s'agissant d'une matière si intimement liée à la liberté du commerce international, qui ne s'épanouit véritablement que dans le multilatéralisme, il importe ici que le *do ut des* soit multilatéralisé. Et l'on voit ainsi se dessiner progressivement l'actuelle évolution des sources du droit des investissements: parce qu'elle est dominée par l'idée de libre circulation, qui suppose des limitations de souveraineté, elle va privilégier la source conventionnelle; mais, parce que ces limitations de souveraineté doivent être acceptées et partagées par l'ensemble des Etats, ces limitations de souveraineté découleront nécessairement de conventions multilatérales. Le droit des investissements demeurera un droit conventionnel; mais il sort de l'ère du bilatéralisme pour entrer dans l'ère du multilatéralisme.

234. L'examen des instruments juridiques qui jalonnent cette

route démontre, toutefois, que si l'évolution a commencé elle est loin d'être achevée; et que son point d'achèvement suscite interrogations, hésitations, voire même certaines oppositions. Jusqu'où faut-il aller dans la libération? Cette libre circulation des investissements doit-elle être conçue de façon autonome, en elle-même et par elle-même, ou doit-elle être conçue de façon hétéronome, en liaison avec le degré de libération dont jouissent les mouvements des autres facteurs de production? Peut-on accepter une libération entière et plénière sans, dans le même temps, mettre sur pied de solides mécanismes d'interprétation et d'application des règles qui imposeront cette libération — en bref, sans un solide mécanisme de règlement des différends qui naîtront de la mise en œuvre de l'obligation de libre circulation? Et dans quel cadre ce mécanisme de règlement des différends doit-il s'insérer? Dans un cadre qui serait propre à la matière des investissements, ou dans un cadre plus large, qui permettrait d'évaluer l'adhésion de chaque Etat au principe conventionnel de libre circulation sous tous ses aspects, et notamment en matière commerciale? Autant de questions qui devront être résolues si, comme on l'attend, l'Accord multilatéral sur les investissements doit voir le jour au cours de l'année 1997.

235. En attendant que soient connues les solutions futures, en matière d'admission, quatre grands types d'instruments sont concevables :

- en premier lieu, les instruments qui, respectueux de la souveraineté des Etats, confirment le pouvoir entier et plénier que possèdent ceux-ci d'admettre ou de ne pas admettre les investissements étrangers sur leur territoire;
- en second lieu, les instruments qui, tout en confirmant le pouvoir que possèdent les Etats d'autoriser ou de ne pas autoriser l'admission des investissements étrangers sur leur territoire, n'en limitent pas moins leur souveraine discrétion en préconisant la publication d'une liste limitative des secteurs économiques fermés à l'investissement étranger;
- en troisième lieu, les instruments qui limitent le pouvoir que possèdent les Etats d'autoriser ou de ne pas autoriser l'admission des investissements étrangers sur leur territoire, en leur imposant le respect du principe du traitement national en cette matière, mais en leur permettant de ménager les exceptions nécessaires à ce principe;

- en quatrième et dernier lieu, les instruments qui limitent le pouvoir entier que possèdent les Etats d'autoriser ou de ne pas autoriser l'admission des investissements étrangers sur leur territoire, en leur imposant le respect pur et simple du principe du traitement national en cette matière, sans leur permettre de ménager aucune exception à ce principe.

236. En l'état actuel de l'évolution du droit, seuls les trois premiers types d'instruments se rencontrent dans la pratique internationale — les instruments du quatrième type, qu'un certain nombre de pays développés appellent de leurs vœux, se heurtant tant à l'opposition des autres pays développés que des pays en développement. Mais quelques enseignements se dégagent de l'examen de cette pratique internationale, aussi confuse qu'elle paraisse. On peut constater que les instruments les plus anciens sont les instruments les plus ménagers de la souveraineté des Etats. On peut aussi constater que les progrès réalisés par l'idée de libre circulation entraînent la consolidation des sources pertinentes, qui passent progressivement du droit mou au droit dur. On peut enfin constater, du fait de cette consolidation progressive, que les sources sont à la fois multiples et diverses, et que leur coexistence témoigne de ce que le droit est ici en formation.

237. Mais la réalisation de la libre circulation de l'investissement n'est pas la seule préoccupation qui se manifeste actuellement. La promotion du principe du traitement national se traduit par d'autres exigences. S'il est vrai que tout vient par la libération des échanges commerciaux, alors il faut que l'investisseur national et l'investisseur étranger soient placés en situation d'égalité devant la concurrence. Le traitement national ne peut s'accommoder des contraintes que la législation ou la réglementation d'un Etat fait peser sur l'investisseur étranger qui opère sur son territoire, et qui limitent la liberté de gestion de cet investisseur, en lui infligeant un désavantage dans la concurrence. D'où l'idée que le principe du traitement national impose non seulement l'élimination des obstacles à la libre circulation, mais encore l'élimination des contraintes qui entravent la libre exploitation. C'est cette idée là qui façonne l'évolution actuelle du droit des investissements.

CHAPITRE I

LES CONTRADICTIONS
DE LA PRATIQUE INTERNATIONALE

238. On a souligné que le départ de l'évolution du droit des investissements, tel qu'il se présente aujourd'hui, réside dans la nécessité où se sont trouvés les pays développés d'élaborer une règle de protection qui soit acceptable tout à la fois pour eux-mêmes, pour leurs ressortissants qui investissaient dans les pays en développement et pour les pays en développement. La nécessité du compromis entre pays développés et pays en développement ne pouvait que privilégier l'idée de souveraineté à laquelle les pays du Sud étaient particulièrement attachés, par rapport à l'idée de mobilité, que tous les pays du Nord ne préconisaient pas avec le même enthousiasme.

239. Sur ce point, il a existé un consensus, encore qu'il ait emprunté des voies déroutantes pour se manifester. Mais une simple comparaison entre instruments réputés antagonistes permettra de s'en convaincre : la mise en parallèle de la résolution 1803 (XVII), du projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers et de la résolution 3281 (XXIX) est d'autant plus éclairante qu'on ne prête généralement pas à ces trois textes la même source d'inspiration. Or, tous trois, en matière d'admission, véhiculent des conceptions voisines. Il n'y a pas lieu de s'en étonner : la souveraineté n'a pas encore reculé devant les offensives de la mondialisation et elle affirme sa vitalité dans toutes les enceintes internationales, que celles-ci réunissent les seuls pays développés — comme c'est le cas de l'OCDE — ou qu'elles réunissent à la fois des pays développés et des pays en développement — comme c'est le cas de l'ONU.

240. Ce consensus a subi ses premières fissures, de façon paradoxale, avec la prolifération des instruments bilatéraux sur la promotion et la protection des investissements. On peut penser qu'il y a là comme une sorte de paradoxe, car le compromis sur lequel reposent les instruments bilatéraux, on l'a dit, fait un large appel à la notion de souveraineté. Il ne faut pas oublier, en effet, que seule la claire et nette affirmation de leur souveraineté dans les relations d'investissement pouvait progressivement amener les pays en développement à

l'acceptation de la référence au droit international. Mais une convention bilatérale, si elle est un instrument de protection est aussi un instrument de promotion. La sécurité des investissements des ressortissants des pays développés, pour les pays en développement, n'est pas une fin, mais un moyen mis au service d'une autre fin, qui est la création de flux nouveaux d'investissements.

241. Or, lorsqu'on retrace la généalogie des instruments bilatéraux de promotion et de protection, on s'aperçoit que les plus anciens ont été conclus entre pays européens et pays en développement — les Etats-Unis d'Amérique, on l'a vu, se limitant à la conclusion d'*Investment Guarantees*. Et ces instruments bilatéraux entre pays européens et pays en développement apparaissent comme des instruments équilibrés, en ce sens que les limitations de souveraineté qui sont consenties par les pays en développement aux pays européens trouvent leur contrepartie dans la volonté que manifestent, implicitement plus qu'explicitement, les pays européens d'encourager les investissements de leurs ressortissants dans ces pays en développement. Les données de cet équilibre conventionnel supposent donc une certaine libération des investissements : les pays européens doivent alléger les contraintes qui pèsent sur les investissements de leurs ressortissants dans les pays en développement, pour que la convention bilatérale puisse jouer le rôle qui lui est assigné — celui d'un instrument d'assistance au développement par voie de transferts financiers du Nord au Sud. L'idée de mobilité fait ainsi son apparition dans les relations d'investissement entre pays européens et pays en développement. Mais elle a bien deux faces — Janus bifrons : il s'agit bien, d'une part, d'alléger les procédures qui, dans les pays en développement, constituent autant d'obstacles à l'investissement en provenance des pays européens, et il s'agit aussi, d'autre part, de lever les restrictions qui, dans les pays européens, limitent la capacité des ressortissants à investir dans les pays en développement.

242. Mais ce schéma a connu une inflexion significative avec l'apparition et l'affirmation du modèle de convention bilatérale sur la promotion et la protection des investissements qu'ont élaboré les Etats-Unis d'Amérique au cours de la décennie 1980⁵⁹. Il ne fait aucun doute que ce modèle se différencie nettement, et sur un

59. Sur le modèle américain, voir Carreau, Flory, Juillard, « Chroniques de droit international économique », *Annuaire français de droit international*, 1983, pp. 596 ss. — avec une traduction officielle, en langue française, dudit modèle.

nombre de points importants, des modèles qu'utilisent les pays européens. Ce sont ces différences qui sont à l'origine de l'accusation qui a été parfois portée contre le modèle américain — accusation selon laquelle ce modèle serait déséquilibré, en ce qu'il ferait la part belle aux Etats-Unis et la part moins belle à leurs partenaires conventionnels. Certes, le modèle américain recherche, pour les investissements des ressortissants des Etats-Unis, un très haut niveau de protection — plus haut, probablement, que celui qu'ont recherché les modèles européens. Mais, au-delà de cette légitime préoccupation de protection, qui est commune à tous les instruments bilatéraux, on peut en déceler une autre, qui ne se situe pas dans le même ordre d'idée. Cette autre préoccupation, c'est celle de la mobilité — mieux, de la flexibilité. On sent ici affleurer la notion d'avantage comparatif : il faut que les capitaux puissent librement circuler, s'investir, se désinvestir, se réinvestir, afin de trouver leur meilleure rentabilité — tout simplement parce que l'abaissement des coûts et, en définitive, la compétitivité de l'économie américaine en dépend. C'est donc, et avant tout, d'alléger les procédures qui, dans les pays en développement, constituent des obstacles à la libre circulation des investissements. Dans cette perspective, il ne paraît pas excessif de dire que les conventions bilatérales conclues par les Etats-Unis sont moins des instruments d'assistance au développement que les auxiliaires de la stratégie des firmes américaines. La place prise, dès lors, par l'exigence de mobilité ne peut qu'aller contre l'idée de souveraineté.

Section 1. Les résolutions des organisations internationales

243. Les résolutions des organisations internationales illustrent en conséquence l'état de confusion dans laquelle baigne la pratique internationale. Il n'y a là rien que de normal : les conceptions qui prévalent dans telle ou telle enceinte différeront, certes, selon que les pays développés ou les pays en développement y disposent de la capacité d'influencer les positions de l'organisation considérée. C'est ainsi que l'Organisation des Nations Unies, sous l'influence des pays en développement, a toujours privilégié, en matière d'admission, la souveraineté par rapport à la flexibilité.

244. Mais il serait tout à fait trompeur de rendre responsable des contradictions de la pratique internationale le seul clivage entre pays développés et pays en développement. Ce n'est pas faire injure à

l'OCDE que de constater qu'en matière d'admission sa position n'est pas des plus claires. D'un côté, l'OCDE préconise et favorise la libre circulation des facteurs de production: et, à cet égard, le couple formé par les codes de libération, d'une part, et par les instruments du 21 juin 1976 sur l'investissement international et l'entreprise multinationale, d'autre part, ne peut guère être considéré comme un outil de protection. Mais, d'un autre côté, le projet de Convention sur la protection des biens étrangers, auquel il ne faut certes pas attribuer une force juridique qu'il n'a pas, mais dont il ne faut pas, non plus, minimiser l'influence didactique, ne met nullement en doute la capacité entière et plénière que possède tout Etat souverain à l'effet d'autoriser ou de ne pas autoriser, en sa libre discrétion, l'admission des investissements étrangers sur son territoire. Au-delà des clivages entre pays développés et pays en développement, il y a donc des clivages entre pays développés. Il se peut même qu'au sein de tel ou tel pays développé les positions nationales au regard de l'admission ne soient nullement harmonisées, selon que le problème est abordé sous l'angle de la libre circulation, ou sous l'angle de la protection.

I. Le côté des pays en développement: les résolutions de l'Organisation des Nations Unies relatives à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles

245. La tentative d'instauration d'un nouvel ordre économique international a fait long feu. En rétrospective, on s'aperçoit qu'il ne pouvait guère en aller autrement. Jamais négociation internationale, en effet, ne s'est aussi mal présentée. Une Assemblée générale que paralysait la désunion pouvait-elle mener à terme une réforme d'aussi vaste ampleur, qui mettait en cause aussi bien les structures mêmes de la société internationale économique, c'est-à-dire, en définitive, l'ensemble des rapports économiques internationaux, et pas seulement les rapports économiques entre pays développés et pays en développement?

246. Et pourtant le succès de la tentative n'était pas impossible. Mieux: elle n'a échoué que de peu, et le compromis historique a failli se réaliser entre pays développés et pays en développement. Non, certes, dans le cadre trop vaste de l'Assemblée générale, où les positions dogmatiques se heurtaient à des oppositions dogmatiques, ne laissant qu'une faible marge à la négociation internationale, mais

dans le dialogue Nord-Sud — la Conférence sur la coopération économique internationale (CCEI) — de Paris, où le dogmatisme cédait devant le pragmatisme, et où le choix de la sérialisation par rapport à la globalisation avait pu susciter de fermes espoirs. L'échec, certes, n'était pas inattendu: il n'était pas non plus inévitable.

247. De la grande décennie du développement subsistent, aux Nations Unies, des fragments épars, parfois inachevés, ci et là: projet de code de conduite sur les sociétés transnationales, projet de code sur les transferts de technologie, ou encore résolutions relatives à la souveraineté permanente — pour ne s'en tenir qu'à ces exemples. Les résolutions sur la souveraineté permanente, en ce qui les concerne, et bien que leur succession couvre une période de près de quinze années, ne forment pas un véritable ensemble, parce que leur teneur évolue en fonction de la composition de l'Assemblée générale. Il n'en est que plus frappant de constater que les résolutions de 1962 — «Souveraineté permanente sur les ressources naturelles» — et de 1974 — «Charte des droits et des devoirs économiques des Etats» —, que l'on peut considérer comme les deux extrémités du spectre, tant du point de vue chronologique que du point de vue logique, adoptent, sur la question de l'admission, des positions qui demeurent étonnamment proches les unes des autres, et qui mettent l'accent sur la souveraine capacité de l'Etat en cette matière.

1. 1962: la résolution 1803 (XVII)

248. On a souvent mis l'accent sur le haut degré d'acceptabilité internationale qui caractérise la rédaction, pesée avec un soin minutieux et sourcilleux, de la résolution 1803 (XVII). Les sentences illustres qui ont été prononcées dans les affaires *Topco* et *Aminoil* n'y sont certes pas étrangères: l'opposition qu'elles soulignent entre les conditions de l'adoption de la résolution 1803 (XVII) et de la résolution 3281 (XXIX) ont puissamment contribué à la bonne réputation de celle-là, et à la moins bonne réputation de celle-ci.

249. Il est vrai que l'attention des arbitres s'était avant tout portée sur les dispositions des deux instruments qui traitent de l'indemnisation en cas d'expropriation ou de nationalisation, puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, c'est le problème qu'ils devaient résoudre. Et il est également vrai que c'est à propos de ce problème que les divergences de conception entre la conception et la rédaction des

deux résolutions atteignent leur plus grande amplitude — du fait, notamment, de la présence, dans un cas, et de l'absence, dans l'autre cas, de la référence au droit international⁶⁰.

250. Bien qu'elle soit ainsi laurée de cette révérence, la résolution 1803 (XVII) ne s'en ancre pas moins solidement dans le droit interne lorsqu'elle traite des questions d'admission. L'importation des capitaux étrangers peut être nécessaire à l'exploration et à l'exploitation des ressources naturelles des pays en développement. Mais ceux-ci disposent toujours d'un choix souverain, et que ne limite aucun principe, aucune règle de droit international: c'est discrétionnairement qu'ils vont décider s'il est opportun ou inopportun, à ces fins, de faire appel aux capitaux étrangers. Ce n'est qu'une fois que ce choix est opéré que l'investissement, ainsi autorisé, pourra être réglé par le droit international — qui fait ainsi l'une de ses deux apparitions dans la résolution 1803 (XVII)⁶¹.

251. On voit donc que si le souci d'inclure le recours au droit international a été partagé tant par les pays développés que par les pays en développement lorsqu'il s'agissait de la protection des investissements, le souci de l'exclure a été tout aussi manifeste lorsqu'il s'agissait de l'admission des investissements. Par suite, la liberté qu'a l'Etat d'autoriser ou de ne pas autoriser sur son territoire, de façon générale, l'importation de tout capital étranger, ou, de façon spéciale, l'importation de capital étranger aux fins de la réalisation d'une opération particulière est et demeure entière et plénière. Le degré de discrétion qui lui est reconnu par la résolution 1803 (XVII) est clairement marqué par le fait que, aux termes du point 2,

60. Sur la signification de la référence au droit international voir, à propos du projet de code de conduite des Nations Unies, P. Robinson, *The Question of a Reference to International Law in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, UNCTC Current Studies, série A, n° 1, Nations Unies, juillet 1986, et Detlev Vagts, *The Question of a Reference to International Law in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: a Different View*, UNCTC Current Studies, série A, n° 2, Nations Unies, septembre 1986.

61. Sentence *Topco*, par. 84, point 1:

«De ce point de vue, le Tribunal de céans note que le vote positif de plusieurs pays développés à économie de marché a été rendu possible notamment par l'inclusion dans la résolution de deux références au droit international, et d'un passage relatif à l'importance de la coopération internationale pour le développement économique ... La référence au droit international, tout particulièrement dans le domaine de la nationalisation, a donc été un élément essentiel du ralliement de plusieurs pays occidentaux à la résolution 1803 (XVII).»

c'est à chaque Etat qu'il appartient de déterminer, «en toute liberté» ce qui est souhaitable⁶² pour lui — l'utilisation de ces termes marquant bien qu'il s'agit là d'une décision de pure opportunité.

252. On a souvent, et à juste titre, souligné les conditions d'adoption de la résolution 1803 (XVII), en général afin de mettre en évidence la différence de tonicité juridique qui sépare cette résolution de la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats. La sentence *Topco* l'a éloquemment rappelé, en son temps:

«La résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 a été votée à l'Assemblée générale par 87 voix contre 2, avec 12 abstentions. Il est tout particulièrement intéressant de noter que ce texte a été voté à la majorité, celle-ci comprenant de nombreux Etats du tiers monde, mais également plusieurs pays occidentaux développés à économie de marché, dont le plus important, les Etats-Unis. *Les principes ainsi dégagés dans cette résolution* ont ainsi obtenus l'assentiment d'un grand nombre d'Etats représentant l'ensemble des régions géographiques, mais également l'ensemble des systèmes économiques.»⁶³

Or, parmi «les principes ainsi dégagés dans cette résolution» figure le principe selon lequel chaque Etat a le droit souverain d'autoriser ou de ne pas autoriser l'importation, sur son territoire, de capitaux étrangers. L'implication est claire: non seulement le droit international ne pose aucune limite au droit souverain qui est ici celui des Etats, mais encore c'est un principe de droit international qu'il n'existe aucune limite au droit souverain qui est ici celui des Etats.

2. 1974: la résolution 3281 (XXIX)

253. La résolution 3281 (XXIX) passe pour constituer l'une des pièces maîtresses de ce nouvel ordre économique international que l'effort conjugué des pays en développement et des pays socialistes

62. Point 2:

«La prospection, la mise en valeur et la disposition de ces ressources ainsi que l'importation des capitaux étrangers nécessaires à ces fins devraient être conformes aux règles et conditions que les peuples et nations considèrent, *en toute liberté*, comme nécessaires ou *souhaitables* pour ce qui est d'autoriser, de limiter ou d'interdire ces activités.»

