



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services Branch

395 Wellington Street
Ottawa, Ontario
K1A 0N4

Bibliothèque nationale
du Canada

Direction des acquisitions et
des services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa (Ontario)
K1A 0N4

Your file Votre référence

Our file Notre référence

NOTICE

The quality of this microform is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Reproduction in full or in part of this microform is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, and subsequent amendments.

AVIS

La qualité de cette microforme dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

La reproduction, même partielle, de cette microforme est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30, et ses amendements subséquents.

Canada

LE RÉGIME JURIDIQUE INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT PRIVÉ ÉTRANGER DANS LES PAYS EN DÉVELOPPEMENT

**Évaluation critique des doctrines courantes et problème de l'élargissement des recours
arbitraux internationaux**

par
Dorothé C. Sossa

Thèse déposée à l'École des études supérieures et de la recherche pour l'obtention du
doctorat en droit

Soutenue publiquement le 22 août 1994

Université d'Ottawa/University of Ottawa

20 juin 1994



Dorothé C. Sossa, Ottawa, Canada, 1994



National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services Branch

Direction des acquisitions et
des services bibliographiques

395 Wellington Street
Ottawa, Ontario
K1A 0N4

395, rue Wellington
Ottawa (Ontario)
K1A 0N4

Your file Votre référence

Our file Notre référence

THE AUTHOR HAS GRANTED AN
IRREVOCABLE NON-EXCLUSIVE
LICENCE ALLOWING THE NATIONAL
LIBRARY OF CANADA TO
REPRODUCE, LOAN, DISTRIBUTE OR
SELL COPIES OF HIS/HER THESIS BY
ANY MEANS AND IN ANY FORM OR
FORMAT, MAKING THIS THESIS
AVAILABLE TO INTERESTED
PERSONS.

L'AUTEUR A ACCORDE UNE LICENCE
IRREVOCABLE ET NON EXCLUSIVE
PERMETTANT A LA BIBLIOTHEQUE
NATIONALE DU CANADA DE
REPRODUIRE, PRETER, DISTRIBUER
OU VENDRE DES COPIES DE SA
THESE DE QUELQUE MANIERE ET
SOUS QUELQUE FORME QUE CE SOIT
POUR METTRE DES EXEMPLAIRES DE
CETTE THESE A LA DISPOSITION DES
PERSONNE INTERESSEES.

THE AUTHOR RETAINS OWNERSHIP
OF THE COPYRIGHT IN HIS/HER
THESIS. NEITHER THE THESIS NOR
SUBSTANTIAL EXTRACTS FROM IT
MAY BE PRINTED OR OTHERWISE
REPRODUCED WITHOUT HIS/HER
PERMISSION.

L'AUTEUR CONSERVE LA PROPRIETE
DU DROIT D'AUTEUR QUI PROTEGE
SA THESE. NI LA THESE NI DES
EXTRAITS SUBSTANTIELS DE CELLE-
CI NE DOIVENT ETRE IMPRIMES OU
AUTREMENT REPRODUITS SANS SON
AUTORISATION.

ISBN 0-612-00499-6

Canada



UNIVERSITÉ D'OTTAWA
UNIVERSITY OF OTTAWA

NOTA BENE: Dans le présent ouvrage l'emploi du genre masculin pour désigner les personnes renvoie également au genre féminin. Il a été uniquement retenu pour en faciliter la rédaction et la lecture.

REMERCIEMENTS

Je dois rendre ici hommage à Madame France MORRISSETTE qui a dirigé la présente thèse. Encore une fois, elle a su, avec tact et compétence, me prodiguer ses remarques et critiques soigneuses et éclairées.

Par ailleurs, je pense intensément, en ce moment, à feu mon père qui avait résolument fait pour moi le choix de l'instruction, à ma mère qui avait cru à ce choix et l'avait assuré de toute son énergie, à Irène, mon épouse, qui y a investi sacrifices et attention. À leur endroit, ma gratitude est infinie.

RÉSUMÉ DE LA THÈSE

Le problème de la protection de l'investissement privé international à destination des pays du Tiers-Monde tient, pour l'essentiel, à celui de la réglementation des activités des sociétés transnationales dans ces pays. Compte tenu de la méfiance des pays du Tiers-Monde envers le droit international général, et de sa contestation dans le cadre du mouvement pour le nouvel ordre économique international, la solution idéale dans ce domaine serait l'avènement d'une réglementation conventionnelle universelle. Mais, en raison des divergences d'opinions entre, notamment, les pays du Tiers-Monde et les pays occidentaux, tous les efforts entrepris pour conclure une telle convention sont demeurés, jusqu'à nouvel ordre, sans aboutissement. Ainsi, depuis 1974, le Code de conduite des Nations Unies sur les sociétés transnationales est resté à l'état de projet. Les États s'en sont donc remis à la conclusion de traités bilatéraux de protection des investissements. La multiplication rapide de ces instruments internationaux fait espérer, à terme, la réalisation d'un consensus général sur le problème du régime juridique de l'investissement international. Malgré tout, ces traités bilatéraux sont encore loin de couvrir l'ensemble des investissements à destination du Tiers-Monde.

D'un autre côté, en dépit du succès de la théorie de l'«internationalisation» dans la pratique et dans la jurisprudence arbitrale, on ne doit pas perdre de vue que son support est le contrat d'État. De ce fait, elle comporte, par définition, d'importantes limites. Les tenants de cette théorie ne visent dans leur démarche que les projets d'investissement qui bénéficient de la couverture d'un tel contrat. Ce faisant, ils laissent pour compte les investissements non conventionnés.

Ainsi, le droit international public conventionnel, dans son état actuel, d'une part, et la théorie de l'«internationalisation», d'autre part, ne peuvent pas, à eux seuls, assurer aujourd'hui la résolution des problèmes juridiques posés par la protection de l'ensemble des investissements étrangers à destination des pays en développement. Aussi bien, à l'heure actuelle, quelles que soient les réserves que l'on pourrait nourrir envers le droit international général, on devrait pouvoir y rechercher également les éléments d'un droit international, certain et équilibré,

complémentaire du droit conventionnel et susceptible d'attirer des capitaux productifs à tous les États du Tiers-Monde qui le désirent.

Au plan de l'organisation du contentieux, les investissements dépourvus de protection contractuelle ou conventionnelle pourront d'ores et déjà profiter, à certaines conditions, des progrès récents du contentieux international, en particulier dans le domaine de l'arbitrage commercial international et du succès remarquable du mécanisme du C.I.R.D.I.. Mais, il serait également possible d'intégrer la règle de la décision préalable du droit administratif français à la Convention du C.I.R.D.I. pour, en strict respect de la souveraineté des États, des règles de l'épuisement des recours internes et du consentement de l'État à la procédure, élargir l'accès du Centre à tous les investissements étrangers effectués dans le Tiers-Monde.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	iii
RÉSUMÉ DE LA THÈSE	iv
TABLE DES MATIÈRES	vi
ABRÉVIATIONS ET SIGLES	xiv
TABLE DE LA JURISPRUDENCE	xvii
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE: PROLÉGOMÈNES	7
SECTION I: LA NOTION D'INVESTISSEMENT EN DROIT INTERNATIONAL	7
1-Les tentatives de définition de la notion d'investissement en droit international	8
1.1-La doctrine et la définition de l'investissement international	9
1.2-La notion d'investissement dans les conventions internationales	13
1.2.1-La notion d'investissement dans les conventions C.I.R.D.I. et A.M.G.I	13
a-La notion d'investissement dans la Convention C.I.R.D.I.	16
b-La notion d'investissement dans la Convention A.M.G.I.	19
1.2.2-La notion d'investissement dans les conventions bilatérales	20
1.3-La notion d'investissement dans la jurisprudence internationale du C.I.R.D.I.	23
2-L'évolution des opérations d'investissement international dans la pratique: les nouvelles formes d'investissement	28
3-Investissement direct étranger et sociétés transnationales	33
3.1-Les inconvénients et les avantages de l'investissement direct étranger pour les pays d'accueil	35
3.1.1.-Les inconvénients de l'investissement direct étranger.....	36

3.1.2-Les avantages de l'investissement direct étranger	42
3.3-Le problème de la réglementation internationale des activités des sociétés transnationales: le projet de Code de conduite des Nations Unies	46
SECTION II: DÉLIMITATION DU SUJET, ÉNONCÉ DES THÈSES DÉVELOPPÉES ET PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES	52
1-Délimitation du sujet	53
2-Énoncé des thèses développées	57
3-Précisions terminologiques	59
PREMIÈRE PARTIE: LA PROTECTION CONVENTIONNELLE DES INVESTISSEMENTS ET LA THÉORIE DE L'«INTERNATIONALISATION» PAR CONTRAT D'ÉTAT	63
INTRODUCTION À LA PREMIÈRE PARTIE	64
TITRE I: LE DÉVELOPPEMENT ET LES LIMITES ACTUELLES DU DROIT INTERNATIONAL CONVENTIONNEL DE LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS	66
CHAPITRE I: LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS PAR LES TRAITÉS MULTILATÉRAUX	67
SECTION I: LES TENTATIVES INFRUCTUEUSES D'ÉLABORATION D'UNE RÉGLEMENTATION UNIVERSELLE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS	67
SECTION II: LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS DANS LA QUATRIÈME CONVENTION A.C.P./C.E.E. ET DANS L'ALÉNA	70
1-La Quatrième Convention A.C.P./C.E.E.	70
2-L'Accord de Libre-Échange Nord Américain (ALÉNA) et le régime de l'investissement étranger au Mexique	71
CHAPITRE II: LES TRAITÉS BILATÉRAUX DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS	74
SECTION I: DÉFINITION DU TRAITÉ BILATÉRAL DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS	75

1-Traités de protection des investissements et traités d'établissement	76
2-L'économie générale des traités bilatéraux de protection des investissements	78
SECTION II: LA PORTÉE DES TRAITÉS BILATÉRAUX DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS	
1-Limites des traités bilatéraux de protection des investissements	83
1.1-Limites externes aux traités	84
1.2-Limites internes aux traités	86
2-Traités et droit international public général	89
TITRE II: LA THÉORIE DE L'INTERNATIONALISATION ET LA PROTECTION CONTRACTUELLE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS	
CHAPITRE I: LES ENJEUX, LES VARIANTES DOCTRINALES ET LES MÉTHODES DE L'INTERNATIONALISATION	96
SECTION I: LES ENJEUX DE LA THÉORIE DE L'INTERNATIONALISATION	96
SECTION II: LES VARIANTES DE LA THÉORIE DE L'INTERNATIONALISATION	103
1-Internationalisation et droit international public	104
1.1-L'invocation du droit international public sans proposition d'aménagement particulier	105
1.2-Prosper Weil et «le droit international des contrats»	107
2-Internationalisation et droit transnational	114
CHAPITRE II: LES MÉTHODES DE L'INTERNATIONALISATION	119
SECTION I: LA NATURE D'ACCORD DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE DU CONTRAT	119
SECTION II: LA RÉFÉRENCE DU CONTRAT AUX PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT, LA PRÉSENCE D'UNE CLAUSE DE STABILISATION OU D'UNE CLAUSE COMPROMISSOIRE	120
1-La référence du contrat aux principes généraux du droit	121
2-L'internationalisation par l'effet d'une clause de stabilisation	123

3-L'internationalisation par l'effet d'une clause compromissoire	127
CHAPITRE III: CRITIQUE DE LA THÉORIE DE L'INTERNATIONALISATION	129
SECTION I: CRITIQUE DE LA THÉORIE DE L'«INTERNATIONALISATION» DU POINT DE VUE DU RESPECT DE LA SOUVERAINETÉ DE L'ÉTAT D'ACCUEIL	129
SECTION II: CRITIQUE DE LA THÉORIE DE L'«INTERNATIONALISATION» DU POINT DE VUE DE LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS	131
1- La critique particulière du «droit international des contrats» de Prosper Weil	132
2-Le caractère discriminatoire et l'inefficacité relative de l'«internationalisation»	138
2.1-L'internationalisation est une théorie discriminatoire	138
2.2-L'efficacité limitée de l'internationalisation avec les arbitrages commercial ordinaire et <i>ad hoc</i>	143
3-Le domaine de l'internationalisation est trop réduit	147
CONCLUSION À LA PREMIÈRE PARTIE	150
*	
DEUXIÈME PARTIE: DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL ET PROBLÈME DE L'ÉLARGISSEMENT DES RECOURS ARBITRAUX DANS LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS	152
INTRODUCTION À LA DEUXIÈME PARTIE	153
TITRE I: NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL ET DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL	155
CHAPITRE I: LES VICISSITUDES DU NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL ET DU DROIT INTERNATIONAL DU DÉVELOPPEMENT	156
SECTION I: PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ET SOUVERAINETÉ PERMANENTE SUR LES RESSOURCES NATURELLES ET LES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES	156
SECTION II: LA CRITIQUE DE LA SOUVERAINETÉ PERMANENTE DU N.O.É.I. DANS LA DOCTRINE	164
1-Présentation des arguments de la critique	165

2-Le destin de la Charte des droits et devoirs économiques des États (C.D.D.É.É.)	167
3-La souveraineté permanente et l'arbitrage international	172
3.1-La souveraineté permanente et l'arbitrage C.I.R.D.I	172
3.2-La souveraineté permanente et les arbitrages commercial ordinaire ou <i>ad hoc</i>	174

CHAPITRE II: ESSAI DE PRÉSENTATION DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL RELATIF À LA PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER	179
--	-----

SECTION I: L'INSUFFISANCE DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL	180
---	-----

SECTION II: LE PROBLÈME DE LA DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ ÉTRANGÈRE	182
DES PERSONNES MORALES	182
1-Le difficile problème de la détermination de la nationalité étrangère des personnes morales	183
1.1-Les règles de détermination de la nationalité avant l'arrêt Barcelona Traction	183
1.2-Les règles de détermination de la nationalité dans les arrêts Barcelona Traction et ELSI de la C.I.J.	185
1.3-Les règles de détermination de la nationalité dans la convention C.I.R.D.I.	187
2-Conséquences générales attachées à la nationalité étrangère d'une personne morale	189
2.1-Le principe de la protection internationale des étrangers et de leurs biens dans la doctrine	189
2.2-Le principe de la protection internationale des étrangers et de leurs biens dans la jurisprudence	191

SECTION III: CONTENU DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL AU REGARD DE LA PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER: STANDARD MINIMUM ET PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT	194
1-Le standard minimum de traitement des biens et investissements étrangers	195
2-Le standard minimum de protection des biens et investissements étrangers	199
3-Standard minimum et principes généraux du droit	202

SECTION IV: LE DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL ET LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DU PAYS D'ACCUEIL D'INVESTISSEMENT ÉTRANGER	206
1-Le droit international général et la protection	

des pays faibles d'un point de vue général	206
2-Le droit international général et l'intérêt des pays d'accueil dans le domaine de la protection des biens et investissement étrangers	207
 TITRE II: LE PROBLÈME DE L'ÉLARGISSEMENT DES RECOURS ARBITRAUX DANS LE CONTENTIEUX DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS	211
 CHAPITRE I: L'ÉVOLUTION RÉCENTE DU CONTENTIEUX DES INVESTISSEMENTS	213
 SECTION I: LA LIMITATION DE L'IMMUNITÉ DE JURIDICTION DES ÉTATS	213
1-Présentation du concept d'immunité	213
2-La doctrine et l'immunité limitée	215
3-L'évolution de la doctrine de l'immunité de juridiction des États dans les droits internes et dans l'arbitrage commercial international	217
3.1-L'évolution de la doctrine de l'immunité dans les droits internes de quelques pays exportateurs de capitaux	217
3.2-L'immunité dans l'arbitrage commercial international	224
 SECTION II: L'EFFET DES ACTES DES GOUVERNEMENTS ÉTRANGERS DEVANT LES TRIBUNAUX INTERNES	227
 SECTION III: LE DÉVELOPPEMENT DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL	229
 CHAPITRE II: RAISONS ACTUELLES POUR L'ÉLARGISSEMENT DES RECOURS ARBITRAUX DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT ET CONTRIBUTION À L'EXPLORATION DE VOIES NOUVELLES	232
 SECTION I: RAISONS ACTUELLES POUR UN ÉLARGISSEMENT DES RECOURS ARBITRAUX DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT	232
1-L'arbitre international garant de la défense des intérêts des pays faibles	232
1.1-L'affaire <i>The United States and Paraguay</i> <i>Navigation Company</i> (1860)	234

1.2-Les affaires <i>North American Dredging Company of Texas</i> (1926) et <i>International Fisheries Company</i> (1931)	237
1.3-Les sentences <i>Liamco</i> (1977) et <i>Aminoil</i> (1982)	239
2-Les insuffisances et inconvénients de la protection diplomatique.....	240
2.1-Les insuffisances de la protection diplomatique pour l'investisseur	240
2.2-Les déconvenues de la protection diplomatique pour l'État d'accueil	247
3-Les faiblesses présumées de la justice dans les pays du Tiers monde	250
3.1-Quelques exemples de précédents judiciaires malheureux du passé	251
3.2-Les défauts présumés de la justice en Afrique	253
3.3-La sanction des défauts de fonctionnement de la justice interne en droit international général	256
3.2.1-La dispense de l'épuisement préalable des recours internes et le déni de justice	256
3.2.2-Arbitraire, bonne foi et <i>estoppel</i>	258
4-L'absence d'organisation de l'arbitrage commercial de droit interne: cas de l'Afrique subsaharienne	265
4.1-L'affaire <i>Tallal Massih c. Omais</i> (Cour Suprême de la Côte d'Ivoire, Chambres réunies, 4 Avril 1989)	266
4.2-L'affaire <i>Express-Navigation c. État du Sénégal</i> (Cour suprême du Sénégal, 3 Juillet 1985)	268
SECTION II: CONTRIBUTION À L'EXPLORATION DE VOIES NOUVELLES POUR LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS: PROPOSITION POUR UN ÉLARGISSEMENT	
DES RECOURS AU C.I.R.D.I.	270
1-La place centrale du mécanisme du C.I.R.D.I.	270
1.1-L'organisation du consentement à l'arbitrage	273
1.1.1-L'apport des traités bilatéraux de protection des investissements	273
1.1.2-Quelques exemples d'organisation législative du consentement à l'arbitrage	275
a-Le consentement législatif de l'État à l'arbitrage: cas de la Côte d'Ivoire, du Ghana et du Cameroun	276

b-L'arbitrage international dans le code des investissements du Bénin de 1990	279
2-Un emprunt possible pour le contentieux international de l'investissement: la règle de la décision préalable du contentieux	
administratif français	281
2.1-Présentation de la règle de la décision préalable	281
2.2-Pour une application de la règle de la décision préalable dans le contentieux international des investissements	284
2.2.1-Les avantages possibles de l'application de la règle pour l'État d'accueil	286
2.2.2-Les avantages possibles de l'application de la règle pour l'investisseur étranger et son État d'origine	287
CONCLUSION À LA DEUXIÈME PARTIE	289
CONCLUSION GÉNÉRALE	290
TABLEAUX	292
Tableau n° 1	293
Tableau n° 2	294
Tableau n° 3	295
CONVENTION POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS ENTRE ÉTATS ET RESSORTISSANTS D'AUTRES ÉTATS (Convention C.I.R.D.I.)	297
BIBLIOGRAPHIE	326
INDEX ALPHABÉTIQUE	351

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

1-ABRÉVIATIONS

<i>AC</i>	<i>Appeal Cases</i> (Royaume Uni)
<i>A.F.D.I.</i>	Annuaire français de droit international
<i>AJCL</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>ALL ER</i>	<i>All England Law Reports</i> (Royaume Uni)
<i>Ann. Can. D.I.</i> <i>/CYIL</i>	Annuaire Canadien de droit international/ <i>Canadian Yearbook of International Law</i>
<i>Ann. C.D.I.</i>	Annuaire de la Commission du Droit International des Nations Unies
<i>Ann. Dig.</i>	<i>Annual Digest of Public International Law Cases</i>
<i>Ann. I.D.I.</i>	Annuaire de l'Institut de Droit International
<i>ASIL Proc.</i>	<i>ASIL Proceedings of the Annual Meeting</i>
<i>BYIL</i>	<i>British Yearbook of International Law</i>
<i>C.C.D.I. Travaux/</i> <i>CCIL Proc.</i>	CCDI Travaux du congrès annuel/ <i>CCIL Proceedings of the Annual Conference</i>
<i>C.I.J. Recueil</i>	Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la C.I.J.
<i>C.J.C.E. Rec.</i>	Recueil de la jurisprudence de la C.J.C.E.
<i>CLP</i>	<i>Current Legal Problems</i>
<i>Columbia JTL</i>	<i>Columbia Journal of Transnational Law</i>
<i>C.P.J.I., série A</i>	Recueil des arrêts (n ^{os} 1-24, jusqu'en 1930 inclus)
<i>C.P.J.I., série B</i>	Recueil des avis consultatifs (n ^{os} 1-18, jusqu'en 1930 inclus)
<i>C.P.J.I., série A/B</i>	Arrêts, ordonnances et avis consultatifs (n ^{os} 40-80, à partir de 1931)
<i>Convention C.I.R.D.I.</i>	Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre États et ressortissants d'autres États.
<i>CWRJIL</i>	<i>Case Western Reserve Journal of International Law</i>
<i>Denver JILP</i>	<i>Denver Journal of International Law and Policy</i>
<i>D.P.C.I.</i>	Droit et pratique du commerce international
<i>E.D.C.E.</i>	Études et documents du Conseil d'État (France)
<i>G.A.J.A.</i>	M. Long, P. Weil, G. Braibant, <i>Les grands</i>

<i>Geor. Wash. JLE</i>	<i>arrêts de la jurisprudence administrative</i> <i>George Washington Journal of</i> <i>International Law and Economics</i>
<i>Georgia JICL</i>	<i>Georgia Journal of International and Comparative Law</i>
<i>Harv. ILJ</i>	<i>Harvard International Law Journal</i>
<i>ICSID Rev. / FILJ</i>	<i>ICSID Review- Foreign Investment</i> <i>Law Journal</i>
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>ILM</i>	<i>International Legal Materials</i>
<i>ILR</i>	<i>International Law Reports</i>
<i>ILW</i>	<i>ICSID, Investment Laws of the World</i>
<i>ILW, Investment Treaties</i>	<i>ICSID, Investment Laws</i> <i>of the World, Investment Treaties</i>
<i>IJIL</i>	<i>Indian Journal of International Law</i>
<i>J.D.I.</i>	<i>Journal de droit international (Clunet)</i>
<i>JWTL</i>	<i>Journal of World Trade Law</i>
<i>Moore, Arbitrations</i>	<i>J.B. Moore, History and Digest of the</i> <i>International Arbitrations to which the United States</i> <i>has been a Party</i>
<i>NYIL</i>	<i>Netherlands Yearbook of International Law</i>
<i>NYUJILP</i>	<i>New York University Journal of International Law and Politics</i>
<i>Pasicrisie</i>	<i>H. La Fontaine, Pasicrisie internationale.</i> <i>Histoire documentaire des arbitrages</i> <i>internationaux (1794-1900)</i>
<i>R.A.I.</i>	<i>A. De Lapradelle et N. Politis, Recueil</i> <i>des arbitrages internationaux</i>
<i>R.B.D.I.</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>R.C.A.D.I.</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye</i>
<i>R.C.S./ SCR</i>	<i>Recueil de la Cour Suprême/ Supreme Court Reports (Canada)</i>
<i>R.C.D.I.P.</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>R.D.I.D.C.</i>	<i>Revue de droit international et de droit comparé</i>
<i>R.G.D.I.P.</i>	<i>Revue Générale de droit international public</i>
<i>R.J.P.I.C.</i>	<i>Revue juridique et Politique Indépendance et Coopération</i>
<i>R.S.A.N.U.</i>	<i>Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies</i>
<i>R.T.N.U.</i>	<i>Recueil des traités des Nations Unies</i>
<i>Syracuse JIL</i>	<i>Syracuse Journal of International Law</i>
<i>Texas ILJ</i>	<i>Texas International Law Journal</i>
<i>U. Miami Inter</i>	
<i>-Am. L. Rev.</i>	<i>University of Miami Inter-American Law Review</i>
<i>Un. Penn. JIBL</i>	<i>University Pennsylvania Journal</i> <i>of International Business Law</i>
<i>Vanderbilt JTL</i>	<i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i>
<i>YBCA</i>	<i>Yearbook of Commercial Arbitration</i>

2-SIGLES

AAA	<i>American Arbitration Association</i>
ALÉNA/NAFTA	Accord de Libre-échange Nord-américain <i>/North American Free Trade Agreement</i>
A.M.G.I.	Agence multilatérale de garantie des Investissements
ASIL	<i>American Society of International Law</i>
B.I.R.D.	Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement
C.C.D.I. /CCIL	Conseil Canadien de Droit International <i>/ Canadian Council on International Law</i>
C.C.I.	Chambre de Commerce Internationale de Paris
C.D.D.É.É.	Charte des droits et devoirs économiques des États
C.D.I.	Commission de droit internationale des Nations Unies
C.E.	Conseil d'État (France)
C.I.J.	Cour Internationale de Justice
C.I.R.D.I. /ICSID	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements/ <i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>
C.J.C.E.	Cour de Justice des Communautés européennes
C.N.U.C.E.D.	Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement
C.N.U.D.C.I.	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
C.P.A.	Cour Permanente d'Arbitrage
C.P.J.I.	Cour permanente de justice internationale
I.D.I.	Institut de droit international
ILA	<i>International Law Association</i>
N.O.É.I.	Nouvel ordre économique international
O.C.D.E.	Organisation de Coopération et de développement économique
O.N.U. /N.U.	Organisation des Nations Unies/ Nations Unies
O.N.U.D.I.	Organisation des Nations Unies pour le développement industriel
S.d.N.	Société des Nations
S.F.D.I.	Société française pour le droit international

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

(Nota Bene: les chiffres qui suivent les deux points renvoient aux pages de la thèse.)

1-ARRÊT, ORDONNANCES, AVIS CONSULTATIFS

1.1-COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE (C.P.J.I.)

- Vapeur Winbledon, arrêts, 1923, *C.P.J.I. série A n° 1*: 198
- Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, Avis Consultatif, 1923, *C.P.J.I. série B n° 4*: 183 n° 478, 191.
- Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, *C.P.J.I. série A n° 2*: 23 n° 55, 192 n° 505..
- Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, *C.P.J.I. série A n° 7*: 23 n° 55, 184 n° 484, 192 n° 502, 193, 198.
- Lotus, arrêt n° 9, 1927, *C.P.J.I. série A n° 10*: 121 n° 326, 257.
- Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, *C.P.J.I. série A n° 17*: 23 n° 55, 198, 241, 242, 262.
- Emprunts serbes, arrêt n° 14, 1929, *C.P.J.I. série A n° 20*: 96, 98, 144 n° 384, 241, 262.
- Emprunts brésiliens, arrêt n° 15, 1929, *C.P.J.I. série A n° 21*: 241.
- Communautés gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, *C.P.J.I. série B n° 17*, p. 13: 198.
- Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, *C.P.J.I. série A/B n° 46*, p. 96: 198.
- Statut juridique du Groënland oriental, arrêt, 1933, *C.P.J.I. série A/B n° 53*, p. 22: 262.
- Oscar Chinn, arrêt, 1934, *C.P.J.I. série A/B n° 63*, p. 65: 23 n° 55, 193, 196.
- Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt, 1939, *C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 4: 241, 257.

1.2-COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (C.I.J.)

- Réparations des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, CIJ Recueil 1949, p. 174: 184 n° 483.
- Anglo-Iranian Oil Co., arrêt, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 93: 23 n° 55, 97 n° 251.
- Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, arrêt, *C.I.J. Recueil 1958*, p. 55: 199.
- Nottebohm, deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4: 183, 262.
- Temple de Préah Vihear, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 6: 262.
- Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3: 167, 197, 262.
- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3: 23 n° 55, 89, 181, 185 et s., 242, 245.
- Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), arrêt, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15: 23 n° 55, 77, 185, 243, 256, 259.

2-SENTENCES ARBITRALES

2.1-COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE

- Créanciers préférentiels du Vénézuëla (Allemagne, Grande-Bretagne, Italie c. Vénézuëla, 22 Février 1904), I R.S.A.N.U., 215: 193, 246.
- Orinoco Steamship Company (États-Unis c. Vénézuëla, 25 Octobre 1910), James Brown Scott, *Les travaux de la Cour Permanente d'Arbitrage de la Haye*, New York, Oxford University Press, 1921, p. 239: 23 n° 55, 29
- Réclamations Françaises contre le Pérou (France c. Pérou, 11 Octobre 1920), I R.S.A.N.U., 215: 253.

2.2-COMMISSIONS DE RÉCLAMATIONS, TRIBUNAUX ARBITRAUX MIXTES ET AD HOC

- Alabama (États-Unis c. Grande-Bretagne, 14 Septembre 1872), II R.A.I., 713: 199
- Amoco International Finance Corporation (AIFC) v. Islamic Republic of Iran, (Tribunal des Différents Irano-Américain, 14 Juillet 1987), 27 *ILM* 1314 (1988): 91, 176.
- Biens britanniques au Maroc Espagnol (Zone Espagnole du Maroc) (Espagne c. Royaume-Uni, 1er Mai 1925), II R.S.A.N.U., 641: 60 n° 162, 196.
- B.P. Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic (10 Octobre 1973 et 1er Août 1974), 53 *ILR* (1979), 297: 174, 175, 204.
- California Asiatic Oil Company (Calasiatic) et Texaco Overseas Petroleum (Topco) c. Gouvernement de la République Arabe Libyenne (Fond, 19 Janvier 1977), 104 *J.D.I.* (1977), 350; 17 *ILM* 1 (1978): 106, 111, 119, 120 n° 323, 122, 128, 130, 132, 137 et s., 166 n° 433 et 435, 174, 204.
- Chemin de fer de la Baie Delagoa (États-Unis, Grande-Bretagne/Portugal, 29 mars et 30 mai 1900), *Pasicrisie internationale*, 397: 23 n° 55, 28, 184.
- Czechoslovakia v. Radio Corporation of America (1er Avril 1932), 30 *A.J.I.L.* (1936), 523: 106.
- El Oro Mining c. Railway Co. (Grande-Bretagne c. Mexique, 1931), V R.S.A.N.U., 191: 257.
- Fabiani (France/Vénézuëla, 30 décembre 1896), *Pasicrisie internationale*, 343: 252, 257, 258, 259.
- Goldenberg (Allemagne c. Roumanie, 27 Septembre 1928), II R.S.A.N.U., 901: 91, 192.
- Hopkins, George W. (USA) v. United Mexican States (Commission Générale des Réclamations, États-Unis-Mexique, 31 Mars 1926), IV R.S.A.N.U., 41: 196.
- International Fisheries Company (USA) v. United Mexican States (Commission Générale des Réclamations États-Unis-Mexique, Juillet 1931), IV R.S.A.N.U., 691: 233, 238 et s..
- Koweit c. American Independant Oil Company (Aminoil), 24 Mars 1982, 109 *J.D.I.* (1982), 869; 21 *ILM* 976 (1982): 135 n° 364, 137 n° 369, 163, 164 n° 429, 233, 239.
- Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government, September 3, 1930, 36 *Cornell Law Quarterly* (1950), 42: 23 n° 55, 29, 106, 204, 251 n° 686.

- Libyan American Oil Company (Liamco) and the Gouvernement of the Libyan Arab Republic, 12 Avril 1977, 20 *ILM* 1 (1981): 132, 174, 175, 194 n° 516, 204, 233, 239.
- Libyan Arab Foreign Investment Company (Lafico) c. République du Burundi (4 Mars 1991), 23 *R.B.D.I.* (1990), 517: 168 et s., 216 n° 583.
- Mexican Railway (Ltd.) (Grande-Bretagne) c. United Mexican States (Commission des Réclamations Grande-Bretagne-Mexique), Février 1930, V *R.S.A.N.U.*, 115: 238.
- Monopole du Soufre (Deux Siciles/ Grande-Bretagne, 24 décembre 1841), *Pasicrisie internationale*, 97: 28, 101
- North American Dredging Company of Texas (USA) v. United Mexican States (Commission Générale des Réclamations États-Unis-Mexique), 31 Mars 1926, IV *R.S.A.N.U.*, 26: 233, 237, 238.
- Pêcherie Ashmore (Chine/États-Unis, sentence du 24 mai 1884), *Pasicrisie internationale*, 601: 10 note n° 18.
- Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheik of Abu Dhabi (septembre 1951), 18 *ILR* (1957), 144: 29, 97 n° 252, 117.
- Radio Corporation of America v. Republic of China (13 Avril 1935), III *R.S.A.N.U.*, 1621: 106.
- Roberts, Harry (USA) v. United Mexican States (Commission Générale des Réclamations États-Unis, 2 Novembre 1926), IV *R.S.A.N.U.*, 77: 197.
- Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company Ltd. (Juin 1953, 20 *ILR* (1957), 534: 29, 97 n° 252, 117.
- Sapphire International Petroleums Ltd. v. National Iranian Oil Company (15 Mars 1963), 35 *ILR* (1967), 136: 29, 106, 117, 145, 204.
- Shufeldt (États-Unis c. Guatemala, 24 Juillet 1930), II *R.S.A.N.U.*, 1079: 29, 185, 253, 262.
- Starret Housing Corporation v. Gouvernement of Iran (Tribunal des différends irano-américain), 23 *ILM* 1090 (1984): 100.
- Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (Aramco) (23 Août 1958), 27 *ILR* (1963), 117; 52 *R.C.D.I.P.* (1963), 272 (traduction française): 29, 60, 97 n° 252, 111 n° 289, 117, 132, 193.
- Smith, Walter Fletcher (États-Unis c. Cuba, 2 Janvier 1927), II *R.S.A.N.U.*, 913: 263.
- Société Européenne d'Études et d'Entreprises (SEEE) c. Yougoslavie (Georges Ripert et André Panchaud, arbitres), 86 *J.D.I.* (1959), 1074: 145.
- Trail Smelter (États-Unis c. Canada, 16 Avril 1938 et 11 Mars 1941), III *R.S.A.N.U.*, 1905: 211 n° 571.
- United States and Paraguay Navigation Company (États-Unis/Paraguay, 13 août 1860), *Pasicrisie internationale*, 620: 233, 234 et s..
- Wintershall A.G., International Ocean Resources USA, Inc., veba OEL, Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft MBH, Gulfstream Resources Canada Ltd. and the Government of Qatar, Partial Award and Final Award, February 5, 1988 and May 31, 1988, 28 *ILM* 795 (1989): 30 n° 79.
- Woodward-Clyde Consultants c. Gouvernement de la République Islamique d'Iran et Organisation de l'Énergie Atomique d'Iran (OEAI), (Tribunal des différends irano-américain), *Revue de l'arbitrage* (1985), 272: 264.
- Ziat-Ben Kiran (Grande-Bretagne c. Espagne), II *R.S.A.N.U.* 1079: 185.

2.3-COUR INTERNATIONALE D'ARBITRAGE DE LA CHAMBRE DE
COMMERCE INTERNATIONALE (C.C.I.)

- N° 1512 (1971), 101 *J.D.I.* (1974) 904: 203
- N° 2321 (1974) (*Solel Boneh International Ltd. c. République d'Ouganda*), 102 *J.D.I.* (1975), 938: 224
- 3327 (1981): 177.
- N° 3896 (1982), *Framatome et autres c. Atomic Energy of Iran*: 117, 177, 260.
- NOC c. *Libyan Sun Oil Company*, 31 Mai 1985 et 23 Février 1987, 29 *ILM* 565 (1990): 118.
- Southern Pacific Properties (SPP) (Middle East) Limited, Southern Pacific Properties (SPP) Limited and the Arab Republic of Egypt and the Egyptian General Company for Tourism and Hotels (EGOTH)*, sentence du 16 Février 1983, 22 *ILM* 1048 (1983): 143 et s., 193, 272.
- Westland Helicopters United c. Arab Organization for Industrialization, United Arab Emirates, Kingdom of Saudi Arabia, State of Qatar, Arab Republic of Egypt, Arab British Helicopter Company*, sentence du 25 Mars 1984, 112 *J.D.I.* (1985), 232; 23 *ILM* 1071 (1984): 225.
- N° 6219 (1990), 117 *J.D.I.* (1990), 1047: 205, 209, 239.

2.4-AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION (A.A.A.)

- Revere Copper and Brass v. Overseas Private Investment Corporation (OPIC)* (August 24, 1978), 17 *ILM* 1321 (1978): 101, 107, 111, 119, 138, 139, 204.

2.5-CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS (C.I.R.D.I.)

- Agip S.p.A. c. Congo* (ICSID Case n° Arb/77/1) (Sentence du 30 novembre 1979) (Original français), 71 *R.C.D.I.P.* (1982), 92: 127.
- Alcoa Minerals of Jamaica Inc. v. Government of Jamaica*, IV *Yearbook of Commercial Arbitration* (1979), 207, commentaire John T. Schmidt dans 17 *Harvard International Law Journal* (1976), 90, 104: 18.
- Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. & P.T. Amco Indonesia v. Indonesia* (ICSID Case n° Arb/81/1), (Award on Jurisdiction of September 25, 1983), 23 *ILM* 351 (1984), Decision of December 9, 1983, 24 *ILM* 365 (1985), (Award of November 21, 1984) 24 *ILM* 1022 (1985), (*Ad hoc* Committee Decision of May 16, 1986), 1 *International Arbitration Reporter* 1986, 649: 137 n° 369, 173, 174, 258, 259, 263, 271.
- Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* (Award, June 21, 1990), 30 *ILM* 577 (1991): 91, 160, 191, n° 503.
- Benvenuti & Bonfant v. Congo (SARL)* (ICSID case No. Arb/77/2) (Award of August 8, 1980) (*English Translation*), 108 *J.D.I.* (1981), 843; 21 *ILM* 740 (1982) with correction at 21 *ILM* 1478 (1982): 258, 259.
- Hollidays Inns, S.A. (USA et filiale suisse), Occidental Petroleum Corporation (OPC) c. Maroc*, commentaire Pierre Lalive dans *LI BYIL* (1980): 24 et s., 187.

-Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, Klöckner Belge SA et Klöckner Handelsmaatschappij B.V. c./ République Unie du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais (Socame) (ICSID Case n° Arb/81/2), (Sentence du 21 octobre 1983, Original français), 111 *J.D.I.* (1984), 409, (ensemble Opinion dissidente de D. Schmidt, arbitre), Décision du Comité *ad'hoc* du 3 mai 1985, Original français), 114 *J.D.I.* (1987), 163: 25 et s., 118 n° 318, 173 n° 455, 205, 208, 239.

-Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) c. Gouvernement de la République du Libéria v. Republic of Liberia (Award, 24 October 1984 and 31 March 1986, 26 *ILM* 647 (1987), 13 *YBCA* (1988), 35; 115 *J.D.I.* (1988), 166 (traduction officieuse et observations Emmanuel Gaillard): 102, 126.

-Société Ouest Africaine des Bétons Industrielles (Soabi) c. République du Sénégal, (Sentence des 4 et 9 février 1988, 117 *J.D.I.* (1990), 191 (ensemble opinion dissidente de K. Mbaye, arbitre et Déclaration du Président du Tribunal arbitral sur la sentence en date du 1er août 1984): 26 et s..

-Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (Award, May 20, 1992), 32 *ILM* 933 (1993): 143 et s., 193.

3-JURISPRUDENCE NATIONALE

Belgique

-Société anonyme des chemins de fer liégeois-luxembourgeois c. État hollandais, Cour de Cassation belge, *Pasicrisie belge* (1903) I 294: 219.

Canada

-Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne, [1971] *R.C.S.* 997: 219.

Côte d'Ivoire

-Talal Massih c. Omais (Cour Suprême, 4 Avril 1989), *Revue de l'arbitrage* (1989), 530; 118 *J.D.I.* (1991), 1037: 266 et s., 269.

Etats-Unis

- The Schooner Exchange c. McFaddon and Others*, 7 U.C. 287: 217.
- Banco nacional de Cuba v. Sabbatino* (1964), 376 US 398, 428; 84 S.Ct. 923, 940: 228.
- Underhill v. Hernandez* (1896), 168 US 250, 252; 18 S.Ct. 83, 84: 228.

France

- Société Hôtel George v c. État espagnol*, C. Cass. 17 janvier 1973. *J.C.P.* 1973.II 17395: 221.
- République Arabe d'Egypte c. Southern Pacific Properties Limited et Southern Pacific Properties (Middle East)*, C. A. Paris, 1ère Ch. Supplémentaire, 12 juillet 1984, 112 *J.D.I.* 112, 1985:129-158 (Note B. Goldman): 143 et s..

Italie

- Hampohn c. Bey di Tunisi ed Erlinger*, Cour d'Appel de Lucques, arrêt du 14 Mars 1887, 26 *A.J.I.L.* (1932), Suppl., 713: 218.

Pays-Bas

- Société Européenne d'Études et d'Entreprises (SEEE) v. Yugoslavia, Hoge Raad* (Cour Suprême), Arrêt du 26 October 1973, 14 *ILM* 71 (1975): 222.

Royaume Uni

- The Parlement Belge*, *British International Cases*, vol. 3, p. 305: 217 et s., 222.
- The Christina* [1938] AC: 218, 222.
- Philippine Admiral v. Wallen Shipping Ltd.*, 2 WLR 225 (1976): 223.
- Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, 16 *I.L.M.* 473 (1977): 223.

Sénégal

-Express-Navigation c. État du Sénégal (Cour Suprême du Sénégal, 3 Juillet 1985), *Penant* (1985), 399 (note Samba Mademba Sy): 266, 268 et s..

Suisse

-République Arabe Unie v. Dame X, Tribunal Fédéral, Febr. 10 1960, 88 *J.D.I.* (1961), 458: 220.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le problème du traitement et de la protection juridiques de l'investissement privé étranger (ou international)¹ a alimenté, dans les années encore récentes, une sérieuse controverse entre les pays en développement et les pays industrialisés exportateurs de capitaux². Si, aujourd'hui, la fièvre semble être retombée, aucune entente ne s'est pour autant fermement établie, sur les principes, entre les protagonistes de cette grave querelle juridique.

Paradoxalement, ce débat intense n'a pas toujours connu la faveur de moyens authentiquement juridiques. Des conceptions tranchées et extrêmes³ ne permettent pas toujours de faire la

¹-Les expressions «investissement international» et «investissement étranger» sont équivalentes dans le présent ouvrage.

²-Comme l'écrivait, en 1985, Michel Virally, «Le droit des investissements étrangers, partie détachée -et de plus en plus détachée- du droit international des étrangers, constitue probablement l'un des domaines du droit international économique où se manifestent les désaccords les plus sérieux, spécialement dans les rapports entre pays industrialisés et pays en voie de développement. À ce titre il fait l'objet de l'un des chapitres les plus tourmentés du droit international du développement.», Préface à Jean-Pierre Laviee, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international Économique*, Paris, PUF/ Genève, Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1985, première page non numérotée. Voir aussi dans le même sens, entre autres, Patrick M. Norton, «A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation.», 85 *A.J.I.L.* (1991), 474, à 474 et 478).

³-Deux extraits éloquentes sur les positions en présence nous fixeront sur le bien-fondé de cette appréciation. Pour Mohammed Bédjaoui «après avoir constitué un frein à la décolonisation politique, le droit international continue d'être un obstacle au développement du tiers monde sur des bases solides. Les caractéristiques néfastes de ce droit n'ont pas varié. [...] reposant sur la loi du plus fort et sur le culte du droit pour le droit en tant que fin en soi [ce] droit international continue à perpétuer la loi de la jungle et le *Faustrecht*, le droit du coup de poing. [...] Tournée vers le passé, conservatrice parce que statique, inique dans son contenu, pesante dans sa formation, la coutume dans sa conception classique ne peut être d'une utilité certaine dans l'élaboration des règles nouvelles [...]», *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, U.N.E.S.C.O., 1979, pp. 63, 105 et 140. On aura, bien évidemment, noté que ces développements de Bédjaoui débordent le cadre strict du droit des investissements internationaux. À l'opposé, pour les pays industrialisés exportateurs de capitaux, un avocat américain du Barreau du Texas nommé Ewell E. Murphy, Jr., a pu tenir, dans un forum dont le très haut niveau scientifique n'est pas sujet à discussion, cet étrange discours: «[...] when the North responds with paper Januses to the "capital"-sensitivities of the South, the North deserves both South and North. It would be better for both worlds if the North left off Janus-making and spoke plain words. They would be these: Hello, South. We are the North, a peculiar people. [...] If you want us to make things in the South we will have to make them our own way, the way of profit and property, for two reasons. One reason is, those saved-back-things cost us five centuries of blood and struggle; quite selfishly, we see no reason to squander them on you. If you don't like the way we make things, why don't you go off and -if you pardon the expression- have a Renaissance of your own? The second reason is, honestly, we don't know how to make things very well any other way. You decide. It's up to you.» (A.S.I.L., *Proceedings of 78th Annual Meeting*, Washington, D.C., April 12-14, 1984, p.43). Ainsi nous avons, d'un côté, une proclamation de déstabilisation pure et simple du droit coutumier et, de l'autre, un diktat rempli de suffisance.

distinction entre le positif et le prospectif, le spéculatif et l'idéologique, dans ce domaine du droit. Pourtant, les termes de base du débat paraissent très simples: pour schématiser, on peut avancer que la plupart des États du Tiers-Monde, sous l'impulsion des États Latino-américains, avaient voulu que fût, dans le droit international, et plus particulièrement en ce qui concerne le régime juridique de l'investissement étranger, consacrée la doctrine du célèbre juriste argentin Charles Calvo⁴.

Pour ces États, le droit interne de l'État d'accueil doit, en vertu de la «souveraineté permanente» de celui-ci sur ses ressources naturelles et les activités économiques exploitées sur son territoire, prévaloir. Ainsi, si sa responsabilité internationale devait jamais être recherchée, pour un manquement quelconque envers un investisseur étranger, elle ne pourrait reposer que sur une base conventionnelle et non coutumière⁵.

On peut difficilement retrouver l'ombre du droit dans ces prétentions exaspérées.

⁴-*Le droit international théorique et pratique*, 5e éd. Paris, Rousseau, vol.1, spécialement §§ 110 et 206. Pour Calvo toute intervention, armée ou diplomatique, d'un État d'origine pour soutenir un recouvrement de créances revenant à des personnes privées qui relèvent de lui ou pour assurer l'aboutissement des réclamations juridiques de telles personnes contre un État d'accueil n'est pas fondée au regard du strict droit international sauf à invoquer une justification seulement politique. Selon lui, en effet, : «On distingue différentes sortes d'interventions, selon les formes sous lesquelles elles se produisent: -1° l'intervention *officielle*, qui s'exerce par des représentations orales ou écrites, par des notes dites verbales remises par l'ambassadeur de la puissance intervenante: on peut, par conséquent, l'appeler aussi intervention *diplomatique*; -2° l'intervention *officielle*, qui s'exerce par notes livrées à la publicité; -3° l'intervention *pacifique* ou à titre arbitral, qui donne presque toujours lieu à des conférences internationales; -4° l'intervention *armée*, qui se produit par une simple menace, appuyée d'un déploiement de forces militaires de nature à empêcher une nation d'agir librement, ou par l'envoi de troupes qui envahissent et occupent effectivement le territoire étranger. [...]. *La forme sous laquelle a lieu l'intervention n'en altère pas le caractère. L'intervention se produisant par l'emploi des procédés diplomatiques, n'en est pas moins une intervention; c'est une ingérence plus ou moins directe, plus ou moins dissimulée, qui très souvent n'est que le prélude de l'intervention armée...*» (Ibid., livre III, p. 267, n° 110 (C'est nous qui soulignons). En tout état de cause, pour Calvo, «...le système de la non-intervention paraît généralement prévaloir dans les relations politiques des États entre eux.» (Ibid., p. 351, n° 206). Calvo ajouta aussi que «La responsabilité des gouvernements envers les étrangers ne peut être plus grande que celle que ces gouvernements ont à l'égard de leurs propres citoyens. On ne saurait prétendre, en effet, que les droits d'hospitalité puissent restreindre le droit qui appartient à un gouvernement d'user de tous les moyens légaux pour pourvoir à la conservation de l'État, ou que les étrangers puissent obtenir une position privilégiée ...» (Ibid., vol. III, livre XV, p. 138, n° 1276). Sur une présentation assez ancienne de cette doctrine voir Amos S. Hershey «*The Calvo and Drago Doctrines*», 1 *A.J.I.L.* (1907), pp. 26 et s.. Voir aussi F.W. García-Amador, «*Calvo Doctrine, Calvo Clause*», dans *Max Planck Institute for Comparative and International Law, Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8, 1985, pp. 62-64.

⁵-Sur ce point voir, entre autres, U.N.C.T.C., *Bilateral Investment Treaties*, New York, United Nations, 1988, Annex VII: «*Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations*», pp. 156-188, à p. 167; voir également Patrick Robinson, *The Question of a Reference to International Law in the United Nations Code of*

De leur côté, les pays industrialisés membres de l'O.C.D.E., d'où proviennent plus 90 % des Sociétés multinationales qui contrôlent la quasi-totalité des investissements effectués dans le monde⁶, ont toujours entendu s'en tenir, dans ce domaine, à l'héritage des règles et principes forgés et formés, principalement, entre la fin du dix-neuvième et le premier quart du vingtième siècles. Pour l'essentiel, ces normes qui constituent le droit international public général contesté, résultent de la pratique des États européens et nord-américains avec les États latino-américains.

En somme, le problème pourrait se ramener à la question de savoir si les États du Tiers-Monde ont pu, par leurs revendications, rendre ineffectif le régime des biens et de l'investissement étrangers tel que le droit international général, dit classique, l'avait consacré. Bien entendu, pour la plupart des juristes du Tiers-Monde si l'émergence d'un droit nouveau ferme n'est pas acquise, l'ancien droit est, de toute façon, désormais ineffectif. Ils semblent par conséquent, se féliciter du règne du doute qui aurait l'avantage de restituer de la substance à la souveraineté de l'État d'accueil de l'investissement. Ce doute aurait ainsi forcé à un mouvement conventionnel actuellement très en vogue dans ce domaine.

Quant aux juristes des pays industrialisés, sans admettre ni même toujours véritablement tolérer les revendications du Tiers-Monde, ils conviennent, dans leur grande majorité, de l'incertitude actuelle et la déplorent. Pour y parer ils ont dû penser des techniques susceptibles de «restaurer»⁷ le «droit perdu»⁸. De fait, l'examen de leurs différentes études laisse conclure à une

Conduct on Transnational Corporations, New York, United Nations, 1986, notamment à la page 3.

⁶-United Nations Conference on Trade and Development Programme on Transnational Corporations, *World Investment Report 1993. Transnational Corporations and Integrated International Production. An Executive Summary*, Nations Unies (Document n° ST/CTC/159), New York, 1993, p. 1.

⁷-Dominique Carreau, Thiébaud Flory et Patrick Juillard, *Droit international économique*, Paris, L.G.D.J., 3^e éd. 1990, n° 1104 et 1115 et s., pp. 659 et 667.

⁸-Nous devons cette expression à Patrick Juillard qui a publié, en 1987, un article intitulé «Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement: à la recherche d'un droit perdu?», 13 *DPCI* (1987), pp. 9-61, p. 9. Selon l'auteur un «droit universel» n'est pas encore «constitué ou reconstitué» (p. 55, n° 108). De son côté l'américain Jeswald W. Salacuse a pu écrire que «*International law offered foreign investors little effective protection. Not only did customary international law contain no generally accepted rules on the subject, it also lacked a binding mechanism to resolve investment disputes ...*», «*BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign*

reconstruction inachevée du régime juridique de l'investissement étranger dans les pays en développement. On est donc face à une incertitude là où aucun instrument conventionnel n'est venu préciser les règles applicables dans des cas particuliers.

Pour la plupart des pays en développement qui, comme le suggère la lecture de leurs codes et lois d'investissement⁹, souhaitent recevoir des capitaux étrangers pour soutenir leurs programmes de développement, cette situation n'est pas toujours de nature à inciter un afflux d'investissement. Certes, comme nous allons le souligner dans notre chapitre introductif, l'investissement international, qui se constitue pour l'essentiel d'investissement direct étranger et est donc, à ce titre, l'œuvre des sociétés transnationales, ne présente pas toujours que des avantages pour les pays d'accueil en développement. Il peut impliquer de graves défis à la souveraineté et à la conduite des politiques économiques du gouvernement concerné. On ne saurait nullement, en toute objectivité, nier ces problèmes, ni même les minimiser. Néanmoins, l'investissement international présente aussi des avantages reconnus. C'est pour cette raison qu'il est en grande demande dans la plupart des pays en développement.

Dans la mesure de cette utilité reconnue à l'investissement international, et du besoin de sécurité toujours revendiqué, parallèlement, par les sociétés transnationales et les investisseurs internationaux¹⁰, la confusion et l'incertitude juridiques encore perceptibles aujourd'hui dans ce domaine sont, certainement, déplorables. Cette situation, dont on pourrait, à terme, espérer la

Investment in Developing Countries 24 *The International Lawyer* (1990), 655, 659. Du débat sur le NOEI l'américain Burns H. Weston avait aussi soutenu qu'il serait résulté une désaffection des principes reçus jusque là. Il avait écrit, en effet, ce qui suit: «*A break from the past seems clear. The so-called public purpose (or public utility) doctrine is disregarded. The doctrine of alien nondiscrimination is ignored. And the much-heralded international law principle of compensation appears to be nationalized or domesticated, i.e., rejected as an international regulatory norm [...]*» («*The NIEO and the Dprivation of Foreign Proprietary Wealth: Some Reflections upon the Contemporary International Law Debate*», in Richard B. Lillich (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, pp. 89-148, à p. 93.

⁹-Voir sur ce point *International Centre For Settlement of Investment Disputes (ICSID), Investment Laws of the World*, 10 volumes (feuilles mobiles).

¹⁰-Voir sur ce point sur lequel nous reviendrons plus loin, par exemple, Ibrahim F.I. Shihata, «*Factors Influencing the Flow of Foreign Investment and the Relevance of a Multilateral Investment Guarantee Scheme*», 21 *The International Lawyer* (1987), pp. 671-694, à p. 687.

correction avec le développement croissant des traités bilatéraux de protection des investissements, est, pour l'heure porteuse de risques non commerciaux majeurs pour les capitaux étrangers¹¹. Elle est donc nuisible pour toutes les parties intéressées.

En attendant le développement suffisant du droit international conventionnel, il importe donc de rechercher soigneusement, en vue d'aider à une saine collaboration entre pays en développement et investisseurs étrangers, une détermination claire des règles du jeu international. Aussi bien, allant au-delà des querelles, nous paraît-il important de procéder à une appréciation critique des différentes positions connues sur l'état du droit international du traitement et de la protection de l'investissement étranger et, entre les différents intérêts et points de vue conflictuels, de tenter un rapprochement. Nous nous proposons ainsi de faire le point sur le développement rapide du droit conventionnel, et d'examiner la théorie de l'«internationalisation» et ses limites. Nous essayerons, ensuite, d'opérer un inventaire du contenu réel et effectif du droit international général dans ce domaine et de voir en quoi, en dépit des réserves qu'il inspire, il pourrait encore, dans l'intérêt mutuel des investisseurs et des pays d'accueil, suppléer à l'absence ou au silence actuels des droits conventionnel et contractuel. Nous entendons tenir compte dans nos développements des règles et principes, de sources privées ou nationales, du droit du commerce international qui concourent à l'enrichissement de cette matière. Enfin, nous allons évoquer les possibilités d'un élargissement de l'accès aux instances arbitrales internationales dans le domaine de la protection des investissements internationaux.

Mais auparavant, il convient de souligner que la matière du droit des investissements internationaux n'est décidément pas celle de la simplicité: on ne s'entend même pas sur la notion d'investissement. Cependant, on doit souligner que de nombreux, et sérieux efforts, ont été faits pour régler ce problème de définition. Aucun de ces efforts n'a pu aboutir à une définition communément acceptée. Néanmoins, l'examen des différentes propositions qui ont été faites à ces différentes occasions nous permettra, sans doute, de nous faire une idée assez précise de la notion avant d'aborder le fond de notre sujet. En tout état de cause, nous pouvons d'ores et déjà

¹¹-Ibid.

retenir que, dans sa forme la plus courante, la plus importante et la plus visible d'investissement direct étranger, l'investissement international est étroitement lié aux activités des sociétés transnationales. Ce problème de définition, la délimitation du sujet, l'énoncé des thèses développées et la précision de la terminologie particulière employée, vont d'abord retenir notre attention dans un chapitre préliminaire.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE: PROLÉGOMÈNES

Que devons-nous entendre par investissement étranger, ou international? La réponse à cette question n'est pas des plus aisées. Pourtant, la définition de la notion d'investissement devrait être le préalable de notre étude. On ne saurait, normalement, étudier le régime d'une catégorie juridique indéfinie¹². Nous aborderons donc, avant tout, cette question de définition. Il nous conduira à évoquer les tentatives qui ont été faites dans le passé pour y répondre. Nous exposerons aussi la problématique du couple investissement direct étranger-sociétés transnationales. À défaut de parvenir, ce faisant, à une définition précise de la notion d'investissement, nous pourrions, au moins, nous en faire ainsi, une assez bonne idée. Nous, présenterons, ensuite, la délimitation de notre sujet, l'énoncé des thèses que nous nous proposons de développer et la terminologie particulière que nous envisageons d'employer.

SECTION I: LA NOTION D'INVESTISSEMENT EN DROIT INTERNATIONAL

Cerner la notion d'investissement n'est pas la moindre des difficultés. Elle est, en effet, réputée «l'une des plus malaisées qui soient à définir»¹³ et échapperait même, pour le juriste, à toute tentative de conceptualisation. Le professeur Prosper Weil a pu ainsi écrire, en parlant des

¹²-Il est possible de considérer que la discussion du problème de la définition de l'investissement ne constitue ici que de vaines élucubrations. Mais une semblable appréciation serait, sans doute, hâtive. Nous fondons notre opinion sur des motifs fondamentaux de méthodologie. D'après l'éminent Doyen François Gény, en effet, «le moyen normal, de fixer la signification des mots, et, par là, d'encadrer les concepts qu'ils désignent, par rapprochement et opposition avec le "déjà connu", se rencontre dans la définition, qui, en matière de droit, sera la définition juridique, instrument capital, tant pour avancer la connaissance des préceptes, que pour en assurer l'action...», *Science et technique en droit privé positif*, tome 1^{er}, Paris Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1913, n° 52, p. 152. J. Dabin n'avait certainement pas voulu exprimer une idée contraire en disant que «le facteur premier de la praticabilité du droit consiste dans une suffisante définition. Un droit insuffisamment défini n'est point praticable en ce sens que son application donnera lieu à des hésitations et à des controverses génératrices d'insécurité», J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz 1969 n° 232, cité par J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2e éd. 1989, n° 183, pp. 195 et 196.

¹³-D. Carreau, T. Flory et P. Juillard, *Droit international économique*, op. cit. note n° 7, n° 932, p. 559.

«contrats de développement économique», que «ni le concept d'investissement ni le concept de développement économique ne sont susceptibles de définition juridique»¹⁴.

Malgré tout, de nombreuses tentatives ont été faites, tant dans la doctrine que dans les conventions internationales, pour déterminer ce qu'est l'investissement international. Sans ajouter à la querelle, ou prétendre régler ce problème controversé, nous croyons devoir faire rapidement le point de ces tentatives. Notons dès à présent que, comme pour compliquer davantage les termes du débat, de nouvelles formes d'investissement ont pu être identifiées au cours des dernières décennies. D'un autre côté, nous devons souligner que les notions d'investissement direct étranger et de sociétés transnationales, sont consubstantielles. Sous la forme de l'investissement direct étranger, il est inséparable de la notion de sociétés transnationales. Cela nous impose de rappeler la problématique générale de ces entreprises en rapport avec notre sujet.

1-Les tentatives de définition de la notion d'investissement en droit international

Ces tentatives ont été conduites à la fois dans la doctrine et dans les pratiques conventionnelles. En outre, une courte étude de la jurisprudence du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.) pourra, certainement, nous fournir des éléments concrets de compréhension de cette question¹⁵.

¹⁴-«Droit international et contrat d'État», *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 549, à p. 581, n° 28. (C'est nous qui soulignons).

¹⁵-Dans la mesure où il existe des législations nationales relatives à l'investissement international, on aurait pu aussi y rechercher la définition. Hélas! Une telle démarche aurait été inutilement éprouvante. Selon Patrick Juillard, qui a étudié ces lois, «[...] il n'y a guère de Droit interne qui n'ait sa propre définition de l'investissement international [...]. Ces définitions comme on peut s'y attendre, font entre elles une extravagante cacophonie ...», «Chronique de droit international économique. Investissements privés», 30 *A.F.D.I.* (1984), 773, n° 2.

1.1-La doctrine et la définition de l'investissement international

Plusieurs définitions peuvent être considérées ici. Dans un article publié en 1952, Georg Schwarzenberger a conçu l'investissement en terme de *property*. Pour lui, en effet, «*In International Law, the term property has come to be extensive with any type of rights and interests in property and is synonymous with foreign investment*»¹⁶. Dix sept ans plus tard, en 1969, Shwarzenberger récidiva dans son opinion en écrivant que: «*The terms investments and property are treated as synonymous and cover all types of interests and rights in property*»¹⁷. Cette conception n'a jamais reçu une large adhésion. On peut, d'ailleurs, douter de ce que tout objet de propriété (*proprerty*) puisse être tenu pour investissement sans égard, en particulier, pour son affectation économique, c'est-à-dire son utilisation dans le cadre d'une activité de production ou, au contraire, pour des besoins de consommation. Il va sans dire que c'est dans le premier cas seulement qu'on est porté à penser à un acte d'investissement. Ceci a été bien perçu dans les travaux de l'I.L.A. sur le sujet.

L'*International Law Association (ILA)* s'était, en effet, intéressée aux problèmes de la protection des investissements internationaux. Dans un rapport présenté en 1966 à la Commission des Investissements dans les Pays en voie de Développement de cette association, le Professeur Phillipe Kahn, de l'Université de Dijon (France), avait relevé à la fois la nouveauté et «l'incertitude» de la notion d'investissement¹⁸. Il y avait également proposé des définitions-

¹⁶-«*The Protection of British Property Abroad*», 5 C.L.P. (1952), p. 296.

¹⁷-*Foreign Investments and International Law*, New York/ Washington, Frederick A. Praeger, Publishers, 1969, p. 17.

¹⁸-«Problèmes des investissements étrangers dans les pays en voie de développement», Rapport préliminaire, *The ILA Report of the Fifty-Second Conference*, Helsinki, 1966, pp. 836 et 843. M. Kahn avait également écrit, en 1969, que: «l'investissement est une notion juridique nouvelle. Le terme n'apparaît en effet en recouvrant une institution autonome dans la littérature spécialisée que depuis une quinzaine d'années environ sans qu'il soit possible de déterminer avec précision la date première de son emploi», «Investissements» dans Ph. Franceskakis, *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1969, p. 190, n° 1. Sur la nouveauté de la notion voir aussi J.-P. Lavié, *Protection et promotion des investissements*, op. cit. note n° 2, p. 2. Notons cependant, au passage, que dans son application aux capitaux internationaux le terme est d'usage depuis assez longtemps. On peut lire, en effet, dans la sentence de

descriptions aux différentes formes d'investissement qu'on pouvait observer à l'époque. Il s'agit, d'une part, de l'apport financier, qui se compose de l'investissement direct, de l'investissement de portefeuille¹⁹, des prêts d'origine publique ou privée et des crédits à l'exportation. Le Professeur Kahn avait identifié, d'un autre côté, l'apport technique. Il avait rangé, dans cette dernière catégorie, les cessions de brevets, les accords licences et de *know-how*, la formation professionnelle, les contrats d'étude ou d'*engineering*. Cependant, il n'avait proposé, à la notion d'investissement prise dans son unité, aucune définition précise dans ce rapport ²⁰.

l'Affaire de la Pêcherie Ashmore (1884, Chine c./ États-Unis) le motif suivant: «The fact that Dr. Ashmore was not willing to part with his deeds, and that he is for the moment deprived of a good investment, should be taken into consideration, and in the estimating the value of the fishery, a certain sum has to be added to the purchase money...», Voir cette sentence dans H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale - Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, 1794-1900, Berne, Imprimerie Stämpfli & Cie, 1902, p. 601. En outre Edwin Borchard écrivait dans la préface datée du 1er Mars 1915 à son magistral ouvrage intitulé *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*: «...an increasing amount of capital, American as well as European, has been seeking investment in foreign countries, and the growth of international commerce and intercourse has resulted in the creation of vast commercial and other interests abroad...»?, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, p. v. (C'est nous qui soulignons).

¹⁹-L'investissement direct se caractérise par la création et l'opération d'une activité économique dont l'investisseur détient le contrôle grâce à sa participation pour la totalité ou la majorité du capital social. Quant à l'investissement de portefeuille il consiste en l'acquisition de parts sociales dans une entreprise existante, *The I.L.A. Report of the Fifty-Second Conference*, Helsinki, 1966, p. 844. Voir aussi Charles Oman, *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement*, Paris, O.C.D.E., 1984, p. 20.

²⁰-*I.L.A. Report of the Fifty-Second Conference* 1966, pp. 838-847. Il convient de mentionner que Ph. Kahn avait proposé, dans sa contribution au *Répertoire de droit international* Dalloz (Paris, Dalloz, 1969, «Investissement», p. 191, § n° 12, note n° 18), la définition unitaire suivante à la notion d'investissement: «Il faut entendre par investissement -mais sans donner à la définition un sens trop rigoureux- toute contribution d'une certaine durée ayant pour résultat le développement d'une activité économique -que cette contribution soit faite sous forme de biens corporels ou incorporels (y compris la propriété industrielle, le *know-how*, le résultats de recherches) ou sous forme de crédit.». On aura noté la réserve de souplesse dont l'auteur a affecté sa proposition. Rappelons, enfin, que les travaux de l'ILA sur la question des investissements internationaux, s'étaient achevés en queue de poisson à sa session de New York de 1972. La résolution finale, portant sur un contrat-type, proposée par la Commission avait été rejetée à cette session par l'Association. Le rapport de la Commission avait exclu de son champ les «gros investissements» pour n'appréhender que «l'investissement direct de moyenne importance dans le secteur industriel». *The I.L.A. Report of the Fifty-fifth Conference*, New York 1972, pp. 661 et 684; voir aussi *The I.L.A. Report Fifty-sixth Conference*, New Dehli 1974, pp. 415-419..

L'Institut de Droit International (I.D.I.) avait aussi entrepris l'étude des problèmes juridiques posés par l'investissement international. Cela l'avait conduit à évoquer la signification de la notion. Dans son rapport sur «les conditions juridiques des investissements de capitaux dans les pays en voie de développement et des accords y relatifs», le Professeur Ben Atkinson Wortley, de l'Université de Manchester (Grande-Bretagne), avait écrit qu'«on est en général d'accord qu'un investissement consiste en une fourniture de biens, ou éventuellement de services, en vue d'un gain-matériel ou politique. L'investissement peut se composer de biens immatériels». Wortley avait ajouté à sa formulation l'interrogation suivante: «Ne pouvons-nous pas, par-dessus tout, considérer la réalisation d'une "paix juste et durable" comme un investissement?»²¹. Mais, plus exactement, la question posée par le rapporteur sur la notion d'investissement, aux membres de la 9e Commission de l'Institut chargée de débattre du sujet, était la suivante:

«Êtes-vous d'accord qu'un investissement dans un pays en voie de développement (investissement étant un terme qui désigne n'importe quelle sorte de contrat, de concession ou de traité) est constitué par le transfert à ce pays, en vue d'y être employés, de l'argent, des biens de propriété, des techniciens ou des entreprises, dans l'espoir ou l'attente d'en retirer quelque bénéfice?»²²

L'accord des membres de la Commission n'avait pas pu se faire sur cette proposition²³.

Dominique Carreau, Thiébaud Flory et Patrick Juillard avaient aussi consacré de longs développements à la notion d'investissement dans leur ouvrage collectif sur le droit international

²¹-Ann. I.D.I., Session de Nice, 1967, vol. 52-1, pp. 406-407.

²²-Ibid., pp.450 et 451.

²³-En réponse à cette question, en effet, van Hecke avait souhaité l'élaboration «d'un concept très large», Jennings avait déclaré: «*I am shy of attempting too tight a definition*», Reuter s'était prononcé pour «une définition plus précise», Rosenne avait exprimé «*some doubts as regards persons (technicians)*», tandis que Yasseen avait proposé non seulement «...d'exclure le transfert des techniciens de la définition de l'investissement» mais aussi de «lier plus étroitement le transfert de ressources (argent, biens) à l'amélioration du "*capital endowment of the receiving country*". Voir Ibid., pp.482, 489, 498, 504 et 520. Beaucoup plus tard, la définition de Wortley recevra une nouvelle critique, pour avoir pris en considération des valeurs non économiques et non patrimoniales ainsi que pour son absence de nuance quant aux biens destinés à la consommation personnelle. J.-P. Laviec, *Protection et promotion des investissements*, op. cit. note n° 2, p. 21, note n° 33..

économique²⁴. La «définition traditionnelle», qui avait retenu leur adhésion, se retrouve chez Patrick Juillard qui estime que trois caractères communs sont inhérents à l'investissement international. D'après lui:

«Le premier de ces caractères résulte de l'existence d'un apport, qui peut être soit un apport en espèces, soit en un apport en nature [...]. Le second de ces caractères dérive de l'origine de l'apport: l'investissement dont il s'agit est l'investissement privé, non pas l'investissement public [...]. Le troisième de ces caractères tient à la destination de l'apport: qu'il s'agisse d'investissements actifs ou d'investissements passifs, ceux-ci sont constitués aux risques et périls de l'investisseur, qui recueille le bénéfice ou supporte les pertes de l'opération économique.»²⁵

Notons enfin que, dans son ouvrage remarqué sur la protection et la promotion des investissements, Jean-Pierre Laviec avait conclu, après de minutieuses analyses, que:

«[...] le terme "investissement" recouvre, au sens large, une décision d'affecter des avoirs à des activités de production et/ ou de services, de manière à ce qu'ils ne soient plus immédiatement disponibles pour des besoins de consommation. En eux-mêmes, les prises de participation dans une société, les prêts, emprunts et crédits qui ne sont pas à court-terme, les droits de concession et les droits de propriété industrielle entrent dans le champ de la notion d'investissement. Il existe aussi une frange de cas incertains, qui sont à la limite des transactions commerciales, monétaires ou immobilières. Leur qualification en tant qu'investissements dépend, notamment, de leur affectation dans le cadre d'une entreprise, du caractère isolé ou combiné des actes, et des définitions particulières des réglementations applicables.»²⁶

On aura remarqué l'importance des considérations économiques dans cette définition qui, par ailleurs, traduit bien toute la complexité de la réalité couverte par la notion d'investissement. Cette complexité n'a pas manqué de présenter des difficultés, lors de l'élaboration de certaines conventions internationales.

²⁴-*Droit international économique*, op. cit. note n° 7, pp. 560 et s., n° 935 et s.

²⁵-«Chronique de droit international économique. Investissements Privés», loc. cit., 30 A.F.D.I. (1984), n° 11, 773-781, à 777. Notons que cette définition a été critiquée par Charles Leben, «Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement: réflexions sur la décennie écoulée 1976-1986», 113 J.D.I. (1986), 895 et s., à 943 à 946.

²⁶-J.-P. Laviec, *Protection et promotion des investissements*, op. cit. note n° 2, p. 28. Mentionnons que d'autres recherches de définition de l'investissement avaient été effectuées par plusieurs auteurs. Nous pouvons citer, par exemple, l'intervention de Jean Richemont, présentée sous le titre «Définitions et types d'investissements», dans le cadre du Colloque juridique international tenu à Paris du 22 au 24 Mai 1967 sur le thème *Les investissements et le développement économique des pays du Tiers-Monde*, Paris, Pedone, 1968, pp. 45-58, à pp. 50 et s..

1.2-La notion d'investissement dans les conventions internationales

Si les conventions bilatérales relatives à la protection des investissements sont en nombre toujours croissant, depuis le début des années 1960, seulement deux conventions multilatérales non régionales sont à signaler dans ce domaine spécifique: la Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention C.I.R.D.I.) et la Convention portant création de l'Agence Mutuelle de Garantie des Investissements (la Convention A.M.G.I.). Puisque l'investissement constitue l'objet de ces textes, ils en évoquent tous deux la notion. À ce titre, ils appellent ici notre attention. Nous passerons, ensuite, à l'examen de quelques exemples de définition pris dans les conventions bilatérales.