63. Sentence *Topco*, par. 84, point 1.

tentait d'instaurer au début de la décennie 1970. Ceci explique cela : et la Charte n'a jamais bénéficié du degré d'acceptabilité internationale que connaissent d'autres instruments, et, notamment, la résolution 1803 (XVII).

254. Les conditions d'adoption de la résolution 3281 (XXIX) s'en sont ressenties, entachant la Charte d'une faiblesse congénitale et qu'elle ne parviendra jamais à surmonter. Comme les tribunaux arbitraux l'ont dit et redit à l'envi, et, en particulier, dans la sentence *Topco*, ces conditions d'adoption

« indiquent également sans ambiguïté l'absence d'un consensus de la généralité des Etats sur ses dispositions les plus importantes, et notamment sur celles qui concernent les nationalisations. Ayant fait l'objet d'un vote nominal, la Charte a été adoptée par 118 voix contre 6 et 10 abstentions. L'analyse des votes partiels est encore plus significative en ce qui concerne l'espèce présente. De ce point de vue, le paragraphe 2 c) de l'article 2 de cette Charte, laissant à la seule appréciation nationale les caractères de l'indemnité et ne faisant pas appel au droit international, a été voté par 104 voix pour, 16 voix contre et 6 abstentions, l'ensemble des pays industrialisés à économie de marché s'étant abstenu ou ayant voté contre. »⁶⁴

255. La Charte des droits et des devoirs économiques des Etats n'a donc jamais joui d'une bonne réputation auprès des pays développés : ceux-ci y ont vu une charte des droits économiques des pays en développement, et des devoirs économiques des pays développés. Cette vision n'est pas fautive. Mais peut-on en déduire que l'ensemble des dispositions de la Charte était inacceptable pour les pays développés ? C'est aller trop loin, et les éléments fondamentaux des relations économiques internationales que préconise le chapitre premier n'ont pas tous été contestés par les pays développés, pour la simple raison que certains paraissaient incontestables. L'affirmation selon laquelle les relations économiques entre les Etats devaient respecter le principe de souveraineté, principe qui ouvre l'énonciation figurant au chapitre premier, et qui acquiert, de ce fait, un relief particulier, est-elle de nature à soulever la contestation de la part de quelque pays que ce soit, développé ou en développement ?

64. Sentence *Topco*, par. 85.

256. Et, s'il est vrai que les relations économiques entre les Etats doivent respecter le principe de souveraineté, cela doit être également vrai des relations d'investissement, qui font partie des relations économiques entre les Etats, et dont traite l'article 2 de la Charte, source de toutes les polémiques. Mais quelle qu'ait été la violence de l'opposition qu'a suscitée l'article 2 et, notamment, son paragraphe 2, lettre c), nul n'a jamais contesté la teneur de son paragraphe 2, lettre a), aux termes duquel chaque Etat a le droit

« de réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction territoriale, et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses principes et objectifs nationaux ».

Certes, le paragraphe 2, lettre a), ne précise pas expressément que tout Etat dispose du pouvoir souverain, qu'il exerce en toute discrétion, d'autoriser ou de ne pas autoriser l'admission d'investissements étrangers sur son territoire, que ce soit de façon générale, ou pour telle ou telle opération particulière. Mais la disposition l'entend implicitement. Le pouvoir de réglementer les investissements étrangers comprend le pouvoir d'en interdire l'admission. Faute de quoi, on aboutirait à une absurdité manifeste, puisque l'Etat ne disposerait pas du pouvoir de réglementer l'admission des investissements étrangers, alors qu'il dispose de tous pouvoirs afin de définir leur régime de traitement et de protection. La conclusion s'impose : les rédacteurs de la Charte n'ont pas fait mention du pouvoir de réglementer l'admission des investissements parce que celui-ci leur semblait inhérent aux idées de souveraineté et de souveraineté permanente, comme à la disposition de l'article 2, lettre a). Il serait plaisant, en bref, et pour finir, d'interpréter la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats comme l'instrument de la libération des relations d'investissements entre pays du Nord et pays du Sud : sa philosophie n'est pas celle de la libre circulation.

II. Le côté des pays développés : les positions de l'OCDE

257. Une image répandue fait de l'OCDE une sorte de « club des nantis » — les *have*, par rapport aux *have not*. Certes, les pays membres de l'OCDE ne figurent pas parmi les plus pauvres de la planète. Mais l'image, aussi répandue qu'elle soit, ne paraît guère juste ; pis, elle paraît injuste. L'OCDE, si sa philosophie n'est pas

celle de la CNUCED, n'en intègre pas moins, dans sa vision de la coopération économique, les problèmes du développement. Et, précisément, c'est cette capacité d'intégration qui, au moins en partie, rend les textes élaborés dans le cadre de l'OCDE acceptables pour les pays en développement. Les techniques du modèle conventionnel et de l'accord autonome montrent bien que l'OCDE ne se contente pas d'œuvrer pour les seuls pays développés.

258. Qui plus est, voir dans l'OCDE le « club des nantis », c'est ne pas tenir compte des écarts de développement entre les pays membres eux-mêmes. Certes, ces écarts se combinent progressivement, notamment du fait de l'action de l'Union européenne, alors que les écarts entre membres et non membres semblent s'aggraver. Mais il ne faut pas oublier deux tempéraments qui permettent de nuancer sérieusement ces assertions. D'une part, même si les écarts entre pays développés se combinent progressivement, il n'en reste pas moins évident que le niveau de développement de la Grèce, de l'Irlande, du Portugal ou de la Turquie est encore très éloigné du niveau de développement des Etats-Unis d'Amérique et du Japon. Et, d'autre part, même si les écarts entre pays développés et pays en développement s'accroissent, il n'en faut pas moins tenir compte du fait que certains, parmi les pays en développement, ont réalisé des progrès tels qu'ils sont entrés ou sont sur le point d'entrer dans l'Organisation. En bref, et sans exagérer la portée de l'aphorisme, il y a du Sud dans le Nord, comme il y a du Nord dans le Sud : il s'ensuit une certaine hétérogénéité et une certaine flexibilité dans la composition de l'OCDE.

259. Hétérogénéité et flexibilité : ces deux mots peuvent aussi bien caractériser les prises de position des pays membres de l'OCDE. On peut constater, en effet, que, même à niveau de développement comparable, ceux-ci ne nourrissent pas identiquement les mêmes conceptions quant aux orientations générales du droit international économique, en général, et du droit des investissements, en particulier. Certes, il existe, au sein de l'OCDE un fonds commun en matière doctrinale, pourrait-on dire. Mais l'existence de ce fonds commun, hérité de la pensée libérale, n'empêche pas que se manifestent des différences significatives entre les Etats membres. Les uns sont plus attachés à l'idée de souveraineté, les autres sont plus attachés à l'idée de mobilité ; les uns sont partisans de l'idée d'intervention économique de l'Etat, les autres sont partisans d'une attitude d'abstention qui se rapproche, au moins en théorie, du « laissez faire-

laissez passer » ; les uns sont soucieux de parer aux conséquences dommageables, sur le plan social, du développement économique, les autres sont soucieux d'empêcher toute interférence du social avec l'économique.

260. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que les positions que prend l'OCDE ne présentent pas les caractères d'homogénéité et de rigidité que pourrait lui prêter la caricature. Ces positions, si elles s'inspirent de ce fonds commun des conceptions que partagent tous les pays membres de l'OCDE, peuvent toutefois varier en fonction du moment auquel elles sont élaborées et, surtout, en fonction de la finalité en vue de laquelle elles sont élaborées. Ainsi, en matière d'admission des investissements, un instrument de protection, tel que le projet de 1967, n'a pas, ne peut avoir, sur cette question, la même orientation qu'un instrument de libre circulation, tel que le Code de 1961 ; et des instruments tels que la déclaration et les décisions de 1976, postérieurs de près de dix ans à celui-là, et de près de vingt ans à celui-ci, s'écartent vraisemblablement des conceptions qui ont présidé à l'élaboration de l'un et des autres.

1. Le Code de la libération des mouvements de capitaux (1961)⁶⁵

261. Le Code de la libération des mouvements de capitaux, à l'évidence, est destiné à permettre l'élimination des obstacles à la libre circulation des capitaux entre les pays membres de l'OCDE. En ce sens, il favorise le libre investissement dans les pays membres de la zone, puisque, dans l'annexe A, qui énumère les mouvements de capitaux bénéficiant de la libération, figurent les constitutions d'investissements (liste A) et les liquidations d'investissements (liste B).

262. Mais le Code de la libération des mouvements de capitaux ne peut pas être considéré, pour autant, comme l'instrument de la libre admission des investissements. La libre circulation des capitaux doit permettre à l'ensemble des capitaux de se placer, de se déplacer et de se replacer, que ce soit à court, à moyen ou à long terme : elle recouvre par conséquent l'ensemble des mouvements de capitaux,

65. Le Code de la libération des mouvements de capitaux a été adopté par le Conseil de l'OCDE le 12 décembre 1961. Il a fait, depuis cette date, l'objet de très nombreux amendements. Le texte peut en être trouvé dans le *Recueil des décisions, recommandations et autres instruments de l'OCDE en vigueur*, t. 1, F.1.1.

spéculatifs comme non spéculatifs. Une législation ou une réglementation des investissements a un objet différent : elle doit — en principe — encourager les investissements à long terme, en sorte de permettre le développement des capacités de production. L'investissement, dans la généralité des cas, entraîne un mouvement de capital ; mais tous les mouvements de capitaux ne sont pas constitutifs d'investissements.

263. Le Code de la libération des mouvements de capitaux ne repose donc pas sur l'idée de traitement national. Car l'idée de traitement national, lorsqu'on l'applique à la matière de l'investissement, revêt un double aspect : d'une part, elle suppose que l'investisseur soit librement admis à constituer investissement, qu'il soit national ou qu'il soit étranger ; d'autre part, elle exclut que la constitution des investissements puisse être subordonnée à l'imposition de contraintes d'exploitation qui frapperaient les investisseurs étrangers, mais ne frapperaient pas les investisseurs nationaux. Ces idées paraissent étrangères aux finalités que poursuit un instrument de libération, et qui consistent en l'élimination progressive des restrictions à la libre circulation des capitaux, dans la mesure jugée nécessaire par les Etats intéressés. A cet égard, on ne saurait donc s'étonner que les possibilités de formuler exceptions ou réserves ne s'exercent pas de façon identique, s'agissant d'un instrument de libération des mouvements de capitaux ou d'un instrument d'encouragement à l'investissement. Aussi bien, si le Code de la libération des mouvements de capitaux assujettit les Etats membres au respect du principe de non-discrimination, ce n'est pas pour assurer l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers, c'est pour éviter l'inégalité de traitement entre étrangers.

264. Malgré tout, et bien que l'objectif de la libre circulation des capitaux ne puisse être assimilé à l'objectif de libre admission des investissements, il n'en reste pas moins que, dans les deux cas, l'idée directrice reste celle de libération, et non celle de protection. Pour cette raison, il n'est pas inexact de considérer que le Code de la libération des mouvements de capitaux trouve sa place parmi les instruments qui favorisent la réalisation de l'objectif de libre admission. Les rédacteurs de l'AMI ne s'y sont d'ailleurs pas trompés : les trois piliers sur lesquels repose la négociation de l'accord sont constitués par le Code, de première part, la décision sur le traitement national, de deuxième part, et les conventions bilatérales, de troisième part.

2. Le projet de Convention sur la protection des biens étrangers (1967)⁶⁶

265. On pourrait s'attendre qu'un projet de Convention sur la protection des biens étrangers demeure muet sur la question de l'admission de ces mêmes biens étrangers. Il n'en est rien, et l'article premier du projet, intitulé « Régime des biens étrangers », pose, en son paragraphe b), une règle qui est dénuée d'ambiguïté :

« les dispositions de la présente Convention sont sans préjudice du droit de toute Partie d'autoriser ou d'interdire l'acquisition de biens ou l'investissement de capitaux sur son territoire par des ressortissants d'une autre Partie ».

Si les mots ont un sens, alors ceux-ci signifient que les principes et règles conventionnels — et, notamment, le principe du traitement juste et équitable — n'exigent nullement que les ressortissants des Etats étrangers bénéficient du traitement national en ce qui concerne leurs opérations d'investissement.

266. Les notes et commentaires qui accompagnent le texte du projet conventionnel précisent encore, si faire se peut, la signification du paragraphe b) :

« 9. a) Tout Etat est tenu de respecter les biens des étrangers qui se trouvent sous sa juridiction (voir note 1), mais aucun Etat n'est tenu, sauf s'il y consent, d'admettre des étrangers sur son territoire, ou de leur permettre d'y acquérir des biens. Par conséquent, le paragraphe b) de l'article premier confirme que les dispositions de la Convention n'affectent pas le droit de chaque Partie de contrôler l'acquisition de biens et l'investissement de capitaux par des ressortissants d'une autre Partie sur son territoire. La Convention a pour objet de protéger les biens après qu'ils ont été acquis ou les investissements après qu'ils ont été effectués. »

Les termes peuvent être différents, leur signification est la même ; et

66. Projet, accompagné d'une résolution du Conseil de l'OCDE, adoptée le 12 octobre 1967. La résolution réaffirme l'adhésion des pays membres aux « principes de droit international » contenus dans le projet ; recommande que ce projet fasse l'objet d'une large et effective application, et en approuve la publication. Voir G. Van Hecke, « Le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers », *Revue générale de droit international public*, 1964, pp. 641 ss.

sur l'admission des investissements la résolution 1803 (XVII) et le projet de convention reflètent des vues identiques: le pouvoir d'appréhension du droit international, en matière d'investissement, est limité *ratione temporis* et *ratione materiae*. Et cette constatation n'est pas le fait des pays en développement, que l'on sait attachés à la notion de souveraineté; elle est le fait des pays développés qui sont tout à la fois attachés à la notion de souveraineté et au respect du droit international.

267. *Ratione temporis*, la coupure est claire. Les notes et commentaires distinguent l'avant et l'après — avant ou après qu'aura été effectué l'investissement. L'investisseur ne peut prétendre au bénéfice du régime conventionnel, pour l'investissement qu'il entend effectuer, qu'après que cet investissement aura été effectué. Or quelle est la teneur du régime conventionnel? Il se résume, pour l'essentiel, en deux principes: principe de traitement juste et équitable et principe de la pleine et entière protection et sécurité. *Ratione materiae*, la distinction entre l'avant-investissement et l'après-investissement signifie donc que l'investisseur, jusqu'à ce qu'il ait obtenu l'autorisation d'investir, ne peut se prévaloir du traitement juste et équitable. En d'autres termes, il ne saurait demander le bénéfice du traitement juste et équitable *dans* l'examen de sa demande d'autorisation: celle-ci se trouve en amont et non pas en aval de l'opération d'investissement. On voit l'implication: lorsque le principe du traitement juste et équitable commencera à s'effacer derrière le principe du traitement national⁶⁷, la logique du projet de convention, à supposer qu'elle perdure, ne permettra pas à l'investisseur de demander le bénéfice du traitement national en vue de l'admission de son investissement. A supposer que le principe du traitement national, par l'effet de la propagation conventionnelle, devienne, à l'instar du principe du traitement juste et équitable, un principe général du droit international — ce qu'il n'est pas encore à l'heure actuelle — il n'en reste pas moins que sa portée demeurera limitée aux problèmes de

67. L'article premier — «Régime des biens étrangers» — ne fait aucune place au principe du traitement national. Le principe de non-discrimination, lui-même, n'y occupe qu'une place limitée:

«Chacune des Parties s'engage à assurer à tout moment un traitement juste et équitable aux biens des ressortissants des autres Parties. Sur son territoire, chacune des Parties accordera une protection et une sécurité constantes à ces biens, et n'entravera en aucune façon leur gestion, leur entretien, leur utilisation, leur jouissance ou leur liquidation par des mesures injustifiées ou discriminatoires.»

traitement, entendu *stricto sensu*. Il ne pourra donc devenir le véhicule de la libération des opérations d'investissement que certains Etats appellent de leurs vœux.

3. Les instruments relatifs au traitement national (1976)⁶⁸

268. La déclaration et les décisions du 21 juin 1976, relatives à l'investissement international et aux entreprises multinationales, représentent un ensemble équilibré d'instruments interdépendants. Bien que, dans une très large mesure, la mise en œuvre de ces instruments repose sur la persuasion plus que sur la coercition, leur degré d'effectivité, en droit, et d'efficacité, en fait, n'a cessé de progresser au cours des deux décennies qui viennent de s'écouler.

269. Ces progrès s'expliquent par nombre de raisons. La première, certes, réside dans la relative homogénéité du milieu économique et juridique — encore que, comme on l'a dit, il n'y a pas lieu de s'exagérer cette homogénéité. La deuxième tient au sens des réalités qui imprègne ces instruments: nulle trace de dogmatisme, mais une vision empreinte de pragmatisme, qui s'explique par l'étroite association des milieux gouvernementaux et non gouvernementaux dans l'œuvre commune d'élaboration du droit. La troisième, qui est liée aux précédentes, résulte du caractère équilibré de cet ensemble d'instruments et, notamment, de l'attachement à cette idée simple, mais évidente, que si l'entreprise multinationale et, à travers elle, l'investisseur international ont des devoirs vis-à-vis des Etats qui les accueillent, ces Etats n'ont pas que des droits sur les entreprises multinationales et sur les investisseurs internationaux dont les activités contribuent au développement de leur économie.

270. C'est dans cette perspective que doit être placée la partie II de la déclaration du 21 juin 1976, relative au traitement national:

«Les pays membres, compte tenu de la nécessité de maintenir l'ordre public, de protéger les intérêts essentiels de leur sécurité, et de remplir leurs engagements internationaux concernant la paix et la sécurité internationales, devaient accorder aux entreprises opérant sur leur territoire, et qui appartiennent à, ou sont contrôlées directement ou indirectement par des

68. Le texte de la déclaration et des décisions du 21 juin 1976 apparaît dans le *Recueil de l'OCDE*, tome II pour la déclaration et tome I pour les décisions. On y trouvera, en particulier, le texte de la troisième décision révisée du Conseil relative au traitement national (C.91.147/final).

ressortissants d'un autre pays membre (appelées ci-dessous « entreprises sous contrôle étranger »), un régime résultant de leurs lois, réglementations et pratiques administratives (appelées ci-dessous « traitement national ») qui, en harmonie avec le droit international, ne sera pas moins favorable que celui dont bénéficient, dans les mêmes circonstances, les entreprises nationales. »

Bien évidemment, la référence au droit international doit être soulignée, car elle marque fortement la différence entre la déclaration de l'OCDE et le projet de code de l'ONU.

271. L'ambiguïté de cette référence n'en doit pas moins être relevée. Qu'est-ce qu'implique l'idée que le régime des investissements internationaux, « en harmonie avec le droit international », doit s'aligner sur le traitement national ? On peut comprendre cette idée de deux manières. Ou bien elle signifie que, pour être « en harmonie avec le droit international », les pays membres ont l'obligation d'accorder le traitement national aux investisseurs ressortissants de la zone OCDE, ainsi qu'aux entreprises multinationales qui leur appartiennent, ou qu'ils contrôlent ; mais c'est admettre, alors, que le principe du traitement national est un principe général du droit international, qui s'applique donc indépendamment de tout support conventionnel — idée qui paraît bien hardie, compte tenu de l'état actuel de la discipline. Ou bien elle signifie que, même si les pays membres accordent le traitement national aux investisseurs ressortissants de la zone OCDE, ainsi qu'aux entreprises multinationales qui leur appartiennent ou qu'ils contrôlent, ils ne sont pas, pour autant, « en harmonie avec le droit international » ; ce serait alors se référer, implicitement, à l'existence d'un standard de droit international — comme le traitement juste et équitable — auquel le traitement national devrait satisfaire dans tous les cas — interprétation qui peut paraître alambiquée, même si elle ne va pas contre la pratique internationale. A la vérité, on pourrait se demander s'il ne vaut pas mieux s'arrêter à une position médiane et considérer que le traitement national fait figure de principe, mais uniquement dans les relations entre les pays de la zone OCDE, parce qu'il reflète une pratique établie dans les relations mutuelles en matière d'investissement.