1.2.1-La notion d'investissement dans les conventions C.I.R.D.I. et A.M.G.I.

La Convention C.I.R.D.I. a été signée à Washington (d'où son autre nom de Convention de Washington), sous l'égide de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (B.I.R.D. ou Banque mondiale), le 18 Mars 1965²⁷. Ce Traité multilatéral compte parmi les efforts entrepris au début des années 1960, principalement par les pays membres de l'O.C.D.E., pour réduire les risques politiques auxquels sont confrontés leurs milieux d'affaires

²⁷-L'historique de cette Convention ainsi que ses Travaux préparatoires ont été présentés dans les documents officiels de la B.I.R.D. intitulés *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Historique de la Convention/ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. History of the Convention*, 3 volumes, Washington, D.C., 1968-1970. Le texte de la Convention a été publié au 575 R.T.N.U. 169 (1966). Voir aussi 4 ILM 524 (1965) et 93 J.D.I. (1966), 50. L'une des premières études de fond de cette Convention est celle de Mario Amadio, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965*, Préface de Lucien Siorat, Paris, L.G.D.J., 1967. On pourrait également consulter Aron Broches, «The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States», 136 R.C.A.D.I. (1972-III), 331-410; voir également Georges R. Delaume, «La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États», 93 J.D.I. (1966), 26-49. Notons que A. Broches était le principal responsable de la préparation de l'avant-projet de la Convention et qu'il avait été assisté dans cette tâche d'une équipe de juristes comprenant Georges R. Delaume; ils étaient alors tous deux membres du Département Juridique de la Banque mondiale. *Historique de la Convention*, vol. I, p. 2, note n° 2. Voir en annexe, *infra* p. 379, le texte de cette convention.

et leurs sociétés transnationales dans les pays en voie de développement. Le souvenir du gouvernement iranien de Mossadegh qui avait, notamment, nationalisé l'Anglo-Iranian Oil Co., était encore, à l'époque, bien frais dans les mémoires. En outre, Nasser comme Sukarno, pour ne citer que ces deux grands leaders politiques du Tiers-Monde de l'époque, étaient encore au pouvoir, respectivement, en Égypte et en Indonésie où des nationalisations avaient été aussi opérées²⁸.

La Convention C.I.R.D.I. a créé le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.) dont l'objet est d'offrir aux parties intéressées, et qualifiées, des facilités pour régler leurs litiges par la conciliation ou par l'arbitrage. L'intérêt de cette institution pour les investisseurs étrangers et les sociétés transnationales, réside dans le fait que, comme forum de règlement des litiges indépendant de l'État d'accueil, elle représente une garantie certaine²⁹. Pour la même raison, le C.I.R.D.I. est, en principe, de nature à favoriser des flux d'investissements privés en direction des pays en développement. Si la B.I.R.D. a été le maître d'œuvre de ce projet c'est parce que, avant l'avènement du Centre et eu égard à sa mission et à son prestige, elle avait été maintes fois sollicitée pour prêter ses bons offices au règlement de litiges du genre. Ce fut, notamment, le cas à la suite des nationalisations de l'Anglo-Iranian Oil Company par l'Iran en 1951-1952 et du Canal de Suez par l'Égypte en 1956³⁰.

²⁸-Sur les nationalisations importantes intervenues dans le Tiers Monde de 1957 à 1985 voir, entre autres, Charles R. Kennedy Jr., *«Relations between Transnational Corporations and Governments of Host Countries. A Look to the Future»*, 1 *Transnational Corporations*, n° 1, (1992), 67-91, spécialement à p. 73.

²⁹-Jean-Flavien Lalive, «Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents», 181 *R.C.A.D.I.* (1983-III), 9-284, à 63 à 66.

³⁰-Sur ce point voir Malcolm D. Rowat, *«Multilateral Approaches to Improving the Investment Climate of Developing Countries: The Cases of I.C.S.I.D. and M.I.G.A.»*, 33 *Harvard International Law Journal* (1992), 103-144, notamment à 106. Cet article propose, plus généralement, une étude récente tant des Conventions C.I.R.D.I. et A.M.G.I. que du fonctionnement du Centre et de l'Agence.

Quant à la Convention A.M.G.I., encore appelée Convention de Séoul pour avoir été conclue dans la capitale sud-coréenne le 11 Octobre 1985³¹, elle représente la concrétisation d'une idée considérée par la Banque mondiale dès ses débuts, plus précisément à partir 1948³². L'objet de l'A.M.G.I. est, en effet, de fournir aux investisseurs intéressés à s'installer dans le Tiers-Monde, une assurance contre les risques politiques auxquels ils sont exposés³³.

L'A.M.G.I. et le C.I.R.D.I. sont rattachés au Groupe de la Banque mondiale et leur domaine d'intervention est, en principe, limité à l'investissement international à destination, principalement, des pays en développement. Les deux conventions sont, en outre, sans équivalent à l'échelle universelle. Aussi bien, une recherche de la notion d'investissement ne peut être valablement conduite sans interroger leurs dispositions. Nous considérerons d'abord, en raison de son antériorité, la Convention C.I.R.D.I..

³¹-Une version française de cette Convention a été publiée au 117 J.D.I. (1990), 770-793.

³²-D. Rowat, «Multilateral Approaches to Improving the Investment Climate of Developing Countries: The Cases of I.C.S.I.D. and M.I.G.A.», loc. cit. note n°30, 119.

³³-Outre l'article de Rowat il existe déjà une bibliographie assez considérable sur l'A.M.G.I.. Nous ne pouvons en présenter ici que quelques-uns des titres les plus intéressants. L'égyptien Ibrahim I.F. Shihata, Vice-président et Conseiller général de la Banque mondiale, Secrétaire-Général du C.I.R.D.I. en est l'auteur de plusieurs. De lui nous pouvons signaler: «The Multilateral Investment Guarantee Agency», 20 *The International Lawyer* (1986), 485-497; «L'Agence Multilatérale de garantie des investissements (AMGI)», 33 *A.F.D.I.* (1987), 498-512; «Factors Influencing the Flow of Foreign Investment and the Relevance of a Multilateral Investment Guarantee Scheme», 21 *The International Lawyer* (1987), 671-694. Il y a aussi, entre autres, un article de S.K. Chatterjee, «The Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency», 36 *I.C.L.Q.* (1987), 76-91, un de Georges R. Delaume, «La Banque mondiale et la mise en oeuvre du droit international», dans *S.F.D.I., Colloque de Nice, 1985: les Nations Unies et le droit international économique*, Paris, Pedone, 1986, 311-326, 324 à 326, deux de Jean Touscoz «L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements», 13 *D.P.C.I.* (1987), 311-333, «Les opérations de garanties de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I.)», 114 *JDI* (1987), 901-925 et, enfin, un de Jürgen Voos («The Multilateral Guarantee Agency: Status, Mandate, Concept, Features, Implications», 21 *Journal of World Trade Law* (1987-4), 5-23.

a-La notion d'investissement dans la Convention C.I.R.D.I.

Les difficultés les plus notables, au sujet d'une définition de l'investissement international, ont été rencontrées dans le cadre de l'élaboration de cette Convention. Aux termes de son article 25

(1) qui traite de la compétence du C.I.R.D.I.:

«La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre [...].»

Ainsi la compétence *ratione materiae* du Centre est, en principe, strictement circonscrite aux questions d'investissement³⁴. Mais, en dépit de cette prescription, la *Convention de Washington* n'a retenu aucune définition pour la notion d'investissement. La raison de ce silence du texte ne réside pas dans l'ignorance de ce problème de définition par ses auteurs³⁵. Au contraire plusieurs définitions furent même proposées aux négociateurs lors des travaux préparatoires. L'une de

³⁴-Sauf bien entendu le jeu du «Mécanisme Supplémentaire» (pour l'administration de procédures de conciliation, d'arbitrage et de constatation des faits) adopté par le Conseil d'administration du Centre le 27 Septembre 1978 pour étendre sa compétence aux litiges sans lien direct avec un investissement ou mettant en cause un État non membre de la Convention, *Revue de l'arbitrage* (1979), 389. On peut voir un résumé de ce texte dans 17 *I.L.M.* 1582 (1978). Hormis ces situations particulières et exceptionnelles, le règlement d'introduction des instances devant le Centre est très strict sur la qualification de l'opération en cause et exige, à son article 2 (1), que la requête introductive d'instance contienne «[...] des informations concernant l'objet du différend et indiquant l'existence, entre les deux parties, d'un différend d'ordre juridique en relation directe avec un investissement». Le même règlement dispose en outre, à son article 41 (2), que «Le tribunal peut de sa propre initiative et à tout moment de l'instance, examiner si le différend ou toute demande accessoire qui lui est soumise ressortit à la compétence du Centre et à sa propre compétence», C.I.R.D.I., *Règlement d'introduction des instances et règlement d'arbitrage* pris en application de l'article 6 de la Convention de Washington du 18 Mars 1965, version modifiée entrée en vigueur le 26 Septembre 1984, *J.D.I.* (1986), 253.

³⁵-Contrairement d'ailleurs aux affirmations de Philippe Ouakrat. Cet auteur avait en effet écrit que «[...] ni la Convention de Washington, ni ses travaux préparatoires, ne définissent cette notion-clé [...]», «La pratique du C.I.R.D.I.», 13 *D.P.C.I.* (1987), 273-310, 285. S'il entend par-là que les délégués aux travaux préparatoires n'avaient pas réussi à s'accorder sur une définition précise et unique son observation est tout à fait fondée. Mais, on doit souligner que plusieurs propositions de définition avaient été présentées et discutées dans plusieurs des réunions. Notons du reste que Mario Amadio a cru pour sa part trouver «la définition» «très générale» de la notion dans le premier paragraphe du préambule qui vise «les investissements privés internationaux», *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965*, op. cit. note n° 27, p. 95.

ces définitions avaient même été préparée par le Département juridique de la B.I.R.D.. Elle était formulée comme suit:

*«The term "investment" means the acquisition of
(i) property rights or contractual rights (including rights under a concession) for the establishment or in the conduct of an industrial, commercial, agricultural, financial or service enterprise; or
(ii) participations or shares in any such enterprises; or
(iii) financial obligations of a public or private entity other than obligations arising out of short term banking or credit facilities.»*³⁶

Certains délégués avaient proposé d'autres définitions au sein de différents groupes de discussion de l'avant-projet. On eût même recours à la consultation de certaines Conventions bilatérales ainsi qu'à certaines législations internes relatives aux investissements³⁷. Mais experts juridiques et délégués ne purent se mettre d'accord sur aucun texte. Alors que d'aucuns réclamaient avec insistance une définition stricte (*"closed approach"*), d'autres penchaient fortement pour une conception large (*"open" formula*)³⁸. Dans ces conditions, et pour, avait-on dit, prévenir les inévitables questions préjudicielles sur la compétence des tribunaux C.I.R.D.I. préfigurées par ce débat, il fut décidé d'abandonner le sujet et de s'en remettre à la volonté des parties et à la sagesse des tribunaux arbitraux³⁹.

³⁶-I.C.S.I.D., *History of the Convention*, volume II, Part II, p. 844.

³⁷-Ibid., pp. 827 à 844.

³⁸-Ibid., p. 972.

³⁹-La justification suivante est donnée dans les documents des travaux préparatoires: «La Convention ne contient aucune définition détaillée du genre de différends pour lesquels on peut recourir aux facilités du Centre. Les principes généraux énoncés dans le Préambule, l'emploi du terme "différends relatifs aux investissements", et la nécessité que le différend soit d'ordre juridique par opposition aux différends d'ordre politique, économique ou strictement commercial, ont été jugés suffisants pour limiter la portée de la Convention à cet égard. Les États contractants seront libres, dans le cadre de ces limites, de déterminer pour chaque cas particulier les différends qu'ils soumettront au Centre. Une définition plus précise risquerait d'ouvrir la porte à des désaccords fréquents sur l'applicabilité de la Convention à un engagement particulier, ce qui détruirait le but primordial du présent article, à savoir, l'assurance qu'un engagement de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage sera respecté.» (C.I.R.D.I., *Historique de la Convention*, volume III, p. 21, commentaire sous Article II. Georges Delaume donnera la même justification plus tard devant l'ASIL en déclarant que: «The convention [ICSID] does not define the term "investment". This lack of definition, which was deliberate, has enabled the convention to accomodate both traditional types of investment, i.e. capital contributions, and new types of investment, including service contracts and transferts of technology.» «Should Investment in the Third World Be Internationally Protected? What Role for the United Nations?. Remarks by Georges

Il a été ainsi créé un vide conceptuel sensible dans la Convention de Washington. Pour tenter d'y remédier, le C.I.R.D.I. a proposé à ses usagers potentiels des clauses-modèles déterminant la justiciabilité d'une opération sous son égide⁴⁰. Mais, sans manquer complètement d'intérêt pour des situations où la qualification de l'opération en cause serait incertaine, cette démarche paraît insuffisante. D'abord, l'avertissement qui accompagne la clause-modèle de compétence en dit long sur la limite de son efficacité. En outre, cette démarche n'ajoute strictement rien à l'appréciation du Tribunal Arbitral C.I.R.D.I. qui a connu de l'affaire *Alcoa Minerals of Jamaica v. Government of Jamaica*. En effet, se prononçant sur sa compétence, ce Tribunal avait, après avoir relevé que le contrat litigieux n'avait pas défini le terme «investissement», tenu à préciser que le consentement des parties à l'arbitrage C.I.R.D.I. ne pouvait être déterminant («dispositive») sur tous les points de la question de compétence et pouvait seulement peser, encore que fortement («of great weight») il est vrai, dans la décision du tribunal⁴¹. D'un autre côté, comme

R. Delaume», *A.S.I.L. Proceedings of 79th Annual Meeting*, New York, April 25-27 1985, 379-389, 379. À notre avis, cette justification n'est pas satisfaisante. Dans sa version actuelle le texte n'évacue en rien une discussion de la nature de l'opération en cause. Par contre la présence d'une définition dans la Convention aurait seulement posé un problème d'interprétation que les tribunaux arbitraux auraient naturellement résolu dans le sens d'une précision et d'un affermissement du contenu de la notion.

⁴⁰-À cet effet on peut noter la recommandation et l'avertissement suivants de l'institution à l'adresse de ses usagers potentiels: «En vue d'éliminer toute ambiguïté, il est conseillé aux parties d'indiquer expressément dans le document reflétant leur consentement que la transaction objet de leur contrat constitue un investissement au sens de la Convention.- À cet égard, il convient néanmoins d'observer que la définition formulée par les parties ne saurait lier: 1) le Secrétaire Général qui demeure libre de refuser l'enregistrement d'une requête en conciliation/ arbitrage dans la mesure où il estime, au vu des informations contenues dans la requête, que le différend excède manifestement la compétence du CIRDI (par exemple, parce que l'objet du différend se rapporte à une affaire commerciale et non à un investissement); ou 2) la Commission de Conciliation ou le Tribunal Arbitral, qui reste seul juge de décider si le différend en cause est de sa compétence ou en est exclu. [...)], CIRDI, «Modèles de clauses» (7 Juillet 1981), Section 2, § n° 7, point 5 et 6, 108 *J.D.I.* (1981), 964. La version anglaise de ce texte, «*ICSID Model Clauses, Section 2, § n° 7*», a été citée par Georges R. Delaume dans son article intitulé «*ICSID Arbitration: Practical Considerations*», 1 *Journal of International Arbitration* (1984), 119. Voir aussi, du même auteur, «*Le CIRDI et l'immunité des États*», *Revue de l'arbitrage* (1983), 143, 154 et 155.

⁴¹-John T. Schmidt, «*Arbitration Under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implication of the Decision on Jurisdiction in Alcoa Minerals of Jamaica Inc. v. Government of Jamaica*», 17 *Harvard International Law Journal* (1976), 100, note n° 35; voir aussi IV *Yearbook of Commercial Arbitration* (1979), 207.

on l'a relevé, une application libérale et générale d'une telle clause tendrait à vider de tout sens la condition que le différend considéré ait un rapport avec un investissement⁴².

Ainsi, face aux controverses, les rédacteurs de la Convention de Washington avaient omis de définir formellement l'investissement. Cette première opportunité d'élaboration d'une définition juridique internationale, et autorisée, de la notion avait été donc perdue. La préparation de la Convention A.M.G.I. en avait offert une nouvelle occasion.

b-La notion d'investissement dans la Convention A.M.G.I.

Aux termes de l'article 2 de la Convention de Séoul «L'Agence a pour objectif d'encourager les flux d'investissement à des fins productives entre les États membres en particulier vers les États membres en développement [...]». Mais, encore une fois, aucune définition de l'investissement n'a été retenue dans ce traité.

À l'article 3 de la Convention, qui porte sur les «Définitions», les expressions «État membre», «pays d'accueil», «État membre en développement», «majorité spéciale», «monnaie librement utilisable» ont retenu l'attention des rédacteurs à l'exclusion de l'«investissement» qui constitue pourtant la raison d'être et la fondation de toute la construction. Bien sûr, la Convention de Séoul a consacré son article 12 aux «investissements admissibles» et procédé à leur énumération.

Aux termes du paragraphe a) de ce texte:

«les investissements admissibles comprennent les prises de participation, y compris les prêts à moyen ou à long terme accordés ou garantis par les détenteurs du capital de l'entreprise intéressée, et toutes formes d'investissement direct jugées admissibles par le conseil d'administration.»

⁴²-Philippe Ouakrat, «La pratique du C.I.R.D.I.», 13 D.P.C.I. (1987), 286, note n° 35.

Cette disposition conventionnelle a été développée par les Règlements de l'Agence (*Part I, Chapter I, Section I*) qui a également procédé par énumération⁴³. On a cru déceler dans le jeu combiné de ce texte des Règlements et celui de l'article 12 de la Convention, une contribution à la clarification des «problèmes difficiles et controversés posés par la définition de l'investissement international» et la présence d'«une définition assez large de l'investissement étranger»⁴⁴. Dans tous les cas, nous devons constater qu'aucune définition synthétique ne ressort de ces textes.

Ainsi, à l'instar de la Convention C.I.R.D.I., la Convention A.M.G.I. ne donne, en définitive, que des indications sur la signification précise du concept d'investissement international. L'examen des conventions bilatérales de protection des investissements pourra, peut-être, nous éclairer davantage sur la question.

1.2.2-La notion d'investissement dans les conventions bilatérales

Comme il a été déjà noté dans une étude autorisée, les conventions bilatérales de protection des investissements tendent, pour la plupart, à réglementer «le traitement et la protection des biens étrangers» et non pas, strictement parlant, le seul investissement. Celui-ci apparaît ainsi comme une «partie d'un tout» dans ces conventions⁴⁵ qui, pour la plupart, reprennent le projet de

⁴³—«*Operational Regulations of the Multilateral Investment Guarantee Agency*», as adopted by MIGA's Board of Directors on June 22, 1988, 27 I.L.M. 1227 (1988). Ce texte a déterminé (articles 1.03 et 1.04) les caractéristiques de ce que l'Agence pourra retenir comme «*Equity Interests*» et a présenté (article 1.05) les différentes formes possibles du «*Non-Equity Direct investment*». Nous avons ainsi au titre de cette dernière catégorie les «*production-sharing contracts*», les «*profit-sharing contracts*», les «*management contracts*», les «*franchising agreements*», les «*licensing agreements*», les «*turnkey contracts*», les «*operating leasing agreements*», et les «*subordinated debentures*».

⁴⁴—J. Touscoz, «Les opérations de l'Agence Mutuelle de Garantie des Investissements», 114 J.D.I. (1987), 907. Voir aussi du même auteur «L'Agence Mutuelle de Garantie des Investissements», 13 D.P.C.I. (1987), 311 et s..

⁴⁵—Patrick Juillard, «Chronique de droit international économique. Investissements», 30 A.F.D.I. (1984), 776 et 777.

Convention de l'O.C.D.E. sur la Protection des Biens Étrangers du 12 Octobre 1967. L'objet de ce projet est défini à son article 9 (c), dans sa version anglaise, comme suit:

*"Property" means all property, rights and interests, whether held directly or indirectly, including the interest which a member of a company is deemed to have in the property of the company. [...]*⁴⁶

Même l'article I (b) de la convention-modèle des États-Unis définit l'investissement comme suit:

*"Investment" means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other party, such as equity, debt, service and investment contracts; and includes: (i) tangible and intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges; (ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof; (iii) a claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment; (iv) intellectual and industrial property rights, including rights with respect to copyrights, patents, trademarks, trade names, industrial designs, trade secrets and know-how, and goodwill; and (v) any right conferred by law and all contract, and any licenses and permits pursuant to law;*⁴⁷

Nous retrouvons, à peu de mots près, cette même définition dans les Conventions États-Unis-Sénégal (1983)⁴⁸, Cameroun-États-Unis (1986)⁴⁹, Argentine-États-Unis (1991)⁵⁰ pour ne retenir que ces trois traités impliquant les États-Unis. Nous retrouvons aussi une définition similaire dans la convention Royaume-Uni-Bénin conclue à Cotonou le 27 Novembre 1987⁵¹.

⁴⁶-OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, 7 ILM 117 (1968) à 137.

⁴⁷-United-States Prototype Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (1984 Revised Text), dans UNCTC, *Bilateral Investment Treaties*, New York, 1988, Annex V, 123-131, 131 et 132. Patrick Juillard nous propose une version française de la rédaction de ce projet dans A.F.D.I. (1983), 596-605.

⁴⁸-Treaty between the United States of America and the Republic of Senegal Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, Done at Washington on December 6, 1983, publié dans ICSID, *Investment Promotion and Protection Treaties*, Binder III, Booklet 1983, 99 et s..

⁴⁹-Treaty between the United States of America and the Cameroon concerning the reciprocal encouragement and protection of investment, done in Washington, February 26, 1986, Ibid., Booklet 1986, 1 et s..

⁵⁰-Treaty between the United States of America and the Argentina Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, Done at Washington, November 14, 1991, 31 I.L.M. 124 (1992).

⁵¹-Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of Benin for the Promotion and the Protection of Investments, Done at Cotonou November 27, 1987, ICSID, *Investment Treaties*, Binder III, op. cit., Booklet 1987-a, 31 et s..

Il convient de relever que la prolifération dans l'énumération des opérations d'investissement est relativement récente. Les premiers traités bilatéraux de protection des investissements, datant d'avant le projet de Convention de l'O.C.D.E. sur la protection des biens étrangers et, comme nous venons de le voir, ce projet lui-même, avaient retenu des définitions plus modestes et plutôt synthétiques.

Dans tous les cas, la tendance à la couverture de l'ensemble des biens étrangers ne s'est jamais démentie. Ainsi, par exemple, la Convention entre la R.F.A. et le Pakistan, qui est la première du genre au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, donne à son article 8 la définition suivante:

«(1) (a) The term "investment" shall comprise capital brought into the territory of the other Party for investment in various forms in the shape of assets such as foreign exchange, goods, property rights, patents and technical knowledge. The term "investment" shall also include the returns derived from and ploughed into such "investment". (b) Any partnerships, companies or assets of similar kind, created by the utilisation of the above mentioned assets shall be regarded as "investment".»⁵²

En résumé, si les Conventions C.I.R.D.I. et A.M.G.I. restent imprécises sur la question, les conventions bilatérales de protection des investissements n'appréhendent pas non plus de façon spécifique et uniforme l'investissement international. En tout cas, suivant une déclaration faite par A. Broches au cours des travaux préparatoires de la convention C.I.R.D.I., *«[...] While it might be difficult to define "investment", an investment was in fact readily recognizable»⁵³*. C'est cette façon d'aborder le problème qui semble se dégager de l'examen de la jurisprudence du C.I.R.D.I..

⁵²-ICSID, *Investment Treaties*, Ibid, Binder I, Booklet 1959, 1. Sur cette définition et l'évolution des différentes autres retenues par les Conventions bilatérales de protection des investissements voir aussi: United Nations Centre on Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, New York, United Nations, 1988, n° 48 et s., pp.16 et s. Sur le caractère pionnier de ce traité voir, entre autres, Lavieq, *Protection et promotion des investissements*, op. cit. note n° 2, p. 28 et Salacuse, *«BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries»*, loc. cit. note n° 7, 657.

⁵³-ICSID, *History of the Convention*, vol. II, Part II, op. cit., p. 972, n° 65.

1.3-La notion d'investissement dans la jurisprudence du C.I.R.D.I.

Comme nous venons de le rappeler⁵⁴, les tribunaux C.I.R.D.I. doivent s'assurer, pour établir leur compétence, de la nature d'investissement des opérations litigieuses⁵⁵. Commentant récemment

⁵⁴-Voir supra, p. 15.

⁵⁵-L'évocation des problèmes de l'investissement n'est pas nouvelle dans les prétoires internationaux. Dans le passé, et surtout depuis la seconde moitié du XIXe siècle époque marquée par l'expansion des relations économiques mondiales à la suite de la révolution industrielle européenne, ils ont relevé des rubriques de la responsabilité internationale des États et de la protection diplomatique (Lavieq, *Protection et promotion des investissements*, op. cit. note n° 2, pp. 2 à 5; Lucius Caflisch, *La protection diplomatique des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, thèse de doctorat en droit n° 581, Université de Genève, La Haye, Martinus Nijhoff 1969, pp. 69 et s.). Une part essentielle des arbitrages qui avaient jalonné le développement de l'institution arbitrale concernait le sort de biens, droits et intérêts revenant à des étrangers. Les droits concessionnaires y tenaient une place de choix. Spécialement, mais non exclusivement, les travaux des Commissions de Réclamation et ceux de différents tribunaux arbitraux ad hoc établis entre différents États européens et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et, d'autre part, les États d'Amérique latine de la fin du XIXe siècle jusqu'à l'entre-deux-guerres du XXe, avaient porté sur un nombre considérable d'affaires dont l'objet est assimilable à des situations d'investissement international. Nous pouvons citer dans ce sens, s'agissant des affaires soumises à des instances arbitrales, et pour ne nommer que certaines des plus connues, *Delagoa Bay Railway* (Grande Bretagne/ États-Unis c. Portugal, 1900, concession de chemin de fer) (Sentence du 29 Mars 1900 rendue par un tribunal arbitral ad hoc, La Fontaine, *Pasicrisie*, p. 397. Voir aussi la présentation des faits dans Moore, *Arbitration*, vol II, p. 1865.), *Orinoco Steamship Company* (États-Unis c. Vénézuëla, 1904 et 1910, concession de transport fluviale) (James Brown Scott, *Les travaux de la Cour Permanente d'arbitrage de La Haye*, New York, Oxford University Press, 1921, pp. 239-293.), *Martini* (Italie c. Vénézuëla, 1930, concession ferroviaire et minière) (II R.S.A.N.U., 975.), *Shufeldt* (Guatemala c. États-Unis, 1930, concession agricole) (II R.S.A.N.U., 1079) et *Lena Goldfields, Ltd.* (c. U.R.S.S., 1930, concession minière) (36 *Cornell Law Quarterly* (1950), 42 ensemble commentaire Arthur Nussbaum, 31). La C.P.J.I. avait également connu d'affaires du même type. Au nombre de celles-ci nous avons, notamment, l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Grande Bretagne, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2), l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise* (Allemagne c. Pologne, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7), celle connexe relative à l'*Usine de Chorzów* (Allemagne c. Pologne, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17), l'affaire *Oscar Chinn* (Grande Bretagne c. Belgique, arrêt, 1934, C.P.J.I. série A/B n° 63, p. 65), et l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (Estonie c. Lituanie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76, p. 4). Pour une étude, plus générale, des sentences et décisions les plus anciennes relatives à la protection des biens étrangers, voir notamment Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, op. cit. note n° 16, pp. 349 et s.. Voir aussi B. A. Wortley, *Expropriation in Public International Law*, Cambridge at the University Press 1959/ New York, Arno Press 1977, pp. 58 à 71 et Lucius Caflisch, *La protection diplomatique des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, op. cit. note n° 60, pp. 88 et s., 90 et s., 97 et s.. Pour la C.I.J. on peut mentionner l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* (Grande Bretagne c. Iran, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 93), l'affaire de la *Barcelona Traction Light and Power Company*,

les problèmes posés par cette exigence, D.H. Bliesener, de l'Université de Bonn, a noté que tous les litiges connus à ce jour par le Centre concernaient des opérations qui répondent, dans leur ensemble, à la «notion plutôt classique d'investissement»⁵⁶. Dans une étude plus ancienne, Georges René Delaume en était déjà arrivé à la même conclusion⁵⁷.

Notons, cependant, que toutes les affaires ne présentaient pas, pour autant, une grande simplicité. D'ailleurs, Bliesener n'a pas manqué de relever, dans son étude, sous une section intitulée «l'extension de la compétence», les particularités présentées par plusieurs d'entre elles. La première est l'affaire *Holidays Inns, S.A. (U.S.A., filiale suisse), Occidental Petroleum Corporation (OPC) (U.S.A) c. Maroc*⁵⁸. Dans cette espèce, une «lettre d'engagement» avait été signée en Septembre 1966, entre les sociétés transnationales américaines demanderesse, et l'État du Maroc. Cette «lettre» avait été suivie d'un accord-cadre (*Basic Agreement*) conclu, toujours entre ces deux sociétés et le Maroc, mais signé le 5 Décembre 1966 entre cet État et deux filiales des deux sociétés (*Holidays Inns, Glarus (Suisse)* et *Occidental Hotels of Morocco*) créées pour l'exécution du projet. Ce *Basic Agreement* contenait une clause d'arbitrage C.I.R.D.I.. Quatre

Limited (Belgique c. Espagne, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970) et, plus récemment, l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (USA c. Italie, arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 15.). Mais ce que l'on peut retenir après avoir parcouru ces différentes décisions arbitrales ou judiciaires internationales est que, mis à part l'arrêt de la C.I.J. dans l'affaire *Barcelona Traction* qui avait considéré plusieurs fois le concept d'investissement sans pour autant véritablement l'explicitier, la définition de la notion n'a jamais retenu la meilleure attention d'aucune de ces instances arbitrales ou juridictionnelles. S'agissant des instances arbitrales ordinaires, telles que la Chambre de Commerce Internationale de Paris (C.C.I.), l'*American Arbitration Association (A.A.A.)* et la *London Court of Arbitration*, leur compétence est avant tout commerciale et dépasse la question stricte de l'investissement international. Nous verrons d'ailleurs plus loin leur faiblesse essentielle à constituer un recours fiable pour un investisseur en bute aux revendications souverainistes d'un État animé de mauvaise volonté (Infra pp. 198 et s.).

⁵⁶-D. H. Bliesener, «La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale», *R.D.I.D.C.* (1991), 95, 101.

⁵⁷-Georges R. Delaume, «*ICSID Arbitration: Practical Considerations*», loc. cit., 101, 118.

⁵⁸-Pierre Lalive, «*The first 'World Bank' Arbitration (Holliday Inns v. Morocco). Some Legal Problems*», *LI BYIL* (1980), 123-161; Patrick Rambaud, «Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI», *28 A.F.D.I.* (1982), 471, n° 9, 11 à 18; D.H. Bliesener, «La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale», *68 R.D.I.D.C.* (1991), 102 à 104.

autres filiales de droit marocain avaient été créées plus tard dans le cadre de la réalisation de ce même projet. Celles-ci nouèrent des relations financières avec une banque marocaine dont elles obtinrent des prêts. Les contrats par lesquels ces prêts avaient été convenus prévoyèrent la compétence du juge marocain. L'interprétation des clauses financières de l'accord-cadre (*Basic Agreement*) donna lieu, par la suite, à un désaccord sérieux entre les parties. Le C.I.R.D.I. fut saisi de ce litige. Devant le Tribunal arbitral l'État marocain invoqua l'incompétence du Centre pour connaître des contrats de prêts. Il y a là, d'après cet État, une question préjudicielle de la seule compétence des tribunaux internes marocains. Se fondant sur le principe de l'unité de l'opération d'investissement («*the general unity of an investment operation*»), le Tribunal rejetta ce moyen du Maroc. Dans son commentaire de la sentence Pierre Lalive releva que

*«It is well known, and it is being particularly shown in the present case, that investment is accomplished by a number of juridical acts of all sorts. It would not be consonant either with economic reality or with the intention of the parties to consider each of these acts in complete isolation from the others. [...]»*⁵⁹.

Cette solution a donc le mérite d'éviter la dispersion du règlement des multiples problèmes juridiques qui peuvent naître des nombreuses opérations impliquées par la réalisation d'un projet d'investissement. Par contre, elle pose la question de la qualification des actes simplement accessoires aux principales opérations du projet.

Un problème semblable s'était posé dans l'affaire Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, Klöckner Belge S.A. et Klöckner Handelsmaatschappij B.V. c. République Unie du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais (Socame) (Klöckner)⁶⁰. Dans cette affaire, une série de quatre contrats principaux avaient été conclus par les deux parties en vue de l'édification, de l'opération et de la gestion d'une usine d'engrais⁶¹. Il naquit un litige entre les

⁵⁹-Pierre Lalive, «*The first 'World Bank' Arbitration (Holliday Inns v. Morocco). Some Legal Problems*», LI BYIL (1980), 159.

⁶⁰-Sentence du 21 Octobre 1983, E. Jimenez de Arechaga, Président, W.D. Rogers, M.D. Schmidt, dissident, 111 J.D.I. (1984), 409, décision d'annulation du Comité *ad hoc* du 3 Mai 1985, 114 J.D.I. (1987), 163.

⁶¹-Il s'agit: -1° d'un Protocole d'Accord du 4 Décembre 1971 entre le Gouvernement et Klöckner qui prévoyait la conclusion d'un second contrat relatif à la livraison de l'usine; ce protocole prévoyait la compétence du C.I.R.D.I. pour le règlement des différends (article 22); -2° d'un Contrat de livraison de

deux parties, suite à la défaillance du Cameroun dans le règlement du prix de l'usine et aux difficultés éprouvées par Klöckner pour faire jouer la garantie du gouvernement camerounais. Klöckner en saisit le C.I.R.D.I. en 1981. Pour justifier le défaut de paiement de la dette, l'État du Cameroun invoqua, devant le Tribunal arbitral, la responsabilité de Klöckner dans les difficultés de fonctionnement des installations. Klöckner répliqua que tous les griefs relatifs à la gestion de l'entreprise sont de la compétence exclusive de la Cour d'arbitrage de la C.C.I. en vertu des stipulations de l'article 8 du *Contrat de management*. La majorité des arbitres rejeta ce moyen de Klöckner en décidant que

«[...] les différends émanant de l'exécution, de la non-exécution ou l'exécution défectueuse de la gestion technique et commerciale de la Socame par Klöckner ont été soumis, depuis le démarrage de l'usine, à la clause CIRDI, et restent soumis à cette clause, en vertu du jeu combiné des articles 9 et 22 du Protocole d'Accord, qui établit la compétence du CIRDI pour le règlement des litiges relatifs à la validité, à l'interprétation ou l'application du présent protocole»⁶².

L'affaire Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (Soabi) c. République du Sénégal (Soabi c. Sénégal)⁶³ posa aussi un problème similaire. Par une convention-cadre, dite *Convention Naïkida*, conclue le 24 Juillet 1975, le gouvernement de la République du Sénégal et la Société de droit panaméen Naïkida, avait convenu de la réalisation d'un projet de construction de 15.000 logements économiques dans un délai de cinq ans. Naïkida avait pris l'engagement de constituer une société de droit sénégalais pour la réalisation du projet. Cette société devait à son tour construire une usine de préfabrication de béton armé. Les parties avaient, en outre, convenu que le financement du projet devait être assuré au moyen d'un prêt

l'usine d'engrais du 4 Mars 1972 intervenu entre le Gouvernement et Klöckner avec une clause d'arbitrage C.I.R.D.I. (article 18); il a été complété par six avenants relatifs au prix et aux conditions de paiement; -3° d'une *Convention d'établissement* du 23 Juin 1973 entre le Gouvernement et l'entreprise mixte des deux parties, la Socame dont Klöckner détenait, au départ 51 % des parts. Le Protocole d'accord du 4 Décembre 1971 et le contrat de livraison de l'usine du 4 Mars 1972 avaient été annexés à cette convention qui contenait une clause d'arbitrage C.I.R.D.I. (article 21); -4° d'un *Contrat de Management* du 7 Avril 1977 entre Klöckner et la Socame qui contenait une clause d'arbitrage C.C.I. pour le règlement des différends (article 8).

⁶²-Ibid, pp. 410 et 411.

⁶³-Sentence des 4 et 9 Février 1988, Aron Broches, Président, J.C. Schutaz, Kéba Mbaye, dissident, 117 *J.D.I.* (1990), 193-218, Observations E. Gaillard.

garanti par le gouvernement. Le promoteur, Naïkida, créa effectivement la société de droit sénégalais prévue, la Soabi. Conformément aux stipulations de la *Convention Naïkida*, le Gouvernement du Sénégal avait conclu, le 17 Septembre 1975, avec la Soabi une convention par laquelle ils ont défini les modalités d'exécution du projet (*Convention Soabi*). Par ailleurs, le 3 Novembre 1975, une *Convention d'établissement* relative à l'usine de préfabrication de béton armé a été signée par la Soabi et le Gouvernement. C'est cette dernière Convention qui contenait une clause d'arbitrage C.I.R.D.I.. Par la suite, de nombreux problèmes surgirent entre les deux parties, entre autres, quant aux types de logement à ériger, aux prix de cession des logements, à la disponibilité et à la viabilisation des terrains et au financement des acquéreurs. C'est dans ces conditions que, par un acte unilatéral, le gouvernement notifia, en date du 24 Juillet 1980, la terminaison du projet à la Soabi. Chacune des deux parties reprochait à l'autre d'avoir failli à ses obligations contractuelles. Sur la base du *Titre IV* de la *Convention d'établissement*, la Soabi avait saisi le C.I.R.D.I. de la cause. Pour sa défense le gouvernement sénégalais invoqua l'incompétence du tribunal parce que, à ses yeux, le litige relevait des conventions Naïkida et Soabi qui ne contenaient pas de clause d'arbitrage C.I.R.D.I.. À cet argument la majorité des arbitres avait répondu que

«[...] les conventions entre les parties autres que la convention d'établissement, portant sur la construction de l'usine ainsi que sur la construction des 15.000 logements, sont implicitement englobées dans la convention d'établissement et les différends relatifs à leur exécution aux droits et obligations en découlant tombent donc sous le coup du Titre IV de la Convention d'établissement.»⁶⁴

Sans véritablement tenir compte de ces situations particulières dans son étude, Bliesener avait réparti les causes soumises aux formations arbitrales C.I.R.D.I. en cinq types d'investissement. Ce sont «les accords relatifs à l'exploitation de matières premières, les accords relatifs à la production industrielle, les accords relatifs au développement de l'infrastructure touristique, l'accord relatif au développement urbanistique, les accords relatifs à l'exploitation de navires»⁶⁵.

⁶⁴—§ n° 4.13 de la sentence, 117 *J.D.I.* (1990), 194-195. Emmanuel Gaillard avait sévèrement critiqué cette décision. Il avait, en effet, estimé que le consentement du gouvernement sénégalais à l'arbitrage était pour le moins discutable dans l'espèce et que «l'arbitrage ne saurait, sans risquer de se discréditer, se satisfaire d'un fondement conventionnel ténu», *Ibid.*, pp. 217 et s.. Voir aussi Bliesener, «La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale», 68 *R.D.I.D.C.* (1991), 107.

⁶⁵—*Ibid.*, p. 101.

En tout état de cause, il ressort des trois sentences que nous venons de présenter, une consécration de l'unité des opérations, souvent multiples et complexes, de l'investissement international. Par ailleurs, la forme «classique» de l'investissement, identifiée par Bliesener dans son étude, est désormais concurrencée par des formes nouvelles.

2-L'évolution des opérations d'investissement international dans la pratique: les nouvelles formes d'investissement

On parle beaucoup, aujourd'hui, de «nouvelles formes d'investissement». Celles-ci seraient le résultat de l'«extension», ou encore de l'«élargissement», de la «notion classique» de l'investissement⁶⁶. Ces nouvelles formes d'investissement ont même déjà fait l'objet de nombreuses études scientifiques⁶⁷.

La raison de ce constat est que, au départ, même si le terme n'était pas d'un usage courant, l'investissement était principalement constitué sous la forme d'un contrat de concession. C'est cette forme d'investissement qui était au coeur d'affaires litigieuses telles que celles du Monopole du soufre en Sicile (Grande-Bretagne c. Royaume des Deux Siciles, 1841)⁶⁸, du Chemin de fer de la Baie de Delagoa (Grande-Bretagne/États-Unis c. Portugal, 1900)⁶⁹, de

⁶⁶-Il y a sur ce point, entre autres, une étude très édifiante du Professeur Philippe Kahn intitulée «L'extension de la notion de l'investissement», dans Jacques Bourrinet (sous la direction de), *Les investissements français dans la Tiers-Monde*, Préface de Christian Beullac, Paris, Economica, 1984, pp. 111 à 117.

⁶⁷-Voir, par exemple, sur ce point Charles Oman, *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement*, Centre de développement de l'O.C.D.E., Paris, O.C.D.E., 1984; Bernard Hugonnier, *Investissements directs. Coopération Internationale et firmes multinationales*, Paris, Economica, 1984. pp 18 et s ..

⁶⁸-Sentence du 24 Décembre 1841 rendue par une commission *ad hoc* (contestation de l'annulation de concessions d'exploitation de soufre revenant à des sociétés anglaises par le Roi des Deux Siciles qui voulait instaurer un monopole du soufre), *Pasicrisie*, pp. 97-100; affaire citée par Caflisch, *La protection diplomatique des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, op. cit. note n° 6, p. 97.

⁶⁹-Ibid., p. 174, note n° 87; *Pasicrisie*, p. 397.

l'Orinoco Steamship Company (États-Unis c. Vénézuela)⁷⁰, *Shufeldt* (États-Unis c. Guatemala, 1930)⁷¹, *Martini* (Italie c. Vénézuela, 1930)⁷², *Lena Goldfields, Ltd.* (c. U.R.S.S., 1930)⁷³, ou encore, plus proche de nous, dans les premières sentences pétrolières, à savoir *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd v. Sheik of Abu Dhabi* (Cheik d'Abu Dhabi) (Septembre 1951)⁷⁴, *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company Ltd. (Ruler of Qatar)* (June 1953)⁷⁵, *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (Aramco)* (Aramco) (23 Août 1958)⁷⁶, *Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Company (Sapphire)* (March 15, 1963)⁷⁷.

Comme en témoignent les quatre arbitrages pétroliers ci-dessus, ce type d'investissement avait, singulièrement, marqué l'exploitation des ressources naturelles des pays coloniaux qui composent, aujourd'hui, le Tiers-Monde. Les caractéristiques de ces concessions de type ancien ont été décrites par le juriste Kényan Andronico Oduogo Adede dans les six points ci-après:

«(1) They used royalties as the primary basis for fixing the financial obligations of the foreign concessionnaires and granted larger areas of land than the transnational corporation could put into immediate use. (2) They allowed substantial portions of the land to lie idle in the possession of the company. (3) The agreements were also made to run for a very long time, usually more than 50 years, without any possibility of renegotiation for readjusting the rights and obligations of the parties in the light of subsequent changes that would render the original arrangements patently inequitable. (4) Under these concessions, the developing host governments were excluded from participation in any

⁷⁰-22 Février 1904, sentence Charles Augustinus Henri Barge, et 25 Octobre 1910, sentence Lammash/ Gonzalo de Quesada/ Bernaert, James Brown Scott, *Les travaux de la Cour Permanente d'arbitrage de La Haye*, op. cit., note n° 55, pp. 239 et s..

⁷¹-II RSANU, 1079.

⁷²-II R.S.A.N.U., p. 975.

⁷³-36 Cornell Law Quarterly, (1950), 42.

⁷⁴-Lord Asquith of Bishopstone, arbitre, 18 I.L.R. (1957), 144, 1 I.C.L.Q. (1952), 247.

⁷⁵-Alfred Bucknill, surarbitre, 20 I.L.R. 1957, pp. 534-547.

⁷⁶-Georges Sauser-Hall, surarbitre, Helmy Bahgat Badawi puis Mahmoud Hassan et Saba Habachy, arbitres, 27 I.L.R. 1963, p. 117 (version originale anglaise), 52 R.C.D.I.P. 1963, 272 (traduction française non officielle).

⁷⁷-Pierre Cavin, arbitre, 35 I.L.R. (1967), 136.

decisions relating to the mining operations. The foreign concessionnaire was thus left free to formulate and execute all the policies as to production, processing, marketing, and all other downstream operations. (5) The foreign companies relied on the concept of property rights which accorded them, under the concession agreements, complete ownership of the mineral resources extracted. (6) In addition, they acquired extensive surface rights in the contract areas where they exercised complete powers, virtually turning the areas into foreign enclaves in the host country.»⁷⁸

Par la suite, il y a eu une prépondérance de la forme moderne d'investissement direct étranger suivie, à son tour, depuis surtout deux décennies, de formes encore plus nouvelles d'investissement. Dans une étude, faite dans le cadre de l'O.C.D.E., Charles Oman a proposé une typologie de ces dernières. D'après lui, on peut distinguer aujourd'hui l'entreprise conjointe, l'accord de licence, le franchisage, le contrat de gestion, le contrat clés en main, le contrat produit en main, le contrat de partage de production, le contrat service à risque et la sous-traitance internationale⁷⁹.

Des comparaisons ont été faites, en droit international pétrolier, entre les anciennes et les nouvelles formes d'investissement. Ainsi, par exemple, Ahmed Sadek El-Kosheri avait confronté les droits et obligations de l'État d'accueil avec ceux de l'entreprise étrangère cocontractante, dans la concession de type classique et dans les nouveaux accords de coopération⁸⁰. Mais, selon

⁷⁸—«*Legal Trends in International Lending and Investment in the Developing Countries*», 180 R.C.A.D.I (1983-II), 9-168, 122.

⁷⁹—Charles Oman, *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement*, Centre de développement de l'O.C.D.E., Paris, O.C.D.E., 1984, pp. 14 à 18. Nous avons un exemple de contrat de partage de production dans celui qui a fait l'objet de la sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc* dans l'affaire Wintershall A.G., International Ocean Resources U.S.A., inc., Veba OEL A.G., Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft MBH, Gulfstream Resources Canada Ltd. V. The Government of Qatar (*Partial Award and Final Award, February 5, 1988 and May 31, 1988*, 28 I.L.M. 795 (1989)). La responsabilité du Qatar était recherchée dans ce litige pour rupture d'un contrat de partage de production («*Exploration and Production Sharing Agreement*») conclu le 10 Avril 1976 en remplacement d'un contrat de concession du 18 Juin 1973, J.S. Stanford, «*International Law and Foreign Investment*», in Ronald St John Macdonald, Douglas M. Johnston and Gerald L. Morris, *The International Law and Policy of Human Welfare*, Alphen Aan Den Rijn, Sijthoff and Nordhoff, 1978, pp. 471-500, à p. 493.

⁸⁰—Les droits et obligations de l'investisseur étranger dans les nouvelles formes d'investissement, tels qu'ils ressortent de l'étude de El-Kosheri se présentent comme suit: «*Dans le régime de la prise de participation [...]. II. Pour la partie étrangère: i) le jus ad rem, conférant l'exclusivité pour l'exploration et l'exploitation sur le périmètre concédé, passe à l'entité aménagée qui détient le titre minier ;ii) la production du pétrole extrait passe*

El-Kosheri, il est ressorti de cette étude que, en dépit de l'évolution signalée, le régime de la participation ne fait pas table rase de la concession «traditionnelle». Les deux types de rapports juridiques comparés ne sont «pas à l'antipode» l'un de l'autre. «Selon le langage arithmétique», ajoute l'auteur:

«accord de participation = concession + participation étatique»⁸¹

au seul propriétaire (participation à 100 pour cent) ou aux copropriétaires de l'entité exploitante selon le pourcentage de leurs droits respectifs; iii) l'entité exploitante (avec les implications concernant le contrôle et la prise de décisions) et tous les biens de l'industrie pétrolière locale reviennent au seul propriétaire ou aux copropriétaires de l'entité exploitante selon le pourcentage de leurs droits respectifs; iv) les droits contractuels découlant de la concession reviennent aussi à l'entité aménagée qui détient le titre minier; v) pourtant, certains autres droits contractuels qui découlent soit de la concession initiale, soit des accords nouveaux conclus entre l'État et la société étrangère, restent investis par la partie étrangère vis-à-vis de l'État directement. Cette catégorie de droits s'ajoutent par rapport à la situation antérieure en impliquant la nécessité de tenir compte des arrangements contenus dans les dispositions de l'accord de participation ou les autres contrats qui se rattachent à la compensation de la société étrangère.» («Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier», 147 R.C.A.D.I. (1975-IV), 219-394, 246 à 248.)

⁸¹-Ibid., p. 248 (nous avons souligné). On peut d'ailleurs ajouter à ces formes nouvelles ainsi énumérées celles plus spécifiques observées dans les zones économiques spéciales de la Chine continentale (notamment Shenzhen, Zhuhai, Shantou et Xiamen) créées à partir de 1979. Cinq types d'investissements industriels ont été identifiés dans ces zones: le «Processing Trade», le «Compensation Trade», le «Contractual joint-venture», l'«Equity joint-venture», et la «Wholly owned foreign Subsidiary»; (voir T.W.C. Lo, «Foreign Investment in the Special Economic Zones: A Management Perspective» dans Y.C. Jao & C.K. Leung (Eds.), *China's Special Economic Zones. Policies, Problems and Prospects*, Hong Kong/ Oxford/ New York, Oxford University Press, 1986, pp. 184-200, 184; voir aussi, ibid., pp. 124-137, Karl Herbst, «The Regulatory Framework for Foreign Investment in the Special Economic Zones»). Il en est de même des nouvelles combinaisons nées des contraintes occasionnées par les problèmes de l'endettement des États du Tiers Monde; il s'agit des «Transactions Dette-Actif» (TDA) qui servent à convertir en investissements au profit du secteur industriel la dette des pays fortement endettés, des fonds nationaux sur des bourses des valeurs, des financements de capital à risque, du *Leasing*, du mécanisme «construction-exploitation-transfert» (*Built, Operate and Transfer, BOT*) qui n'est qu'une autre des formes nouvelles de la concession de type classique. (Organisation des Nations Unies pour le Développement Industriel (ONUDI), *Industrie et Développement dans le monde-Rapport 1991/92*. Vienne, ONUDI 1991, pp.157 et s.. Selon la conclusion d'une étude publiée en 1992 par un praticien qui a considéré les contrats actuellement pratiqués entre pays développés et pays en développement en matière d'industrialisation (contrat d'ingénierie, *project financing*, *Built Operate and Transfer (B.O.T.)*, la construction et l'exploitation conjointe de biens neufs, les contrats de réhabilitation etc.) «Les nouveaux contrats, qui diffèrent - moins qu'il n'y peut paraître - selon qu'il s'agit de biens anciens ou neufs, peuvent d'ailleurs se combiner à des formes juridiques connues depuis longtemps: concession, régie ou affermage. Ces contrats se ressemblent, car le besoin - plus ou moins effectif- ne justifie plus le contrat, et seule l'analyse financière, sur la base d'ensembles d'hypothèses homogènes, valide ou restreint la crédibilité d'un projet techniquement acceptable.» (Didier

Mais, ce développement des formes de l'investissement international n'a pas été l'occasion d'une définition de la notion. Tout au plus, a-t-il encore ajouté à la complexité du sujet.

*

* *

Nous pouvons retenir, au terme de cette recherche sur la notion d'investissement, tant dans la doctrine que dans les conventions et la jurisprudence internationales, qu'aucune définition juridique, communément admise, n'existe à ce jour dans ce domaine. Aussi bien, nous nous bornerons à retenir, qu'en dehors des nouvelles formes d'investissement, on s'entend généralement pour distinguer l'investissement direct étranger et l'investissement de portefeuille⁸². Sous la forme de l'investissement direct étranger, l'investissement international se trouve dans une relation étroite avec les sociétés transnationales.

3-Investissement direct étranger et Sociétés transnationales

La définition de la notion de société, ou entreprise, transnationale est aussi introuvable et controversée que celle de l'investissement international. On a pu dire que «fournir une définition de l'entreprise multinationale qui soit suffisamment précise et utile [...] s'est révélée difficile.»⁸³

Lamèthe, «Les nouveaux contrats internationaux d'industrialisation. (Esquisse d'un manifeste dans les rapports Nord-Sud», 112 *J.D.I.* (1992), 81-88, 87. Cet auteur est le Chef du Service Juridique et Fiscal d'EDF (Électricité de France) International.

⁸²-L'investissement direct se caractérise par la création et l'opération d'une activité économique dont l'investisseur détient le contrôle grâce à sa participation pour la totalité ou la majorité du capital social. Quant à l'investissement de portefeuille il consiste en l'acquisition de parts sociales dans une entreprise existante, *The I.L.A. Report of the Fifty-Second Conference*, Helsinki, 1966, p. 844. Voir aussi Charles Oman, *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement*, Paris, O.C.D.E., 1984, p. 20.

⁸³-Bernard Bonin, *L'entreprise multinationale et l'État*, Saint-Laurent (Qc), Éditions Vivantes, 1984, p. 9; voir aussi Charles Leben, «Le juridique: problèmes de définition» dans l'ouvrage collectif, de Cl. Lazarus, Ch. Leben, A. Lyon-Caen et B. Verdier, (Sous la direction de B. Goldman et Ph. Francescakis), *L'entreprise multinationale face au droit*, Litec, 1977, (Recherche de l'université de droit, d'économie et de sciences sociales), pp. 44 à 73.

Notons, toutefois, qu'aux termes du point 1 (a) du projet de Code conduite des Nations Unies sur les sociétés transnationales, sont considérées comme sociétés transnationales:

«[...] enterprises, irrespective of their country of origin and their ownership, including private, public or mixed, comprising entities in two or more countries, regardless of the legal form and fields of activity of these entities, which operate under a system of decision-making, permitting coherent policies and a common strategy through one or more decision-making centres, in which the entities are so linked, by ownership or otherwise, that one or more of them may be able to exercise a significant influence over the activities of others and, in particular, to share knowledge, resources and responsibilities with the others. [...]»⁸⁴

Par ailleurs, on s'entend, en général, pour retenir que société transnationale et investissement direct étranger sont les deux faces d'une seule et même réalité. Le concept d'investissement direct va de paire avec celui de société transnationale⁸⁵. Cela ressort clairement de l'explication suivante, fournie par Bernard Bonin:

«L'investissement direct implique le contrôle d'une affaire dans un pays par une entreprise qui est localisée dans un autre pays. [...]. Si l'on définit l'entreprise multinationale comme étant celle qui a des investissements productifs dans au moins deux pays du monde, l'entreprise multinationale et l'investissement direct ont tendance à se confondre. Mais si l'on a une toute autre définition de l'entreprise multinationale, l'investissement direct étranger devient un concept qui englobe plus que la seule entreprise multinationale.»⁸⁶

⁸⁴—«Proposed Text of the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations» (E/1988/39/Add1 February 1988), *The New Code Environment*, New York, United Nations, (UNCTC Current Series, N°16, Series A) 1990, p. 34.

⁸⁵—Lavie, *Protection et promotion des investissements*, op. cit. note n° 2, p. 31, note n° 70.

⁸⁶—*L'entreprise multinationale et l'État*, op. cit., note n° 83, pp. 9 à 10.

Investissement direct étranger et société transnationale⁸⁷ sont donc consubstantiels. Ainsi, on considère qu'un investissement direct étranger «est un investissement réalisé par une entreprise non-résidente ou une entreprise résidente sous contrôle étranger [...]»⁸⁸. Dans ces conditions, vu l'importance de l'investissement direct et donc celle, corrélative, des sociétés transnationales⁸⁹, dans les mouvements mondiaux de capitaux, un survol de la problématique générale des relations de ces sociétés avec les pays en développement est tout à fait indiqué avant la suite de nos analyses.

Il convient, notamment, de rappeler, à cet effet, que la présence de ces sociétés n'a pas que des avantages pour les pays d'accueil. Il importe aussi de situer nos analyses par rapport aux difficultés, éprouvées jusque-là, pour établir une réglementation internationale des activités de ces sociétés.

3.1-Les inconvénients et les avantages de l'investissement direct étranger pour les pays d'accueil en développement

L'influence des sociétés transnationales sur l'économie mondiale est déterminante. Ces sociétés, qui sont basées à 90% dans les pays développés occidentaux⁹⁰, génèrent et contrôlent l'ensemble

⁸⁷-Notons que ces sociétés comprennent, d'une part, une maison-mère, basée en général dans les pays occidentaux développés, et, d'autre part, des succursales ou des filiales dans les pays étrangers d'accueil. La maison-mère contrôle totalement la succursale. Celle-ci ne dispose pas d'une personnalité juridique distincte et a, dans le pays d'accueil, le statut d'entreprise étrangère. Quant à la filiale, elle possède, juridiquement, un statut d'entreprise indépendante de droit local; mais, sur le plan économique, le pouvoir de décision revient en dernier ressort à la maison-mère. Voir, sur ces points, Jean Masini, *Multinationales et pays en développement. Le profit et la croissance*, Paris, P.U.F., (Dossiers de l'Institut de Recherche d'Information sur les Multinationales), 1986, pp. 12 et s..

⁸⁸-Bernard Hugonnier, *Investissements directs. Coopération Internationale et firmes multinationales*, Paris, Economica, 1984, p. 13.

⁸⁹-Voir à cet effet, *UNCTAD Programme on Transnational Corporations, World Investment Report 1993. Transnational Corporations and Integrated International Production. An Executive Summary*, United Nations, New York, 1993.

⁹⁰-Ibid., p. 1.

des courants d'investissement direct étranger en circulation dans le monde⁹¹, qu'il s'agisse de capitaux nouveaux, de bénéfices réinvestis ou d'emprunts inter-sociétés⁹². Aucun État n'est indifférent, ou à l'abri, des opérations induites par ces mouvements de capitaux. Mais, on retient, généralement, qu'elles peuvent être bénéfiques à l'économie des pays en développement. À ce titre, il a été avancé que l'émergence des «nouveaux pays industrialisés» d'Asie⁹³, et d'Amérique Latine⁹⁴ est due à l'investissement direct étranger qu'ils ont reçu et, donc, aux opérations des sociétés multinationales. S'agissant des pays d'Amérique latine, dans leur ensemble, on a relevé que la légère reprise de la croissance de leur économie en 1991-1992, à la suite de la crise de l'endettement de la décennie précédente, était le résultat d'un regain

⁹¹- En fait, l'investissement direct étranger, en circulation dans le monde, est, essentiellement, cantonné dans les pays d'origine des sociétés transnationales, c'est-à-dire dans les pays occidentaux. Les principaux pays exportateurs de capitaux en sont également les principaux destinataires. Ces pays sont, suivant l'ordre d'importance, les dix suivants: les États-Unis, le Japon, la Grande-Bretagne, la France, la République Fédérale Allemande, les Pays-bas, l'Espagne, le Canada, la Suisse, et l'Australie. On ajoute communément à cette liste la C.E.E. (Jean Lempérière, «Les investissements directs dans le monde», in *Le commerce international. Cahiers Français* n° 253, Octobre-Décembre 1991, La Documentation Française, pp. 43 à 49, à p. 46). Ainsi, en 1989 les États-Unis avaient accueilli les trois quarts (3/4) du volume total des investissements mondiaux pour la somme de 72 milliards de dollars. En fait, les pays en développement, avaient «été tenus à l'écart de la remarquable expansion des années récentes» alors même qu'un quadruplement du volume des investissements internationaux était enregistré. Avec 18,5 milliards de dollars d'investissements extérieurs en 1989, ils avaient reçu moins de capitaux extérieurs qu'au début des années 1980 (Ibid., p. 48.). En outre, parmi les pays en développement, ceux qui en ont reçu se comptaient sur le bout des doigts. Ce sont: Singapour, la Chine continentale, l'Arabie Saoudite, le Brésil, le Mexique, le Nigéria, la Malaisie, la Thaïlande et l'Égypte. Si seulement deux pays d'Afrique figurent sur cette liste, l'Asie de l'Est avait mobilisé à elle seule la bonne moitié de cette manne (Ibid.). Dans tous les cas, à l'heure actuelle, les sociétés transnationales occupent moins de 2% de la population active des pays en développement (*Les sociétés transnationales dans le développement mondial. Tendances et perspectives*, New York, Nations Unies (Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales), 1989, p. 7).

⁹²-*Les sociétés transnationales dans le développement mondial. Tendances et perspectives*, New York, Nations Unies (Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales), 1989, p. 68.

⁹³-Hormis les quatre fameux «dragons» que sont la Corée du Sud, Hong Kong, Singapour et Taiwan, il s'agit notamment de l'Indonésie, de la Malaisie et de la Thaïlande.

⁹⁴-Il s'agit du Brésil, du Chili et du Mexique. Voir sur ce point Terutomo Ozawa, «Foreign direct investment and economic development», 1 *Transnational Corporations* (1992-1), 28.

d'investissement étranger⁹⁵. Grâce au transfert de technologie, de compétences, et l'ouverture du marché mondial qu'elles induisent, les sociétés transnationales ont provoqué la dynamique du progrès économique dans les pays concernés. Comme l'a écrit Terutomo Ozawa «*Undoubtly, TNCs [Transnational corporations] are the prime mover behind the industrial dynamism of those rapidly developing countries.*»⁹⁶. Cependant, il doit être souligné que la présence de ces sociétés ne présentent pas nécessairement que des avantages pour le pays d'accueil: des inconvénients redoutables peuvent parfois gravement contrebalancer, et même anéantir, les avantages attendus de leur installation dans un pays.

3.1.1-Les inconvénients de l'investissement direct étranger pour les pays d'accueil en développement

Les inconvénients qui peuvent résulter de la constitution d'un investissement direct étranger pour le pays d'accueil sont nombreux. Ils peuvent tenir, principalement, à la révision du contrat d'investissement, à la concurrence et aux pratiques commerciales restrictives, à la tenue de la balance des paiements (fiscalité, prix de cession, transferts de fonds), au transfert de technologie, à l'ingérence dans les affaires politiques intérieures du pays hôtes, aux pratiques de corruption, à la divulgation d'informations et à l'ingérence dans les relations du pays hôte avec le pays d'origine.

-Le problème de la renégociation des contrats d'investissement: Les contrats d'investissement sont des contrats à long terme qui, par définition, posent le problème de la stabilité des relations entre l'État d'accueil et la société cocontractante. Dès lors, si le principe *pacta sunt servanda* est admis, il s'impose souvent d'en déterminer la portée dans ce type de relations contractuelles.

⁹⁵-Francisco Vergara, «Tableau de bord de l'économie mondiale 1991-1992» dans *L'état du monde 1993-Annuaire économique et géopolitique mondial*, Montréal, Éditions la Découverte/ Éditions Boréal 1992, p. 593, voir aussi le tableau n° 4 figurant à p. 590.

⁹⁶-Terutomo Ozawa, «*Foreign Direct Investment and Economic Development*», loc. cit. note n° 94, p. 28.

Compte tenu, en effet, de leur connaissance de l'industrie, de leur expérience, du soutien du gouvernement de leur pays d'origine et des milieux financiers internationaux, de leurs propres ressources financières et technologiques, les sociétés transnationales ont, dans bien des cas, un plus grand pouvoir de négociation que les pays d'accueil du Tiers-Monde. Particulièrement, il y a une trentaine d'années, alors que ceux-ci étaient encore nouvellement indépendants, ces sociétés parvenaient à obtenir d'eux des contrats d'investissement très avantageux qui annulaient pour ces derniers le bénéfice attendu du projet. Dans certains cas, l'installation de ces sociétés datent d'avant l'accession à l'indépendance de l'État de territorialité. Parfois, également, les mauvais résultats, pour les pays d'accueil en développement, résultent des incitations démesurées qu'ils consentent aux sociétés. Il arrive ainsi que le rythme d'exploitation des ressources naturelles d'un pays soit hors du contrôle de son gouvernement. En outre, la transformation de ces ressources peut se faire entièrement dans un autre pays⁹⁷. C'est dans ces conditions que, s'étant peu à peu rendu compte du déséquilibre de leurs relations avec les sociétés transnationales, certains pays hôtes décidaient d'en solliciter la révision. Parfois, pour vaincre la résistance de la société transnationale à une telle démarche, certains États ne trouvaient d'autres alternatives que de nationaliser les biens du partenaire récalcitrant. C'était le cas entre le gouvernement de l'ex-Président chilien, Salvador Allende, et la Compagnie Chilienne de Téléphone, une filiale de la transnationale américaine *International Telephone and Telegraph*⁹⁸. Un des premiers et graves problèmes des relations qui naissent, entre les sociétés transnationales et les pays en développement, réside donc dans ce problème d'adaptation ou de renégociation contractuelle, sur lequel nous reviendrons dans le cadre de notre étude de la théorie de l'«internationalisation». D'autres problèmes tiennent au domaine de la concurrence et des pratiques commerciales restrictives.

⁹⁷-Bernard Bonin, *L'entreprise multinationale et l'État*, op. cit., note n° 83, p. 190.

⁹⁸-Voir, sur ces points, Paul Kuruk, «Renegotiating Transnational Investment Agreements: Lessons for Developing Countries From the Ghana-Valco Experience», 13 *Michigan Journal of International Law* (1991) 42-43; Carreau, Flory et Juillard, *Droit international économique*, op. cit., note n° 7, p. 73, n° 77.

-Concurrence et pratiques restrictives: Dans les pays en développement les filiales des sociétés transnationales disposent d'un pouvoir économique important par rapport à celui de leurs concurrents locaux. Ces entreprises disposent d'importants moyens tels que: technologie avancée, système de gestion et de marketing performants, exploitation d'une marque connue, disponibilité de ressources financières importantes qui leur permettent de faire une forte production et, donc, une économie d'échelle. En outre, appartenant à un réseau international de puissantes entreprises, elles ont plus de possibilités de choix quant aux produits, prix et politiques commerciales qu'elles sont en mesure d'adapter suivant les réalités de chaque pays d'installation. Elles peuvent ainsi affaiblir, voire éliminer à terme, la concurrence locale et se retrouver en situation de monopole ou de position dominante. Dans certains cas, elles achètent même les entreprises locales concurrentes à très bas prix au lieu de créer des installations nouvelles. Elles peuvent aussi user de pratiques commerciales restrictives, voire abuser de leur position dominante⁹⁹. Il leur est ainsi possible de réaliser des profits et des honoraires excessifs¹⁰⁰.

-Effets des activités des sociétés transnationales sur la balance de paiements des pays d'accueil: L'insuffisance d'épargne et la pénurie de devises constituent des obstacles importants aux politiques de développement des pays du Tiers-Monde¹⁰¹. Aussi bien, la bonne tenue de leur balances extérieures est capitale. L'installation d'une filiale d'entreprise transnationale peut changer les données de ce problème. À court terme, l'investissement direct étranger représente une entrée de capitaux de départ. Mais il n'en est pas ainsi lorsque la constitution du capital est réalisée grâce à un emprunt obtenu dans le pays d'accueil; dans ce cas il n'y a pas entrée de capitaux, mais plutôt une ponction dans l'épargne accumulée dans le pays d'accueil¹⁰². Dans tous les cas, l'acquisition à l'étranger d'équipements, et de biens nécessaires à la production, constitue une sortie de capitaux et a, ainsi, un effet négatif sur la balance courante. À long

⁹⁹-Bernard Hugonnier, *Investissements directs. Coopération Internationale et firmes multinationales*, op. cit., note n° 88, pp. 201-204.

¹⁰⁰-Bernard Bonin, *L'entreprise multinationale et l'État*, op. cit., note n° 83, pp. 173 à 175, 183.

¹⁰¹-Ibid., p. 164.

¹⁰²-Ibid., p. 184.

terme, l'investissement direct étranger entraîne des transferts de capitaux à la société-mère sous les formes de dividendes, commissions, royalties, participation aux frais généraux et autres honoraires. Ces opérations représentent une aggravation de la situation de la balance des paiements¹⁰³. Par ailleurs, la société-mère peut restreindre les exportations de ses filiales par une allocation de marché entre elles limitant, ainsi, un développement de leurs marchés d'exportation qui pourrait présenter des avantages pour les pays d'accueil. La pratique des crédits commerciaux ou financiers, entre les filiales d'un même groupe, peut aussi avoir un effet net négatif sur la balance des capitaux du pays d'accueil¹⁰⁴.

-Effets des activités des sociétés transnationales sur les politiques économiques du pays d'accueil:
Les sociétés transnationales peuvent mettre à mal l'ensemble des politiques économiques du gouvernement du pays d'accueil. Suivant un exemple proposé par Bernard Hugonnier, pour combattre l'inflation, le gouvernement du pays d'accueil peut décider une augmentation des taux d'intérêt ou d'imposition. Il escompte ainsi atteindre à un abaissement de la demande dans l'économie. Mais, les filiales de sociétés transnationales peuvent contourner une telle décision, en recourant aux importantes ressources financières dont dispose leur groupe en contractant des emprunts auprès d'autres filiales du même groupe situées dans d'autres pays¹⁰⁵. Si, une restriction de la politique de contrôle des changes empêchait de tels prêts, elles pourraient manipuler, plus ou moins arbitrairement, c'est-à-dire sans respecter la loi du marché, le «prix de cession», ou «prix de transfert», de produits entre différentes filiales situées dans différents pays. En fixant ce prix à un certain niveau, elles peuvent réduire au minimum le montant d'impôt à payer, ou les droits de douanes dues à l'exportation, ou contourner le contrôle des changes. Jouant de cette façon sur les différences des législations dans différents pays hôtes elles augmentent leur profit.¹⁰⁶ Cette manipulation de prix peut aussi faire apparaître une filiale moins

¹⁰³-René Gendarme, *Des sorcières dans l'économie. Les multinationales*, Paris, Éditions Cujas, 1981, p. 379.

¹⁰⁴-Bernard Hugonnier, *Investissements directs. Coopération Internationale et firmes multinationales*, op. cit. note n° 88, pp. 198-200.

¹⁰⁵-Ibid., p. 208.

¹⁰⁶-Ibid.

rentable qu'elle ne l'est dans la réalité; la société transnationale peut alors se servir de cette dénaturation de la vérité pour se ménager une position de force dans une négociation avec les syndicats. Elle peut aussi servir à transférer des fonds d'une filiale excédentaire à une autre. Grâce à leur situation monopolistique ou oligopolistique, les sociétés transnationales peuvent aussi répercuter les impôts qu'ils payent sur les prix de vente de leurs produits¹⁰⁷. Par ailleurs, les décisions d'investir ou de désinvestir de ces entreprises ignorent les objectifs économiques du pays hôte. Elles peuvent, par conséquent, avoir des influences négatives sur l'emploi, le taux de change, les recettes fiscales ou l'inflation dans ce pays¹⁰⁸. Enfin, un autre problème réside dans la divulgation de l'information financière relative au fonctionnement de ces sociétés¹⁰⁹. Ce problème de divulgation d'information se pose, également, pour la prévention des problèmes environnementaux¹¹⁰.

-Les sociétés transnationales et le transfert de technologie au pays d'accueil: En général ces sociétés centralisent leurs programmes de recherche-développement dans leur pays d'origine. Elles restreignent, de ce fait, l'accès du pays d'accueil à la technologie. Elles limitent aussi l'apprentissage des nationaux en réservant à des expatriés les postes techniques ou de gestion. Plus généralement, on leur reproche de ne pas toujours former les travailleurs locaux¹¹¹. Dans

¹⁰⁷-Bernard Bonin, *L'entreprise multinationale et l'État*, op. cit. note n° 83, pp. 190, 198; Jean Masini, *Multinationales et pays en développement. Le profit et la croissance*, Paris, P.U.F., (Dossiers de l'Institut de Recherche d'Information sur les Multinationales), 1986, p. 66; Carreau, Flory et Juillard, *Droit international économique*, op. cit., note n° 7, p. 74, n°79.

¹⁰⁸-Hugonnier, *Investissements directs. Coopération Internationale et firmes multinationales*, op. cit. note n° 88, pp. 208-210.

¹⁰⁹-Bernard Bonin, *L'entreprise multinationale et l'État*, op. cit., note n° 83, p. 277.