272. Quoi qu'il en soit de la signification du principe, son champ d'application, quant à lui, est clairement défini. Le traitement national est accordé par les Etats membres « aux entreprises opérant sur leur territoire et qui appartiennent à, ou sont contrôlées, directement

ou indirectement, par des ressortissants d'un autre pays membre ». Les entreprises opérant sur le territoire d'un pays membre sont des entreprises en activité ; et ces entreprises en activité soit appartiennent à soit sont contrôlées par des ressortissants d'autres pays membres. On constate donc qu'implicitement la déclaration sur le traitement national distingue entre la phase antérieure à l'établissement et la phase postérieure à l'établissement. Le traitement national ne devrait être accordé que postérieurement à l'établissement de l'entreprise multinationale. Par conséquent, le principe du traitement national ne s'applique pas à l'admission de l'investissement, et, à cet égard, entreprises nationales et entreprises multinationales demeurent dans des situations différentes les unes des autres. Mais, dès lors qu'une entreprise étrangère est établie sur le territoire d'un Etat membre, elle devrait bénéficier du traitement national pour ce qui concerne les investissements qu'elle serait amenée à réaliser.

Section 2. Les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements

273. L'uniformité de la pratique conventionnelle et l'homogénéité des réseaux bilatéraux ont été soulignées à l'envi — et, notamment, par les commentateurs qui demeureraient attachés à l'idée que les instruments de promotion et de protection reflétaient soit une coutume générale, soit des principes généraux du droit international qui auraient existé indépendamment de leur socle conventionnel.

274. La différenciation des intérêts entre pays membres de l'OCDE, les uns privilégiant la protection, les autres privilégiant la circulation, a été cause de la différenciation des modèles conventionnels en deux groupes. D'un côté, on trouve les modèles dont s'inspire la pratique européenne et qui demeurent proches du projet de 1967 ; de l'autre côté, on trouve le modèle américain, plus complexe, et qui combine entre elles les préoccupations de sécurité et les préoccupations de mobilité. Les deux modèles se séparent nettement l'un de l'autre en ce qui concerne l'admission.

I. La pratique européenne

275. Les conventions bilatérales de protection des investissements que concluent les pays européens reflètent ces idées. Elles distinguent entre admission et traitement. Et, si elles font référence au droit international, s'agissant des principes de traitement, et, plus

précisément, du standard du traitement juste et équitable, elles ne le mentionnent pas à propos de l'admission. Ainsi s'établit le partage des territoires entre droit interne et droit international : au seul droit interne, la définition du régime de l'admission ; au droit interne, sous le contrôle du droit international, la définition du régime de traitement.

276. Le rapport du Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, consacré aux accords intergouvernementaux relatifs aux investissements dans les pays en développement, élaboré en 1984 dans le cadre de l'OCDE, ne dit pas autre chose⁶⁹. Ce rapport a pour but d'examiner l'expérience acquise par les pays membres dans la mise en œuvre des principaux types d'accords qui sont destinés à encourager et à protéger les investissements des ressortissants desdits pays membres dans les pays en développement — ce qui confirme bien le rôle actif que joue l'Organisation dans la dissémination et la comparaison de ces expériences.

277. Le rapport, s'agissant de l'admission des investissements étrangers, note que

« si la plupart des conventions passées jusqu'ici encouragent les flux d'investissement entre les Parties, elles ne confèrent pas le droit d'entrée ou d'établissement. Il est prévu que celui-ci est régi par les lois, réglementations et procédures des pays d'accueil. Ainsi qu'il est dit, par exemple, au paragraphe 2 du modèle allemand, chaque Partie autorise conformément à sa législation les investissements de capitaux de la part de ressortissants et de sociétés de l'autre Partie. Aux termes du modèle français, les obligations prévues dans la convention s'appliquent aux investissements d'une des Parties, étant entendu que ces investissements doivent être ou avoir été effectués conformément à la législation de l'autre Partie. »⁷⁰

La pratique conventionnelle des pays européens repose donc sur deux idées : la clause d'admission exclut toute référence au droit international ; ce n'est que dans la clause de traitement que doit être incluse la référence au droit international.

278. Plus précisément, c'est à l'article 2 du modèle français que se trouve la clause pertinente, dite généralement *clause d'encouragement*. Cette clause est ainsi rédigée, en son état actuel :

69. *IME* (84) 114, du 18 septembre 1984.

70. *Ibid.*, par. 32, pp. 11-12.

« Chacune des Parties contractantes admet et encourage, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent Accord, les investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie sur son territoire et dans sa zone maritime. »

La rédaction de cette clause n'est pas des plus heureuses. On comprend mal qu'une des parties contractantes « admette et encourage » les investissements des ressortissants de l'autre partie contractante, dès lors que ceux-ci ont déjà été « effectués » ; on aurait mieux compris qu'une partie contractante « admette et encourage » les investissements que les ressortissants de l'autre partie contractante veulent effectuer. Au-delà de ce qui n'est qu'une maladresse rédactionnelle, il convient, toutefois, de s'interroger sur le sens et sur la portée de cette stipulation, que l'on retrouve dans toutes les conventions que conclut la France, et dont la teneur n'est pas différente de celle des stipulations de même objet que l'on trouve dans les conventions conclues par les autres pays européens.

279. L'utilisation du temps présent ou du temps futur du mode indicatif, en droit, traduit l'obligation, par opposition à l'utilisation du mode conditionnel. Aussi bien, stipuler que chaque partie contractante « admet » sur son territoire les investissements des ressortissants de l'autre partie contractante, c'est, semble-t-il, opter pour une politique de porte ouverte — une *open door policy* — en matière d'investissement. En d'autres termes, les conventions bilatérales, dans la pratique européenne, supprimeraient tous les obstacles à l'admission, créant entre parties contractantes une zone de libre circulation. Cette interprétation de la clause d'encouragement, toutefois, est démentie par l'incision des mots « dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent Accord ». Cette incision montre que chaque partie contractante entend réserver l'application de sa loi nationale à l'admission des investissements que se proposent d'effectuer les ressortissants de l'autre partie contractante. Et, bien évidemment, cette loi nationale peut mettre en place toutes formes de contrôle possibles de ces admissions : déclaration simple, déclaration et autorisation préalables — toutes ces formes présentant, selon le cas, le caractère de mesures restrictives ou le caractère de mesures non restrictives. En bref, les parties contractantes ne prennent aucun engagement quant à la teneur de la loi nationale en matière d'admission ; elles ne prennent même pas l'engagement de figer la teneur de cette loi nationale dans leurs relations mutuelles d'investissement.

En bref, elles conservent, en ce domaine, pleine et entière capacité d'action.

280. La portée de la clause d'encouragement, dès lors, peut être davantage précisée. L'encouragement ne consiste pas dans la suppression pure et simple de toutes réglementations, restrictives ou non restrictives, en matière d'admission. Il consiste en une manifestation de volonté aux termes de laquelle les parties contractantes, pour développer entre elles les flux d'investissements, conviennent de prendre les mesures de promotion nécessaires. Quelles sont ces mesures de promotion ? Il appartient à chaque partie de les définir pour ce qui la concerne, c'est-à-dire dans le cadre de son ordre interne. Les règles d'admission qu'elle va définir, dans ce cadre, devront encourager et non décourager les flux d'investissements. Elles doivent donc évoluer dans le sens d'un plus grand allègement des procédures, pour faciliter la circulation des investissements entre les parties contractantes. L'engagement d'encouragement, ainsi compris, laisse donc une grande liberté d'appréciation aux parties contractantes. Mais il n'en reste pas moins un engagement conventionnel et, comme tout engagement conventionnel, les parties doivent l'exécuter de bonne foi. Et, bien que la teneur de l'obligation mise à la charge des parties contractantes ne soit pas clairement définie, on peut estimer qu'en certains cas l'inexécution de l'engagement d'encouragement puisse permettre de rechercher, dans les formes conventionnelles, la responsabilité internationale de la partie contractante qui s'en est rendue coupable. Il en irait ainsi, notamment, lorsqu'une partie contractante, à la suite d'un infléchissement de sa politique économique, déciderait, en matière de recours à l'investissement, de substituer une politique de fermeture à une politique d'ouverture. Une telle substitution serait contraire aux engagements qu'a souscrits cette partie contractante dans le cadre de la convention bilatérale. Quelle que soit l'apparente timidité de la clause d'encouragement, telle qu'elle résulte de la pratique conventionnelle des Etats européens, elle traduit donc déjà une volonté politique et juridique de libération des flux d'investissements.

II. La pratique américaine

281. Le modèle américain de convention bilatérale sur la promotion et la protection des investissements s'écarte des modèles qui ont été mis au point par les pays européens. Alors que ces derniers sont,

avant tout, des instruments de protection, le premier reflète des préoccupations qui vont bien au-delà de la simple exigence de sécurité : l'établissement d'un régime de libre circulation et l'élimination des contraintes de gestion y tiennent en effet une place importante. L'accueil réservé qui a été fait au modèle américain, lors de sa publication, trouve vraisemblablement là l'une de ses explications.

282. Alors que tous les modèles qu'utilisent les pays européens comportent une clause d'encouragement, au sens où celle-ci vient d'être définie, le modèle qu'utilisent les Etats-Unis d'Amérique n'en contient pas. Après l'article I, consacré aux définitions, l'article II en vient directement au régime du traitement ; et c'est dans ce cadre que sont abordées les questions d'admission. En d'autres termes, le régime du traitement englobe le régime de l'admission. Et comme le régime du traitement est défini par référence à la combinaison des deux principes du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée, le modèle américain favorise donc la libre admission — faveur qui ne fait que refléter la politique d'*open door* à laquelle les Etats-Unis ont toujours manifesté leur attachement.

283. On pourrait certes concevoir que le modèle américain opère une distinction entre l'établissement ou l'acquisition d'entreprises, d'une part, et l'extension d'entreprises qui sont déjà sous contrôle des investisseurs ressortissants de l'une des parties contractantes — c'est-à-dire, pour reprendre une terminologie qui est parfois usitée en droit français, entre investissements originaires, d'une part, et investissements complémentaires ou supplémentaires, d'autre part. Car s'il paraît tout à fait normal d'étendre le bénéfice du traitement national aux entreprises sous contrôle étranger, dont l'établissement ou l'acquisition ont été dûment autorisés, cette extension ne va pas de soi s'agissant, précisément, du premier établissement ou de la première acquisition de ces entreprises. Mais une telle conception irait contre la philosophie de libre circulation qu'ont toujours professée les Etats-Unis : et le traitement national doit donc s'appliquer à l'admission tant de l'investissement originaire que de l'investissement complémentaire ou supplémentaire.

284. Le modèle américain, s'il repose donc sur l'idée de libre admission, n'en prévoit pas moins la possibilité, pour les parties contractantes, d'invoquer les exceptions au traitement national qu'autorise la convention. Ces exceptions doivent obéir à des règles de fond et de forme. Sur le terrain du fond, elles doivent être de portée limitée, et elles doivent entrer dans le cadre sectoriel qui figure

en annexe à ladite convention. Sur le terrain de la forme, les exceptions au traitement national doivent faire l'objet de notifications mutuelles entre parties contractantes. La possibilité de ménager des exceptions à l'application du traitement national en matière d'admission offre la soupape de sûreté que rend indispensable l'acceptation de ce traitement national : elle constitue le dernier refuge de la souveraineté. Sur tous ces points, le modèle américain préfigure les orientations d'une négociation multilatérale, qui, il est vrai, se cherche encore.

CHAPITRE II

LES ORIENTATIONS DE LA NÉGOCIATION MULTILATÉRALE

285. Les limitations à la souveraineté des Etats ne se présument pas. Elles doivent résulter de la libre manifestation de leur volonté — quels que soient les instruments par lesquels se traduit, formellement, cette libre manifestation. La libre circulation des capitaux, leur investissement, leur désinvestissement, leur réinvestissement sont nécessaires à l'abaissement des coûts et à l'amélioration de la compétitivité des entreprises : il n'empêche que ces opérations mettent en cause la souveraineté des Etats sur le territoire desquels elles se déroulent. Il est clair que le droit interne ne peut apporter la bonne réponse aux problèmes de la libre circulation, et que seul le droit international — mieux, le droit international conventionnel — peut le résoudre.

286. Mais quel droit conventionnel ? La libre circulation peut-elle être assurée par un « maillage » d'instruments bilatéraux ? Ou bien faut-il passer du bilatéral au multilatéral ? Ce n'est plus le problème de l'heure. Les conventions bilatérales sur la promotion et la protection des investissements ne pourront jamais fournir les moyens de la libre circulation sur le plan universel. Le bilatéralisme et la liberté de circulation ne font pas bon ménage : on l'a vu en matière commerciale, on le voit en matière d'investissements. Tout d'abord, aussi étendu que soit le réseau des instruments bilatéraux, il comportera toujours des failles. Cela veut dire qu'à supposer que les instruments bilatéraux deviennent des instruments de libre circulation, ce qu'ils sont loin d'être à l'heure actuelle, les lacunes de leur maillage ne permettraient pas d'assurer la libre circulation de l'investissement à l'échelle mondiale⁷¹.

287. Une autre raison met en lumière l'incapacité des réseaux bilatéraux à fonder la libre circulation des investissements. Cette autre raison tient à la pluralité et à la diversité des modèles conven-

71. L'étude (*survey*) conduite par Moh. Khalil, en vue de l'élaboration des Lignes directrices, sur les conventions bilatérales d'investissement, en 1992, porte sur trois cent trente-cinq accords (Shihata, *Legal Treatment of Foreign Investment*, *op. cit.*, pp. 221 ss.).

tionnels. Il existe, on l'a vu, des différences significatives entre les modèles qu'utilisent les pays européens et le modèle qu'utilisent les Etats-Unis d'Amérique. Ceux-là — les modèles européens — privilégient l'idée de souveraineté par rapport à l'idée de libre circulation; ils distinguent, par conséquent, entre admission — domaine dans lequel la souveraineté de l'Etat ne souffre guère de limitations — et traitement — domaine dans lequel coexistent droit interne et droit international. Celui-ci — le modèle américain — donne la primauté à l'idée de libre circulation par rapport à l'idée de souveraineté, même si celle-ci ne disparaît pas entièrement sous celle-là; il fonde donc les problèmes de l'admission dans les problèmes du traitement et les assujettit en conséquence aux principes et règles de droit international qui incorporent l'instrument conventionnel. On connaît le résultat: dans un cas, le principe du traitement national ne s'applique pas à l'admission des investissements — c'est le cas des instruments que concluent les pays européens; dans l'autre cas, le principe du traitement national s'applique à l'admission des investissements — c'est le cas des conventions que concluent les Etats-Unis.

288. On conviendra que la différence est de taille et qu'elle suffirait, en elle-même et par elle-même, à l'élimination des instruments bilatéraux en tant que vecteurs de la libre circulation des capitaux. Mais on pourrait rétorquer à cela que l'argument n'est pas dirimant, parce que toutes les conventions bilatérales contiennent la clause de la nation la plus favorisée. Ainsi, dans le modèle français, est-il prévu que

«chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux investisseurs de l'autre Partie contractante, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses investisseurs, ou que celui accordé aux investisseurs, ressortissants de la nation la plus favorisée, si ce dernier est plus avantageux».

Dès lors que les conventions bilatérales contiennent une clause de ce type, son extension doit être automatique. Par conséquent, et dès lors que les conventions bilatérales que concluent certains Etats contiennent une clause de la nation la plus favorisée, la clause d'*open door* qu'elles contiennent également devrait être étendue de manière automatique aux autres Etats. Mais c'est là oublier, précisément, que les pays européens considèrent que les problèmes de l'admission ne se fondent pas dans les problèmes du traitement. Il en résulte qu'ils ne

sauraient se fonder sur la clause du traitement de la nation la plus favorisée, contenue dans les instruments qu'ils concluent, pour revendiquer le bénéfice de l'*open door policy* que prévoient les instruments que concluent les Etats-Unis.

289. C'est donc, sans aucun doute, du côté du multilatéralisme que se trouve la clef du problème. Seul le multilatéralisme, en effet, permet de donner à la libre circulation des investissements l'extension que souhaitent lui donner certains pays développés. Mais le recours au multilatéralisme ne va pas sans poser de délicats problèmes. On se limitera ici à en soulever deux. Quelle enceinte de négociation choisir? Quel contenu donner à la négociation?

Section 1. Le choix de l'enceinte de négociation

290. La plupart des instruments relatifs aux investissements ont été élaborés dans le cadre d'organisations internationales, soit mondiales, soit régionales. La chose s'explique aisément: les problèmes de l'investissement sont à la fois des problèmes d'ordre politique et d'ordre technique; et la préparation des projets qui mettent en œuvre une multitude de données complexes sera d'autant plus aisée qu'elle pourra s'appuyer sur une solide infrastructure, dont la compétence se sera progressivement affirmée au cours de plusieurs décennies. Mieux, le lent travail d'harmonisation qui s'effectue au sein des organisations internationales, l'aplanissement des différences entre les vues des Etats membres qui ne peut manquer d'en résulter, tout cela fait de ces organisations internationales les enceintes les mieux adaptées à l'élaboration du droit des investissements.

291. S'agissant du droit des investissements, qui forme une partie intégrante du droit international économique, il va sans dire que les enceintes de négociations les mieux adaptées figurent parmi les organisations internationales économiques. Et, de fait, les années récentes démontrent que l'extraordinaire développement du droit des investissements est dû à l'impulsion vigoureuse que lui ont donnée ces organisations. Mais il y a organisation internationale et organisation internationale — ou, pour être plus précis, organisation mondiale et organisation régionale. Le grand instrument conventionnel du droit international des investissements doit-il être négocié dans le cadre d'une organisation mondiale ou dans le cadre d'une organisation régionale? Sur le terrain de la compétence, les unes et les autres peuvent faire valoir des titres impressionnants: on pense, notam-

ment, à la Banque mondiale, dans le cadre de laquelle ont vu le jour la Convention de Washington, la Convention de Séoul ou les Lignes directrices ; ou à l'OCDE, dans le cadre de laquelle ont vu le jour la déclaration et les décisions de 1976 ; ou encore à l'OMC, tardivement mais solidement installée dans ce domaine avec l'accord sur les Mesures concernant l'investissement et liées au commerce (MICs ou TRIMs).

292. Mais il suffit de procéder à cette brève énonciation pour percevoir le paradoxe de la négociation, que l'on peut résumer d'une manière brutale, et par un trait grossissant : il n'est pas sûr que ceux qui peuvent le veuillent ; il n'est pas sûr que ceux qui veulent le puissent. Car, ce dont il s'agit ici, c'est de la négociation d'une convention multilatérale à vocation mondiale. Nul doute qu'une telle convention puisse être élaborée dans le cadre d'une organisation internationale à vocation mondiale. Mais tous les Etats — pays développés et pays en développement — qui composent ces organisations sont-ils prêts à s'entendre sur la teneur d'un instrument conventionnel ? Certes, il n'est pas douteux qu'il existe de larges zones d'accord entre pays développés sur ce qui devrait être le régime conventionnel de l'investissement international et que, dès lors, la perspective d'une négociation dans le cadre de l'OCDE paraît prometteuse. Mais comment amener les pays en développement, qui ne sont pas membres de l'OCDE, à manifester leur adhésion à un projet qui leur sera présenté dans son état définitif, et sans qu'ils aient été à aucun moment en situation d'infléchir telle ou telle de ses orientations.

I. L'expérience de la Banque mondiale

293. L'expérience du groupe de la Banque mondiale en matière de droit des investissements est, à proprement parler, incomparable. La Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) avait été créée, à la fin de la seconde guerre mondiale, pour mobiliser le financement nécessaire à la reconstruction ou au développement des grandes infrastructures publiques — en bref, pour financer les dépenses d'investissement public. Mais, très rapidement, il est apparu que les transferts publics ne seraient pas suffisants pour réaliser ces objectifs ; et autour du noyau central que constituait la BIRD se sont agrégés de nouvelles institutions, dont trois ont pour mission soit de mobiliser des transferts privés — la Société finan-

cière internationale (SFI) —, soit de créer les conditions politiques et juridiques qui permettaient de mobiliser ces transferts privés — le CIRDI et l'AMGI.

294. On a vu, en particulier, le rôle éminent qu'ont tenu, d'une part, le CIRDI et, d'autre part, l'AMGI dans l'instauration ou la restauration d'un climat favorable à l'investissement Nord-Sud. Le rôle que jouent ces deux organisations dans la compilation et la dissémination des données juridiques de toutes origines, nationales et internationales, est irremplaçable. Il fait du groupe de la Banque mondiale le dépositaire de l'ensemble des instruments juridiques de droit interne (codes d'investissement) comme de droit international (conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements) et un prestataire de services dont la compétence peut être considérée comme inégalable et inégalée en cette matière. La Banque mondiale se trouve ainsi placée, du fait de l'activité du CIRDI et de l'AMGI, au cœur de l'évolution du droit international des investissements.

295. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que ce soit vers la Banque mondiale que se tournèrent les Etats les plus développés lors de la réunion du Comité du développement qui eut lieu en avril 1991⁷². Le premier ministre français, à l'époque Pierre Bérégovoy, proposa que l'AMGI prépare un rapport sur les principes fondamentaux régissant le traitement des investissements. Cette initiative allait prospérer. Bien que l'invitation du Comité du développement ait été lancée à la seule AMGI, un groupe de travail fut constitué par le président de la Banque mondiale, à l'époque Barber Conable, comprenant le vice-président et conseil juridique de celle-ci, Ibrahim Shihata, ainsi que les représentants de la SFI et de l'AMGI. Mais, alors que, dans l'esprit du Gouvernement français, le rapport devait servir de base à l'élaboration d'une convention multilatérale sur le traitement des investissements, la voie qu'emprunta, en définitive, le groupe de travail fut différente et aboutit à l'élaboration des Lignes directrices sur le traitement des investissements étrangers.

296. Pourquoi la démarche non conventionnelle a-t-elle été préférée à la démarche conventionnelle ? Ibrahim Shihata en donne lui-même deux raisons, l'une circonstancielle, l'autre essentielle. La raison circonstancielle tient à ce que, depuis 1977, l'Organisation des Nations Unies s'est attachée à la négociation du Code de conduite sur

72. Shihata, *Legal Treatment of Foreign Investment*, *op. cit.*, pp. 37-39.

les sociétés transnationales — négociation qui a connu bien des traverses. L'ouverture de nouvelles négociations, dans une autre enceinte, et sur un sujet voisin, paraissait bien difficile à faire accepter par les pays en développement, précisément parce que ceux-ci avaient fondé de grands espoirs sur la négociation du Code de conduite dans l'enceinte de l'Organisation des Nations Unies. Par suite, le sentiment prévalut que l'ouverture de négociations dans le cadre de la Banque mondiale pourrait être interprétée comme une tentative, par les pays développés, de neutraliser l'effort de la Commission des sociétés transnationales — ce qui, comme l'on s'en doute, n'eût pas manqué d'irriter les pays en développement. Mais la raison essentielle du choix d'origine se trouve ailleurs : c'est que la négociation d'un texte conventionnel, dans le cadre d'une organisation internationale à vocation mondiale, et qui réunissait ainsi pays développés et pays en développement, exigerait des compromis rédactionnels qui feraient du texte final une sorte de plus petit commun dénominateur et qui risquerait fort, dans de telles conditions, de n'offrir qu'un moindre niveau de protection par rapport aux instruments existants — c'est-à-dire par rapport aux instruments bilatéraux de promotion et de protection.

297. Dès lors, la démarche non conventionnelle s'imposait. La difficulté consistait, dans cette perspective, à préparer un instrument qui offrît le plus haut niveau possible de protection, sans pour autant rompre l'équilibre entre pays développés et pays en développement. La solution à laquelle s'est arrêté le conseil juridique de la Banque paraît, à cet égard, extrêmement ingénieuse. Elle consistait à mener un certain nombre d'études préalables (*surveys*) sur la teneur actuelle du droit interne et du droit international des investissements⁷³. Les études ainsi réalisées permettraient, espérait-on, de dégager le terrain d'une possible entente, ensuite, parce qu'elles seraient susceptibles de mettre en évidence l'existence de pratiques concordantes, voire d'accords, actuels ou virtuels, entre pays développés et pays en développement. Ces études fourniraient une base

73. Quatre études furent ainsi menées : « Treatment of Foreign Investment in Bilateral Treaties » (M. Khalil) ; « Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment » (Franziska Tschöfen) ; « Principles Governing Foreign Investment as Reflected in National Investment Codes » (Antonio Parra) ; « General Principles Governing Foreign Investment as Articulated in Recent International Tribunal Awards and Writings of Publicists » (John Wetsberg et Bertrand Marchais) (Shihata, *Legal Treatment of Foreign Investment, op. cit.*, pp. 221 ss.).

acceptable en vue de l'élaboration d'un texte qui serait rédigé par le groupe de travail, discuté au sein de la Banque et examiné par ses administrateurs, avant d'être soumis à une vaste consultation et transmis au comité de développement. C'est effectivement cette procédure qui fut suivie et qui aboutit à la publication des Lignes directrices, le 21 septembre 1992.

298. Il ne s'agit donc pas d'un instrument conventionnel. Il n'y a pas eu négociation entre Etats, mais élaboration par un groupe de travail, suivie de larges consultations avec des organisations internationales. L'instrument se présente, au mieux, comme un instrument de droit mou — de *soft law* — par opposition aux instruments de droit dur — de *hard law*. Ses auteurs ont beaucoup insisté sur le fait que les Lignes directrices ne se proposaient pas de faire œuvre normative, mais entendaient avant tout, et dans un esprit d'efficacité, donner son expression formelle à la pratique que devaient suivre les Etats s'ils entendaient attirer les investissements. Mais la modestie du propos ne doit pas faire illusion. Car de deux choses l'une : ou bien un fort consensus se matérialisait clairement et rapidement sur la teneur des Lignes directrices, et alors rien ne s'opposait à ce qu'elles se transformassent en instrument conventionnel, ou bien ce fort consensus ne se matérialisait que progressivement ; la pratique des Etats se conformant, peu à peu, aux Lignes directrices, en leur donnant valeur normative, et alors l'instrument devenait une sorte de recueil de la coutume internationale en matière d'investissement. Mais, à plus ou moins brève échéance, par la voie conventionnelle ou par la voie coutumière, les Lignes directrices devaient quitter le domaine du droit mou et entrer dans le domaine du droit dur.

299. Ce schéma, toutefois, devait être bouleversé par l'accélération de la négociation au sein de l'OCDE, et par la perspective qui se dessinait de parvenir à un accord, entre les Etats membres, à propos de l'accord multilatéral sur les investissements. Si, comme prévu, l'AMI voit le jour en 1997, alors le processus de consolidation des Lignes directrices risque fort de n'avoir pas lieu, pour la bonne et simple raison que ce processus serait privé de sa raison d'être.

II. L'expérience de l'OCDE

300. L'expérience de l'OCDE en matière de droit des investissements est fort riche. Mais, elle diffère de celle de la Banque mondiale à deux égards. D'une part l'OCDE est une organisation interrég-

gionale, non une organisation mondiale, et la composition de cette organisation interrégionale, qui réunit les pays développés à économie de marché, en fait, comme on dit un peu méchamment, un « club des riches ». D'autre part, l'OCDE n'est pas une organisation opérationnelle : on veut dire par là que sa mission n'est pas celle d'un opérateur économique, mais consiste bien plutôt à créer les conditions politiques et juridiques dans lesquelles les opérateurs économiques et juridiques pourront contribuer à la croissance des Etats membres — ces conditions politiques et juridiques traduisant, pour l'essentiel, les conceptions bilatérales.

301. L'OCDE, en premier lieu, est à l'origine des deux codes de libération qui constituent des instruments fondamentaux du droit international économique : le Code de la libération des transactions invisibles courantes et le Code de libération des mouvements de capitaux, l'un et l'autre adoptés le 18 décembre 1961. Bien que ces deux codes édictent des obligations en matière d'établissement et d'investissement, ils ne vont pas jusqu'à imposer le principe du traitement national à ces opérations. En deuxième lieu, c'est dans le cadre de l'OCDE, en 1967, qu'a été élaboré le fameux projet de convention sur la protection des biens étrangers, à partir du projet Abs et du projet Shawcross, combinés dans le projet Abs-Shawcross. Même si ce projet n'a pas connu le sort anticipé, son influence, à travers la modélisation conventionnelle, a été primordiale dans le développement du droit des investissements, en ce qui concerne les aspects du traitement et de la sécurité. En troisième lieu, l'OCDE a réussi là où l'ONU échouait, en faisant adopter par ses membres, le 21 juin 1976, la déclaration et les décisions sur l'investissement international et les entreprises multinationales, qui constituent un ensemble d'instruments interdépendants — principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales ; traitement national ; obstacles et stimulants à l'investissement international.

302. C'est, curieusement, au mois de juin 1991, que le Comité de l'investissement et de l'entreprise multinationale a reçu mandat du Comité des ministres à l'effet d'entreprendre une étude explorant la possible portée d'un futur accord sur l'investissement, qui couvrirait tous les aspects du droit des investissements, y compris les problèmes de l'admission et les problèmes du traitement, et qui combinerait entre eux, par conséquent, certains éléments des codes de libération, la décision sur le traitement national, et certains éléments des conventions bilatérales sur la promotion et la protection des investis-

sements que les pays membres concluent avec les pays en développement. On se souviendra que c'est peu de temps avant que le Comité des ministres ne donne ce mandat que le Gouvernement français avait lancé son initiative au Comité de développement. Mais, dès le mois de mai 1991, il était devenu clair que les instances dirigeantes de la Banque mondiale avaient choisi de s'orienter vers une solution non conventionnelle. Ceci explique-t-il cela ? La manière dont le mandat est rédigé laisse à penser que les Etats-Unis d'Amérique ne seraient pas étrangers à cette seconde initiative. La chose n'est pas impossible, si l'on veut bien se souvenir que c'est sans grand enthousiasme que les Etats-Unis avaient accueilli l'idée de lignes directrices.

303. Les travaux menés dans le cadre de l'OCDE firent apparaître progressivement que l'accord pourrait être trouvé sur la teneur d'un instrument élargi — le NII, nouvel instrument sur les investissements, qui n'allait pas tarder à se transformer en AMI, accord multilatéral sur les investissements. Les études de faisabilité qui sont alors conduites mettent l'accent sur le fait que malgré l'accroissement considérable des flux d'investissement, au cours des années récentes, il n'existe toujours pas d'instrument conventionnel, de caractère compréhensif et à portée universelle, sur ce sujet. Elles mettent toutes l'accent sur les quatre éléments fondamentaux que devrait comprendre cet instrument. Le premier élément est formé par les obligations de libération — étant entendu qu'en matière d'admission des investissements le principe du traitement national devra s'appliquer. Le deuxième élément est formé par les obligations en matière de traitement et de protection — leur teneur étant empruntée aux instruments bilatéraux. Le troisième élément est formé par le mécanisme, ou plutôt par les mécanismes de règlement de différends, puisqu'il doit y avoir dualité des mécanismes, dès lors que les différends entrent dans deux catégories différentes : les différends entre parties contractantes, liés à l'interprétation ou à l'application de la convention, d'une part, et les différends entre ressortissants d'une partie contractante et une autre partie contractante, d'autre part. Le quatrième et dernier élément tient au caractère ouvert — *openness* — de l'accord : ce serait priver cet accord de son utilité s'il devait être ouvert aux seuls Etats membres ; il faut donc qu'il soit ouvert aux Etats non membres.

304. L'accord multilatéral sur les investissements devrait donc voir le jour en mars 1997. Les raisons qui ont milité en faveur du choix de la voie conventionnelle sont évidentes : elles résident dans la volonté, clairement exprimée par les Etats-Unis, mais partagée par

un certain nombre d'Etats membres, de clarifier et de renforcer, dans le cadre d'un seul et unique instrument, les dispositions relatives à la libéralisation et les dispositions relatives au traitement national. Mais c'est bien là que gît le problème. Les partisans de l'instrument tiennent à ce qu'il soit négocié et rédigé dans le cadre de l'OCDE, afin de parvenir au plus haut niveau de libération et de protection. Et il est vraisemblable que ce niveau de libération et de protection, ils n'y parviendraient pas si l'instrument devait être élaboré dans une enceinte où se côtoient pays développés et pays en développement : c'est bien ce que démontre, *mutatis mutandis*, l'élaboration des Lignes directrices. Mais dès lors que l'instrument est négocié et rédigé dans le cadre de l'OCDE, il a vocation à lier les Etats membres de cette organisation, non les Etats qui n'en sont pas membres. Comment tourner la difficulté ? Par l'utilisation de la technique dite de l'accord autonome, technique qui n'est certes pas inconnue de l'OCDE, puisqu'elle a été dégagée à propos de l'accord sur les conditions de la concurrence dans l'industrie de la réparation navale — accord qui, comme l'on s'en doute, visait moins les Etats membres que certains Etats non membres. L'accord autonome est celui qui est négocié et rédigé dans le cadre de l'OCDE. Cet accord est administré par l'OCDE. Mais il est ouvert à la participation tant des Etats membres que des Etats non membres. Ainsi se trouve résolue la difficulté : la technique de l'accord autonome permet de réserver aux seuls Etats membres l'élaboration de la convention ; mais elle permet, une fois achevée cette élaboration, d'y faire accéder les Etats qui ne sont pas membres de l'organisation. Il faut donc ou prendre ou laisser — sous bénéfice de l'émission des éventuelles réserves, dont on peut penser qu'elle sera strictement limitée.

III. Un rôle pour l'OMC ?

305. L'idée d'une convention négociée entre les pays développés, pour s'appliquer tant dans leurs rapports mutuels que dans leurs rapports avec les pays en développement, peut surprendre. Aussi bien a-t-il été suggéré que l'enceinte la mieux adaptée à la négociation d'un accord multilatéral sur les investissements, dans la mesure où cet accord devrait être de portée universelle, ne serait pas l'OCDE, mais l'OMC. Cette suggestion a été faite à deux reprises, et de deux sources différentes.

306. L'OCDE a, elle-même, envisagé cette possibilité. Certes, ce

faisant, l'OCDE n'entendait pas renoncer à son propre rôle comme enceinte de négociations : il lui paraît en effet essentiel que le grand instrument sur l'investissement soit négocié entre pays développés, parce que c'est ainsi que l'on atteindra le plus haut niveau de libéralisation et de protection. Mais, une fois terminée la négociation de cet instrument, il serait possible de le transférer de l'OCDE à l'OMC, qui en deviendrait dépositaire. Ce transfert suffirait-il vraiment à faire oublier les origines de l'accord multilatéral ?

307. L'initiative de la Commission de la Communauté européenne est d'une tout autre portée⁷⁴. Au mois de mars 1995, cette instance faisait savoir qu'elle favorisait l'ouverture d'un « Uruguay Round » consacré aux seuls problèmes de l'investissement. Cet « Uruguay Round » préparerait les voies d'un instrument conventionnel, de caractère multilatéral, qui devrait comprendre trois volets principaux : l'admission des investissements ; le traitement national des investissements ; les mesures d'accompagnement qui sont destinées à garantir les engagements pris vis-à-vis des investisseurs. Et, tout naturellement, l'enceinte internationale qui paraît la mieux adaptée à la négociation de cet instrument multilatéral, aux yeux de la Commission, n'est autre que l'OMC.

308. Pourquoi l'OMC ? Il est difficile de démêler ici le dit et le non-dit ; le risque de passer à côté des intentions pour tomber dans le procès d'intention est toujours grand. On peut toutefois tenter quelques explications à une démarche aussi singulière. Une première explication a été fournie par la Commission elle-même :

« il est un fait que l'OMC, dans le contexte du GATT et de l'accord sur les MIC, est déjà compétente pour des questions liées directement et indirectement [à l'investissement]. Compte tenu des relations étroites et multiples entre le commerce et l'investissement, la matière serait aussi compatible avec le mandat de l'Organisation. »⁷⁵

74. *Agence Europe*, n° 1926, 22 mars 1995. Le texte de la communication s'intitule : « L'uniformisation à l'échelle mondiale des règles applicables à l'investissement direct. »

75. Communication de la Commission, *loc. cit.* Dans sa présentation orale, P. Paemen ajoutait qu'il s'agissait

« de mettre en route une sorte d'Uruguay Round pour l'investissement qui devient un élément de plus en plus important pour le commerce international, et est devenu déterminant pour les relations économiques internationales » (cité dans Carreau, Flory, Juillard, « Chroniques de droit international économique », *Annuaire français de droit international*, pp. 743 ss.).

Fort bien, mais cela n'explique pas que l'OCDE soit dessaisie, et que les travaux qu'elle mène depuis plusieurs années soient écartés du débat.

309. La réponse de la Commission, sur ce point, doit être analysée avec attention. La Commission ne considère pas que les travaux de l'OCDE doivent être écartés du débat. Elle estime, au contraire, et peut-être avec quelque condescendance, que ces travaux ont permis de jeter un « utile éclairage » sur les problèmes du droit de l'investissement. Un éclairage, même s'il est utile, n'est jamais qu'un éclairage : et l'on peut penser que la Commission ne juge pas celui-ci suffisamment lumineux. Elle souligne, en effet, que l'OCDE est une organisation qui réunit les seuls pays développés ; qu'elle ne peut élaborer que des règles convenant aux relations d'investissements entre pays développés ; et que, ce faisant, elle ne prendra pas en compte les intérêts qui sont propres aux pays en développement. Par opposition l'OMC, comme son nom l'indique, est une organisation mondiale, qui réunit pays développés et pays en développement ; et, si une convention multilatérale est négociée dans le cadre de l'OMC, elle prendra nécessairement en compte et les intérêts des pays développés et les intérêts des pays en développement. On comprend ainsi, au fond, que le grief qu'adresse, entre les lignes, la Commission à l'OCDE, c'est de prendre le risque de pérenniser le déséquilibre dans les rapports juridiques d'investissement entre pays du Nord et pays du Sud et, partant, de rendre impossible l'entrée en vigueur d'un instrument multilatéral.

310. Est-ce là le bon grief, le seul grief, que la Commission dirige, fort discrètement d'ailleurs, contre l'OCDE ? On peut conjecturer qu'il existe d'autres raisons à une initiative aussi hasardeuse. La Commission n'est-elle pas inquiète du poids que prennent certains Etats dans la négociation ? Dans une organisation mondiale, comme l'est l'OMC, le poids spécifique des plus grands Etats s'amointrit nécessairement, par l'effet mécanique du nombre — ce nombre qui ouvre des possibilités d'ententes occasionnelles que l'on ne retrouvera pas dans des enceintes de dimensions plus modestes. La Commission a-t-elle pensé que les intérêts de l'union seraient mieux servis par une négociation qui se déroulerait dans le cadre de l'OMC que par une négociation qui se déroulerait dans le cadre de l'OCDE ? Rien ne permet de l'affirmer. Qui plus est, il ne sert à rien de se le demander, puisque l'initiative de la Commission devait être désavouée par le Conseil. L'OCDE, à ce jour, reste donc la seule

enceinte de la négociation internationale en vue de la conclusion d'un accord multilatéral sur l'investissement.

Section 2. Le contenu de la négociation

311. La négociation, dans le cadre de l'OCDE, d'un accord multilatéral sur l'investissement ne peut manquer de faire apparaître les points d'entente et les points de mésentente entre pays développés. Il faut donc, pour déceler les uns et les autres, s'attacher à présenter brièvement le contenu de la négociation.

312. On se souviendra que les Etats-Unis d'Amérique, au cours de la décennie 1980, avaient élaboré un modèle de convention bilatérale sur la promotion et la protection des investissements qui, comme on a pu le constater, se différençait nettement, sur nombre de points importants, des modèles qu'utilisaient les pays européens. Ces différences aboutissaient à donner au modèle américain une coloration nettement plus protectrice que celle que revêtaient les modèles européens. Le modèle américain, de ce fait, fut longtemps enveloppé d'une réputation sulfureuse aux yeux des pays en développement, ce qui explique la lenteur de sa propagation.

313. Mais, le modèle américain, progressivement, gagnait du terrain. On peut penser que ces gains sont dus à deux causes. En droit, l'évolution des mentalités au cours de la décennie 1980, au sein des pays en développement, devait favoriser l'adhésion à des conceptions qui ménageaient davantage la propriété privée et, partant, l'investissement privé. En fait, lorsqu'on est un pays en développement, pour lequel l'accroissement des flux d'investissements privés revêt une importance vitale, il est bien difficile de s'en tenir à une politique qui risque de tarir les flux d'investissements en provenance du plus grand des pays exportateurs de capitaux. Par suite, le modèle américain, sans connaître une progression foudroyante, commença d'être régulièrement utilisé.