¹¹⁰-*Les sociétés transnationales dans le développement mondial. Tendances et perspectives*, op. cit. note n° 92, p. 338.

¹¹¹-Bernard Bonin, *L'entreprise multinationale et l'État*, op. cit., note n° 83, p. 184.

certains cas, la technologie transférée est inadaptée aux besoins pays d'accueil. Le transfert de technologie peut même, parfois, devenir un moyen de domination du pays d'accueil¹¹².

-Les sociétés transnationales et les valeurs culturelles du pays d'accueil: On reproche aussi à ces sociétés d'introduire dans le pays d'accueil un mode de consommation extraverti, de créer et de promouvoir, grâce à des campagnes publicitaires, des besoins artificiels chez les populations indigènes. Il naît ainsi une menace de perte d'identité culturelle par ces populations¹¹³.

-Ingérence dans les affaires intérieures du pays hôte, dans les relations intergouvernementales et pratiques de corruption: Par leurs grandes dimensions, leurs énormes ressources et l'important pouvoir économique dont elles sont détentrices, les sociétés transnationales peuvent facilement réduire à néant l'indépendance politique et économique d'un pays d'accueil. Bien évidemment, une telle menace n'est pas rassurante quant aux exigences de l'intérêt public dans ce pays. On craint aussi de voir ces sociétés faire appel au gouvernement de leur pays d'origine pour exercer des pressions sur le gouvernement du pays hôte et, ainsi, s'ingérer dans les relations entre ces deux gouvernements. Par ailleurs, en offrant des avantages financiers ou matériels à un agent public du pays hôte, les sociétés transnationales peuvent le détourner de l'accomplissement normal de son devoir. Il s'agit là d'autant de sujets d'inquiétude à l'endroit de ces sociétés¹¹⁴.

*

Cette longue liste, non exhaustive, des reproches que l'on fait habituellement aux sociétés transnationales, témoigne des relations tumultueuses qu'elles ont souvent entretenu avec les pays en développement. Ces problèmes ont été, surtout au cours des trois décennies allant de 1950

¹¹²-René Gendarme, *Des sorcières dans l'économie. Les multinationales*, op. cit. note n° 103, p. 379.

¹¹³-Bernard Hugonnier, *Investissements directs. Coopération Internationale et firmes multinationales*, op. cit., note n° 88, p. 220, Jean Masini, *Multinationales et pays en développement. Le profit et la croissance*, op. cit., note n° 107, p. 34; Bernard Bonin, *L'entreprise multinationale et l'État*, op. cit., note n° 83, p. 184.

¹¹⁴-*Les sociétés transnationales dans le développement mondial. Tendances et perspectives*, op. cit., note n° 92, pp. 342 et 343.

jusqu'au milieu des années 1970, à l'origine de ce qu'on a appelé la «rébellion pétrolière» et des «vagues de nationalisations systématiques» connues dans le Tiers-Monde¹¹⁵. Cela dit, il y a également lieu de souligner que l'investissement direct étranger n'est pas sans avantages pour les pays en développement.

3.1.2-Les avantages de l'investissement direct étranger pour les pays d'accueil en développement

La plupart des pays du Tiers-Monde ne disposent pas d'une épargne suffisante pour financer les programmes de développement de leur économie. Leurs importants besoins de ressources financières dépassent aussi, de très loin, les montants d'aide publique au développement qu'ils reçoivent des pays développés¹¹⁶. Or, un apport de ressources étrangères, adéquat et bien utilisé, peut constituer un appui très efficace au progrès économique d'un pays. On admet, par exemple, que sans le Plan Marshall l'Europe n'aurait pas pu faire aussi rapidement qu'elle le fit, sa reconstruction au lendemain de la seconde guerre mondiale¹¹⁷. C'était aussi le cas pour la reconstruction et le relèvement spectaculaire du Japon. Avant de devenir aujourd'hui le deuxième bailleur de fonds du Groupe de la Banque mondiale, ce pays a été, durant une quinzaine d'années au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'un des premiers et principaux clients de la B.I.R.D.¹¹⁸. Aujourd'hui, c'est sur l'investissement direct étranger que l'on met l'accent pour jouer le même rôle dans le Tiers-Monde.

¹¹⁵-René Gendarme, *Des sorcières dans l'économie. Les multinationales*, op. cit., note n° 103, p. 380.

¹¹⁶-Romualdo Bermejo, «Réflexions sur l'aide au développement», 40 *R.J.P.I.C.*, 1986, 37-62, à 50 et s., 60.

¹¹⁷-Ibid., pp. 38 et 60; voir aussi Dirk U. Stikker, *Le rôle de l'entreprise privée dans les investissements et la promotion des exportations dans les pays en voie de développement*, rapport à la CNUCED, New York, Nations Unies, 1968, n° 32, p. 8., ainsi que J. Loyrette, «Les codes d'investissements», *Recueil Penant*, 1963, 140 et s.

¹¹⁸-«Les Institutions Financières Internationales de Développement (IFID)», 40 *R.J.P.I.C.* (1986), 16, 31.

En effet, parallèlement à ses inconvénients, les avantages reconnus à l'investissement direct sont nombreux. Ils concernent la formation du capital, le transfert de technologie, l'accès aux marchés étrangers et divers effets d'entraînement. Il présente aussi des avantages par rapport à l'endettement public des pays en développement.

-Sociétés transnationales et formation du capital dans les pays en développement: Lorsque le financement provient de l'étranger, et non d'un réinvestissement ou d'une émission de titres sur le marché local du pays d'accueil, l'investissement direct étranger induit une formation du capital. Il aide à suppléer l'absence ou l'insuffisance d'épargne dans l'économie locale. Cette entrée de devises est, en outre, bénéfique pour la balance des paiements du pays hôte¹¹⁹.

-Sociétés transnationales et transfert de technologie: Les sociétés transnationales contrôlent la majeure partie des technologies nouvelles dans le monde. Elles peuvent transférer ces innovations dans un pays en développement soit par le moyen de l'investissement direct étranger, soit par celui d'un accord de licence, d'un contrat de gestion de projets, ou d'un projet «clefs en main»¹²⁰. Ces entreprises apportent ainsi, avec elles, dans les pays d'installation des techniques nouvelles et du savoir-faire. De cette façon, elles contribuent à la modernisation de l'économie du pays d'accueil dont elles favorisent la croissance¹²¹. Actuellement, la majeure partie des transferts de technique entre pays occidentaux et pays en développement transitent par les sociétés transnationales. On avance même que ces sociétés constituent, pour les pays en développement, les sources incontournables d'obtention de technologie¹²².

¹¹⁹-Bernard Bonin, *L'entreprise multinationale et l'État*, op. cit., note n° 83, pp. 159-160.

¹²⁰-Ibid., p. 163.

¹²¹-Ibid., p. 161.

¹²²-*Les sociétés transnationales dans le développement mondial. Tendances et perspectives*, op. cit., note n° 92, p. 127.

-Les sociétés transnationales et l'accès aux marchés étrangers: Ces sociétés, qui possèdent des méthodes de gestion et de marketing très efficaces, savent ouvrir des marchés étrangers aux produits qu'elles exploitent. Cela est particulièrement vrai dans l'industrie extractive¹²³. Dans la mesure où leurs activités ne sont pas véritablement limitées par les frontières des États, elles savent s'adapter aux différences de politiques commerciales de l'un à l'autre pour assurer un écoulement profitable de leur production. Elles font même, parfois, une division du marché mondial à leur avantage¹²⁴.

-Les effets d'entraînement de la présence des sociétés transnationales dans un pays en développement: La présence de ces sociétés dans les pays d'accueil a un effet d'entraînement sur des entreprises concurrentes, sur les fournisseurs de ces entreprises et même sur les gouvernements. D'abord, leur installation constitue, normalement, une source de recettes fiscales pour le gouvernement. Elles peuvent aussi contribuer à des dépenses d'infrastructure. En ce qui concerne les fournisseurs du pays d'accueil, ils reçoivent des demandes nouvelles de la filiale locale de la société transnationale. Les exigences de celle-ci entraînent chez eux une concurrence bénéfique quant aux innovations et à l'amélioration du rapport qualité-prix¹²⁵. Tout cela a pour effet de stimuler la croissance économique¹²⁶ et la création d'emplois¹²⁷. Par ailleurs, en s'installant dans un endroit défini dans le pays d'accueil, les filiales de sociétés transnationales peuvent aussi contribuer à son développement régional¹²⁸.

-Investissement direct et endettement public extérieur: À la suite du désastre économique provoqué par les grands projets publics de développement des années 1970, et les problèmes

¹²³-Bernard Bonin, *L'entreprise multinationale et l'État*, op. cit., note n° 83, p. 164.

¹²⁴-Ibid., 165.

¹²⁵-Ibid., p. 159.

¹²⁶-Ibid., p. 169.

¹²⁷-Ibid., p. 170.

¹²⁸-Ibid., pp. 159, 169 et 171.

d'endettement public qui en ont résultés dans le Tiers-Monde¹²⁹, il s'est développé un regain d'intérêt pour l'investissement direct étranger dans les pays concernés. Ce type de capital présente, par rapport à l'endettement public, l'avantage de constituer des «fonds propres». En plus, tout en entraînant des transferts de technologie et de savoir-faire, il n'est pas assujéti aux fluctuations de taux d'intérêt¹³⁰. Par ailleurs, même si «les investissements étrangers [...] n'ont jamais formé la base du développement d'un pays», on a, malgré tout, noté qu'ils constituent «des éléments moteurs obligeant les pays à réunir les conditions nécessaires pour les attirer», c'est-à-dire la création d'«un environnement favorable au développement du secteur privé»¹³¹.

¹²⁹-Bernard Snoy, «L'endettement du Tiers-monde et le rôle de la Banque mondiale», *XXV Reflets et Perspectives de la vie économique* (1986), 9. .

¹³⁰-Bernard Snoy, «L'endettement du Tiers-monde et le rôle de la Banque mondiale», loc. cit. note n° 174, p. 18.

¹³¹-Christine Gilguy, «Promotion de l'investissement: vers une concertation à l'échelle panafricaine?», *Marchés tropicaux et méditerranéens*, n° 2449 du 16 Octobre 1992, p. 2738. Notons que, dans cette nouvelle voie, la faveur s'est portée dans beaucoup de pays sur les petites et moyennes entreprises. L'efficacité de celles-ci est généralement proclamée. De l'avis de l'O.C.D.E. «Les petites et moyennes entreprises (P.M.E.) qui fournissent des biens et des services locaux sont un moteur de la croissance dans les pays démunis. Si les très petites entreprises créent des emplois pour une mise de fonds relativement modique, elles ne se caractérisent pas toujours par un plus fort coefficient de main-d'oeuvre. Elles n'en constituent pas moins l'ossature du commerce et de l'industrie dans les pays en développement et sont bien adaptées aux technologies et aux ressources locales.» (O.C.D.E., *Promouvoir le secteur privé dans les pays en développement*, Paris, O.C.D.E., 1990, p. 29). Le but visé maintenant est donc de soutenir le succès de cette catégorie d'entreprises dans les pays en développement. De fait, il a été observé ces dernières années, entre autres, dans l'expérience des zones franches de l'île Maurice que les petites et moyennes entreprises et industries sont des actrices sûres d'un progrès effectif et progressif du secteur industriel naissant. En comparaison, il a été relevé qu'en visant à attirer des entreprises importantes dans la zone franche industrielle de Dakar par la fixation de seuils minima par entreprise (deux cent millions de francs CFA pour l'investissement et cent cinquante emplois), les autorités sénégalaises ont complètement manqué les objectifs qu'elles s'étaient fixés en créant la Zone. L'île Maurice a démarré ses zones franches à la même époque que le Sénégal mais sans fixer de seuils minima. Comme résultat, ce petit État insulaire de l'Océan indien près de Madagascar connaît, alors même qu'aucune installation notable d'activité délocalisée d'entreprise multinationale n'a été enregistrée, un succès économique exemplaire. On peut d'ailleurs noter une prise en considération officielle et solennelle du regain de faveur des petites et moyennes entreprises et industries notamment en Afrique. (Dans ce sens on peut lire dans le texte de présentation du nouveau *Code des investissements de la République du Sénégal* établi par le Parlement de ce pays, l'extrait qui suit: «[...] c) [...] ce Code des investissements régit aussi bien la petite, la moyenne que la grande entreprise. Cette option est faite dans le but d'éliminer la discrimination qui a toujours existé au détriment de la petite et moyenne entreprise sur la vitalité de laquelle nous comptons pour la création d'emplois et la densification du tissu industriel. Dans le même souci d'unification, le

Ainsi, l'investissement direct étranger comporte à la fois de nombreux inconvénients et beaucoup d'avantages. C'est, en quelque sorte, un mal nécessaire pour les économies en développement. Pour cette raison, il a entraîné l'élévation des problèmes posés par les activités des sociétés transnationales, dans les pays en développement, au niveau des Nations Unies et de diverses autres instances internationales.

3.3.-Le problème de la réglementation internationale des activités des sociétés transnationales: le projet de code de conduite des Nations Unies

Avant l'avènement d'instruments internationaux récents, tels que les principes directeurs de la Banque mondiale sur le traitement de l'investissement direct étranger¹³², le problème de la réglementation des activités des sociétés transnationales a, depuis les années 1970, préoccupé, et préoccupent encore, fortement les instances internationales. En 1976, déjà, l'O.C.D.E. a adopté une déclaration dans ce domaine¹³³. Ce texte comprend, entre autres, les «principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales». Il s'agit d'un ensemble de recommandations à l'attention des dirigeants de ces entreprises. La déclaration de l'O.C.D.E. ne concerne que les relations nées entre les sociétés transnationales et les États membres de cette Organisation¹³⁴.

nouveau Code procède à la suppression du régime des entreprises conventionnées. La grande entreprise devra s'établir dans le même environnement que la petite entreprise.»-Loi n° 87-25 du 18 Août 1987 portant Code des investissements, ILW, Vol. VII, Republic of Senegal, «Exposé des motifs», pp. 1 et 2. Nous avons souligné.).

¹³²-World Bank: Report to the Development Committee and Guidelines on the treatment of foreign Direct Investment, adopté le 21 septembre 1991, 31 ILM 1363 (1992).

¹³³-Investissement international et entreprises multinationales, Paris, O.C.D.E., éd. révisée, 1979.

¹³⁴-Carreau, Flory et Juillard, Droit international économique, op. cit. note n° 7, p. 78, n° 88 et s..

De leur côté, les Nations Unies ont décidé, depuis 1974, d'établir une réglementation universelle dans ce domaine. L'objectif du «Code de conduite sur les entreprises transnationales» projeté est de consacrer «le désir de minimiser les effets négatifs des opérations des sociétés transnationales et celui de maximiser leur contribution positive à l'expansion économique et au développement dans le contexte d'un monde interdépendant»¹³⁵. Mais, l'élaboration de ce très ambitieux instrument international a été, pendant longtemps, le lieu des controverses les plus rudes entre pays développés, ex-pays socialistes et pays en voie de développement¹³⁶. Aujourd'hui les querelles se sont, de beaucoup, estompées et les points de vue semblent se rapprocher. Le démantèlement du bloc des pays communistes, à la fin des années 1980, n'est certainement pas sans effet dans ce domaine comme dans beaucoup d'autres dans les forums internationaux. Cependant le Code demeure à l'état de projet. Rappelons que, principalement, trois points ont opposé, ou opposent encore, les délégués des différents groupes d'États dans l'élaboration de ce texte: il s'agit du problème de la définition de l'entreprise transnationale, de celui du contenu même du document et de la référence au droit international.

-Le problème de la définition de l'entreprise transnationale: Ce problème est important puisque le champ d'application du code dépend de la définition retenue. Or, au départ il s'était développé une vive querelle conceptuelle entre les pays occidentaux et les ex-pays socialistes d'Europe. Ceux-ci voulaient, contre l'avis de ceux-là, que leurs entreprises étatiques transnationales soient exclues du champ d'application du Code. Suite aux difficiles et longs débats ainsi occasionnés, un accord a pu, finalement, se faire. Actuellement le projet de Code retient comme transnationales, toutes les sociétés privées, mixtes ou publiques, ayant des activités dans plusieurs États¹³⁷. Le contenu du code a également été un sujet de discorde.

¹³⁵-*Les sociétés transnationales dans le développement mondial. Tendances et perspectives*, op. cit., note n° 92, p. 338, «Encadré XX.1. Les raisons d'être du Code».

¹³⁶-Document E/1988/39/Add1 of 1 February 1988, dans *The New Code Environment*, op. cit., note n° 84. Voir le projet aux pp. 32 et s. de ce document.

¹³⁷-Voir le point 1 (a) du Projet, Ibid., p. 34; voir aussi, *Les sociétés transnationales dans le développement mondial. Tendances et perspectives*, op. cit., note n° 92, p. 337; Carreau, Flory et Juillard, *Droit international*

-Le problème du contenu du Code: au départ, les pays en développement réclamaient que le Code ne définisse que les devoirs des sociétés transnationales, à l'exclusion de leurs droits. Pour les pays développés, la détermination des devoirs doit aller de paire avec celle des droits. Ce problème est, à peu près, résolu aujourd'hui puisque la partie du projet consacré aux devoirs de ces sociétés («Activités des sociétés transnationales») s'accompagne désormais d'une partie relatives aux droits de celles-ci («Traitement des sociétés transnationales»)¹³⁸. Par contre, la querelle demeure assez forte, entre pays en développement et pays développés, en ce qui concerne le problème de la référence du Code au droit international.

-La référence du Code au droit international: Pour garantir la stabilité des relations qui lient les investisseurs aux pays d'accueil, les rédacteurs du projet ont voulu y insérer une référence à l'ordre juridique international. Seulement, alors que les pays développés veulent une «référence au droit international», et entendent par là inclure l'ensemble des sources de ce droit, y compris la coutume et les principes généraux, les pays en développement entendent s'en tenir à une «référence aux obligations internationales». Ceux-ci veulent, en effet, que ne soient visées dans le Code que les sources conventionnelles, c'est-à-dire celles qui impliquent leur consentement exprès. Sur ce point, l'accord ne s'est pas encore vraiment fait entre les parties.

Il y a d'ailleurs lieu d'ajouter que, parallèlement à l'élaboration du Code de conduite des Nations Unies, des efforts se poursuivent dans d'autres instances internationales pour aider à régler le problème de la codification des activités de ces sociétés. Il y a dans ce sens les travaux de la Banque mondiale qui ont abouti aux principes directeurs relatifs au traitement de l'investissement direct étranger de 1991, que nous venons de mentionner. L'O.C.D.E. a aussi entrepris d'étudier un instrument international encore «plus large» dans ce domaine¹³⁹.

économique, op. cit., note n° 7, p. 76, n° 83 et 84.

¹³⁸-Ibid., p. 77, n° 85.

¹³⁹-World Investment Report 1993, op. cit., note n° 89, pp. 11-12.

Ces efforts multiples répondent au fait que, aujourd'hui, tout le monde admet la «nécessité de formuler des normes internationales acceptables pour régler les relations entre les gouvernements et les sociétés transnationales.»¹⁴⁰, car,

«la contribution que ces investissements peuvent apporter au développement économique et au transfert de technologie a été généralement reconnue par les pays en développement. Aucun pays [...] n'a totalement fermé la porte aux investissements étrangers directs.»¹⁴¹

Aujourd'hui, il y a un changement notable des rapports entre pays en développement et sociétés transnationales. Les affrontements et nationalisations connus dans le passé ont cédé la place à la volonté de coopération. C'est sur la foi de ce constat que nous entendons apporter une contribution à la recherche d'un droit international harmonisé, répondant aux intérêts de toutes les parties en présence¹⁴².

La sécurité juridique compte, en effet, parmi les préoccupations majeures d'un investisseur qui envisage de s'installer dans un pays étranger au sien. Les règles juridiques en vigueur participent largement du climat de l'investissement et les investisseurs attachent un grand prix à un encadrement juridique et institutionnel favorable, effectif et stable. D'après Covey T. Oliver, «*The major plea of business in international direct investment is not for adequate compensation but for reliable rules for investment*»¹⁴³. La Banque Mondiale avait aussi exprimé un point de vue similaire. D'après elle «*Clear, simple laws, effectively applied, are essential for generating expectations of a stable and supportive business climate, both for domestic and foreign investors...*»¹⁴⁴.

¹⁴⁰-Ibid., p. 77, n° 86; *Les sociétés transnationales dans le développement mondial. Tendances et perspectives*, op. cit., note n° 92, p. 339.

¹⁴¹-Ibid., p. 252.

¹⁴²-Ibid., pp. 303, 317.

¹⁴³-«*Legal Remedies and Sanctions*», in Richard B. Lillich (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, p. 64.

¹⁴⁴-*Developing the private sector. A challenge for the World Bank Group*, Washington, D.C., The World Bank, 1989, p. 11. Voir aussi Dirk U. Stikker, *Le rôle de l'entreprise privée dans les investissements et la promotion des exportations dans les pays en voie de développement*, New York, Nations Unies

Cela dit, nous devons cependant préciser, que la réglementation juridique, théoriquement la plus favorable au traitement et à la protection des capitaux étrangers, peut malgré tout se révéler sans effet, ou ne déployer qu'un effet limité pour en attirer. Ainsi, par exemple, il ressort de la lecture combinée des tableaux n°1 («Répartition régionale des traités bilatéraux d'investissement» (1950-1991)) et n° 2 («L'investissement direct étranger dans certains pays du Tiers-monde en 1990»), figurant en annexe du présent travail, qu'avec 156 des 440 Traités bilatéraux de protection des investissements recensés dans le monde à la mi-1991, l'Afrique n'en demeure pas moins la destination la moins prisée des investisseurs internationaux. Par contre, sont de loin plus irrigués en capitaux étrangers, l'Asie et le Pacifique qui totalisent 103 traités, l'Amérique latine et les Caraïbes avec 51, le Moyen-Orient avec 30 et l'Europe Centrale et Orientale qui atteint le chiffre de 90. En Afrique même, le Nigéria, qui s'est toujours montré relativement peu ouvert à un régime international pour les entreprises étrangères, a reçu plus de capitaux que l'ensemble des pays francophones du continent pourtant plus ouverts à la conclusion de traités bilatéraux et de contrats d'État en cette matière. Le tableau n° 2 montre bien cette disparité entre l'adhésion à un régime international de protection des investissements étrangers, c'est-à-dire un régime hors d'atteinte des changements législatifs internes, et l'intérêt des milieux d'affaires visés. Les dix pays africains présentés dans ce tableau, qui comptent ensemble une population de 202.7 millions d'habitants avaient reçu, en 1990, pour un total de 572 millions de dollars d'investissements étrangers. Cette somme est inférieure au cinquième des 2902 millions reçus durant la même période par la seule Malaisie et ses 18.17 millions d'habitants. Elle est aussi inférieure aux montants des investissements étrangers accueillis respectivement, toujours, en 1990 par le Brésil (153.3 millions d'habitants) et le Mexique (87.80 millions d'habitants) en dépit du fait que ces deux n'ont jamais voulu, sauf l'exception récente de l'ALÉNA en ce qui concerne le Mexique, accordé un régime international de protection à des investissements étrangers. L'explication de ce phénomène quelque peu paradoxal est que, dans ce domaine, la recherche d'une main-d'œuvre qualifiée, la qualité de l'infrastructure du pays considéré, l'importance escomptée de la rémunération du capital et son degré élevé de mobilité, l'emportent sur les effets d'un risque-pays élevé. À cela il faut ajouter que, malgré tout, les considérations

(Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement, Genève), 1968, n°106 et s., pp. 22 à 25.

économiques de marchés sont ici fondamentales: avec ses 112.120.000 habitants, le Nigéria présente un marché considérable et sans mesure commune avec les 4.890.000 habitants du Bénin, les 3.640.000 habitants du Togo, ou encore avec les 1.211.000 habitants du Gabon. La raison de ces disparités tient en ce que, les motivations de l'investisseur, quant au choix du pays d'installation, sans ignorer une réglementation juridique libérale et certaine, se ramènent pour beaucoup, à des considérations économiques. C'est ce que traduit une étude de la Société Financière Internationale qui conclut que:

«While earlier research had tended to focus on the traditional determinants of FDI, such as labor costs and country risk, more recent findings suggest that foreign investors are strongly influenced by structural factors such as market size, the quality of infrastructure, the level of industrialization and the size of the existing stock of FDI.»¹⁴⁵

Il faut ajouter que toute une politique d'information, de conseil, d'organisation et d'assistance de services administratifs adéquats comptent autant que des lois et règlements bien faits¹⁴⁶. Malgré tout, ceux-ci demeurent fondamentaux. Aussi bien, il est essentiel que le droit applicable à la protection des investissements soit clairement défini. Notre étude se propose d'aller dans ce sens. Mais, avant d'aller plus avant dans nos développements, nous allons d'abord délimiter notre sujet, énoncer nos thèses et préciser notre terminologie.

¹⁴⁵-Guy P. Pfeffermann et Andrea Madarassy, *Trends in Private Investment in Developing Countries*, 1992 edition, Washington, D.C., The World Bank, (International finance corporation, Discussion Paper n°14), p.6.

¹⁴⁶-Ibid.; voir aussi le document des Nations Unies intitulé *The Determinants of Foreign Direct Investment. A Survey of the Evidence*, New York, United Nations, UNCTC, 1992, 84 p.; Ibrahim F.I. Shihata, «Factors Influencing the Flow of Foreign Investment and the Relevance of a Multilateral Investment Guarantee Scheme», 21 *The International Lawyer* 1987, pp. 671-694; Robert Seidman, «Foreign Private Investors and the Host Country», 19 *Journal of World Trade Law* (1986), 637-665. Nous avons tiré les chiffres de populations de *L'état du monde. Edition 1993. Annuaire Économique et Géopolitique mondial*, Éditions La Découverte/ Éditions du Boréal, 1992.

SECTION II: DÉLIMITATION DU SUJET, ÉNONCÉ DES THÈSES DÉVELOPPÉES ET PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES

Comme nous venons de le voir, sous sa forme prépondérante d'investissement direct étranger, l'investissement international rentre dans la problématique, générale et très dense, des sociétés transnationales. Cette problématique implique, pour le juriste, de très nombreux et immenses champs d'investigation. D'une façon générale, l'étude des problèmes juridiques de l'investissement international peut se rapporter aux difficultés liées, notamment, à l'admission, au traitement, au transfert des capitaux et bénéfices, à la protection contre la confiscation, l'expropriation et la nationalisation, à l'indemnisation lorsque l'un de ces cas de transfert forcé de propriété survient, à la garantie et au règlement des litiges¹⁴⁷. Avant d'énoncer les thèses que nous entendons présenter et de préciser notre terminologie, nous allons dans un premier lieu déterminer les limites de notre étude par rapport à ses nombreux et importants domaines d'étude possibles.

1-Délimitation du sujet

Nous ne considérerons pas très longuement les problèmes juridiques posés par l'admission de l'investissement international. La liberté d'appréciation de l'État d'accueil doit être, essentiellement, indiscutable sur ce point sauf, bien entendu, les limites qu'il y aurait apportées par ses engagements internationaux¹⁴⁸. Ainsi, par exemple, un État qui a convenu d'accorder le

¹⁴⁷-Voir *World Bank: Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, adopté le 21 Septembre 1991, 31 I.L.M. 1363 (1992), *Quatrième convention A.C.P.-C.E.E.*, signée à Lomé le 15 Décembre 1989, Articles 258 à 274 et Annexe LIII, *Journal Officiel des Communautés Européennes*, n° L 229 du 17 Août 1991, pp. 84 à 88 et 274. Voir aussi D. Carreau, T. Flory et P. Juillard qui distinguent la constitution et la liquidation, le traitement, la protection et la garantie, les transferts de propriété (expropriation, nationalisation, privatisation), *Droit international économique*, op. cit. note n° 6, n° 931 et s., p. 557.

¹⁴⁸-Ibid., pp. 607 et s., n° 1029 et s. Voir aussi *Les sociétés transnationales dans le développement mondial. Tendances et perspectives*, op. cit., note n° 92, p. 341.

traitement national aux ressortissants d'un autre État aurait certainement moins de marge de manœuvre que l'État qui n'est tenu d'aucun engagement semblable.

Dans tous les cas, un État soucieux d'accueillir d'importants investissements étrangers éviterait naturellement de se doter d'une réglementation restrictive servie par une bureaucratie inutilement lourde. Une telle situation serait dissuasive pour les détenteurs de capitaux, que ceux-ci soient d'ailleurs étrangers ou nationaux, entreprises multinationales ou indépendantes¹⁴⁹. Sous cette réserve, on sera toujours en présence d'une réglementation minimum tenant, entre autres, au respect de l'environnement, à l'ordre public, à la sécurité intérieure et extérieure du pays concerné ainsi qu'aux objectifs économiques de son gouvernement. En un mot chaque gouvernement dispose inévitablement de «politiques d'investissement»¹⁵⁰.

Ces «politiques» qui, dans un sens juridique, correspondent largement au traitement de l'investissement¹⁵¹ incluent notamment les mesures connues sous l'expression d'«obligations de performance». Celles-ci sont imposées par certains États d'accueil d'investissements étrangers. Elles sont visés dans le nouvel accord du GATT conclu à Genève (Suisse), le 15 décembre 1993 et adopté à Marrakech (Maroc), le 15 avril 1994. Elles avaient, en effet, été contestées par certains pays exportateurs de capitaux - principalement les États-Unis-, dans le cadre des négociations commerciales multilatérales de l'*Uruguay Round* qui ont abouti à cet accord. L'objectif des États-Unis a été, entre autres, d'obtenir pour ses milieux d'affaires et sociétés multinationales, le droit d'établissement ainsi que le bénéfice du traitement national¹⁵². Aux

¹⁴⁹-World Bank: *Report to the Development Committee and Guidelines on the treatment of foreign Direct Investment*, op. cit. note n° 195, n° 18, point II.

¹⁵⁰-On appelle ainsi «...toute mesure d'incitation ou de désincitation que le gouvernement applique au moment de l'investissement, que ces politiques affectent le prix de la main-d'œuvre, du capital ou des produits qui interviennent dans la production», Stephen Guisinger, «Les investissements liés au commerce», loc. cit. note n° 189, p. 201.

¹⁵¹-Voir, par exemple dans ce sens les principaux aspects du traitement d'un investissement étudiés par Lavieq, *Protection et promotion des investissements*, op. cit. note n° 2, pp. 104-115.

¹⁵²-Andrew J. Cornford, «Some Notes on Proposed New International Regimes for Foreign Investment and Services», 1 *UNCTAD Review* (1989-1), 17-28, 20.

termes du nouvel accord, les politiques d'investissement non conformes au GATT sont prohibées. Ainsi, des mesures telles que l'exigence d'utilisation de produits locaux, ou celles relatives à la tenue de la balance commerciale sont abolies. Toutefois, une période transitoire de deux ans pour les pays développés, de cinq ans pour les pays en développement et de sept ans pour les pays les moins avancés, a été accordée pour l'entrée en vigueur du nouveau traité sur ce point. Comme on peut le voir dans le tableau n° 3, que nous présentons en annexe, sous le titre, «Taxinomie des politiques d'investissements»¹⁵³, toutes les politiques d'investissement ne sont pas touchées par l'interdiction.

En tout état de cause, dans la mesure où aucun État, même le plus libéral, n'ouvre pas sans réserve son économie à des acteurs étrangers, l'admission des capitaux étrangers fera toujours sa belle part à l'appréciation, largement souveraine, de l'État d'accueil. Il ressort d'ailleurs, d'un examen d'ensemble des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements, que, la plupart de ces actes, ont prévu que l'admission doit être régie par les lois et règlements de l'État d'accueil de l'investissement¹⁵⁴. Seuls quelques traités prescrivent, dans ce domaine, le traitement national ou celui de la nation la plus favorisée pour les ressortissants de chacune des parties contractantes, plutôt qu'un traitement juste et équitable. Mais, en général, même dans ces cas, les parties conservent le pouvoir d'introduire des exceptions. Notons que les traités concluent par les États-Unis s'illustrent particulièrement dans cette dernière catégorie en prévoyant même l'abolition de toutes «obligations de performance»¹⁵⁵.

¹⁵³-*Infra* p. 376.

¹⁵⁴-J.-P. Laviee, *Protection et promotion des investissements*, op. cit. note n° 2, 54 et s..

¹⁵⁵-*Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, New York, United Nations, (UNCTC/ ICC) , 1992, pp. 9 et 10. Dans ce sens l'article 2 (1) du *United States Prototype Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (1984 revised text)* est libellé comme suit: «Each Party shall permit and treat investment, and activities associated therewith, on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals or companies, or of nationals or companies of any third country, whichever is the most favourable, subject to the right of each party to make or maintain exceptions falling within one of the the sectors or matters listed in the annex to this treaty.[...]» Cette disposition a été reprise dans le Traité États-Unis-Sénégal (Washington 6 Décembre 1983, article II (1)), I.L.W., vol. III, Booklet 1983, p. 99-122, à p. 101, États-Unis-Cameroun,

Ainsi, par l'utilisation conventionnelle, concurrente ou alternative, de la règle du traitement national et celle de la nation la plus favorisée, on a essayé d'abolir au maximum les restrictions à l'admission de l'investissement fondées sur la nationalité des investisseurs¹⁵⁶. Dans tous les cas, nous pensons que les difficultés réelles de l'investisseur étranger ne se situent pas, en droit, au niveau de l'admission de l'investissement. En général, à ce stade, n'ayant encore engagé aucune ressource importante dans le projet entrevu, il ne risque aucun dommage majeur.

Par ailleurs, le problème de l'indemnisation (en cas de confiscation, d'expropriation ou de nationalisation) et celui de la garantie des investissements présentent, assurément beaucoup d'intérêt. Suivant Ignaz Seidl-Hohenveldern, le débat qui entoure l'indemnisation serait même l'unique vrai problème posé en droit international par la protection juridique de l'investissement étranger. En effet, rappelle-t-il, l'expropriation et la nationalisation ne sont pas interdites par le droit. Ce qui l'est c'est plutôt l'absence d'un dédommagement conséquent pour ces actes de transfert de propriété¹⁵⁷. Nous devons, pour notre part, souligner que le problème de l'indemnisation adéquate se pose en définitive dans les termes du droit applicable. Si le droit international devait, sur ce point, perdre toute compétence au profit du droit interne il faudrait alors conclure à une absence d'obligation véritable d'indemnisation. C'est pour cette raison que nous aborderons, incidemment, le problème de l'indemnisation qui se situe effectivement au coeur de la controverse de notre matière quant au droit applicable¹⁵⁸. S'agissant du problème

(Washington, 26 Février 1986, article II (1)), *I.L.W.*, vol. III, Booklet 1986, pp. 1-20, à p. 3; États-Unis-Argentine, (Washington, 14 Novembre 1991, article II (1), 31 *I.L.M.* 124 (1991)).

¹⁵⁶-J.-P. Laviee, *Protection et promotion des investissements*, op. cit. note n° 2, p. 59.

¹⁵⁷-«*The debate on the legitimacy of taking measures exclusively concerns this problem of compensation. Of course, any taking, in order to be justifiable under international law, must also be for a public purpose. Yet this condition has not been the object of much judicial scrutiny. [...]. Foreign property in general is not protected against any taking as such, but merely against a taking without adequate compensation*», *International Economic Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, aux pp. 137 et 148.

¹⁵⁸-Une fois déterminé le droit applicable -qui à notre avis ne peut être que le droit international-, le mode de calcul n'est pas sans poser des discussions importantes qu'il ne s'impose nullement d'aborder ici. Sur des études récentes de ce problème voir sur la question, entre autres, Ignaz Seidl-

de la garantie nous n'avons nullement l'intention d'en discuter. Il ne présente d'ailleurs ni querelle doctrinale ni difficulté pratique notable.

En résumé, nous arborerons ici, principalement, les problèmes juridiques liés à la protection et donc à la sécurité de l'investissement international. Ce faisant, nous ne nions pas que la présence d'une société transnationale n'est pas toujours sans des difficultés, parfois graves et intolérables, pour la souveraineté et l'indépendance d'un pays d'accueil en développement. Nous partons plutôt du fait que, actuellement, la plupart des pays du Tiers-Monde sont, en dépit de ces difficultés potentielles bien connues, demandeurs actifs de capitaux étrangers pour remplir les besoins de leurs programmes économiques et sociaux.

Aussi bien, nous allons étudier le problème de la loi applicable aux différends nés du traitement et de la protection des investissements étrangers ainsi que celui des recours ouverts aux personnes privées dans ce domaine. Nous considérerons, dans un premier temps, le développement actuel du droit conventionnel, grâce à la multiplication des traités bilatéraux de protection des investissements, ainsi que la théorie de l'«internationalisation». Nous essayerons, ensuite, de voir en quoi le droit international général peut encore, comme supplétif du droit conventionnel, jouer dans ce domaine un rôle efficace dans l'intérêt bien compris de toutes les parties concernées. Nous mettrons à contribution, dans ces analyses, les jurisprudences judiciaires et arbitrales internationales pertinentes, anciennes comme récentes. Nous considérerons de près, enfin, le problème des avantages et de l'élargissement du recours arbitral pour le règlement des litiges internationaux liés à l'investissement. Nos analyses seront organisées autour de trois thèses dont nous présentons, ci-après, l'énoncé.

Hohenveldern, «L'évaluation des dommages dans les arbitrages internationaux», 33 A.F.D.I. (1987), 9, Olivier Waelbroek, «La réparation des atteintes aux investissements étrangers: le Discounted-Cash-Flow», 26 R.B.D.I. (1990), 464, Patrick M. Norton, «A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation», 85 A.J.I.L. (1991), 474, 488 et s., C.F. Amerasinghe, «Issues of Compensations for the Taking of Alien Property in the Light of Recent Cases and Practice», 41 I.C.L.Q. (1992), 22. À vrai dire, déterminer la loi applicable c'est, au regard du droit, épuiser la question de l'indemnisation car les modalités concrètes de calcul relèvent plutôt des sciences comptables.

2-Énoncé des thèses développées

L'étude de la doctrine courante, en matière de traitement et de protection des investissements étrangers, dénote une trop grande polarisation sur les contrats d'État et les conventions bilatérales de protection des investissements. Les contrats d'État sont des actes juridiquement certains pour les entreprises qui en concluent. Mais, une lecture attentive des lois d'investissement des États du Tiers-Monde montre que les situations pour lesquelles ils sont prévus et autorisés sont fort limitées. En outre la théorie de l'«internationalisation», qui vise à garantir la sécurité de ces contrats, est très controversée et est loin de toujours présenter la fermeté voulue à l'épreuve de la jurisprudence arbitrale.

Quant aux traités bilatéraux, on doit saluer leur accumulation croissante et rapide. Dans les situations où ils sont applicables, ils comblent adéquatement l'absence actuelle d'un instrument multilatéral de réglementation des investissements internationaux. Cependant, à l'heure actuelle, on doit constater que le mouvement de conclusion des traités n'a pas encore pu régler tous les problèmes. La recherche de solution au problème juridique de la protection de l'investissement international devrait, donc, tout en faisant une place de choix au droit conventionnel plus conforme au respect de la souveraineté de l'État, se porter au-delà, notamment vers le droit international général. On devrait vérifier, ce que, à titre supplétif du droit conventionnel, la coutume et les principes généraux du droit peuvent encore offrir dans ce domaine dans l'intérêt mutuel des investisseurs et des États d'accueil.

Sur la base de ces observations, nous formons, pour les fins de nos analyses, les trois séries de propositions suivantes:

Primo: L'internationalisation du rapport d'investissement au moyen du contrat d'État, n'est ni le meilleur ni l'unique moyen pour assurer adéquatement la protection des investissements à destination des pays en développement.

Secundo: En son état actuel, le droit conventionnel ne peut pas, à lui seul, régler l'ensemble des situations qui tiennent à la protection de l'investissement international. On peut déplorer cette situation. Mais, elle est le reflet de la réalité du moment. Il s'ensuit que la recherche d'un droit international de la protection de l'investissement ne peut pas, aujourd'hui, faire totalement abstraction du droit international général. Il importe, par conséquent, de rechercher dans l'intérêt de toutes les parties concernées (les investisseurs et leurs États d'origine, d'une part, les États d'accueil du Tiers-Monde, d'autre part) la meilleure utilisation possible de cette situation.

Tertio: Dans les situations où le droit conventionnel ou un contrat sont applicables à la protection d'un investissement, l'organisation des recours internationaux, notamment arbitraux, est, généralement, pourvue. Pour les autres situations, il nous semble que l'adaptation et l'intégration au droit international de la règle de la décision préalable, connue, notamment, dans le droit administratif français et dans celui des pays du Tiers-Monde héritier de ce système, pourrait être très utile.

Avant le développement de ces trois propositions, nous allons d'abord donner des précisions sur notre terminologie.

3-Précisions terminologiques

Dans le présent travail nous viserons plus souvent l'**investissement international ou étranger**, que l'**investissement direct étranger**. En effet, bien que l'investissement direct soit la partie la plus visible et la plus importante de l'investissement international, il s'accompagne aussi, aujourd'hui, de ce qu'on convient d'appeler les **nouvelles formes d'investissement**. En outre, nous voudrions aussi considérer l'**investissement provenant de petites et moyennes entreprises indépendantes**. Cette dernière catégorie de l'investissement international, qui n'est pas très visible dans les études internationales, paraît plus exposée que l'investissement direct étranger, contrôlé par de puissantes sociétés transnationales, aux problèmes de protection.

D'un autre côté, les mots et expressions «internationalisation», internationaliser, internationalité, effet ou rôle «internationalisateur», «arbitrage commercial ordinaire», «arbitrage *ad hoc*», reviendront très fréquemment dans la suite de nos développements. Il convient, sans doute, de bien préciser la signification revêtue par chacun d'eux avant d'aller plus loin dans notre exposé.

L'«internationalisation»¹⁵⁹ est une théorie bien établie en droit des investissements internationaux¹⁶⁰. Son objectif est, par-delà ses nombreuses variations d'un auteur à l'autre, de soustraire l'investissement étranger, constaté par un contrat d'État, à la juridiction de l'État d'accueil et donc aux contingences du droit interne de cet État. Autrement dit, les tenants de cette théorie, partent de l'idée qu'un investissement étranger (ou international) ne peut, à défaut d'une convention spéciale à cet effet, prétendre pour sa protection juridique à un **caractère international**, c'est-à-dire à une «internationalité»¹⁶¹. Par conséquent, ils recherchent et proposent des techniques et méthodes susceptibles de rendre internationale, c'est-à-dire d'«internationaliser», la situation juridique de l'investissement étranger. Ces techniques et ces méthodes, de nature contractuelle, ont de ce fait un effet «internationalisateur».

Notons que les traités bilatéraux de protection des investissements ont aussi pour effet d'internationaliser les situations qu'ils régissent. Néanmoins nous ne parlerons ici de «théorie de l'«internationalisation»» que pour désigner cette théorie, uniquement, en ce qu'elle repose sur les contrats d'État. Nous exposerons longuement la théorie de l'«internationalisation» et ses différentes variantes avant d'en démontrer les limites.

¹⁵⁹-Gérard Cornu (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 3è. édition, Paris, P.U.F., 1992, «Internationalisation».

¹⁶⁰-D. Carreau, T. Flory et P. Juillard, *Droit international public*, op. cit., note n° 7, n° 974 et s., pp. 578 et s.; P. Juillard, «Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement: à la recherche d'un droit perdu?», 13 D.P.C.I. (1987), pp. 47 et s., n°s 46 et s.

¹⁶¹-Ibid..

Enfin, la jurisprudence arbitrale que nous citerons provient, en raison de la mixité de la matière¹⁶², à la fois de l'arbitrage commercial international (entre personne privée et État) et de

¹⁶²-Le droit de l'investissement international repose à la fois sur le droit interne de l'État d'accueil et sur le droit international. Même Prosper Weil, qui plaide pour l'avènement du droit international des contrats, branche du droit international public, n'a pas manqué de relever que «les aspects de droit international public et de droit international privé sont [...] étroitement imbriqués en matière de contrats...» («Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier», 128 R.C.A.D.I. (1969-III), 95-189, à 113.). L'article 42 (1) de la Convention C.I.R.D.I. illustre bien cette réalité. Ce texte dispose: «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'État contractant partie au différend -y compris les règles relatives aux conflits de lois- ainsi que les principes de droit international en la matière.» (voir C.I.R.D.I., *Historique de la Convention*, vol. III, p. 837. Les extraits essentiels du texte figure aussi dans l'ouvrage documentaire de Jacques-Yvan Morin, Francis Rigaldies et Daniel Turp, *Droit international public. Notes et documents. Tome 1: Documents d'intérêt général*, Montréal, les Éditions Thémis, 1987, pp. 159-171. Voir également ci-dessous, en annexe, le texte complet de la Convention C.I.R.D.I.). De par sa situation en territoire étranger, l'investissement international est, inévitablement, soumis à la législation de l'État de territorialité. Ceci est non seulement vrai pour les règles d'ordre public et d'application immédiate du for, mais aussi pour des règles plus ordinaires. Comme l'a écrit Max Huber dans le rapport qu'il avait présenté dans l'affaire des biens britanniques au Maroc Espagnol (Zone espagnole du Maroc), (Espagne c. Royaume-Uni): «d'une manière générale, une personne établie dans un État étranger est, pour la protection de sa personne et de ses biens, placée sous la législation territoriale [...]» (La Haye, 1er Mai 1925, II R.S.A.N.U., p. 641). Cet arbitre suisse, disert et profondément savant, avait également ajouté que «L'État dont un ressortissant établi dans un autre État se trouve lésé dans ses droits, est en droit d'intervenir auprès de cet État si la lésion constitue une violation du droit international. [...]», (La Haye 1er Mai 1925, II R.S.A.N.U., p. 641).. C'est donc un principe bien reçu que, la compétence du droit interne pour régir le traitement et la protection de la personne et des biens d'un étranger, n'évacue en rien l'intervention toujours possible du droit international public. Aujourd'hui, cette internationalisation avant la lettre, s'est enrichie des coutumes et usages du commerce international. Ainsi le Tribunal arbitral qui a connu de l'affaire *Aramco* a déterminé la loi applicable au litige dans les termes suivants: «[...] il y aurait lieu, en cas de lacunes du droit de l'Arabie Saoudite, dont le Contrat de Concession fait partie, de rechercher les principes applicables, en ayant recours aux coutumes et usages qui se sont établis dans le monde pour l'industrie et le commerce du pétrole, et, à défaut de coutumes ou d'usages, le Tribunal s'inspirera des solutions consacrées par la jurisprudence, la doctrine mondiale et la science pure. [...] le tribunal de céans décide qu'il y a lieu de faire application du droit international aux effets de la concession, lorsque des raisons objectives l'amèneront à constater que certaines matières ne sauraient relever d'aucune disposition de droit interne d'un quelconque État, ainsi que c'est le cas pour tout ce qui est relatif [...] à la responsabilité de l'État pour violation de ses obligations internationales.», (52 R.C.D.I.P. 1963, pp. 317 et 318. Nous avons souligné). Pour conclure, nous pouvons retenir une remarque éloquentes de Jean-Pierre Sortais. Cet auteur estimait que, pour traiter de l'investissement international, le juriste doit être polyvalent. À son avis «la tâche qui [...] attend [le juriste] ne correspond à aucune des spécialités traditionnelles: elle les absorbe et les dépasse toutes. Ce qu'il lui faut faire, ce n'est ni oeuvre de privatiste, ni oeuvre de publiciste [...]. Il doit, bien entendu, se garder d'être uniquement un brillant spécialiste du droit interne, mais il ne lui servirait non plus de rien d'être un éminent internationaliste si cela devait impliquer qu'il ne

l'arbitrage de droit international public (entre deux États dans le cadre d'une intervention diplomatique). Qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre de ces deux types d'arbitrage on distingue l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage *ad hoc*.

L'arbitrage institutionnel est celui organisé sous l'égide d'organismes internationaux permanents spécialisés. Nous avons ainsi, d'une part, pour l'arbitrage commercial international institutionnel, principalement, la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.) de Paris, l'*American Arbitration Association* (AAA), et la *London Court of Arbitration*. D'autre part¹⁶³, pour l'arbitrage institutionnel essentiellement interétatique, nous avons la Cour Permanente d'Arbitrage de la Haye (C.P.A.). Entre ces deux catégories d'institutions d'arbitrage, il y a le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.). Le fonctionnement de ce Centre tient, à la fois, des règles et principes de droit interne, ou de nature privée du commerce international, et de ceux du droit international public. L'«**arbitrage C.I.R.D.I.**» appelle donc d'être bien distingué comme une catégorie spécifique d'arbitrage institutionnel. Pour cette raison nous désignerons l'arbitrage commercial international institutionnel de droit privé par les expressions d'«**arbitrage commercial**» tout court, ou encore d'«**arbitrage commercial ordinaire**».

Quant à l'«**arbitrage ad hoc**» il se rapporte à l'arbitrage qui relève de la seule initiative des parties sans recours à aucune institution d'arbitrage¹⁶⁴.

connaît pas un certain nombre d'institutions et de mécanismes du droit interne. [...]. Pour s'attaquer à ce genre de questions, il faut délibérément être ce que l'on pourrait appeler un «juriste généraliste».», («Investissement étranger et souveraineté internationale économique», dans Mario Bettati et alii, *La souveraineté au XXe siècle*, Paris, Armand Colin, 1971, 167-200, 172).

¹⁶³-Bernard Jadaud et Robert Plaisant, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 3è. édition 1987, pp. 171 et s.; Yvon Loussouarn et Jean-Denis Bredin, *Droit du commerce international*, Préface de Henri Battifol, Paris, Sirey, 1969, pp. 89 et s..

¹⁶⁴-Gérard Cornu (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 3è. édition, Paris, P.U.F., 1992, «Arbitrage».

Sur la base des précisions générales et terminologiques qui précèdent, nos développements s'ordonneront en deux parties, autour:

1°- du développement et des limites actuelles du droit conventionnel, d'une part, et de la théorie de l'«**internationalisation**» fondée sur le contrat d'État, d'autre part; de cette théorie, nous aborderons les enjeux, les variantes, les méthodes, avant de présenter les critiques qu'elle nous inspire.

2°- des apports possibles du droit coutumier général et des principes généraux du droit, à la lumière des revendications d'un droit nouveau faites par les pays en développement pour, dans le domaine de la protection des investissements étrangers, suppléer le droit conventionnel. Nous compléterons ce point par une considération sur le développement du contentieux international des investissements, et, notamment, sur l'élargissement de l'arbitrage international dans le domaine de la protection des investissements.

**PREMIÈRE PARTIE: DROIT CONVENTIONNEL DE LA PROTECTION DES
INVESTISSEMENTS ET THÉORIE DE L'«INTERNATIONALISATION» PAR CONTRAT
D'ÉTAT**

INTRODUCTION À LA PREMIÈRE PARTIE

À partir des années 1950, jusqu'au milieu des années 1970, de nombreuses décisions de nationalisation ou d'expropriation, mettant en cause la propriété de personnes étrangères, ont été prises dans plusieurs pays du Tiers-Monde nouvellement indépendants¹⁶⁵. Ces actes étaient relayés, dans les forums internationaux, par un débat politico-juridique qui, à son plus fort, a duré une décennie¹⁶⁶. La fermeté du droit international général classique de la protection des biens et investissements étrangers est sortie ébranlée de ces événements. Pour remédier à cette érosion de l'effectivité du droit international, les États importateurs et exportateurs de capitaux ont, à l'initiative de l'OCDE qui comprend quasiment l'ensemble des États exportateurs, ont entrepris de recourir aux traités bilatéraux de protection des investissements. Parallèlement, certains juristes des pays du Nord, élaborèrent la théorie dite de l'«internationalisation»¹⁶⁷ sur la base du contrat d'État.

Précisons que ces deux types d'actes juridiques, c'est-à-dire le contrat d'État et le traité bilatéral de protection des investissements, ne sont pas à placer sur le même pied. Le traité, acte interétatique de portée générale, est évidemment d'un niveau supérieur au contrat, acte de portée

¹⁶⁵-Charles R. Kennedy, Jr., «Relations Between Transnational Corporations and Governments of Host Countries. A Look to the Future», 1 *Transnational Corporations* 1 (1991), 67-91, à 73.

¹⁶⁶-Ce débat a duré, le plus activement, de la première CNUCED aux grandes Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies de 1974. Voir sur ce point, entre autres, Alain Pellet, *Le droit international du développement*, Paris, PUF, «Que-sais-je» n° 1731, 2e édition, 1987, 15 et s. et infra, pp. 156 et s..

¹⁶⁷-Il convient de préciser que l'idée d'«internationalisation» n'est pas née du besoin de sécurité juridique de l'investissement étranger. Elle est au contraire de pratique ancienne essentiellement pour répondre à des contestations territoriales entre puissances concurrentes. On connaît aussi l'«internationalisation» du régime de certains canaux, cours d'eaux, espace polaire et extra-atmosphérique, zones maritimes et fonds des mers, territoires ou villes etc. À titre d'exemple il y a eu les «villes libres» de Cracovie, placée sous administration conjointe de l'Autriche de la Prusse et de la Russie par le Traité de Vienne de 1815, de Tanger dont l'administration relevait d'un «directoire» constitué par l'Espagne, le Royaume-Uni et la France (Convention du 18 Décembre 1923) et de Dantzig (actuellement Gdansk en Pologne) à la suite de la Première Guerre Mondiale. Voir, entre autres, sur ce point, Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 3e édition, 1987, p. 412, n° 298. Voir aussi Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 3e édition, Paris, P.U.F., 1992, «Internationalisation».

strictement limitée, liant une personne privée, sans personnalité juridique internationale, à un État. Nous les associons ici uniquement parce que, dans notre matière, on a tenté de donner à celui-ci les effets de celui-là: la couverture de la relation par le droit international. Cela dit, il importe de noter que, depuis le début des années 1960, les recherches et études, les plus riches et les plus autorisées, du droit des investissements internationaux, ont fait la part belle à ces deux techniques du droit international. Cette production juridique considérable, et importante, appelle d'être bien comprise dans ce travail. Nous entendons, en effet, démontrer qu'elle comporte des limites et appelle des critiques. i

Nous étudierons, dans un premier temps, le droit conventionnel qui, malgré son développement en cours, présente encore certaines limites (TITRE I). Nous aborderons, ensuite, l'étude de la théorie de l'internationalisation dont, rappelons-le, le fondement est le contrat d'État (TITRE II).

TITRE I: LE DÉVELOPPEMENT ET LES LIMITES ACTUELLES DU DROIT INTERNATIONAL CONVENTIONNEL DE LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

En matière d'investissement international, les Conventions C.I.R.D.I. et A.M.G.I. comptent parmi les rares exceptions à l'inexistence de convention multilatérale. Mais, ces deux traités ne fixent pas de règles générales, de fond, pour le traitement et la protection des investissements étrangers. C'est aux traités bilatéraux qu'est revenu la tâche de suppléer, entre les pays contractants et pour les types d'investissements qu'ils ont définis, l'absence de normes générales communément acceptées dans ce domaine. Pour cette raison, l'étude des traités bilatéraux de protection et de traitement des investissements, dont la prolifération est devenue quasiment phénoménale ces dernières années, appelle ici notre meilleure attention. Mais, nous devons d'abord rappeler que, ce n'est pas faute par la communauté internationale, et les milieux d'affaires intéressés, d'avoir essayé de définir une réglementation universelle que nous connaissons le vide qui existe actuellement sur ce point. En outre, quelques exemples de traités multilatéraux de ce type, plutôt régionaux, existent et méritent d'être mentionnés.

CHAPITRE I: LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS PAR LES TRAITÉS MULTILATÉRAUX

Plusieurs tentatives sérieuses, mais infructueuses, de conclusion de conventions multilatérales de protection des biens et investissements étrangers avaient été entreprises dans le passé. Les premières remontent au lendemain de la première guerre mondiale. Nous allons rappeler ici les plus importantes d'entre elles. Cela dit, le vide que l'on doit déplorer n'est pas, malgré tout, total. La *Quatrième Convention de Lomé* et l'ALÉNA contiennent certaines dispositions relatives au traitement et à la protection des investissements étrangers.

SECTION I: LES TENTATIVES INFRUCTUEUSES D'ÉLABORATION D'UNE RÉGLEMENTATION UNIVERSELLE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

De l'avènement de la Société des Nations (s.d.N.) à nos jours, plusieurs tentatives ont été faites en vue d'élaborer des traités multilatéraux en matière de protection des biens et investissements étrangers. Déjà en 1929, la s.d.N. avait réuni à Paris une conférence sur le traitement des biens étrangers. Elle s'acheva sur la rédaction d'un projet de convention resté sans lendemain¹⁶⁸. S'ensuivirent, sans davantage de succès, la *Charte de la Havane de 1948* et les dispositions de son article 12 qui se rapportaient au régime de l'investissement international. Ce projet de traité qui portait, notamment, la création d'une Organisation Internationale du Commerce, n'a jamais été ratifié par les États contractants et, principalement, par les États-Unis. Seules ses dispositions qui ont servi de base à la constitution du GATT avaient reçu application¹⁶⁹.

¹⁶⁸-Herman Walker, Jr, «*Treaties for the Encouragement and Protection of Foreign Investment: Present United States Practices*», 5 A.J.C.L. (1956), 229, 240 et s..

¹⁶⁹-General Agreement on Tariffs and Trade, Chapitre IV du projet relative à la «Politique commerciale», Carreau, Flory et Juillard, *Droit international économique*, op. cit. note n° 6, §§ n° 54 et 114, pp. 64 et 95. Notons que le nouvel accord du GATT, signé à Marrakech le 15 avril 1994, prévoit également la mise sur pied de l'Organisation Mondiale du Commerce pour compter de Janvier 1995.

Il y avait eu aussi, au niveau du continent américain, le projet de convention économique de Bogota élaborée en 1948 par la Conférence internationale des États américains et qui, après de laborieuses tentatives de rapprochement des points de vue des États réunis, fut abandonné en 1949¹⁷⁰. Il a été également publié, en 1949, un «Projet de Code international pour le traitement équitable des investissements étrangers» adopté la même année par la C.C.I. à sa session de Québec¹⁷¹. En 1957, un autre projet, intitulé «*International Convention for the Mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countries*», a été préparé sous la direction du Dr Abs par la Société allemande pour l'avancement de la protection de l'investissement étranger. En 1958, ce fut le tour du projet de *Convention on Foreign Investment* de Lord Shawcross. Ces deux derniers projets avaient été fusionnés en avril 1959 pour donner le projet *Abs/Shawcross Convention on Investment Abroad*¹⁷² qui avait été soumis à l'O.C.D.E. par le gouvernement de la République Fédérale Allemande. Quant à l'O.C.D.E., il adopta son «Projet de Convention sur la Protection des Biens Étrangers» le 12 Octobre 1967¹⁷³.

Enfin, comme nous l'avons déjà longuement évoqué, ci-dessus, à propos de la réglementation internationale des activités des sociétés transnationales, les Nations Unies ont entrepris, depuis 1974, d'établir un «Code de conduite sur les entreprises transnationales» [...] ¹⁷⁴. C'est sans doute

¹⁷⁰-Herman Walker, Jr, «*Treaties for the Encouragement and Protection of Foreign Investment: Present United States Practices*», loc. cit. note n° 168, 241; Stanley Metzger, *International Law, Trade and Finance. Realities and Prospects*, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, Inc., 1962, p. 156.

¹⁷¹-Mario Amadio, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965*, op. cit. note n° 27, p. 36.

¹⁷²-Georg Schwarzenberger, «*The Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad. A Critical Commentary*», 14 C.L.P. (1961), 213. Pour une étude minutieuse d'ensemble de tous ces projets de conventions multilatérales voir E.I., Nwogugu, *The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries*, Foreword by B.A. Wortley, Manchester, Manchester University Press/ Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications Inc., 1965, pp. 135 et s.

¹⁷³-La version anglaise de ce texte, *OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, a été publiée au 7 I.L.M. 137 (1968).

¹⁷⁴-Voir supra, pp. 46 et s.. Le projet de code porte la référence suivante: Document E/1988/39/Add1 of 1 February 1988. Il a été publié par les Nations Unies, notamment, dans le fascicule *The New Code Environment*, op. cit., note n° 84, pp. 32 et s..

l'instrument le plus ambitieux jamais envisagé dans ce domaine. Mais, comme cela ressort de notre exposé¹⁷⁵ son avènement se heurte, sur plusieurs points, aux divergences de vues entre pays développés et pays en développement. Bien qu'un rapprochement de ces points de vue semble se dégager aujourd'hui, on est encore loin, sans doute, d'un aboutissement de cet instrument international.

Aujourd'hui, sauf à signaler les «Principes directeurs de l'O.C.D.E. à l'intention des entreprises multinationales»¹⁷⁶ et ceux plus récents de la Banque mondiale¹⁷⁷ qui, tous deux, ne constituent pas des traités, aucun des différents projets, visant à une réglementation multilatérale universelle des investissements internationaux, n'a donc connu la faveur de passer au droit positif. Nous devons néanmoins rappeler que, en dehors de la poursuite des négociations du Code de conduite des Nations Unies, les efforts se poursuivent encore, actuellement, à différents niveaux pour sortir de l'impasse. Ainsi, l'O.C.D.E. a entrepris d'étudier un instrument international encore «plus large» dans ce domaine¹⁷⁸.

Pour le moment, seuls les traités ACP/CEE et ALÉNA, qui sont régionaux, font exception à cette situation générale d'absence de réglementation multilatérale des activités des sociétés transnationales.

¹⁷⁵-Voir supra, pp. 46 et s..

¹⁷⁶-Ces principes directeurs ont été adoptés le 21 juin 1976. Voir, sur ce point, *Investissement international et entreprises multinationales*, Paris, O.C.D.E., éd. révisée, 1979.

¹⁷⁷-*World Bank: Report to the Development Committee and Guidelines on the treatment of foreign Direct Investment*, adopté le 21 septembre 1991, 31 ILM 1363 (1992).

¹⁷⁸-Sur ces points, voir *World Investment Report 1993*, op. cit, note n° 89, pp. 11-12.

SECTION II: LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS DANS LA QUATRIÈME CONVENTION ACP/CEE ET DANS L'ALÉNA

La *Quatrième convention Afrique, Caraïbes, Pacifique/ Communauté Économique Européenne (ACP/CEE)*, encore connue sous le nom de *Quatrième convention de Lomé*, a été signée le 15 Décembre 1989 entre les douze pays membres de la CEE et soixante neuf États du Tiers-Monde pour une période de dix ans. L'ALÉNA est intervenu en Décembre 1992 entre le Canada, les États-Unis et le Mexique. Ces deux conventions multilatérales ont traité du problème de la protection des investissements.

1-La Quatrième convention ACP/CEE

À l'instar des trois premières conventions du même nom dont elle a pris la suite, la *Quatrième convention ACP/CEE* organise entre les deux groupes d'États signataires, au profit des États A.C.P., une coopération commerciale tendant à assurer un régime préférentiel à sens unique, une stabilisation des recettes d'exportation et une assistance financière et technique. L'aide publique au développement accusant de grandes limites pour couvrir tous les besoins des pays A.C.P., les États contractants ont envisagé de soutenir la promotion et la protection des investissements privés. C'est donc dans ce sens que la *Quatrième Convention ACP/CEE* a, à la suite d'ailleurs de la *Troisième Convention* du même nom¹⁷⁹, consacré certaines de ses stipulations à la promotion, la protection, le financement et l'appui aux investissements¹⁸⁰.

¹⁷⁹-Voir notamment sur ce point Denys Simon, «Le système conjoint de garantie des investissements CEE/ACP de la convention de Lomé III», 13 *D.P.C.I.* (1987), 91-110; Mahmoud Salem, «Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers», 113 *J.D.I.* (1986), 579, 586 et s..

¹⁸⁰-Articles 258 et s., 260 et s., 263 et s., et 267 et s. de la Convention, *Journal Officiel des Communautés européennes*, n° L229/85 du 17 Août 1991.

L'article 258 de ce traité vise, entre autres, «le traitement juste et équitable» des «investisseurs», alors que sous la rubrique de la protection des investissements, l'article 260 disposent que:

«Les parties contractantes affirment la nécessité de promouvoir et de protéger les investissements de chaque partie sur leurs territoires respectifs et, dans ce contexte, affirment l'importance de conclure, dans leur intérêt mutuel, des accords inter-États de promotion et de protection des investissements, qui puissent également constituer la base de systèmes d'assurance et de garantie.»

En somme, cette convention se borne à définir le principe, le cadre général et des indications pour la conclusion ultérieure de traités bilatéraux de protection des investissements entre les parties intéressées. L'Annexe LIII de la Convention a d'ailleurs prévu qu'une étude conjointe sera engagée par les États contractants pour déterminer les principales clauses d'une convention-type.

En comparaison l'ALÉNA est plus explicite et n'a semblé rien laisser au hasard, quant aux règles applicables aux investisseurs et investissements de chacun des trois États contractants établis dans un autre État contractant.

2-L'Accord de Libre-Échange Nord Américain (ALÉNA) et le régime de l'investissement étranger au Mexique

L'ALÉNA mérite d'être cité ici à un double titre. D'une part, il constitue, pour certaines de ses dispositions, l'un des rares exemples de traité multilatéral de protection des investissements mettant en relation pays en développement et pays exportateurs de capitaux. D'un autre côté, l'engagement du Mexique dans cet accord marque, dans une certaine mesure, une véritable révolution dans sa politique traditionnelle de traitement de l'investissement étranger. La clause Calvo constitutionnalisée et les revendications d'un nouvel ordre économique international, dont le Mexique a été l'un des ténors aux Nations Unies¹⁸¹ ont perdu jusqu'à la moindre trace dans l'édifice de l'Accord de Libre-Échange Nord Américain (ALÉNA ou NAFTA, *The North American Free Trade Agreement*) conclu entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-

¹⁸¹-Jorge Castañeda, «La Charte des Droits et Devoirs Économiques des États. Note sur son processus d'élaboration», 20 A.F.D.I. (1974), 31, à 54; voir aussi Michel Virally, «La Charte des droits et devoirs économiques des États. Notes de lecture», Ibid., 57, à 60.

Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, signé à Washington les 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa les 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico les 14 et 17 Décembre 1992. Il est entré en vigueur le 1er Janvier 1994¹⁸².

Le Chapitre 11 de la Partie V de ce traité très dense porte sur l'«investissement». Ce texte prévoit la suppression des barrières à la libre circulation des capitaux, le régime du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée pour les investisseurs des États membres, la protection des investissements et un mécanisme de règlement des différends y relatifs.

Conformément à ses articles 1102 et 1103 et 1204, chaque Partie doit octroyer le plus favorable du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée aux investisseurs originaires d'une autre partie. S'agissant du droit applicable en la matière, l'article 1105 (1) décide que:

«Chacune des parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.»¹⁸³

L'article 1106 prohibe expressément, de la part des trois parties au traité, certaines obligations de performance qui pouvaient être imposées aux investisseurs ressortissants d'un État membre. Quant à l'expropriation et à l'indemnisation l'article 1110 prescrit ce qui suit:

- «1. Aucune des parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement («expropriation»), sauf:
 - a) pour une raison d'intérêt public;
 - b) sur une base non discriminatoire;
 - c) en conformité avec l'application régulière de la loi et l'article 1105 (1); et
 - d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6.
 2. L'indemnité devra équivaloir à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu («date de l'expropriation»), et elle ne tiendra compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue. Les critères d'évaluation seront la valeur d'exploitation, la valeur de l'actif, notamment la valeur fiscale déclarée des biens corporels, ainsi que tout autre critère nécessaire au calcul de la juste valeur marchande, selon que de besoin.
 3. L'indemnité sera versée sans délai et elle sera pleinement réalisable.
- [...].»

¹⁸²—Gouvernement du Canada, *Projet de loi C-115 portant mise en oeuvre de l'ALÉNA*, adopté par la Chambre des Communes du Canada le 27 Mai 1993; 32 I.L.M. 289, 605 et 780, spécialement 639 (1993).

¹⁸³—Nous avons souligné.

Pour parachever l'édifice, l'ALÉNA institue un mécanisme de règlement arbitral des différends relatifs aux investissements (Section B, articles 1115 à 1138). La saisine de ce mécanisme relève directement de «l'investisseur contestant», c'est-à-dire sans la couverture du Gouvernement de celui-ci (articles 1116, 1117, 1119 et 1120), et sans exigence de l'épuisement préalable des recours internes (article 1121 (1) b) et (2) b)). À cet effet, le traité prévoit (article 1120) une triple alternative quant à l'organisation de l'arbitrage: le recours pourra être formé en vertu de la *Convention C.I.R.D.I.* ou, à défaut de l'adhésion d'un membre de l'ALÉNA à cette Convention (cas du Canada et du Mexique, jusqu'à nouvel ordre), en application du *Règlement du mécanisme supplémentaire du C.I.R.D.I.*, ou encore des règles d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I.. Le consentement écrit des parties à l'arbitrage est constitué en vertu de l'article 1122 (2) du traité, ce qui exclut la conclusion d'une clause d'arbitrage spécifique ou la nécessité pour l'investisseur contestant de solliciter de l'État mis en cause un acte spécifique de consentement. Par ailleurs, le tribunal arbitral doit se prononcer sur la base des dispositions du traité ainsi que «des règles applicables du droit international» (Article 1131 (1)).

L'ALÉNA crée ainsi, en matière de traitement et de protection des investissements étrangers, un régime international incontestable que d'autres États recherchent par le moyen des traités bilatéraux.

CHAPITRE II: LES TRAITÉS BILATÉRAUX DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

Il y a lieu, avant tout, de souligner qu'on note, ces dernières années, une véritable explosion dans le nombre des traités bilatéraux de protection des investissements conclus. À la fin de l'année 1992, on enregistrait 506 traités de ce type impliquant des membres de l'O.C.D.E.¹⁸⁴. Notons qu'au mois de juin de l'année 1991, ce chiffre était, pour la période allant des années 1959 à 1991, de 440¹⁸⁵, soit une moyenne de 13 par an pour cette première période contre 66 pour la période allant de juin 1991 à décembre 1992. Le démantèlement du bloc communiste, ainsi que l'émergence de nouveaux États, en Europe Centrale et Orientale ne sont pas étrangers à cette évolution¹⁸⁶. Mais, chose jusque-là inhabituelle, cette accumulation fulgurante des traités bilatéraux de protection des investissements résulte aussi d'une plus grande participation des pays latino-américains¹⁸⁷.

Le traité bilatéral de protection des investissements, encore appelé «convention-parapluie» (*umbrella agreement*) ou traité de couverture, a pour effet d'internationaliser les relations d'investissement qui naissent entre un État contractant et les ressortissants de son cocontractant¹⁸⁸. C'est là la raison d'être même de ces traités. Leur objet est d'écarter la compétence exclusive de l'État d'accueil en ce qui concerne le traitement des biens et intérêts protégés. Comme l'avait rappelé Virally, dans les cas où ils sont applicables, ces traités «confèrent [...] une valeur internationale aux engagements pris par les États [...] par voie

¹⁸⁴-World Investment Report 1993, op. cit , note n° 89, p. 12.

¹⁸⁵-Bilateral Investment Treaties 1959-1991, New York, Nations Unies (UNCTC/ICC), 1992, p. 4. Nous figurons ces informations sous le tableau n° 1 présenté en annexe.

¹⁸⁶-World Investment Report 1993, op. cit , note n° 89, p. 12.

¹⁸⁷-Ibid.

¹⁸⁸-Voir par exemple sur ce point Prosper Weil, «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier», 128 R.C.A.D.I. (1969-III), 124 et 130. *Adde* du même auteur, «Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique», *Mélanges Rousseau*, 1974, p. 315.

législative ou contractuelle»¹⁸⁹. La place de ces traités dans l'étude des problèmes juridiques posés par la protection des investissements est donc cardinale.

Mais il faut préciser qu'en dépit de leur dénomination, l'effet internationalisateur de ce type de traité ne se cantonne pas nécessairement ou exclusivement aux relations nées de la réalisation d'un projet d'investissement. Dans bien des cas, ils visent l'ensemble des biens étrangers en provenance ou à destination de chacun des États contractants. En outre, cet effet internationalisateur n'est aucunement assujéti, pour se déployer, à l'existence d'un contrat entre l'investisseur et l'État d'accueil: par définition le champ du traité bilatéral de protection des investissements inclut, avant tout, des investissements constitués sans contrat, c'est-à-dire les investissements les plus vulnérables aux évolutions du droit interne de l'État d'accueil¹⁹⁰.