314. Or, ce modèle, dès lors qu'il était régulièrement utilisé, garantissait aux investisseurs, ressortissants des Etats-Unis, un niveau de protection plus élevé que celui que garantissaient aux investisseurs, ressortissants des pays européens, les modèles qu'utilisaient ces derniers. C'est dans ce facteur qu'il faut rechercher la raison de la répugnance américaine vis-à-vis des instruments multilatéraux, conventionnels ou non conventionnels. Les Etats-Unis pensent en effet, et à juste titre, qu'un instrument multilatéral, élaboré

conjointement par les pays développés et par les pays en développement, voire même par l'ensemble des seuls pays développés, n'offrirait qu'un niveau moindre de protection. D'où l'idée que le multilatéral mine (*undercuts*) le bilatéral, et que, par conséquent, l'élaboration d'instruments multilatéraux en matière de protection n'est pas nécessairement une bonne chose pour les investisseurs américains.

315. Mais le raisonnement ne vaut que pour autant que l'instrument multilatéral se renferme sur les problèmes de la protection. On comprend que la substitution d'une convention multilatérale, ayant pour seul objet la protection des investissements, à leurs conventions bilatérales ne rencontre aucun enthousiasme aux Etats-Unis, parce que la convention multilatérale *n'apporte rien* par rapport aux conventions bilatérales, leur objet étant identique. Dans cette perspective, la seule question que vont, en effet, se poser les responsables américains, c'est la question de savoir si l'instrument multilatéral améliore ou n'améliore pas le niveau de protection que procurent les instruments bilatéraux : et la réponse à cette question est connue. Les données changent, et le raisonnement cesse de valoir lorsque l'instrument multilatéral *apporte un élément de nouveauté* aux conventions bilatérales. La convention multilatérale n'a plus, dès lors, pour seul objet la protection des investissements. La question que vont alors se poser les responsables américains, c'est la question de savoir si l'inclusion de cet élément de nouveauté dans un instrument multilatéral compense l'éventuelle renonciation à un niveau plus élevé de protection, tel qu'il résulte des instruments bilatéraux. C'est sur ces données que s'est nouée et que se dénouera la négociation de l'AMI. Les Etats-Unis l'ont acceptée et même, dans une certaine mesure, provoquée, parce qu'à la faveur de la multilatéralisation ils comptent bien inclure dans l'accord un certain nombre d'obligations qui leur tiennent à cœur, en ce qui concerne l'admission et le traitement. Ce faisant, les Etats-Unis ne font, d'ailleurs, que poursuivre une politique traditionnelle et que l'opposition circonstancielle entre pays du Nord et pays du Sud sur les problèmes de protection ne leur avait pas fait perdre de vue.

1. Les éléments nouveaux : libération de l'admission

316. Les Etats-Unis d'Amérique ont toujours refusé de séparer les problèmes de l'admission des problèmes du traitement. On connaît la raison de ce refus : à leurs yeux, le principe de traitement

doit être le traitement national — principe que l'on retrouve dans l'ensemble des conventions bilatérales. Si l'admission n'est que l'un des aspects du traitement, alors le principe du traitement national s'applique en matière d'admission — ce qui aboutit à la liberté de l'admission et, ainsi, à la libre circulation des investissements. L'attachement des Etats-Unis à cette position est constant, et les instruments, conventionnels comme non conventionnels, auxquels ils sont partie, ou à l'élaboration desquels ils ont participé, en portent la marque.

1. Les précédents conventionnels

317. On a déjà remarqué que l'un des éléments caractéristiques du modèle américain de convention bilatérale, c'est, précisément, l'application qu'il fait du traitement national à la matière de l'investissement. C'est là, du reste, l'un des traits principaux qui différencient le modèle américain des modèles européens. Mais, de façon significative, la même préoccupation américaine se retrouve dans les instruments conventionnels par lesquels ils ont établi une zone de libre-échange dans leur hémisphère : on veut parler, d'une part, de l'accord instituant une zone de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis et, d'autre part, de l'accord instituant l'association de libre-échange nord-américaine entre le Canada, les Etats-Unis et le Mexique.

A. L'accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique

318. Lorsque a été négocié l'accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis, il existait déjà un certain nombre d'accords de même type, qui avaient été négociés dans le cadre fixé par l'article XXIV du GATT. Parmi ces accords, quatre retenaient particulièrement l'attention : l'accord de 1960 créant l'Association européenne de libre-échange (AELE) ; l'accord de 1965 créant une zone de libre-échange entre le Royaume-Uni et l'Irlande ; l'accord de 1983 favorisant le rapprochement économique entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande ; l'accord de 1985 instituant une zone de libre-échange entre les Etats-Unis et Israël⁷⁶.

76. Commentaire du chapitre 1 (« Objectifs et portée ») de l'accord Canada - Etats-Unis élaboré par les Affaires extérieures canadiennes, copie 4 janvier 1988, p. 7. Le texte de l'accord de libre-échange entre Israël et les Etats-Unis est reproduit dans *ILM*, 1985, p. 653.

319. Quelle qu'ait été l'importance de chacun de ces accords de libre-échange, ils ne pouvaient guère se comparer avec l'accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis, qui contient nombre d'innovations par rapport à ses devanciers. Certes, aux termes de l'article 101 de l'accord Canada-Etats-Unis, les parties contractantes se réfèrent à l'article XXIV du GATT. Mais l'accord Canada-Etats-Unis déborde le GATT par au moins trois aspects. En premier lieu, cet accord s'étend à l'agriculture et aux services — et l'on voit bien, par là même, qu'il transcrit une tendance lourde de la politique américaine. En deuxième lieu, l'accord Canada-Etats-Unis ouvre la voie à un renforcement des mesures et procédures destinées au maintien de la loyauté de la concurrence — dumping, antidumping, etc. En troisième lieu, il contient une série de stipulations relatives à l'investissement, qui constituent son chapitre 16.

320. La philosophie de l'accord est donnée, en exergue, par son article 105, intitulé « Traitement national » :

« Chaque partie accordera, dans la mesure prévue par le présent accord, le *traitement national* pour ce qui concerne l'*investissement* et le commerce des produits et des services. »

Le chapitre 16 ne fait que détailler cette prescription fondamentale, en l'appliquant au domaine de l'investissement. Il se présente, sans le dire nettement, comme un modèle que devraient suivre les autres pays, et notamment les pays développés. Ainsi, l'article 1610, intitulé « Accords internationaux », prévoit-il que

« les Parties s'efforceront, au cours de l'Uruguay Round et dans d'autres instances internationales, d'améliorer les arrangements et les accords multilatéraux relatifs à l'investissement ».

Cette stipulation mériterait que l'on s'y arrête. Elle montre bien que les parties prêtent au chapitre 16 des vertus didactiques et entendent lui assigner une valeur d'exemple. Une attention particulière, dans cette perspective, doit donc être portée aux règles conventionnelles qui régissent l'admission des investissements tant américains au Canada que canadiens aux Etats-Unis.

321. L'accord, s'agissant de cette admission, distingue d'après les modalités de l'investissement. Les articles 1602 et 1607, en effet, fixent des règles différentes selon qu'il s'agit d'une création d'entreprise ou d'une acquisition d'entreprise. D'après l'article 1602, paragraphe 1 :

« sauf stipulation contraire dans le présent chapitre, chaque Partie accordera aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses investisseurs quant aux mesures touchant

- a) l'établissement de nouvelles entreprises commerciales qui seront situées sur son territoire ;
- b) l'acquisition d'entreprises commerciales situées sur son territoire ».

Plusieurs observations liminaires s'imposent. La première, de toute évidence, c'est que le régime juridique de l'admission est englobé dans le régime juridique du traitement. La deuxième, c'est que le principe conventionnel de traitement n'est pas nécessairement celui du traitement national : le traitement qui s'applique, en matière d'admission, ne peut pas être moins favorable que celui réservé aux ressortissants ; mais cela ne signifie nullement que ce traitement ne puisse pas être plus favorable — étant entendu qu'en matière d'admission la remarque présente un caractère plus théorique que pratique. La troisième, c'est que les règles conventionnelles qui viennent d'être mentionnées ne valent que pour autant que les circonstances sont « analogues » — ce qui laisse à chacune des parties contractantes une certaine marge d'application.

322. La lecture des alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 1602 pourrait laisser à penser que le régime juridique de l'admission est identique, qu'il s'agisse d'une création d'entreprise, ou d'une acquisition d'entreprise. Il n'en est rien. Si l'on se reporte, en effet, à l'article 1607 et à l'annexe 1607-3, on constate que la loi dite « Investissement Canada » demeure en vigueur, et, qu'aux termes de cette loi, telle qu'elle doit être modifiée :

« Le Canada peut continuer d'examiner l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne par un investisseur des Etats-Unis d'Amérique, en vue de permettre ou non cette acquisition, pourvu que la valeur des actifs bruts de l'entreprise canadienne ne soit pas inférieure aux seuils [que fixe l'accord]... »

Ces seuils varient selon qu'il s'agit d'une « acquisition directe » ou d'une « acquisition indirecte »⁷⁷. Ils sont moins élevés, au départ,

⁷⁷ Sur les notions d'acquisition directe et d'acquisition indirecte, voir l'annexe 1607-3 à l'Accord.

s'agissant d'une acquisition directe que d'une acquisition indirecte, mais vont s'élevant, de façon progressive, à compter de la date de l'entrée en vigueur de l'accord, et selon des paliers fixés par l'annexe 1607-3. Au terme de cette succession de paliers, l'acquisition directe demeure assujettie à contrôle pour les opérations les plus importantes, alors que l'acquisition indirecte cesse d'être assujettie à contrôle. Enfin, l'annexe 1607-3 ferme certains secteurs de l'économie canadienne aux investissements américains.

323. La libération des admissions est donc incomplète. Certes, le principe est désormais établi: le traitement national s'étend à l'admission des investissements. Mais ce principe est loin de sortir tous ses effets. L'accord laisse subsister nombre d'exceptions au principe du traitement national — et l'on sait que les exceptions au principe du traitement national sont toujours d'autant plus nombreuses et d'autant plus difficiles à débusquer que l'on se trouve dans le cadre d'un système fédéral. Mais aussi, mais surtout, l'accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis est, en matière d'admission, empreint d'une certaine dissymétrie. L'inégalité des forces économiques en présence suffit à l'expliquer: dans le domaine de l'investissement, la capacité d'exportation du Canada ne saurait en aucune manière se comparer à la capacité d'exportation des Etats-Unis. L'accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis tient compte de cette inégalité, en laissant subsister, au profit du Canada, les protections nécessaires au maintien de son indépendance économique. Mais les concessions qui peuvent être consenties dans le cadre bilatéral, au profit de l'une des parties contractantes, ne sauraient être reproduites dans un cadre multilatéral, au profit d'une pluralité de parties contractantes. En ce sens, le passage du bilatéral au multilatéral éradique les concessions mutuelles. Il faut donc s'attendre que, par le jeu de la multilatéralisation, le champ des exceptions au principe du traitement national, en matière d'admission des investissements, se réduise de façon progressive.

*B. L'accord portant création de la zone de libre-échange nord-américaine*⁷⁸

324. L'accord en date du 17 novembre 1992, portant création de la zone de libre-échange nord-américaine, entre le Canada, les Etats-

78. Le texte de l'accord portant création de la zone de libre-échange nord-américaine est publié, en langue anglaise, dans les deux livraisons des *ILM* (n° 2, mars 1983, pp. 289 ss., et n° 3, mai 1983, pp. 605 ss.).

Unis et le Mexique, se situe dans la même perspective que l'accord en date des 22-23 décembre 1987 et 2 janvier 1988 portant création de la zone de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis: bien qu'il s'agisse, avant tout, de libération des échanges commerciaux, l'accord marque avec force que la libre circulation des marchandises ne peut être réalisée indépendamment de la libre prestation des services et du libre mouvement des investissements.

325. L'accord portant création de l'ALENA (Accord de libre-échange nord-américain) fait référence, tout comme l'accord portant création de la zone de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis, à l'article XXIV du GATT. Mais celui-là présente, par rapport à celui-ci, des différences significatives. Une importance plus grande est donnée à l'élimination des barrières non tarifaires; les stipulations concernant les services revêtent une plus grande précision; un chapitre consacré à la protection de la propriété intellectuelle a été ajouté. En bref, l'ALENA représente non seulement un élargissement, mais aussi un approfondissement par rapport à l'accord portant création de la zone de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis.

326. Il serait intéressant de se livrer à une comparaison détaillée des chapitres de l'accord Canada-Etats-Unis et des articles de l'accord Canada-Etats-Unis-Mexique, l'un et l'autre consacrés à l'investissement. On pourrait constater que les stipulations concernant la protection des investissements — et, notamment, les stipulations relatives à l'expropriation et à la nationalisation, ainsi qu'à l'indemnisation en cas d'expropriation ou de nationalisation, tiennent une beaucoup moins grande place dans l'accord entre le Canada et les Etats-Unis que dans l'accord portant création de l'ALENA. On pourrait également constater que le mécanisme du règlement des différends relatifs aux investissements varie d'un accord à l'autre. Alors que l'accord entre le Canada et les Etats-Unis ne prévoit aucune procédure spécifique — se bornant à renvoyer aux stipulations conventionnelles qui définissent le mécanisme général de règlement des différends —, l'accord portant création de l'ALENA se montre beaucoup plus précis: le recours à l'arbitrage est accordé à tout investisseur, ressortissant de l'une des trois parties contractantes, contre chacune de deux autres parties contractantes, étant entendu que cet investisseur aura le choix entre l'arbitrage CIRDI — en ce compris le recours au mécanisme supplémentaire — et l'arbitrage CNUDCI. En bref, tout incline à penser que la participation du

Mexique à la zone de libre-échange a été à l'origine d'un inflexionnement des stipulations sur l'investissement — inflexionnement qui suit l'orientation géographique du Nord vers le Sud.

327. Les stipulations sur l'admission des investissements figurent aux articles 1101 (champ d'application), 1102 (traitement national) et 1103 (traitement de la nation la plus favorisée). Ces articles sont complétés par quatre annexes qui précisent les exceptions et réserves que formulent le Canada, le Mexique et les Etats-Unis, s'agissant de l'application du chapitre 11, consacré à l'investissement. L'article 1101, relatif au champ d'application des stipulations sur l'investissement, pose deux règles, complémentaires l'une de l'autre : d'une part, la libération de l'investissement ne porte pas atteinte à l'exercice de ses fonctions régaliennes par l'Etat membre de l'ALENA ; et, d'autre part, chaque Etat se réserve le droit exclusif d'exercer certaines activités, telles qu'énumérées dans l'une des quatre annexes mentionnées. La démarche adoptée est donc proche du système préconisé par les lignes directrices de la Banque mondiale : établissement et publication d'une liste de caractère limitatif, sur laquelle figureront, pour chacun des trois pays membres, les secteurs que chacun d'entre eux entend fermer aux investissements des ressortissants des deux autres parties contractantes. Cette liste présentant un caractère limitatif, les secteurs qui n'y figureraient pas seraient considérés comme ouverts. Dès lors, les principes du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée s'y conjugueront pour assurer la libre admission des investissements, sur la base d'une stricte égalité entre ressortissants des parties contractantes.

328. L'application du traitement national à l'admission des investissements revêt ici des modalités qui ne sont pas fondamentalement différentes de celles que prévoyait l'accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis. L'article 1102, paragraphes 1 et 2, stipule que chaque partie devra « accorder » aux investisseurs des deux autres parties, ainsi qu'à leurs investissements, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement ou l'acquisition de ces investissements. L'article 1102, toutefois, étend cette solution à l'« expansion » des entreprises sous contrôle étranger : le principe du traitement national s'applique ainsi tant à l'admission des investissements originaires qu'à l'admission des investissements complémentaires ou supplémentaires — ce qui paraît aller de soi. Le paragraphe 4 de l'article 1102 reprend, en

outre, deux règles qu'avaient posées les paragraphes 2 et 3 de l'article 1603 de l'accord Canada-Etats-Unis : la prohibition des mesures par lesquelles une partie exigerait que soit réservé un minimum de participation à ses propres ressortissants ; la prohibition des mesures par lesquelles une partie exigerait que soit cédée ou liquidée, pour des raisons tenant à sa seule nationalité, la participation que détiendrait le ressortissant d'une autre partie. On pourrait donc penser que l'accord portant création de l'ALENA va plus loin que son devancier dans la voie du traitement national, puisque l'on n'y retrouve pas l'élément de dissymétrie qui résultait de l'article 1607, paragraphe 3, de l'accord Canada-Etats-Unis, qui permettait de maintenir en vigueur la loi *Investissement Canada*. En réalité, il n'est rien : les éléments de dissymétrie sont présents dans l'accord portant création de l'ALENA, mais ils figurent en annexe, et non plus dans le corps de l'accord.

329. L'accord portant création de l'ALENA, à la différence de l'accord Canada-Etats-Unis, prévoit enfin, en son article 1603, que le principe du traitement de la nation la plus favorisée s'appliquera aux investisseurs des parties contractantes, ainsi qu'à leurs investissements, en ce qui concerne tant l'établissement que l'acquisition ou l'extension de ces investissements. Par traitement de la nation la plus favorisée, il faut entendre le traitement accordé aux investisseurs ressortissants de la partie contractante la plus favorisée ; mais également le traitement accordé aux investisseurs ressortissants des pays tiers. Et, aux termes de l'article 1604, si le traitement de la nation la plus favorisée est plus favorable que le traitement national, alors, c'est celui-là qui s'applique, et non celui-ci ; de la même manière que si le traitement national est plus favorable que le traitement de la nation la plus favorisée, alors c'est celui-là qui s'applique, et non celui-ci. Sur tous ces points, on pourra constater que les solutions retenues par l'accord portant création de l'ALENA sont très proches des positions défendues par les Etats-Unis lors des consultations qui ont entouré l'élaboration des Lignes directrices de la Banque mondiale.

2. Les précédents autres que conventionnels

330. Il a déjà été question des Lignes directrices de la Banque mondiale, qui sont relatives au traitement des investissements étrangers. On aura pu constater, au cours des brefs développements qui

leur ont été consacrés, que, s'agissant d'un instrument qui n'est pas de nature conventionnelle, ces Lignes directrices n'avaient pas fait l'objet, à proprement dire, d'une négociation, au sens que l'on donne à ce terme dans le droit des traités. Il n'empêche que l'élaboration des Lignes directrices a fait l'objet de larges consultations, et, en particulier, auprès d'un certain nombre de pays développés. La teneur de ces consultations est connue, pour l'essentiel. Elle présente un indéniable intérêt, parce qu'elle met en lumière, à propos d'un instrument, ce que sont les préoccupations des pays développés, et, notamment, des Etats-Unis d'Amérique.

331. Les Lignes directrices, dans leur version d'origine, en date du 6 mai 1992, comprenaient cinq chapitres, assez détaillés et rédigés par le groupe de travail, d'après les études (*surveys*) dont il a été question: champ d'application; admission; traitement; expropriation et modification ou résiliation unilatérale du contrat; règlement des différends. C'est la Ligne directrice n° II (admission) qui forme l'objet du présent examen. Le commentaire qu'en a fait le président du groupe de travail constitue, sans aucun doute, la meilleure des sources pour en comprendre tant l'esprit que la lettre⁷⁹. L'esprit se veut libéral: il s'agit, encore une fois, d'encourager les flux d'investissements, parce que, dans l'esprit des rédacteurs du texte, les flux d'investissements contribuent au développement économique. Dans cet esprit la ligne n° II recommande instamment l'allègement des procédures d'admission⁸⁰.

332. Mais qui dit allègement ne dit pas libération, et le texte le démontre assez. Après avoir affirmé la nécessité de l'allègement des procédures, il n'en affirme pas moins que chaque Etat a le droit souverain de réglementer l'admission des investissements, ce droit souverain lui permettant aussi bien d'autoriser que de ne pas autoriser l'admission. Le commentaire observe d'ailleurs, à juste titre, que la

79. Shihata, *Legal treatment of Foreign Investment, op. cit.*, pp. 195 ss.

80. «1. Chaque Etat encourage les nationaux d'autres Etats à investir des capitaux, des technologies et du savoir-faire sur son territoire, et admet ce type d'investissement conformément aux dispositions qui suivent.

2. En application de ce principe, chaque Etat:

a) facilite l'admission et la constitution d'investissements par des nationaux d'autres Etats, et

b) évite d'imposer des formalités par trop lourdes ou complexes pour l'admission de ces investissements, et d'en multiplier à l'excès les conditions.»