Nous évoquerons la portée de ces traités, ainsi que les limites de la pratique conventionnelle, après avoir essayé de bien cerner la notion même de traité bilatéral de protection des investissements.

SECTION I: DÉFINITION DU TRAITÉ BILATÉRAL DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

Nous allons d'abord essayer de définir et de distinguer le traité bilatéral de protection des investissements d'un autre type voisin de traité: le traité d'établissement. Dans un second lieu, nous tenterons de présenter leur économie générale grâce à un résumé des clauses qu'ils contiennent habituellement.

¹⁸⁹-Michel Virally, «Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public», 183 R.C.A.D.I. (1983-V), pp. 121-122.

¹⁹⁰-Les traités de protection des investissements sont très favorablement perçus par la doctrine comme des instruments privilégiés pour reconstruire la certitude dans le domaine de la protection des investissements. Voir, notamment, Patrick Juillard, «Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement: à la recherche d'un droit perdu?», loc. cit. note n° 7, 9; voir aussi Jeswald W. Salacuse, «*BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*», loc. cit. note n° 7, 659.

1-Traité bilatéral de protection des investissements et traité d'établissement

Les traités bilatéraux de protection des investissements sont des accords interétatiques par lesquels deux pays, dont en général l'un est développé et l'autre en développement, s'entendent pour encourager les investissements des ressortissants de l'un dans le territoire de l'autre¹⁹¹ grâce à la convention de garanties juridiques.

Les traités de protection des investissements doivent être bien distingués des traités d'établissement. Ces derniers sont d'une pratique déjà ancienne et sont surtout caractérisés par la généralité de leur objet. Ils tendent, en effet, à assurer aux ressortissants d'un État contractant le bénéfice de certains droits sur le territoire d'un autre État contractant. Ces droits sont, en général, très variés et peuvent comprendre la protection de la personne et de ses biens, le droit de circuler, de contracter, d'acquérir des biens, d'exercer certaines activités professionnelles, d'ester en justice¹⁹². Contrairement aux traités de protection des investissements, ils suivent avant tout la personne et ne visent donc le sort des biens qu'à titre accessoire¹⁹³. Encore faut-il ajouter que les traités d'établissement peuvent contenir une clause de traitement national impliquant ainsi l'assimilation des étrangers bénéficiaires aux nationaux, ou encore la clause de la nation la plus favorisée en vertu de laquelle chaque État contractant s'engage à accorder, de façon automatique, aux ressortissants d'un autre État cocontractant le bénéfice du traitement le plus favorable qu'il a, ou aura, à concéder aux nationaux d'un État tiers¹⁹⁴.

¹⁹¹-Patrick Juillard, «Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement: à la recherche d'un droit perdu?», loc. cit. note n° 7, p. 9, n° 2.

¹⁹²-François Rigaux, *Droit international privé, tome 1: théorie générale*, deuxième édition refondue, Bruxelles, Maison F. Larcier, § n° 163, p. 110; Bernard Audit, *Droit international Privé*, Paris Economica, 1991, § n° 1108, p. 864.

¹⁹³-Carreau, Flory et Juillard, *Droit international économique*, op. cit. note n° 7, § n° 929, p. 554.

¹⁹⁴-Ibid., §§ n° 1113 et 1114, pp. 868 et s..

Les Traités d'amitié, de Commerce et de Navigation (FCN) conclus par les États-Unis constituent un excellent exemple de traité d'établissement. C'est l'application d'un traité de ce type qui était en cause dans l'affaire ELSI¹⁹⁵. Le *Traité de Rome* instituant la Communauté Économique Européenne en constitue un autre exemple¹⁹⁶.

Soulignons, par ailleurs, que l'objet des traités qui définissent les droits des étrangers peut être aussi très spécifique et porter par exemple sur la fiscalité, l'immigration, la sécurité sociale et la coopération en matière de justice. Les traités de protection des investissements relèvent, en raison de leur objet spécifique, de ce dernier groupe. Notons que les premiers de ces traités, dont nous allons maintenant examiner l'économie générale, étaient bien antérieurs au mouvement de revendication d'un NOEI au sein des Nations Unies¹⁹⁷.

¹⁹⁵-Il s'agit dans l'espèce, du Traité du 2 Février 1948 ensemble l'accord complémentaire du 26 septembre 1951. Voir, entre autres, Brigitte Stern, «La protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse», 117 *J.D.I.* (1990), 897, 909 et 946. Voir, en outre, Mahmoud Salem, «Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers», loc. cit. note n° 453, 584 et s. et, pour une étude d'ensemble assez vieille cependant, Herman Walker, Jr, «*Treaties for the Encouragement and Protection of Foreign Investment: Present United States Practices*», loc. cit. note n° 447, 229.

¹⁹⁶-François Rigaux, *Droit international privé*, tome 1: théorie générale, op. cit. note n° 137, n° 163, p. 110; Bernard Audit, *Droit international Privé*, op. cit. note n° 460, § n° 1115, p. 870, Pierre Mayer, *Droit international privé*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 1987, p. 593, n° 1014.

¹⁹⁷-Certains auteurs ont soutenu que la multiplication des traités bilatéraux de protection des investissements est essentiellement une réaction au mouvement de contestation des normes coutumières du droit international par les pays en développement. Cette contestation, comme on le sait, a duré essentiellement de la 1^{ère} C.N.U.C.E.D. (1964) aux résolutions de l'A.G.N.U. de 1974 relatives sur l'instauration d'un N.O.E.I.. (Carreau, Flory et Juillard, *Droit international économique*, op. cit. note n° 7, § n° 1084, p. 641, Jeswald W. Salacuse, «*BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*», loc. cit. note n° 7, 659). Une telle relation des faits, qui marque fortement les propositions de la doctrine et qui de ce fait ne saurait être ignorée, est, pour l'essentiel, tout à fait infondée. En effet, lorsqu'on considère le cas des pays africains, on remarque qu'en 1993, 156 traités bilatéraux, de protection des investissements, les liaient à divers pays développés à savoir, notamment, la Belgique, le Danemark, les États-Unis, la France, l'Italie, la République Fédérale d'Allemagne, le Royaume Uni, la Suède, la Suisse et l'Union Économique Belgo-Luxembourgeoise (*I.L.W., Investments Treaties*, vol. 3, Indices; U.N.C.T.C./I.C.C., *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, op. cit. note n° 185, Annex, pp. 15 et s.). Sur ce nombre 69, c'est-à-dire plus du tiers, datent d'avant 1974 et sont donc antérieurs à la très controversée Charte des droits et devoirs économiques des États qui a affirmé la compétence de la loi nationale

2-L'économie générale des traités bilatéraux de protection des investissements

L'objet d'un traité de protection des investissements est la détermination des règles applicables aux investissements en provenance d'un État contractant à destination de l'autre. Il comporte des règles de traitement et de protection.

Le traitement de l'investissement se rapporte à l'ensemble des règles de droit interne et de droit international applicables à l'investissement de sa constitution à sa liquidation¹⁹⁸. Quant aux règles de protection, elles préviennent toute atteinte des autorités publiques à l'intégrité de la propriété ou, en cas de survenance d'une telle atteinte, régissent la réparation des dommages subis par l'investisseur¹⁹⁹. Dans la coutume internationale, les règles de traitement et de protection de l'investissement étranger se résume en un standard minimum sur lequel nous reviendrons²⁰⁰.

pour les questions touchant au sort des investissements étrangers. En fait, les premiers traités de ce type remontent à 1961 et 1962. Ainsi, par exemple, le traité entre le Togo et la R.F.A. date du 16 Mai 1961; celui qui lie la Côte d'Ivoire et la Suisse a été conclu le 26 Juin 1962. Il n'est donc pas tout à fait vrai d'affirmer, du moins aussi longtemps que les États africains sont considérés, que le mouvement pour un N.O.É.I. a été le signal de la multiplication de ces actes. Par contre il est remarquable que ces traités ont été conclus assez tardivement par des pays comme la France, le Royaume Uni, les États-Unis et le Canada qui ne sont pas, il est vrai, des moindres en matière d'exportation de capitaux. Encore faut-il ajouter que les premiers traités d'investissement auxquels la France, par exemple, est partie sont antérieurs à 1974. On peut voir, dans ce sens, les traités entre la France et la Tunisie du 30 Juin 1972, entre la France et le Zaïre du 5 Octobre 1972, entre la France et Haïti du 2 Juillet 1973, entre la France et l'Indonésie du 14 Juin 1973 et entre la France et l'île Maurice du 22 Mars 1973. L'idée que ces Traités constituent une réplique des pays exportateurs de capitaux aux contestations du droit coutumier et, plus précisément, à la revendication d'un N.O.É.I. par les États en développement n'est en réalité vraiment vérifiée qu'en ce qui concerne le Royaume Uni. Le premier traité d'investissement de ce pays date, suivant le relevé du C.I.R.D.I., de 1975 (Royaume Uni-Égypte, 11 Juin 1975). et les États-Unis dont le premier traité destiné spécifiquement à la protection des investissements remonte à Septembre 1982 (États-Unis-Égypte, 29 Septembre 1982).

¹⁹⁸-Carreau, Flory et Juillard, *Droit international économique*, op. cit. note n° 7, §§ n° 1064 et 1067, pp. 628 et 630.

¹⁹⁹-Ibid., §§ n° 1064 et 1103, pp. 629 et 658.

²⁰⁰-Voir *infra*, pp. 194 et s.

La plupart des traités prescrivent le standard général d'un traitement juste et équitable (*fair and equitable*)²⁰¹. C'est ce qui est prévu à l'article 1 (a) du projet de Convention de l'O.C.D.E. sur la Protection des Biens Étrangers du 12 Octobre 1967 qui, selon une étude de Patrick Juillard, a servi de modèle à un très grand nombre des traités bilatéraux de protection des investissements. Ce texte est formulé comme suit:

*«Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties. It shall accord within its territory the most constant protection and security to such property and shall not in any way impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by unreasonable or discriminatory measures. [...]»*²⁰²

De l'avis de certains auteurs, de telles stipulations de traitement juste et équitable renvoient au droit international général dont on verra, cependant, qu'il est très critiqué²⁰³. Au regard de la doctrine classique, le traitement juste et équitable implique, pour le pays d'accueil, l'obligation d'assurer à l'investissement un traitement, national, différentiel ou préférentiel, au moins conforme au standard minimum international dans l'hypothèse d'une expropriation ou d'une nationalisation. Ce standard comporte, notamment, les règles de la non-discrimination, du respect des droits acquis et de la réparation adéquate en cas d'atteinte à la propriété privée des étrangers²⁰⁴.

Souvent les parties conviennent du traitement national. Cela entraîne la soumission des étrangers concernés et les nationaux du pays d'accueil au même traitement, encore que, en de pareilles situations, de nombreuses exceptions sont prévues pour le pays d'accueil²⁰⁵. Le traitement national s'accompagne bien souvent du traitement de la nation la plus favorisée. Dans ce cas, les investisseurs intéressés ont le droit de bénéficier du plus avantageux de ces deux régimes de

²⁰¹-J.-P. Laviee, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international Économique*, op. cit. note n° 2, 93.

²⁰²-7 ILM 117 (1968) à 119.

²⁰³-Voir *infra*, pp. 159 et s..

²⁰⁴-U.N.C.T.C./I.C.C., *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, op. cit. note n° 185, p. 9.

²⁰⁵-Ibid.; Laviee, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international Économique*, op. cit. note n° 2, p. 95.

traitement²⁰⁶. L'objectif du traitement de la nation la plus favorisée est d'assurer une égalité de traitement pour les investissements étrangers bénéficiaires établis dans un pays donné. Mais lorsque le traitement de la nation la plus favorisée est convenu des notions telles que celles d'entreprises ou de circonstances similaires posent un sérieux problème de définition²⁰⁷. Nous avons un exemple de la double stipulation du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée dans le Traité États-Unis-Sénégal du 6 décembre 1983. L'article II (2) de ce Traité prévoit que:

*«Each Party shall accord existing or new investments in its territory of nationals or companies of the other Party, and associated activities, treatment no less favorable than that which it accords in like situations to investments and associated activities of nationals or companies of any third companies. [...]»*²⁰⁸

Les dispositions du traité d'encouragement et de protection des investissements conclu entre l'Argentine et les États-Unis le 14 Novembre 1991²⁰⁹ prévoit aussi à son article II (2) (a):

*«Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than required by international law.»*²¹⁰

S'agissant, plus particulièrement, du problème de la protection contre les expropriations et nationalisations, les traités prévoient que ces mesures de transfert de propriété ne seraient légales qu'autant que l'intérêt public les requièrent, et qu'elles sont prises sans discrimination contre paiement d'une indemnité adéquate et sous l'autorité du pouvoir judiciaire. Ainsi, le traité États-Unis-Sénégal, que nous venons de citer, dispose à son article III (1):

²⁰⁶-U.N.C.T.C./I.C.C., *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, op. cit. note n° 185, p. 9..

²⁰⁷-Ibid.

²⁰⁸-*Treaty Between the United States of America and the Republic of Senegal Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, dans *Investment Treaties*, 1983, p. 99, à p. 102.

²⁰⁹-*Argentina-United-States: Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, Done at Washington, November 14, 1991, 31 I.L.M. 124 (1992).

²¹⁰-C'est nous qui soulignons.

«No investment or any part of investment of a national or a company of either Party shall be expropriated or nationalized by the other Party or subjected to any other measure or series of measures, direct or indirect, tantamount to expropriation (including the levying of taxation, the compulsory sale of all or part of an investment, or the impairment or deprivation of its management, control or economic value), all such measures hereinafter referred to as "expropriation", unless the expropriation:

- (a) is done for a public purpose;*
- (b) is accomplished under due process of law;*
- (c) is not discriminatory;*
- (d) does not violate any specific provision on contractual stability or any specific provision on expropriation contained in an investment agreement between the national or company concerned and the Party making the expropriation; and*
- (e) is accompanied by prompt, adequate and effective compensation.»²¹¹*

L'article IV (1) du traité États-Unis-Argentine dispose dans le même sens que:

«Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization ("expropriation") except for a public purpose; in a non-discriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation; in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided for in article II (2). [...]»²¹²

Nous retrouvons, sous quelques réserves, des dispositions comparables dans le Projet de Convention de l'O.C.D.E.. L'article 3 de ce projet, devenu convention-modèle, est libellé comme suit:

«No Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, of his property a national of another Party unless the following conditions are complied with:

- (i) The measures are taken in the public interest and under due process of law;*
- (ii) The measures are not discriminatory; and*
- (iii) The measures are accompanied by provision for the payment of just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the property affected, shall be paid without undue delay, and shall be transferable to the extent necessary to make it effective for the national entitled thereto.»²¹³*

²¹¹-Ibid., pp. 106-107.

²¹²-Voir sur ces dispositions la note de présentation du traité de Heribert Golsong, 31 I.L.M. 124 (1992). Notons que le Traité États-Unis-Argentine consacre un certain abandon de la doctrine du Docteur Calvo (Voir supra p. 2 note n° 4) et, parallèlement, l'acceptation de la doctrine formulée par Hull en matière d'indemnisation pour expropriation ou nationalisation. En fait, aujourd'hui, des trois grands pays économiquement et politiquement les plus importants d'Amérique Latine à savoir l'Argentine, le Mexique et le Brésil, seul ce dernier n'a pas encore abandonné dans un acte international la doctrine Calvo..

²¹³-7 ILM 117 (1968), à 124.

En ce qui concerne, plus spécialement, l'évaluation de la compensation, la valeur marchande («*market value*») est la référence la plus généralement retenue. Ainsi, par exemple, la convention-modèle américain vise la «*fair market value...immediately before the expropriating action was taken or became known*»²¹⁴. Cette stipulation-modèle a été reprise dans la Convention États-Unis-Sénégal à l'article III (1) (e) que nous venons de citer, dans les termes suivants:

*«Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment. The calculation of such compensation shall not reflect any reduction in such fair market value due to either prior public notice or announcement of the expropriatory action, or the occurrence of the events that constituted or resulted in the expropriation. Such compensation shall be paid without delay, shall be effectively realizable, shall bear current interest from the date of the expropriation at a commercially reasonable rate, and shall be freely transferable at the prevailing market rate of exchange on the date of expropriation.»*²¹⁵

Notons aussi que la convention-modèle de l'Allemagne prévoit que la «*compensation shall be equivalent to the value of the investment expropriated immediately before the date of expropriation or nationalization was publicly announced*», tandis que la convention-modèle A de l'*Asian-African Legal Consultative Committee* (A.A.L.C.) dit que l'évaluation s'opérera «*in accordance with recognized principles of valuation such as fair market value*»²¹⁶.

Enfin, les traités bilatéraux prévoient aussi l'organisation de recours arbitral international pour le règlement des litiges éventuels entre investisseurs et États d'accueil²¹⁷. À cet effet le C.I.R.D.I. est, depuis le milieu des années 1970, l'institution la plus visée par les parties²¹⁸. La Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris (C.C.I.) et le *Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International* (C.N.U.D.C.I.) sont quelquefois visés²¹⁹. Dans bien des cas, sur lesquels nous

²¹⁴-U.N.C.T.C./I.C.C., *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, op. cit. note n° 185, p. 11.

²¹⁵-loc. cit., note n° 208, p. 107.

²¹⁶-Ibid., p. 11.

²¹⁷-Lavieq, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international Économique*, op. cit. note n° 2, pp. 269, 275 et s..

²¹⁸-Ibid.

reviendrons, les traités emportent consentement de l'État d'accueil à la procédure arbitrale prévue. Ils dispensent ainsi l'investisseur en difficultés d'avoir, une fois le litige né, à rechercher le consentement de l'État d'accueil. Cela dit, nous devons rechercher si les qualités de ces actes interétatiques ne sont pas contrebalancées par certaines limites.

SECTION II: LA PORTÉE DES TRAITÉS BILATÉRAUX DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

Encore une fois, rappelons que les traités sont des actes qui ont le grand mérite de prévoir des règles de fond certaines et incontestables. Ils ont, en outre, l'avantage de prévoir et d'organiser des voies de recours pour les cas de litiges. L'idéal dans le droit international des investissements, aujourd'hui, serait que, à défaut, notamment, d'une réglementation multilatérale universelle des activités des sociétés transnationales, ces actes couvrent l'ensemble des situations. Mais, ce n'est pas, jusqu'à nouvel ordre, le cas. En effet, certains États du Tiers-Monde, au nombre desquels figurent plusieurs des plus importants destinataires de capitaux étrangers, ne les admettent pas dans leurs systèmes juridiques. Par ailleurs, dans certains cas et pour certaines de leurs dispositions, ces instruments de droit conventionnel doivent être complétés par un recours au droit international général.

1-Limites actuelles des traités bilatéraux de protection des investissements

Tant en raison du nombre des parties en présence que de leurs lettres, les traités bilatéraux de protection des investissements présentent certaines limites. On peut classer ces limites en deux catégories: les limites externes et les limites internes.

²¹⁹-U.N.C.T.C./I.C.C., *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, op. cit. note n° 185, p. 12.

1.1-Limites externes aux traités

Comme nous l'avons déjà souligné, il y a une forte augmentation du nombre des traités bilatéraux de protection des investissements au cours des dernières années. Cela est dû, pour beaucoup, au démantèlement du bloc communiste et à l'émergence de nouveaux États en Europe Centrale et Orientale. À cela s'ajoute une plus grande participation des États latino-américains au mouvement²²⁰.

En fait, c'est à dégel considérable de la politique d'investissement de certains pays du Tiers-Monde, fortement hostiles, jusque-là, à tout arrangement international en matière de protection des investissements qu'on a ainsi assisté. On pourrait même faire état à ce sujet d'une véritable révolution dans la conduite traditionnelle d'un certain nombre de ces pays. Même l'Argentine a fait un abandon de la doctrine Calvo, en acceptant le recours à l'arbitrage international sans épuisement préalable des recours internes. Ce pays a, en outre, accepté la fameuse doctrine Hull en matière d'indemnisation²²¹. L'Argentine s'est aussi engagée dans des traités bilatéraux d'investissement avec l'Italie le 22 Mai 1990, le Royaume-Uni le 11 Décembre 1990²²² et le Canada le 5 Novembre 1991 .

Avec l'ALÉNA le Mexique a connu une évolution comparable à celle de l'Argentine. Mais, en ce qui concerne ce pays, cette évolution est, pour le moment, limitée au cadre strict de ses relations avec ses deux grands voisins du Nord du continent américain, à savoir les États-Unis et le Canada. On peut aussi signaler, toujours pour l'Amérique Latine, les traités d'investissement intervenus entre la Bolivie et l'Italie le 30 Avril 1990, entre la Bolivie et l'Espagne le 24 Avril 1990, la Bolivie et la Suède le 20 Septembre 1990, l'Uruguay et l'Italie

²²⁰-Voir ci-dessus, p. 84.

²²¹-L'article II, 2 (a) du traité Argentine-États-Unis dispose: «*Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.*». Voir aussi l'Article VII de ce même traité sur les modes de règlement des litiges, 31 I.L.M. 124 (1992).

²²²-I.L.W., *Investment Treaties*, vol. IV, Index 1990.

le 21 Février 1990, l'Uruguay et le Canada le 16 Mai 1991, le Vénézuëla et l'Italie le 5 Juin 1990²²³. En Afrique le Nigéria a aussi rompu avec l'opposition qu'il a manifestée à conclure des traités bilatéraux de protection des investissements après 1964. Ce pays a récemment conclu un traité de ce type avec la France le 27 Février 1990 et un autre avec le Royaume-Uni le 11 Décembre 1990²²⁴.

Mais en dépit de ces avancées, plutôt spectaculaires, l'universalité du mouvement des traités bilatéraux de protection des investissements rencontre certaines bornes. Ainsi, bien que l'Argentine ait changé sa politique de traitement et de protection des investissements étrangers effectués sur son territoire, elle ne compte à ce jour de traité de protection qu'avec l'Italie, le Royaume Uni, les États-Unis et le Canada²²⁵. Qu'advierait-il dans ces conditions du sort des intérêts d'un investisseur allemand, Japonais ou Taïwanais établi en Argentine en cas de difficultés avec le Gouvernement de ce pays? La même question vaut pour le Vénézuëla engagé dans un seul traité avec l'Italie (4 Juin 1990), le Chili qui en compte deux (Chili-Allemagne, 30 Mars 1964 et Chili-Suisse 11 Novembre 1991), la Jamaïque qui en compte trois (Jamaïque-Royaume Uni, 20 Janvier 1987, Jamaïque-Suisse, 11 Décembre 1990 et Jamaïque-Pays-bas, 18 Avril 1991), le Kenya qui en compte deux (Kenya-R.F.A., 4 décembre 1967 et Kenya-Pays-Bas, 11 Septembre 1970), le Nigéria qui en compte quatre (Nigéria-Suisse, 28 Mars 1962, Nigéria-Allemagne, 29 Octobre 1964, Nigéria-France 27 Février 1990 et Nigéria-Royaume Uni, 11 Décembre 1990), le Togo qui en compte deux (Togo-Allemagne, 16 Mai 1961 et Togo-Suisse, 17 Janvier 1964) et la Zambie qui en compte un seul (Zambie-Allemagne, 10 Décembre 1966)²²⁶.

Par ailleurs, des pays économiquement importants du Tiers-Monde comme le Brésil et le Mexique en Amérique Latine, l'Algérie, l'Angola et le Zimbabwe sur le continent africain et

²²³-Ibid.

²²⁴-Ibid.

²²⁵-Ibid.

²²⁶-U.N.C.T.C./I.C.C., *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, op. cit. note n° 204, Annex pp. 15 et s..

l'Inde, en Asie, demeurent réfractaires au mouvement des traités bilatéraux de protection des investissements et n'y ont pas, jusqu'à nouvel ordre, vraiment adhéré²²⁷. Plusieurs des États qui comptent vraiment dans le Tiers-Monde ne sont donc liés par aucun traité bilatéral de protection des investissements étrangers ou, au mieux, ne sont engagés que dans un nombre fort limité de traités.

D'un autre côté, le Japon, gros exportateur de capitaux de l'heure présente, n'a conclu que trois traités de ce type (Japon-Égypte, 28 Janvier 1977, Japon-Sri Lanka, 1^{er} Mars 1982 et Japon-Chine continentale, 27 Août 1988). Pour sa part l'Australie est liée par un seul traité (Australie-Chine, 11 Juillet 1988). Dans la pratique, cette situation rend d'autant plus réduit le champ d'application global des traités bilatéraux de protection des investissements.

En plus de cette limite relative aux acteurs en présence et à leur nombre, il faut aussi ajouter qu'il ne suffit pas qu'il y ait traité pour que tous les investissements originaires et à destination des États contractants soient protégés. Ceci nous confronte à une limite interne de ces actes.

1.2-Limites internes aux traités

Suffit-il de l'existence d'un traité de protection des investissements entre deux États pour que tous les intérêts de leurs ressortissants respectifs en soient couverts dans leurs territoires? Cette question a été abordée par Patrick Juillard²²⁸ sous la forme d'une double sous-questions:

1°-tous les investisseurs originaires des États contractants, quel que soit le moment de leur installation dans le pays d'accueil, pourraient-ils prétendre au bénéfice d'un traité de protection?

²²⁷-En fait l'Inde compte un traité, un seul, conclu par échange de lettres avec la République Fédérale Allemande le 15 Octobre 1964, Ibid., p. 24.

²²⁸-Patrick Juillard, «Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement: à la recherche d'un droit perdu?», loc. cit. note n° 7, 24 et 25.

2°-tous les investissements originaires ou à destination d'un pays contractant sont-ils, une fois le traité en vigueur, qualifiés pour en bénéficier de la couverture sans aucune condition particulière?²²⁹

Il s'agit-là des problèmes de l'applicabilité *rationae temporis* et *rationae materiae* des traités bilatéraux d'investissement²³⁰. Il n'y pas de réponse d'ensemble à ces interrogations. S'agissant d'accords négociés et conclus au cas par cas ceci est évident. Il est donc important d'examiner soigneusement chaque traité pour découvrir ce que les parties ont prévu.

En vérité, la question de l'applicabilité temporelle, si elle ne devrait être, en bonne méthode, totalement ignorée, paraît néanmoins revêtir un caractère secondaire. Il semble d'évidence en effet, que pour se décider, l'investisseur s'intéresse à l'état présent de la législation du pays d'accueil ainsi qu'aux arrangements existant entre celui-ci et le sien. Il ne se décide pas sur la base d'un traité à intervenir et dont il pourrait profiter de la protection. S'il n'a pas attendu le traité de protection, c'est qu'il a calculé ses risques en conséquence. La question de l'applicabilité matérielle présente un meilleur intérêt pour l'analyse.

À quelles conditions un investissement provenant d'un État contractant vers un autre État contractant pourrait-il prétendre au bénéfice des dispositions du traité de protection? De nombreux traités désignent, de façon précise, les investissements bénéficiaires de la protection et ignorent, de ce fait, ceux qui ne répondent pas à leurs critères. Parfois, les investissements exclus sont nettement définis. Par exemple, tous les traités conclus entre les États-Unis et des États africains comportent des exceptions importantes tenant soit à la taille des entreprises visées, soit à certains secteurs économiques.

²²⁹-Ibid..

²³⁰-Ibid..

Ainsi l'annexe au traité États-Unis-Sénégal prévoit, pour le Sénégal, la possibilité d'exclure les petites et moyennes entreprises d'origine américaine²³¹ du plein bénéfice du traité. De son côté, sans considération de la taille des entreprises, le traité États-Unis-Cameroun (26 Février 1986) prévoit dans son annexe, qu'au Cameroun, les entreprises de certains secteurs ne jouissent pas de l'intégralité des garanties convenues par les deux États. Il s'agit des secteurs suivants:

*«Air transportation, ocean shipping, public market, radio and television, ownership of shares in INTELAM, provision of common carrier telephone and telegraph service, provision of submarine cable services, consultants on taxation matters.»*²³²

Les éventuels investisseurs camerounais désireux de s'installer aux États-Unis se voient aussi refuser la pleine protection du traité pour certains secteurs économiques. Des exceptions similaires se trouvent dans les traités États-Unis-Congo (12 Février 1990)²³³, Pays-Bas-Cameroun (6 Juillet 1965)²³⁴.

Par ailleurs, plusieurs traités subordonnent le bénéfice de leur protection à l'obtention d'un agrément administratif par l'investisseur intéressé²³⁵. Cette exigence se retrouve dans le traité Allemagne-Sénégal²³⁶. Or, lorsqu'un investisseur ne recherche pas des avantages fiscaux spécifiques, il n'est nullement tenu à l'obtention d'un tel acte pour démarrer ses affaires²³⁷. La

²³¹-Le texte parle des "[...] small and medium-sized enterprises specified in Law 81-51 of July 26, 1981", I.L.W., *Investment Treaties*, vol. III, Booklet 1983.

²³²-Ibid., vol. III, Booklet 1986.

²³³-Ibid., vol. 4, Booklet 1990.

²³⁴-L'article 7 de ce traité prévoit l'exclusion de la navigation maritime relativement à la pêche de même que, plus généralement, la navigation côtière, Ibid., vol. I, Booklet 1965.

²³⁵-Allemagne-Mali, 28 Juin 1977, Ibid., vol. II, Booklet 2.23, Protocole n° (2) add., article 2 (b) et (c).

²³⁶-24 Janvier 1964) Ibid., vol. I, Booklet 1964.1.

²³⁷-L'article 10 du Code des investissements du Bénin de 1990 dispose par exemple qu'«à l'exception des activités qui pour des raisons d'intérêt général et d'ordre public, sont interdites par la Loi, l'exercice d'une activité industrielle, agricole, commerciale ou artisanale est libre en République du Bénin.». Le recours à un agrément n'est nécessaire que pour l'admission aux

subordination à l'obtention d'un agrément, pour le bénéfice de la protection du traité, implique donc l'exclusion de certains investissements du champ d'application du traité.

Les traités bilatéraux de protection des investissements laissent donc, en suspens, le sort de nombreuses opérations d'investissement, dont la prise en charge ne peut être assurée, sous certaines conditions, que par le droit international public général. Du reste, celui-ci alimente l'interprétation et supplée les lacunes conventionnelles volontaires ou involontaires.

2-Traité et droit international public coutumier général

On compte beaucoup sur les traités bilatéraux de protection des investissements pour rendre certain le droit de la protection des investissements internationaux. Ainsi, selon Patrick Juillard:

«Seule une manifestation publique et solennelle d'une commune volonté peut restaurer un climat favorable aux investissements. Et cette restauration passe par la répudiation, implicite ou explicite, des positions extrêmes: voilà pourquoi les conventions d'investissement, à première lecture, semblent avant tout une réaffirmation du Droit ancien, que l'on avait cru moribond.»²³⁸

En disant cela, Juillard, grand spécialiste du droit des investissements internationaux n'avait pas innové puisque la C.I.J., elle-même, avait estimé dans son arrêt de l'affaire **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited** que

«[...] dans l'état présent du droit, la protection des actionnaires exige que l'on recoure à des stipulations conventionnelles ou à des accords spéciaux conclus directement entre l'investisseur privé et l'État où l'investissement est effectué [...].»²³⁹

avantages douaniers et fiscaux des trois régimes privilégiés prévus par l'article 11 de cette Loi. Au Cameroun également l'opération d'une entreprise sous le régime dit de droit commun ne nécessite pas l'obtention préalable d'un agrément particulier (articles 2, 17 et 18 du *Code des investissements* du Cameroun).

²³⁸—«Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France», 106 *J.D.I.* (1979), 274, 276. Voir aussi, entre autres, Jeswald W. Salacuse, « *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries* », loc. cit. note n° 7, 659, Rainer Geiger, «L'OCDE et les opérateurs économiques», 13 *D.P.C.I.* (1987), 153, 155 et Adeoye Akinsaya, «*International Protection of Direct Investment in the Third World*», 36 *I.C.L.Q.* (1987), 58, 62 et 73.

²³⁹—Belgique c. Espagne, deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1970, p. 3, n° 90.

Effectivement, l'un des objectifs affirmés du mouvement des traités est d'aboutir, par leur accumulation à la construction d'un droit certain et communément accepté dans le domaine du traitement et de la protection des investissements. Déjà, dans le lointain passé, la constitution du droit coutumier aujourd'hui controversé doit beaucoup à la pratique conventionnelle des États européens entre eux²⁴⁰. Encore une fois, l'objectif d'aboutir à un droit conventionnel généralisé est très louable et ferait, le jour où il serait atteint, l'économie des chicanes juridiques sur bien des points du domaine controversé de l'investissement international. Mais il n'en demeure pas moins que, de nos jours, il s'agit là d'une perspective pour le moins lointaine. Il paraît, en outre, peu commode avec la globalisation actuelle de l'économie mondiale et l'urgence requise par la résorption des graves difficultés économiques et sociales souffertes aujourd'hui dans de nombreux pays en développement. Dans ce sens une facilité de circulation des capitaux et technologies appropriées à destination de ces pays est certainement nécessaire grâce à l'existence de réglementations générales, certaines et incitatives. En complément des traités encore isolés pour bien de pays en développement et dont, en plus, les domaines sont parfois limités, il nous semble qu'il faudra également rechercher certaines solutions dans le droit international général.

D'un autre côté, le «maillage» croissant des conventions interétatiques de protection des investissements ne doit pas faire oublier que, de toute façon, ces actes juridiques s'inscrivent, et ne peuvent que s'inscrire, dans la «toile de fond» du droit international général dont ils tirent coloration et, parfois, substance. On a pu dire, dans ce sens, que c'est aux normes internationales générales à «établir quand les accords sont à respecter»²⁴¹ c'est-à-dire à assurer leur validité. Nous avons eu une application récente de ce principe dans la sentence intervenue

²⁴⁰-Voir, par exemple, Georg Schwarzenberger, *«The Protection of British Property Abroad»*, 5 C.L.P. (1952), 295, 298 et s..

²⁴¹-Luigi Condorelli, «La coutume», loc. cit. note n° 507, p. 188, n° 2, et p. 193, n°18. Voir aussi l'arrêt du 12 Octobre 1984 rendu par la C.I.J. dans l'**Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine** (Canada c. États-Unis), arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, à p. 291, n° 83.

dans l'affaire **Asian Agricultural Products LTD (AAPL) v. Republic of Sri Lanka**²⁴². L'intérêt de cette affaire est d'autant plus fort ici qu'elle constitue la première dont le règlement est fondé sur les dispositions d'un traité bilatéral moderne de protection des investissements²⁴³. Cette circonstance n'a pas empêché le tribunal arbitral de décider que:

*«...the Bilateral Investment Treaty is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character or of domestic law nature. Such extension of the applicable legal system resorts clearly from article 3 (2), and article 4 of the Sri Lanka/ U.K. Bilateral Investment Treaty.»*²⁴⁴

On peut rapprocher de cet *obiter dictum* un autre de Robert Fazy, arbitre unique désigné sur la base du Traité de Versailles, dans l'affaire **Goldeberg** (27 Septembre 1928, Allemagne c. Roumanie). Nous pouvons, en effet, lire dans cette sentence que:

*«[...] du moment que le Traité a remis le soin de liquider les dommages dits de neutralité à une juridiction équivalant à celle des Cours internationales d'arbitrage habituellement constituées pour connaître de semblables questions, il est évident qu'il a tacitement admis que l'arbitre unique suivrait, dans l'application du droit des gens, la pratique de ces Cours. Or, cette pratique a toujours été basée, non seulement sur les normes écrites du droit international, mais sur la coutume internationale, les principes généraux reconnus par les nations civilisées et les décisions judiciaires envisagées comme moyens auxiliaires de déterminer les règles de droit.»*²⁴⁵

On peut également citer la sentence partielle rendue le 14 Juillet 1987, sous la rédaction de Michel Virally, dans l'affaire **AMOCO International Finance Corporation (AIFC)** par une chambre du Tribunal des différends irano-américain. Cette formation arbitrale avait situé la place du traité normalement applicable dans la cause, et celle de la coutume dans les termes suivants:

«As a lex specilis in the relations between the two countries, the Treaty supersedes the lex generalis, namely customary international law. This does not mean, however, that the latter is irrelevant in the instant Case. On the contrary, the rules of customary law may be useful in order to fill in possible

²⁴²-C.I.R.D.I., 21 Juin 1990, 30 I.L.M. 577 (1991); voir aussi la chronique de Emmanuel Gaillard relativement à cette sentence dans 119 J.D.I. (1992), 216 et s.

²⁴³-Ibid., p. 227, § n° 18 de la sentence.

²⁴⁴-§ n° 21 de la sentence.

²⁴⁵-II R.S.A.N.U., pp. 901, aux pp. 908 et 909. Nous avons souligné.

*lacunae of the treaty, to ascertain the meaning of undefined terms in its text or, more generally, to aide interpretation and implementation of its provisions.»*²⁴⁶

Il résulte de cette jurisprudence que, d'une part, les traités n'impliquent pas une éradication du droit international général ²⁴⁷ et ont même, dans certaines situations, besoin de son apport.

Puisqu'il en est ainsi, nous pensons qu'en attendant l'avènement d'une convention générale universelle en matière de protection des investissements, ou une généralisation suffisante des traités bilatéraux dans ce domaine pour couvrir toutes les situations, il faudra aussi rechercher, en vue d'une harmonisation rapide du droit, dans quelle mesure tirer parti du droit international général. Il ne s'agira pas, ce faisant, de sacrifier les intérêts de l'une quelconque des parties directement intéressées, c'est-à-dire l'investisseur et l'État d'accueil.

Mais avant d'en arriver là, nous devons souligner, qu'en dehors du développement du droit conventionnel de la protection des investissements, on a également tenté d'assurer la sécurité des capitaux étrangers à destination du Tiers-Monde par un recours au contrat d'État. C'est là l'objet de la théorie de l'«internationalisation» qui a reçu, depuis de longue date, la consécration des tribunaux arbitraux internationaux. Nous devons maintenant étudier de plus près cette théorie et sa mise en œuvre.

²⁴⁶-Michel Virally, Président, Charles Brower et Parviz Ansani Moin (dissident), 27 *I.L.M.* 1344 (1988), à 1443, n° 112.

²⁴⁷-Roy Preiswerk, *La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux*, Zürich, Éditions Polygraphiques, S.A., 1963, p. 27.

TITRE II: LA THÉORIE DE L'«INTERNATIONALISATION» ET LA PROTECTION CONTRACTUELLE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

TITRE II: LA THÉORIE DE L'«INTERNATIONALISATION» ET LA PROTECTION CONTRACTUELLE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

L'élaboration de la théorie de l'internationalisation est née de la crainte de nationalisation ou d'expropriation d'entreprises étrangères, en particulier les filiales d'entreprises multinationales ouest-européennes ou nord-américaines, par les États nouvellement indépendants du Tiers-Monde. Son développement a d'ailleurs fait suite, ou accompagné, l'intervention effective de ces actes de transfert forcé de propriété dans maints pays d'Afrique, d'Asie et des Caraïbes²⁴⁸. Cette théorie n'est donc ni le fruit du hasard ni le résultat d'un raisonnement abstrait sans rapport avec les faits. Mais, d'un autre côté, on doit aussi se demander pourquoi des États du Tiers-Monde ont dû, parfois, porter atteinte aux droits et propriétés des entreprises d'origine étrangère établies chez eux. En fait, les enjeux de la théorie de l'internationalisation ne sont pas, nécessairement, des plus simples et méritent d'être quelque peu démêlés.

Par ailleurs, il importe de relever que, si l'entente est faite entre les protagonistes de cette théorie sur l'objectif à atteindre, la délocalisation du droit applicable aux relations entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil, ceux-ci divergent sur le système juridique de remplacement du droit interne. Si, pour les uns, il devrait s'agir ni plus ni moins du droit international public, pour les autres les règles et techniques d'origine étatique ou privée du commerce international ont également vocation à régir la relation. En fait on pourrait être, légitimement, tenté de parler des «théories de l'internationalisation» au regard de l'énorme embrouillamini entretenu par les différents auteurs sur la nature et le contenu des règles et principes applicables sous le régime né de l'«internationalisation». Cependant, malgré ces divergences, la doctrine la plus qualifiée dans ce domaine est unanime pour retenir une théorie

²⁴⁸-Voir les données compilées sur les nationalisations d'entreprises étrangères intervenues dans le Tiers-Monde, au cours des années 1960 à 1980, dans l'étude de Charles R. Kennedy, «*Relations Between Transnational Corporations and Governments of Host Countries. A Look to the Future*», 1 *Transnational Corporations*, n° 1, (1992), 67-91 à 73.

de l'«internationalisation»²⁴⁹. Cela est effectivement justifiable, en ce que, le point de départ et le but visé ne souffrent aucune controverse chez les auteurs impliqués. Nous croyons, par conséquent, devoir parler ici des «variantes» de la théorie de l'«internationalisation» pour évoquer les désaccords rencontrés dans les différentes propositions en présence. Après cela, nous pourrions évoquer, avec assurance, les différentes méthodes d'internationalisation proposées avant de présenter, enfin, la critique appelée par la théorie.

Nous aborderons donc, dans un premier temps, les enjeux, les variantes doctrinales et les méthodes de l'«internationalisation» (CHAPITRE I), ensuite, les méthodes proposées pour sa mise en œuvre (CHAPITRE II) et, enfin, la critique qu'elle inspire (CHAPITRE III).

²⁴⁹-Voir sur ce point, entre autres, Philippe Leboulanger, *Les contrats entre États et Entreprises étrangères*, Préface de Berthold Goldman, Paris, Economica, 1985, pp. 206 et s., n°s 376 et s.; voir aussi Peter Fischer and Thomas W. Waelde, *A Collection of International Concessions and Related Investments, Contemporary Series*, 1977/1978, vol. 7, London/ Rome/ New York, Oceana Publications, inc., 1988, p. vii, Prosper Weil, «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier», 128 *R.C.A.D.I.* (1969-III), pp. 120 et s., et du même auteur «Droit international et contrats d'État», *Mélanges Paul Reuter*, 1981, p. 550. À propos de l'internationalisation par conventions interétatiques voir, notamment, Patrick Juillard, «Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement: à la recherche d'un droit perdu?», 13 *D.P.C.I.* (1987), 46 et s.; Michel Virally, «Panorama du droit international contemporain», 183 *R.C.A.D.I.* (1983-V), p. 122.

CHAPITRE I: LES ENJEUX ET LES VARIANTES DOCTRINALES DE «L'INTERNATIONALISATION»

Diverses constructions théoriques tendent à mettre le contrat d'investissement, ou contrat d'état, à l'abri d'un exercice défavorable de la souveraineté étatique. Ce faisant, on entend parer aux conséquences d'une évolution dommageable de la législation de l'État d'accueil, ou encore à celles d'une résiliation ou modification unilatérale des engagements convenus. C'est là la finalité des «clauses de stabilisation», des «clauses d'intangibilité», de la référence du contrat aux principes du droit international, des clauses d'arbitrage, c'est-à-dire, en bref, l'ensemble des techniques contractuelles dites de délocalisation. Bien qu'elles soient très critiquées, et même contestées, par certains auteurs, ces techniques n'ont pas été moins consacrées par la pratique arbitrale. Pour bien comprendre cette théorie capitale dans le droit des investissements internationaux, nous en évoquerons successivement ici les enjeux et les variantes.

SECTION I: LES ENJEUX DE LA THÉORIE DE L'«INTERNATIONALISATION»

À l'origine, le droit international applicable à un contrat d'investissement impliquant un État était celui qui résulte de l'arrêt rendu, en 1929, par la C.P.J.I. dans l'affaire des **Emprunts Serbes**. Cette haute juridiction disait dans cette décision que

«tout contrat qui n'est pas un contrat entre États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale. [...]»²⁵⁰.

Les contrats d'investissement, qui consistaient essentiellement en concessions pétrolières ou minières, se situaient donc entièrement dans l'ordre interne. L'idée de les «dénationaliser» (c'est-à-dire de les soustraire à la compétence nationale de l'État contractant) est donc née beaucoup plus tard. Plus précisément, la nationalisation de l'industrie pétrolière iranienne de

²⁵⁰—Arrêt n° 14, 1929, C.P.J.I. série A n° 20, p. 41. Ce *dictum* a été analysé et discuté par l'arbitre unique Dupuy dans la sentence **Texaco**, 104 J.D.I. (1977), 350 et s., § n° 27.

1951, et ses suites devant la C.I.J.²⁵¹, ainsi que les leçons apportées par les premiers arbitrages pétroliers des années 1950 et 1960 n'ont pas été étrangères au développement de cette théorie²⁵².

Le fondement de l'«internationalisation» est le contrat d'investissement appelé contrat d'État, du fait qu'il intervient entre un État et une personne privée, en général, d'origine étrangère. Les théoriciens de l'internationalisation sont aussi, pour plusieurs d'entre eux, ceux du «contrat d'État» (ou *State contract*). En dépit de la diversité de leurs propositions, leur objectif, a toujours été, rappelons-le, de soustraire le contrat d'investissement, qualifié plus tard d'accord de développement économique, à l'emprise du droit interne de l'État cocontractant d'un investisseur privé étranger²⁵³. Il s'agit de **dénationaliser puis d'internationaliser le contrat d'investissement**²⁵⁴. Ainsi, il est à l'abri du droit interne de l'État contractant. Il est hors de la portée des modifications éventuelles de ce droit qui, dans la mesure des engagements contractuels assumés par l'État d'accueil, serait donc figé. Avec cette conséquence communément recherchée, qui fait l'unité de la théorie, on se retrouve donc à l'antipode de la

²⁵¹-Il s'agit de l'affaire *Anglo-Iranian Oil Co.*, (Royaume-Uni c. Iran), où sur une exception préliminaire (arrêt du 22 Juillet 1952) la Cour s'était déclarée incompétente *ratione temporis* au grand dam du Royaume-Uni. Arrêt, C.I.J. Recueil 1952, 93.

²⁵²-Il s'agit des arbitrages *Sheikh of Abu Dhabi* (1951), *Ruler of Qatar* (1953), *Aramco* (1958) et *Sapphire* (1963); voir sur ce point Ahmed S. El-Kosheri, «Stabilité et évolution dans les techniques juridiques utilisées par les pays en voie de d'industrialisation», dans *Le Contrat économique international. Stabilité et évolution*, Bruxelles, Bruylant/ Paris, Pedone, 1975, pp. 288 et s., n° 7, 9 et s. Encore devons-nous relever que, dès 1944, F.A. Mann avait posé les premiers jalons de cette théorie dont la grande fortune n'est certainement pas prête de s'épuiser.. Mann écrivait en effet à l'époque: "... the parties to a state contract may also refer to rules of strict public international law. Thus it is a principle of public international that no state can rely on its own legislation to limit the scope of its international obligations. A state contract which, according to the intention of the parties, is internationalized, may include a contractual adoption of that principle. It would be nihil ad rem to argue that its invocation is open only to persons who are subjects of international law; for that of public international law would apply not ex lege, but ex contractus", *"The Law Governing State Contracts"*, XXI B.Y.I.L. (1944), 11, 19.

²⁵³-Pour une vue d'ensemble du problème voir l'étude de France Fradette, «L'internationalisation du contrat d'investissement entre un État et une personne privée étrangère», 92 *La Revue du Notariat* (1990), 547.

²⁵⁴-Prosper Weil, «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier», 128 R.C.A.D.I. (1969-III), 95, 148.

jurisprudence de la C.P.J.I. dans l'affaire des **Emprunts Serbes** que nous venons de mentionner. Cette évolution, on aura noté, a suivi de près l'avènement des États du Tiers-Monde à la souveraineté internationale.

Du point de vue des intérêts du pays d'accueil, il se pose directement ici, le problème de la renégociation des contrats d'investissement par les États d'accueil que nous avons déjà évoqué, à propos des difficultés pouvant opposer les entreprises multinationales aux pays hôtes du Tiers-Monde²⁵⁵. Si l'internationalisation devait, sur la base du *pacta sunt servanda*, pleinement triompher, l'État d'accueil ne pourrait ni d'aucune façon ni, surtout, à aucun moment, obtenir faute d'une volonté de coopération de l'entreprise cocontractante, l'adaptation du contrat aux besoins de ses politiques économiques et sociales. En fait, sa souveraineté serait alors privée d'effet. Or, ce type de contrat, d'abord complexe, est, par définition, de longue durée et pose donc nécessairement un problème de stabilité des relations entre l'État d'accueil et l'entreprise. Les conditions politiques et économiques changeantes ne sont pas sans effets sur ces relations. On comprend donc que ce problème fasse partie de ceux évoqués dans le cadre de l'élaboration du Code de conduite des Nations Unies sur les entreprises transnationales²⁵⁶.

Cela dit, étant donné que nous nous préoccupons plutôt ici de la sécurité de l'investissement international, en vue de contribuer à sa promotion, nous allons évoquer, plus à fond, les enjeux de la théorie de l'«internationalisation» quant aux intérêts de l'investisseur étranger.

Pourquoi donc, très précisément, certains internationalistes des plus éminents avaient-ils entrepris cette construction théorique que, plus tard, consacreront certains arbitres internationaux? La réponse est que le cocontractant privé d'un État, généralement des filiales de sociétés transnationales - comme du reste tout investisseur non bénéficiaire d'un régime conventionné -,

²⁵⁵-Voir *supra*, pp. 36 et s..

²⁵⁶-*Les sociétés transnationales dans le développement mondial. Tendances et perspectives*, New York, Nations Unies, 1989, p. 341. Voir aussi Paul Kuruk, «Renegotiating Transnational Investment Agreements: Lessons for Developing Countries From the Ghana-Valco Experience», 13 *Michigan Journal of International Law* (1991) 42-43.

doit, sur le terrain juridique, faire face à deux types de périls: il s'agit des risques que Prosper Weil a dénommés, respectivement, l'«aléa économique» et l'«aléa de souveraineté»²⁵⁷.

L'«aléa de souveraineté», suivant le schéma de Weil, comprend, d'une part, l'«aléa législatif» et, d'autre part, l'«aléa de puissance». L'«aléa législatif» se traduit par la mise en œuvre du pouvoir que détient l'État de modifier sa législation interne y compris, bien entendu, les réglementations fiscales, douanières, monétaires ou sociales qui concernent directement tout investisseur. Quant à l'«aléa de puissance publique» il résulte du pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale des contrats administratifs que le système de droit administratif français, et ceux qui en dérivent, confèrent à l'État²⁵⁸.

Seul intéresse véritablement le juriste l'«aléa de souveraineté» qu'on a pu aussi dénommer le «pouvoir normatif», ce pouvoir qui fait de l'État un juge et un législateur²⁵⁹. En modifiant sa législation ou les stipulations contractuelles, l'État peut directement, ou indirectement, ruiner toutes les attentes de l'investisseur. Celui-ci pourrait, par exemple, être ainsi exposé au paiement d'impôts ou de droits de douanes plus importants que ceux qu'il aurait au départ intégrés dans son calcul de risque, ou que ne le permettrait une tenue profitable de ses affaires.

En dehors des nationalisations et expropriations directes et ouvertes, on pourrait ainsi se trouver face à une «expropriation rampante» encore appelée, chez les anglo-saxons, *creeping expropriation*²⁶⁰. Le Tribunal des différends irano-américains a donné, dans la sentence de

²⁵⁷—«Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique», *Mélanges Rousseau*, 1974, p. 301, Philippe Kahn, «Souveraineté de l'État et règlement du litige. Régime juridique du contrat d'État», *Revue de l'arbitrage*, (1985), 641, 657 et s., Henri Battifol et Paul Lagarde, *Droit international privé*, tome 2, 6e éd., Paris, L.G.D.J., 1983, n° 577, p. 282.

²⁵⁸—«Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique», *Mélanges Rousseau*, 1974, p. 302.

²⁵⁹—Pierre Mayer, «La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrat d'État», 113 *J.D.I.* (1986), 5, 7.

²⁶⁰—*Ibid.*, Weil, «Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique», *Mélanges Rousseau*, 1974, p. 302.

l'affaire Starret Housing Corporation v. Government of Iran, une définition des actes constitutifs d'«expropriation rampante» dans son motif suivant:

*«[...] measures taken by a state can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the state does not purport to have expropriated them and that the legal title to the property formally remains with the original owner.»*²⁶¹

Il est donc primordial pour un investisseur de bénéficier d'un régime juridique stable. Par définition, un tel régime ne pourrait résulter que de la soustraction de ses rapports avec l'État d'accueil à la juridiction de celui-ci.

Comme nous venons de le dire, cette préoccupation est née d'un certain nombre d'actes de nationalisation, ou d'expropriation, intervenus dans divers pays. Dans le passé, on a vu des États abuser, parfois ouvertement, de leur «pouvoir normatif» à l'égard d'intérêts étrangers ou de filiales d'entreprises étrangères. Plusieurs décisions arbitrales, anciennes comme récentes, intervenues dans des litiges relatifs à la protection des biens de personnes étrangères, mises à part les causes résultant des dommages de guerre et de soulèvements populaires, avaient trouvé leur origine dans l'exercice, parfois justifiable, parfois inconsidéré, de ce pouvoir. Outre les quatre affaires pétrolières qui avaient marqué le démarrage de la théorie de l'internationalisation, tous les litiges relatifs à des atteintes aux biens ou investissements étrangers dans les domaines minier, pétrolier, industriel ou des services, et fondés soit sur le non respect des droits acquis, que ces droits eussent trouvé leur source dans un contrat d'État ou non, soit sur des expropriations ouvertes ou déguisées, ou soit encore sur des confiscations ou des nationalisations, doivent, en définitive, s'analyser juridiquement comme des résultats de changements législatifs ou réglementaires dans les pays d'accueil.

D'une jurisprudence internationale, tant arbitrale que judiciaire, considérable, nous ne retiendrons ici, pour illustrer ce point, que trois cas qui comptent parmi les plus significatifs. Il s'agit d'une affaire ancienne et de deux autres affaires relativement récentes.

²⁶¹ -23 I.L.M. 1090 (1984); voir aussi Malcolm N. Shaw, *International Law*, Second Edition, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1986, p. 432.

Le différend le plus ancien que nous retenons est l'affaire du monopole du soufre (1841, Deux-Siciles c./Grande-Bretagne)²⁶². Ce litige naquit de l'introduction du monopole de l'exploitation et du commerce du soufre par un Décret du 9 Juillet 1838 pris par le Roi des Deux-Siciles. Par un contrat du même jour, ce monopole avait été concédé à la *House of Taix, Aycard and Co.* alors même que différentes compagnies anglaises étaient concessionnaires de l'exploitation des mines et de la vente du minerai extrait.

L'affaire *Revere Copper and Brass v. Overseas Private Investment Corporation (OPIC)*, qui a fait l'objet d'une sentence rendue sous les auspices de l'*American Arbitration Association* le 24 Août 1978²⁶³, offre également une illustration de l'exercice par un État d'accueil d'investissement de son pouvoir normatif envers et contre les garanties juridiques précédemment accordées à l'investisseur. Cette affaire opposait la compagnie *Revere Copper and Brass*, incorporée au Maryland (États-Unis), à l'*OPIC*. Cet organisme public a été créé en 1971 par le Congrès américain pour assurer le financement du développement dans les pays du Tiers monde et garantir les investissements privés américains dans ces pays. Il a remplacé la *United States Agency for International Development (USAID)* pour la gestion de certains programmes de développement²⁶⁴. Le 15 Septembre 1970 un contrat de garantie était intervenu entre *Revere* et l'*USAID*. Par la suite l'*OPIC* avait pris la succession de l'*USAID* à ce contrat dont l'objet était un investissement réalisé par *Revere* dans sa filiale *Revere Jamaican Alumina Limited (RIA)*. L'activité de la *RIA* était la transformation du bauxite en alumine en Jamaïque. À cet effet, elle avait conclu un contrat d'investissement avec le Gouvernement Jamaïcain les 26 Janvier et 10 Mars 1967 pour une durée de vingt-cinq ans à compter de la production commerciale de l'alumine provenant de son usine ou de deux ans et demi à compter de la date du contrat. La compagnie réalisa un investissement de plus de 113 millions de dollars et érigea une usine d'une capacité/jour de 220.000 tonnes d'alumine. La production commerciale démarra cinq ans après

²⁶²-*Pasicrisie*, p. 97.

²⁶³-17 *I.L.M.* 1321 (1978).

²⁶⁴-Sur l'*OPIC* voir, entre autres, O.C.D.E., *Promouvoir le secteur privé dans les pays en développement*, Paris, 1990, pp. 81 à 84.

la conclusion du contrat, c'est-à-dire en 1972. Cette année fut aussi celle de l'accession au pouvoir en Jamaïque de Michael Manley. Deux années plus tard, le 8 Juin 1974, intervint, suite à une tentative infructueuse de renégociation des contrats d'État relatifs aux exploitations d'aluminium engagée par le Gouvernement, la loi intitulée *Bauxite (Production Levy) Act 1974*. Cette loi augmenta unilatéralement et avec effet immédiat les taux des impôts applicables aux compagnies d'exploitation d'aluminium. La loi *Mining Law* fut également modifiée dans un sens sévère le 17 Juin 1974. Le Gouvernement décida aussi, le 29 Juillet 1974, de modifier unilatéralement la quantité de minerai que devait extraire chaque compagnie. La *RJA* était obligée à ce titre de produire trimestriellement 111.250 tonnes. Mais cette dernière prescription fut retirée près de deux mois plus tard sans aucune explication. De ces péripéties législatives et réglementaires il suivit des pertes pour la *RJA* au premier trimestre de l'année 1975. Tirant dès lors argument de la «nécessité économique» (*as a result of economic necessity*) elle cessa ses activités le 19 Août 1975. Elle se retourna par la suite contre le Gouvernement Jamaïcain devant les tribunaux internes de ce pays pour obtenir réparation de la rupture unilatérale de son contrat qui serait résultée de la loi d'imposition de la production de Bauxite (*The Bauxite (production Levy) Act 1974*). La Cour Suprême de Jamaïque (*Supreme Court of Jamaica*) la débouta de toutes ses prétentions. Ce fut dans ces conditions que la compagnie-mère de *RJA*, Revere Copper, présenta une demande de dédommagement à l'*OPIC* qui s'y refusa en arguant de ce que les actes du Gouvernement Jamaïcain n'avaient enlevé à la *RJA* ni sa propriété ni le contrôle de ses activités. Le tribunal arbitral n'avait pas suivi l'*OPIC* dans ses moyens et la condamna à dédommager Revere²⁶⁵.

Notre troisième exemple concerne l'**Affaire Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) v. The Government of the Republic of Liberia (Letco)**²⁶⁶. Dans cette affaire un contrat de concession forestière avait été signé le 12 Mai 1970 entre le gouvernement libérien et *Letco*. Peu de temps après la conclusion de ce contrat le gouvernement avait, par une série de décisions

²⁶⁵-Sur ces faits Ibid., voir 17 *ILM* 1321 (1978), spécialement de 1322 à 1329.

²⁶⁶-Sentence du 31 Mars 1986, Rectification du 14 Mai 1986, 26 *I.L.M.* 647 (1987).

unilatérales datant de 1970, 1971, 1977 et 1980, décidé une réduction progressive de la superficie contractuellement concédée à la compagnie. Le 28 Mars 1983, *Letco* cessa ses activités faute de forêt à exploiter. Elle engagea ensuite contre l'État libérien une procédure arbitrale devant le C.I.R.D.I., en vue de la réparation des dommages résultant pour elle de la rupture du contrat. Le gouvernement décida après l'engagement de la procédure arbitrale, le 16 Novembre 1984, la terminaison unilatérale du contrat. Enfin, il fit défaut à la procédure après s'y être d'abord fait représenter.

Les faits de ces trois affaires nous renseignent sur l'importance que revêt, pour un investisseur étranger, l'internationalisation de ses relations avec l'État d'accueil. Mais une fois le droit interne écarté, par quel autre système de droit le remplacera-t-on pour régir les rapports contractuels en cause? Cette question nous renvoie à l'examen des différentes variantes de la théorie de l'internationalisation.

SECTION II: LES VARIANTES DOCTRINALES DE LA THÉORIE DE L'«INTERNATIONALISATION»

Si le point de départ et le but des auteurs qui ont élaboré la théorie de l'internationalisation retiennent l'accord de tous, la notion même d'internationalisation est loin d'avoir la même signification pour chacun. Selon les uns, la mise à l'écart du droit interne, unanimement recherchée, donnerait lieu à l'*internationalisation* proprement dite du contrat, c'est-à-dire sa soumission au droit des gens. À l'extrême, cette conception implique l'assimilation du contrat à un traité et la reconnaissance du statut de sujet du droit international public à l'entreprise privée partie au contrat. Pour d'autres internationalistes, il y aurait *dénationalisation* ou *délocalisation* du contrat, c'est-à-dire la soumission du contrat à un tiers ordre juridique, le droit «transnational», celui-ci étant entendu comme incluant les principes généraux du droit et la *lex mercatoria* (c'est-à-dire les coutumes et usages du commerce international)²⁶⁷.

²⁶⁷-Berthold Goldman, préface à Philippe Leboulanger, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Paris, Economica, 1985, p. xi. Nous pouvons noter, au passage, que les conceptions des principes généraux dans les relations

Autrement dit, l'internationalisation peut entraîner la «publicisation» des rapports contractuels ou, au contraire, leur «privatisation»²⁶⁸. Il s'agit donc ici d'un véritable méli-mélo dont l'exposé et la compréhension ne sont pas nécessairement des plus aisés. Pour compliquer davantage la situation, divers tribunaux arbitraux ont eu à consacrer chacune des propositions divergentes de la doctrine. Nous aborderons successivement, l'«internationalisation» fondée sur le droit international public et l'«internationalisation» fondée sur le droit transnational.

1-Internationalisation et droit international public

Mêmes les auteurs qui considèrent que l'internationalisation de la situation de l'investissement étranger donne lieu à l'application du droit international public, ne s'entendent pas sur la façon de procéder. Ainsi, à côté de Prosper Weil qui avait appelé de ses vœux un réaménagement du droit international public pour y intégrer un «droit international des contrats», la plupart des auteurs qui professent cette conception réfutent, implicitement ou explicitement, ce point de vue et envisagent plutôt l'application du droit des gens en l'état.

économiques confrontent, dans leur grande diversité, à un véritable fouillis. Pour Virally il s'agit «des usages de la communauté marchande et industrielle internationale» joints aux principes communs aux divers systèmes de droit le tout faisant la *lex mercatoria*. Par contre Weil dénie tout rapport de communauté aux principes généraux du droit des gens, *lex mercatoria*, et usages du commerce. Pour Goldman et Derains c'est tout à fait le contraire, puisque la *lex mercatoria* est la somme de tous les principes généraux, qu'ils soient de source publique ou privée, et des usages sauf les usages et pratiques très spécifiques. Quant à Fouchard il retient la juridicité limitée et la fonction de complément des usages. Quoi qu'il en soit, il est notable que la jurisprudence a fait des principes généraux et des usages du commerce international les deux éléments qui fondent l'ensemble de la *lex mercatoria*. Sur tous ces points voir Bruno Oppéit, «Arbitrage et contrat d'État. L'arbitrage Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran», 111 *J.D.I.* (1984), 44.

²⁶⁸-Philippe Leboulanger, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, op. cit. n° 267, pp. 208 et s., n° 379, 380 et s., 395 et s..

1.1-L'invocation du droit international public sans proposition d'aménagement particulier

Pour F.A. Mann, une stipulation contractuelle ne peut légitimement faire échec au pouvoir de réglementation des pouvoirs publics, notamment, dans les domaines de la santé publique, des bonnes moeurs et de la sécurité publique, sauf les situations extrêmes où il pourrait être retenu à la charge de l'État contractant un déni de justice, une discrimination ou une expropriation²⁶⁹. Pour obvier à cette fâcheuse éventualité, le cocontractant privé d'une autorité souveraine doit, comme le préconise tout théoricien de l'internationalisation, rechercher la soumission du contrat à un droit autre que le droit interne de l'État contractant²⁷⁰. Pour Mann cette option ne serait efficace que si ce choix portait sur le droit des gens. Seul ce système de droit serait, à ses yeux, à même de préserver les engagements contractuels des contingences d'une loi nationale²⁷¹.

Pour d'autres auteurs encore, le contrat d'État n'est rien de moins qu'un acte de nature internationale et son assimilation à un traité international serait possible. De l'avis de ces auteurs, les entreprises parties à ce type de contrat seraient alors revêtues d'«une personnalité internationale limitée»²⁷².

²⁶⁹-«*State Contracts and State Responsibility*» dans Leo Gross (Ed.), *International Law in the Twentieth Century*, Appleton-Century-Crofts, New York, 1969, 566, 579 à 585.

²⁷⁰-Ibid., p. 582.

²⁷¹-«[...] the fact that one party is not a State should not prevent the contract from being submitted to public international law. It would thus become subject to the mandatory rules of public international law. No mandatory law of any national system as such could touch it [...]», «*The Theoretical Approach Towards the Law Governing Contracts Between States and Private Persons*», 11 *R.B.D.I.* (1975), pp. 562 à 567 à pp. 564 et 565. Voir aussi du même auteur «*The Law Governing State Contracts*», XX *B.Y.I.L.* (1944), 11. Sur les idées de Mann voir certains des développements de Stephen Toope, *Mixed International Arbitration- Studies in Arbitration Between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1990, pp. 45-46, 75 et s..

²⁷²-Voir pour une présentation complète de cette doctrine Philippe Leboulanger, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, op. cit., n° 382, p. 209; voir plus spécialement K.H. Böckstiegel, «Les règles applicables aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des États ou des entreprises contrôlées par l'État», in *60ème Anniversaire de la Cour d'Arbitrage de la C.C.I.*, 1983, 117; de Böckstiegel on peut aussi voir l'ouvrage intitulé *Arbitration and State Enterprises. Survey on the National and International State of Law Practice*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers/ ICC, 1984, pp. 31 et s..

L'idée fut même défendue, qu'à défaut de son exclusion expresse par les parties à un contrat d'État, le droit international soit automatiquement retenu comme loi du contrat. C'est ce que fit l'arbitre Pierre Cavin dans la sentence *Sapphire* où, après avoir relevé que «*the lex loci contractus and the lex loci executionis both point to the application of Iranian Law*», décida néanmoins que

*«[...] Article 38 of the agreement, which confirms an intention already expressed in the preamble, provides that the parties undertake to carry out its provisions according to the principles of good faith and good will, and to respect the spirit as well as the letter of the agreement.- It has been held in several awards concerning relations to those binding the parties in the present case [...] that such a clause is scarcely compatible with the strict application of the internal law of a particular country. It much often calls for application of general principles of law, based upon the common practice of civilized countries [...].»*²⁷³

On retrouve ainsi clairement repris, presque dans les mêmes termes, l'article 38 (c) du statut de la Cour Internationale de Justice (C.I.J.) qui, à travers ces principes, vise, bien entendu, le droit des gens. Beaucoup d'autres sentences arbitrales avaient, également, fait application de ce système de droit interétatique à divers contrats. Nous pouvons énumérer dans ce sens les sentences *Lena Goldfields* (2 Septembre 1930)²⁷⁴, *Czechoslovakia v. Radio Corporation of America* (1er Avril 1932)²⁷⁵, *Radio Corporation of America v. Republic of China* (13 Avril 1935)²⁷⁶, *California Asiatic Oil Company* et *Texaco Overseas Petroleum c. Gouvernement*

²⁷³-35 I.L.R. (1967), 136, 171 à 173.

²⁷⁴-Annual Digest of International Law, 1929-30, n° 1 et 258, Arthur Nussbaum, «The Arbitration Between the *Lena Goldfields, Ltd.* and the Soviet Government», loc. cit., 31.

²⁷⁵-30 A.J.I.L. (1936), 523.

²⁷⁶-III R.S.A.N.U., 1621.

de la République Arabe Libyenne (Texaco)²⁷⁷, Revere Copper, Elf Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Co. (14 Janvier 1982)²⁷⁸.

Mais, à la vérité, il revient de dire que la doctrine de l'«internationalisation» avec «publicisation» a connu dans les faits un succès fort limité. Elle a même été carrément ruinée par les dispositions de l'article 42 (1) de la *Convention C.I.R.D.I.*. Ce texte vise, faute du choix de la loi applicable par les parties à un différend soumis au C.I.R.D.I., une application combinée du droit interne de l'État en cause et des principes du droit international. Le même sort est, semble-t-il, partagé par le «droit international des contrats» de Prosper Weil.

1.2-Prosper Weil et «le droit international des contrats»

Les grandes richesses et originalités des propositions du Professeur Weil impliquent comme fatalement leur complexité. Weil s'était assigné pour objectif «d'assurer aux deux parties, particulièrement dans les opérations d'investissement, un environnement juridique clair et

²⁷⁷-Fond, sentence du 19 Janvier 1977, 104 *J.D.I.* (1977), 350, n° 38. Des extraits substantiels de la sentence ont été aussi publiés par Jacques-Yvan Morin, Francis Rigaldies et Daniel Turp, *Droit international public- Notes et documents, Tome 1: Documents d'intérêt général*, Montréal, les Éditions Thémis, 1987, pp. 857-902. Dans la suite de ce travail nous donnerons uniquement les références de pages du *J.D.I.*. Pour le commentaire de cette sentence voir, entre autres, Jean-Flavien Lalive, «Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères. (Arbitrage Texaco/Calasiatic c/ Gouvernement Libyen)», 104 *J.D.I.* (1977), 319; François Rigaux, «Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale», 67 *R.C.D.I.P.* (1978), 435, «Les sociétés transnationales», dans Mohammed Bedjaoui (Rédacteur général), *Droit international. Bilan et perspectives*, Tome 1, Paris, Pedone/ UNESCO, 1991, 129, 138, n°19; A.A. Fatouros, «International Law and the Internationalized Contract», 74 *A.J.I.L.* (1980), p. 134; Brigitte Stern, «Trois arbitrages, un même problème, trois solutions», *Revue de l'Arbitrage* (1980), 3; Robin C.A. White, «Expropriation of the Libyan Oil Concessions-Two Conflicting International Arbitration», 30 *I.C.L.Q.*, (1980), 1; Georges R. Delaume, «State Contracts and Transnational Arbitration», 75 *A.J.I.L.* (1981), 784; Dominique Rosenberg, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Préface de Jean-Pierre Colin et Avant-Propos de Mohammed Bedjaoui, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit international tome XCIII, pp. 323-332.

²⁷⁸-*Revue de l'Arbitrage*, 1984, 401, commentaire Fouchard, 333.

précis»²⁷⁹ fondé sur le droit international public. À cette fin le droit international public devrait, à ses yeux, s'enrichir d'une nouvelle branche qu'il avait dénommée «droit international des contrats»²⁸⁰. Ce faisant il s'était particularisé dans le groupe des auteurs qui préconisent le remplacement du droit interne des États d'accueil d'investissement par le droit des gens.

En fait, tout l'effort de Weil tendait à affecter les clauses contractuelles de protection de «certaines conditions et limites» pouvant permettre à l'État contractant de se dégager de ses engagements internationaux. On peut aussi dire qu'il voulait aménager une certaine reconnaissance des prérogatives de puissance publique, connues en droit administratif français, dans le régime des contrats d'État. En vertu de ces prérogatives, l'Administration française détient toujours le pouvoir de modifier ou de terminer unilatéralement ses contrats qui sont qualifiés d'administratifs. L'adoption de cette solution du droit français devrait s'opérer, selon Weil, dans le cadre du «droit international des contrats»²⁸¹. Suivant ses explications

«... le droit international des contrats s'inspire davantage du modèle du contrat administratif que de celui du contrat ordinaire: à l'instar du droit administratif, le droit international des contrats est dominé par le nécessaire équilibre entre les intérêts prééminents de l'État et les intérêts pécuniaires du cocontractant privé; à l'instar du contrat administratif, le contrat d'État internationalisé, tout en étant régi par le principe *Pacta sunt servanda*, peut être l'objet, de la part de l'État, dans un but d'intérêt public et sous certaines conditions et limites, d'une certaine mutabilité, voire même d'une terminaison anticipée.»²⁸²

Il ressort de cette citation que Weil n'était pas d'avis que la souveraineté de l'État devait prévaloir en toute hypothèse sur ses engagements contractuels internationaux. Mais il n'admettait

²⁷⁹—«Droit international et contrat d'État», *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, n° 18, p. 81.

²⁸⁰—Prosper Weil, «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et une un particulier», 128 *R.C.A.D.I.* (1969-III), pp. 189 et s..