On notera que le texte français est présenté comme une simple traduction du texte anglais, le texte originaire étant ce dernier.

pratique des Etats est en ce sens, les codes d'investissement tout comme les instruments multilatéraux et bilatéraux laissant à l'Etat d'accueil la décision finale en la matière. Une telle solution, outre qu'elle est juridiquement incontestable, est pratiquement inévitable: aucun Etat n'acceptera, dans un domaine aussi sensible, de renoncer à l'exercice de ses droits souverains. La solution proposée par le projet du 6 mai 1992 consiste donc, en principe, à maintenir la distinction entre admission et traitement, pour exclure les règles de l'admission du champ d'application du principe du traitement national.

333. Mais les Lignes directrices se veulent un instrument équilibré; et, par suite, si elles reconnaissent bien le droit souverain de l'Etat, elles entendent montrer qu'il ne peut être fait un usage arbitraire de ce droit souverain, parce que cet usage arbitraire, loin de les encourager, découragerait les flux d'investissements. Aussi bien recommandent-elles que les causes qui peuvent aboutir à un refus d'admission soient clairement répertoriées. A cet égard, les Lignes directrices énumèrent deux séries de causes qui pourraient valablement justifier le refus d'admission. D'un côté, il y a les causes qui tiennent à la sécurité nationale, à l'ordre public, à la protection de l'environnement, ou au caractère improductif de l'opération envisagée. De l'autre côté, il y a les causes qui tiennent à la nécessité de réserver certaines activités économiques aux nationaux, parce que les intérêts nationaux, strictement entendus, l'exigent. Cette énumération, dans l'esprit de ses rédacteurs, ménageait deux sortes d'équilibre: l'équilibre entre l'exigence de souveraineté et l'exigence de mobilité, d'une part, et l'équilibre entre l'exigence de rentabilité et l'exigence de développement, d'autre part. A cet égard, force est de reconnaître que la Ligne directrice sur l'admission s'écartait notablement, et tout à la fois, des dispositions du projet de code de conduite sur les sociétés transnationales, comme des stipulations du modèle de convention bilatérale de promotion et de protection qu'utilisaient les Etats-Unis.

334. Les premiers commentaires des Etats-Unis, datés du 28 mai 1992, portent, notamment, sur cette seconde Ligne directrice. Ils se lisent comme suit⁸¹:

81. Shihata, *Legal Treatment of Foreign Investment, op. cit.*, pp. 107 ss. Le texte des commentaires américains se trouve reproduit aux pages 413 ss. (mémoire du 28 mai 1992) et 419 ss. (mémoire du 22 juillet 1992).

« *Critères d'admission.* Interdiction des discriminations en matière d'établissement. A notre avis, l'investisseur doit bénéficier de ce que nous appelons le « droit d'établissement », et se voir accorder, selon qu'il est plus avantageux, soit le traitement national, soit le traitement de la nation la plus favorisée (NPF), sous réserve d'exceptions sectorielles de portée limitée.

Les investisseurs, tant nationaux qu'étrangers, devraient avoir la possibilité de se concurrencer dans les mêmes secteurs et dans les mêmes activités.

Les exceptions de portée limitée à ce droit d'établissement, pour ce qui concerne les investissements étrangers, devraient être fondées principalement sur l'ordre public ou la sécurité nationale. »

Plus question, ici, de la souveraineté de l'Etat d'accueil. Le « droit d'établissement », reconnu à tout investisseur étranger, l'emporte, et par conséquent, impose à cet Etat une limitation de souveraineté de caractère permanent, et qui ne souffre qu'un petit nombre d'exceptions de portée limitée.

335. La position des Etats-Unis, telle qu'elle s'exprime dans les mémorandums américains du 28 mai 1992 et du 22 juillet 1992, constitue donc la transposition des vues libérales à la matière de l'investissement. Le principe du traitement national voire même le principe du traitement de la nation la plus favorisée doivent être étendus automatiquement à l'admission de l'investissement, en sorte que l'investisseur bénéficie d'un droit d'établissement, qu'il pourra librement exercer, sauf exceptions déterminées de façon limitative. Et, dans l'esprit des représentants américains, ces exceptions ne se justifient que sous des conditions précises. Il faut, *d'une part*, qu'elles soient spécifiques, c'est-à-dire qu'elles présentent une relation spécifique à la matière: en d'autres termes, il ne peut s'agir que des exceptions applicables aux seuls investissements des étrangers, par opposition aux exceptions applicables à la fois aux investissements des étrangers et aux investissements des nationaux — ces derniers résultant de la législation ou de la réglementation générales, mais non du droit des investissements. C'est ainsi que les exceptions tirées des exigences de l'ordre public ou de la protection de l'environnement ne doivent pas s'appliquer aux seuls investisseurs étrangers, mais à tous les investisseurs, nationaux comme étrangers. Elles

n'ont donc pas lieu de figurer dans un instrument consacré au traitement des seuls investissements étrangers, tels que les Lignes directrices. Il faut, *d'autre part*, qu'elles soient suffisamment précises pour ne laisser aucune place à l'appréciation discrétionnaire de l'Etat d'accueil: car, lorsqu'il y a discrétion, il peut y avoir arbitraire. Ainsi les exceptions tenant à la nécessité de n'accueillir que les seuls investissements productifs, ou la nécessité de réserver certains secteurs de l'activité aux seuls nationaux, dans l'intérêt du développement économique, laissent-elles subsister la possibilité d'un contrôle d'opportunité, tout entier imprégné de ces considérations de souveraineté qui, par principe, empêchent la liberté de la concurrence de sortir ses effets bénéfiques.

336. La position des Etats-Unis, au cours de l'élaboration des Lignes directrices, ne variera pas, malgré les diverses modifications qui seront apportées au texte, dans un esprit de compromis. Elle ira même se durcissant. C'est ainsi que, lors de la réunion plénière des administrateurs de la Banque et de l'AMGI, le 27 juillet 1992, alors que l'ensemble des participants approuvait le texte ainsi modifié, le représentant des Etats-Unis, qui présidait la séance, manifesta ce que l'on peut considérer comme une forte opposition, s'élevant, en particulier, contre le caractère détaillé des Lignes directrices, et exprimant sa préférence pour un exposé de principes beaucoup plus concis. Le texte de cet exposé de principes, produit en cours de séance, prévoyait comme suit:

« *Admission.* Les investisseurs étrangers devraient être libres de créer des investissements nouveaux, ou d'acquérir des investissements existants (sur la base soit du traitement national soit du traitement NPF, selon que l'un ou l'autre est plus avantageux), sans contrôle ni autres formes d'intervention gouvernementale, et sous réserve seulement d'un petit nombre d'exceptions de caractère sectoriel. »⁸²

La position américaine ne devait pas être suivie. Mais peut-être faut-il voir dans cet échec la cause de l'hostilité que les Etats-Unis n'ont cessé de témoigner aux Lignes directrices: celles-ci représentent pour eux un risque d'affaiblissement du niveau de protection qu'ils ont obtenu pour leurs investisseurs, par la voie conventionnelle; et, à

82. Shihata, *Legal Treatment of Foreign Investment*, op. cit., p. 419.

leurs yeux, ce risque n'est pas compensé par l'inclusion d'une ligne directrice qui, en matière d'admission, ne leur semble pas ouvrir la voie à la libre circulation des investissements.

3. Les perspectives de l'actuelle négociation

337. Il ne fait pas de doute qu'une plus grande liberté dans l'admission des investissements se trouve au cœur de l'actuelle négociation d'un accord multilatéral sur l'investissement. Nul ne sait, toutefois, quel est l'état de la négociation sur ce débat: il semble qu'un certain nombre de points soient encore en discussion et toute conclusion relève donc de la divination.

338. Mais, sans tomber aucunement dans la divination, on peut constater que la négociation multilatérale ne s'est pas ébauchée *in toto vacuo juris*. Bien au contraire, le droit des investissements est devenu, au fil des années, un des domaines du droit international économique dans lesquels on rencontre la plus forte densité normative. Les instruments de toutes sortes, conventionnels comme non conventionnels, y abondent: et le contenu de ces instruments ne peut pas être sans effet sur le contenu du futur instrument.

339. Cette constatation s'impose d'autant plus que l'enceinte de la négociation se trouve être l'OCDE. Or, nombre d'instruments relatifs à l'investissement ont été élaborés dans le cadre de l'OCDE, ou, sinon dans le cadre de l'OCDE, par des pays membres de cette organisation, et en coopération avec elle. Que l'on pense, en particulier, aux deux codes, à la décision sur le traitement national, et aux nombreuses conventions bilatérales: il y a là un ensemble d'instruments qui témoignent de la compétence de l'OCDE en ces matières, et qui, de ce seul point de vue, suffiraient à justifier la confiance que les pays placent en elle. Et, lorsque l'on en vient à la question de l'admission, trois instruments paraissent plus particulièrement pertinents: les deux codes de libération et la décision sur le traitement national.

340. Les deux codes s'appliquent à ce que l'on désignera comme l'investissement originaire, c'est-à-dire le transfert de capital lié au *premier établissement*, que celui-ci s'effectue sous forme de création d'entreprise ou d'acquisition d'entreprise. Mais l'obligation qu'ils créent ainsi pour les pays membres ménage des restrictions, connaît des exceptions et permet des dérogations. Les restrictions peuvent être notifiées par les pays membres au moment où ils adhèrent aux

obligations qu'imposent les codes, au moment où une obligation à laquelle ils n'ont pas souscrit, lors de leur adhésion aux codes, s'applique à eux, ou au moment où les codes font l'objet d'une modification, en sorte de créer des obligations qui n'étaient pas prévues au moment où les pays membres y ont adhéré. Les exceptions tiennent aux exigences de l'ordre public, à la protection de la santé, de la sécurité et de la moralité publiques, ainsi qu'à la préservation des intérêts essentiels de la sécurité nationale et à l'exécution des obligations internationales. Les dérogations ont pour but d'autoriser les pays membres à se soustraire, temporairement, aux obligations résultant pour eux des codes, lorsque la situation de leur balance des paiements l'exige. Compte tenu de cette économie générale, les voies de la négociation semblent tracées d'avance: consolidation (*standstill*) et élimination (*rollback*) des mesures restrictives qui ont été réservées; limitation des exceptions et définition plus rigoureuse de celles qui subsisteraient; et, enfin, suppression des dérogations — le cas des pays en développement pouvant, le cas échéant, faire l'objet d'un traitement particulier. Mais, s'il s'agit bien là d'un renforcement des codes, ce renforcement n'irait pas, peut-on penser, jusqu'à exiger l'application du traitement national lors du premier établissement — bien que tel soit manifestement le désir de certains des pays membres.

341. La *décision sur le traitement national* vise ce que l'on désignera sous l'appellation d'investissements complémentaires ou supplémentaires, c'est-à-dire à des transferts de capitaux nécessaires à l'extension d'un établissement existant ou à l'extension des activités d'un établissement existant. L'application du traitement national laisse toutefois subsister la possibilité de notifier des exceptions. L'exception, au regard de la décision sur le traitement national, correspond à la restriction, au regard des codes. Elle s'entend donc d'une limitation matérielle du champ d'application de la décision sur le traitement national. L'exception au traitement national, tout comme les restrictions des codes, doit faire l'objet d'une consolidation et d'une élimination progressive. En outre, la décision sur le traitement national permet des exceptions dont la portée est plus limitée que celle des exceptions que l'on trouve dans les codes, et qui ont fait récemment l'objet d'une clarification. Nul doute que ces exceptions, limitées aux seules exigences de l'ordre public et des intérêts essentiels, fassent l'objet de nouvelles restrictions dans le cadre de l'actuelle négociation.

II. *Les éléments nouveaux :*
élimination des contraintes d'exploitation

342. Par « *contraintes d'exploitation* », on entend ici les contraintes que l'Etat d'accueil impose à l'investisseur, en vue de la réalisation des objectifs et priorités du développement économique que cet Etat s'est assigné. Cette locution paraît préférable à celle, fréquemment utilisée, de « *prescriptions de résultat* » (*performance requirements*). La « *prescription de résultats* », chez les civilistes de tradition française, évoque l'un des termes de la distinction entre « *obligations de moyens* » et « *obligations de résultats* », propre au droit de la responsabilité professionnelle, et qui fournit l'un des instruments d'appréciation du degré de diligence auquel sont tenus les membres de certaines professions. Rien de tel ici : l'Etat d'accueil ne se préoccupe pas d'établir une échelle de résultats selon la nature de l'activité économique de l'investisseur.

343. L'élimination des contraintes d'exploitation (*performance requirements*) se rattache à l'idée que les conditions dans lesquelles l'investisseur étranger et l'investisseur national exercent leur activité doivent être identiques les unes aux autres, en sorte qu'il n'y ait ni désavantage ni avantage dans la concurrence. Il y a donc là un vaste champ qui s'ouvre progressivement à la régulation conventionnelle. Et ce champ est d'autant plus vaste que, l'analyse s'étant affinée, on peut discerner deux « *générations* » dans les préoccupations des Etats.

344. A l'origine, l'élimination des contraintes d'exploitation a été entreprise dans la perspective d'une élimination des obstacles à la liberté du commerce international. Par conséquent, c'est dans le cadre des accords sur le commerce international — création de zones de libre-échange, notamment — que se manifestent les premières tentatives ; et ces premières tentatives portent uniquement sur l'élimination des contraintes d'exploitation qui ont une incidence sur la capacité concurrentielle des opérateurs du commerce international — par exemple, les obligations d'exportation. Le seul problème est alors de savoir s'il faut prendre de ces contraintes une vue extensive, et considérer que doit être éliminée toute contrainte qui a un effet préjudiciable au point de vue commercial, indépendamment des stipulations de l'accord général, ou une vue restrictive, et considérer que ne doivent être éliminées que les seules contraintes qui peuvent être rattachées aux prohibitions qui résultent des stipulations de

l'accord général. A cet égard, la pratique conventionnelle exprime les deux extrêmes : d'une part, l'accord de libre-échange nord-américain ; d'autre part, l'accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce.

345. Mais, par suite, il est apparu que les contraintes d'exploitation qui faussaient la libre concurrence entre les entreprises, selon qu'elles étaient sous le contrôle d'étrangers ou sous le contrôle de nationaux, n'étaient pas nécessairement liées au commerce. Certaines obligations pèsent, en effet, sur les seules entreprises étrangères ; et ces obligations, tout en n'obérant pas directement leur libre détermination en tant qu'opérateurs du commerce international, peuvent néanmoins affecter leur capacité concurrentielle. Un exemple classique est celui de l'exigence d'une prise minimale de participation dans le capital de l'entreprise investie. Cette exigence n'a pas d'effet direct sur la liberté de la gestion commerciale. Elle peut, néanmoins, avoir une incidence sur les capacités de financement de l'entreprise investie, en lui imposant d'immobiliser une proportion trop importante de fonds propres et, par conséquence, elle peut, indirectement, affecter sa capacité concurrentielle. Dès lors, il y a là une contrainte d'exploitation qu'il faut éliminer afin de ramener en situation d'égalité, face à la concurrence, l'entreprise sous le contrôle d'investisseurs étrangers et l'entreprise sous le contrôle d'investisseurs nationaux. On voit donc que le champ est vaste : c'est celui que défrichent actuellement les négociateurs de l'AMI.

1. *L'élimination des contraintes d'exploitation ayant une incidence directe sur le commerce international*

346. Les contraintes d'exploitation ont une incidence directe sur le commerce international lorsqu'elles imposent à l'entreprise certains objectifs qui infléchissent sa politique commerciale, à l'importation ou à l'exportation ; ou qui l'obligent à privilégier, dans sa politique d'approvisionnement, les producteurs nationaux par rapport aux producteurs étrangers. Ainsi de l'obligation de s'approvisionner en matières premières d'origine nationale, pour un montant déterminé en volume ou en valeur : c'est une contrainte que l'on impose à l'entreprise ; mais elle ne vise pas directement son résultat. Ainsi, encore, de l'obligation d'écouler un montant déterminé de la production, soit en volume, soit en valeur, sur les marchés extérieurs : c'est aussi une contrainte que l'on impose à l'entreprise ; mais on peut

estimer, cette fois, que ladite contrainte a un effet direct sur les résultats de l'entreprise. En d'autres termes, et selon les cas, les prescriptions en cause influent ou n'influencent pas sur les résultats de l'entreprise. Mais, dans tous les cas, elles interfèrent avec les décisions de gestion de l'entreprise, entravant ainsi sa liberté d'exploitation. C'est pourquoi l'idée de « contrainte d'exploitation » paraît mieux adaptée, ici, que l'idée d'obligation de résultat.

347. Pour les pays qui entendent mettre en œuvre une politique de relations commerciales internationales fondée sur les postulats du libéralisme, les contraintes d'exploitation doivent être éliminées, parce qu'elles représentent le type même d'intervention qui est de nature à fausser les conditions de la concurrence. L'exemple des obligations d'approvisionnement peut contribuer à montrer les effets pervers qui s'attachent à l'existence de ces contraintes d'exploitation : les obligations d'approvisionnement accordent aux fournisseurs nationaux un avantage indu, dans la concurrence internationale, par rapport aux fournisseurs étrangers ; en leur garantissant un débouché, elles vont permettre à ces fournisseurs nationaux de pratiquer des prix qui sont supérieurs aux prix que pratiquent les fournisseurs étrangers, ce qui conduira nécessairement à l'affaiblissement de la capacité concurrentielle des fournisseurs nationaux par rapport aux fournisseurs étrangers ; les coûts de production de l'entreprise qui est tenue à l'obligation d'approvisionnement vont subir une augmentation, ce qui va infliger à cette entreprise un désavantage comparatif, notamment à l'exportation — et cette liste d'effets pervers n'est certainement pas exhaustive. On comprend toutefois, à sa lecture, que si les pays en développement ne sont pas hostiles — tant s'en faut — à ces contraintes d'exploitation, qui leur paraissent susceptibles de fournir la protection nécessaire à des industries naissantes, les pays développés, et, notamment les Etats-Unis d'Amérique, ne peuvent que trouver des avantages à leur démantèlement et à leur élimination.

348. Mais ce démantèlement et cette élimination ne vont pas sans soulever de délicats problèmes. Les instruments sur le traitement national n'y suffisent pas. En effet, c'est au moment de l'admission que les pays d'accueil imposent à l'investisseur les contraintes d'exploitation qu'ils jugent nécessaires en vue de la réalisation de leurs objectifs et priorités en matière de développement économique : il leur suffit, à cette fin, d'assortir l'autorisation d'investissement d'un certain nombre de prescriptions, dont l'irrespect sera

sanctionné. Or, comme on a pu le constater, le principe du traitement national éprouve quelque difficulté à gagner la phase d'admission, l'attachement des Etats à la souveraineté jouant ici le rôle d'un frein. On comprend, dès lors, la difficulté de l'exercice. Si le démantèlement et l'élimination des contraintes d'exploitation doivent être efficaces, ils ne peuvent guère résulter que d'un instrument conventionnel, et d'un instrument conventionnel de portée multilatérale. Mais alors, de deux choses l'une : ou bien tous les participants, actuels et virtuels, sont d'accord pour étendre le principe du traitement national aux problèmes de l'admission, et alors le démantèlement et l'élimination des contraintes d'exploitation pourront tout naturellement trouver leur place dans une convention multilatérale sur l'investissement ; ou bien l'on constate que l'accord ne peut être réalisé sur l'extension du principe du traitement national à l'ensemble des aspects de l'admission, et alors le démantèlement et l'élimination des contraintes d'exploitation ne pourront résulter que d'un instrument conventionnel dont l'objet sera limité à ce démantèlement et à cette élimination, et qui, par conséquent, se renfermera sur cet objet.

A. *L'origine : le différend entre les Etats-Unis d'Amérique et le Canada*⁸³

349. La réglementation internationale des contraintes d'exploitation trouve son origine dans le différend qui a opposé les Etats-Unis d'Amérique et le Canada à propos de la loi canadienne de 1973 sur les investissements étrangers. Les Etats-Unis, en 1982, ont demandé au Canada l'ouverture de consultations, en vertu de l'Accord général, sur les pratiques administratives que les autorités canadiennes mettaient en œuvre lors de l'admission des investissements étrangers.