²⁸¹—*Ibid.* Voir aussi, toujours de Weil, «Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français: le droit international des contrats», *Études et documents du Conseil d'État*, Fascicule 23, Paris, 1970, pp. 13-25. On peut déceler des idées similaires chez A.A. Fatouros, *Government Guarantees to Foreign Investors*, Foreword by Wolfgang G. Friedmann, New York and London, Columbia University Press 1962, pp. 198 et s., et Wolfgang G. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, pp. 200 et s..

²⁸²—«Droit international et contrat d'État», *Mélanges Paul Reuter*, 1981, p. 570, n° 21.

pas davantage que l'État ne puisse jamais modifier ou terminer unilatéralement un contrat d'investissement²⁸³. Pour déterminer les «conditions et limites» justificatives de ce pouvoir de l'État, Weil avait fondé sa théorie sur deux distinctions essentielles. D'une part, il avait identifié deux types de clauses de protection, à savoir les «clauses de stabilisation» et les «clauses d'intangibilité»²⁸⁴. D'autre part, il avait distingué la norme juridique de base ou *Grundlegung* et la *Proper Law*²⁸⁵. L'effet des clauses de protection dépend, à ses yeux, de la nature de l'ordre juridique de base du contrat considéré. Pour bien comprendre les idées de l'auteur, nous allons essayer de développer plus avant les différentes notions qui en constituent le fondement.

1°- Deux types de clauses de protection : «clauses de stabilisation» et «clauses d'intangibilité»

Dans sa construction, Weil avait identifié et dénommé deux types de clauses de protection fréquemment incluses dans les contrats d'État. Il s'agit des «clauses de stabilisation» et des «clauses d'intangibilité».

Les «clauses de stabilisation», tendent, en affectant une compétence générale de l'État, à parer à l'«aléa législatif»²⁸⁶. Autrement dit, ces clauses visent à mettre la relation contractuelle à l'abri des modifications du droit interne. En comparaison, les «clauses d'intangibilité» ne visent, beaucoup plus modestement, qu'à prévenir l'«aléa de puissance publique». Les «clauses d'intangibilité» ne protègent donc pas, contrairement aux «clauses de stabilisation», l'investissement des mutations législatives mais tendent tout simplement, selon

²⁸³-Voir aussi sur ce point, du même auteur, «Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique», *Mélanges Rousseau*, 1974, p. 315.

²⁸⁴-Ibid., p. 308.

²⁸⁵-«Droit international et contrat d'État», *Mélanges Reuter*, p. 559, n°8 notamment.

²⁸⁶-Prosper Weil, «Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique», *Mélanges Rousseau*, 1974, pp. 302, 308 et 309.

Weil, à prévenir toute modification ou terminaison unilatérale du contrat par décision administrative²⁸⁷.

Constitue «une clause de stabilisation» la stipulation contractuelle qui écarte l'application au contrat de toute modification législative ou réglementaire postérieure à sa conclusion. La «clause d'intangibilité» se borne, sans viser les changements de lois ou de règlements, à prévoir que le contrat ne pourrait être modifié que du consentement mutuel des parties²⁸⁸.

Mais, il ne suffit pas qu'un contrat d'investissement comporte l'un ou l'autre de ces deux types de clauses de protection pour que les prérogatives de l'État hôte, c'est-à-dire sa liberté de modification ou de terminaison unilatérale des engagements qu'il a assumés, soient invariablement mises en échec. Au regard de la partie étatique, l'efficacité de ces engagements conventionnels dépend, selon Weil, de la nature de la norme juridique qui constitue la «base» du contrat considéré.

2°-Norme juridique de base ou *Grundlegung*, «contrat de droit international» et «contrat internationalisé»

La notion de *Grundlegung*, ou norme juridique de base, provient de la distinction que font certains spécialistes du droit international privé entre cette norme et la *proper law* du contrat. Alors que celle-ci dépend du choix des parties et peut faire l'objet d'un «dépeçage», la *Grundlegung* tiendrait à des données objectives et serait par définition unique. Selon la

²⁸⁷-Ibid.

²⁸⁸-Ibid.. L'auteur donna l'explication suivante «... tandis que les clauses de stabilisation affectent une compétence générale que l'État tient de sa souveraineté même, les clauses d'intangibilité concernent un pouvoir qui ne se déploie qu'à l'intérieur de la sphère contractuelle...».

saissante présentation de Weil, la *Grundlegung* a une «fonction d'aiguillage, de dispatching [...], vers les règles appelées à gouverner matériellement le contrat [...]»²⁸⁹.

Weil avança que la *Grundlegung* permet de caractériser le contrat comme «contrat de droit international», ou comme «contrat internationalisé». La force des clauses de protection serait tributaire de cette qualification du contrat²⁹⁰.

Pour les «accords de développement économique» (contrat portant sur un projet d'investissement très important et de longue durée), comme ceux visés dans les sentences *Texaco* et *Revere Copper*²⁹¹, la norme juridique de base est le droit international. Ces accords seraient, en effet, par nature des actes internationaux. Pour appuyer son opinion Weil rappela que, contrairement aux contrats ordinaires, les contrats d'investissement sont, bien souvent, encadrés par des traités de coopération ou de protection des investissements conclus entre l'État d'accueil et l'État d'origine. Ces contrats sont également visés dans certaines Résolutions internationales qui exigent leur exécution avec bonne foi²⁹². En outre, l'intérêt de l'État d'origine est parfois réel

²⁸⁹—«Droit international et contrat d'État», *Mélanges Paul Reuter*, 1981, pp. 559 à 566, n° 7, 8 et 9. Voir aussi sur ce point Henri Battifol et Paul Lagarde, *Droit international privé*, tome 2, 6e éd., Paris, L.G.D.J., 1983, n° 577, p. 282. Les arbitres de l'affaire *Aramco* (23 Août 1958) avaient justifié et défini la «norme juridique de base» comme suit: «Il est certain qu'un contrat quelconque ne peut exister *in vacuo*, mais doit reposer sur un droit; ce n'est pas une opération pleinement abandonnée à la libre volonté des parties; elle est nécessairement fondée sur un droit positif donnant des effets juridiques aux manifestations réciproques et concordantes de la volonté des cocontractants. Sans un droit qui préside à sa création, la convention n'est pas même concevable. La volonté ne peut engendrer un rapport conventionnel que si le droit dont elle relève lui en donne préalablement le pouvoir.», 52 *R.C.D.I.P.* (1963), 312..

²⁹⁰—«Droit international et contrat d'État», *Mélanges Reuter*, 1981, pp. 564 et s., n° 14 et s., spécialement à n° 16; voir aussi, du même auteur, «Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique», *Mélanges Rousseau*, 1974, p. 316.

²⁹¹—*Ibid.*

²⁹²—«Droit international et contrat d'État», *Mélanges Reuter*, pp. 573 et s., n° 24 et s. C'est le cas, par exemple, du point I.8 de la Résolution 1803 (XVII) du 14 Décembre 1962 portant Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, *Doc. off. A.G.*, 17e session, supp. n° 9, p. 17, *Doc. N.U. A/5209* (1962). Ce texte dispose notamment que «Les accords relatifs aux investissements étrangers librement conclus par des États souverains ou entre de tels États seront respectés de bonne foi ...».

dans certains projets d'investissement. Cet intérêt peut être de nature politique ou stratégique. Il peut aussi naître de la garantie financière que cet État aurait consenti à son ressortissant dans le cadre d'un projet²⁹³. Dans ces différentes situations le droit international serait la norme juridique de base du contrat d'investissement. Un tel contrat serait un «contrat de droit international» c'est-à-dire un véritable acte de droit international à côté des traités, des actes unilatéraux des États et des actes judiciaires. Ceci implique que même en cas de silence des parties quant à la loi applicable, le contrat est d'office soumis au droit international²⁹⁴.

Par contre, un contrat d'État dont la norme juridique de base n'est pas le droit international mais qui, par le choix des parties, est régi par le droit international ne serait qu'un «contrat internationalisé»²⁹⁵. Ce contrat est «inséré dans l'ordre national de l'État d'accueil»²⁹⁶. Il n'intéresserait le droit international que par le seul jeu de la volonté des parties contractantes. En d'autres termes, le droit international n'y aurait aucun droit de cité en cas de silence de celles-ci²⁹⁷.

Un contrat peut être à la fois de droit international et internationalisé, c'est-à-dire qu'il peut être précisé dans un contrat de droit international que le droit international est le droit du contrat²⁹⁸.

²⁹³-Ibid.

²⁹⁴-«Droit international et contrat d'État», *Mélanges Reuter*, p. 562, n°12.

²⁹⁵-On notera que Weil a fixé ses dénominations en 1981 dans les *Mélanges Reuter*. Dans les *Mélanges Rousseau*, en 1974, il parlait de «contrat inséré dans l'ordre national de l'État d'accueil» et de «contrat internationalisé». Cette dernière dénomination s'applique désormais, dans sa terminologie, au «contrat inséré dans l'ordre national de l'État d'accueil». Le contrat internationalisé des *Mélanges Rousseau* étant devenu le «contrat de droit international».

²⁹⁶-Ibid., p. 566, n° 16.

²⁹⁷-Ibid.

²⁹⁸-Ibid.

Weil a présenté toutes ces explications parce que, à ses yeux, elles sont déterminantes quant à l'efficacité des clauses de protection prévues dans les contrats d'investissement, qu'il s'agisse de «clause de stabilisation» ou de «clause d'intangibilité».

3°- «*Contrat de droit international*», «*contrat internationalisé*» et clauses de protection

L'efficacité des clauses de protection dépend de la nature du contrat d'investissement considéré. Weil l'envisage séparément pour le «contrat internationalisé» et pour le «contrat de droit international»²⁹⁹.

-Pour le contrat internationalisé: l'efficacité des clauses de protection s'apprécie selon que l'on envisage les rapports des parties contractantes (*inter partes*) ou ceux de l'État d'accueil et de l'État d'origine de l'investisseur.

* **Entre les parties**: l'effet des clauses de protection dépend de la seule volonté de l'État d'accueil. En définitive, cela signifie que, dans cette hypothèse, ces clauses seraient sans effet³⁰⁰.

* **Entre l'État d'accueil et l'État d'origine**: il y a constitution de la responsabilité internationale de l'État en cas de violation d'une clause contractuelle de protection. Mais la sanction de cette violation repose sur l'exercice de la protection diplomatique par l'État d'origine au profit de son ressortissant. À défaut de cette procédure ces clauses restent sans effet³⁰¹.

²⁹⁹-Prosper Weil, «Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique», *Mélanges Rousseau*, 1974, p. 316.

³⁰⁰-Ibid., p. 317.

³⁰¹-Ibid., 318.

-Pour les contrats de droit international: Weil détermine l'efficacité des clauses de protection selon qu'il s'agit de clauses de stabilisation ou de clauses d'intangibilité.

* **Les clauses de stabilisation**: déploient leur plein effet dans un contrat de droit international.

* **Les clauses d'intangibilité**: produisent également leur plein effet mais elles le font non pas par elles-mêmes mais en vertu du principe de la bonne foi du droit international³⁰².

Notons que selon l'auteur, qu'il s'agisse de clause de stabilisation ou de clause d'intangibilité, leur efficacité maximum ne serait assurée que si le droit international est choisi pour régir la relation contractuelle au fond³⁰³.

On admettra la complexité de ce montage doctrinal. En tout état de cause, à côté de Weil et des partisans de la «publicisation» des relations contractuelles qui naissent entre un État et un investisseur étranger, il y a les auteurs qui prônent leur soumission au droit transnational.

2-«Internationalisation» et droit transnational

Cette variante de la théorie de l'«internationalisation» s'est préoccupée de la mixité nécessaire du régime juridique de l'investissement international³⁰⁴. Dans la ligne de cette conception, il a

³⁰²-Ibid., p. 327; voir également Dominique Berlin, «Les contrats d'États («State Contracts») et la protection des investissements internationaux», loc. cit., 224 et s., n° 21 et s..

³⁰³-À son avis «qu'il s'agisse de clauses de stabilisation ou de clauses d'intangibilité, leur valeur et leur efficacité sont infiniment plus grandes si l'on se trouve en présence d'un contrat rattaché à l'ordre international que d'un contrat enraciné dans le droit interne de l'État hôte. Dans ce dernier cas, la valeur des clauses de protection dans les rapports entre les parties dépend du droit national applicable: si celui-ci leur dénie toute valeur, elles n'en auront tout simplement aucune.», «Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique», *Mélanges Rousseau*, 1974, p. 327.

³⁰⁴-Notons que, d'après J. F. Lalive: «le droit transnational englobe l'ensemble des règles qui transcendent, du point de vue de l'objet ou du champ d'application mais pas nécessairement de la source, les frontières d'un État. Il comprend donc les principes généraux de droit, les coutumes et usages du commerce international, certaines lois uniformes (tout cela formant la *lex mercatoria*, le droit des marchands). Mais le droit transnational comprend également le droit ou la réglementation des organisations internationales publiques (lequel ne relève ni d'un système de droit national, ni du droit international), le droit

été avancé que le souci des parties privées à des contrats d'État n'est pas tant d'obtenir la couverture du droit international public que d'aboutir à une neutralisation des rapports contractuels au moyen d'une « plurinationalisation » fondée sur le recours aux principes communs à plusieurs systèmes juridiques de droit privé. De là on se retrouverait, d'après cette doctrine, en présence d'une « privatisation » des rapports considérés et le droit transnational fournirait l'aliment à cette alchimie juridique³⁰⁵. Les tenants, de cette variante de l'« internationalisation », se démarquent donc nettement des partisans de la « publicisation » des relations investisseur/État d'accueil. À leur avis, l'internationalisation mettrait la relation sous le régime d'un « tiers ordre juridique », distinct à la fois des droits internes et du droit des gens³⁰⁶.

administratif international, la jurisprudence de tribunaux internes ou internationaux, principalement les tribunaux arbitraux. Le droit transnational constituerait donc un tiers ordre juridique, distinct à la fois des droits internes et du droit des gens [...]» « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », 181 *R.C.A.D.I.* (1983-III), p. 31.

³⁰⁵-Voir Berthold Goldman, dans la préface à Philippe Leboulanger, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, op. cit. note n° 267, p. xi.

³⁰⁶-Jean-Flavien Lalive, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », 181 *R.C.A.D.I.* (1983-III), p. 31.

La *lex mercatoria*, qui inclut les principes généraux du droit de toutes origines³⁰⁷ et les usages commerciaux et professionnels³⁰⁸ a la part belle dans le système du droit transnational³⁰⁹. Déjà en 1957, Lord McNair plaida pour l'application aux contrats d'État des principes généraux de droit reconnus par les «nations civilisées»³¹⁰.

Cette conception a été consacrée par certains instruments juridiques internationaux importants. Ainsi l'article VII (1) de la *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international* signée à Genève le 21 Avril 1961 prescrit aux arbitres l'application des «usages du commerce» en

³⁰⁷-Ph. Francescakis, «Droit national et droit international privé», *Mélanges Maury*, tome 1, Paris, 1960, p. 113. Parmi les auteurs de langue française, le Professeur Berthold Goldman a été le ténor du combat pour la juridicité de la *lex mercatoria*. Il y a consacré plusieurs études marquantes-Voir notamment «Frontières du droit et «lex mercatoria», 9 *Archives de Philosophie du Droit du Droit* (1964), 177-192, «la Lex Mercatoria dans les contrats et arbitrages internationaux: réalités et perspectives», dans *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1977-1979, Paris, Éditions du C.N.R.S., pp. 221 à 259, 106 *J.D.I.* (1979), 475 à 505. Voir aussi J. Stoufflet, *Le crédit documentaire*, Librairies Techniques, Paris, 1959, Phillipe Kahn, *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961, «Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?», dans *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Librairies Techniques, 1982, pp. 97-107. Pour une opinion plus ancienne de Kahn voir ««Lex mercatoria» et pratique des contrats internationaux: l'expérience française», dans *Le contrat économique international. Stabilité et évolution. Travaux des VII^e journées d'études Jean Dabin*, organisées à Louvain-la Neuve, les 22-23 Novembre 1973, publiés sous les auspices du Centre Charles de Visscher pour le droit international, Bruxelles, Bruylant/ Paris, Pedone 1975, pp. 171-211. Voir aussi Julian D. Lew, «La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux», *Ibid.*, pp. 151-167, à p. 165, n° 24. Pour la critique de cette conception voir, par exemple, Paul Lagarde, «Approche critique de la *lex mercatoria*», dans *Mélanges Goldman*, pp. 125-150.

³⁰⁸-Sur les usages on peut voir l'étude de Philippe Fouchard intitulée «Les usages, l'arbitre et le juge. À propos de quelques récents arrêts français», *Études Goldman*, 1982, pp. 67-87, et la bibliographie citée par l'auteur.

³⁰⁹-Ph. Leboulanger, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, op. cit. n° 234, §§ n° 397 et s., pp. 219 et s..

³¹⁰-Ce grand juriste anglais écrivait en effet, au sujet des contrats d'État, que «[...] the legal system appropriate to the type of contract under consideration is not public international law but shares with public international law a common source of recruitment and inspiration, namely, 'the general principles of law recognized by civilized nations'», «*The General Principles of Law Recognized by civilized Nations*», XXXIII *B.Y.I.L.* (1957), 1, 6.

concurrence avec la loi choisie par les parties ou avec celle dégagée par la règle de conflit³¹¹. Le *Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I.* a fait la même prescription à son article 33 (3)³¹².

Le droit transnational a également fait son entrée dans la pratique arbitrale. Ainsi, et pour ne retenir que quelques exemples, dans la sentence *Cheik d'Abu Dhabi* (1951), l'arbitre, Lord Asquith of Bishopstone, invoqua les «*principles rooted in the good sense and common practice of the generality of civilised nations- a sort of 'modern law of nature'*»³¹³, la sentence *Ruler of Qatar* (1953) a été fondée sur «*the principles of justice, equity and good conscience*»³¹⁴, dans la sentence *Aramco* il a été décidé de suppléer aux lacunes du droit interne saoudien normalement applicable dans l'espèce, par des «principes applicables» déduits, notamment, d'un «recours aux coutumes et usages qui se sont établis dans le monde pour l'industrie et le commerce du pétrole [...]»³¹⁵. De son côté, la sentence *Sapphire* (1963) invoqua les «*general principles of law, based upon reason and upon the common practice of civilized countries*»³¹⁶. Dans l'affaire *Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran* (C.C.I. n° 3896, 30 Avril 1982), les arbitres avaient appliqué la loi iranienne choisie par les parties ainsi que certains principes généraux du droit, à savoir la bonne foi et l'effet obligatoire des contrats³¹⁷.

³¹¹-Ce texte est libellé comme suit: «Les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige. À défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce.», Alain Prujiner, *Treaties and International Documents used in International Trade Law/ Traités et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1992, pp. 411-434, à p. 425.

³¹²-«Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.», Ibid., pp. 519-550, à p. 544.

³¹³-18 *I.L.R.* (1957), 144, 149.

³¹⁴-20 *I.L.R.* (1957), p. 546.

³¹⁵-52 *R.C.D.I.P.* (1963), 272, 317.

³¹⁶-35 *I.L.R.* (1967), 173.

³¹⁷-Bruno Oppetit, «Arbitrage et contrat d'État. L'arbitrage *Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran*», loc. cit. n° 267, 38.

Enfin, de l'avis d'un auteur bien qualifié, la *lex mercatoria* serait «un élément essentiel de l'arbitrage CIRDI»³¹⁸.

L'internationalisation avec application du droit transnational, ou «privatisation», semble se confirmer de plus en plus fermement. En effet, il a été noté, ces dernières années, une évolution de la pratique des contrats entre États et investisseurs étrangers dans ce sens. Le caractère de contrat d'État, conçu comme une technique pure et exclusive du droit international public, perd désormais du terrain au profit d'une prédominance des solutions contractuelles de droit privé. Ainsi, par exemple, le droit transnational des contrats s'est imposé dans le domaine pétrolier, à la faveur des contrats de recherche et de service qui ont succédé aux accords de concession de type classique. C'est ce qui est ressorti d'un commentaire de l'arbitrage *NOC c. Libyan Sun Oil Company*³¹⁹.

*

Que l'internationalisation appelle l'application, aux relations de l'investisseur et de l'État d'accueil, du droit international public ou des techniques et solutions privatistes des contrats du commerce international, la question demeure de savoir par quelles méthodes précises on peut la concrétiser. Les partisans, de l'un comme de l'autre bord, n'ont pas manqué de faire des propositions dans ce sens. C'est à l'examen de ces propositions de méthodes que nous allons maintenant de passer.

³¹⁸-Emmanuel Gaillard, Observations sur la sentence de l'affaire *Klöckner c. Cameroun* (Sentence du 21 Octobre 1983), 114 *J.D.I.* (1987), 142 et 143.

³¹⁹-Bernard, Audit, «L'affaire *NOC c/ Libyan Sun Oil Company* (Sentences arbitrales CCI rendues à Paris les 31 Mai 1985 et 23 Février 1987, 29 *I.L.M.* 565 (1990); jugement de la Cour Fédérale de District de Delaware (États-Unis) du 15 Mars 1990, 29 *I.L.M.* 716 (1990))», *Revue de l'arbitrage* (1991), 263. Il s'agit dans cette affaire de l'invocation par l'entreprise américaine d'un cas de force majeure qui serait né en sa faveur des suites de l'embargo américain contre la Libye. Le tribunal arbitral avait rejeté ce moyen de la NOC. Suite à cet échec, la NOC avait tenté, mais en vain, de faire échec à l'exécution de la sentence aux États-Unis. Le juge américain ne l'avait pas suivi, *Ibid.*, pp. 263-265.

CHAPITRE II: LES MÉTHODES DE L'«INTERNATIONALISATION»

Un certain nombre de clauses bien déterminées des contrats d'investissement tendent, de l'avis des théoriciens de l'internationalisation, à soustraire le contrat au droit interne de l'État d'accueil. Mais, à défaut, ou concurremment avec la soumission du contrat au droit international par la volonté exprès des parties, la nature d'accord de développement économique de la relation suffit à en emporter internationalisation³²⁰. C'est ce raisonnement qu'ont suivi les arbitres des affaires **Texaco** et **Revere Copper**.

SECTION I: LA NATURE D'ACCORD DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE DU CONTRAT

Suivant les énonciations de la sentence **Texaco** un

«élément d'internationalisation des contrats litigieux résulte de ce que ceux-ci prennent la dimension d'une nouvelle catégorie d'accords entre États et personnes privées: les accords de développement économique ...»³²¹.

De ce fait, ces contrats relèvent, d'après cette sentence arbitrale, de la compétence du droit international public pour ses suites³²².

Constitue un accord de développement économique un contrat de longue durée dont l'objet est très important pour le développement économique du pays d'accueil. Le projet qui en fait l'objet doit impliquer des investissements très lourds, et son exécution appeller une coopération sérieuse

³²⁰-Voir aussi Peter Fischer and Thomas W. Waelde, *A Collection of International Concessions and Related Investments, Contemporary Series*, 1977/1978, vol. 7, London/ Rome/ New York, Oceana Publications, inc., 1988, p. vii.

³²¹-Sentence **Texaco**, 104 *J.D.I.* (1977), § n° 45, p. 360. C'est également le point de vue retenu dans la sentence **Revere Copper**, 17 *I.L.M.* 1321 (1978) à p. 1331; voir également ci-dessous, p. 138, un extrait de cette dernière sentence sur la loi applicable.

³²²-*Ibid.*.

entre l'État d'accueil et l'entreprise cocontractante³²³. En fait, il s'agirait, de l'avis de certains auteurs, d'un simple changement de dénomination au très classique et bien connu contrat de concession³²⁴. Comme nous l'avons déjà vu plus haut, il y a effectivement eu une certaine mutation de ce type de contrat international caractérisée, notamment, par l'avènement des accords en participation, de partage de production ou des contrats *Built Operate and Transfer* (B.O.T.) dont, quelle que soit la place du droit international public dans leur gestion, le régime tient pour beaucoup du droit du commerce international³²⁵.

Même si le contrat considéré ne revêtait pas la nature d'accord de développement économique il pourrait néanmoins être internationalisé grâce à une référence aux principes généraux du droit ou par l'effet de la clause compromissoire ou de stabilisation qui y serait stipulée.

SECTION II: LA RÉFÉRENCE DU CONTRAT AUX PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT, LA PRÉSENCE D'UNE CLAUSE DE STABILISATION OU D'UNE CLAUSE COMPROMISSOIRE

Chacune de ces clauses du contrat d'investissement traduirait, selon une partie de la doctrine suivie par certains arbitres internationaux, l'intention des parties au contrat d'écarter la compétence du droit interne de l'État d'accueil pour régir leurs engagements.

Notons ici que si les clauses compromissoires peuvent être convenues dans n'importe quel contrat international impliquant un État, en ce compris les contrats dont l'exécution requiert en général un temps limité tels les contrats de vente, les clauses de stabilisation ne se conçoivent,

³²³-Sentence *Texaco*, 104 *J.D.I.* (1977), § n° 45, p. 360.

³²⁴-E.I. Nwogugu, «Legal Problems of Foreign Investments», 153 *R.C.A.D.I.*, (1976-V), 167-262, 210 et 211. Voir aussi J.N. Hyde, «*Economic Development Agreement*», 101 *R.C.A.D.I.* (1962-I), 271, et Detlev F. Vagts, *Transnational Business Problems*, Mineola, N.Y., The Foundation Press, Inc., 1986, (University Casebook Series), pp. 445 à 488.

³²⁵-Voir, entre autres, Didier Lamèthe, «Les nouveaux contrats internationaux d'industrialisation. (Esquisse d'un manifeste dans les rapports Nord-Sud)», 112 *J.D.I.* (1992), 87.

par contre, que pour les contrats de longue durée, c'est-à-dire les accords dits de développement économique dont nous venons de parler. Si cette dernière caractéristique suffit, en principe, à leur conférer un régime de droit international, elle ne signifie pas nécessairement, comme en témoigne la pratique, l'exclusion de la stipulation d'une clause de stabilisation, ou encore de la mention des principes du droit international dans la clause de choix de loi.

1-La référence du contrat aux principes généraux du droit

La référence d'un contrat d'État aux principes généraux du droit³²⁶ international dans sa clause de choix de loi implique, selon la sentence *Texaco*, son internationalisation. Il en est indifféremment ainsi que cette référence soit faite à titre principal ou à titre subsidiaire³²⁷. D'après le professeur Dupuy, auteur de cette sentence, il faut entendre ici par principes généraux ceux qui sont visés par l'article 38 du Statut de la C.I.J.³²⁸.

³²⁶-Notons que si les principes généraux du droit constituent une des sources du droit international, l'expression «principes du droit international» ne désignent, de son côté, «autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale». Arrêt de l'affaire *Le Lotus*, arrêt n° 9, 1927, *C.P.J.I. série A*, n° 10, p. 16, c'est-à-dire l'entièreté du *Corpus* du droit des gens. L'option pour les «principes du droit international» par les parties exprime plus nettement encore le choix du droit des gens comme loi du contrat. Comme nous l'avons déjà relevé plus haut, le Professeur F.A. Mann fut, très tôt, l'un des pionniers et plus fervents défenseurs de cette option. (Voir, entre autres, de cet auteur «*State Contracts and State Responsibility*», op. cit. note n° 236, p. 566, «*The Theoretical Approach Towards the Law Governing Contracts Between States and Private Persons*», 11 *R.B.D.I.* 1975, 562, 564 et 565, «*The Law Governing State Contracts*», XX *B.Y.I.L.* 1944, 11.

³²⁷-Sentence du 9 Janvier 1977 sur le fond, 104 *J.D.I.* (1977), 358, n° 41 s..

³²⁸-C'est-à-dire, en fait, l'article 38 (c) de ce texte qui évoque les «[...] principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées; [...]».

De l'avis de certains auteurs, ces principes sont trop rudimentaires pour répondre adéquatement à la sollicitation dont ils sont ainsi l'objet s'agissant du régime complexe engendré par la réalisation d'un projet d'investissement³²⁹.

Pour d'autres auteurs, par contre, les principes généraux ainsi visés dans un contrat d'investissement se subsument dans la *lex mercatoria*. Cela signifie que ces principes englobent tout aussi bien les principes généraux du droit des gens que les règles et usages dégagés par la pratique contractuelle internationale de droit privé³³⁰. Pour d'autres auteurs encore, cette dernière opinion ne tiendrait pas la route³³¹.

Quoi qu'il en soit, Dupuy avait jugé dans l'affaire *Texaco* que

«[...] la référence qui est faite, tant à titre principal aux principes du droit international qu'à titre subsidiaire aux principes généraux du droit, doit avoir pour effet d'entraîner l'application du droit international aux rapports juridiques entre les parties. [...]»³³²

Comme cela ressort de cet extrait de la sentence, l'invocation des «principes» ou «principes généraux du droit international» dans le contrat ne signifie nullement que le tribunal arbitral est réduit à ne considérer que ces «principes». Elle implique au contraire le recours au droit des gens dans son ensemble. Autrement dit, suivant cette opinion, stipuler le recours aux «principes généraux du droit» dans un contrat international revient purement et simplement au choix du droit des gens comme loi du contrat.

³²⁹-Voir par exemple Lavieq, *Protection et promotion des investissements*, op. cit. note n° 2, p. 88.

³³⁰-Philippe Leboulanger, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, op. cit., n° 399, 222 et 223; B. Goldman, «La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives», loc. cit. note n° 307, p. 475.

³³¹-Ainsi Bruno Oppétit a pu écrire que «Les principes généraux du droit, au sens du droit international public, ne se confondent pas avec les principes généraux du droit du commerce international», «Arbitrage et contrat d'État. L'arbitrage Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran», 111 *J.D.I.* (1984), 37, 45.

³³²-Sentence du 9 Janvier 1977 sur le fond, 104 *J.D.I.* (1977), 358, § n° 41 s..

Par ailleurs, les doctrines et pratiques arbitrales internationales sur lesquelles Dupuy avait appuyé son opinion étaient bien fournies³³³. Bien entendu cela ne met pas sa conception à l'abri des critiques. Notons aussi que l'Institut du Droit International lui-même avait entériné, un peu tard il est vrai, la possibilité pour les parties à un contrat d'État de choisir le droit des gens pour régir leurs relations dans une de ses résolutions datant de 1979. Nous pouvons y lire que «[...] Les parties peuvent notamment choisir comme loi du contrat [...] le droit international.»³³⁴.

2-L'internationalisation par l'effet d'une clause de stabilisation

Les clauses de stabilisation qui sont souvent stipulées dans certains contrats d'État produisent, à l'instar de la référence du contrat aux principes du droit international et aux principes généraux du droit, un effet internationalisateur. La notion d'internationalisation ne signifie pas ici un choix explicite du droit international public comme loi du contrat. Il traduit beaucoup plus la neutralisation du pouvoir législatif de l'État contractant vis-à-vis du contrat dont le régime est stabilisé. Néanmoins l'efficacité de ces clauses est fondée, d'après les auteurs qui les ont pensées, sur un principe du droit international: le *Pacta sunt servanda*.

Suivant la thèse du professeur Prosper Weil, en présence d'une clause de stabilisation «proprement dite» (et non d'une simple «clause d'intangibilité»),

«tout se passe comme si les contractants avaient, dans le cadre de l'autonomie de leur volonté, incorporé dans leur convention un certain nombre de règles empruntées à la législation nationale de l'État hôte: peu importe que cette incorporation ait eu lieu par voie de renvoi au droit national ou par voie de reproduction des règles visées; c'est dans la volonté des parties que l'application de ces règles trouve son fondement. [...]. Le problème de l'incidence de la compétence législative de l'État ne se pose tout simplement pas en pareille hypothèse, le contrat échappant, par définition même, à l'ordre juridique national de cet État. La clause de stabilisation n'implique dans ce cas aucune renonciation

³³³-Ibid..

³³⁴-25 A.F.D.I. (1979), 1232.

de l'État hôte à l'exercice de sa compétence législative, celle-ci étant hors de cause s'agissant d'un contrat qui relève de l'ordre international [...].³³⁵

Dans la pratique, les clauses de stabilisation ne sont effectivement pas rares dans les contrats d'État. Nous pouvons en citer quelques exemples ici.

Ainsi l'article 19 du *Financing Agreement between (1) the Foreign Trading Contracting and Investment Company of Koweit (S.A.K.) (2) the Société Anonyme Industrielle Mauritanienne (S.N.I.M.), of Nouakchott, Mauritania, (3) the Government of the Islamic Republic of Mauritania, and (4) the Société Arabe de l'Industrie Métallurgique, of Nouakchott, Mauritania*, signé le 14 Mai 1975 était libellé comme suit:

«[...] il a été convenu que la présente convention a eu lieu en parfait respect des lois en vigueur en Mauritanie et que toute modification ou toute abrogation dans l'avenir de ces lois pouvant porter préjudice aux droits du prêteur ou diminuer les garanties ou assurances ne sauraient avoir effet sur le présent contrat [...].»³³⁶

La convention d'établissement établi par la République de Mauritanie et la Société *Hispanica de Petroleos, S.A.* par le gouvernement mauritanien avait aussi prévu que:

«Le gouvernement garantit à la deuxième partie, pour la durée de la convention, la stabilité des conditions générales, juridiques, économiques, financières et fiscales dans lesquelles la deuxième partie exercera son activité, telles que ces conditions résultent de la législation et de la réglementation en vigueur à la date de signature de la convention ainsi que des dispositions de ladite convention.»³³⁷

³³⁵ - «Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économiques», *Mélanges Rousseau*, 1974, pp. 320-321. Voir aussi France Fradette, «L'internationalisation du contrat d'investissement entre un État et une personne privée étrangère», loc. cit. note n° 222, 558, 563 et 564.

³³⁶ - Dans Peter Fischer and Thomas W. Waelde, *A Collection of International Concessions and Related Investments, Contemporary Series*, op. cit. n° 307, 1975/ vol. 1, 1981, pp. 97-111, article 19.

³³⁷ - Loi n° 77-80 du 18 Juillet 1977 agréant la Société *Hispanica de Petroleos, S.A. (Hispanoil)*, agissant en son nom et au nom des sociétés *Phillips Petroleum International Corporation Mauritania*, *Getty Oil International Mauritania Inc.* et *Agip S.p.A.*, au régime fiscal de longue durée institué par la Loi n° 61-106 du 29 Mai 1961 et approuvant la Convention d'établissement signée à Nouakchott le 29 Avril 1977 par le Président de la République Islamique de Mauritanie et par les représentants desdites sociétés, article 4.1, Ibid., 1976/ vol. 6, 1985, pp. 279-327, à p. 287.

Une stipulation comparable figure à l'article 21 du *Concession Agreement Between the Government of the Republic of Liberia and the Liberia Iron and Steel Corporation (L.I.S.C.O.)*, signé à Monrovia le 2 Juin 1975. Ce texte se lit comme suit:

*«This concession Agreement shall be governed, construed and interpreted in accordance with the laws of the Republic of Liberia excluding, however, any enactment passed or brought into force in the Republic of Liberia before or after the date of this Concession Agreement which is inconsistent with or contrary to the terms hereof.»*³³⁸

De même nous pouvons lire à l'article 13.1 du contrat de longue durée intervenu entre la République du Niger et la Conoco la stipulation suivante:

*«La législation applicable dans la République du Niger à la date d'effet de la présente Convention restera applicable aux titres miniers accordés à la Société pendant toute la durée de ladite Convention.»*³³⁹

Enfin, le contrat de partage de production conclu le 4 Août 1977 entre la République du Togo et *Oceanic Resources Ltd* stipule en son article 30.4:

*«This Agreement prevails over the existing or future legislation of either a general or special nature, except in the cases it is otherwise provided for herein, and the Republic guarantees that no special or general law will be taken by it to the effect of amending supplementing or terminating this Agreement, except as otherwise expressly provided for this in this Agreement. The Republic further guarantees that no action, ordinance or other measure whatsoever by it or by any State service, authority, Municipality, Community or other agency will be taken and applied to the effect of jeopardizing, restricting or aggravating in any way or form contractor's rights and obligations under this Agreement.»*³⁴⁰

Nous devons aussi souligner ici que tous les contrats d'État ne comportent pas des clauses de stabilisation. Beaucoup de ces contrats ne prévoient aucune protection ni contre l'«aléa de souveraineté» ni contre l'«aléa de puissance publique»³⁴¹. Par exemple, le contrat de concession conclu entre le gouvernement du Ghana et le *Ghana Amalgamated Diamond Company* stipule

³³⁸-Ibid., 1975/ vol. 1, 1981, pp. 113-190, à p. 162.

³³⁹-Convention of 3 April 1974 for long Duration Between the Government of Niger, the Commissary for Atomic Energy and the Continental Oil Company of Niger (Conoco), Published at Niamey, 27 May 1977, Ibid., 1977/1978/ vol. 7, pp. 1-60, à p. 36.

³⁴⁰-Production Sharing Agreement Between the Republic of Togo and Oceanic Resources Ltd., signed at Lomé, August 4, 1977, Ibid., 1977/ 1978/ vol. 7, 1988, pp. 241-303, p. 296.

³⁴¹-Voir supra p. 99.

à son article 36: «*This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the Laws for the time being in force in Ghana.*». Le gouvernement ghanéen s'y était même réservé le droit de terminer, unilatéralement, le contrat dans certains cas et sous réserve d'un simple avis à la compagnie³⁴². De la même façon, l'article 8.2 du contrat conclu le 30 Janvier 1975 entre la République de Sierra-Leone et Sileti se lit comme suit:

*«Unless specifically provided herein to the contrary, the concessionaire its shareholders and employees and all persons dealing with any of them shall be subject to all Sierra Leone laws of general application [...].»*³⁴³

Dans ces genres de contrats, l'entreprise concessionnaire n'est pas dans une situation juridique meilleure que l'investisseur sans contrat puisque le jeu de la clause de protection la plus utile dans un contrat de longue durée, la clause de stabilisation, est absent.

Par contre lorsqu'elles sont stipulées, l'effectivité et l'efficacité des clauses de stabilisation sont bien reçues et consacrées dans la jurisprudence arbitrale. Ainsi, par exemple, dans une sentence rendue le 31 Mars 1986 dans l'affaire **Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) c. Gouvernement de la République du Libéria**, un tribunal arbitral C.I.R.D.I. composé de Bernado Cremades, Président, J.G. Pereira et A. Redfren, a jugé qu'

*«une telle clause, communément appelée clause de stabilisation [...], est destinée à éviter les actions arbitraires de l'État contractant. Une telle clause doit être respectée, spécialement dans ce type de contrat. Si tel n'était pas le cas, l'État contractant pourrait aisément se soustraire à ses obligations contractuelles en légiférant. Une telle législation ne serait justifiée qu'en cas de nationalisation conforme aux critères précédemment décrits.»*³⁴⁴

³⁴²-*Concession Agreement Between The Government of the Republic of Ghana and Amalgamated Diamond Company (Ghana) Limited, signed at Accra in 1976, article 36 et 25, 1976/ vol. 4, 1984, pp. 297-428, pp. 427, 418 et 419.*

³⁴³-*Concessions Agreement, in Joint Venture Form, Between the Government of Sierra Leone, Represented by its Minister of Agricultural and Natural Resources, and Giuseppe Lamarca of Turin, Managing Director of SILETI, signed in Freetown, January 30, 1975, Ibid., 1975/ vol. 1, 1981, pp. 1-85, à p. 56. Une stipulation similaire figure à l'article 15.2 du Concession Agreement Between the Government of the Republic of Liberia and the Liberia Gold and Diamond Corporation, signé à Monrovia le 20 septembre 1976, Ibid., 1976/ vol. 3, 1983, pp. 433-490 à p. 469.*

³⁴⁴-Nous avons souligné. Suivant les arbitres de cette affaire une nationalisation régulière «[...] supposerait que l'on puisse établir qu'elle ait été prise de bonne foi dans un but d'intérêt général, qu'elle n'ait pas été discriminatoire et qu'elle ait été accompagnée du paiement, ou à tout le moins,

Cette sentence venait confirmer et expliciter, entre autres, la sentence Agip S.p.A. c. Gouvernement de la République Populaire du Congo rendue le 30 Novembre 1979 par un autre Tribunal arbitral C.I.R.D.I. composé de J. Trolle, Président, R.J. Dupuy et F. Rouhani³⁴⁵. Mais, même à défaut d'une clause de stabilisation, les rapports des parties à un contrat d'État sont susceptibles d'internationalisation grâce à la clause compromissoire qu'elles auraient éventuellement convenue.

3-L'internationalisation par l'effet d'une clause compromissoire

Lorsque les parties à un contrat international prévoient le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges éventuels, elles peuvent viser l'arbitrage international ou l'arbitrage interne. Il n'est pas impossible, en effet, que de telles clauses renvoient à un arbitrage de droit interne. Ainsi, par exemple, dans la convention conclue en 1976 entre le gouvernement de la République du Ghana et *Amalgamated Diamond Company (Ghana) Limited* les parties avaient stipulé qu'en cas de litige un arbitrage serait organisé conformément à la loi ghanéenne sur l'arbitrage³⁴⁶. Il s'agit dans ce cas d'un arbitrage de droit interne et non de droit international.

d'une offre de paiement d'une indemnité adéquate.», 115 J.D.I. (1988), 166-181, traduction officieuse et observations Emmanuel Gaillard, 172 et 171. Voir la version originale anglaise du texte de la sentence dans 26 I.L.M. 647 (1987).

³⁴⁵-67 R.C.D.I.P. (1982), 92-109, notes Henri Battifol, n°80 à 88 de la sentence.

³⁴⁶-On peut, en effet, lire à l'article 32 de cet accord: «a)- Any dispute or difference between the parties arising out or in connection with this Agreement or any agreed variation thereof or as to the construction of this Agreement or any such variation or as to the rights, duties, liabilities of either party thereunder or as to any matter to be agreed upon between the parties in terms of this Agreement shall in default of agreement between the parties and in the absence of any provision in this Agreement to the contrary referred to and settled by arbitration under the provisions of the Arbitration Act 1961 (Act 38 as amended).» Dans la mesure où, comme nous l'avons déjà relevé, cet accord prévoit par ailleurs l'application exclusive de la loi ghanéenne non stabilisée, on peut sans doute difficilement arguer que cette clause compromissoire emporte internationalisation des relations contractuelles.

Pour qu'une clause compromissoire produise l'internationalisation du contrat il faut que l'arbitrage convenu soit l'arbitrage international. Dans ce cas, la clause implique l'application des règles du droit international au différend. C'est ce qui ressort des énonciations de la sentence *Texaco*. En fait, suivant cette sentence, une clause de ce type implique une double conséquence: d'une part, l'arbitrage visé est nécessairement celui de droit international. Autrement dit, cet arbitrage échappe à toute réglementation interne. En second lieu, elle donne lieu à l'application des règles du droit international au différend³⁴⁷. Effectivement la doctrine est assez bien fixée sur ce dernier point: pour être qualifiée d'internationale une juridiction doit faire application du droit international. James Brown Scott écrivait déjà en 1921 à propos de la Cour Permanente d'Arbitrage de la Haye:

«[...] Il [le tribunal arbitral] est naturellement autorisé à appliquer les principes du droit international, car en l'absence d'un accord entre les parties en litige, excluant le droit des gens et stipulant d'une manière spécifique la loi à appliquer, *le droit international est celui d'un tribunal international.*»³⁴⁸

Le recours à un tribunal arbitral international implique donc internationalisation. La théorie de l'«internationalisation» ne manque donc pas de ressources. Mais, quelle que soit celle de ses variantes ou méthodes envisagée, elle a reçu et appelle de nombreuses observations critiques.

³⁴⁷-Sentence *Texaco*, 104 *J.D.I.* (1977), § n° 44, p. 359.

³⁴⁸-*Les travaux des la Cour Permanente d'Arbitrage de la Haye*, New York, Oxford University Press, 1921, introduction pp. xix et xx. Nous avons souligné. Voir également, entre autres, Christian Philip et Jean-Yves De Cara, «Nature et évolution de la juridiction internationale», *S.F.D.I., Colloque de Lyon: La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987, pp. 3-43, à p. 11.

CHAPITRE II: CRITIQUE DE LA THÉORIE DE L'INTERNATIONALISATION

La critique de la théorie de l'«internationalisation» peut s'organiser autour de deux points de vue: le point de vue du respect de la souveraineté de l'État d'accueil, et le point de vue de la protection des investissements étrangers. C'est le deuxième point de vue qui doit retenir ici notre meilleure attention. Néanmoins, nous allons d'abord essayer de présenter le premier point de vue.

SECTION I: CRITIQUE DE LA THÉORIE DE L'«INTERNATIONALISATION» DU POINT DE VUE DU RESPECT DE LA SOUVERAINETÉ DE L'ÉTAT D'ACCUEIL

Comme nous venons de le montrer, chacune des variantes de la théorie de l'«internationalisation» a connu la consécration de différentes instances arbitrales. Mais, cette consécration arbitrale n'est pas allée sans remous. Une doctrine très critique s'était élevée contre cette interférence avec la souveraineté des États d'accueil d'investissements étrangers.

Ainsi, par exemple, Joë Verhoeven, qui visait particulièrement le recours aux principes généraux du droit, invoqua carrément l'arbitraire que receleraient les propositions des théoriciens de l'«internationalisation» avec «publicisation» des relations. Il écrivit, en effet, en 1975, que

«se référer au droit des gens pour échapper à un droit interne, revient pratiquement ainsi à se soumettre à *plusieurs* droits internes pour échapper à l'emprise d'un seul. La part d'arbitraire sur laquelle repose l'affirmation de «principes généraux», hors des principes «fondamentaux» que la jurisprudence internationale s'est contentée d'établir sur une base de raison et d'équité doit faire singulièrement douter tant de la praticabilité que de l'opportunité d'une référence au droit des gens qui se réduit à une référence à des droits internes, par le biais de principes qui, comme tels, ne constituent pas un système juridique autonome.»³⁴⁹

³⁴⁹—«Contrats entre États et ressortissants d'autres États», dans *Le Contrat économique international. Stabilité et évolution*, Bruxelles, Bruylant/Paris, Pedone, 1975, pp. 115-150, aux pp. 140 et 141; voir aussi du même auteur «Droit international des contrats et droit des gens, 14 *R.B.D.I.*, (1978-1979), p. 209, et «Arbitrage entre États et entreprises étrangères: des règles spécifiques?», *Revue de l'arbitrage*, 1985, 609, spécialement 622 et s.. Wilhelm Wengler doit être rangé dans le même groupe, voir dans ce sens ses articles suivants: «Les accords entre États et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international?», 76 *R.G.D.I.P.*, 1972, 313 et «Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat», 71 *R.C.D.I.P.* 1982, 467.

La sentence *Texaco* suscita une nouvelle bordée de critiques. Rappelons, d'abord, que d'après cette sentence, la personne privée protégée par un contrat d'État acquiert «certaines capacités lui permettant d'agir au plan international pour faire valoir les droits résultant pour elle d'un contrat internationalisé»³⁵⁰. François Rigaux, un des commentateurs les plus acerbes de cette décision³⁵¹, s'était, notamment, attaqué à cette reconnaissance de capacité juridique internationale «limitée» à l'entreprise privée étrangère par l'arbitre. La source de cette capacité lui apparaissait introuvable. D'après ses observations, en effet, cette capacité ne pouvait être tirée qu'à tort du contrat, puisqu'elle devrait, normalement, précéder sa conclusion. En outre, l'État cocontractant n'a pas davantage le pouvoir de conférer, d'autorité, une personnalité de droit international public à sa partenaire privée³⁵². Pour conclure, Rigaux estima que «la construction ingénieuse [...] du contrat internationalisé paraît n'être qu'un procédé par lequel on s'efforce d'atteindre une fin politiquement dépassée».³⁵³ Le même auteur écrivit plusieurs années plus tard les mots suivants:

«Il faut l'affirmer avec force: les sociétés transnationales ne sont ni des sujets ni des quasi-sujets du droit international. L'internationalisation du contrat d'État [...] est fondée sur une pétition de principe, à savoir que l'État contractant avec une entreprise ayant la nationalité d'un autre État a accepté d'apporter à l'exercice de ses droits de souveraineté des limites qui l'obligent dans l'ordre juridique international.»³⁵⁴

³⁵⁰-Fond, sentence du 19 Janvier 1977, 104 *J.D.I.* (1977), 350, n° 38.

³⁵¹-«Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale», 67 *R.C.D.I.P.* (1978), 435, 444-445. Voir également dans le même sens, entre autres, Dominique Rosenberg, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, op. cit. n° 244, et Brigitte Stern, «Trois arbitrages, un même problème, trois solutions», loc. cit. note n° 244..

³⁵²-«Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale», 67 *R.C.D.I.P.* (1978), 435, 444-445.

³⁵³-Ibid., 458.

³⁵⁴-«Les sociétés transnationales», loc. cit. n° 244, 129-139, 138, n°19. Les auteurs qui suivent ont développé des prises de position semblables: A.A. Fatouros, «*International Law and the Internationalized Contract*», loc. cit. n° 244, p. 134; Brigitte Stern, «Trois arbitrages, un même problème, trois solutions», loc. cit. n° 244, 3; Robin C.A. White, «*Expropriation of the Libyan Oil Concessions-Two Conflicting International Arbitration*», loc. cit. n° 244, 1; R.G. Delaume, «*State Contracts and Transnational Arbitration*», loc. cit. n° 244, 784; Dominique Rosenberg, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, op. cit. n° 244, pp. 323-332.

S'agissant de l'internationalisation avec «privatisation» des rapports, Philippe Leboulanger a pu reprocher aux arbitres, l'«hypocrisie» qui consiste à s'assurer qu'un d'un droit national, désigné par les parties à un contrat d'État, pour régir le fond de leurs relations, est conforme au droit international. D'après cet auteur, une telle démarche tend à vider de leurs effets les clauses de choix de loi qui renvoient à un droit national; elle tendrait aussi à énerver les États cocontractants.³⁵⁵

Toutes ces appréciations sur la théorie de l'«internationalisation», et ses applications, se rapportent à la défense de la souveraineté de l'État d'accueil. Lorsqu'on envisage la promotion et la protection des investissements, les critiques portées contre la théorie sont d'un tout autre type.

SECTION II: CRITIQUE DE LA THÉORIE DE L'INTERNATIONALISATION DU POINT DE VUE DE LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

Lorsqu'ils régissent une relation d'investissement, les contrats d'État sont des actes juridiques d'une grande efficacité. En général ils organisent un recours à l'arbitrage international, pour le règlement des litiges éventuels³⁵⁶. Il faut aussi ajouter que la conclusion de contrat d'État s'impose dans beaucoup de situations. On imagine mal, par exemple, la constitution d'un emprunt, d'une concession d'exploitation minière ou de chemin de fer (de type classique ou de forme nouvelle), sans la fixation par écrit des engagements des parties. Cependant, s'agissant d'une protection adéquate de l'investissement étranger, ces actes accusent des insuffisances essentielles, quant aux vertus internationalisatrices et de sécurité juridique que leur prêtent les théoriciens de l'«internationalisation». Avant d'évoquer les caractères de discrimination, d'inefficacité, dans certaines conditions, que nous croyons déceler dans la mise en œuvre de cette théorie, nous allons d'abord essayer de présenter une critique particulière de la variante du

³⁵⁵-«État, politique et arbitrage. L'affaire du Plateau des Pyramides», *Revue de l'arbitrage* (1986), 3-28, 22, § 37.

³⁵⁶-Voir *supra* pp. 130 et 184.

«droit international des contrats» du Professeur Weil. Nous faisons ce choix en raison de la grande originalité des propositions de ce dernier.

1-La critique particulière du «droit international des contrats» de Prosper Weil

La théorie de Weil n'a jamais pu obtenir une grande adhésion des internationalistes³⁵⁷. D'abord, la distinction entre *Grundlegung* et *Proper Law* dont s'était servi Weil pour classer le contrat d'investissement en «contrat de droit international» ou en «contrat internationalisé» ne fait pas l'unanimité chez les internationalistes les plus avisés du sujet. Si certaines sentences, comme celles intervenues dans les affaires *Aramco* et *Texaco* l'avaient admise, Mahmassani l'ignora dans la sentence *Liamco*³⁵⁸. Dans la doctrine, une forte contestation du *grundlegung* a été présentée, il y a quelques années, par Pierre Mayer. D'après lui la norme juridique de base est «inexistante» et «inutile». Elle est «inexistante» puisque chacun des États où l'exécution de la sentence pourrait être poursuivie a compétence pour en apprécier l'efficacité en rapport avec son propre ordre juridique. Elle serait en outre «inutile» en ce que, dans l'arbitrage international, c'est la volonté des parties et, subsidiairement, celle de l'arbitre qui fixent la loi applicable: «l'arbitre est à l'intérieur d'un système créé par le contrat». Ceci enlèverait toute exigence de justification par une quelconque norme de base³⁵⁹. Mayer nous rappella, d'un autre côté, le rejet, dans le cadre des travaux de l'Institut de Droit International (I.D.I.), de l'idée de norme juridique de base par des internationalistes aussi éminents que Mann, Seidl-Hohenveldern et Wortley³⁶⁰.

³⁵⁷-«Droit international et contrat d'État», *Mélanges Reuter*, 1981, p. 551, et s., n° 3.

³⁵⁸-Voir Philippe Leboulanger, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, op. cit. n° 234, n° 415, p. 231.

³⁵⁹-Pierre Mayer, «Le mythe de l'"ordre juridique de base" (ou *Grundlegung*)», dans *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp.199 et s., spécialement n° 10 à 13, pp. 209 à 216; *addé* du même auteur «La neutralisation du pouvoir normatif de l'État dans les contrats d'État», 113 *J.D.I.* (1986), 5-78, à 25, n° 25.

³⁶⁰-«Le mythe de l'"ordre juridique de base" (ou *Grundlegung*)», loc. cit. n° 276, p. 204, note n° 24.

La théorie de Prosper Weil appelle en outre d'autres critiques essentielles. Le hic dans ses propositions est, à notre avis, d'avoir prôné l'introduction dans la matière des contrats d'État des solutions du droit administratif français c'est-à-dire surtout, l'affaiblissement, dans certaines conditions, des engagements contractuels d'un État hôte d'investissement étranger. Ce faisant, il avait laissé, sans doute involontairement, croire que le droit administratif français des contrats atténue le prix d'une atteinte portée par l'État aux droits contractuels de son cocontractant privé. En distinguant entre «contrat de droit international» et «contrat internationalisé», entre «clauses de stabilisation» et «clauses d'intangibilité» il a entendu ménager un espace de liberté à l'État contractant vis-à-vis des stipulations contractuelles. Il a ainsi remis peu ou prou à l'ordre du jour l'opinion peu flatteuse du grand juriste anglais A.V. Dicey sur le droit administratif français des origines³⁶¹.

À la vérité, aussi loin que nous en sachions, le droit administratif français ne laisse pas sans réparation les atteintes de la puissance publique aux droits légitimement acquis par les individus,

³⁶¹ - Des longues considérations de Dicey sur le danger que représenterait pour les droits et libertés des particuliers le système de droit administratif français, nous pouvons citer ici ces quelques extraits: « *The French Government does in fact exercise, especially as regards foreigners, a wide discretionary authority which is not under the control of any court whatever. For an act of State the Executive or its servants cannot be made amenable to the jurisdiction of any tribunal, whether judicial or administrative. [...]. It is difficult, further, for an Englishman to believe that, at any rate where politics are concerned, the administrative courts can from their very nature give that amount of protection to individual freedom which is secure to every English citizen, and indeed to every foreigner residing in England [...]* », *Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Tenth Edition with Introduction by E.C.S. Wade*, London, Macmillan & Co Ltd/New York, St Martin's Press, 1965 pp. 391 et 403; la première édition de cet ouvrage remonte à 1885. Pour l'entier développement de l'auteur sur le sujet voir le Chapitre XII de l'ouvrage intitulé « *Rule of Law compared with Droit Administratif* », pp. 328 à 405. Bien entendu ces observations de Dicey sont, et de très loin, dépassées aujourd'hui. Ainsi, par exemple, pour les contrats liant la puissance publique on a pu relever une équivalence des solutions applicables en droits français et anglais. Cela signifie, qu'à partir de procédure et de concept différents on a abouti en substance, de part et d'autre de la Manche, au même résultat. Sur ce point voir la Préface de Jean Rivero à Spyridon Flogaïtis, *Administrative Law et droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1986, p. 18. Le réputé professeur y écrit, notamment, ce qui suit: « Parallélisme des résultats, diversité des concepts: droit administratif et *Administrative Law* parviennent ... à concilier les traditions juridiques propres à chacun des deux pays et les réponses que le Droit se doit d'apporter aux questions posées, dans l'un et l'autre, par l'évolution, identique ici et là, de la société contemporaine. ».

qu'il s'agisse de droit de créance ou de droit réel. Certes, dans le domaine contractuel l'administration française a le pouvoir de modifier ou de terminer unilatéralement le contrat. Elle peut ainsi, lorsque l'intérêt du service public le requiert, augmenter ou réduire l'ampleur des prestations convenues à la charge du cocontractant privé³⁶².

Mais la justice administrative française a toujours décidé que, le cocontractant privé de l'Administration qui subit ainsi une modification unilatérale de ses engagements contractuels, a droit à une réparation pécuniaire des dommages résultant d'une telle modification³⁶³. De toute façon, sont seules susceptibles d'être modifiées de la sorte, les clauses du contrat dont le

³⁶²-André de Laubadère, Jean-Claude Vénézia et Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Tome 1, Paris, LGDJ, 10 éd. 1988, n° 1047. L'une des décisions de principe dans ce domaine est l'arrêt rendu le 21 Mars 1910 par le Conseil d'État. Cette juridiction y a jugé, à propos d'une modification unilatérale d'horaires de train, que «...l'administration [a] le droit non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité et de la commodité de la circulation, mais encore de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service; [...]», C.E. 21 Mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. 216, concl. Blum; M. Long, P. Weil, G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (G.A.J.A.), Paris, Sirey, 8e éd., 1984, p. 96. Cette jurisprudence ne manquait d'ailleurs pas d'antécédent. Déjà dans l'affaire *Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen* le Conseil d'État avait (10 Janvier 1902, Rec. 5) admis à la charge d'une entreprise concessionnaire d'éclairage public l'obligation d'adapter le service à l'évolution des techniques en préférant, dans l'espèce, l'électricité au gaz. Pour le Conseil d'État, faute d'une telle adaptation l'administration était fondée à recourir à une compagnie concurrente de sa cocontractante nonobstant la clause du marché qui excluait cette éventualité, G.A.J.A., p. 38. Voir dans le même sens, à propos d'une augmentation unilatérale de la prestation à fournir par un concessionnaire, C.E. 12 Mai 1933, *Compagnie générale des eaux*, Rec. 508, G.A.J.A., 99, d'une modification de la nature des travaux et du changement du lieu d'exécution convenu, C.E. 14 Avril 1948, *Ministre des armées c./ Société générale d'entreprises*, Rec. 159, G.A.J.A., p. 99, de l'aggravation des conditions d'exécution des travaux, C.E. 9 Février 1951, *Ville de Nice*, Rec. 80, G.A.J.A. 99, la terminaison unilatérale du marché même par une mesure générale, C.E. 2 Mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. 246, G.A.J.A. 99.

³⁶³-«[...] il appartiendrait [...] à la Compagnie, si elle s'y croyait fondée, de présenter une demande d'indemnité en réparation du préjudice qu'elle établirait lui avoir été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation;...», C.E. 21 Mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, G.A.J.A., p. 97. Dans certains cas l'indemnité allouée était intégrale et comprenait le *lucrum cessans*, C.E. 15 Juillet 1959, *Société des alcools du Vexin*, Rec. 451, G.A.J.A., p. 99.

remaniement est sollicité par le fonctionnement normal et régulier du service: les clauses financières du contrat sont, en tout état de cause, hors d'atteinte d'une telle procédure³⁶⁴.

Il faut en outre ajouter que le droit administratif français connaît la «théorie du fait du prince» et celle de «l'imprévision» qui constituent, en dernière analyse, autant de garanties pour le cocontractant privé de l'Administration. Le fait du prince désigne toute décision des pouvoirs publics qui rend plus difficile ou plus onéreuse l'exécution des engagements du cocontractant privé. Lorsqu'une mesure du genre provient de l'autorité cocontractante et touche, notamment, l'objet essentiel du contrat (exemple: taxe sur une matière première essentielle) elle entraîne une réparation intégrale au profit de la partie privée³⁶⁵. Quant à la théorie de l'imprévision elle se rapporte à des événements de caractère extraordinaire, imprévisibles et extérieurs à la volonté du cocontractant privé qui entraînent un bouleversement économique du contrat. En cas d'imprévision, le cocontractant doit malgré tout exécuter intégralement ses engagements mais à charge pour l'Administration de lui assurer paiement d'une indemnité compensatrice appelée indemnité d'imprévision. À la différence de l'indemnité due par l'administration en cas de fait du prince, l'indemnité d'imprévision concourt à un simple partage des charges nouvelles³⁶⁶. En somme, l'idée de la sauvegarde de l'équilibre financier du contrat est le pivot du contrat administratif français ainsi que celui des systèmes de droit administratif qui s'en inspirent comme, par exemple, ceux des pays africains francophones. Cela revient à dire que les

³⁶⁴-André de Laubadère, Jean-Claude Vénézia et Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Tome 1, op. cit. n° 279, § n° 1049, p. 625; sentence Aminoil, 109 *J.D.I.* (1982), 894, n° 90.

³⁶⁵-de Laubadère et al., *Droit administratif*, tome 1, op. cit. n° 279, §§ n° 1069 et 1070, pp. 633 et s..

³⁶⁶-Ibid., n° 1075 et 1076, pp. 635. La décision de principe ici est l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*. la Compagnie réquérante avait sollicité une augmentation du prix convenu pour le marché à la suite de la hausse du prix du charbon due à la guerre. Le Conseil lui avait donné raison en décidant qu'elle «est [...] fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer, aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée [...]», C.E. 30 Mars 1916, Rec. 125, *G.A.J.A.*, p. 129.

prérogatives de puissance publique reconnues à l'administration française n'ont jamais signifié un traitement de défaveur pour son cocontractant privé³⁶⁷.

Au demeurant, nous ne devons pas ignorer, comme l'ont rappelé Jean-Marie Auby et Roland Drago, que la juridiction administrative, créatrice du droit administratif français, n'a jamais vraiment ignoré la théorie générale des contrats. Or cette théorie appartient au droit civil. Suivant ces deux auteurs, elle constitue une base commune même au droit administratif et

³⁶⁷-Certes, comparées aux règles applicables au contrat civil français, les prérogatives de l'Administration dans un contrat administratif sont tout à fait extraordinaires. En matière civile, les dispositions de l'article 1134 du code civil conservent l'essentiel de leur vigueur. Ce texte est libellé comme suit: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. -Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. -Elles doivent être exécutées de bonne foi.». Se conformant à la lettre de ces dispositions légales, la Cour de Cassation française n'a pas, contrairement au Conseil d'État, admis l'imprévision. La décision de principe de cette haute et prestigieuse juridiction dans ce domaine, toujours valable aujourd'hui, est l'arrêt du 6 Mars 1876 rendu dans l'affaire du Canal de Craponne (*De Gallifet c. Commune de Pélissanne*) (D. 76. 1.193; S. 76.I.161; Henri Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 9e éd. par François Terré et Yves Lequette, Paris, Dalloz, 1991, p. 405. Il s'agissait dans cette affaire d'une demande de relèvement de la redevance payée pour l'entretien du canal de Craponne qui fournissait de l'eau d'arrosage. La redevance alors applicable dans cette dernière moitié du XIXe siècle avait été convenue dans deux contrats datant de trois siècles plus tôt (1560 et 1567). La Cour de Cassation a censuré l'arrêt par laquelle la Cour d'Appel d'Aix avait cru devoir reviser le montant de cette redevance pour tenir compte des circonstances nouvelles en jugeant que «[...] dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants; [...]». Il convient d'ailleurs de noter que cette position de la haute juridiction civile française contraste avec le droit positif de certains pays voisins et partenaires économiques importants de la France comme l'Algérie, la Grèce, l'Italie, les Pays-Bas, d'une part, qui admettent légalement l'imprévision dans le domaine civil et, d'autre part, l'Allemagne, la Grande-Bretagne et la Suisse dont les tribunaux civils font de même. Voir sur ce dernier point Laurent Aynès et Philippe Malaurie, *Cours de droit civil. Les obligations*, 2e éd., Paris, Cujas 1990, n° 616, p. 330. Sur les applications récentes de la jurisprudence Canal de Craponne voir Ibid., n° 617, p. 331. Encore faut-il remarquer que le principe de l'intangibilité du contrat civil a connu aussi des aménagements de sources contractuelles grâce à la pratique de stipulations spéciales telles que les «clauses d'échelle mobile» et la «clause de sauvegarde» (*hardship clause*), Ibid., n° 621, p. 334. Plus généralement, sur les modifications possibles du contrat civil ou commercial aujourd'hui, on peut voir R. Fabre, «Les clauses d'adaptation dans les contrats», *Rev. trim. dr. civ.* 1983, p. 1, M. Fontaine, «Les contrats internationaux à long terme», *Études Houin*, 1985, p. 263, Ph. Fouchard, «L'adaptation des contrats à la conjoncture économique», *Rev. de l'Arbitrage* (1979), 67, B. Oppéit, «L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de Hardship», 101 *J.D.I.* (1974), 794, Ph. Kahn, «Force majeure et contrats internationaux de longue durée», 102 *J.D.I.* (1975), 467.

l'accent mis dans la doctrine sur les prérogatives de puissance publique et l'«équation financière du contrat» ne doivent pas faire perdre de vue cette réalité³⁶⁸.

L'existence d'un contrat qualifié d'administratif en droit français ne signifie donc ni automatiquement, ni sans aucun prix le cas échéant, une liberté de comportement inconsidérée de l'autorité publique cocontractante. En somme, il paraît impossible, comme semble le proposer le Professeur Weil, d'obtenir d'une éventuelle introduction des solutions du droit français des contrats administratifs dans le régime international des contrats d'États, une quelconque prérogative particulière pour l'État cocontractant de nature à trahir les attentes nées du contrat pour son partenaire privé. D'un autre côté, nous devons noter que si la sentence *Texaco* a fait état d'un «droit international des contrats», elle n'en avait pas moins souligné que la théorie française des contrats administratifs «n'est pas accueillie par le droit international» et que la distinction entre contrats civils et contrats administratifs ne constitue pas un principe général du droit³⁶⁹.

³⁶⁸—«[...] il faut dire aussi, écrivent-ils, que le juge applique (dans les arrêts qui, souvent, ne sont pas publiés car on les considère, à tort, comme étant sans intérêt) la théorie des contrats aux contrats administratifs. Autrement dit, cette théorie générale constitue le droit commun des contrats administratifs, toutes les fois où il n'y est pas dérogé par les documents contractuels ou par les règles jurisprudentielles relatives à la continuité du service public», *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., tome II, Paris, L.G.D.J., 1984, n° 1370, p. 484.

³⁶⁹—104 *JDI* (1977), 350, 366, n° 57. Le Professeur Weil avait très mal apprécié cette prise de position de l'arbitre R.-J. Dupuy. À un symposium sur le droit des nationalisations tenu à l'Université Descartes en Décembre 1978 il avait notamment déclaré d'un ton critique: «[...] Prenez par exemple la sentence Dupuy, qui internationalise les contrats, mais qui considère pratiquement les contrats internationaux comme immuables, intangibles, qui considère comme n'ayant aucune valeur juridique l'ensemble du mouvement des Nations Unies: souveraineté permanente, nouvel ordre économique mondial et qui aboutit par conséquent à revenir à la théorie de l'absolue protection, de la sacro-sainteté du droit de propriété et des contrats...». Cet extrait avait été cité par Philippe Kahn, «Contrats d'État et nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982» [Aminoil], 109 *J.D.I.* (1982), 844, 854. La position prise vis-à-vis des contrats administratifs dans la sentence *Texaco* a été malgré tout réaffirmée dans la première sentence *Amco Asia* sur le fond (21 Novembre 1984). Les arbitres Berthold Goldman, Président, Isi Foighel et Edward W. Rubin y avaient en effet décidé à leur tour que «the French concepts of administrative unilateral acts or administrative Contracts and the French rules on these legal concepts are not practices or legal provisions common to all nations.», 24 *I.L.M.* 1022 (1985), à p. 1028). En tout état de cause, comme nous le verrons plus loin à la fin du dernier chapitre du présent ouvrage, le droit administratif peut certainement prêter certaines de ses méthodes et solutions au droit international notamment

En dehors de ces observations spécifiques que nous a inspirées la thèse du Professeur Weil, la théorie de l'«internationalisation» présente également, à notre avis, toutes variantes confondues, d'autres faiblesses que nous devons souligner.

2-Le caractère discriminatoire et l'inefficacité relative de l'«internationalisation»

Les tenants de l'internationalisation sont avant tout préoccupés du sort des projets d'investissement les plus importants. Ce faisant, ces auteurs laissent dans l'ombre les projets de taille modeste. D'un autre côté, l'internationalisation perd parfois toute son efficacité lorsque sa mise en œuvre relève d'un arbitrage commercial ordinaire.

2.1-«L'internationalisation» est une théorie discriminatoire

Il est ressorti des sentences *Texaco* et *Revere Copper* que la simple qualité d'accord de développement économique d'un contrat d'investissement implique automatiquement l'internationalité de la relation juridique concernée. Ainsi dans l'affaire *Revere Copper* les arbitres avaient, pour la détermination de la loi applicable, statué dans les termes suivants:

«In the majority view, the law of Jamaica is not the only law to be considered by this Tribunal. Although the Agreement was silent as to the applicable law, we accept Jamaican law for all ordinary purposes of the Agreement, but we do not consider that its applicability for some purposes precludes the application of principles of public international law which govern the responsibility of States for injuries to aliens. We regard these principles as particularly applicable where the question is, as here, whether actions taken by a government contrary to and damaging to the economic interests of aliens are in conflict with undertakings assurances given in good faith to such aliens as an inducement to their making the investments affected by the action.»

A traditional international law approach has been to leave questions of breach of contract to the municipal law governing the contract. [...] In recent years, however, a series of decisions by Arbitration Tribunals, applying the views of outstanding international jurists, has developed an exception to this narrow approach where contracts fall within a category known as long term economic development agreements. In such cases, the question of breach is not left to the determination of municipal courts applying municipal law. The reason for this is that such contracts, while not made between governments and therefore wholly international, are basically international that way they are

dans le domaine du contentieux international des investissements.

*entered into as part of a contemporary international process of economic development, particularly in the less developed countries [...].*³⁷⁰

Si la protection de l'investissement étranger constitue véritablement l'objectif de cette approche du problème elle n'a pas su, à nos yeux, aller aussi loin qu'elle le devrait. Son plus grave défaut réside dans ce qui fait son originalité et son grand intérêt, c'est-à-dire dans ce qu'elle répute internationalisée, en l'absence de toute clause de *professio juris*, les contrats de développement économique de longue durée. En statuant de la sorte, la sentence **Revere Copper**, comme d'ailleurs avant elle la sentence **Texaco**, méprise le sort des investissements non conventionnés ou les contrats d'investissement non qualifiables d'accord de développement économique. Doit-on alors retenir que, suivant l'importance des intérêts considérés, le droit est susceptible de demi-mesure ou de gradation?

Naturellement, si une réponse positive à cette question devait être de pratique générale, on serait dans une situation difficilement tenable au regard du sentiment le plus élémentaire de justice. Cela n'aurait, en tout cas, d'autre effet que de compliquer un peu plus le problème de la protection des investissements en offrant des solutions différentes pour des problèmes foncièrement égaux en droit. La cristallisation d'une nécessaire règle générale ne serait probablement pas envisageable dans une pareille hypothèse.

En peu de mots, l'auto-limitation des arbitres de l'affaire **Revere Copper** nous paraît injustifiable en bon droit. Comme l'a écrit Leboulanger, sur la doctrine de l'internationalisation automatique des contrats qui impliquent des entreprises financièrement importantes, «il s'agit là d'un critère d'appréciation purement subjectif dont on ne saurait faire dépendre la qualification juridique d'un rapport de droit.»³⁷¹. Cela est d'autant plus vrai que, la lecture des lois internes de différents États du Tiers-Monde, démontre que les uns n'autorisent pas le recours à des

³⁷⁰-17 I.L.M. 1321 (1978).

³⁷¹-Leboulanger, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, op. cit. n° 234, § n° 383, p. 210.

contrats pour quelque projet d'investissement que ce soit et que, ceux qui autorisent ces contrats, ne les prévoient que pour certains rares types de situations bien définies.

Précisons ici, au passage, que c'est, en effet, le droit interne qui organise le recours éventuel à un contrat d'État dans le cadre d'un projet d'investissement, en décidant, à la fois, du principe et des autorités constitutionnellement compétentes pour engager l'État. Le droit international n'est concerné par ce type de contrat qu'après sa conclusion³⁷². Pour savoir, si un État accepte de se lier par des contrats d'États ou non, il importe de consulter sa législation interne pertinente. Il ne s'agit pas, bien sûr, d'établir ici une statistique des contrats d'État. Une telle statistique serait même incomplète, puisque ces contrats ne sont systématiquement publiés nulle part. À ce titre, il faut noter que la compilation de P. Fischer et W. Waelde³⁷³ ne comprend que quelques uns de ces contrats.

En tout état de cause, la lecture législative que nous évoquons, permet de se rendre compte que, tous les États n'autorisent pas la technique juridique du contrat en matière d'investissement étranger. En outre, même là où elle est prévue et organisée par la loi, elle ne s'adresse qu'à des projets d'un nombre très réduit. Les régimes les plus couramment proposés, et les plus accessibles, à la plupart des investisseurs étrangers sont des régimes administratifs. Il en est ainsi que ce soit pour un investissement en zone franche (c'est-à-dire réalisé en vue d'une production destinée à l'exportation) ou pour un investissement ordinaire. Dans ces régimes administratifs, «étant la source de son propre droit», l'État d'accueil conserve toujours le pouvoir de le modifier ou de «déroger aux règles qu'il a lui-même posées»³⁷⁴

³⁷²-Prosper Weil, «Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français: le droit international des contrats», 23 *Études et documents du Conseil d'État* (1970), 25.

³⁷³-A Collection of International Concessions and Related Investments. Contemporary Series, New York, Oceana, 7 volumes, 1981-1988.

³⁷⁴-Mohammed Abdelwahab Bekhechi, «Droit international et investissement international: quelques réflexions sur les développements récents», dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 109-124, p. 119.

On rappellera, dans cet ordre d'idée que, jusqu'à une date récente, les États latino-américains sont restés, pour la plupart, peu enclins à prendre des engagements, susceptibles de conférer le moindre statut juridique international à un partenaire privé³⁷⁵. Par ailleurs, en Inde, l'*Industries (Development and Regulation) Act 1951*³⁷⁶ ne prévoit que la procédure de licence industrielle pour l'investissement international. Au Ghana, en Afrique, en dehors du domaine pétrolier, le Code des investissements de 1985 n'offre qu'une procédure administrative à l'investisseur étranger. Pour l'exploitation pétrolière, les sociétés étrangères doivent conclure avec la *Ghana National Petroleum Corporation*, un organe administratif du gouvernement, un accord pétrolier en vertu de la *Loi n° 64 de 1983*³⁷⁷. Pour le Nigéria, il ressort d'une série de lois, que l'installation d'un investisseur étranger relève, dans tous les cas envisagés, d'un régime administratif³⁷⁸. En Afrique francophone, les États ne prévoyaient de se lier par contrat, ou

³⁷⁵-Voir, entre autres, Carreau, Flory et Juillard, *Droit international économique*, op. cit. note n° 7, pp. 622, 623 et 651, §§ n° 1057, 1058 et 1094; Nguyen, Daillier et Pellet, *Droit international public*, 3e édition, Paris, LGDJ, 1987, p. 628, n° 450; F.V. García-Amador, Louis B. Sohn et R.R. Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications, Inc./ Leiden, A.W. Sijthoff, 1974, p. 361. Pour des études plus spécifiques et plus récentes, sur l'évolution historique de la position des pays latino-américains et caribéens dans ce domaine voir, notamment, Anselm Francis, «Foreign Investment and International Law: A Caribbean Perspective», 71 *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques*, 37 (1993); E. Paus, «Direct Foreign Investment and Economic Development in Latin America: Perspectives for the Future», 21 *Journal of Latin American Studies* 221 (1989).; Mark B. Baker et Mark D. Holmes, «An Analysis of Latin American Foreign Investment Law: Proposals for Striking a Balance Between Foreign Investment and Political Stability», 23 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, 1991, pp. 1-38, spécialement aux pp. 20 et s.; Juan Francisco Torres Landa R., «The Changing Times: Foreign Investment in Mexico», 23 *N.Y.U.J.I.L.P.* (1991), 801, 812 et s.; Nicole Lacasse, «La réglementation de l'investissement étranger au Mexique: changements et tendances», C.C.I.L. *Proceedings/ C.C.D.I.*, Travaux 1991, 99-119, 99 et 100; Philippe Szymczak, «International Trade and Investment Liberalization: Mexico's Experience and Prospects», dans Claudio Loser and Eliot Kalter (Edited by), *Mexico: The Strategy to Achieve Sustained Economic Growth*, Washington, IMF, Occasional Paper n° 99, 1992, pp 27-36, à p. 30. Voir aussi, *Législation et réglementations nationales concernant les sociétés transnationales*, Volume II, New York Nations Unies, 1983, p. 405.

³⁷⁶-Ibid., 70.

³⁷⁷-Ibid., p. 27.

³⁷⁸-Ces lois sont, notamment, *The Companies Decree, 1968* (Decree N° 61 du 16 Octobre 1968, dans *Federal Republic of Nigeria, The Decrees and Subsidiary Legislation, 1968*: A191 et s.) et l'ordonnance modificative de 1973 (*Companies, Special Provisions Decree 1973, n° 19 of 13th April 1973, I.L.W.*, vol. VI, Nigeria, pp. 61 à 63.), et le *Nigerian Enterprises Promotion Decree 1977* (Decree n° 3, 12th January 1977) confirmé en 1989 (*Sections 4-7, I.L.W.*, vol. VI,

«convention d'établissement», à un investisseur étranger que pour des investissements qu'ils estimaient importants, c'est-à-dire les «gros investissements étrangers»³⁷⁹. Mais il faut noter que, l'examen de plusieurs des codes d'investissement de ce groupe de pays, édictés à partir des années 1980, observent désormais un silence sur le régime de la «convention d'établissement»³⁸⁰.

Il ressort de ce rapide examen de l'état de différents droits internes des pays en développement, que le régime des contrats d'État n'est pas largement ouvert à l'ensemble des investissements étrangers. Par conséquent, en se fondant sur ces contrats, l'«internationalisation» est effectivement discriminatoire.

Par ailleurs, en plus de ce caractère discriminatoire, l'«internationalisation» a aussi révélé de singulières insuffisances lorsqu'elle emprunte les moyens de sa mise en œuvre à l'arbitrage *ad hoc* ou à l'arbitrage commercial ordinaire³⁸¹.

Nigeria, pp. 39 à 55; voir également l'étude de Fiona C. Beveridge, «*Taking Control of Foreign Investment: A Case Study of Indigenisation in Nigeria*», 40 *I.C.L.Q.* (1991), 302.

³⁷⁹-Philippe Kahn, «Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française», 91 *J.D.I.* (1965), 338, 357; Michel Paillère, «Le contrat d'investissement dans les pays en voie de développement», communication au colloque de Paris sur *Les investissements et le développement économique des pays du Tiers-Monde*, Paris, Pedone, 1968, pp. 118-147, pp. 126 et s.; J. Loyrette, «Les codes d'investissements», *Penant* (1963), 139; Dominique Rosenberg, «Les Codes des investissements: un exemple de souveraineté dans un ordre économique inégalitaire?», 32 *R.J.P.I.C.* (1978), 930.

³⁸⁰-C'est le cas du code du Sénégal de 1987 (*Loi n° 87-25 du 18 Août 1987 portant Code des investissements*, *I.L.W.*, Vol. VII, Republic of Senegal.). Il en est de même du code du Bénin de 1990 (*Loi n° 90-002 du 9 Mai 1990 portant Code des Investissements*). Aux cas du Sénégal et du Bénin, on peut ajouter ceux du Burkina Faso (Ex-Haute-Volta, *Ordonnance n° 84/051/PRES/CNR du 7 Août 1987 portant Code des Investissements en République de Haute-Volta*, *I.L.W.*, vol. I, Burkina Faso), de la Guinée (*Ordonnance n° 001/PRG/87 du 3 janvier 1987 portant Code des investissements*, *I.L.W.*, vol. III, Guinea), du Centrafrique (*Loi n° 88-004 du 9 Mai 1988 portant Code des investissements en République centrafricaine*, *I.L.W.*, vol. II, Central African Republic) et de Madagascar (*Loi n° 89-026 relative au Code des investissements*, *I.L.W.*, vol. V, Madagascar) pour leur mutisme sur le régime conventionnel.

³⁸¹-Voir la définition de ces différents types d'arbitrage *supra*, p. 84.

2.2-L'efficacité limitée de l'internationalisation avec les arbitrages commercial ordinaire et ad hoc

Les entreprises bénéficiaires de la protection discriminatoire proposée par la théorie de l'internationalisation, ne sont pas pour autant toujours assurées de la solidité de cette garantie. Il est ressorti de l'affaire **Southern Pacific Properties (S.P.P.) (Middle East) Ltd., Southern Pacific Properties (S.P.P.) Limited and The Arab Republic of Egypt and the Egyptian General Company For Tourism and Hotels (EGOTH)** (affaire S.P.P. ci-après)³⁸² que, avec l'arbitrage commercial ordinaire, l'application de cette théorie est loin de toujours constituer un obstacle au plein exercice de la souveraineté de l'État défendeur, qu'on a entendu limiter.

Dans cette affaire, un projet d'aménagement de centres touristiques à proximité des pyramides de Guizeh avait été convenu entre S.P.P. et l'établissement public égyptien EGOTH dans un accord de base (*Head of Agreement*) du 23 Septembre 1974 et un contrat complémentaire (*Supplemental agreement*) du 12 Décembre 1974 portant création de l'*Egyptian Tourist Development Company* (ETDC). Cette dernière société était contrôlée à raison de 60 % de son capital par la S.P.P. et avait pour objet la réalisation effective du projet. Le Ministre égyptien chargé du tourisme était, en qualité de représentant de son Gouvernement, partie à l'accord de base et avait aussi approuvé l'accord supplémentaire qui contenait une clause d'arbitrage C.C.I. La signature du ministre sur ce dernier contrat avait été précédée de la mention «*approved, agreed and ratified*».

Cédant à une opposition manifestée au sein du Parlement égyptien et renforcée par une campagne d'opinion internationale qui invoquait la menace représentée par la réalisation du projet pour l'intégrité du site des pyramides, le gouvernement égyptien en avait unilatéralement décidé la terminaison prématurée. S.P.P. forma alors, devant la Cour d'arbitrage de la C.C.I., une demande de dédommagement pour rupture de contrats contre EGOTH et l'État égyptien. Le tribunal arbitral constitué pour évoquer l'affaire mit EGOTH hors de cause, rejeta l'exception

³⁸²-Sentence C.C.I. n° 3493 du 16 Février 1983, 22 *I.L.M.* 752 (1983) et arrêt d'annulation du 12 Juillet 1984, Cour d'Appel de Paris, 1ère Chambre Supplémentaire, 112 *J.D.I.* (1985), 129, note Berthold Goldman, 23 *I.L.M.* 1048 (1984).

d'incompétence soulevée par l'État égyptien et condamna ce dernier à payer à S.P.P. une indemnité réparatrice.

L'État égyptien appela de cette sentence devant la Cour d'Appel de Paris. Cette juridiction française lui donna raison en jugeant qu'il n'était pas lié par la clause compromissoire en vertu de laquelle l'instance arbitrale avait été organisée. Elle annula en conséquence la sentence³⁸³. Pourtant, le moins que l'on puisse dire à notre avis est que, dans cette cause, l'État était bel et bien engagé. Il était en effet directement partie au contrat de base et avait approuvé le contrat complémentaire. Dans ces conditions le sort fait à la sentence C.C.I. du 16 Février 1983 par la Cour d'appel de Paris, démontre de façon claire et nette l'internationalisation imparfaite de l'arbitrage commercial ordinaire. Cela signifie concrètement que la poursuite des États devant une instance comparable est, en définitive, potentiellement vaine et prive du moindre effet internationalisateur réel l'accord de développement économique. Le droit interne maintient cet arbitrage dans ses rets quant au sort de la décision qui en résulte.³⁸⁴

En fait, la confiance que devait inspirer un contrat d'État quant à l'efficacité du recours arbitral convenu par les parties contractantes peut se réduire, dans bien des cas, en peau de chagrin et retrouver les bornes étroites délimitées par Philippe Leboulanger comme suit:

³⁸³-Sur les faits voir Patrice Rambaud, «L'affaire des «pyramides»», 31 A.F.D.I. (1985), 508, 509; sentence du 16 Février 1983, 22 ILM 756 et s. (1983), n°14 et s.; arrêt du 12 Juillet 1984, 112 J.D.I. (1985), 131.

³⁸⁴-Se fondant sur la jurisprudence de la C.P.J.I. dans l'affaire des emprunts serbes, Louis Delbez n'écrivait-il pas déjà, dans ce sens, que «ne sont certainement pas des différends internationaux les différends opposant un État et un particulier». Pour illustrer son propos cet auteur avait ajouté: «Par exemple, un différend entre un État et un étranger qui a passé avec cet État un marché de fournitures ou un contrat de concession ou encore qui a souscrit à un emprunt émis par cet État relève de tel ou tel droit national, souvent du droit de l'État intéressé.», *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, LGDJ, 1962, (Bibliothèque de droit international, tome XIX), p. 58. En dépit des apparences contraires, on en est malheureusement encore là en droit international pour bien de situations notamment en matière d'investissement. Voir aussi Mario Amadio, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965*, op. cit. note n° 26, p. 216, note n° 17.

- «1) Seul l'État-partie peut être attrait dans une procédure arbitrale, lorsqu'il est expressément et de façon non équivoque intervenu en cette qualité (à condition naturellement qu'il existe une clause compromissoire dans le contrat litigieux).
- 2) L'État tuteur ne peut faire l'objet que des recours de droit interne public.
- 3) Lorsqu'il y a ambiguïté quant à la qualité en laquelle l'État intervient à un contrat d'investissement international, il convient de consulter le droit national de l'État, et de s'en tenir à des indices juridiques sûrs, et non pas à la recherche, plus ou moins divinatoire, d'indices «psychologiques» qui pourraient permettre d'interpréter la volonté de l'État.
- 4) Lorsqu'un organisme public ou une entreprise publique intervient au contrat, l'État doit être présumé agir en qualité d'autorité de tutelle, sauf clause contraire explicite, et non en qualité de partie.»³⁸⁵

Dans un pareil corset, on est logiquement réduit à ce paradoxe que «les juridictions étatiques que les parties voulaient précisément écarter se trouvent saisies et jugent à nouveau, notamment dans le cadre du recours en annulation.»³⁸⁶ L'internationalisation peut donc, parfois, receler de grave surprise pour l'investisseur étranger, lorsque son sort repose, sur l'arbitrage commercial ordinaire. Bien évidemment s'il était recouru à l'arbitrage C.I.R.D.I., ce qui a finalement été le cas dans l'affaire S.P.P.³⁸⁷, cette mésaventure ne serait pas survenue pour s.p.p.³⁸⁸. Mais l'internationalisation ne signifie pas invariablement recours au C.I.R.D.I. comme le démontrent, s'il en était besoin, les arbitrages Texaco, Revere Copper et S.P.P..

Par ailleurs, l'arbitrage *ad hoc*³⁸⁹ n'offre pas plus de garanties comme l'enseigne le sort peu enviable de la sentence du 2 Juillet 1956 rendue par défaut contre la Yougoslavie, par les arbitres Georges Ripert et André Panchaud, dans l'affaire Société Européenne d'Études et

³⁸⁵—«État, politique et arbitrage. L'affaire du Plateau des Pyramides», *Revue de l'Arbitrage* (1986), 3, 21, n° 34.

³⁸⁶—*Ibid.*, p. 28, n° 46.

³⁸⁷—Une sentence a été rendue dans l'affaire par un tribunal C.I.R.D.I. composé de Eduardo Jimenez de Arechaga, Mohammed Amin El Mahdi et Robert F. Petrowski le 20 Mai 1992, 32 *ILM* 933 (1993). À l'instar de la sentence C.C.I. annulée par la justice française, cette sentence C.I.R.D.I. avait prononcé la condamnation de l'État Égyptien. Celui-ci en avait sollicité l'annulation. Mais avant l'aboutissement de ce recours en annulation, les deux parties avaient convenu d'une transaction le 8 Janvier 1993, Emmanuel Gaillard «CIRDI. Chronique des sentences arbitrales», 120 *J.D.I.* (1993), 207 et 208.

³⁸⁸—Sur les avantages de l'arbitrage C.I.R.D.I., voir *infra* pp. 353 et s..

³⁸⁹—Voir définition *supra*, p. 84.

d'Entreprises (S.E.E.E.) c. Yugoslavia³⁹⁰. La Yougoslavie qui avait délibérément fait défaut à la procédure avait néanmoins obtenu, le 12 Juin 1957, du Tribunal cantonal du Canton de Vaud en Suisse la décision que cette sentence n'en était effectivement pas une. Ce jugement avait été confirmé par le Tribunal fédéral suisse³⁹¹. Si dix ans plus tard la sentence en question avait reçu une certaine reconnaissance de la Cour suprême des Pays-Bas³⁹², elle n'a pas connu une considération égale en France comme le confirment, notamment, certains des motifs de l'arrêt de renvoi rendu en 1979 par la Cour d'Appel d'Orléans³⁹³.

Dans beaucoup de situations, des États ont entendu faire prévaloir leur pouvoir souverain sur leurs engagements contractuels. Ainsi, par exemple, certains États ont invoqué, à cette fin, l'incompétence de leurs représentants aux actes litigieux. D'autres ont soutenu l'impossibilité, d'ordre public, pour leurs entreprises publiques, qui par définition ne sont pas détentrices de la souveraineté, de promettre une stabilisation législative. Ces prétentions ont rarement prospéré devant les instances arbitrales³⁹⁴. Mais les sentences en cause auraient-elles sorti leur entier effet

³⁹⁰-86 J.D.I. (1959), 1074.

³⁹¹-Voir les faits et procédures de l'affaire in Delaume, *Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes (A Study in Conflict Avoidance)*, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, Inc., vol IV, Appendix III, Booklet D, (Looseleaf service), pp. 45 et 46.

³⁹²-Arrêt du 26 Octobre 1973, Ibid., 45; 14 I.L.M. 71 (1975).

³⁹³-Ibid., p. 85.

³⁹⁴-Pierre Mayer avait relevé, citant l'affaire *Losinger* (1934) (annulation législative d'une clause compromissoire régulièrement souscrite par la Yougoslavie), l'incertitude des clauses de stabilisation, «La neutralisation du pouvoir normatif de l'État dans les contrats d'État», 113 J.D.I. (1986), 7, § n° 4. De la même façon, dans l'affaire *Aboilard c. Gouvernement d'Haïti* (1905), le Gouvernement haïtien avait invoqué la non-autorisation par les autorités compétentes de la concession litigieuse qui avait pourtant été régulièrement conclue. Il fut néanmoins condamné pour l'inobservation de ses obligations envers le concessionnaire de bonne foi que les apparences n'engageaient pas à soupçonner l'irrégularité invoquée du contrat, Ibid., n° 60, p. 46. Mais la fragilité des engagements contractuels d'un État, dans certaines conditions, ressort bien d'une semblable prétention qui peut parfois rencontrer une oreille arbitrale ou judiciaire complaisante. Plus près de nous, les affaires qui avaient fait l'objet des sentences rendues dans les affaires C.C.I. n° 1939 (1971), 2521 (1976) (103 J.D.I. (1976), 997, observations Derains) et 3327 (1981) (109 J.D.I. (1982), p. 971, observations Derains; Leboulanger, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, op. cit. note n° 234, p. 264, n° 460) avaient aussi confronté à l'invocation de la nullité de clauses compromissoires en bonne et due forme,

si leur exécution étaient recherchées dans le territoire de ces États, c'est-à-dire sous l'autorité de leurs juges et de leurs lois? Il est permis d'en douter.

Ainsi, que la mise en œuvre de «internationalisation», appelle l'application du droit des gens ou les règles et usages du commerce international, elle ne s'adresse pas à l'ensemble des opérations d'investissement international. En outre, son efficacité n'est pas définitivement acquise dans le cas où, les conflits qui naissent entre les parties contractantes, est du ressort de l'arbitrage commercial ordinaire ou de l'arbitrage *ad hoc*. Enfin, du fait que cette théorie, fondée sur le contrat d'État, est discriminatoire, elle laisse entier le problème de la protection juridique des investissements étrangers sans contrat, sauf bien entendu les cas où ceux-ci peuvent bénéficier de la couverture d'un traité.

3-Le domaine de l'«internationalisation» est trop réduit

Toutes les propositions d'«internationalisation» contractuelle paraissent, à notre avis, complexes et pas toujours adéquates. Mais surtout, dans la mesure où elles ne visent que la sécurité des investissements constatés par un contrat d'État, et non l'investissement international dans son ensemble, elles ne font qu'entamer le problème qu'elles se proposent de régler.

Ainsi, même s'il demeure vrai que l'internationalisation a connu maintes applications dans les décisions arbitrales, elle est impuissante à régler, dans son ensemble, le problème de la protection de l'investissement international. La solution qu'elle propose ne présente, face à l'ampleur des difficultés, qu'une efficacité fort limitée. Cette insuffisance fondamentale de la théorie, a d'ailleurs été déjà soulignée dans la doctrine. D'après Pierre Mayer, dans la mesure où la personne privée n'est pas un sujet du droit international public, l'application des règles internationales aux relations qui l'impliquent ne procéderait que d'une construction spéculative. Si, malgré tout, ajoute cet auteur, on devrait les retenir elles n'auraient vocation à régir ces

conclues par des établissements publics, sur la base de règles d'ordre public internes. Les tribunaux arbitraux avaient rejeté ces prétentions.

relations que par analogie sur la base d'un choix exprès des parties³⁹⁵. En outre, toujours de l'avis de Mayer, la juridicité du droit transnational est contestable³⁹⁶. Il en avait conclu que «les rapports contractuels ou non, entre l'État et l'entreprise ne peuvent être soumis à aucun droit»³⁹⁷.

D'après Gillian M. White, tout contrat d'État génère trois séries d'obligations de portée internationale à la charge de l'État contractant. Il doit:

- 1-Comply with any relevant treaty undertakings made to, or for the benefit of, the national State of the private contracting party.
- 2-Refrain from discriminating unfairly between nationals and foreigners of different nationalities who may be parties to similar contracts with the State. Discrimination is used here to mean different treatment as a result of nationality.
- 3-Respect property rights lawfully acquired, by paying fair and adequate compensation to the private contracting party if it is necessary (i.e., in the public interest) to repudiate the contract»³⁹⁸

Est-il, véritablement, nécessaire d'être en présence d'un contrat d'État pour que, vis-à-vis d'un investisseur étranger, un État soit assujéti aux obligations internationales ainsi énumérées ? La réponse est évidemment non. Quant au principe de la non-discrimination, elle est d'émanation purement coutumière. Il en est de même pour l'obligation d'indemniser résultant d'une expropriation ou d'une nationalisation. Dès lors, la théorie de l'«internationalisation», ne nous dispense pas de rechercher ailleurs la solution des problèmes juridiques posés par

³⁹⁵-«La neutralisation du pouvoir normatif de l'État dans les contrats d'État», 113 *J.D.I.* (1986), 18 à 22, §§ n° 18 à 21.

³⁹⁶-Ibid., §§ n° 22 et 23, p. 22 et s..

³⁹⁷-Par contre, dans la thèse de Mayer, lorsque l'État s'engage en tant que souverain et non comme administration dans un rapport contractuel cela implique l'exclusion de l'application de son droit interne à ce rapport. «En s'engageant personnellement, l'État disqualifie sa législation comme *lex contractus*: elle ne présenterait pas l'hétéronomie qui caractérise le phénomène juridique». Lorsque le cocontractant est une émanation de l'État et que la situation contractuelle de l'entreprise étrangère ou l'exécution du contrat ont été compromises par l'exercice des pouvoirs souverains de l'État, notamment par l'intervention d'une loi défavorable, il faudrait qu'une faute soit relevée à la charge de l'État pour que sa responsabilité soit retenue. Ibid., pp. 13 et 77, §§ n° 11 et 101.

³⁹⁸-Gillian M. White, «Wealth Deprivation: Creditor and Contract Claims», in Richard B. Lillich (Ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, pp. 149-212, à p. 180.

l'investissement international. L'idéal eût été, de disposer dans ce domaine, d'une réglementation conventionnelle universelle. Mais nous n'en sommes pas encore là. En outre, malgré leur accroissement rapide les traités bilatéraux de protection, ne peuvent, à l'heure actuelle, pallier l'absence d'un instrument universel. Aussi bien, on doit, également essayer de rechercher l'apport du droit international général dans ce domaine, en ayant à l'esprit aussi bien l'intérêt de l'investisseur étranger que celui du pays d'accueil.

;

CONCLUSION À LA PREMIÈRE PARTIE

Le problème de la protection de l'investissement privé international à destination des pays du Tiers-Monde est, pour l'essentiel, étroitement lié à celui des relations tumultueuses qu'entretiennent ces pays avec les sociétés transnationales. Celles-ci sont, dans leur quasi-totalité, originaires des pays occidentaux. Compte tenu de la méfiance des pays du Tiers-Monde envers le droit international général, la solution idéale dans ce domaine serait l'avènement d'une réglementation conventionnelle universelle. Mais, en raison des divergences d'opinions, entre, notamment, les pays du Tiers-Monde et les pays occidentaux, tous les efforts entrepris pour conclure une telle convention sont, jusque-là, vains. Ainsi, depuis 1974, le Code de conduite des Nations Unies sur les sociétés transnationales demeure à l'état de projet. Les États s'en donc remis à la conclusion de traités bilatéraux de protection des investissements. La multiplication rapide de ces instruments internationaux fait espérer, à terme, la réalisation d'un consensus général sur le problème du régime juridique de l'investissement international. Malgré tout, ces traités bilatéraux sont encore loin de couvrir l'ensemble des investissements à destination du Tiers-Monde. Par ailleurs, ni les dispositions schématiques de la quatrième convention ACP/CEE, ni le domaine fort limité de l'ALÉNA ne sont ici d'un grand secours pour suppléer à la carence.

D'un autre côté, la théorie de l'«internationalisation» a franchi, depuis plusieurs décennies, le cap de la simple construction doctrinale. Elle a, dans ses différentes variantes, reçu la consécration de la jurisprudence arbitrale internationale et a, largement enrichi, le droit international des investissements, de l'apport des règles et techniques du droit du commerce international. Mais, en dépit de ce succès, on ne doit pas perdre de vue que son support est le contrat d'État. De ce fait, elle comporte, par définition, d'importantes insuffisances. Les tenants de cette théorie ne visent dans leur démarche que les projets d'investissement qui bénéficient de la couverture d'un tel contrat. Ce faisant, ils laissent pour compte les investissements non conventionnés. Au demeurant, même les contrats d'investissement internationalisés connaissent, parfois, un sort peu encourageant quand leurs litiges sont du ressort des instances arbitrales commerciales ordinaires ou *ad hoc*. Le contrôle des sentences par le juge interne peut aboutir à la consécration de la primauté de la souveraineté de l'État défendeur.

Ainsi, le droit international public conventionnel dans son état actuel, d'une part, et la théorie de l'«internationalisation», d'autre part, ne peuvent pas assurer aujourd'hui, la résolution des problèmes de protection concernant l'ensemble des investissements étrangers à destination du Tiers-Monde. Aussi bien, à l'heure actuelle, quelles que soient les réserves que l'on pourrait nourrir envers le droit international général, on devrait pouvoir y rechercher également les éléments d'un droit international, certain et équilibré, susceptible d'attirer des capitaux productifs à tous les États du Tiers-Monde qui le désirent.

DEUXIÈME PARTIE:
DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL ET PROBLÈME DE L'ÉLARGISSEMENT DES
RECOURS ARBITRAUX DANS LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS
ÉTRANGERS

INTRODUCTION A LA DEUXIÈME PARTIE

Le droit international conventionnel a l'avantage de fixer, de façon certaine et précise, les engagements des États avec leur consentement et, donc, en stricte conformité de leur souveraineté. Mais, en dépit de la multiplication très rapide des traités bilatéraux de protection des investissements, enregistrée au cours des dernières années, leur niveau de généralisation n'est pas encore suffisant pour couvrir l'ensemble des situations³⁹⁹. Quant à un éventuel traité multilatéral, de protection des investissements ou de réglementation des activités des sociétés transnationales, bien qu'il soit des plus souhaitables, il n'est certainement pas possible d'en espérer l'avènement à court terme⁴⁰⁰. Par ailleurs, les revendications d'un nouvel ordre économique international par les pays du Tiers-Monde, de même que le droit international du développement qui en est résulté, n'ont pas acquis une grande force positive en droit international des investissements. Il s'ensuit que, pour corriger l'incertitude juridique qui règne toujours dans ce domaine, on doit aussi solliciter, au besoin avec discernement et en tout cas comme supplétif du droit conventionnel, le droit international général. Car, cette incertitude n'est pas de nature à favoriser, pour de nombreux pays du Tiers-Monde, l'obtention des capitaux privés étrangers dont leur économie a besoin⁴⁰¹. Aujourd'hui, en effet, en dépit de la circonspection qu'un État du Tiers-Monde pourrait, et devrait même, observer à l'égard des activités des filiales de sociétés transnationales établies sur son territoire, il semble bien qu'il ne puisse pas se passer totalement d'elles dans une gestion optimale de son économie⁴⁰². En outre, malgré les réserves qu'il pourrait avoir quant à l'application, même partielle, du droit international général à ses relations avec celles-ci, il ne peut complètement faire échec à cette alternative, dans bien de situations litigieuses. Nous savons qu'à défaut, ou en cas d'insuffisance des traités, c'est-à-dire du droit consenti, les juges et arbitres internationaux font appel au droit

³⁹⁹-Voir supra, pp. 83 et s..

⁴⁰⁰-Voir supra, pp. 46 et s., 67 et s..

⁴⁰¹-Voir supra, pp. 42 et s..

⁴⁰²-Ibid..

international général⁴⁰³. Dès lors il s'agit, aujourd'hui, pour suppléer le droit conventionnel, de réexaminer ce droit et de rechercher comment en tirer le meilleur profit possible, à la fois dans l'intérêt des investisseurs étrangers et dans celui du pays d'accueil. Le droit international général est d'ailleurs constamment enrichi, de façon très encourageante dans certains cas, des apports des techniques et règles du droit du commerce international, grâce aux efforts de la doctrine et au développement de la jurisprudence arbitrale.

Nous allons donc évoquer successivement, dans un premier temps, le sort du nouvel ordre économique international et du droit international du développement, le contenu du droit international général et, en dépit de son orientation fondamentalement favorable à la protection de la propriété privée étrangère, les garanties qu'il peut néanmoins présenter pour les pays d'accueil d'investissement (TITRE I). Nous aborderons, ensuite, le problème de l'élargissement des recours arbitraux dans le domaine de la protection des investissements (TITRE II). Malgré l'évolution récente du contentieux international dans ce domaine il nous semble, en effet, possible de l'enrichir encore de la règle administrative de la décision préalable par le biais de la Convention C.I.R.D.I..

⁴⁰³-voir, notamment, *supra*, pp. 89-90.

TITRE I: NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL ET DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL

Les pays du Tiers-Monde ont voulu que soit instaurée, pour la protection de l'investissement international, la primauté du droit interne et que soit, ainsi, reconnue leur souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les activités économiques exploitées sous leur juridiction. Il s'agit-là d'un des points cardinaux du droit international du développement. Mais ce droit nouveau qui, en ce qui concerne le régime juridique de l'investissement international devait, entre autres, se traduire par l'avènement du code de conduite des Nations Unies sur les sociétés transnationales, n'a pas pleinement prospéré. Aussi bien, en attendant un développement suffisant du droit conventionnel dans ce domaine, on doit voir en quoi le droit international général peut contribuer à suppléer l'incertitude juridique encore éprouvée dans le domaine de la protection des investissements. Nous évoquerons donc ici les vicissitudes du droit international du développement et l'état du droit international en matière de protection des investissements étrangers.

CHAPITRE I: LES VICISSITUDES DU NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL ET DU DROIT INTERNATIONAL DU DÉVELOPPEMENT

Dans le cadre des revendications pour un nouvel ordre économique international (N.O.É.I.), les investissements étrangers, notamment les investissements directs étrangers, devaient être soumis aux exigences du plein exercice de la souveraineté permanente de l'État d'accueil. Cependant, quel que soit le bien-fondé de ces revendications, ni la doctrine des pays exportateurs de capitaux, ni la jurisprudence arbitrale internationale ne les ont acceptées ou consacrées.

SECTION I: PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS ET SOUVERAINETÉ PERMANENTE SUR LES RESSOURCES NATURELLES ET LES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES

Le droit international du traitement et de la protection des investissements étrangers, tel qu'il devait ressortir du mouvement pour le Nouvel ordre économique international, était pour le règne de la souveraineté permanente de l'État d'accueil sur ses ressources naturelles et les activités économiques entreprises sur son territoire. Aux termes de l'article 2 de la *Charte des droits et devoirs économiques des États* le sort d'un investissement privé étranger dépend pleinement de la volonté politique des gouvernants de l'État d'accueil⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴-La célébrité de ce texte ne nous dispense certainement pas d'en rappeler ci-dessous les termes *in extenso*:

«1. Chaque État détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer.- 2. Chaque État a le droit: a) 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. Aucun État ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers; b) De réglementer et de surveiller les activités des sociétés transnationales dans les limites de sa juridiction nationale et de prendre des mesures pour veiller à ce que ces activités se conforment à ses lois, règles et règlements et soient conformes à ses politiques économique et sociale. Les sociétés transnationales n'interviendront pas dans les affaires intérieures d'un État hôte. Chaque État devrait, compte tenu de ses droits souverains, coopérer avec les autres États dans l'exercice du droit énoncé au présent alinéa; c) 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 de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. Dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'État qui prend des mesures de

Comme cela a été largement souligné dans maintes études et décisions, l'insistance de ce texte sur la prédominance du droit interne marque une rupture avec les dispositions, plus pondérées et internationalisantes, de la *Résolution 1803 (xvii) du 14 Décembre 1962 (Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles)*. Ce texte avait prévu en son point I.4 que:

«La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'État qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, les voies de recours nationales de l'État qui prend lesdites mesures devront être épuisées. Toutefois, sur accord des États souverains et autres parties intéressées, le différend devrait être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international.»⁴⁰⁵

Entre ces deux résolutions on peut noter, entre autres, la *Résolution 2158 (xxi) du 25 Novembre 1966* également relative à la «*Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*». Aux termes du point 1 de ce texte l'Assemblée Générale des Nations Unies:

«Réaffirme le droit inaliénable de tous les pays d'exercer leur souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles dans l'intérêt de leur développement national, conformément à l'esprit et aux principes de la Charte des Nations Unies et tel qu'il est reconnu dans la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée Générale.»⁴⁰⁶

En faisant proclamer dans ces textes la souveraineté permanente sur les ressources naturelles auxquelles seront ajoutées, en 1974, les activités économiques, le but visé par les États du Tiers-Monde était de renforcer le contrôle des pouvoirs publics des pays concernés sur les intérêts

nationalisation et par les tribunaux de cet État, à moins que tous les États intéressés ne conviennent librement de rechercher d'autres moyens pacifiques sur la base de l'égalité souveraine des États et conformément au principe du libre choix des moyens», *Résolution n° 3281 (XXIX) du 12 Décembre 1974 (Charte des droits et devoirs économiques des États)*, Doc. off. A.G., 29e session, supp. n° 31, p. 5, Doc. N.U. A/9631 (1976); Jacques-Yvan Morin, Francis Rigaldies et Daniel Turp, *Droit international public- Notes et documents, Tome 1: Documents d'intérêt général*, op. cit. note n° 141, p. 526.

⁴⁰⁵-Doc. off. A.G., 17e session, supp. n° 9, p. 17, Doc. N.U. A/5209 (1962), Ibid., p. 511.

⁴⁰⁶-Voir, Dirk U. Stikker, *Le rôle de l'entreprise privée dans les investissements et la promotion des exportations dans les pays en voie de développement*, New York, Nations Unies/ C.N.U.C.E.D., Genève, 1968, p. 109.

étrangers c'est-à-dire, essentiellement, les investissements directs⁴⁰⁷. À cet effet, le traitement et la protection des investissements comme leur admission devraient être du seul ressort du droit interne. Autrement dit, si une nationalisation ou une expropriation intervenait, elle ne pourrait donner lieu, à la discrétion de l'État d'accueil, qu'à une indemnisation partielle ou s'opérer sans aucune indemnisation.

Ainsi, invité à traiter du thème de la «*Nationalisation, indemnisation et développement*» à un colloque tenu à Alger en Octobre 1976 sur le thème *Droit international et développement*, un auteur du nom de Kamitatu-Massamba-Kalamba a pu déclarer: «[...] La formulation réaliste et symétrique du thème qui nous est proposé, est nationalisation, non-indemnisation-développement». À ses yeux «il n'y a pas développement si les ressources conquises par la nationalisation, sont gaspillées à l'indemnisation et au transfert extérieur» au lieu de servir «à assurer le bien-être des populations concernées.»⁴⁰⁸. D'autres partisans de la doctrine de la souveraineté permanente penchent pour une indemnisation partielle, étant bien entendu que la mise en œuvre de la théorie des «bénéfices excessifs» ou «exorbitants», comme dans le cas de la nationalisation du cuivre chilien au début des années 1970, pourrait, en tout état de cause, révéler une dette de l'entreprise nationalisée envers l'État nationalisant⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷-Nguyen Quoc Dinh, Daillier et Pellet, *Droit international public*, op. cit. note n° 375, p. 427, n° 310.

⁴⁰⁸-Citée par Patricia Buirette-Maurau, *La participation du Tiers-Monde à l'élaboration du droit international-Essai de qualification*, Préface de C.A. Colliard et Avant-propos de R.J. Dupuy, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit international Tome XC, 1983, p. 105.

⁴⁰⁹-Ibid., p. 109-110; Charles Rousseau, *Chronique des faits internationaux*, 77 *R.G.D.I.P.* (1973), 501; A. Boye, «Problèmes actuels posés par l'indemnité de nationalisation», *Annuaire du Tiers-Monde* (1975), p. 32; C. Impériali, «Les bénéfices excessifs, une pratique limitée et controversée», 28 *A.F.D.I.* (1982), 676; L. Kopelmanas, «La protection des investissements privés à l'étranger», 1 *D.P.C.I.* (1975), 7. Sur l'ensemble de la question, dans une optique favorable à l'émergence d'un N.O.É.I., voir Dominique Rosenberg, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Préface de Jean-Pierre Colin et Avant-propos de Mohammed Bedjaoui, Paris, L.G.D.J., 1983; cet auteur traite du problème de l'indemnisation aux pages 356 à 371.

Suivant l'opinion de plusieurs juristes du Tiers-Monde, les dispositions de la Charte des droits et devoirs économiques des États (C.D.D.É.É.) mettent à néant toutes les solutions proposées et pratiquées jusqu'alors dans ce domaine du droit international. On a même dit que «le principe de souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles est devenu une norme exécutoire du droit international public»⁴¹⁰. Pour certains des auteurs concernés, ni les traités ni les contrats ne pourraient avoir le moindre effet contraire aux termes de la C.D.D.É.É.. Ainsi, d'après le ghanéen Samuel K.B. Asante, par exemple, les faits démontreraient l'ineffectivité des traités bilatéraux de protection des investissements qui seraient loin de traduire l'*opinio juris* des pays en développement. La raison serait que ces pays se soumettent par contrainte et de mauvais gré à ces actes ou y seraient représentés par des fonctionnaires non qualifiés pour engager les États concernés au plan international⁴¹¹. Asante ne reconnaît, *a fortiori*, pas une grande force obligatoire aux contrats⁴¹².

Ce qui prime dans la conception de Asante est le pouvoir souverain de l'État d'accueil de l'investissement. Pour lui, toutes les tentatives des pays exportateurs de capitaux, pour obtenir

⁴¹⁰-Ibid., p. 373. Voir aussi T.O. Elias, *New Horizons in International Law*, Second Revised Edition by Francis M. Ssekandi, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 27, 201 à 249, spécialement à 249.

⁴¹¹-«Droit international et investissements», in Mohammed Bedjaoui, *Droit international- Bilan et perspectives*, Tome 2, Paris, Pédone/ Unesco, 1991, p. 721, n° 29.

⁴¹²-Ibid., pp. 723 et s., n° 32 et s.. On a effectivement connu des cas où des États avaient essayé de mettre en échec les conséquences de leurs engagements contractuels au motif d'un défaut de ratification. Ce fut le cas dans l'affaire CCI n° 3327 jugée en 1981 et qui opposait une entreprise française à un État africain. L'État y refusait d'honorer des paiements dus à l'entreprise dans le cadre d'un contrat. Il alléguait, principalement, devant le tribunal que l'acte était irrégulier dans sa forme pour n'avoir pas reçu la ratification prescrite par son droit interne ce qui le privait de tout effet obligatoire. S'agissant d'un accord qui n'est pas un traité international mais plutôt un engagement qui «relève du droit privé», le tribunal s'était fondé, entre autres, sur l'arrêt de la C.I.J. dans l'affaire Anglo-Iranian Oil Co et la sentence Aramco, pour rejeter cette prétention étatique.-109 *J.D.I.* (1981), 971, 972, Observations Yves Derains. Voir également la sentence Aboilard c. Gouvernement d'Haïti (1905) (le Gouvernement haïtien y avait vainement invoqué l'invalidité de la concession litigieuse pour sa non-autorisation par les autorités compétentes) ainsi que celles intervenues dans les affaires C.C.I. n° 1939 (1971), 2521 (1976) (103 *J.D.I.* (1976), 997, observations Derains); Leboulanger, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, op. cit. note n° 234, p. 264, § n° 460) (invocation par la partie étatique de la nullité de clauses compromissaires conclues par des Établissements publics, sur la base de règles d'ordre public internes).

des pays en développement, la protection des investissements partent de l'idée que les dirigeants des pays en développement sont imprévisibles, irresponsables et incapables par eux-mêmes d'assurer des conditions adéquates pour des entreprises étrangères opérant sous leur juridiction. Une telle situation est bien évidemment injurieuse et logiquement inadmissible. Cela d'autant que les investisseurs étrangers en question, des entreprises multinationales pour l'essentiel, ne sont pas sans reproche⁴¹³. En tout état de cause, d'après lui, la protection des investissements étrangers n'a pas à être recherchée au moyen d'engagements juridiques rigides pour le Gouvernement du pays d'accueil⁴¹⁴.

Pour résumer, on peut avancer que de l'avis de ce juriste du Tiers-Monde, les pays concernés ne peuvent pas accepter l'application du droit international à leurs relations avec les entreprises transnationales. Et, même si l'État avait pris des engagements contractuels, ou conclu des traités bilatéraux de protection des investissements, cela ne devrait rien enlever au plein exercice de sa souveraineté. Il a été d'ailleurs relevé que l'invocation simultanée, dans la C.D.D.É.É., du principe de l'indemnisation, en cas de nationalisation ou d'expropriation, et de la compétence du droit interne tendait en dernière analyse à enlever toute effectivité à l'application de ce principe⁴¹⁵.

Logique dans ses convictions, Asante n'avait pas hésité à tenter de faire valoir ses idées en soutenant, comme arbitre dissident, dans l'affaire *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v.*

⁴¹³-A.S.I.L. *Proceedings of the 79th Annual Meeting*, 1985, p. 390.

⁴¹⁴-«[...] Protection does not consist of devising ironclad legal instruments to impose restraints on host governments for violation of investors' interests, but a genuinely balanced international framework which not only assures adequate protection to foreign investors but also decent conduct by investors and their responsiveness to public interest. [...] No amount of legal guarantees, whether bilateral, multilateral or based on general international law, can contain or erase...the legitimate aspirations of these countries to increase their standards of living and to participate effectively in the world economic system.», Ibid., 390 et 391.

⁴¹⁵-Buirette-Maurau, *La participation du Tiers-Monde à l'élaboration du droit international-Essai de qualification*, op. cit. note n° 408, p. 107.

Republic of Sri Lanka⁴¹⁶ que le traité bilatéral de protection des investissements qui lie le Royaume-Uni et le Sri Lanka⁴¹⁷, avec application au territoire britannique de Hong Kong dont l'entreprise demanderesse à l'instance était originaire, ne pouvait trouver application dans l'espèce. Nous pouvons lire, en effet, dans son opinion dissidente que:

«[...] the claimants are not, and could not be, a party to the S.L./U.K. pact. Therefore, to invoke the provisions of this treaty as the applicable law, they would have to demonstrate either that the treaty itself authorized this course of action or that the parties to the dispute expressly agree to regard the provision of the Treaty as the applicable law.»

Notons que cette opinion était pour le moins singulière dans l'espèce puisque, d'une part, statuant dans le cadre du C.I.R.D.I., Asante ne pouvait, vu les dispositions de l'article 42 (1) de la *Convention*, faire régulièrement l'économie d'une application cumulative du droit interne et du droit international⁴¹⁸. D'autre part, le Sri Lanka avait fondé sa défense sur le traité en cause et, comme l'avaient relevé la majorité et Asante lui-même, par l'effet de l'article 157 de la *Constitution du Sri Lanka*, ce traité faisait partie du droit interne de ce pays⁴¹⁹.

Comparativement à Asante, Bedjaoui reconnaît plus d'autorité aux conventions encore que, de son propre aveu, son estime pour elles soit mesurée. Bedjaoui «est davantage séduit par la technique de la résolution de l'organisation internationale»⁴²⁰.

Jorge Castañeda, président du groupe de travail qui a élaboré la C.D.D.É.É. avait fourni quelques explications sur la position anti-internationaliste des pays du Tiers monde dans le domaine du

⁴¹⁶-Sentence C.I.R.D.I. du 27 Juin 1990, 30 *I.L.M.* 577 (1991).

⁴¹⁷-*Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern-Ireland and the Government of Sri Lanka for the Promotion and Protection of Investments*, conclu le 13 Février 1980, *Ibid.*, p. 581, n° 1.

⁴¹⁸-Voir sur ce point, Emmanuel Gaillard, «CIRDI, Chronique des sentences arbitrales», 119 *J.D.I.* (1992), 215, 229.

⁴¹⁹-*Ibid.*, pp. 630 à 632. Sur l'opinion de la majorité (Ahmed Sadek El-Kosheri (Égypte) et Berthold Goldman (France)) voir *ibid.*, pp. 586 à 588, n° 18 à 24.

⁴²⁰-*Pour un nouvel ordre économique international*, op. cit. note n° 3, pp. 140 à 142.

traitement et de la protection des investissements étrangers. Il avait écrit, dans ce sens, les lignes qui suivent:

«Les intérêts et la position du Tiers Monde se résistent et s'expriment dans le domaine du droit par un postulat fondamental: le droit international ne constitue pas la base de la souveraineté de l'État. La souveraineté, qui dans ce contexte s'identifie avec l'indépendance, possède un caractère immanent qui en quelque sorte est préalable au droit international. Celui-ci reconnaît et limite la souveraineté de l'État, mais ne constitue pas son fondement. Ceci explique la raison pour laquelle les 77 se sont opposés à l'évocation du droit international dans l'énonciation du principe de la souveraineté permanente sur les ressources. Ils craignaient de donner ainsi l'impression que l'exercice d'une telle souveraineté et de ses manifestations principales, comme le contrôle sur les investissements étrangers et sur les activités des entreprises transnationales, ainsi que la faculté de nationaliser, repose sur le droit international. En d'autres termes, ils ne voulaient pas créer l'impression que leur capacité d'agir dans ces domaines dépendait en une certaine manière d'une instance différente et supérieure à leur propre volonté souveraine.»⁴²¹

Plusieurs juristes ressortissants du Tiers-Monde, sont donc d'avis qu'il n'y a plus de droit coutumier effectif en particulier dans la matière du traitement et de la protection des investissements étrangers. Asante relevait, par exemple, que ce dont on doit être sûr aujourd'hui dans ce domaine est le vide juridique né de la contestation du Tiers-Monde⁴²². L'ancien droit coutumier «injuste» et «impérialiste» serait mort et, c'est seulement de la concrétisation des revendications d'un nouvel ordre économique international, qu'il faudrait attendre les normes nouvelles⁴²³.

⁴²¹- «La Charte des Droits et Devoirs Économiques des États. Note sur son processus d'élaboration», loc. cit. note n° 354, p. 54.

⁴²²- «S'il n'est pas possible, précise-t-il, d'affirmer catégoriquement qu'une doctrine nouvelle de la responsabilité des États bénéficie aujourd'hui d'un appui universel, il est tout aussi clair que la conception traditionnelle en la matière a perdu sa suprématie. La situation juridique internationale est aussi mouvante qu'incertaine, d'où la nécessité d'élaborer des normes nouvelles.», «Droit international et investissements», loc. cit. note n° 580, pp. 721 à 736, spécialement n° 29, 34 et 68.. Voir aussi du même auteur «*Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process*», 28 *I.C.L.Q.* (1979), pp. 401-423, notamment à p. 420.

⁴²³- À ce sujet voir aussi, entre autres, A.O. Adede, «*The Minimum Standards in a World of Disputes*» et Wang Tieya, «*The Third World and International Law*» dans l'ouvrage collectif édité R. St. J. Macdonald et Douglas M. Johnston sous le titre *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, respectivement aux pp. 1001 et 955; Adeoye Akinsola & Arthur Davies, «*Third World Quest for A New International Economic Order: An Overview*», 33 *I.C.L.Q.* (1984), 208, 213. Pour un point de vue plus récent, voir S.K. Chatterjee, «*The Charter of Economic Rights and Duties of States: An Evaluation After 15 Years*», 40 *I.C.L.Q.* (1991), 669. Celui-ci y proposait une révision de la C.D.D.É.É..

De son côté Patrick Robinson, de la Jamaïque, a écrit dans une étude relative au projet de Code de Conduite des Nations Unies sur les Sociétés Transnationales que

*«The reluctance of the developing countries to accept a reference to international law in the code is also due to the view held mostly by the Latin American countries that national law is the appropriate standard for the regulation of the treatment of transnational corporations by host countries.»*⁴²⁴

Ainsi, à côté des juristes du Tiers-Monde qui plaident pour l'avènement de normes nouvelles, il y a ceux qui revendiquent l'autorité exclusive du droit interne. Dans ce dernier groupe, l'uruguayen Eduardo Jiménez de Arechaga, ancien président de la C.I.J., estime que

*«Contemporary international law recognizes the right of every State to nationalize foreign property, even if a predecessor State or a previous government engaged itself by treaty or by contract, not to do so. This is the corollary of the principle of permanent sovereignty of a State over all its wealth, natural resources and economic activities, as proclaimed in successive General Assembly resolutions and particularly in Article 2, paragraph 1, of Chapter II of the Charter of Economic Rights and Duties of States. The description of this Sovereignty as permanent signifies that the territorial State can never lose its legal capacity to change the destination or the method of exploitation of those resources, whatever arrangements have been made for their exploitation and administration.»*⁴²⁵

Autrement dit, la stipulation, par exemple, d'une stabilisation du régime légal d'un investissement ne serait qu'une clause de style. Suivant cette doctrine, elle serait totalement impuissante à obvier à la volonté de l'État hôte de modifier unilatéralement les stipulations contractuelles. C'est ce moyen qu'adopta le Koweït dans l'affaire **Aminoil** (1982) pour se justifier d'avoir terminé unilatéralement la concession qu'il avait accordée à la compagnie Aminoil⁴²⁶. La réplique du tribunal arbitral a été aussi concise que ferme: «Cette prétention est dénuée de fondement.»⁴²⁷. Il est vrai, par ailleurs, que cette sentence a semblé épouser la

⁴²⁴-*The Question of a Reference to International Law in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, New York, United Nations, 1986, p. 12.

⁴²⁵-«*International in the Past Third of Century*», 159 R.C.A.D.I. (1978-I), 1-344, 297.

⁴²⁶-Il ressort en effet des énonciations de la sentence que le Koweït avait prétendu que «la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est devenue une règle impérative de *ius cogens*, empêchant les États 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.» (§ n° 90 de la sentence, 109 J.D.I. (1982), 893.

⁴²⁷-Ibid.

position des juristes du Tiers-Monde que nous venons de citer en affectant d'une double limitation la portée logique d'une clause de stabilisation. Les arbitres y avaient en effet jugé que

«Sans aucun doute, les limitations contractuelles du droit de l'État de nationaliser sont juridiquement possibles, mais cela impliquerait un engagement particulièrement grave qui devrait être *expressément stipulé* et qui devrait se conformer aux règles régissant la conclusion des contrats avec un État, et en règle générale, *elles ne devraient concerner qu'une période relativement limitée.*»⁴²⁸

Donc, lorsque la clause de stabilisation est formulée de façon très large comme ce fût le cas dans cette espèce où la nationalisation n'avait pas été expressément visée, son effet est quasi-nul.⁴²⁹ Mais, comme le révèlent un examen d'une autre partie de la doctrine internationaliste ainsi qu'une étude, plus exhaustive, de la pratique arbitrale internationale, il y a, en matière de protection des investissements, plutôt eu un échec de la souveraineté permanente, telle qu'elle est conçue dans le cadre du nouvel ordre économique international.

SECTION II: LA CRITIQUE DE LA SOUVERAINETÉ PERMANENTE DU N.O.É.I. DANS LA DOCTRINE

La souveraineté permanente du N.O.É.I. n'a pas été favorablement accueillie par la doctrine internationaliste développée dans les pays exportateurs de capitaux. Nous essayerons de présenter, dans un premier point, les arguments généralement avancée par cette doctrine dans le domaine de la protection des investissements. Dans un second lieu, nous essayerons de voir l'impact de la contestation des pays du Tiers-Monde sur l'état du droit international général.

⁴²⁸-Ibid., 894, n° 95. (Nous avons souligné).

⁴²⁹-Asante s'était d'ailleurs parfaitement satisfait de cette décision puisqu'il écrit que «dans l'affaire *Aminoil*, le tribunal a considéré qu'une limitation du droit souverain du Koweït à la nationalisation ne pouvait être inférée à la légère d'une clause de stabilisation, dès lors en particulier que la nationalisation ne comportait aucune mesure de confiscation», «Droit international et investissements», loc. cit. note n° 580, p. 727, n° 43.

1-Présentation des arguments de la critique

Après avoir passé par une «phase éruptive» de 1974 à 1981, les revendications d'un N.O.É.I. qui impliquent, entre autres, une souveraineté permanente particulièrement forte sur les ressources naturelles et les activités économiques, en sont arrivées aujourd'hui à un «temps de concertation molle et de désillusion»⁴³⁰. Ces revendications sont en effet fondées, pour l'essentiel, sur des Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies. C'est même-là, apparemment, un choix délibéré des pays en développement car, suivant Bedjaoui, «La résolution exerce sur les pays du tiers monde une séduction réelle par sa souplesse, sa rapidité et la sécurité que ces pays en tirent par leur maîtrise de cette technique grâce à leur nombre.»⁴³¹.

Or, et comme la doctrine des pays du Nord n'a pas manqué de le rappeler, les Résolutions sont, en principe, simplement recommandatoires c'est-à-dire non-obligatoires pour les États sauf lorsqu'elles portent sur le fonctionnement de l'Organisation⁴³². Lorsqu'elles ont été prises à l'unanimité ou à une très forte majorité, les Résolutions jouissent d'une certaine autorité

⁴³⁰-Alain Pellet, *Le droit international du développement*, op. cit. note n° 216, pp. 15 et s..

⁴³¹-Pour un nouvel ordre économique international, op. cit. note n° 3, p. 142.

⁴³²-Dans ce cas elles constituent des décisions, Claude Emmanuelli, *Droit international public, tome 1: les fondements, les sources, les États*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1990, n° 225, p.103.

morale⁴³³. En tout état de cause, une Résolution peut être très féconde de *lege ferenda*. Mais il ne s'agit là que d'une faculté⁴³⁴. Christian Häberli a résumé toutes ces idées de la façon suivante:

«Étant donné que la valeur de ces résolutions, sans même revêtir un aspect contraignant du point de vue légal, se trouve encore amenuisée de par l'opposition que leur ont réservée les pays industrialisés -principaux destinataires de ces décisions- nous ne pouvons les considérer comme un apport direct au droit des investissements, mais plutôt comme une manifestation d'intention et de volonté de la part de la scène internationale, avant tout des pays sous-développés.»⁴³⁵

⁴³³-En fait la majorité, même forte, n'est pas en tant que telle déterminante pour conférer à elle seule une autorité morale à une Résolution. René-Jean Dupuy a donné les explications suivantes sur ce point: «L'importance de la majorité n'est pas le seul élément à considérer. Elle doit être combinée avec les conditions de la procédure de vote et aussi le nombre et l'importance des États qui ont voté contre ou qui se sont abstenus. Il semble que l'on puisse proposer une classification en ordre dégressif, des résolutions: 1) Résolutions votées par appel nominal et à l'unanimité; 2) Résolutions votées par appel nominal à une majorité et comprenant des États représentatifs, spécialement, de ceux qui auront la charge de leur donner une application effective; 3) Les Résolutions votées à la majorité, mais avec, dans les votes contre, des États importants, ou avec de nombreuses abstentions. Dans ce dernier cas, on relèvera les résolutions de la première C.N.U.C.E.D., documents typiquement conflictuels et stratégiques qui mettent en place une opération en vue d'opérer, à la longue, un renversement des valeurs. 4) Les résolutions adoptées par consensus.- Cette méthode, on le sait, permet de laisser passer le texte, en l'absence d'un vote. L'autorité formelle de la résolution est moindre que celle d'un texte voté à l'unanimité ou par une majorité, comportant des États les plus intéressés et les plus importants; elle reste grande au point de vue moral et par le consensus, les États s'engagent peut-être beaucoup plus qu'ils n'ont l'intention de le faire réellement, car des situations objectives se trouvent créées.», «Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la «soft law», dans S.F.D.I., Colloque de Toulouse. L'élaboration du droit international public, Paris, Pedone, 1975, 132, 146. On reconnaît bien l'auteur de la sentence *Texaco* à travers ses lignes.

⁴³⁴-Antoine Favre, *Principes du droit des gens*, op. cit. note n° 502, p. 127.

⁴³⁵-*Les investissements étrangers en Afrique. Avec des études de cas portant sur l'Algérie et le Ghana*, Préface de Roy Preiswerk, Paris, L.G.D.J./Dakar, Abidjan, Nouvelles Éditions Africaines, 1979, p. 35. Voir aussi Guy Feuer, «Réflexions sur la Charte des droits et devoirs économiques des États», 79 R.G.D.I.P. (1975), 273, 276; Michel Virally, «À propos de la «lex ferenda»», dans *Mélanges Paul Reuter*, 1981, pp. 519-533, spécialement 527 et s.; Rosalyn Higgins, «The Role of Resolutions of International Organizations in the Process of Creating Norms in International System», dans William E. Butler (Ed.), *International and the International System*, Dordrecht/ Boston/ Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 21-30, à p. 28; G.I. Tunkin, «The Role of Resolutions of International Organisations in Creating Norms of International Law», Ibid., pp. 5-19, à pp. 10 et 17; Jorge Castañeda, «Valeur juridique des résolutions des Nations Unies, 129 R.C.A.D.I., (1970-I), 205-332, 320 et s.; Sentence *Texaco*, § n° 83. Pour un point de vue plutôt radical, voir Burns H. Weston qui a émis l'opinion suivante: «The apparent repudiation by Article 2 (2) (c) [de la Charte des droits et devoirs économiques des États] of the international principle of (appropriate) compensation should be recognized neither as lex lata nor as de lege ferenda. It can cannot be recognized as lex

Fondées sur de pareils instruments, les demandes du Tiers-Monde ne pouvaient aboutir qu'à un échec inévitable, «échec» attribuable et attribué, bien évidemment,

«à l'irréalisme de ceux qui ont cru renverser le rapport de forces existant [...] par la seule magie du verbe, par l'invocation d'une justice expiatoire à l'encontre des seules puissances ex-colonialistes responsables du sous-développement, par l'appel à une solidarité planétaire qui ne saurait exister dans un monde divisé en États souverains»⁴³⁶

Néanmoins on peut toujours se demander, comme cela a été fait, si les Résolutions relatives au N.O.É.I. et la C.D.D.É.É., n'ont pas enlevé à la coutume internationale son élément nécessaire de l'*opinio juris*.

2-Le destin de la Charte des droits et devoirs économiques des États (C.D.D.É.É.)

Il a été déduit du mouvement pour un N.O.É.I., la disparition de l'*opinio juris* nécessaire à la survivance de la coutume dans le domaine du traitement et de la protection des investissements étrangers. Qu'en est-il en réalité?

On doit d'abord rappeler qu'il n'est pas nécessaire pour un État de participer à l'élaboration d'une règle coutumière pour y être soumis. Comme l'avait décidé la C.I.J. dans l'affaire du Plateau continental de la mer du Nord (Danemark et Pays-Bas c. République Fédérale d'Allemagne):

lata because it was not expected to have binding legal effect, because a large segment of the international economic community opposed its adoption, and because it has not been confirmed in postadoption practice. Moreover, it should not be recognized as *de lege ferenda* because, on final analysis, it would (in large part) because of its failure to protect against arbitrary discrimination) and thereby inhibit the achievement of a world economy of human dignity.», «The New International Economic Order and the Deprivation of Foreign Proprietary Wealth: Some Reflections Upon the Contemporary International Law Debate», dans Richard B. Lillich (Ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, pp. 89-148, aux pp. 124 et 125).

⁴³⁶-Maurice Torrelli, «L'apport du nouvel ordre économique international», in S.F.D.I., *Colloque de Nice: les Nations Unies et le droit international économique*, Paris, Pedone, 1985, p. 54.

«il est en général caractéristique d'une obligation purement conventionnelle que la faculté d'y apporter des réserves unilatérales soit admise dans certaines limites; mais il ne saurait en être ainsi dans les cas de règles et d'obligations de droit général ou coutumier qui par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté à son propre avantage.»⁴³⁷

Or, at-on relevé, l'opposition des pays en développement aux règles coutumières était très vite devenue «molle»⁴³⁸ et est, en plus, régulièrement reniée dans leur pratique. C'est ce que révèle les traités bilatéraux de protection des investissements conclus entre pays du Nord et pays du Sud de même qu'entre pays du Sud. Suivant une étude de Verwey et Schrijver, ces actes intègrent certains éléments du droit coutumier contesté ou y renvoient, au moins implicitement, pour l'interprétation et le complément de certaines clauses⁴³⁹. Il y aurait là une pratique internationale notable en dépit des réserves qu'on a pu exprimer à son sujet⁴⁴⁰. Les revirements de politiques au Mexique et en Argentine que nous avons décrits plus haut semblent également confirmer la survivance de certaines règles du droit coutumier contesté. On notera aussi que dans l'affaire **Libyan Arab Foreign Investment Company (Lafico) c. République du Burundi**⁴⁴¹, l'entreprise publique libyenne et le Burundi avaient expressément sollicité l'application du droit international général⁴⁴².

⁴³⁷-Arrêt du 20 Février 1969, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, n° 63; Morin, Rigaldies et Turp, *Droit international public- Notes et documents*, Tome 1: *Documents d'intérêt général*, op. cit. note n° 141, pp. 741-773, à p. 756).

⁴³⁸-Alain Pellet, *Le droit international du développement*, op. cit., p. 15.

⁴³⁹-Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver, «The taking of foreign property under international Law: A New Legal Perspective?», XV *The Netherlands Yearbook of International Law* (1984), p. 75.

⁴⁴⁰-Ibid., p. 86.

⁴⁴¹-Sentence arbitrale du 4 Mars 1991, 23 *R.B.D.I.* (1990), pp. 517.

⁴⁴²-Le point 4 du compromis d'arbitrage convenu entre les deux pays avait prescrit au tribunal arbitral de rendre sa sentence «sur la base du droit burundais [...], ainsi que sur la base des règles et principes applicables dans les relations économiques internationaux et sur base des règles pertinentes du droit international», 23 *R.B.D.I.* (1990), 517, 521.

Rappelons que dans cette affaire, la Lafico est une société de droit public libyen créée par une loi du 4 février 1981. Par suite d'une cession de part elle devint, à partir de 1981 titulaire des droits d'actionnaire de l'État de Libye dans une entreprise publique interétatique libyo-burundaise de droit burundais dénommée *Holding Arabe Libyen burundais (HALB)*. Cette entreprise avait été créée six ans plus tôt, en Juillet 1975, en vertu d'un traité de coopération technique et économique conclu par les deux gouvernements à Tripoli le 19 Avril 1973. Le HALB était contrôlé pour 60% par l'État libyen dont la Lafico avait pris plus tard la succession, et pour 40 % par l'État burundais. Il ressort de la sentence que cette entreprise fonctionnait comme une société commerciale de capitaux à responsabilité limitée. «Il s'agit, disèrent les arbitres, [...] d'une de ces entreprises à la jonction entre le droit international public et le droit interne d'un État membre, chargées des fins les plus diverses que l'on a appelé des «établissements publics internationaux» et qui, de ce fait, échappe normalement aux rapports politiques et à leurs vicissitudes⁴⁴³. Le HALB avait créé deux filiales dont l'une dans l'agriculture, *Agriculture Burundi Arab Libyan (Agribal)*, et l'autre dans le commerce, *African Commercial Company (ACC)*. Il prit aussi des participations dans plusieurs autres sociétés opérant dans la minoterie, l'élevage, l'organisation et la gestion industrielle, l'hôtellerie et le tourisme, les assurances et des fonds de garantie. Des difficultés survinrent par la suite entre la Lafico et l'État du Burundi au sujet de la gestion des différentes entreprises entièrement ou principalement contrôlées par le HALB. Aux dires de la partie burundaise, ces entreprises avaient souffert d'une gestion désastreuse et accusaient, tous comptes confondus, un bilan lourdement négatif. Effectivement, l'Assemblée générale du HALB, tenue à Tripoli en Décembre 1988 avait été saisie de ce problème et avait, en réponse, élaboré un plan de renflouement des entreprises. On en était là quand, invoquant des motifs de sécurité d'État, le Burundi décida, le 5 Avril 1989, de rompre ses relations diplomatiques avec la Libye, d'expulser sous quarante-huit heures tous les ressortissants libyens séjournant sur son territoire et d'interdire l'entrée de tous ressortissants libyen sur son territoire. L'administrateur-gérant du HALB et le Directeur-Général de l'ACC, tous deux libyens, subirent l'application de cette décision. Ceci entraîna le blocage des activités communes en territoire burundais et l'impossibilité pour la partie libyenne de sauvegarder directement ses intérêts dans

⁴⁴³-Ibid., § n° 40 de la sentence.

ce pays. Toutes les tentatives de règlement amiable ayant échoué les parties s'en remirent au jugement d'un tribunal arbitral *ad hoc* composé de Jean Salmon (Belgique, Président), Amar Bentoumi (Algérie), Mamadou Santara (Mali). De l'avis du tribunal ainsi constitué «la rupture des relations diplomatiques n'affecte que les membres de la mission» et «est, comme telle, sans effet à l'égard des autres ressortissants de l'État avec lequel la rupture s'effectue.»⁴⁴⁴. Il avait en outre jugé qu'en réalité, par la mesure d'expulsion et d'interdiction de séjour des représentants de l'actionnaire majoritaire, «le but du Burundi était de mettre fin à l'activité de la HALB»⁴⁴⁵ au mépris des dispositions de l'article 15 (1) de l'accord du 3 Juillet 1975 portant création du HALB et qui étaient libellées comme suit:

«Les avoirs de la Société et ses biens ne peuvent faire l'objet de nationalisation, de confiscation, de séquestre ou toute autre mesure pouvant porter atteinte aux droits des actionnaires ni limiter la faculté de la Société à réaliser son objet»⁴⁴⁶.

Sur cette base le tribunal retint la responsabilité internationale de l'État du Burundi le condamna à réparer les préjudices causés à la partie libyenne.

On peut donc retenir de ces éléments, que la pratique connue à ce jour des pays en développement révèle une observation des normes coutumières classiques du droit international. Dans ces conditions il n'est probablement pas possible de soutenir, sans réserves, la fin ou l'incertitude de la coutume.

On peut donc avancer, qu'en dépit des dispositions de la Charte des droits et devoirs économiques des États sur la souveraineté permanente, le droit coutumier international général continue d'être observé sur bien des points en matière d'investissement. À tout le moins, le droit coutumier continue par nécessité de régir la conduite générale des États. Son élément matériel sert toujours de fondement aux règlements des litiges internationaux d'investissement. Comme l'a écrit Pierre-Marie Dupuy s'il est vrai que «l'expression de la volonté conditionne

⁴⁴⁴—§ n° 38 de la sentence.

⁴⁴⁵—§ n° 52 et 53 de la sentence.

⁴⁴⁶—§ n° 49 de la sentence.

certainement l'engagement étatique» il est tout aussi vrai que cet engagement «est bien souvent dicté par la conscience d'une nécessité sociale, réelle ou fabriquée»⁴⁴⁷. En outre, selon J.-Maurice Arbour, «c'est seulement si la pratique des États concorde avec le discours officiel et si cette pratique est perçue comme étant le résultat d'une obligation internationale qu'on pourra parler de coutume» nouvelle⁴⁴⁸.

Même en admettant, malgré tout, l'incertitude des normes coutumières applicables à la protection internationale des investissements, il n'y aurait pas pour autant un vide juridique. Des «accords tacites» viennent dans une situation semblable suppléer à la carence coutumière. Suivant Luigi Condorelli, en effet,

«Lorsqu'une règle de droit international général dans tel ou tel domaine ne peut être considérée comme existante (ou, ce qui est à peu près la même chose, ne saurait être considérée comme déjà née), il est inévitable alors que les différends y relatifs entre États soient réglés entre-temps par le biais de régimes spéciaux, basés sur l'acquiescement, sur l'acceptation et, plus en général, sur la pratique des États directement intéressés, c'est-à-dire (en dernière analyse) sur des accords tacites se dégageant justement de la pratique de ces mêmes États. [...] dans de pareils cas les accords tacites ne forment pas la coutume générale, mais rémédient à son absence (voire à son ambiguïté).»⁴⁴⁹

D'un autre côté, la «coexistence entre coutumes contradictoires se terminera éventuellement en faveur de celle qui saura s'imposer à la pratique unanime des États.»⁴⁵⁰. Du reste, l'*opinio juris* et l'élément matériel ne sont nullement constitutifs de la coutume. Leur présence n'en serait qu'un facteur révélateur⁴⁵¹.

⁴⁴⁷-«À propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l'«objecteur persistant», *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Virally*, Paris, Pedone 1991, pp. 257-272, à p. 271.

⁴⁴⁸-*Droit international public* 2e édition, Cowansville (Qc.), Les Éditions Yvon Blais, inc., p. 43. Voir aussi l'étude de jurisprudence présentée dans ce sens par l'auteur.

⁴⁴⁹-«La coutume», loc. cit. note n° 507, pp. 216 et 217, n° 80.

⁴⁵⁰-Claude Emmanuelli, *Droit international public, tome 1: les fondements, les sources, les États*, op. cit. note n° 601, p. 46. Voir aussi Jacques-Yvan Morin, «Droit et souveraineté à l'aube du XXI^e siècle», (1987) XXV C.Y.I.L./ Ann. Can. D.I., 47-114, spécialement 65 et s..

⁴⁵¹-Julio Barberis, «La coutume est-elle une source de droit international?», *Mélanges Michel Virally*, op. cit., pp. 43-52, p. 51. On peut rapprocher de cette opinion cette réflexion de Jean Charpentier: «Quant à

En tout état de cause, quelle que soit la portée des contestations des règles coutumières de protection des investissements par les pays du Tiers-Monde, on constate que, face aux difficultés éprouvées dans l'élaboration du Code de conduite des Nations Unies sur les entreprises transnationales⁴⁵², elles continuent de trouver application, en particulier dans la pratique arbitrale internationale.