350. Les autorités canadiennes, en effet, subordonnaient l'admission des investissements étrangers à l'acceptation, par les investisseurs, de diverses obligations qui faisaient peser, sur leurs investissements, des contraintes d'exploitation dont les Etats-Unis prétendaient qu'elles faussaient la concurrence entre entreprises nationales et entreprises étrangères. Plus précisément, les Etats-Unis visaient les engage-

83. Le texte du rapport du groupe spécial, adopté le 7 février 1984 (L/5504), est reproduit, *in extenso*, dans les *Instruments de base et documents divers (IBDD)*, supplément n° 30, *Protocoles, décisions, rapports 1982-1983 et trente-neuvième session*, pp. 147 ss.

ments de fabrication au Canada, les engagements d'approvisionnement au Canada et les engagements d'exportation à partir du Canada.

351. Les consultations n'ayant pas abouti, les Etats-Unis engagèrent la procédure conventionnelle de consultation. Le mandat donné au groupe spécial fut minutieusement débattu : il était hors de question, en effet, que la loi canadienne sur l'investissement fit l'objet d'un examen de portée générale dans le cadre des procédures de règlement que prévoyait le GATT, puisque les questions relatives à l'investissement n'entraient pas dans le champ conventionnel. Par suite, la pratique canadienne en matière d'investissements ne pouvait être examinée que pour autant qu'elle avait une incidence sur le commerce.

352. Le groupe spécial, pour des raisons tenant à la portée de son mandat, refusa d'examiner la compatibilité à l'Accord général de la pratique canadienne en matière d'engagements de fabrication. En revanche, et après examen, il se prononça par la négative sur la compatibilité à l'article III, paragraphe 4, de la pratique canadienne en matière d'engagements d'approvisionnement. Et, enfin, il estima que la pratique canadienne en matière d'engagements d'exportation ne se heurtait à aucune des stipulations de l'Accord général. Par conséquent, sur le fond, les Etats-Unis sont loin d'obtenir satisfaction.

353. Les instruments tels que le GATT, qui définissent les droits et devoirs des Etats vis-à-vis des investisseurs et des investisseurs vis-à-vis des Etats dans un domaine qui, tout en n'étant pas celui des investissements, n'en présente pas moins avec lui des liens, ne peuvent donc pas être utilisés pour éliminer l'ensemble des contraintes d'exploitation qui pèsent sur l'investissement. En effet, même si ces instruments exigent l'application du traitement national, c'est postérieurement, et non antérieurement, à l'admission ; et l'application du traitement national est alors limitée au domaine spécifique que couvrent les instruments considérés. Dès lors, il n'existe que deux moyens d'éliminer les contraintes d'exploitation qui pèsent sur l'investissement. L'un consiste à étendre le principe de traitement national à l'admission des investissements, en sorte qu'il devient impossible, lors de l'admission, d'assujettir l'investissement étranger à des contraintes d'exploitation qui ne pèseraient pas sur l'investissement national : cette solution, qui emprunte la voie conventionnelle, a été utilisée dans le cadre des stipulations définissant le régime juridique de l'investissement, comme l'accord de libre-échange Canada-Etats-Unis, ou encore l'accord de libre-

échange nord-américain. L'autre consiste à s'attaquer aux contraintes d'exploitation considérées en elles-mêmes et par elles-mêmes et, par conséquent, détachées du contexte de l'admission, dans lequel elles se trouvent généralement insérées : cette solution, qui emprunte également la voie conventionnelle, aboutit donc à la conclusion d'un accord spécial sur l'élimination des contraintes d'exploitation, comme l'accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce.

B. La pratique conventionnelle

354. L'examen de la pratique conventionnelle confirme ces hypothèses. On rencontre, en effet, deux types d'instruments conventionnels. D'une part, il existe des conventions — soit bilatérales, soit multilatérales, mais de portée restreinte — qui s'attaquent au démantèlement et à l'élimination des contraintes d'exploitation par la voie de l'extension du principe du traitement national : c'est le cas de l'accord de libre-échange Canada-Etats-Unis ou encore de l'accord portant création de la zone de libre-échange nord-américaine (ALENA). D'autre part, il existe un instrument conventionnel à vocation universelle dont l'objet unique est le démantèlement et l'élimination de certaines contraintes d'exploitation, et qui relie ce démantèlement et cette élimination à l'obligation de lever les obstacles au commerce international : il s'agit de l'accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce (MIC).

a) L'accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique

355. La rédaction du chapitre 16 de l'accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis ne semble pas, à première lecture, confirmer cette hypothèse. En effet, l'article 1603 est ainsi rédigé :

« *Prescription de résultats.* 1. Ni l'une ni l'autre Partie n'imposera à un investisseur de l'autre Partie, comme condition préalable à l'autorisation d'investir sur son territoire, ou relativement à la réglementation de la gestion ou de l'exploitation d'une entreprise commerciale située sur leur territoire respectif, une prescription

a) d'exporter une quantité ou un pourcentage donné de produits ou de services,

- b) de substituer, aux produits ou services importés, des produits ou services provenant du territoire de ladite Partie,
- c) d'acheter sur ce territoire, ou à des fournisseurs situés sur ce territoire, les produits ou services que l'investisseur utilise, ou de privilégier les produits ou services produits sur ce territoire, ou
- d) d'atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national. »

L'article 1603, paragraphe 1, énumère donc quatre sortes de contraintes d'exploitation que les parties contractantes doivent démanteler et éliminer. En procédant ainsi par énumération, l'article 1603, paragraphe 1, laisse à penser qu'il n'a pas pour objet d'éliminer toutes les contraintes d'exploitation, mais seulement certaines d'entre elles.

356. On peut toutefois se demander si cette interprétation est correcte, et ce pour plusieurs raisons. *Première raison* : le principe sur lequel se fonde, dans son entier, l'accord de libre-échange, c'est le principe du traitement national. Et l'article 1602 stipule que ce principe s'applique à l'admission des investissements originaires, que cette admission s'effectue par voie de création d'entreprise ou par voie d'acquisition d'entreprise. *Deuxième raison* : le principe du traitement national s'applique tant à l'admission des investissements originaires qu'à l'admission des investissements complémentaires ou supplémentaires ; et il régit le régime juridique de l'entreprise étrangère dès que celle-ci entre en activité et jusqu'à ce qu'elle cesse ses activités. Dans ces conditions, on peut penser que l'énumération des contraintes d'exploitation qui figure à l'article 1603 a valeur illustrative, et non valeur énonciative. *Troisième raison* : l'énumération qui figure à l'article 1603 reprend très exactement l'énumération des contraintes d'exploitation qui figurait dans la plainte qu'avaient formée, devant le GATT, les Etats-Unis, à propos de la loi *Investissement Canada*. On peut donc penser que, dans la pensée de ses rédacteurs, l'article 1603 a pour objet de vider définitivement le différend qui avait opposé les Etats-Unis au Canada.

- b) *L'accord portant création de la zone de libre-échange nord-américaine (ALENA)*

357. L'article 1106 de l'accord portant création de la zone de libre-échange nord-américaine va bien au-delà de ce que prévoyait

l'article 1603 de l'accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis. Il distingue entre contraintes d'exploitation auxquelles est subordonnée l'admission de l'investissement, d'une part, et contraintes d'exploitation auxquelles est assujettie l'activité de l'entreprise, une fois admis l'investissement, d'autre part. L'accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis ne procédait pas différemment : mais les contraintes qu'il énumérait et prohibait étaient identiques dans les deux cas, alors que, dans le cadre de l'accord portant création de la zone de libre-échange nord-américaine, les contraintes énumérées et prohibées varient de l'un à l'autre des deux cas. Une autre différence significative entre l'article 1603 et l'article 1106 tient à ce que l'article 1603 ne s'applique qu'aux seuls investissements des ressortissants d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante, alors que l'article 1106 s'applique à tous les investissements sur le territoire d'une partie contractante, qu'ils soient ou ne soient pas le fait des ressortissants de l'une des deux parties contractantes.

358. Dans l'hypothèse où il s'agit de l'admission d'un investissement, les contraintes énumérées et prohibées sont au nombre de sept. L'article 1106, paragraphe 1, est en effet rédigé comme suit :

« Les Parties s'abstiennent d'édicter ou d'appliquer aucune des contraintes suivantes, ou encore d'exiger l'exécution de tout engagement ou de toute obligation, en liaison avec l'établissement, l'acquisition, l'extension, la gestion ou l'exploitation d'un investissement d'un investisseur, sur son territoire, que cet investisseur soit ou ne soit pas ressortissant de l'une des Parties contractantes, à l'effet :

- a) d'exporter un niveau ou un pourcentage de biens ou de services ;
- b) d'atteindre un niveau ou un pourcentage déterminés de contenu national ;
- c) d'acheter, utiliser ou faire bénéficier d'une quelconque préférence les biens produits ou les services fournis sur son territoire, ou d'acheter biens ou services auprès de fournisseurs établis sur son territoire ;
- d) d'établir un lien quelconque entre le volume ou la valeur des importations, d'une part, et le volume ou la valeur des exportations ou du montant des transferts de change liés à cet investissement ;

- e) de limiter, sur son territoire, la vente des biens que produit ou des services que fournit cet investissement, en établissant un lien quelconque entre ces ventes et le volume ou la valeur de ses exportations ou de ses gains en devises étrangères;
- f) de transférer technologies, procédés de production ou autres droits de propriété intellectuelle à un bénéficiaire situé sur son territoire, sauf le cas où cette contrainte est imposée, ou le cas où ces engagements et obligations résultent de la décision d'une cour de justice, d'un tribunal administratif, ou d'une autorité compétente en matière de concurrence, et a pour but de remédier à une violation prétendue du droit de la concurrence, ou d'amener à agir conformément aux autres stipulations du présent accord;
- g) d'agir comme fournisseur exclusif des biens produits ou des services offerts pour une région donnée ou un marché donné.»

359. S'agissant des contraintes qui ne peuvent être mises à la charge de l'investissement, postérieurement à l'admission de ce dernier, la liste en est moins longue. L'article 1106, paragraphe 3, prévoit que l'octroi d'avantages ou le maintien des avantages octroyés ne saurait dépendre de l'assujettissement à certaines contraintes d'exploitation — au nombre de quatre, et non de sept. Ces contraintes d'exploitation sont celles qui sont énumérées au paragraphe 1, sous les lettres *b*), *c*) — en partie —, *d*) et *e*). On pourrait penser que cette stipulation fait bon marché du traitement national, puisqu'elle permet, *a contrario*, d'imposer à l'investissement les contraintes d'exploitation qui résultent des lettres *a*), *f*) et *g*). Mais il ne s'agit plus ici du traitement national: il s'agit de la rupture du traitement national par l'octroi d'avantages, ou par le maintien d'avantages octroyés. On peut comprendre que ces avantages particuliers trouvent leur contrepartie dans l'imposition de contraintes d'exploitation. Reste à savoir si ces contraintes sont ou ne sont pas conformes aux autres engagements internationaux de portée multilatérale que peuvent avoir souscrits les parties.

360. Quoi qu'il en soit de la teneur des prohibitions qu'édicte les paragraphes 1 et 3 de l'article 1106, force est de souligner que leur portée est beaucoup plus étendue que celle qui découlait du rapport de 1984 comme de l'accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis. Cette extension semble indiquer que la solution

apportée au différend entre les Etats-Unis et le Canada, telle que reflétée et dans le rapport de 1984 et dans l'accord de 1988, n'a pas satisfait les Etats-Unis, et que ceux-ci entendent désormais poursuivre leur action sur le terrain conventionnel.

c) L'accord relatif aux mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC)⁸⁴

361. L'accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce est le fruit d'un laborieux compromis entre, d'une part, les Etats-Unis et les autres pays développés et, d'autre part, les Etats-Unis et les pays en développement. Le caractère limité des solutions qui se dégagent de ce compromis montre, si besoin en était, que les Etats-Unis demeurent beaucoup plus attachés à l'élimination des contraintes d'exploitation que ne le sont leurs partenaires commerciaux, quel que soit leur niveau de développement.

362. Les pays en développement, en particulier, n'ont pas manifesté un enthousiasme excessif pour les vues américaines, qui tenaient pour une conception extensive des mesures susceptibles d'élimination. Sans manifester une opposition systématique à cette élimination, les pays en développement manifestaient une préférence, d'ordre méthodologique, pour la hiérarchisation, par ordre de priorité, des mesures à éliminer: en premier rang, les mesures qui se révéleraient incompatibles avec l'Accord général; en deuxième lieu, les mesures qui seraient couvertes par le mandat de négociation; et, enfin, les mesures qui, n'entrant ni dans l'une ni dans l'autre de ces deux catégories, devraient, pour être éliminées, faire l'objet de «dispositions complémentaires».

363. On le voit, il s'agissait là de savoir si l'accord devait reprendre ou ne pas reprendre la démarche qu'avait suivie le groupe spécial dans le différend opposant les Etats-Unis au Canada à propos des pratiques canadiennes en matière d'obligations de résultat. On a constaté, en effet, que le rapport du groupe spécial n'avait que partiellement fait droit aux positions américaines. En définitive, le

⁸⁴ L'accord relatif aux Mesures concernant les investissements et liées au commerce figure en n° 7 de l'annexe I A («Accords sur le commerce des marchandises») des Accords de Marrakech. Son champ d'application est donc limité aux contraintes liées au commerce des marchandises (importations-exportations). Il ne s'étend pas aux contraintes liées au commerce des services, qui figure en annexe I B.

groupe spécial n'avait formellement condamné que les engagements relatifs aux approvisionnements, estimant que seuls ces engagements tombaient sous le coup des prohibitions qu'édicte l'Accord général — et, par suite, considérant que les prescriptions de résultat à l'exportation n'étaient pas contraires aux stipulations conventionnelles. Ce faisant, le groupe spécial avait procédé à une analyse rigoureuse des clauses de l'Accord général vis-à-vis desquelles l'incompatibilité était alléguée, engagement de résultat par engagement de résultat, et il n'en avait, comme on le sait, retenu que deux : l'article III, paragraphe 4, et l'article XI, paragraphe 1. Or les Etats-Unis souhaitent vivement obtenir l'élimination des prescriptions de résultat en matière d'exportation. Pour obtenir cette élimination, on ne pouvait se fonder sur aucune stipulation de l'Accord général, le groupe spécial ayant conclu que l'article XVII, paragraphe 1, lettre c), seul invoqué à cet effet par les Etats-Unis, ne pouvait fournir la base juridique qui s'avérait nécessaire pour procéder à cette élimination. La conclusion s'imposait : pour procéder à l'élimination des prescriptions de résultat en matière d'exportation, il fallait en conséquence dépasser le cadre des conclusions du rapport du groupe spécial et substituer, en tant que fondement de l'élimination, les idées de « distorsion » et de « restriction » du commerce international.

364. L'examen de l'accord sur les mesures concernant les investissements mêle inextricablement ces deux idées, aboutissant en cela à un compromis entre les positions américaines et les positions des pays en développement. Quelles sont les grandes lignes de ce compromis ? Il faut noter, tout d'abord, que le préambule de l'accord rappelle qu'aux termes de la déclaration de Punta del Este les parties contractantes étaient convenues d'examiner les « distorsions » et les « restrictions » affectant le commerce international et résultant des mesures concernant l'investissement international et, le cas échéant, d'élaborer les « dispositions complémentaires » permettant d'éviter les effets préjudiciables qu'entraînent les mesures. Mais, d'un même souffle, le préambule affirme que l'accord doit tenir compte des besoins particuliers des pays en développement, notamment pour ce qui concerne l'équilibre tant de leur balance commerciale que de leur balance des paiements. On peut en déduire que l'obligation d'élimination des prescriptions de résultat va viser aussi bien celles qui sont frappées d'incompatibilité que celles qui ne sont pas frappées d'incompatibilité ; que cette obligation sera mise à la charge, au

moins dans son principe, des pays développés comme des pays en développement. Or, il se trouve que cet ensemble de déductions n'est pas entièrement exact — ce qui tend à montrer que la cohérence de l'accord n'est pas assurée.

365. Peut-être, avant de vérifier, faut-il en revenir à quelques évidences. Il va de soi que toutes les mesures concernant les investissements ne sont pas liées au commerce, comme il va de soi que toutes les mesures liées au commerce ne concernent pas l'investissement. Mais, s'agissant des seules mesures concernant l'investissement et liées au commerce, encore faut-il apporter les précisions qui s'imposent. Seules sont ici visées les mesures concernant l'investissement international et liées au commerce international. Sont donc exclues du champ de l'accord les mesures concernant l'investissement interne et liées au commerce interne ; les mesures concernant l'investissement interne et liées au commerce international ; les mesures concernant l'investissement international et liées au commerce interne. Encore faut-il savoir ce que recouvrent les termes « mesure », « investissement » et « commerce ». Par « mesure », on entend les actes des pouvoirs publics, c'est-à-dire édictés par les pouvoirs publics et opérateurs privés — comme les accords portant sur les prescriptions de résultats ; ou, enfin, les pratiques administratives qui se greffent sur les actes unilatéraux ou plurilatéraux des autorités publiques. Par « commerce », on entend uniquement les échanges internationaux portant sur des biens, les échanges internationaux portant sur les services étant clairement exclus du champ d'application de l'accord. Quant à la définition de l'« investissement », au sens où il est ici entendu, elle n'apparaît nullement. On conçoit, dans ces conditions, qu'il soit difficile de se référer à une définition acceptable et acceptée des mesures concernant l'investissement et liées au commerce.

366. L'accord relatif aux mesures concernant les investissements et liées au commerce ne vise que deux stipulations du GATT de 1994 : l'article III (traitement national) et l'article XI (restrictions quantitatives). Aucun membre n'appliquera de MIC qui soit incompatible avec ces deux stipulations. Or, on se souviendra que c'étaient ces deux mêmes dispositions du GATT de 1947 qui avaient été utilisées par le rapport du groupe spécial dans le différend opposant le Canada et les Etats-Unis. On peut en déduire que l'accord se borne à donner valeur conventionnelle aux conclusions du rapport de 1984, sans chercher à élaborer des « dispositions complémentaires » —

c'est-à-dire des stipulations qui mettraient en évidence l'incompatibilité d'autres MIC que les engagements d'approvisionnement avec d'autres clauses que celles des articles III et XI. Ce serait là faire trop vite en besogne. Le rapport de 1984 ne conclut pas que les seuls articles III et XI puissent être utilisés en tant que révélateurs des incompatibilités entre le MIC et le GATT. Pas davantage le rapport de 1984 conclut-il que les engagements d'approvisionnement seraient les seuls MIC incompatibles avec les articles III et XI du GATT. L'accord de 1994, à la vérité, prolonge le sillon creusé par le rapport de 1984. D'une part, il ouvre la possibilité d'utiliser d'autres stipulations que les articles III et XI pour mettre en évidence d'éventuelles incompatibilités entre MIC et GATT. D'autre part, la liste des MIC qui sont incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national (art. III, par. 4) et les obligations de procéder à l'élimination des restrictions quantitatives (art. XI, par. 1), liste qui figure en annexe à l'accord, se veut indicative : elle pourra donc être complétée à la lumière de l'expérience. Et cette liste indicative des MIC fait apparaître deux catégories de mesures : celles qui sont réputées incompatibles avec l'article III, paragraphe 4, et celles qui sont réputées incompatibles avec l'article XI, paragraphe 1.

367. Certes, ces deux catégories de MIC sont pour l'essentiel des mesures relatives à l'approvisionnement (obligation d'approvisionnement en produits nationaux) ou à l'importation (restriction à l'importation de produits étrangers) et, par conséquent, elles sont le fait de pays en développement, qui les mettent en œuvre pour ramener en situation d'équilibre leur balance commerciale ou leur balance des paiements. A cet égard, l'accord apparaît bien comme l'expression de la volonté politique des pays développés car il traduit une conception de l'investissement et du commerce qui est la conception des pays développés et non celle des pays en développement. Il est vrai que l'accord introduit un traitement différencié entre pays développés et pays en développement, en ce qui concerne l'élimination progressive des MIC, cette élimination devant intervenir dans un délai de trois ans, de cinq ans ou de sept ans — selon le niveau de développement du membre considéré. Mais le traitement différencié ne concerne que le délai d'élimination : il n'affecte en rien le principe de l'élimination qui s'impose à tous les membres, pays développés comme pays en développement. Le développement du commerce international primerait-il le développement ? Ce n'est pas la véritable philosophie de l'accord. Il faudrait plutôt dire que le

développement du commerce international entraîne le développement. *Trade but not aid*. En ce sens, toutes les mesures concernant les investissements et liées au commerce doivent être éliminées. Aux yeux de certains pays développés, parmi lequel les Etats-Unis, plus complète et plus rapide sera l'élimination, et mieux tous s'en trouveront — pays développés comme pays en développement — puisque le commerce international s'en trouvera mieux. Mais le GATT 1994 joue ici le rôle d'un garde-fou : en fixant des limites au démantèlement des protections, il fixe, par là même, des limites à l'élimination des MIC. Peut-il en aller autrement, s'agissant d'un accord multilatéral de portée universelle, réunissant pays développés comme pays en développement ?