SECTION III: LA SOUVERAINETÉ PERMANENTE DU N.O.É.I. ET L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

Nous devons distinguer ici entre l'arbitrage C.I.R.D.I., qui repose sur un traité multilatéral et dont le fonctionnement est parfaitement délocalisé, et l'arbitrage commercial ordinaire ou *ad hoc*, fondé sur la seule volonté des parties et dont la délocalisation est insuffisante.

1-La souveraineté permanente et l'arbitrage C.I.R.D.I.

L'invocation de la primauté du droit interne en matière de protection des investissements ne pouvaient pas prospérer dans le cadre de l'arbitrage C.I.R.D.I.. Les tribunaux formés sous l'égide de ce Centre font en effet automatiquement, faute par les parties d'avoir choisi la loi qui régit leur relation, une application concurrente du droit interne de l'État partie au différend et du droit international⁴⁵³. Le droit international ainsi visé ne peut essentiellement se déduire que de la coutume puisque le texte ne définit pas de règles de fond. Cela revient à dire que la question de l'inexistence ou de l'incertitude du droit international coutumier général n'est simplement pas

l'*opinio juris* -au sens, qu'elle acquiert à la fin du processus coutumier, de conviction du caractère obligatoire de la coutume, - elle doit, à notre avis, être imputée aux organes ayant qualité pour engager l'État, de sorte qu'il peut se produire une dissociation entre l'origine de la pratique et celle de l'*opinio juris*.», «Tendances de l'élaboration du droit international public coutumier», S.F.D.I., Colloque de Toulouse, op. cit. note n° 602, 105, 107.

⁴⁵²-voir supra, pp. 46 et s., 68.

⁴⁵³-voir l'article 42 (1) *in fine* de la Convention C.I.R.D.I..

envisageable dans ce cadre. Effectivement, maints tribunaux arbitraux C.I.R.D.I. n'ont pas manqué de s'appuyer sur les normes coutumières classiques dans leurs sentences.

Certaines de ces sentences C.I.R.D.I. ont interprété l'article 42 (1) de la *Convention C.I.R.D.I.* comme signifiant que le droit international n'a qu'un rôle de correction et de complémentarité du droit interne. Ainsi dans la décision du 16 Mai 1986 rendue par le premier Comité *ad hoc* qui a connu de l'affaire *AMCO Asia, Corp., Pan American Development Ltd. et P.T. AMCO (AMCO et autres) c. République d'Indonésie*⁴⁵⁴, nous pouvons lire l'opinion suivante:

*«It seems to the ad hoc Committee worth noting that Article 42 (1) of the Convention authorizes an ICSID tribunal to apply rules of international law only to fill up lacunae in the applicable domestic law and to ensure precedence to international law norms where the rules of the applicable domestic law are in collision with such norms.»*⁴⁵⁵

⁴⁵⁴-Rappelons que dans cette affaire un premier Tribunal composé de Berthold Goldman, Président, Isi Foighel et Edward W. Rubin avait rendu une sentence préliminaire sur la compétence le 25 septembre 1983 (23 *I.L.M.* 351 (1984), voir aussi des extraits de cette sentence en annexe à l'article d'Emmanuel Gaillard, «L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme un principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes)», *Revue de l'arbitrage* (1985), 241, 259 à 271). Ce même Tribunal avait ensuite rendu, sur le fond, une sentence datée du 21 Novembre 1984 où il retint la responsabilité de l'Indonésie et le condamna à réparer les dommages soufferts par Amco (24 *I.L.M.* 1022 (1985). Sur requête de la partie succombante, l'Indonésie, un Comité *ad hoc* constitué en vertu de l'article 52 de la *Convention C.I.R.D.I.* et composé de I. Seidl-Hohenveldern, Président, F. Feliciano et A. Giardina, avait, par une décision du 16 Mai 1986, annulé cette première sentence au fond pour inobservation des dispositions de la loi indonésienne relative aux investissements étrangers dans l'estimation des investissements effectués par AMCO (25 *I.L.M.* 1039 (1986), *Chronique Gaillard*, 114 *J.D.I.* (1987), 175 à 184, 1 *ICSID Review* 89 (1986), XII *YBCA* 1987, pp. 129-148). Une deuxième sentence avait été, plus tard, rendue sur le fond du litige par un tribunal composé de Rosalyn Higgins, Présidente, et Marc Lalonde et Per Magid. Cette dernière sentence avait également été frappée de recours. Le 17 Décembre 1992 un deuxième Comité *ad hoc* avait rendu une décision inédite dans l'affaire, Gaillard, «*Chronique des sentences arbitrales du C.I.R.D.I.*», 120 *J.D.I.* (1993), 207-208.

⁴⁵⁵-§ n° 20 de la décision, 25 *I.L.M.* 1039 (1986) à pp. 1445 et 1446; 114 *J.D.I.* 1987, 176. Notons qu'il avait déjà été statué dans le même sens dans la décision d'annulation du 3 Mai 1985 rendue par un autre Comité *ad hoc* C.I.R.D.I. composé de P. Lalive, Président, A. El-Kosheri et I. Seidl-Hohenveldern dans l'affaire *Klöckner c. République du Cameroun*. Nous pouvons, en effet, lire le passage suivant dans la décision: «le Comité précise notamment que l'article 42 de la Convention de Washington réserve aux principes généraux de droit international «un double rôle, soit complémentaire (en cas de «lacune» du droit de l'État), soit correctif, au cas où ce droit étatique ne serait pas en tout point aux principes du droit international. [...]», 114 *J.D.I.* 1987, pp. 163, 166 et 167.

Cette interprétation avait été balayée par la deuxième sentence sur le fond rendue le 31 Mai 1990 dans l'affaire AMCO par le tribunal présidé par Mme Higgins. D'après cette formation arbitrale

«l'article 42 (1) se réfère à l'application du droit de l'État d'accueil et du droit international. S'il n'existe aucune disposition pertinente du droit de l'État d'accueil sur une question, il convient de rechercher les dispositions pertinentes du droit international. S'il existe des dispositions applicables du droit de l'État d'accueil, elles doivent être appréciées au regard du droit international qui prévaut en cas de conflit. Ainsi, le droit international est pleinement applicable et qualifier son rôle de «seulement complémentaire et correctif» est une distinction vaine. En toute hypothèse, le Tribunal estime que sa tâche est d'apprécier toute prétention juridique dans cette affaire d'abord au regard du droit indonésien et ensuite au regard du droit international.»⁴⁵⁶

Mais, quelle que soit l'interprétation de l'article 42 (1) de la Convention C.I.R.D.I. retenue, il ressort de ces extraits de sentences que les dispositions de ce texte ne peuvent pas faire bon ménage avec une mise en œuvre de la souveraineté permanente du N.O.É.I.. Elles excluent en outre l'idée d'incertitude du droit international. En tout état de cause, la doctrine de la souveraineté permanente du N.O.É.I. n'a pas eu davantage de succès devant les instances arbitrales commerciales ou *ad hoc*.

2-La souveraineté permanente et l'arbitrage commercial international ordinaire ou *ad hoc*

La souveraineté permanente du N.O.É.I. n'a pas été reçue dans l'arbitrage international commercial et *ad hoc*. Ce sont d'ailleurs précisément les trois arbitrages *ad hoc* B.P., Texaco et Lianco, organisés à la suite des nationalisations du pétrole libyen, qui avaient ouvert les premiers l'occasion à une certaine réaffirmation du droit international coutumier. René-Jean Dupuy, arbitre unique dans l'affaire Texaco⁴⁵⁷, a sans doute été le plus saisissant dans ce sens. En réponse à l'argumentation de l'État libyen suivant laquelle, en vertu des Résolutions des Nations Unies, relatives à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les activités économiques, sont seuls compétents pour connaître des suites des nationalisations litigieuses le droit interne et les tribunaux de l'État nationalisant, il s'était méthodiquement employé à déterminer la portée et les limites de ces Résolutions. Après avoir rappelé les différents degrés

⁴⁵⁶-§ n° 40 de la sentence, Traduction Emmanuel Gaillard, 118 J.D.I. (1991), 174.

⁴⁵⁷-Fond, 9 Janvier 1977, §§ n° 80 à 91.

d'autorité de ces textes, il estima que «la forme résolutoire choisie exclut l'application obligatoire de ce texte [c'est-à-dire la Charte des Droits et Devoirs Économiques des États] à ses destinataires [...]»⁴⁵⁸. L'arbitre unique avait statué que

«si la résolution 1803 (XVII) apparaît dans une large mesure comme la manifestation d'une volonté générale réelle, il n'en est rien en ce qui concerne les autres résolutions précitées ainsi que l'analyse des conditions de vote l'a précédemment démontré. Tout particulièrement pour ce qui est de la Charte des droits et devoirs économiques des États, plusieurs éléments contribuent également à la réfutation de la valeur juridique des dispositions du texte intéressant l'espèce.»⁴⁵⁹

Sans avoir été aussi catégorique que Dupuy, sur le défaut de force obligatoire des Résolutions des Nations Unies relatives à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les activités économiques, Sobhi Mahmassani, arbitre unique dans l'affaire **Libyan American Oil and the Government of Libyan Arab Republic (Liamco)** (12 Avril 1977), n'en avait pas moins retenu que les règles qu'elles posent ne sont pas exclusives du respect de toutes stipulations contractuelles ainsi que de l'obligation d'indemnisation⁴⁶⁰.

L'arbitre Gunnar Lagergren n'eût même pas, de son côté, à se plier à une quelconque interrogation sur l'état du droit international dans la sentence qu'il avait rendue dans l'affaire **B.P. Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic** (10 Octobre 1973 et 1er Août 1974). Il décida tout simplement que

«[...] the taking by the Respondant of the property, rights and interests of the Claimant clearly violates public international law as it was made for purely extraneous political reasons and was arbitrary and discriminatory in character.»⁴⁶¹

⁴⁵⁸-§ n° 86, quatrième alinéa.

⁴⁵⁹-§ n° 88 de la sentence.

⁴⁶⁰-«The Arbitration Tribunal has reached the conclusion that the said Resolutions, if not unanimous source of law, are evidence of the recent dominant trend of international opinion concerning the sovereign right of States over their natural resources, and that the said right is always subject to the respect for contractual agreements and to the obligation of compensation [...]», 20 I.L.M. 1 (1981), à p. 53.

⁴⁶¹-53 I.L.R. (1979), 297, 329. Il est vrai cependant qu'à la date de cette sentence, la C.D.D.É.É. n'était pas encore adoptée.

La sentence intervenue dans l'affaire **Koweit c. Aminoil** (1982) dénia aussi toute juridicité à la C.D.D.É.É. en décidant que

«la formulation la plus générale des règles déterminant la licéité d'une nationalisation est contenue dans une résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies n° 1803 (XVII) du 14 Décembre 1962 sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles [...]»⁴⁶²

Cette position du tribunal est d'autant plus remarquable que, d'un autre côté, il avait cru devoir affecter la clause de stabilisation du contrat litigieux d'importantes limitations⁴⁶³.

À ces décisions on peut ajouter quelques autres rendus par le Tribunal des Différends Irano-Américain. Ce Tribunal statue sur la base des dispositions de l'article IV, § 2 du traité d'amitié (*U.S.-Iran Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights*) qui était en vigueur, entre les deux pays, au moment de la survenance des faits litigieux. Il était prévu, dans ce traité, une protection de droit international pour les intérêts et propriétés des ressortissants de chacun des deux États résidant dans le territoire de l'autre État⁴⁶⁴. Aussi bien, plusieurs des sentences rendues par les différentes chambres de ce tribunal avaient fait une référence explicite au droit international coutumier, indiquant ainsi sa survivance. À titre d'exemple, dans la sentence partielle rendue le 14 Juillet 1987 sous la rédaction de Michel Virally dans l'affaire **AMOCO International Finance Corporation (AIFC)** par une chambre composée des arbitres Michel Virally, Charles Brower et Parviz Ansani Moin (dissident) il avait été clairement jugé comme suit:

«The other condition to a lawful expropriation [...] is "the prompt payment of just compensation" an obligation which is also accepted as a general rule of customary international law as well. While a few recent resolutions of international bodies or conferences, including the GAUN, have cast doubts on the existence of international rule to this effect (see especially the Charter of the Economic Rights and Duties of States, GA Res. 3281 (XXIX), 12 Dec. 1974), other less controversial resolutions, such as GA Res. 1803 (XVII), 14 Dec. 1962, on the Permanent Sovereignty over Natural Resources, confirm the existence of the rule. Furthermore, the rule is generally recognized and applied in the practice of

⁴⁶²—§ n° 143 de la sentence, 109 J.D.I. (1982), 900.

⁴⁶³—Voir *supra*, p. 164.

⁴⁶⁴—Voir sur ce point, entre autres, Patrick M. Norton, «A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation», loc. cit. note n° 2, 483.

*States, notably in numerous conventions relating to the treatment of foreign property or to the settlement of disputes arising from nationalizations.*⁴⁶⁵

De la même façon, les sentences de cette juridiction intervenues dans les affaires **American International Group (AIG)** (19 Décembre 1983), **Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton (TAMS)** (22 Juin 1984), **INA Corp.** (12 Août 1985), **Phelps Dodge** (19 Mars 1986), **SEDCO, Inc.** (27 Mars 1986), **Payne** (8 Août 1986), **Sola Tiles, Inc.** (22 Avril 1987, 14 Juillet 1987), **Phillips Petroleum Co. Iran** (29 Juin 1989) ont toutes invoqué le droit international général pour retenir une indemnisation intégrale⁴⁶⁶.

S'agissant des décisions de l'*American Arbitration Association* (A.A.A.) nous pouvons rappeler la sentence **Revere Copper** (24 Août 1978) qui, sur la base du caractère d'accord de développement économique du contrat d'investissement en cause avait fait application du droit international public général au litige⁴⁶⁷.

Quant aux tribunaux arbitraux formés sous l'égide de la Chambre de Commerce International de Paris (C.C.I.), ils ont coutume d'associer, sous la rubrique de la *lex mercatoria*, les principes du commerce international et ceux du droit des gens. Nous pouvons rappeler sur ce point, entre autres, la sentence **Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran**⁴⁶⁸ dans laquelle les arbitres avaient fait application de la loi iranienne choisie par les parties ainsi que de certains principes généraux du droit empruntés à la fois au droit du commerce international et au droit des gens⁴⁶⁹. De la même façon, la sentence rendue dans l'affaire CCI n° 3327 en

⁴⁶⁵-27 *I.L.M.* 1314 (1988), à p. 1344, n° 116.

⁴⁶⁶-Patrick M. Norton, «A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation», loc. cit. note n° 2, 483 à 485. Voir aussi, pour un commentaire de la décision **SEDCO**, 80 *A.J.I.L.* (1986), 969 à 972.

⁴⁶⁷-Voir *supra*, p. 101 et s..

⁴⁶⁸-Affaire C.C.I. n° 3896, sentence du 30 Avril 1982.

⁴⁶⁹-Bruno Oppéit, «Arbitrage et contrat d'État. L'arbitrage **Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran**», 111 *J.D.I.* (1984), 37, 38.

1981, avait invoqué les « principes généraux du droit faisant partie de la *lex mercatoria* » pour retenir la validité d'un contrat dont l'invalidité était invoquée par un État africain pour défaut de ratification⁴⁷⁰.

Ainsi, en dépit de la proclamation, dans le cadre du mouvement pour un N.O.É.I., de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les activités économiques, le droit international général demeure largement effectif dans le domaine de la protection des investissements internationaux. Il y a donc lieu, en l'absence d'un droit conventionnel général et commun, de s'interroger sur le contenu précis de ce droit, et de voir comment, malgré tout, il peut encore répondre à l'attente de justice des pays en développement.

⁴⁷⁰-109 *J.D.I.* (1982), 973.

CHAPITRE II: ESSAI DE PRÉSENTATION DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL DE LA PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER

Le droit international général de la protection de l'investissement étranger est un droit essentiellement favorable à la défense de la propriété privée. Il «s'est développé en prenant pour base une relation de protection de la propriété privée étrangère»⁴⁷¹. En cela, précisément, réside la raison de sa contestation, par les pays du Tiers-Monde. Comme nous venons de le rappeler, ceux-ci ont revendiqué une souveraineté permanente des États sur les ressources naturelles et les activités économiques exploitées sur leur territoire. Bien qu'il se retrouve dans une situation incertaine, du fait de cette contestation, l'effectivité du droit international général n'est cependant pas épuisée. Nous venons de voir que, malgré tout, il n'a jamais cessé de s'infiltrer dans la jurisprudence arbitrale internationale relative à la protection des investissements. Il mérite donc d'être exposé. Nous verrons ainsi que, sans être véritablement suffisant pour dispenser du développement du droit conventionnel, il peut toujours offrir des éléments susceptibles de suppléer les insuffisances actuelles de celui-ci. Certains de ces éléments vont même dans le sens de la défense des intérêts des pays d'accueil d'investissement.

Nous nous proposons donc d'évoquer, d'une part, le délicat problème de la détermination de la nationalité des sociétés en droit international. Ce problème mérite d'être mentionné ici dans la mesure où, tout le débat de la protection des investissements en droit international suppose, normalement, la résolution préalable du problème de la nationalité de la personne protégée. Nous aborderons, ensuite, le problème du contenu du droit international général en relation avec la protection de l'investissement et en relation avec celle du pays d'accueil. Mais nous devons d'abord préciser que, d'un avis très partagé, les règles du droit international général sont insuffisantes pour, à elles seules, assurer adéquatement le règlement de l'ensemble des problèmes juridiques posés par le traitement et la protection des investissements internationaux.

⁴⁷¹-Laviee, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique*, op. cit., note n° 2, pp. 179-180.

SECTION I: L'INSUFFISANCE DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL

Beaucoup d'auteurs, et même la Cour Internationale de Justice, sont d'avis que les règles et principes généraux du droit international général, ne peuvent pas suffire pour régir le traitement et la protection des biens et investissements étrangers. On ne pourrait donc faire appel à ces règles et principes, qu'à titre supplétif du droit international conventionnel. Encore faut-il préciser, qu'à défaut de convention, les arbitres internationaux n'hésitent pas à faire usage des principes généraux du droit pour aboutir à leurs décisions. Mais, cette pratique n'épuise pas le débat.

Précisons, d'abord, pour une bonne intelligence de nos développements, que les principes généraux du droit ne doivent pas s'entendre des «principes du droit international». De l'avis de la C.P.J.I. ces derniers «ne peuvent signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale»⁴⁷². L'expression «principes du droit international» désigne donc le droit international public positif dans son ensemble alors que les principes généraux n'en constituent, aux termes de l'article 38 (1) (c) du Statut de la C.I.J., qu'une des sources. Pour beaucoup de juristes, en matière de protection des investissements internationaux, l'insuffisance du droit en question concerne à la fois les principes généraux et les «principes du droit international». Ainsi, d'après Jean-Pierre Laviee :

«la protection du droit général est d'un recours à la fois fondamental et modeste en matière économique. Qu'il soit applicable à des situations de meurtres demeurant impunis, de tortures, d'arrestations et de violences arbitraires n'est pas en cause. Mais son application à des relations complexes d'investissement, à des questions fiscales ou au régime d'accords entre États et investisseurs étrangers relève d'extrapolations hasardeuses.»⁴⁷³

⁴⁷²-Affaire du Lotus (France c. Turquie), arrêt n° 9, 7 Septembre 1927, C.P.J.I. Série A, n° 10, pp. 16 à 17.

⁴⁷³-Protection et promotion des investissements. Étude de droit international Économique, op. cit. note n° 2, p. 88. Laviee a cité à l'appui de cette observation des autorités dont Jennings qui souligne aussi l'inadéquation du standard minimum aux «sophisticated programmes of international investment», «General course of Principles of International Law», 121 R.C.A.D.I. (1967-II), p. 323, à p. 473; J.H.W. Verzijl en avait relevé le caractère rudimentaire, *International Law in Historical Perspectives*, vol. V, Leiden, Sijthoff, 1968, p. 437. Voir aussi Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3d ed. 1979,

Cette opinion n'est pas éloignée de celle émise par la C.I.J. lorsque, dans son arrêt du 5 Février 1970 dans l'affaire *Barcelona Traction*, elle avait jugé qu'en matière d'investissement le droit international est dans une situation d'insuffisance.⁴⁷⁴

Par ailleurs, on a également soutenu le caractère arbitraire des principes souvent invoqués en matière de protection des droits patrimoniaux des étrangers. Selon Joë Verhoeven

«La part d'arbitraire sur laquelle repose l'affirmation de «principes généraux», hors des principes «fondamentaux» que la jurisprudence internationale s'est contentée d'établir sur une base de raison et d'équité doit faire singulièrement douter tant de la praticabilité que de l'opportunité d'une référence au droit des gens qui se réduit à une référence à des droits internes, par le biais de principes qui, comme tels, ne constituent pas un système juridique autonome.»⁴⁷⁵

Opinant dans un sens comparable, Wilhelm Wengler avait soutenu, à propos des contrats d'État, que ces principes sont incertains et ne méritent aucune valeur juridique. Pour lui le contrat international doit être rédigé de façon détaillée pour éviter qu'un arbitre vienne arbitrairement déterminer ce qui, à son avis, constitue les principes généraux du droit⁴⁷⁶.

p. 526; Georges Kaeckenbeeck, «La protection internationale des droits acquis», 59 *R.C.A.D.I.* (1937-I), pp. 321-419, 412; Alfred Verdross, «Les règles internationales concernant le traitement des étrangers», 37 *R.C.A.D.I.* (1931), pp. 327-409, 353.

⁴⁷⁴-La Cour y avait en effet déclaré que «compte tenu des importants événements survenus depuis cinquante ans, de l'extension des investissements étrangers et de l'ampleur prise par l'activité des sociétés sur le plan international, notamment celle des sociétés holding, souvent multinationales, compte tenu aussi de la prolifération des intérêts économiques des États, il peut être à première vue surprenant que l'évolution du droit ne soit pas allée plus loin et que des règles généralement reconnues ne se soient pas cristallisées sur le plan international.», *C.I.J. Recueil* 1970, pp. 47 et 48, n° 89. (Nous avons souligné).

⁴⁷⁵-«Contrats entre États et ressortissants d'autres États», dans le *Contrat économique international. Stabilité et évolution*, Bruxelles, Bruylant/Paris, Pedone, 1975, pp. 115-150, aux pp. 140 et 141.

⁴⁷⁶-«Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat», 71 *R.C.D.I.P.* (1982), pp. 467-501. Voir aussi les différentes conceptions divergentes des principes généraux présentées par Bruno Oppéit, «Arbitrage et contrat d'État. L'arbitrage Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran», 111 *J.D.I.* (1984), p. 44.

C'est, forte de ces considérations que, dans l'arrêt de la *Barcelona Traction*, la C.I.J. avait recommandé la généralisation des pratiques conventionnelles pour corriger, ce qu'elle avait considéré comme le développement encore rudimentaire du droit international général de la protection des investissements directs étrangers⁴⁷⁷.

Cela dit, il ne semble pas impossible, dans l'attente de ce développement appelé du droit conventionnel, de faire encore usage de certaines règles du droit international général. On peut d'ailleurs observer que cela arrive souvent dans la pratique arbitrale. Avant de présenter les règles spécifiques applicables en matière de protection des biens et investissements, nous allons d'abord évoquer le difficile problème de la détermination de la nationalité des personnes morales en droit international.

SECTION II: LE PROBLÈME DE LA DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ ÉTRANGÈRE DES PERSONNES MORALES

À l'heure actuelle, la détermination de la nationalité des personnes morales est un problème difficile et très controversé. Mais, lorsque, au prix de multiples efforts et discussions on parvient à le faire pour une filiale de société transnationale donnée, des conséquences essentielles y sont attachées par le droit international général.

⁴⁷⁷—La Cour avait en effet déclaré dans cette décision: "... dans l'état présent du droit, la protection des actionnaires exige que l'on recoure à des stipulations conventionnelles ou à des accords spéciaux conclus directement entre l'investisseur privé et l'État où l'investissement est effectué.", arrêt, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970, p. 48, n° 90. Cet extrait ne vise, il est vrai, que la situation spécifique des actionnaires d'entreprises multinationales. Mais il faut noter que dans le paragraphe de la décision qui précède celui-là la Cour avait plus généralement déploré le vide juridique qui entoure le sort des sociétés établies à l'étranger.

1-Le difficile problème de la détermination de la nationalité des personnes morales

Bien que tout le système de la protection des investissements en dépende, la détermination de la nationalité des personnes morales est, actuellement, un réel problème en droit international. En fait, si dans le passé on a vu des instances arbitrales donner la préséance au critère du contrôle dans ce domaine, cette méthode n'a pas du tout acquis une grande autorité. La jurisprudence de la C.I.J. démontre bien cette réalité. Sans prétendre en rien épuiser cette question difficile, nous devons, cependant, relever que, sous certaines conditions, la convention C.I.R.D.I. admet l'application du critère du contrôle.

1.1-Les règles de détermination de la nationalité des personnes morales avant l'arrêt de la Barcelona Traction

En principe il appartient à chaque État de définir les règles d'acquisition de sa nationalité⁴⁷⁸. Mais cette règle connaît des limites. Ainsi, pour les personnes physiques il s'agit de la nationalité effective telle que la définissent les énonciations de l'arrêt *Nottebohm*⁴⁷⁹. On se rappelle que dans cette affaire la Cour a refusé au Liechtenstein l'exercice de la protection diplomatique au profit du sieur Nottebohm par suite de ce qu'il avait octroyé sa nationalité à celui-ci «sans égard à l'idée que l'on se fait, dans les rapports internationaux, de la nationalité»⁴⁸⁰. De l'avis de la Cour, en effet, «la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs.»⁴⁸¹. Ayant jugé en l'espèce que la nationalité

⁴⁷⁸-Affaire des décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc (Grande-Bretagne c. France), avis consultatif, 7 Février 1923, C.P.J.I. série B n° 4, p. 24; *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala, deuxième phase, arrêt du 6 Avril 1955, C.I.J. Recueil 1955, p. 4, à p. 23.

⁴⁷⁹-Ibid., pp. 21 à 23.

⁴⁸⁰-Ibid., p. 26.

⁴⁸¹-Ibid.

liechtenstenoise de Nottebohm ne rencontrait pas ces exigences, la Cour en avait déduit que le Guatemala n'était pas dans l'obligation de la reconnaître⁴⁸².

Par ailleurs, pour fonder les recours internationaux et la protection diplomatique, la nationalité ne doit, pas changer inconsidérément. Selon la C.P.J.I. il existe

«[...] une règle de droit international qui veut que la demande soit nationale non seulement au moment de sa présentation, mais également au moment du préjudice subi [...]»⁴⁸³.

En ce qui concerne les personnes morales, il y a une tradition déjà ancienne qui semblait avoir donné une certaine préférence au critère du contrôle, par rapport à ceux de l'incorporation et du siège social. La C.P.J.I. avait donné une définition, encore valable, de ce que nous devons entendre ici par contrôle. Elle l'avait défini dans son arrêt du 25 Mai 1926 comme «[...] une notion essentiellement économique [qui] vise l'influence prépondérante sur l'orientation des affaires [...]»⁴⁸⁴.

Ainsi dans l'affaire du chemin de fer de la Baie de Delagoa une concession a été consentie à un citoyen américain qui, par la suite, avait transféré ses droits à une société anglaise dont il détenait le contrôle. Cette société anglaise contrôlait à son tour la société portugaise qui était chargée de l'exécution de la concession. La Grande-Bretagne et les États-Unis s'étaient néanmoins vu reconnaître par l'instance arbitrale la qualité pour agir. Cette solution a été aussi retenue dans les affaires *El Triunfo Co. ou Salvador Commercial Co.* (8 Mai 1902, États-Unis

⁴⁸²-Ibid.

⁴⁸³-Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie), arrêt du 28 Février 1939, C.P.J.I. Série A/B, n° 76, p. 16. Voir aussi l'avis de la C.I.J. sur la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif du 11 Avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, aux pp. 181 et 182. Plus généralement sur cette règle voir Herbert W. Briggs, «La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations (Exposé préliminaire)» (*Ann. IDI*, vol. 51-1, Session de Varsovie, 1965, pp. 22 et s.), et, spécialement, le projet de Résolution sur la nationalité des réclamations présenté à l'Institut aux pp. 109 et 110, 122 et 123. Pour le Canada voir Erik B. Wang, «Nationality of Claims and Diplomatic Intervention. *Canadian Practice*», (1965) 43 *Canadian Bar Review/Revue du Barreau canadien* 136).

⁴⁸⁴-Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise, fond, arrêt du 25 Mai 1926, Série A, n° 7, p. 68.

c. Salvador)⁴⁸⁵, Ziat-Ben Kiran (Grande-Bretagne c. Espagne)⁴⁸⁶. L'affaire Shufeldt (États-Unis c. Guatemala, 1930) offrit une occasion à l'affermissement de cette jurisprudence. Dans cette dernière affaire, pour tenter de se soustraire aux suites d'une annulation abusive d'un contrat de concession, le Gouvernement guatémaltèque invoqua le fait que les intérêts de Shufeldt étaient transférés à une société de droit local comme l'y obligeaient les termes du contrat litigieux. Le tribunal décida en réponse à ce moyen que:

«International law will not be bound by municipal law or by anything but natural justice, and will look behind the legal person to the real interests involved.»⁴⁸⁷

En réalité ces différentes décisions, assez anciennes, n'ont manifestement pas une grande autorité. En tout cas, la C.I.J. ne les a pas adoptées.

1.2-La détermination de la nationalité des personnes morales dans les arrêts Barcelona Traction et ELSI de la C.I.J.

La condition de l'obtention de la protection diplomatique est la possession de la nationalité de l'État protégeant. Pour déterminer cette nationalité, La C.I.J. n'a pas retenu la solution de la sentence Shufeldt. Dans l'affaire Barcelona Traction (1970) elle a refusé à la Belgique, dont les ressortissants étaient actionnaires majoritaires de la société de droit canadien en cause, le droit d'agir. Mais, de l'avis du Juge Stephen Shwebel, dissident dans l'affaire ELSI (1989), la Cour serait revenue sur la jurisprudence Barcelona Traction pour avoir reçu la demande des États-Unis. Il avait, en effet, écrit dans son opinion dissidente:

«[...] on a soutenu que le traité était, pour l'essentiel, sans rapport avec les réclamations des États-Unis en l'espèce, parce que les mesures prises par l'Italie (notamment la réquisition de l'usine de l'ELSI

⁴⁸⁵-XV R.S.A.N.U., p. 467; Moore, *Arbitration*, VI, 649; Favre, *Principes du droit des gens*, op. cit. note n° 540, p. 530.

⁴⁸⁶-Rapport du 1er Mai 1925 de Max Huber, II R.S.A.N.U., p. 729, L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, op. cit. note n° 60, p. 186.

⁴⁸⁷-II R.S.A.N.U., pp. 1079-1102, à p. 1098. Voir plus généralement sur ce point, entre autres, B.A. Wortley, *Expropriation in Public International law*, Cambridge, at the University Press, 1959/ Reprinted by Arno Press, New York, 1977, pp. 143 à 145.

et de son équipement) affectaient directement non pas des ressortissants ou des sociétés des États-Unis, mais une société italienne, l'ELSI, dont les actions se trouvaient appartenir à des sociétés américaines dont les droits en tant qu'actionnaires étaient, dans une large mesure, hors du champ de la protection assurée par le traité. La Chambre n'a pas retenu cet argument.⁴⁸⁸

Toujours est-il que cette opinion est loin de faire l'unanimité. Cela d'autant plus que la Cour n'avait donné aucune motivation précise dans ce sens. Pour beaucoup d'auteurs, la règle actuelle dans ce domaine, demeure donc celle de l'arrêt de l'affaire **Barcelona Traction**, qui est ainsi formulée:

«Lorsqu'il s'agit d'établir un lien entre une société et tel ou tel État aux fins de la protection diplomatique, le droit international se fonde, encore que dans une mesure limitée, sur une analogie avec les règles qui régissent la nationalité des individus. La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'État sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège. Ces deux critères ont été confirmés par une longue pratique et par maints instruments internationaux.»⁴⁸⁹

Cela veut dire, concrètement, que c'est par une combinaison des critères de l'incorporation et de la localisation du siège social que l'on aboutit à la détermination de la nationalité d'une société. Mais, la Cour avait également ajouté que ces critères n'avaient qu'un « caractère relatif »⁴⁹⁰. Ils ne sont donc pas suffisants et déterminants par eux-mêmes. Pour produire effet, ils doivent s'accompagner d'autres critères tels que le lieu de situation du centre d'exploitation, l'intérêt national substantiel dans le capital social, souvent exigé par les États-Unis pour accorder leur protection, un lien effectif avec la communauté nationale de l'État protégeant⁴⁹¹.

En tout cas, pris isolément, le critère du contrôle est considéré comme impuissant à déterminer la nationalité de la filiale d'une société transnationale. Il est, du reste, fermement critiqué en doctrine. Selon Paul de Visscher, par exemple, «le critère du contrôle n'a jamais été accepté

⁴⁸⁸-C.I.J. Recueil 1989, p. 94.

⁴⁸⁹-C.I.J. Recueil 1970, p. 42.

⁴⁹⁰-Ibid..

⁴⁹¹-Lavieq, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique*, op. cit., note n° 2, pp. 40, 219.

comme critère de détermination de la nationalité des personnes morales⁴⁹². On lui reproche, entre autres, son caractère changeant, en ce que la nationalité des actionnaires majoritaires d'une société transnationale peut constamment changer⁴⁹³. Quoi qu'il en soit, la Convention C.I.R.D.I. n'en a pas moins retenu ce critère en son article 25 (2) (b).

1.3-Les règles de détermination de la nationalité dans la Convention C.I.R.D.I.

Les rédacteurs de la *Convention C.I.R.D.I.* ont clairement retenu l'applicabilité du critère du contrôle. Aux termes de l'article 25 (2) (b) de ce traité est considéré comme «Ressortissant d'un autre État contractant»:

*«toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.»*⁴⁹⁴

Nous devons relever la double condition à laquelle ce texte soumet son application. Il faut que la personne morale soit contrôlée par des intérêts étrangers et que l'État d'accueil lui consente, pour les besoins de l'arbitrage C.I.R.D.I., la qualité d'entreprise étrangère. La sentence de l'affaire *Holliday Inns* (1980)⁴⁹⁵ a fait une application stricte de ces dispositions en jugeant que

⁴⁹²-«La protection diplomatique des personnes morales» 102 R.C.A.D.I. (1961), 395-511, 444.

⁴⁹³-Lavieq, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique*, op. cit., p. 41, note n° 107.

⁴⁹⁴-C'est nous qui soulignons. Voir plus généralement sur ce point les analyses de Mario Amadio, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965*, op. cit. note n° 26, pp. 107 et s.. Voir aussi la Section 3, (B) (12) des «Modèles de clauses» établis par le C.I.R.D.I. en date du 7 Juillet 1981, 108 J.D.I. (1981), 964, 967.

⁴⁹⁵-Commentaire Lalive, LI BYIL (1980), 29 et s., à 141.

les deux filiales marocaines de Holliday Inns était irrecevables devant le tribunal, faute de l'accord explicite de l'État marocain les habilitant à cette fin⁴⁹⁶.

Normalement, dans les cas où ils sont applicables, les traités bilatéraux de protection des investissements aident à régler cette difficulté. Cependant, même là, on constate que ce n'est pas très simple. Ainsi, par exemple, dans la convention bilatérale de protection des investissements États-Unis-Sénégal la définition suivante a été retenue:

«Article I [...] (b) "Company of a Party" means a company duly incorporated, constituted, or otherwise duly organized under the applicable laws and regulations of a Party or a political subdivision thereof in which

(i) natural persons who are nationals of such Party, or

(ii) such Party or political subdivision thereof or their agencies or instrumentalities have a substantial interest as determined by such Party. [...]

Each Party reserves the right to deny to any of its own companies or to a company of the other party the advantages of this Treaty if nationals of any third country control such company [...]»⁴⁹⁷

Bien que l'objet de ce texte soit de définir la qualité d'entreprise ressortissante de chacun des deux États, il en ressort plutôt la description d'une réalité essentiellement instable. Ainsi, même le droit conventionnel n'épuise pas le problème de la détermination de la qualité d'entreprise étrangère. La détermination de la nationalité d'une filiale de société transnationale demeure donc, un problème bien délicat.

Mais, lorsque malgré toutes les difficultés on parvient à l'établir, la nationalité étrangère d'une personne morale, comme celle d'une personne physique, entraîne, en droit international général, des conséquences essentielles quant à la protection des biens et investissements.

⁴⁹⁶-Laviee, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique*, op. cit., p. 41, note n° 107, 283-284.

⁴⁹⁷-«Treaty Between the United States of America and the Republic of Senegal Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment», signé à Washington le 6 décembre 1983, *World Investment Treaties*, 1983, p. 100.

2-Conséquences générales attachées à la nationalité étrangère d'une personne morale

De doctrine unanime et de jurisprudence constante, une personne de nationalité étrangère bénéficie, tant pour sa personne que pour ses biens, droits et intérêts, de la protection du droit international. Le principe du respect des droits acquis servait à assurer la sécurité des biens et investissements étrangers. Cela pouvait, à l'initiative de l'État d'origine, donner lieu à l'exercice de la protection diplomatique et, donc, à la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'État d'accueil.

2.1-Le principe de la protection internationale des étrangers et de leurs biens dans la doctrine

L'extranéité de la nationalité implique des conséquences au regard du droit international général. En matière de droits patrimoniaux, l'intervention du droit international s'exprime par l'exigence du respect des droits acquis consacrée au XIX^e siècle. En vertu de cette règle aucune personne ne peut être privée de la propriété et des autres droits patrimoniaux qu'il a régulièrement acquis conformément à la législation de son pays d'installation, sauf pour cause d'utilité publique et moyennant une juste indemnité⁴⁹⁸. Cette règle a beaucoup évolué dans le temps et ne signifie plus aujourd'hui, comme ce fut le cas, une inviolabilité quasi-absolue de la propriété privée. Pour autant elle n'est pas abolie.

Comme l'avait écrit Borchard

⁴⁹⁸ - «The rule is clearly established that a State is bound to respect the property of aliens. », L. Oppenheim, L. and H. Lauterpacht, *International Law. A Treatise. Volume 1: Peace*, Eighth Edition, London, Longmans 1955, p. 352. Favre, *Principes du droit des gens*, op. cit. note n° 540, p. 518. Pour une étude générale de cette règle voir Jacques Barde, *La notion de droits acquis en droit international public*, Paris, Publications Universitaires de Paris, 1981, notamment aux pp. 13 et s.; Laviee, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international Économique*, op. cit. note n° 2, p. 179.

«The principles of territorial jurisdiction and personal sovereignty are mutually corrective forces. An excessive application of the territorial is limited by the custom which grants foreign states certain rights over their citizens abroad [...].»⁴⁹⁹

Bin Cheng avait aussi écrit récemment que

«quand une entité politique adhère à l'ordre juridique international, elle se soumet au droit qui le régit: elle échange sa liberté d'action anarchique et préjuridique (sa souveraineté préjuridique) contre la souveraineté juridique qui est la souveraineté d'agir dans les limites du droit.»⁵⁰⁰

Même le mexicain Jorge Castañeda, président du groupe de travail qui avait élaboré la *Charte des droits et devoirs économiques des États* en 1974, était d'avis qu'il est «impossible de nier que le droit international peut limiter l'action de l'État lorsque celle-ci affecte les intérêts étrangers [...]»⁵⁰¹

Lorsqu'un État manquait à ces obligations sa responsabilité était constituée et ouvrait ainsi voie à l'exercice de la protection diplomatique par l'État d'origine. Il était de ce fait porté une

⁴⁹⁹-Ce même auteur poursuit que «When the citizen leaves the national territory he enters the domain of international law. By residence abroad he does not merely carry with him certain rights and duties imposed by the municipal law of his own state, but he enters into a new sphere of mutual rights and obligations between himself as a resident alien and the state of his residence. By receiving the alien upon its territory, the state of residence admits the sovereignty of his national country and recognizes the bond which attaches him to it», Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, op. cit. note n° 16, pp. 25 et 26. Pour une opinion semblable encore plus récente voir, entre autres, John R. Stevenson, qui avance que «It is a well-established principle of public international law that the persons and property of foreign nationals are to be respected. There is a difference of opinion, however, as to the degree of respect required. The majority of States and writers agree that a certain minimum international standard of justice must be observed in the treatment of aliens and their property, a view which has found favor with international tribunals» («The Relationship of private international Law to Public International Law», in *Essays on International Law from the Columbia Law Review*, New York, 1965, pp. 48-76, à p. 71.

⁵⁰⁰-«La jurimétrie: Sens et mesure de la souveraineté juridique et de la compétence nationale», 118 *J.D.I.* (1991), 579, 583.

⁵⁰¹-«La Charte des Droits et Devoirs Économiques des États. Note sur son processus d'élaboration», loc. cit., p. 54. Voir aussi Georges Kaekenbeeck, «La protection internationale des droits acquis», 59 *R.C.A.D.I.* (1937-I), 317-419; García Amador, *Responsabilité des États, responsabilité internationale, quatrième rapport à la C.D.I.*, «Responsabilité de l'État à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers, mesures portant atteinte aux droits acquis», 26 Février 1959, *Ann. C.D.I.*, 1959, vol. 2, n° 3; Charles Rousseau, *Droit international Public*, tome 1, Paris, Sirey, 1970, p. 383, n° 2; Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, vol. 1, Genève, Georg, 1ère éd., 1953, p. 331.

limitation à la souveraineté de l'État d'accueil en cause. Dans son exposé préliminaire intitulé «La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations», présenté à la session de Varsovie (1965) de l'Institut de Droit International (I.D.I.), Herbert W. Briggs déclarait, sur la base de la jurisprudence des deux Cours internationales,

«que le droit de protection diplomatique, qu'il soit exercé par voie d'action diplomatique ou par un recours à l'action judiciaire internationale, est considéré comme impliquant le droit de faire valoir une réclamation internationale. Le droit de protection diplomatique fournit donc un moyen d'action basé sur la responsabilité de l'État accusé d'avoir violé une obligation.»⁵⁰²

Rappelons que ni l'existence d'un contrat d'État ni celles d'un traité bilatéral de protection des biens ou des investissements étrangers ne sont indispensables à cette configuration des relations investisseurs-État d'accueil⁵⁰³. La jurisprudence internationale a toujours très bien accompagné les propositions de la doctrine dans ce domaine.

2.2-Le principe de la protection internationale des étrangers et de leurs biens dans la jurisprudence

Dans l'avis consultatif rendu dans l'affaire des Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, la C.P.J.I. avait déclaré qu' «à un certain point de vue, on pourrait bien dire que la compétence d'un État est *exclusive* dans les limites tracées par le droit international, ce terme, pris au sens large, comprenant à la fois le droit coutumier et le droit conventionnel général ou particulier»⁵⁰⁴. Dans cet avis la Cour avait décidé que l'étendue du domaine réservé est «relative» et «dépend du développement des rapports internationaux». Or comme cela ressort d'une autre décision de la même juridiction

⁵⁰²-Ann. I.D.I., Session de Varsovie, vol. 51-1, p. 8.

⁵⁰³-«Les investisseurs d'États tiers qui ne bénéficient de la protection d'aucun traité peuvent se prévaloir du droit international général, même si cette protection est largement théorique en l'absence de for devant lequel ils pourraient porter directement leurs réclamations» (Emmanuel Gaillard, observations sous la sentence AAPL c. Sri Lanka, 119 J.D.I. (1992), 215, à 231, n° 2; Mahmoud Salem, «Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers», loc. cit., 590.

⁵⁰⁴-7 Février 1923, C.P.J.I. série B n° 4, p. 23..

«c'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires.»⁵⁰⁵

La place du droit international tient donc ici en ce que le droit interne n'a pas une «compétence exclusive» dans la définition de la condition juridique des étrangers. En outre, une mesure irrégulière au plan national n'acquiert pas de la légitimité «du fait que l'État l'applique aussi à ses ressortissants»⁵⁰⁶. Les principes dégagés par cet arrêt avaient été repris et réaffirmés dans la sentence de l'affaire **Goldenberg** (27 Septembre 1928, Allemagne c. Roumanie) où l'arbitre unique Robert Fazy avait décidé que «le respect de la propriété privée et des droits acquis des étrangers fait sans conteste partie des principes généraux admis par le droit des gens [...]» et que

«[...] si le droit des gens autorise un État, pour des motifs d'utilité publique, à déroger au principe du respect de la propriété privée des étrangers c'est à la condition *sine qua non* que les biens expropriés ou réquisitionnés seront équitablement payés le plus rapidement possible»⁵⁰⁷.

En matière d'investissement, c'est-à-dire de droits essentiellement patrimoniaux, la règle conserve beaucoup de ses qualités. De l'avis même du juriste suisse, Antoine Favre, c'est même le droit coutumier qui assurerait, principalement, la protection de cette catégorie de droits⁵⁰⁸. C'est grâce notamment au jeu du principe général du respect des droits acquis, et celui d'autres règles et principes que nous verrons plus loin⁵⁰⁹, que le droit international coutumier joue ce rôle.

⁵⁰⁵-Arrêt de l'affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni), arrêt du 30 Août 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 12.

⁵⁰⁶-Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise, fond, CPJI, arrêt n° 7, 1926, série A n° 7; Favre, *Principes du droit des gens*, op. cit. note n° 540, p. 502.

⁵⁰⁷-II R.S.A.N.U., 901, 909.

⁵⁰⁸-Favre, *Principes du droit des gens*, Paris, L.G.D.J./ Fribourg, Éditions universitaires, 1974, p. 533; Lavieq, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international Économique*, op. cit., note n° 2, p. 82.

⁵⁰⁹-voir *infra*, pp. 194 et s..

La règle des droits acquis appartient en effet aux principes généraux du droit. Cela a été déjà affirmé et confirmé, à maintes occasions, tant en doctrine⁵¹⁰ que par une jurisprudence internationale constante dont on ne peut retenir ici que quelques exemples.

Ainsi dans l'affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, la C.P.J.I. avait clairement statué que le «...principe du respect des droits acquis, principe qui, ainsi que la Cour a eu l'occasion de le constater à maintes reprises, fait partie du droit international»⁵¹¹. Elle avait ensuite confirmé cette jurisprudence dans l'affaire Oscar Chinn⁵¹². Le tribunal arbitral qui avait connu de l'affaire des créanciers préférentiels du Vénézuéla (C.P.A., 22 Février 1904, Allemagne, Grande-Bretagne et Italie c. Vénézuéla) avait statué dans le même sens⁵¹³. Plus près de nous, les arbitres de l'affaire Aramco (23 Août 1958) avaient décidé que le principe du respect des droits acquis compte parmi les plus fondamentaux du droit international public et des droits internes⁵¹⁴. Beaucoup plus récemment encore le principe du respect des droits acquis a reçu la consécration de la majorité des arbitres qui ont connu de l'affaire S.P.P. sous l'égide du C.I.R.D.I.. Il ressort en effet de leur sentence rendue le 20 Mai 1992 les observations suivantes:

- «82. It is possible that under Egyptian law certain acts of Egyptian officials, including even Presidential Decree N° 475 may be considered legally nonexistent or null and void or susceptible to invalidation. However, these acts were cloaked with the mantle of Governmental authority and communicated as such to foreign investors who relied upon them in making their investments.
83. Whether legal under Egyptian law or not, the acts in question were acts of Egyptian authorities, including the highest executive authority of the Government. These acts, which are now alleged to have been in violation of the Egyptian municipal legal system, created expectations protected by established principles of international law. [...]»⁵¹⁵

⁵¹⁰-Jacques Barde, *La notion de droits acquis en droit international public*, op. cit. note n° 553, pp 13 et s..

⁵¹¹-Fond, arrêt n° 7, 25 mai 1926, CPJI, Série A n° 7, p. 42.

⁵¹²-Arrêt, 12 Décembre 1934, C.P.J.I. Série A/B n° 63, p. 87.

⁵¹³-IX R.S.A.N.U., pp. 107-110.

⁵¹⁴-27 I.L.R. (1958), 169.

⁵¹⁵-32 ILM 933, 952 (1993).

Le principe du respect des droits acquis va de paire avec ceux de la non-rétroactivité des lois⁵¹⁶ et de l'effectivité des droits querellés⁵¹⁷. Mais, dans le domaine de la protection des investissements, le droit international général ne se limite pas au principe du respect des droits acquis. Il comprend, en outre, au regard des intérêts de l'investisseur, un certain nombre de règles exprimées en standard minimum et en principes généraux.

SECTION III: CONTENU DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL AU REGARD DE LA PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER: STANDARD MINIMUM ET PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

C'est en terme de standard, d'«étalon»⁵¹⁸ que se présente le droit international coutumier général du traitement et de la protection des biens et investissements étrangers⁵¹⁹. Ce droit s'alimente,

⁵¹⁶-Ainsi par exemple, l'arbitre de l'affaire *Liamco* avait décidé que «*It is likewise consistent with the principle of nonretroactivity of laws which denies retrospective effects to a new legislation and asserts the respect of vested rights*» («droits acquis») *acquired under a previous legislation*, 62 *I.L.R.* (1982), 170 et 171; Jacques Barde, *La notion de droits acquis en droit international public*, op. cit. note n° 553, p. 28.

⁵¹⁷-«Une règle ou une situation juridique sont effectives si elles se réalisent dans les faits, si elles s'incarnent dans la réalité» J. Touscoz, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, L.G.D.J., Paris, 1964, p. 1; Barde, *La notion de droits acquis en droit international public*, op. cit. p. 134.

⁵¹⁸-Patrick Juillard, «Les rapports juridiques bilatéraux entre la France et les pays du Tiers-Monde», dans Jacques Bourrinet, *Les investissements français dans le Tiers-Monde*, Préface de Christian Beullac, Paris, Economica, 1984, pp. 83-110, aux pp. 91 et 92.

⁵¹⁹-Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, op. cit. note n° 18, pp. 28 et s.; Carreau, Flory et Juillard, *Droit international économique*, op. cit. note n° 6, n° 1073, p. 632. Notons que le concept de «standard» n'est pas spécifique au droit international. Il est commun à toutes les grandes divisions et branches du droit et est bien connu et discuté en philosophie et théorie générale du droit. Mais sa définition, comme celle de beaucoup de concepts juridiques, ne fait pas l'unanimité. Le professeur Jean-Pierre Bergel avait présenté un catalogue des définitions proposées au concept de standard par quelques grands maîtres contemporains de la philosophie du droit («Avant-propos» à 4 *Revue de la recherche juridique droit prospectif* (1988), pp. 806 s.). Nous découvrons ainsi que, selon Roscoe Pound, le standard est «une mesure moyenne de conduite sociale correcte», que pour Chaïm Perelman le standard consiste en un ensemble de critères fondés sur ce qui paraît normal et acceptable dans la société au moment où les faits doivent être appréciés et que, pour Gérard Cornu, il s'agit d'une «norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, une notion-cadre». Constituent ainsi des

tant pour les règles de traitement que de protection, de multiples principes généraux pour trouver toute son expression. La violation du standard emporte constitution de la responsabilité internationale de l'État en cause. Bien que les mêmes principes se retrouvent pour donner corps au standard minimum, tant en matière de traitement que de protection des investissements, il y a cependant lieu de distinguer les deux situations pour les besoins d'une bonne analyse. Notons, toutefois, que dans la pratique, une telle distinction n'est pas nécessairement d'une grande utilité. Les difficultés liées au traitement posent, en effet, presque immédiatement un problème de protection. Par ailleurs nous devons souligner que les règles du standard minimum sont complétées par une série de principes généraux.

1-Le standard minimum de traitement des biens et investissements étrangers

En matière de traitement le standard en vigueur est celui du traitement juste et équitable⁵²⁰. Lorsqu'on parle d'un standard international minimum de traitement des investissements étrangers, il ne doit pas être entendu qu'il y a une éviction nécessaire et automatique des règles du droit interne applicables. Que le traitement soit national, le plus favorable ou différentiel, les règles internes qui l'organisent conservent leur pleine compétence. Mais cela n'est possible, dans la mesure où des personnes et intérêts étrangers sont concernés, qu'aussi longtemps que ces règles sont conformes au traitement juste tel que l'entendrait un juge ou un arbitre international.

standards en droits privés internes les références à la «bonne foi», à la conciliation des intérêts en conflit, à «l'intérêt de la famille», à «l'intérêt de l'enfant», aux «bonnes mœurs», aux «règles de l'art», à la «due diligence», au «raisonnable», au «bon père de famille» etc. En somme, il s'agit de «concept(s) indéterminé(s), ayant trait aux valeurs fondamentales de la société et ayant pour objet l'analyse des comportements des acteurs juridiques par référence à un type de conduite.» (S. Rial cité par Jean-Louis Souriaux, *Introduction au droit*, Paris, P.U.F., 1987, p. 43). «Forgés en nombre croissants» (Ibid.) et connaissant «actuellement un plein essor dans les textes et la jurisprudence» internes, les standards trouvent leur place dans des lois aux termes vagues «volontairement ou fortuitement imprécises» participant ainsi d'une stratégie législative (Bergel, «Avant-propos», p. 806). Ces lacunes *intra legem* délibérées et les formules intentionnellement vagues tendent à «reporter sur le juge, en fonction des faits qui lui sont soumis, le soin de les préciser» et permettent ainsi «avec beaucoup de souplesse, une bonne application du droit aux faits.» (Ibid., p. 807).

⁵²⁰-Ibid.

Concrètement parlant, un traitement discriminatoire, par exemple, pourrait, dans certaines conditions, être réputé irrégulier au regard du droit des gens et traité comme tel. C'est ce qui ressort de l'arrêt de la C.P.J.I. dans l'affaire Oscar Chinn. La Cour y jugea que

«la discrimination interdite est celle qui serait basée sur la nationalité et qui entraînerait un traitement différentiel pour les individus appartenant aux différents groupes nationaux en raison de leur nationalité.»⁵²¹

Dans son avis consultatif concernant le traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig cette haute juridiction internationale avait déjà estimé que

«pour être efficace, la défense de discrimination doit aboutir à assurer l'absence de toute discrimination en fait comme en droit. Une mesure qui se présente comme étant d'une application générale mais qui est en fait dirigée [contre un groupe national] constitue une violation de la défense [de discrimination]. La question de savoir si une mesure est ou n'est pas dirigée contre ces personnes est une question qui doit être tranchée selon les mérites de chaque espèce. Il est impossible de prévoir à cet égard un critère immuable et absolu.»⁵²²

Le rapport de Max Huber dans l'affaire de la Zone espagnole du Maroc statua dans le même sens en précisant que

«si un gouvernement, en vertu d'une loi ou d'un décret général, accorde à titre gracieux, mais en utilisant les fonds publics, des indemnités ou autres faveurs, une discrimination manifestement arbitraire contre les étrangers pourrait éventuellement justifier une intervention du droit international.»⁵²³

Mais, en dépit de l'interdiction d'un traitement discriminatoire des étrangers et de leurs biens, un État peut toujours accorder un traitement différentiel ou plus favorable que le traitement national. C'est ce qui ressort de la sentence rendue le 31 Mars 1926 par la Commission générale des réclamations États-Unis/ Mexique dans l'affaire *George W. Hopkins (U.S.A.) v. United Mexican States*⁵²⁴. Il s'agissait dans cette affaire du refus par le gouvernement mexicain d'honorer le paiement de mandats postaux émis par le gouvernement Huerta qui lui a précédé

⁵²¹-Arrêt, 1934, C.P.J.I. Série A/B, n° 63, p. 87.

⁵²²-Avis consultatif, 1932, C.P.J.I. Série A/B, n° 44, p. 28.

⁵²³-II R.S.A.N.U., p. 652.

⁵²⁴-31 Mars 1926, IV R.S.A.N.U., pp. 41-47, à p. 7.

et qu'il qualifiait d'illégal. Tous les actes pris par le gouvernement Huerta avaient été, par conséquent, annulés par un décret. Il se posait donc le problème de la validité internationale des actes d'un gouvernement de fait en particulier face aux droits acquis par un ressortissant étranger. La Commission avait jugé comme suit:

«[...] it unfrequently happens that under the rules of international law applied to controversies of an international aspect a nation is required to accord to aliens broader and more liberal treatment than it accords to its own citizens under its municipal laws [...]. There is no ground to object that this amounts to discrimination by a nation against its own citizens in favor of aliens. It is not a question of discrimination, but a question of difference in their respective rights and remedies. The citizens of a nation may enjoy many rights which are withheld from aliens, and, conversely, under international law aliens may enjoy rights and remedies which the nation does not accord to its own citizens»

La même formation avait jugé dans le même sens dans l'affaire **Harry Roberts (U.S.A.) v. United Mexican States** où une arrestation illégale, une procédure tardive et un emprisonnement cruel et inhumain sur la personne de Harry Roberts étaient reprochés au gouvernement du Mexique. Encore une fois la généralité des termes de la décision nous autorise à la retenir ici. D'après la Commission

«[...] Facts with respect to equality of treatment of aliens and nationals may be important in determining the merits of a complaint of mistreatment of an alien. But such equality is not the ultimate test of the propriety of the acts of authorities in the light of international law. That test is, broadly speaking, whether aliens are treated in accordance with ordinary standards of civilization.»⁵²⁵

Juste, le traitement de l'investissement étranger doit être aussi équitable c'est-à-dire, comme le mentionnent Carreau, Flory et Juillard, qu'il doit assurer l'égale sauvegarde des intérêts de l'investisseur, ceux de son pays d'origine comme ceux du pays d'accueil⁵²⁶. L'idée d'un traitement équitable qui implique équivalence et proportionnalité⁵²⁷ n'est, en effet, pas ignorée du droit international positif. On rappellera que la République Fédérale d'Allemagne avait invoqué «la doctrine de la part juste et équitable» dans l'affaire du Plateau continental de la

⁵²⁵-Sentence du 2 Novembre 1926, IV R.S.A.N.U., pp. 77-81, à p. 80, n° 8.

⁵²⁶-Carreau, Flory et Juillard, *Droit international économique*, op. cit. note n° 6, § n° 1073, p. 633. Le principe de la bonne foi n'est pas absente dans la conception de l'équité, Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver, «The taking of foreign property under international Law: A New Legal Perspective?», *The Netherlands Yearbook of International Law*, loc. cit. note n° 608, p. 48.

⁵²⁷-Paul Reuter, «Quelques réflexions sur l'équité en droit international», 15 R.B.D.I. (1980-1981), 165.

Mer du nord pour obtenir une portion du territoire maritime litigieux. Sans l'avoir suivi dans cette prétention la C.I.J. n'avait pas pour autant dénié une autorité positive à cette doctrine⁵²⁸.

Nous devons aussi mentionner, au soutien du standard minimum, la règle de portée plus générale qui veut qu'un État ne puisse invoquer son droit municipal pour se soustraire à ses obligations internationales⁵²⁹. Une abondante jurisprudence en a fait application. Ce fut le cas devant la C.P.J.I., dans les affaires *Vapeur Wimbledon*⁵³⁰, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*⁵³¹, *Usine de Chorzów*⁵³², *Communautés gréco-bulgares*⁵³³, *Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex*⁵³⁴.

⁵²⁸-Arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, n° 19. Voir aussi Morin, Rigaldies et Turp, *Droit international public- Notes et documents, Tome 1: Documents d'intérêt général*, op. cit. note n° 162, pp. 741 et s., et J.-P. Laviee, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international Économique*, op. cit. note n° 2, 93 et 94.

⁵²⁹-Cette règle a été reprise à l'article 27 du Traité de Vienne sur le droit des traités de 1969 ce qui témoigne de sa généralité. Voir sur ce point Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Fourth Edition, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 35 et s.; Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver, «The taking of foreign property under international Law: A New Legal Perspective?», *The Netherlands Yearbook of International Law*, loc. cit. note n° 608, p. 9; J.G. Starke, *Introduction to International Law*, Ninth Edition, London, Butterworths, 1984, p. 289; Dominique Carreau, *Droit international*, Paris, Pedone, 1986, pp. 41 et s.; Louis B. Sohn & R.R. Baxter, «Responsability of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens» (*Harvard Law School, Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*), 55 A.J.I.L. (1961), 545, 548 article 2 du projet.

⁵³⁰-Une décision administrative interne ne peut mettre en échec un engagement souscrit dans un traité, arrêts, 1923, C.P.J.I. Série A, n° 1, p. 30.

⁵³¹-Les lois ainsi que les décisions judiciaires et administratives nationales sont de simples faits au regard du droit international et de la Cour, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. Série A n° 7, p. 19.

⁵³²-La décision d'un juge interne est sans effet sur celle d'un juge international, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. Série A, n° 17, pp. 33-34.

⁵³³-Le traité prévaut sur la loi interne, avis consultatif 1930, C.P.J.I. Série B, n° 17, p. 13.

⁵³⁴-Les obligations internationales priment la législation interne, France c. Suisse, arrêt, 1932, C.P.J.I. Série A/B, n° 46, p. 243.

La C.I.J. avait également appliqué la règle dans l'affaire de l'application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs⁵³⁵. La jurisprudence arbitrale ne l'a pas davantage ignorée, notamment, dans les affaires Alabama⁵³⁶, «Montijo»⁵³⁷, Georges Pinson⁵³⁸, chemins de fer de Buzau-Nehoiasi⁵³⁹.

La règle de non-discrimination, les principes de la bonne foi, de la supériorité du droit international sur le droit interne, se retrouvent également dans le standard international minimum de la protection des investissements étrangers.

2-Le standard minimum de protection des biens et investissements étrangers

Encore une fois il y a lieu de préciser que l'existence d'un standard international coutumier de protection des droits patrimoniaux des étrangers ne signifie pas que le droit interne ne trouve pas application. Il demeure compétent aussi longtemps qu'il n'entre pas en conflit avec le standard international. Cela veut dire que le droit interne peut être ou aussi favorable ou plus favorable

⁵³⁵-Suède c. Pays-Bas, les mesures internes d'application d'un traité doivent s'y conformer, arrêt, C.I.J. Recueil 1958, p. 55.

⁵³⁶-1872, États-Unis c. Grande-Bretagne, une insuffisance des moyens légaux internes ne peut valablement justifier un manquement à des obligations internationales, II R.A.I., p. 713 et s..

⁵³⁷-1875, États-Unis c. Colombie, un traité est supérieur à la constitution de l'État qui s'est obligé, Moore, Arbitration, vol. II, p. 1440.

⁵³⁸-1928, Mexique c. France, le droit international est supérieur au droit interne et n'est pas lié par ce dernier, V R.S.A.N.U., p. 327.

⁵³⁹-Sentence du 7 Juillet 1939, Allemagne c. Roumanie, l'autorité de la chose jugée résultant d'une décision de justice interne est sans effet sur les obligations internationales d'un État, III R.S.A.N.U., pp. 1827-1842, à p. 1836.

que le standard international. C'est ainsi que, entre autres, dans la sentence *Aramco*, les arbitres avaient retenu la compétence du droit interne avec la précision qu'

«il y aurait lieu, en cas de lacunes du droit de l'Arabie Saoudite, dont le contrat de concession fait partie, de rechercher les principes applicables, en ayant recours aux coutumes et usages qui sont établis dans le monde pour l'industrie du pétrole [...]»⁵⁴⁰

Le standard minimum de protection des droits patrimoniaux des étrangers tel qu'il est perçu par les pays exportateurs de capitaux peut se lire, suivant le § 712 du *Rest. 3rd, Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, comme suit:

«§ 712- State Responsibility for Economic Injury to National of Other States

A state is responsible under international law for injury resulting from:

(1) a taking by the state of the property of national of another state that

(a) is not for a public purpose, or

(b) is discriminatory, or

(c) is not accompanied by provision for just compensation;

For compensation to be just under this Subsection, it must, in the absence of exceptional circumstances, be in amount equivalent to the value of the property taken and be paid at the time of taking, or within a reasonable time thereafter with interest from the date of taking, and in a form economically usable by the foreign national;

(2) a repudiation or breach by the state of a contract with a national of another state

(a) where the repudiation or breach is (i) discriminatory; or (ii) motivated by non-commercial considerations, and compensatory damages are not paid; or

(b) where the foreign national is not given an adequate forum to determine his claim of repudiation or breach, or is not compensated for any repudiation or breach determined to have occurred; or

*(3) other arbitrary or discriminatory acts or omissions by the state that impair property or other economic interests of a national of another state.»*⁵⁴¹

⁵⁴⁰-52 R.C.D.I.P. (1963), 317; 27 I.L.R. (1963), 169; voir aussi les commentaires de Suzanne Bastid, «Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'*Aramco*», 7 A.F.D.I. (1961), 307.

⁵⁴¹-Voir aussi le § 711 du même ouvrage ainsi formulé:

«§ 711- State Responsibility for Injury to Nationals of Other States- A State is responsible under international law for injury to national of another state caused by an official act or omission that violates (a) a human right that, under n° 701, a state is obligated to respect for all persons subject to its authority; (b) a personal right that, under international law, a state is obligated to respect for individuals of foreign nationality; or (c) a right to property or another economic interest that, under international law, a state is obligated to respect for persons, natural or juridical, of foreign nationality, as provided in n° 712.»- Voir également U.S. Department of State Statement on Foreign Investment and Nationalization of 30 december 1975, 15 I.L.M. 186 (1976); Wil D. Verwey et Nico J. Schrijver, «The taking of Foreign Property Under International Law: A New Perspective?», loc. cit. note n° 608, pp. 6 et s.; F. Przetacnik, «Responsability of state for nationalization», *Revue de Droit International, Sciences Diplomatiques et Politiques* (1973), 164; M.K. Neville, «The present status of compensation by foreign states for the taking of alien-owned property», 13 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1980), 51; Favre, *Principes du droit des gens*, op. cit. note n° 502, p. 530.

Il est également ressorti du «rapport complémentaire» sur «Les effets internationaux des nationalisations», présenté en 1967 à la Troisième Commission de l'Institut de Droit International par Paul de La Pradelle, que, pour ne pas constituer une spoliation, c'est-à-dire un acte internationalement illicite, une nationalisation doit être exempte, notamment, d'abus du droit et d'arbitraire, de détournement de pouvoir ou de procédure.⁵⁴² Un extrait du projet de Résolution issu des travaux peut se lire comme suit:

- «2. La nationalisation doit être effectuée de bonne foi dans une intention de réforme à caractère économique et social ou dans un but de sécurité et de défense nationales.
- 3. Mesure d'application générale, la nationalisation ne peut viser exclusivement les biens des étrangers ou d'une catégorie d'étrangers.
- 4. Acte de législation, lorsqu'elle opère un transfert de propriété aux dépens des personnes privées, la nationalisation comporte nécessairement l'obligation d'indemniser. [...].»⁵⁴³

Tout transfert unilatéral de propriété, ou toute inobservation des obligations résultant d'un contrat, par les pouvoirs publics d'un État, et mettant en cause des investissements étrangers, doivent donc être justifiés par les nécessités de l'intérêt général, être exécutés sans discrimination et donner lieu au paiement d'une indemnité réparatrice. Ces exigences sont souvent présentées comme celles du droit international classique⁵⁴⁴. Elles sont complétées, tant en matière de traitement qu'en matière de protection, par une série de principes généraux.

⁵⁴²-Ann. I.D.I., Session de Nice, vol. 52-1, 1967, pp. 662, 667.

⁵⁴³-Ibid., pp. 683 à 685.

⁵⁴⁴-Joseph L. Kunz résumait, par exemple, le standard de protection des biens étrangers dans les termes suivants: « Le droit des gens classique demandait pour la validité d'une expropriation d'un étranger que celle-ci soit faite pour cause d'utilité publique, dans les cas et la manière établis par la loi, et moyennant le paiement d'une indemnité juste et préalable. Cette norme fut réaffirmée par la pratique des États, les cours et la doctrine... », «La crise et les transformations du droit des gens», 88 R.C.A.D.I., (1955-II), pp. 1-104, 93. Voir dans le même sens B. A. Wortley, «Problèmes soulevés en droit international privé par la législation sur l'expropriation», 67 R.C.A.D.I., (1939-I), pp. 341-427; Marcel Sibert, «La guerre civile d'Espagne et les droits des particuliers», 41 R.G.D.I.P. (1937), 505, 533.

3-Standard minimum et principes généraux du droit

Les principes généraux sont présents dans tout système de droit. Il s'agit des principes directeurs qui donnent la coloration voulue aux règles plus détaillées établies et qui, en l'absence de telles règles, jouent un rôle supplétif. C'est ce que rappelle Bin Cheng en écrivant que

*«both in municipal law and in international law they are the cardinal principles of the legal of the legal system, in the light of which rules of law are interpreted and applied. They are also applied to concrete cases in default of specific rules.»*⁵⁴⁵

On rappellera que l'article 38 (1) (c) du Statut de la C.I.J. fait de ces principes une des sources du droit international public⁵⁴⁶. Nous ne croyons pas pouvoir présenter, ici, une liste exhaustive de ces principes. Nous pouvons, cependant, souligner que certains auteurs les ont étudiés d'assez près.

Ainsi, par exemple, Claude Emmanuelli avait, sur la base de la jurisprudence et de la doctrine, identifié et énuméré deux catégories de principes généraux applicables en droit international: les principes généraux tirés des droits internes des différents États, et les principes généraux propres au droit international⁵⁴⁷. Il s'agit, d'une part, quant aux principes généraux tirés des droits

⁵⁴⁵—«General Principles of Law as a Subject for International Codification», 4 C.L.P. (1951), p. 39.

⁵⁴⁶—Voir sur ce point, entre autres, Ignaz Seidl-Hohenveldern qui écrivait: «[...] A [...] serious objection could be found in the fact that international law may not offer sufficient appropriate rules for the solution of disputes arising out of such contracts, rules like *pacta sunt servanda* and *rebus sic stantibus* being too rudimentary. The objection, however, cannot be opposed to a contract, which according to its clauses shall be governed by general principles of law. Comparative law is able to deduce from the domestic laws of the States members of the international community as many general principles as required to solve any dispute. However, the Statute of the ICJ declares, that general principles are one of the source of international law. Thus, any reference to «international law» may be interpreted as including a reference to general principles. Hence, a clause stating that such a contract shall be governed by «international law» likewise will be susceptible of leading to workable solutions.», «The Theory of Quasi-International and Partly International Agreements», 11 R.B.D.I. (1975), 567, 569.

⁵⁴⁷—Droit international public, tome 1: les fondements, les sources, les États, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1990 (La Collection bleue), pp. 89 et 90, n° 203 à 207. De son côté Wolfgang Friedmann classe ces principes suivant leur domaine et leur effet. Il en dégage ainsi trois catégories: «(1) principles of approach and interpretation to legal relationship of all kind; (2) minimum

internes des différents États, des principes de la bonne foi, de l'équité, de l'*estoppel* qui relève des deux premiers, de l'abus de droit, des droits acquis, de l'enrichissement sans cause, du comportement raisonnable qui tient de l'équité, de l'autorité de la chose jugée et des mains propres (*clean hands*)⁵⁴⁸. Quant aux principes généraux, nettement spécifiques au droit des gens, il s'agit, notamment, des principes de l'égalité souveraine des États, de la primauté du droit international sur le droit interne, de la continuité de l'État, de l'épuisement préalable des recours internes⁵⁴⁹.

À cette liste, on peut ajouter les principes *pacta sunt servanda*, *nemo iudex in sua causa*, *auditor et altera pars*⁵⁵⁰ et la clause *omnino conventio intelligitur rebus sic stantibus* ou, plus simplement, clause *rebus sic stantibus*⁵⁵¹. Cette dernière règle, propre au droit des traités, n'est pas restée sans prolongement dans les relations, strictement, commerciales encore qu'elle y soit reçue avec beaucoup de circonspection. Ainsi dans l'affaire C.C.I. 1512 (1971) qui opposait une banque

standards of procedural fairness; (3) substantive principles of law sufficiently widely and firmly recognised in the leading legal systems of the world to be regarded as international legal principles.», *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens and Sons, 1964, p. 196. Voir aussi sur les principes généraux du droit international Hanna Bokor-Szegö, «Les principes généraux du droit», Dans Mohammed Bedjaoui, *Droit international. Bilan et perspectives*, Tome 1, op. cit., pp. 223-230.