2. L'élimination des contraintes d'exploitation n'ayant pas d'incidence directe sur le commerce international

368. Certaines contraintes d'exploitation n'ont pas une incidence directe sur le commerce international, en ce sens qu'elles ne fixent pas d'objectifs qui auraient pour effet d'infléchir la politique commerciale de l'entreprise sous contrôle étranger. Mais elles peuvent avoir une incidence indirecte sur le commerce international, parce qu'elles affaiblissent la capacité concurrentielle de cette entreprise et, par suite, placent l'entreprise nationale dans une situation plus favorable et l'entreprise étrangère dans une situation plus défavorable.

369. Ces contraintes de la « seconde génération » sont plus difficiles à débusquer, à inventorier et à éliminer que les contraintes d'exploitation qui ont une incidence directe sur le commerce international. Les raisons qui expliquent cette difficulté sont de plusieurs ordres. En premier lieu, elles ne résultent pas de la décision d'admission, mais de l'application d'une législation ou d'une réglementation de caractère permanent. En deuxième lieu, elles peuvent inclure certains secteurs, et exclure certains autres secteurs, en fonction des impératifs de la politique économique de chaque Etat. En troisième et dernier lieu, elles peuvent revêtir une très grande variété de formes, allant des obligations qu'impose le droit fiscal, aux obligations qu'impose le droit social, pour ne prendre que deux exemples.

370. Mais l'œuvre d'élimination n'en est pas moins entreprise dans le cadre de la négociation de l'AMI. La distinction semble désormais bien établie entre les *performance requirements*, selon

qu'ils sont ou ne sont pas liés au commerce. Et l'idée semble désormais bien admise que, dans les deux cas, il doit y avoir élimination, que ces *performance requirements* aient été imposés antérieurement ou postérieurement à l'admission. Décidément, l'AMI, s'il voit le jour comme prévu, ne sera pas un accord pour rien.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

371. Jamais contenant et contenu ne furent plus intimement liés l'un à l'autre qu'en cette matière : l'évolution des sources du droit des investissements suit, de façon rigoureuse, l'évolution du droit des investissements. Il n'y a rien d'étonnant à cela : en droit international économique, c'est l'aspect matériel qui détermine l'aspect formel.

372. Mais, précisément, c'est de là que vient le paradoxe qui marque l'évolution des sources du droit des investissements. Car le droit des investissements est un droit né de l'urgence : les mesures d'expropriation et de nationalisation qui ont jalonné les décennies 1960, 1970 et 1980 ont suscité la création de règles antagonistes, destinées, les unes, à justifier ces mesures, les autres, à en limiter les conséquences. Ce sont ces règles-là qui forment la première strate du droit des investissements, tout entière empreinte de l'opposition entre souveraineté et sécurité.

373. Quels sont les enseignements que l'on peut tirer, du point de vue de l'étude des sources, de cette première strate du droit des investissements ? On serait tenté de répondre que l'urgence n'est pas bonne conseillère. Et cette réponse vaut tant pour les pays en développement que pour les pays développés. Elle vaut pour les pays en développement qui, préconisant l'application du seul droit interne à la protection des investissements, ont campé sur une position intenable, et qu'ils n'ont pu tenir : le retour du droit international, en tant que source de l'obligation de protection, montre bien qu'en matière économique, lorsque sont en question les intérêts opposés des Etats souverains, le droit international finit par chasser le droit interne. Mais elle vaut aussi pour les pays développés : la précipitation avec laquelle ils ont tenté de mener l'opération d'extrapolation qui devait permettre l'application, en la matière des investissements, de règles coutumières qu'ils prétendaient avoir dégagées de la pratique étatique en matière de protection des biens étrangers a contribué à l'affaiblissement de l'édifice classique des sources du droit international. De là vient, sans doute, et au moins pour partie, la durable suspicion qu'a provoquée, et que continue de provoquer, la coutume internationale auprès de certains pays en développement.

374. Une phase de l'évolution du droit des investissements semble donc close : c'est celle de l'opposition entre pays développés

et pays en développement. Cette opposition, en passant, a fait deux victimes. Une victime, c'est le droit interne, envisagé comme système global de couverture, s'appliquant à l'investissement depuis le moment de sa constitution jusqu'au moment de sa liquidation et régissant l'ensemble des aspects du traitement et de la protection. Nul ne prétend, certes, que le droit interne ait cessé totalement de s'appliquer : ce que l'évolution montre, c'est que le droit interne ne peut s'appliquer exclusivement. En d'autres termes, il doit laisser sa juste place au droit international, en tant que système de contrôle, destiné à permettre la correction des écarts qui résulteraient du droit interne. L'autre victime, c'est la coutume internationale, victime, certes, et comme on l'a dit, de la suspicion qu'elle a provoquée auprès de certains pays en développement, mais victime, aussi, de la mise en question qu'elle a subie du côté des pays développés. Car, dès lors que, par le truchement des instruments bilatéraux, pays développés et pays en développement découvraient qu'ils pouvaient s'accorder sur des règles traduisant un niveau élevé de protection, la coutume, source rudimentaire, et dont la teneur cryptique n'offrait jamais qu'un niveau moins élevé de protection, perdait beaucoup des attraits dont certains l'avaient parée *in toto vacuo juris*.

375. A ces deux victimes s'opposent les deux vainqueurs : la convention bilatérale de promotion et de protection des investissements et les principes généraux du droit international en matière de traitement et de protection des investissements. Le succès des instruments bilatéraux est éloquent : il montre, à son tour, que dès lors qu'une situation économique présente un élément d'internationalité le droit international ne peut pas la régir, au moins partiellement. Plus inattendue, en revanche, paraît la résurgence des principes généraux du droit international. Elle s'explique pourtant sans difficulté. La référence aux principes généraux du droit international traduit la volonté d'universalisation des principes conventionnels qui figurent dans les instruments bilatéraux. L'universalisation présente, en effet, un double avantage. D'une part, elle sous-entend que les principes qui figurent dans les instruments bilatéraux existent indépendamment de leur support conventionnel. D'autre part, elle tente de parer à l'argument selon lequel les principes qu'exprime un instrument bilatéral ne peuvent avoir que valeur bilatérale, et que la transposition du plan bilatéral au plan universel ne peut s'effectuer que de la volonté de l'ensemble des Etats. La référence aux principes généraux du droit international fournit, en outre, à l'internationalisa-

tion une base plus solide que celle qu'offrirait la référence à une coutume internationale à l'appui de laquelle la pratique des Etats fait défaut : le caractère d'abstraction qui s'attache à la notion même de principes généraux fait que l'élément matériel, inhérent à la coutume internationale, n'est pas une condition nécessaire à leur existence.

376. Le couple convention bilatérale-principes généraux du droit international a donc permis de régler progressivement les problèmes de sécurité de l'investissement. Mais c'est bien là que gît le paradoxe du droit des investissements : les problèmes de sécurité, vus en perspective, apparaissent comme des problèmes importants, certes, mais comme des problèmes conjoncturels, c'est-à-dire comme des problèmes nés d'une situation particulière. Cette situation particulière est connue : elle a été créée par l'accession à l'indépendance et à la souveraineté internationale d'un grand nombre de pays en développement. Ces pays ont estimé que l'indépendance politique n'était que formelle sans l'indépendance économique : d'où les mesures d'expropriation et de nationalisation qu'ils ont prises, en les justifiant par la notion de souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Les concepts fondamentaux du droit des investissements, tels qu'ils se forment alors — et, notamment, les principes du traitement juste et équitable, comme de la pleine et entière protection et sécurité — sont donc liés à la nécessité de résoudre un problème conjoncturel : comment fermer la parenthèse et restaurer un climat favorable à l'investissement des ressortissants des pays développés dans les pays en développement ? C'est, pour l'essentiel, à la solution de ce problème conjoncturel que correspond l'intense activité juridique des années 1970-1990, marquée, encore une fois, par la prééminence du couple que forment les conventions bilatérales et les principes généraux.

377. Mais si ce problème-là n'avait fait qu'en masquer un autre, beaucoup plus important, parce que structurel, et lié non pas à la sécurité de l'investissement, mais à la mobilité de l'investissement ? N'est-on pas en droit de se demander, aujourd'hui, si le droit des investissements n'est pas qu'une partie d'un ensemble plus vaste, le droit de la libre circulation des facteurs de production ? C'est bien ce que semble indiquer l'actuelle évolution de la matière. Une seconde phase de l'évolution du droit international s'est ainsi ouverte. Le droit des investissements se trouverait dès lors pris dans un phénomène de globalisation. Globalisation et non mondialisation, parce que le mot mondialisation n'est susceptible que d'une acception,

alors que le mot globalisation est susceptible de deux acceptions, dont la combinaison rend un meilleur compte de l'actuelle évolution. Le droit des investissements devient, en effet, un droit global, en ce sens qu'il tend vers l'universalité. Les divers mécanismes, conventionnels ou non conventionnels, qui sont à l'œuvre ne permettent guère d'en douter. Mais le droit des investissements est aussi en train de devenir un droit global — mieux, de se fondre dans un droit global — en ce sens qu'il perd progressivement ce qui a fait sa spécificité. On voit bien, en effet, que l'effort créateur qui s'amplifie actuellement tend à ce que puisse s'appliquer un régime juridique aux facteurs de production : libre circulation des marchandises, des services, des investissements — et peut-être, qui sait, si demain la situation des marchés de l'emploi le permet, des travailleurs ; et, par conséquent, application du traitement national au commerce des marchandises, à la prestation des services, à l'admission des investissements. C'est en ce sens-là que l'évolution du droit des investissements s'insère dans l'évolution globale du droit international.

378. Cette évolution ne peut se réaliser que par la voie conventionnelle. Aucun principe du droit international, aucune règle coutumière de portée générale ne fait obligation aux Etats d'accepter les limitations de souveraineté qu'impose la libre circulation des facteurs de production. Ces limitations de souveraineté, comme toutes les autres, ne peuvent se présumer ; elles doivent résulter d'une claire manifestation de la volonté des Etats qui s'y soumettent ; et cette claire manifestation de leur volonté ne peut guère résulter que d'un instrument conventionnel. Qui plus est, cet instrument conventionnel n'a de raison d'être que s'il réunit le plus grand nombre des Etats — en d'autres termes, s'il s'agit d'un instrument conventionnel de caractère multilatéral, et ayant vocation à l'universalité. Quelle serait, en effet, la raison d'être d'un instrument conventionnel auquel ne participerait qu'un nombre restreint d'Etats ? Ce serait la création d'une zone dans laquelle les avantages mutuels que se consentent les Etats membres, en matière de libre circulation, ne seraient pas étendus aux Etats non membres, mais restreints à ces seuls Etats membres. C'est précisément contre ce type de restriction que la multilatéralisation des relations économiques se propose de lutter. En bref, l'exigence du traitement national se fait universelle ; mais elle ne peut prétendre à l'universalité que si elle emprunte les voies conventionnelles.

379. Mais tous les Etats ont-ils quelque intérêt à cette universalisation ? Pour s'en tenir au cadre de l'OCDE, puisque c'est dans ce

cadre que s'est nouée la négociation, tous les Etats membres de cette organisation ont-ils un égal intérêt et manifestent-ils une même volonté pour la réalisation de la libre circulation des investissements, et, par conséquent, pour l'application du traitement national en ce qui concerne l'admission des investissements ? Ce n'est pas sûr. S'il est évident que la libre circulation et le traitement national ont toujours été au cœur des préoccupations américaines, il n'est pas évident que tous les pays européens partagent ces préoccupations, ou, en tout cas, les partagent avec le même degré d'urgence. Comment, dès lors, amener tous ces Etats à joindre leurs efforts, compte tenu de ces différences, en vue de la conclusion d'un instrument multilatéral ? En faisant en sorte que la négociation offre à ces Etats, qui n'ont pas un égal intérêt et une même volonté pour la réalisation de la libre circulation, les contreparties qui les amèneront à se rallier à ces préoccupations. Et c'est ici que les deux strates du droit des investissements se rejoignent l'une l'autre. Les Etats-Unis d'Amérique ont réussi à obtenir, dans le cadre des instruments bilatéraux de promotion et de protection des investissements qu'ils ont conclus avec leurs partenaires, pays en développement, un niveau de protection, pour leurs ressortissants, dont on peut penser qu'il est supérieur à celui qu'ont réussi à obtenir les pays européens. Qu'à cela ne tienne : l'instrument conventionnel de libération sera aussi un instrument de protection, et le niveau de protection que fixera l'instrument devrait s'aligner sur le niveau de protection qu'ont obtenu les Etats-Unis dans leurs relations bilatérales d'investissement. Le rehaussement du niveau de protection offert aux investisseurs, ressortissants des pays européens, justifiera, alors, et indépendamment de toute autre considération, le ralliement de ces pays européens aux impératifs de libre circulation et du traitement national. L'évolution sera alors achevée ; les problèmes de sécurité se seront résorbés dans les problèmes de mobilité, et les conventions bilatérales se seront intégrées dans un instrument global, charte du droit des investissements, destinée à assurer, tout à la fois, leur sécurité et leur mobilité.

380. Une troisième phase de l'évolution du droit des investissements restera alors à ouvrir. Jusqu'à présent, le droit des investissements ne s'est préoccupé que des obligations qui pèsent sur les Etats d'accueil. Qu'il s'agisse des obligations en matière de protection et de sécurité, qui ont été au cœur de la grande controverse entre pays développés et pays en développement, ou qu'il s'agisse des obligations en matière d'élimination des obstacles mis à la libre circulation

ou à la libre exploitation, qui préoccupent actuellement les pays développés, toutes ces obligations visent l'«in-investment», c'est-à-dire l'investissement envisagé comme importation — même si l'on couvre à la fois, ce faisant, la phase antérieure et la phase postérieure à l'admission: ce sont donc bien, à cet égard, les obligations de l'Etat d'accueil qui sont en cause. Mais qu'en est-il de l'Etat d'origine? L'«out-investment», c'est-à-dire l'investissement envisagé comme exportation est-il, lui aussi, susceptible d'appréhension par le droit international? S'il est vrai que les principes du traitement national et de la prohibition des discriminations doivent régir le droit des investissements, pourquoi ne le régiraient-ils qu'à l'arrivée, et ne le régiraient-ils pas au départ? La question ne va pas manquer de se poser. Ses implications politiques et juridiques sont vastes. Ira-t-on jusqu'à limiter le pouvoir que possède tout Etat d'orienter la politique d'investissement à l'étranger de ses ressortissants?

ÉLÉMENTS DE BIBLIOGRAPHIE

Langue française

1. Ouvrages

- Amado, Mario, *Le contentieux international de l'investissement privé et la convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, Paris, LGDJ, 1967.
- Häberli, Christian, *Les investissements étrangers en Afrique. Avec des études de cas portant sur l'Algérie et sur le Ghana*, Paris, LGDJ, 1979.
- Horchani, Ferhat, *L'investissement inter-arabe. Recherches sur la contribution des conventions multilatérales arabes à la formation d'un droit régional des investissements*, Tunis, Editions du CERP, 1992.
- Lavieq, Jean-Pierre, *Promotion et protection des investissements. Etude de droit international économique*, Genève, Publications de l'IUHEI, 1985.
- Preiswerk, Roy, *La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux*, Zurich, Editions polygraphiques, 1963.
- Schaufelberger, Peter, *La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement. Etude de la garantie contre les risques de l'investissement et, en particulier, de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1993.
- Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux de Dijon (CREDIMI), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La convention BIRD du 18 mars 1965*, Paris, Pedone, 1965.
- Centre d'études et de recherches internationales et communautaires d'Aix-en-Provence, *Les investissements français dans le tiers monde* (sous la direction de J. Bourrinet), Paris, Economica, 1984.
- Société française pour le droit international, *Les Nations Unies et le droit international économique*, colloque de 1985, Paris, Pedone, 1985.

2. Cours

- Outre les cours cités *supra*, première partie, introduction, note 1, se référer à :
- Bindshedler, Rudolf, «La protection de la propriété privée en droit international public», *RCADI*, tome 90 (1956-II), pp. 173 ss.
- Weil, Prosper, «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier», *RCADI*, tome 128 (1969-III), pp. 95 ss.

3. Articles

- Berlin, Dominique, «Les contrats d'Etat et la protection des investissements internationaux», *Droit et pratique du commerce international*, 1987, pp. 187 ss.
- Charpentier, Jean, «De la non-discrimination dans les investissements», *Annuaire français de droit international*, 1963, pp. 35 ss.
- Delaume, Georges, «Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)», *Journal du droit international*, 1982, pp. 775 ss.
- Imperiali, Claude, «Les bénéfices excessifs, une pratique limitée et controversée», *Annuaire français de droit international*, 1987, pp. 678 ss.
- Juillard, Patrick, «Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France», *Journal du droit international*, 1979, pp. 274 ss.
- , «Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France: à la recherche d'un droit perdu», *Droit et pratique du commerce international*, 1987, pp. 9 ss.

- Kahn, Philippe, «Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française», *Journal du droit international*, 1965, pp. 338 ss.
- Klein, Michèle, «Le système français de garantie des investissements français à l'étranger», *Droit et pratique du commerce international*, 1987, pp. 63 ss.
- Leben, Charles, «Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement: réflexions sur la décennie écoulée 1976-1986», *Journal du droit international*, 1986, pp. 895 ss.
- Salem, Mahmoud, «Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers», *Journal du droit international*, 1986, pp. 579 ss.
- Simon, Denys, «Le système conjoint de garantie des investissements CEE/ACP de la Convention de Lomé III», *Droit et pratique du commerce international*, 1987, pp. 91 ss.
- Touscoz, Jean, «L'agence multilatérale de garantie des investissements», *Droit et pratique du commerce international*, 1987, pp. 311 ss.
- , «Les opérations de garantie de l'agence multilatérale de garantie des investissements», *Journal du droit international*, 1987, pp. 901 ss.

Langue anglaise

1. Ouvrages

- Fatouros, Argyros, *Government Guaranties for Foreign Investors*, New York, Columbia University Press, 1962.
- Lillich, Richard, *The Protection of Foreign Investment. Six Procedural Studies*, Syracuse, Syracuse University Press, 1965.
- , *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, University of Virginia Press, 1972-1975 (4 tomes).
- Shihata, Ibrahim, *MIGA and Foreign Investment: the Origins, Operations, Policies and Basic Documents of the Multilateral Investment Guarantee Agency*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.
- , *Legal Treatment of Foreign Investment. The World Bank Guidelines*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
- Schwarzenberger, Georg, *Foreign Investment and International Law*, Londres, Stevens, 1969.
- White, Gillian, *Nationalization of Foreign Property*, Londres, Stevens, 1969.

2. Cours

- Outre les cours cités *supra*, première partie, introduction, note 1, se référer à:
- Broches, Aron, «The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States», *RCADI*, tome 136 (1972-II), pp. 331 ss.
- Shawcross, lord H. W., «The Problems of International Investment in International Law», *RCADI*, tome 102 (1961-I), pp. 335 ss.

3. Articles

- Christie, G., «What Constitutes a Taking under International Law?», *British Year Book of International Law*, 1962, pp. 306 ss.
- Mann, F. A., «British Treaties for the Promotion and Protection of Investment», *British Year Book of International Law*, 1981, pp. 241 ss.
- Preiswerk, Roy, «New Developments in Bilateral Investment Protection», *Revue belge de droit international*, 1967, pp. 173 ss.
- Schachter, Oscar, «Compensation for Expropriation», *American Journal of International Law*, 1984, pp. 121 ss.
- Shihata, Ibrahim, «Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes», *ICSID Review*, 1986, pp. 1 ss.
- , «Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment», *ICSID Review*, 1994, pp. 47 ss.

- Voss, Jürgen, «The Promotion and Protection of Foreign Direct Investment in Developing Countries: Interests, Interdependences, Intricacies», *International and Comparative Law Quarterly*, 1982, pp. 686 ss.