⁵⁴⁸-pour faire bonne mesure le droit international public n'admet l'exercice de la protection diplomatique que si la personne protégée est sans reproches, et n'est donc pas elle-même fautive. C'est la règle de *clean hands* d'origine anglo-saxonne qui a été reçue par le droit international, entre autres, dans l'affaire *I'm alone* (Canada-États-Unis, 1935). La Commission spéciale chargée du règlement de ce différend avait décidé un refus de dédommagement pour un bateau battant pavillon canadien coulé par la marine américaine en raison de son activité illégale de contrebande de boissons alcooliques. Elle avait, par contre, consenti une réparation pour les dommages soufferts par les membres de l'équipage, *Rapports des 30 Juin 1933 et 5 Janvier 1935*, III R.S.A.N.U., 1609. Voir aussi sur ce point les analyses de Louis Delbez, *Les principes du contentieux international*, op. cit. n° 521, pp. 195-197.

⁵⁴⁹-Claude Ermanuelli, *Droit international public, tome 1: les fondements, les sources, les États*, op. cit. note n° 601, pp. 89 et 90, n° 203 à 207.

⁵⁵⁰-W. Friedmann, *The changing Structure of International Law*, op. cit. note n° 727, p. 196.

⁵⁵¹-Nguyen, Daillier et Pellet, *Droit international public*, op. cit. note n° 217, § n° 375, p. 286.

pakistanaise à une société indienne au sujet de l'inexécution d'une garantie par la Banque en faveur de la société, l'arbitre avait statué comme suit:

«[...] Quelle que soit l'opinion ou l'interprétation des juristes des différents pays en ce qui concerne le "concept" de modification des circonstances comme excuse d'une non-exécution, ils s'accorderont sans doute sur la nécessité de limiter l'application de la soi-disant doctrine "*Rebus sic stantibus*" (quelquefois visée par les expressions "*frustration*", "*force majeure*", "*imprévision*", et autres termes similaires) à des cas où des raisons contraignantes le justifient, en considérant non seulement le caractère fondamental des modifications, mais aussi le caractère particulier des contrats en cause, des exigences de loyauté et d'équité et toutes les circonstances de l'affaire.»⁵⁵²

Selon une autre étude, présentée par le professeur Weil, plusieurs sentences arbitrales intervenues en matière de contrats d'État, ont contribué à fixer le contenu de plusieurs principes généraux du droit. Ainsi, l'enrichissement sans cause a été sanctionné dans la sentence *Lena Goldfields*, la force obligatoire des contrats a été affirmée par les sentences *Aramco*, *Liamco*, *Sapphire*, *Texaco*, *B.P.* et *Revere Copper*; le principe de l'exception d'inexécution a été précisé dans la sentence *Sapphire*; la sanction de l'inexécution a été développée par les sentences *B.P.*, *Texaco* et *Liamco*; l'effet relatif des contrats et le respect des droits acquis par la sentence *Aramco*⁵⁵³. Comme principes généraux dont le respect s'impose en matière d'investissement la sentence *Liamco* a dégagé les suivants:

*«the principles of the sanctity of property and contracts, the respect of acquired right vested rights, the prohibition of unjust enrichment, the obligation of compensation in cases of expropriation and wrongful damage. [...]»*⁵⁵⁴

On aura constaté que ces règles ne proviennent pas que du droit international public. C'est que, dans la matière des investissements, les principes de droit international public et ceux provenant

⁵⁵²-101 J.D.I. (1974), 904, observations Yves Derains, 907; voir aussi à propos de ce principe Charles-Alexandre Kiss, *Répertoire de la Pratique Française en matière de droit international public*, volume 1, Paris, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1962, n° 763, pp. 381 et s..

⁵⁵³-Prosper Weil, «Principes généraux du droit et contrat d'État», *Mélanges Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 387-414 à pp. 413 et 414.

⁵⁵⁴-20 I.L.M. (1981) p. 72.

du droit du commerce international sont couramment associés. Pour les partisans de la *lex mercatoria*⁵⁵⁵, il n'y a là rien que de très normal⁵⁵⁶.

Notons, enfin, que le développement de ces principes est toujours en cours. Ainsi, par exemple, nous pouvons noter, l'obligation de conseil due par le professionnel (c'est-à-dire la société transnationale), à l'État d'accueil cocontractant, dégagée par la première sentence rendue par un tribunal C.I.R.D.I. dans l'**Affaire Klöckner**⁵⁵⁷. Bien que cette sentence fût annulée, ce point n'avait pas fait l'objet d'une contestation particulière⁵⁵⁸. D'ailleurs, on retrouve une confirmation de cette même règle dans la sentence du 14 avril 1986, rendue par un autre tribunal C.I.R.D.I. dans l'**affaire Atlantic Triton c. République de Guinée**⁵⁵⁹. Par ailleurs, on a assisté récemment, avec l'**affaire CCI n° 6219/ 1990**⁵⁶⁰, à une affirmation de l'obligation pour une entreprise transnationale créancière d'un État en difficultés financières, de renégocier les échéances de sa créance avec son débiteur. Cette décision parle clairement de l'obligation, pour les parties, de se «concerter et de coopérer activement pour rechercher les moyens de [...] surmonter» les difficultés qui se présentent dans le cours de la relation née du contrat d'État.

Mais, comme nous l'avons rappelé plus haut⁵⁶¹, dans le domaine des investissements, les règles du droit international général ont été développées, avant tout, pour assurer la protection de la propriété privée étrangère. Néanmoins, à y regarder de plus près, on y découvre des règles qui

⁵⁵⁵-Voir supra note n° 307.

⁵⁵⁶-Ibid..

⁵⁵⁷-Sentence C.I.R.D.I. du 21 Octobre 1983, 111 *J.D.I.* (1984), 409, et observations Emmanuel Gaillard.

⁵⁵⁸-114 *J.D.I.* (1987), 139.

⁵⁵⁹-115 *J.D.I.* (1988), 181, observations Emmanuel Gaillard, spécialement à 182.

⁵⁶⁰-117 *J.D.I.* (1990), 1047, observations Yves Derains, 1050 et 1051.

⁵⁶¹-Voir supra, p. 179.

protègent aussi les États d'accueil d'investissement dans leurs relations, parfois très pénibles, avec de puissantes sociétés transnationales.

SECTION IV: LE DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL ET LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DU PAYS D'ACCUEIL D'INVESTISSEMENT ÉTRANGER

Les règles du droit international général, favorables aux intérêts des États d'accueil d'investissements étrangers, peuvent être classées en deux catégories. Il y a, d'une part, celles qui, d'un point de vue général, garantissent la souveraineté et l'indépendance de tout État. Il y a, en outre, dans le domaine strict du droit des investissements, les règles spécifiques dont peut se prévaloir l'État d'accueil en cas de litige.

1-Le droit international général et la protection des pays faibles d'un point de vue général

D'une façon générale, on admet que le droit international général n'est pas totalement négatif au regard des intérêts des pays en développement. Ainsi, lors des travaux préparatoires de la Charte des droits et devoirs économiques des États (C.D.D.É.), certains des délégués du groupe des 77 avaient revendiqué l'abolition des normes de la responsabilité internationale des États qui seraient contraires à leurs intérêts. On sait que ces normes avaient été formées avant l'accession à la souveraineté internationale de la plupart de ces États. Cependant, en réponse à cette demande, Jorge Castañeda, qui présidait les travaux, souligna à leur attention que «cette position saperait la base même de l'ordre international et aurait comme résultat final d'instaurer la loi du plus fort.»⁵⁶² Castañeda ajouta qu'un certain nombre de ces règles, d'origine coutumière, protègent surtout les pays faibles. Il cita dans ce sens l'exemple du principe de non-intervention.⁵⁶³

⁵⁶²-«La Charte des Droits et Devoirs Économiques des États. Note sur son processus d'élaboration», loc. cit. note n° 354, p. 55.

⁵⁶³-Ibid.

En fait, ce constat n'est pas nouveau. Les internationalistes les plus éminents du passé avaient toujours relevé que, lorsqu'un État faible se laisse aller à subir l'exercice de la protection diplomatique par un État plus fort, il y perd toujours plus qu'en acceptant l'office d'un juge ou d'un arbitre international. Dans ce sens, Louis Renault écrivait en 1904 que, lorsqu'un gouvernement qui a pris la défense de son ressortissant contre un autre État ne peut obtenir un règlement par des voies pacifiques, il finit par recevoir, grâce à des pressions, une compensation plus importante que le dommage déploré⁵⁶⁴. Il va de soi que c'est l'État faible qui a à craindre d'une partie de bras de fer de ce type⁵⁶⁵. Mais il peut aussi, en recherchant la protection du droit international, éviter cette alternative.

En dehors de ces considérations rapides, et très générales, nous devons surtout noter que le droit international offre aux pays en développement, qui accueillent des investissements étrangers, des règles qui peuvent se révéler très efficaces pour la défense de leurs intérêts.

2-Le droit international général et l'intérêt des pays d'accueil dans le domaine de la protection des biens et investissements étrangers

Quelles que soient les réserves que l'on pourrait entretenir envers le droit international général, il est constant, qu'en matière de protection des investissements, il reconnaît, entre autres, à l'État d'accueil:

- le droit d'exproprier et de nationaliser, sous réserves de certaines conditions de forme et de fond;
- la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles, sous réserves des discussions qui entourent la portée de cette souveraineté lorsque, notamment, l'État est lié par des engagements conventionnels ou contractuels;

⁵⁶⁴ - «S'il ne peut obtenir satisfaction à l'amiable, il usera de pression, recourra quelquefois à la force et trop souvent le montant de l'indemnité obtenue dépassera le dommage réel. L'arbitrage rendrait ici de grands services en donnant promptement une solution équitable», Préface en date du 24 Octobre 1904 à I R.A.I., 1905, p. ix. (Nous avons souligné).

⁵⁶⁵ - Voir *infra*, pp. 313 et s..

- la règle de l'épuisement des recours internes en cas de litige⁵⁶⁶;
- la règle du consentement aux procédures judiciaires ou arbitrales internationales.

Certes des divergences graves subsistent entre les pays en développement et les pays développés sur le problème de l'indemnisation en cas d'expropriation ou de nationalisation, notamment, sur le mode d'évaluation de l'indemnité. Des divergences demeurent aussi quant à l'étendue de la souveraineté permanente reconnue à l'État. Nous devons néanmoins retenir, que dans l'attente d'un développement adéquat du droit conventionnel, ces règles constituent une garantie pour l'État d'accueil d'un investissement international litigieux.

Par ailleurs, grâce aux efforts de la doctrine et au développement de la jurisprudence arbitrale, le droit international général n'est pas resté statique. Il s'enrichit constamment de l'apport des principes généraux. Certains de ces principes sont susceptibles d'aller à l'avantage réciproque des investisseurs étrangers et des pays d'accueil en développement. Ainsi, des principes tels que ceux de bonne foi, d'équité, et des mains propres (*clean hands*), du comportement raisonnable, de l'*estoppel*, que nous avons mentionnés ci-dessus⁵⁶⁷, peuvent, en cas de différend sur un problème de nationalisation, d'expropriation ou d'indemnisation, jouer aussi bien en faveur de l'État d'accueil que de l'investisseur.

D'autres principes, développés récemment par la jurisprudence arbitrale, s'adressent directement à la protection des intérêts des pays du Tiers-Monde qui traitent avec des sociétés transnationales. Nous pouvons retenir, dans ce sens, l'obligation de conseil due par le professionnel à son cocontractant étatique décidée, sous l'égide du C.I.R.D.I., dans les sentences des Affaires Klöckner⁵⁶⁸ et Atlantic Triton c. République de Guinée⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶-Lavie, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique*, op. cit., note n° 2, pp. 177 à 179.

⁵⁶⁷-Voir *supra*, pp. 202 et s..

⁵⁶⁸-Sentence C.I.R.D.I. du 21 Octobre 1983; 111 *J.D.I.* 1984, 409 et observations Emmanuel Gaillard à 114 *J.D.I.* (1987), 139.

Par ailleurs, bien qu'elle ne concernait pas spécifiquement un investissement direct étranger, la sentence de l'affaire CCI n° 6219/ 1990, touche néanmoins directement au problème capital de la renégociation des contrats entre un État et une filiale de société transnationale. Dans cette affaire, un État africain désigné par «X», le défendeur, s'était retrouvé en difficulté pour honorer une dette née d'un crédit de fourniture de matériel de marchés publics. L'entreprise créancière, désignée par «Y», avait été incorporée au Barhein. L'arbitre décida qu'

«en présence de la quasi-cessation des paiements de l'État X, Y [c'est-à-dire la société] était tenue de rechercher de bonne foi, avec sa débitrice publique, les voies et moyens d'un aménagement des échéances de sa créance.- Cette obligation découle d'abord des termes du contrat [...] Cette obligation découle en outre des principes généraux du droit du commerce international [...] qui imposent aux parties, lorsque l'exécution du contrat se heurte à de graves difficultés, de se concerter et de coopérer activement pour rechercher les moyens de les surmonter.»⁵⁷⁰

Les arbitres se sont donc refusés à se borner à la règle de l'effet obligatoire des conventions. Certes, ils ont aussi visé dans ces motifs les «termes du contrats». Mais, on aura également noté leur référence aux «principes généraux du droit du commerce international».

*

Sur la base de ces développements, nous pensons que, malgré les réserves que pourrait susciter le droit international général trop marqué pour la défense des investisseurs, on devrait néanmoins s'y rapporter en vue de suppléer au vide actuel du droit conventionnel. Nous ne sommes pas entrain de proclamer, ce faisant, la restauration pure et simple d'un droit décrié par un grand nombre de ses sujets. Nous n'affirmons pas que ce droit suffirait, à lui seul, à régler tous les problèmes qu'impliquent le traitement et la protection des investissements internationaux. Mais, face aux besoins de promotion de l'investissement international pour les pays en développement, face à l'échec du droit international du développement dans ce domaine, face aux difficultés rencontrées par l'élaboration du Code de conduite des Nations Unies sur les entreprises transnationales, face au développement encore insuffisant du droit conventionnel bilatéral, face

⁵⁶⁹-115 J.D.I. (1988), 181, observations Emmanuel Gaillard, spécialement à 182.

⁵⁷⁰-117 J.D.I. (1990), 1047, observations Yves Derains, 1050 et 1051.

au domaine limité de la mise en œuvre de la théorie de l'«internationalisation», il semble bien que le droit international puisse toujours offrir des éléments valables de résolution des litiges. Nous croyons avoir montré, qu'il peut les offrir tant à l'avantage des entreprises transnationales que de leurs partenaires étatiques du Tiers-Monde. Ce droit est d'ailleurs constamment enrichi par l'apport du développement des techniques et principes du droit du commerce international, dû aux efforts de la doctrine et à l'oeuvre des tribunaux arbitraux internationaux. Si comme nous le pensons, ces analyses sont reçues comme raisonnables, il ne resterait plus qu'à considérer les problèmes relevant de l'organisation du contentieux. Là également, bien que les progrès actuels soient tout à fait nets et considérables, nous voudrions suggérer une possibilité supplémentaire d'enrichissement du droit.

TITRE II: LE PROBLÈME DE L'ÉLARGISSEMENT DES RECOURS ARBITRAUX DANS LE CONTENTIEUX DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

Si le droit international conventionnel couvrait déjà, de ses effets protecteurs, l'ensemble des relations d'investissement établies entre entreprises étrangères et pays en développement, les analyses qui suivent seraient, pour l'essentiel, de pures spéculations. Mais, malheureusement, ce n'est pas encore le cas. Cela est malheureux car, il faut le reconnaître franchement, le renvoi au droit international général pour suppléer au développement encore insuffisant du droit conventionnel des investissements, ainsi qu'aux limites de la théorie de l'«internationalisation» par contrat d'État, recèle elle aussi une insuffisance: il ne règle pas, par lui-même, le problème de l'organisation du contentieux. Bien sûr, il est possible de qualifier ce problème d'étranger à celui des règles de fond. Mais, il est tout de même capital. Car si nous l'excluons de nos présentes réflexions, nous ferions moins bien que le droit conventionnel ou contractuel de la protection des investissements dont nous avons déploré les limites. À quoi bon, en effet, disposer d'un système de règles de fond sans aucun organe de sanction? Comme l'a écrit Timberg

*«the mere opportunity to assert and claim substantive legal rights is a futile exercise, unless accompanied by effective legal remedies and procedures. As international lawyers, however, we have too prone to confuse ethical and moral judgements with legal rights, divorced from tangible legal remedies and appropriate administrative procedures»*⁵⁷¹.

En fait, nous avons un point d'appui important à ce tournant délicat de nos analyses: le développement récent du contentieux international de l'investissement est remarquable. Il autorise, si comme nous le proposons l'écueil de l'incertitude des règles de fond était levée, un optimisme raisonnable quant à la résolution du problème du contentieux. Nous allons donc

⁵⁷¹—«Wanted: Administrative Safeguards for the Protection of the Individual in International Economic Regulation, 17 Administrative Law Review (1965), 159, 166 et 167 cité par Richard B. Lillich, *The Protection of Foreign Investment. Six Procedural Studies*, Syracuse, N.Y., Syracuse University Press, 1965, p. 189. Et le mieux serait, bien évidemment de disposer dans ce domaine de juridictions internationales. C'est dans ce sens qu'avaient jugé les arbitres de l'affaire *Trail Smelter*, en avançant que «international relations based on law and justice require arbitral or judicial adjudication of international disputes» (États-Unis c. Canada, sentence des 16 Avril 1938 et 11 Mars 1941, III R.S.A.N.U., p. 1905, à p. 1950).

présenter ces progrès du contentieux international des investissements. Cela étant, nous nous proposons aussi d'aller encore plus loin, le plus loin possible dans notre volonté d'aider à répondre aux besoins de capitaux des pays en développement en assurant la sécurité juridique de ces capitaux. À ce sujet, en dehors de la préférence que l'arbitrage a traditionnellement reçue dans ce domaine⁵⁷² et qui avait déjà, entre autres, conduit à l'avènement du C.I.R.D.I., des considérations actuelles, ou réactualisées, orientent toujours vers ce mode de règlement de conflit (CHAPITRE II). Dans ce sens, nous pensons que le mécanisme du C.I.R.D.I. gardera toujours une place cardinale. Il pourrait même s'enrichir de la règle de la décision préalable, connue dans le droit administratif français et les systèmes nationaux qui s'en inspirent. Ainsi, en définitive, le système que nous proposons tend à unifier droit international général et droit international conventionnel (CHAPITRE III). Mais avant d'en arriver là, il conviendra de rappeler, et de présenter, l'évolution récente du contentieux international de l'investissement (CHAPITRE I).

⁵⁷²-Jean-Flavien Lalive, «Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développement», 181 *R.C.A.D.I.* (1983-III), pp. 63 et s.

CHAPITRE I: L'ÉVOLUTION RÉCENTE DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

La protection juridique des investissements internationaux ne peut se passer de la résolution des problèmes tenant au contentieux. À cet effet, en dehors du mécanisme du C.I.R.D.I., qui se trouve actuellement en phase active, de nombreux autres progrès ont été enregistrés, depuis quelques décennies, dans ce domaine. Il s'agit, notamment, de la limitation de l'immunité de juridiction et d'exécution des États en droit interne, de la soumission des actes des gouvernements étrangers (*Act of State Doctrine*) à la juridiction du juge interne, et du développement de l'arbitrage commercial international.

SECTION I: LA LIMITATION DE L'IMMUNITÉ DE JURIDICTION DES ÉTATS

Nous évoquerons l'évolution récente de la règle de l'immunité des États dans la doctrine et dans la jurisprudence après la présentation du concept, et de sa double ramification en immunité de juridiction et d'exécution.

1-Présentation du concept d'immunité

L'immunité est «le droit pour un État, et pour les détenteurs de sa souveraineté, de ne pas avoir de compte à rendre de leurs actes aux autorités d'autres États.»⁵⁷³ L'immunité que nous considérons ici, et qui se distingue des immunités diplomatiques dont bénéficient les

⁵⁷³-Günter Dressler, *L'immunité de juridiction et d'exécution des États étrangers devant la juridiction nationale*, Thèse n° 639, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1978, p. 5.

représentants officiels d'un État⁵⁷⁴, se rapporte soit aux procédures judiciaires, soit à l'exécution forcée.

En vertu de l'immunité de juridiction, un État souverain n'est pas justiciable des tribunaux de l'État du for. Le *Par in parem non habet imperium* des monarques du Moyen-Âge a ainsi donné le *Par in parem non habet jurisdictionem*⁵⁷⁵. Quant à l'immunité d'exécution, elle préserve les biens mobiliers ou immobiliers d'un État étranger, de toute mesure d'exécution forcée d'un jugement qui a acquis l'autorité de la chose jugée, ou de tout autre acte exécutoire⁵⁷⁶.

Nous ne considérerons ici que l'immunité de juridiction, bien que l'étude des deux catégories d'immunité aillent souvent ensemble. Nous pensons, en effet, qu'avant l'exécution d'une décision, le partenaire privé d'un État souverain devrait d'abord pouvoir obtenir un titre devant une juridiction compétente et accessible.

De la constitution de l'État souverain jusqu'au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, c'est la théorie de l'immunité absolue de l'État qui était de mise, tant dans la théorie que dans la jurisprudence. La doctrine, dite «classique», et la pratique donnèrent, en effet, un appui marqué à cette conception de l'immunité pour, faisait-on entre autres valoir, éviter des conflits de souveraineté⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴-Sur cette distinction entre les deux catégories d'immunité voir sur ce point Jean J.A. Salmon, «Les relations entre l'immunité de juridiction de l'État et les immunités diplomatiques et consulaires (à propos du projet de convention du Conseil de l'Europe sur l'immunité des États)», dans Centres de droit international de l'Institut de Sociologie de l'Université de Bruxelles et de l'Université de Louvain, *L'immunité de juridiction et d'Exécution des États. À propos du projet de Convention du Conseil de l'Europe. Actes du Colloque conjoint des 30 et 31 janvier 1969*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, pp. 73-115; voir aussi, entre autres, Nguyen, Daillier et Pellet, *Droit international public*, op. cit. note n° 217, §§ n°470 et s., pp. 660 et s..

⁵⁷⁵-Günter Dressler, *L'immunité de juridiction et d'exécution des États étrangers devant la juridiction nationale*, op. cit. note n°573, pp. 5 et 9.

⁵⁷⁶-Ibid., p. 187.

⁵⁷⁷-Ibid., pp. 16 et 17; parmi les auteurs contemporains qui soutiennent cette approche on peut citer l'anglais Gerald Gray Fitzmaurice, «State Immunity from Proceedings in Foreign Courts», XIV BYIL 1933, p. 101; le grec Georges C.

Mais la doctrine classique a été par la suite combattue avec succès et supplantée par la «théorie moderne» de l'immunité limitée ou restreinte⁵⁷⁸.

2-La doctrine et l'immunité limitée

L'objectif de la théorie de l'immunité restreinte, est de soustraire la reconnaissance de l'immunité à la personne de l'État souverain auteur d'un acte, pour l'attacher à la nature de cet acte. Elle revient

«à chercher dans la nature intrinsèque de l'acte et non dans l'identité de son auteur, le critère de l'immunité de juridiction. Elle substitue à l'immunité *in personam*, consentie à la personne de l'État étranger quelle que soit la nature ou la finalité de ses activités, une immunité accordée *in rem*, eu égard à l'acte posé par la personne de droit international.- C'est *ratione materiae*, et non *ratione personae*, qu'est accordée l'immunité [...]»⁵⁷⁹

Aujourd'hui, dans l'attente de la suite que réservera l'Assemblée Générale des Nations Unies (A.G.N.U.) au *Projet d'articles de la Commission de Droit International des Nations Unies sur les immunités des États* adopté le 7 Juin 1991 par la Commission du Droit International (C.D.I.)⁵⁸⁰ on en est encore au plan strictement international, outre bien entendu les législations

Ténékidès, «L'immunité de juridiction des États étrangers», *R.G.D.I.P.* 1931, pp. 608-632, à p. 615, et l'américain Charles G. Fenwick, *International Law*, 3d Ed. Revised and Enlarged, New York, Appleton-Century-Crofts, Inc., 1962, p. 307.

⁵⁷⁸-Dressler, *L'immunité de juridiction et d'exécution des États étrangers devant la juridiction nationale*, op. cit. note n° 573, p. 19; Charles de Visscher, «Les gouvernements étrangers en justice», *Revue de droit international et de législation comparée*, 1922, pp. 149-170, 300-335, à p. 312; George Grenville Phillimore, «Immunité des États au point de vue de la juridiction ou de l'exécution forcée», 8 *R.C.A.D.I.*, 1925-III, pp. 417-480.

⁵⁷⁹-Paul De Visscher et Joe Verhoeven, «L'immunité de juridiction de l'État étranger dans la jurisprudence belge et le projet de Convention du Conseil de l'Europe», dans *Centres de droit international de l'Institut de Sociologie de l'Université de Bruxelles et de l'Université de Louvain, L'immunité de juridiction et d'Exécution des États. A propos du projet de Convention du Conseil de l'Europe. Actes du Colloque conjoint des 30 et 31 janvier 1969, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie*, p. 49, n° 13.

⁵⁸⁰-Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa quarantième session, Assemblée Générale, Documents Officiels: 46^e session, Supplément n° 10 (A/46/10), p. 11; voir aussi les commentaires de Catherine Kessedjian et Christoph Schreuer, «Le projet d'articles de la Commission de Droit International des Nations Unies sur les immunités des États», 96 *R.G.D.I.P.* (1992), 299, et de D.W. Greig, «Specific Exceptions to Immunity under the International Law Commission's Draft Articles», 38 *I.C.L.Q.* (1989), 560.

et jurisprudences nationales à incidence interétatique et la *Convention européenne sur l'immunité des États et son Protocole additionnel*⁵⁸¹, aux constructions doctrinales. À cet effet, une des contributions les plus récentes dans ce domaine est, sans doute, le projet de Convention sur l'immunité des États élaboré par l'*International Law Association (ILA)*. Ce projet, intitulé *ILA Montreal Draft Articles for a Convention on State Immunity*, a été adopté à la Conférence de l'Association à sa conférence tenue à Montréal en 1982. Il dispose notamment:

Article II:

In general, a foreign State shall be immune from the adjudicatory jurisdiction of a forum State for acts performed by it in the exercise of its sovereign authority, i.e. jure imperii. It shall not be immune in the circumstances provided in Article III.

Article III:

A foreign State shall not be immune from the jurisdiction of the forum State to adjudicate in the following instances inter alia

A. Where the Foreign State has waived its immunity from the jurisdiction of the forum State either expressly or by implication. A waiver may not be withdrawn except in accordance with its terms. [...]

B. Where the cause of action arises out of:

1. A commercial activity carried on by the foreign State; or

2. An obligation of the foreign State arising out of a contract (whether or not a commercial transaction but excluding a contract of employment) unless the parties have otherwise agreed in writing.

[...]

G. Where the cause of action relates to rights in property taken in violation of international law and that property or property exchanged for that property is:

1. In the forum State in connection with a commercial activity carried on in the forum State by the foreign State; or

2. Owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign State and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the forum State.»⁵⁸²

Mais, en dépit des efforts de la doctrine et de la Commission du Droit International (C.D.I.), il n'existe aucune réglementation internationale sur le problème de l'immunité, en dehors de la sphère régionale européenne. Pour le moment, la doctrine de l'immunité restreinte des États s'est surtout généralisée dans les législations et jurisprudences nationales⁵⁸³.

⁵⁸¹-Bâle, 16 Mai 1972, *Annuaire Européen*, 1972, 299, version anglaise dans 11 I.L.M. 470 (1972).

⁵⁸²-Resolution n° 6 1982, I.L.A., *Report of the Sixtieth Conference held at Montreal* (August 29th 1982 to September 4th 1982, 1983, pp. 5 à 10.

⁵⁸³-Pour certains praticiens du droit et acteurs internationaux la meilleure précaution à observer dans ce domaine demeure la limitation conventionnelle de l'immunité de l'État. Ainsi, par exemple, dans le compromis d'arbitrage intervenu le 17 Juin 1990 dans l'affaire *Lafico c. Burundi* il était stipulé à l'article 11 (2) que «les Parties renoncent à se prévaloir de l'immunité de juridiction et d'exécution [...]», 23 R.B.D.I. 1990, n° 6, 522.

Mais, elle commence aussi par s'établir, avec solidité, dans les arbitrages internationaux. L'examen du droit interne de quelques pays exportateurs de capitaux et celui de quelques sentences arbitrales internationales seront pour nous des plus instructifs dans ce domaine.

3-L'évolution de la doctrine de l'immunité de juridiction des États dans les droits internes et dans l'arbitrage commercial international

La doctrine de l'immunité restrictive des États s'est progressivement imposée dans les droits internes des pays exportateurs de capitaux à partir surtout du début des années 1970. Cette évolution générale s'était aussi déployée dans l'arbitrage commercial international.

3.1-L'évolution de la doctrine de l'immunité dans les droits internes de quelques pays exportateurs de capitaux

La doctrine classique de l'immunité absolue, avait reçu une consécration remarquée dans une décision rendue par la Cour Suprême des États-Unis dans l'affaire *The Schooner Exchange c. McFaddon and Others*⁵⁸⁴. Était en cause dans cette décision, rendue en faveur de l'État français, un navire de guerre. Il a été statué dans le même sens par la Cour de Cassation de France dans plusieurs affaires à partir de 1849⁵⁸⁵.

La doctrine de l'immunité absolue avait bien failli être mise en échec en Angleterre au XIX^e, siècle à l'occasion de l'affaire *The Parlement Belge*. L'État belge, propriétaire du bateau en cause y invoquait son immunité de juridiction dans un procès en responsabilité né d'un abordage. En réponse à ce moyen, la *Probate, Divorce and Admiralty Division*, une juridiction de premier degré, avait décidé par un jugement des 25 et 15 Mars 1879 que dans la mesure où,

⁵⁸⁴-1812, *U.S. Supreme Court Reports*, Edition of the Lawyers' Co-operative Publishing Co. 1882, vol. VII, 287; W. Cranch, *Reports of Cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States*, vol. VII, 3^e éd., New York, Banks Law Publishing, 1911, p. 135.

⁵⁸⁵-Sur l'ensemble de l'évolution en France voir Gamal Moursi Badr, *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984; pp. 34 et s..

concurrentement avec sa mission de service public de transport de courrier postal d'Ostende à Douvres, le bateau en cause transportait aussi des passagers et du frêt, il y avait une activité commerciale faisant perdre son immunité à l'État propriétaire. Mais ce jugement avait été annulé en Appel⁵⁸⁶. La jurisprudence d'exclusion de l'immunité restreinte de la *Court of Appeal* dans *The Parlement Belge* a été, reprise plus tard, notamment, en 1938 dans l'affaire *The Christina* par la Chambre des Lords⁵⁸⁷.

En fait, seules l'Italie et la Belgique avaient excepté, très tôt, à la tendance générale⁵⁸⁸. Ces deux pays sont vus comme des précurseurs dans l'application de l'immunité limitée de juridiction des États⁵⁸⁹. En effet si, en définitive, l'affaire du *Parlement Belge* n'avait pas pu marquer l'instauration de l'immunité limitée en Angleterre, la jurisprudence l'imposa presque à la même époque dans ces deux pays de l'Europe continentale. Ainsi dès 1887, la Cour d'Appel de Lucques en Italie avait refusé l'immunité au Bey de Tunis pour cause d'exercice d'une activité commerciale dans l'affaire *Hampsohn c. Bey di Tunisi ed Erlanger*⁵⁹⁰. La Cour de Cassation

⁵⁸⁶-*British International Cases*, vol. 3, p. 305 et 322. Mais, comme témoignage d'une évolution lente mais certaine des idées à l'époque, la Cour d'appel avait prononcé cette sanction pour le motif que l'activité de service public du bâtiment en cause était prépondérante par rapport à celle pouvant être qualifiée de commerciale. Autrement dit, à défaut de cette prépondérance la Cour d'Appel aurait peut-être confirmé la décision entreprise. La justice anglaise était cependant demeurée jusqu'à une époque très récente plutôt attachée à la plénitude de l'immunité des États, Ignaz Seidl-Hohenveldern, «L'immunité de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales», dans Institut des Hautes Études Internationales de Paris, *Droit international* 1, Paris, Pedone, 1981, pp. 109-167, à p. 112.

⁵⁸⁷-[1938] A.C. 485.

⁵⁸⁸-Dressler, *L'immunité de juridiction et d'exécution des États étrangers devant la juridiction nationale*, op. cit. note n° 573, pp. 7 et s.; François Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, p. 222.

⁵⁸⁹-Paul De Visscher et Joe Verhoeven, «L'immunité de juridiction de l'État étranger dans la jurisprudence belge et le projet de Convention du Conseil de l'Europe», loc. cit. note n° 579, pp. 35-71, pp. 38 et s. pour la jurisprudence belge.

⁵⁹⁰-Arrêt du 14 Mars 1887, 26 A.J.I.L. (1932), Suppl., p. 713.

de Belgique statua dans le même sens dans l'affaire *Société anonyme des chemins de fer liégeois-luxembourgeois c. État néerlandais*⁵⁹¹.

Louis Delbez avait entrevu, dès 1962, l'évolution nécessaire qui avait abouti très progressivement, à partir des années 1970 au développement décisif et à la généralisation de la pratique de l'immunité restreinte⁵⁹² dans les pays occidentaux de même que sa codification conventionnelle⁵⁹³ et législative dans maints de ces pays⁵⁹⁴. Mais cette évolution n'a pas toujours été sans difficultés.

Ainsi, par exemple, au Canada, la Cour Suprême avait sanctionné en 1967 le rejet de l'immunité décidé par les Cour Supérieure et d'Appel du Québec dans l'affaire *Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne*. Dans ce litige, le sieur Jean Venne, architecte, avait fait des études préliminaires et préparé un plan pour la construction du pavillon de l'État du Congo, dans le cadre de l'Exposition Universelle de 1967 à Montréal. L'État avait, par la suite, renoncé au projet sans avoir désintéressé son cocontractant des services rendus. Contrairement aux juridictions québécoises, la Cour suprême du Canada avait trouvé, dans le projet en cause, un acte souverain d'État justifiant le bénéfice de la pleine immunité à l'État

⁵⁹¹-Arrêt du 11 juin 1903, *Pasicrisie belge* 1903 I 294. Sur ce dernier arrêt ainsi que sur l'arrêt italien *Bey di Tunisi* voir aussi Seidl-Hohenveldern, «L'immunité de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales», op. cit. n° 939, p. 112, note n° 12 et Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, op. cit. note n° 192, p. 223. Rigaux rappelle dans son ouvrage le caractère pionnier du second arrêt dans le développement de l'immunité limitée des États.

⁵⁹²-*Les principes généraux du contentieux international*, op. cit. note n° 521, p. 59.

⁵⁹³-*Convention européenne sur l'immunité des États et Protocole additionnel* (Bâle, 16 Mai 1972), *Annuaire Européen*, 1972, 299; version anglaise dans 11 *I.L.M.* 470 (1972).

⁵⁹⁴-Voir notamment *United States, Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Public Law 94-583, 90 Stats, 2891, 28 USC 1 (Supp. 1982) as amended 1988; *State Immunity Act 1978 (UK)*, *Halsbury's Statutes of England*, 3e ed., 1978, vol. 48, p. 85; Georges R. Delaume, «Sovereign Immunity and Public Debt», 23 *The International Lawyer* (1989), 811.

congolais⁵⁹⁵. En 1982, le Parlement canadien rompit avec la jurisprudence *Congo c. Venne* en prenant une loi qui opte pour l'immunité restrictive⁵⁹⁶.

Ailleurs, la réglementation législative avait été précédée, accompagnée ou suppléée par un développement jurisprudentiel tout à fait remarquable. À ce titre nous pouvons citer l'arrêt, très élaboré, rendu le 10 Février 1960, déjà, par le Tribunal Fédéral Suisse dans l'affaire *République Arabe Unie c. Dame X*⁵⁹⁷. Ce litige portait sur la location, courant 1951, d'une maison d'habitation sise à Vienne (Autriche), par le Ministre plénipotentiaire de la République Arabe Unie. Cette maison appartenait à une ressortissante suisse. Il avait été convenu par les parties que le paiement des loyers se faisait en Suisse, à la Banque cantonale de Schwyz. Les parties avaient, en outre, arrêté une attribution de juridiction aux tribunaux zurichois pour les fins de leurs relations contractuelles. Arguant de ce que le locataire ne respectait pas ses obligations, la bailleuse mit fin au contrat en 1958 et fit pratiquer saisie sur des fonds déposés

⁵⁹⁵-[1971] R.C.S. 997. Sur cette affaire ainsi que l'évolution du droit de l'immunité des États au Canada avant l'intervention du législateur dans ce domaine voir: J.G. Castel, *International Law. Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, pp. 661 et s.; voir aussi du même auteur «Exemption from the Jurisdiction of Canadian Courts (1971) IX CYIL/ Ann. Can. D.I., pp. 159-188; Louis Kos-Rabcewicz-Zubkowski, «Immunité de juridiction. État ou gouvernement étranger. Exposition Universelle de 1967», (1968) VI CYIL/ Ann. Can. D.I., pp. 242-251; Christian Vincke, «Certains aspects de l'évolution récente de l'immunité de juridiction des États. Chronique (Notes and Comments)», (1969) VII CYIL/ Ann. Can. D.I., pp. 224-254.

⁵⁹⁶-Loi portant sur l'immunité des États étrangers devant les tribunaux sanctionnée le 3 Juin 1982, S.C. 1980-81-82-83, c.95, maintenant Lois révisées du Canada (1982), Chapitre S-18. Sur cette loi voir les commentaires de H.L. Molot et M.L. Jewett, «The State Immunity Act of Canada», (1982) XX CYIL/ Ann. Can. D.I. 79-122; Daniel Turp, «Commentaire relatif à la Loi sur l'immunité des États étrangers devant les tribunaux», (1982-83) 17 *Revue juridique Thémis* 175; Claude Emmanuelli, «Commentaire: la Loi sur l'immunité des États», (1985) *Revue du Barreau* 81. Voir aussi Edward G. Lee, «Canadian Practice in International Law During 1985/ La pratique canadienne en matière de droit international public en 1985», (1986) XXIV CYIL/ Ann. Can. D.I., 386-403, à p. 394.; Australia, Foreign States Immunities Act 1985, 25 *ILM* 715 (1986). Pour une évocation d'ensemble de ces lois voir Stephen J. Toope, *Mixed International Arbitration. Study in Arbitration Between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1990, pp. 138-139 et J.-Maurice Arbour, *Droit international public*, 2e éd., op. cit. note n° 612, pp. 249 et s..

⁵⁹⁷-Tribunal Fédéral Suisse, arrêt du 10 Février 1960, *J.D.I.* (1961), 458; Delaume, *Transnational Contracts-Applicable Law and Settlement of Disputes (A Study in Conflict Avoidance)*, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, p. 9-12 à 11.

par l'État d'Égypte dans une Banque suisse. Celui-ci invoqua alors son immunité devant le juge pour mettre en échec les prétentions de son adversaire. La Cour décida en réponse à ce moyen:

«[...] Le principe de l'immunité de juridiction des États étrangers n'est pas une règle absolue et d'une portée toute générale. Il faut au contraire faire une distinction suivant que l'État étranger agit en vertu de sa souveraineté (*jure imperii*) ou comme titulaire d'un droit privé (*jure gestionis*). C'est dans le premier cas seulement qu'il a le droit d'invoquer le principe de l'immunité de juridiction. Dans le second cas, en revanche, il peut être recherché devant les tribunaux suisses et faire en Suisse, l'objet de mesures d'exécution forcée, à la condition toutefois que le rapport de droit auquel il est ainsi partie soit rattaché au territoire de ce pays, c'est-à-dire qu'il y soit né, ou doive y être exécuté ou tout au moins que le débiteur ait accompli certains actes de nature à y créer un lieu d'exécution.-[...]. Pour distinguer les actes de gestion des actes de gouvernement, le juge doit se fonder non sur leur but, mais sur leur nature, et examiner si à cet égard, l'acte relève de la puissance publique ou s'il est semblable à celui que tout particulier pourrait accomplir [...].-En l'espèce [...] l'État égyptien [...] a [...] accompli un acte de gestion.»

Nous retrouvons un raisonnement similaire dans l'arrêt rendu le 17 Janvier 1973 par la Cour de Cassation française dans l'affaire *Société Hôtel George V c. État Espagnol*⁵⁹⁸. Un bail de 18 années avait été conclu, pour les besoins de la Direction Générale du Tourisme d'Espagne représentée par le Consul général de ce pays à Paris. Estimant que, contrairement aux termes du bail, la locataire ne menait aucune activité commerciale dans les lieux loués - ce qui lui enlevait le droit à la propriété commerciale -, la Société Hôtel Georges V lui donna congé. Elle refusa le renouvellement du bail et s'opposa au paiement d'une indemnité d'éviction. La locataire n'ayant pas libéré les locaux à la date d'effet du congé, elle engagea à son encontre une procédure d'expulsion avec demande de paiement d'une indemnité d'occupation. Pour sa défense, l'État espagnol invoqua son immunité de juridiction. La Cour statua dans les termes suivants:

«Attendu que l'immunité de juridiction ne peut être reconnue à un État étranger lorsque celui-ci, ayant contracté suivant les règles de forme et de fond du droit privé, n'a pas, lors de la signature du contrat donnant lieu au litige, fait acte de puissance publique ni agi dans l'intérêt d'un service public, mais s'est, au contraire, comporté comme toute personne privée l'aurait fait; -[...] qu'en passant en France un contrat de bail commercial soumis à des règles s'imposant à toute personne se proposant d'exercer un commerce, l'État Espagnol ne peut être considéré comme ayant fait un acte de puissance publique mettant en cause sa souveraineté, même si son intention, qu'il n'avait pas fait préciser par une stipulation spéciale, était de faire exercer dans les lieux loués une activité qui a pris le caractère d'un service public»

⁵⁹⁸-Cass. 17 Janvier 1973, J.C.P. 1973, II.17395; Delaume, *Transnational Contracts-Applicable Law and Settlement of Disputes (A Study in Conflict Avoidance)*, op. cit., p. 43.

Cet arrêt de la Cour de Cassation française avait été suivie par une décision comparable rendue le 26 Octobre 1973, dans l'affaire *Société Européenne d'Études et d'entreprises v. Yugoslavia* par la Cour suprême des Pays-Bas⁵⁹⁹. Il s'agissait d'une tentative d'exécution forcée de la sentence Ripert et Panchaud⁶⁰⁰ entreprise aux Pays-Bas en 1971. Le président du Tribunal du district de Rotterdam se déclara incompétent pour cause d'immunité de la République Yougoslave. La Cour infirma cette ordonnance et se déclara compétente mais, sur le fond de la cause, elle ne fit pas droit à la demande de la S.E.E.E.. Elle jugea, en effet, que la sentence dont l'exécution était recherchée n'en était pas régulièrement une, aux termes de l'article 516 du Code de Procédure Civile du Canton de Vaud en application duquel elle avait été rendue. Sur la question de la juridiction la Cour avait statué comme suit:

«It is argued in part (a) that under international law exception to the jurisdiction of the courts must be recognized to the effect that a foreign state cannot against its will be subjected to the jurisdiction of the courts of another states;- however, no rule of international law requires that the immunity from jurisdiction to which a foreign state is entitled must be interpreted to have the absolute scope argued in part (a);- It is possible to observe in international treaty practice, doctrine and local case law a tendency to limit the cases in which a state can invoke immunity before a foreign court; this development has notably been caused in part by the fact that the governments of many countries have increased their activities in a sector of social relations which is governed by private law, and, in connection therewith, have entered into transactions with private individuals on a basis of equality;- In such cases, it appears to be reasonable to grant to the party dealing with the state the same measure of protection under the law as when such party would have dealt with a private individual;»

Pour l'Angleterre la jurisprudence avait provoqué, non sans mal⁶⁰¹, l'évolution vers la limitation de l'immunité. Les *stare decisis* constitués, entre autres, par les arrêts *The Parlement Belge* et *The Christina*, que nous avons déjà évoqués, n'avaient évidemment pas facilité, et pendant trop longtemps, la tâche du juge anglais. Mais, progressivement, cette jurisprudence a été supplantée.

⁵⁹⁹-14 I.L.M. 71 (1975), Delaume, *Transnational Contracts-Applicable Law and Settlement of Disputes (A Study in Conflict Avoidance)*, op. cit., pp. 45 à 54.

⁶⁰⁰-Rappelons que cette sentence avait été rendue à Lausanne en Suisse en 1956 (86 J.D.I. (1959), 1074) et qu'elle avait condamné par défaut la Yougoslavie au paiement de la somme de 6.184.528.521 Francs français au profit de SEEE pour inobservation de ses obligations nées d'un contrat de construction d'un chemin de fer entre les villes de Veles et Prilep.

⁶⁰¹-F.A. Mann, "The State Immunity Act, 1978", LV BYIL 1979, p. 43; J. Crawford, "Les États et l'exécution des sentences arbitrales dans les droits américain et anglais", *Revue de l'arbitrage* (1985), 689, 698.

Des arrêts comme *Philippine Admiral v. Wallem Shipping Ltd*⁶⁰² (refus de l'immunité pour la nature commerciale des activités en cause) et *Trendtex Trading Corporation Ltd. v. Central Bank of Nigeria*⁶⁰³ (Refus de l'immunité à la Banque pour la nature commerciale de la cause et sa personnalité juridique indépendante de celle de l'État) avaient ouvert la voie à l'intervention de la loi *State Immunity Act 1978 (UK)*⁶⁰⁴ et marqué ainsi la rupture.

Aux États-Unis la doctrine de l'immunité restrictive des États a été admise beaucoup plus tôt qu'en Angleterre et n'a reçu, en quelque sorte qu'une confirmation dans le *Foreign Sovereign Immunity Act, 1976*⁶⁰⁵.

Le juge allemand avait également retenu dès 1975 l'immunité limitée notamment dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Non-Resident Petitioner v. Central Bank of Nigeria*, par la juridiction de district de la ville de Frankfurt⁶⁰⁶

Ce passage au droit positif de la doctrine de la souveraineté limitée dans les principaux pays exportateurs de capitaux n'est pas resté sans écho dans la jurisprudence arbitrale internationale.

⁶⁰²-2 W.L.R., 225 (1976).

⁶⁰³-[1977] 1 All England Reports 881, 16 I.L.M. 473 (1977).

⁶⁰⁴-Halsbury's Statutes of England, 3d Ed., 1978, vol. 48, p. 85.

⁶⁰⁵-J. Crawford, «Les États et l'exécution des sentences arbitrales dans les droits américain et anglais», loc. cit. note n° 954, p. 690. Pour une étude complète de l'évolution et de l'état actuel du droit américain dans ce domaine voir, Rest. 3rd, Restatement of the Foreign Relations Law of the United-States, notamment aux §§ n° 451, 453, 455.

⁶⁰⁶-2 Décembre 1975, 16 I.L.M. 501 (1977), Delaume, *Transnational Contracts-Applicable Law and Settlement of Disputes (A Study in Conflict Avoidance)*, op. cit. note n° 950, pp. 55 à 59.

3.2-L'immunité dans l'arbitrage commercial international

Notons d'abord, qu'au niveau de l'arbitrage C.I.R.D.I., la limitation de l'immunité de l'État découle de la *Convention C.I.R.D.I.* même. En effet, dès lors que celui-ci y a consenti, il renonce à toute autre voie de recours pour le règlement de la cause considérée. Ceci emporte pour lui une impossibilité d'invoquer son immunité de juridiction devant un tribunal arbitral du Centre⁶⁰⁷.

On retrouve également la limitation de l'immunité des États dans l'arbitrage C.C.I.. Elle a été, par exemple, appliquée dans l'affaire CCI n° 2321/1974 (Solel Boneh International Ltd c. Republic of Uganda) qui opposait deux entreprises israéliennes à la République d'Ouganda et un de ses établissements publics. Les transactions litigieuses avaient été effectuées par l'établissement public avec la garantie de l'État ougandais. Celui-ci avait accepté l'arbitrage pour le règlement des litiges. Néanmoins, une fois devant l'arbitre il invoqua, entre autres, son immunité de juridiction. À ce moyen l'arbitre avait répondu dans les termes ci-après:

«Je dois admettre que j'ai quelque peine à suivre le fil du raisonnement selon lequel un État, uniquement en raison de sa situation et de ses qualités suprêmes, serait incapable de donner une promesse qui l'engage. Le principe «*Pacta sunt servanda*» est de façon générale reconnu en Droit International et il est difficile de voir une raison quelconque pour laquelle il ne s'appliquerait pas ici. Un État souverain doit être suffisamment souverain pour faire une promesse qui l'engage aussi bien en Droit International qu'en droit interne. En ce qui concerne ce dernier aspect de la question, j'ai été informé par le Conseil du premier défendeur qu'aussi bien selon le droit (de l'État défendeur) que selon le Droit anglais, la capacité de l'État à conclure des clauses d'arbitrage n'était pas restreinte en tant que telle et que l'État pouvait également être attiré devant ses propres tribunaux. Exiger ou supposer dans ces conditions qu'une promesse de l'État de se soumettre à l'arbitrage devrait, pour l'engager, être confirmée devant l'arbitre, affecterait plus la souveraineté de l'État et sa dignité que ne le ferait l'exécution, par l'arbitre, de la mission qui lui a été confiée en application de l'accord des parties [...]»⁶⁰⁸

⁶⁰⁷-Georges R. Delaume, «Le CIRDI et l'immunité des États», *Revue de l'arbitrage* (1983), 143, 144.

⁶⁰⁸-102 J.D.I. (1975), 938, 940, Observations Yves Derains. La chronique n'avait pas précisé le nom des parties dans cette affaire mais, en fait il s'agissait bien de Solel Boneh International Ltd et de l'Ouganda comme cela ressort de l'étude de Claude Reymond, «Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage», *Revue de l'arbitrage* (1985), 517, 519, note n° 3. Voir aussi J. Gillis Wetter, «Pleas of Sovereign Immunity and Acts of Sovereign before International Arbitration Tribunals», 2 *Journal of International Arbitration* (1985), 789.

Une cause semblable, par l'une de ses conclusions, avait été soumise à un autre tribunal C.C.I.. Il s'agit de l'affaire **Westland Helicopters United c. Arab Organization for Industrialization, United Arab Emirats, Kingdom of Saudi Arabia, State of Qatar, Arab Republic of Egypt, Arab British Helicopter Company (Affaire Westland) (Affaire CCI n° 3493)**⁶⁰⁹. Une société internationale, *L'Arab Organization for Industrialization* (AOI), avait été créée par un traité conclu le 29 Avril 1975 par les quatre États défendeurs en vue du développement d'une industrie militaire commune. L'AOI avait à son tour, dans le cadre de son objet, conclu le 27 Février 1978 avec une compagnie anglaise de fabrication d'hélicoptères dénommée Westland un contrat d'association (*Shareholders Agreement*). Les deux sociétés avaient convenu dans ce contrat de la création d'une compagnie conjointe (*Joint Stock Company*) qui reçut, plus tard, la dénomination de *The Arab British Helicopter Company* (ABH). L'objet de l'ABH était la fabrication, la vente et l'entretien d'hélicoptères de type «Lynx», c'est-à-dire un produit de la gamme Westland. Suivant l'accord des parties, 70% des parts de cette compagnie commune revenaient à AOI et 30% à Westland. Plusieurs contrats avaient été, par la suite, conclus entre l'ABH et Westland pour la réalisation concrète du projet. Les quatre gouvernements intéressés s'étaient, de leur côté, engagés, envers le gouvernement britannique par un arrangement diplomatique (*Memorandum of Understanding*) du 4 Janvier 1978, à garantir l'exécution des obligations de l'AOI et de ses filiales envers la compagnie Westland. Quelques mois plus tard, le 14 mai 1979, en réaction à la conclusion des accords de paix de Camp David entre l'Égypte et Israël, les trois autres États du Golfe membres de l'AOI avaient décidé de dissoudre cette institution pour compter du 1er Juillet 1979. L'Égypte, qui abritait le siège de l'AOI, décida quant à elle, le 18 Mai 1979, que cette entreprise poursuivait son existence et conservait sa personnalité juridique⁶¹⁰. À la suite de ces événements, Westland avait introduit un recours devant la Cour d'Arbitrage de la C.C.I. pour être dédommée de la terminaison prématurée du projet. Cette saisine de la Cour était fondée sur la clause compromissoire figurant à l'article 12.1

⁶⁰⁹-Sentence préjudicielle du 25 Mars 1984 rendue par un tribunal composé de Bucher, président, Bellet et Manzard, 112 J.D.I. (1985), 232; Claude Reymond, «Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage», loc. cit., p. 522; 23 I.L.M. 1071 (1984).

⁶¹⁰-112 J.D.I. (1985), 232 et 233.

du contrat d'association (*Shareholders Agreement*), intervenu entre l'AOI et elle le 27 Février 1978. Les quatre États défendeurs n'étaient pas parties à ce contrat et n'avaient, par ailleurs, jamais signé une quelconque convention d'arbitrage avec la demanderesse⁶¹¹. Le tribunal arbitral n'en avait pas moins jugé qu'ils étaient liés par l'ensemble des engagements pris par l'AOI, y compris ceux qui découlaient de la clause compromissoire et, qu'en outre, l'équité commandait cette solution pour parer à un déni de justice au préjudice de Westland⁶¹².

Notons que dans cette affaire l'Égypte fit, en vain, grief à Westland d'avoir assigné devant le tribunal six parties aux intérêts divergents. Ce pays reprocha, d'un autre côté, à la Cour d'arbitrage, la procédure de nomination des arbitres qu'elle trouvait critiquable et sollicita, sans succès, un sursis. Son dernier moyen, le plus intéressant à ce point de nos développements, se rapportait à l'exception d'immunité de juridiction. Le Tribunal l'examina d'office à l'égard des trois autres États impliqués dans la cause et décida que «[...] la conclusion d'une convention arbitrale implique la renonciation à ce moyen.» et que

«Les quatre États, en créant AOI qui par ses engagements est à même de les obliger, ne pouvaient pas perdre de vue la possibilité d'être poursuivis en justice pour ces obligations. La création de AOI implique donc la renonciation à l'immunité par rapport aux engagements pris par AOI.»⁶¹³.

Cette évolution générale en faveur de la limitation de l'immunité des États s'était par ailleurs accompagnée, notamment aux États-Unis, de celle non moins remarquable de l'*Act of State Doctrine*.

⁶¹¹-Ibid., 236.

⁶¹²-Ibid., 236 à 242.

⁶¹³-Ibid., 243 et 244.

SECTION II: L'EFFET DES ACTES DES GOUVERNEMENTS ÉTRANGERS DEVANT LES TRIBUNAUX INTERNES

Le problème de l'effet des actes des gouvernements étrangers, c'est à-dire la théorie de l'*Act of State* anglo-américaine, concerne directement, quant à notre sujet, l'effet des décisions de nationalisation ou d'expropriation prises par un gouvernement étranger. De telles décisions échappent-elles à tout pouvoir d'appréciation du juge interne, comme constituant l'acte d'un État souverain?

Il ressort de cette question que, si la règle de l'immunité est destinée à protéger l'État souverain quant aux recours judiciaires, exercés devant les tribunaux d'un de ses pairs, et au sort de ses biens en cas de procédure d'exécution forcée, la théorie de l'*Act of State* se rapporte à l'appréciation des effets de ses actes par un tribunal étranger. Ces actes peuvent, par exemple et comme nous venons de le mentionner, consister en mesures d'expropriation ou de nationalisation. En fait, les tribunaux nationaux sont divisés sur la position à prendre sur la question⁶¹⁴. En France, par exemple, les juges font usage de l'exception d'ordre public pour mettre en échec la décision d'un gouvernement étranger qui ne serait pas conforme à l'ordre public français⁶¹⁵. Aux Pays-Bas et dans les États-Unis d'aujourd'hui, le droit international ferait obligation au juge interne d'apprécier la licéité internationale des actes des États étrangers⁶¹⁶.

⁶¹⁴-Les uns (Autriche, Grande-Bretagne, Japon) estiment que le droit international leur refuse d'écarter l'application d'une loi étrangère qui serait contraire à une norme internationale, alors que pour d'autres (Allemagne, France) le droit international, étant silencieux sur la question, ils conservent toute liberté d'appréciation, Dominique Carreau, *Droit international*, Paris, Pedone, 1986, (Collection Études Internationales), p. 590, § n° 1483.

⁶¹⁵-Nguyen, Daillier et Pellet, *Droit international public*, op. cit. note n° 217, n° 445, p. 617; D. Yannopoulos, «Effets en France des nationalisations intervenues à l'étranger», 77 *R.G.D.I.P.* (1973), 1240; G. Sperduti, «Des actions judiciaires intentées dans un État du chef de nationalisations et d'expropriations opérées dans un autre État», *Mélanges Rousseau*, p. 249.

⁶¹⁶-Dominique Carreau, *Droit international*, op. cit. note n° 967, p. 590, n° 1483.

Mais l'évolution la plus spectaculaire dans ce domaine demeure, sans doute, celle du droit américain. Pendant très longtemps, en effet, la justice américaine était restée figée à la présomption de régularité des actes des gouvernements étrangers dégagée par la jurisprudence *Underhill v. Hernandez*⁶¹⁷. De ce fait, en vertu du respect de la souveraineté des États étrangers, la Cour Suprême des États-Unis refusait aux tribunaux américains le pouvoir d'apprécier la validité des actes d'un État étranger accomplis sur son propre territoire. La répétition de cette jurisprudence, dans l'affaire *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* en 1964⁶¹⁸, suscita émotion et réprobation dans les milieux d'affaires et politiques américains. Elle conduisit à l'adoption par le Congrès, dans le cadre du *Foreign Assistance Act 1965*, du «*Second Hickenlooper Amendment*» ou «*Sabbatino Amendment*»⁶¹⁹ qui, désormais, habilite les tribunaux

⁶¹⁷-La Cour Suprême des États-Unis avait décidé dans cette affaire qui remonte à 1896 que: «*Every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgement on the acts of the government of another done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves.*», 168 U.S. 250, 252; 18 S. Ct. 83, 84; 42 L. Ed. 456, 457 (1897); Rest. 3rd, *Restatement of the Foreign Relation Law of the United States* § n° 443.

⁶¹⁸-Cour Suprême des États-Unis, 23 Mars 1964. La Cour avait statué dans cette affaire comme suit: «*the Judicial Branch will not examine the validity of a taking of property within its own territory by a foreign sovereign government, extant and recognized by this country at the time of suit, in the absence of a treaty or other unambiguous agreement regarding controlling legal principles, even if the complaint alleges that the taking violates customary international law.*»; 376 U.S. 398, 428; 84 S. Ct. 923, 940; 11 L.Ed. 2d 804, 823-24 (1964). Le litige naquit dans le cadre d'une procédure d'opposition au paiement d'une traite émise en règlement à New York du prix d'une expédition de sucre cubain destinée au Maroc. Cette vente de sucre avait été négociée et conclue entre un grossiste new yorkais et une société d'État cubaine qui avait pris la succession de la société américaine dont les biens et avoirs avaient été, comme tous ceux appartenant à des ressortissants américains à l'époque, nationalisés en 1960 par le gouvernement de Fidel Castro. La partie américaine, représentée par Sabbatino, s'estimant propriétaire du sucre en cause pour n'avoir pas été indemnisée des suites de la nationalisation de ses biens par Cuba, fit opposition au paiement du prix à la partie cubaine. Sabbatino obtint gain de cause devant la juridiction de district et en appel. Mais, saisie à son tour, la Cour Suprême des États-Unis refusa aux juges américains le pouvoir de contrôler la validité de cette nationalisation et la rendit de ce fait inattaquable en territoire américain.

⁶¹⁹-Comme son nom l'indique, cet amendement a suivi un premier amendement de Hickenlooper (22 U.S.C. n° 2370 (e) (1)) qui prescrivait au Président des États-Unis de suspendre l'aide américaine à tout État qui aura exproprié, violé un contrat d'État impliquant des citoyens ou compagnies américains, pratiqué des impôts discriminatoires à leur égard, ou qui aura manqué pendant un délai raisonnable suivant de tels faits à ses obligations internationales en ne remédiant pas aux torts ainsi occasionnés.

américains à contrôler la validité internationale des actes des gouvernements étrangers. Par cette disposition législative, la «présomption de validité irréfragable, au regard du droit international», dont bénéficiaient jusque-là ces actes, aux États-Unis, fut donc mise à néant ⁶²⁰. Désormais le droit positif américain se formule dans les termes ci-après:

*«(1) In the absence of a Presidential determination to the contrary, the act of state doctrine will not be applied in a case involving a claim of title or other right to property, when the claim is based on the assertion that a foreign state confiscated the property in violation of international law.»*⁶²¹

Le changement est donc total dans ce pays. Le droit interne américain rejoint ainsi ceux de l'Allemagne, de la France et des Pays-Bas. Mais, en dehors de l'évolution des divers droits nationaux, et de l'arbitrage commercial international, dans le domaine de l'immunité des États et du respect des actes des gouvernements étrangers, il y a lieu d'ajouter, au nombre des progrès les plus marquants accomplis au cours des dernières décennies pour la protection des investissements étrangers, le développement de l'arbitrage commercial international.

SECTION III: LE DÉVELOPPEMENT DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

l'arbitrage commercial ordinaire a connu, ces dernières années, un développement important très profitable aux milieux d'affaires internationaux. La réglementation et la pratique de l'arbitrage commercial international se sont développées, de nos jours, comme jamais auparavant. L'activité normative a été si importante dans ce domaine, au plan multilatéral, qu'on a pu qualifier

⁶²⁰-Dominique Carreau, *Droit international*, op. cit., 592 à 595, n° 1485 à 1491, n° 1491.

⁶²¹-Rest. 3rd, *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, § n° 444; voir la jurisprudence subséquente à l'intervention du second amendement de Hickenlooper dans les *Reporters' Notes* accompagnant ce paragraphe du *Restatement*, notamment *First National City Bank of New York v. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759, 92 S.Ct. 1808, 32 L.Ed.2d 466 (1972), *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, 425 U.S. 682, 96 S.Ct. 1854, 48 L.Ed.2d 301 (1976).

l'arbitrage international d'«enfant gâté» de l'O.N.U.⁶²². Les études de la doctrine ont été aussi considérables sur ce sujet⁶²³.

De fait, l'apport de l'arbitrage commercial ordinaire au règlement des litiges commerciaux internationaux, y compris ceux relatifs à l'investissement, est considérable et ne saurait être passé sous silence. De nombreux actes ont été posés au double plan national et international pour en favoriser le fonctionnement adéquat. On peut ainsi mentionner, bien sûr, la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, adoptée par la Conférence organisée sous l'égide des Nations Unies à New York le 10 Juin 1958, la *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international* signée à Genève le 21 Avril 1961, le *Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I.* du 28 Avril 1976, la *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international* signée à Panama le 30 Janvier 1975, la *Loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international* du 21 Juin 1985. À ces différents actes interétatiques, ou émanant d'organismes publics internationaux, il faut ajouter les règlements d'arbitrage et de conciliation de la C.C.I., de la *London Court of International Arbitration*, de l'*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, de l'*American Arbitration Association*⁶²⁴.

D'un autre côté, les années 1980 ont marqué l'acceptation et la réglementation généralisées de l'arbitrage commercial international dans les droits nationaux. La France (1981), l'Italie (1983), le Canada et plusieurs de ses provinces dont le Québec (1986), Djibouti, la Belgique, les Pays-

⁶²²-Philippe Fouchard, «Le règlement d'arbitrage CNUDCI», 106 *J.D.I.* (1979), 816, § n° 4.

⁶²³-Voir ci-après la bibliographie présentée dans les notes 983 et 984.

⁶²⁴-Voir ces textes dans les annexes de l'ouvrage de Matthieu de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, GLN-Joly Éditions, 1990, pp. 909 à 1053. Pour les deux textes de la C.N.U.D.C.I. voir CNUDCI. *La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International*, New York, Nations Unies, 1987, pp. 27 et s., 163 et s..

Bas, la Suisse, Chypre, le Nigéria, l'Espagne, l'Australie, Hong Kong se sont tous dotés de lois d'arbitrage au cours de cette période⁶²⁵.

Mais, ces progrès du droit de l'arbitrage international, n'ont pas, malgré tout, définitivement résolu le problème du recours international dans le domaine de la protection des investissements. La question de l'élargissement de ces recours appellent encore l'attention.

⁶²⁵-Voir à ce sujet l'étude d'ensemble de Christine Lécuyer-Thieffry et Patrick Thieffry, «L'évolution du cadre législatif de l'arbitrage commerce international dans les années 1980», 118 *J.D.I.* (1991), 947. Sur l'évolution des droits canadiens et québécois de l'arbitrage commercial international voir, entre autres: Henri Alvarez, «La nouvelle législation canadienne sur l'arbitrage commercial international», *Revue de l'arbitrage* (1986), 529; Alain Prujiner, «Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec», *Revue de l'arbitrage* (1987), 425; André Dorais, «L'arbitrage commercial. Développements législatifs», 47 *Revue du Barreau* (1987), 273; Sabine Thuilleaux, «La loi de 1986 sur l'arbitrage au Québec: au regard de la loi française sur l'arbitrage», 7 *Revue de Droit des Affaires Internationales* (1988), 905; Louis Kos-Rabcewicz-Zubkowski, «L'adaptation de la Loi-type de la CNUDCI dans les provinces de *Common Law* au Canada», *Revue de l'arbitrage* (1989), 37; Louis Marquis, «La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois», 37 *R.D. McGill* (1992), 448.

CHAPITRE II: RAISONS ACTUELLES POUR L'ÉLARGISSEMENT DES RECOURS ARBITRAUX DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT ET CONTRIBUTION À L'EXPLORATION DE VOIES NOUVELLES

Plus que jamais, la meilleure voie de recours pour le contentieux international de l'investissement est l'arbitrage international. En fait, cette conviction n'a en soi rien d'originale⁶²⁶. Cependant, nous nous proposons de renouveler la réflexion sur ses sources, c'est-à-dire sur les raisons qui la motivent. Nous essayerons, ensuite, de montrer en quoi les recours arbitraux, notamment ceux adressés au C.I.R.D.I., pourraient être élargis.

SECTION I: RAISONS ACTUELLES POUR L'ÉLARGISSEMENT DES RECOURS ARBITRAUX DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Comme nous l'enseigne la jurisprudence arbitrale, dans certaines de ses sentences, alors que la protection diplomatique peut coûter anormalement cher à l'État faible qui en répond, les arbitres démontrent bien souvent le souci de faire triompher le droit et l'équité quand l'occasion leur en est offerte. Rien ne permet de douter qu'il ne puisse pas continuer à en être ainsi. Cela est d'autant plus vrai que, aujourd'hui, tous les pays du monde ont la possibilité de faire représenter leur système de droit à de telles instances. D'un autre côté, le fonctionnement de la justice dans les pays en développement n'inspire pas toujours, à tort ou à raison, confiance aux opérateurs économiques étrangers.

1-L'arbitre international et la défense des intérêts des pays d'accueil d'investissement

La jurisprudence arbitrale, qui a énormément contribué à la formation du droit coutumier international de la protection des biens et investissements étrangers, n'a pas servi de faire valoir pour évacuer élégamment les revendications de la plus faible des deux parties en conflit. L'examen de plusieurs sentences internationales nous autorise fort bien cette appréciation. Il a

⁶²⁶-voir *supra*, note n° 572.

été même relevé que, les membres des instances arbitrales internationales, jugent bien souvent envers et contre les prétentions du gouvernement de leur pays. Les décisions unanimes si familières des Commissions mixtes de réclamation ont été citées pour illustrer ce fait⁶²⁷.

Nous avons retenu ici certaines sentences anciennes et récentes pour soutenir notre conviction que, les instances internationales qui règlent les litiges en appliquant le droit et l'équité, sont le meilleur gage tant pour les États d'accueil d'investissements étrangers que pour les investisseurs étrangers. Il s'agit des cinq affaires suivantes: *«The United States and Paraguay Navigation Company»*⁶²⁸, *North American Dredging Company of Texas (USA) v. United Mexican States*⁶²⁹, *International Fisheries Company (USA) v. United Mexican States et Mexican Railways*⁶³⁰, *Liamco*⁶³¹ et *Aminoil*⁶³².

⁶²⁷ - «International tribunals are customarily composed not only of neutral judges but also of members who are nationals of the contending parties [...]. However, it is a very common occurrence for a national member of an international tribunal to decide cases against the contentions of his own government. For example, the great majority of decisions by mixed claims commissions are rendered unanimously.», Frederick S. Dunn, *The Protection of Nationals. A Study in the Application of International Law*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1932, p. 106; Herbert W. Briggs a aussi écrit qu'«Il est possible de réduire les accusations, soigneusement entretenues, de ceux qui prétendent que le droit international de la responsabilité de l'État à raison de la violation de ses obligations à l'égard des résidents étrangers est un droit impérialiste ou colonialiste, en mettant l'accent non pas tant sur la fonction de protection que sur le fait que ce droit a été judiciairement développé par des tribunaux internationaux où siégeaient des juges de chacune des parties.», loc. cit., note n° 547, p. 12.

⁶²⁸ - *Pasicrisie*, p. 620, Moore, *Arbitration*, vol. II, p. 1485.

⁶²⁹ - 31 Mars 1926, IV R.S.A.N.U., p. 26.

⁶³⁰ - Juillet 1931 (Fred K. Nielsen, Commissaire américain, dissident), IV R.S.A.N.U., p. 691.

⁶³¹ - 12 Avril 1977, 20 I.L.M. 1 (1981).

⁶³² - 24 Mars 1982, 109 J.D.I. (1982), 869; 21 I.L.M. 976 (1982).

1.1-L'Affaire de "The United States and Paraguay Navigation Company" (USPNC) (1860, États-Unis c./Paraguay)

Dans cette décision, la compagnie américaine avait été totalement déboutée, en des termes cinglants, de sa demande de dommages et intérêts contre l'État du Paraguay, par une Commission mixte américano-paraguayenne. Elle est d'autant plus remarquable pour notre propos qu'elle avait suivi une résolution du 2 Juin 1858, par laquelle le Congrès américain avait invité le Président Buchanan à engager tous les moyens, y compris la force, pour restaurer l'honneur flétri des États-Unis et faire droit à la USPNC⁶³³. En outre, le Secrétaire d'État américain de l'époque, Marcy, fustigea officiellement le «grand outrage» fait à des citoyens américains⁶³⁴. L'affaire avait même connu des complications singulières, et assez graves, tenant à d'autres causes de friction entre les deux pays. Celles-ci lui furent hâtivement associées par les autorités, de part et d'autre, bien qu'elles fussent étrangères aux réclamations de la compagnie⁶³⁵.

⁶³³-Pasicrisie, p. 623.

⁶³⁴-«[...] a great outrage had been committed upon our citizens by the President of the Republic of Paraguay [...]», voir *ibid.*.

⁶³⁵-D'une part, en effet, un navire américain en expédition scientifique, le *Water witch*, avait été attaqué le 1er Février 1855 par des soldats paraguayens alors qu'il mouillait dans les eaux internationales de la rivière Paraná à un endroit où cette voie d'eau forme frontière entre le Paraguay et la province argentine de Corrientes. Le navire perdit un membre d'équipage et subit des dommages. En plus de cet incident les américains avaient apporté certaines corrections de forme à un Traité conclu entre les deux pays le 4 Mars 1853. Le texte originaire de cet acte dénommait en effet, à leur grande réprobation, leur pays tantôt «*United States of North America*», tantôt «*North American Union*». Dans un premier temps, en 1854, le Lieutenant Page de l'expédition scientifique du *Water Witch* fut chargé par le Gouvernement américain d'obtenir la ratification du Traité dans sa forme corrigée. À la démarche de l'officier le ministère des Affaires Étrangères du Paraguay opposa la non production d'une version espagnole de son dossier. En 1856, un second émissaire, Richard Fitzpatrick, fut dépêché au Paraguay par le Gouvernement américain pour la même mission. Il ne connut pas davantage le succès. Au lieu d'avoir à traiter de la ratification du traité, Fitzpatrick se vit plutôt sondé par ses hôtes sur les intentions américaines quant aux affaires du *Water Witch* et de la U.S.P.N.C.. Puisque Fitzpatrick insistait malgré sur l'objectif de sa mission il lui fut répondu, pour clôturer les discussions, que le Paraguay avait déjà ratifié le traité du 4 Mars 1853 depuis sa signature et que, si les États-Unis voulaient établir un nouveau Traité, il leur fallait envoyer à cet effet un plénipotentiaire. Sur l'historique de l'affaire voir Moore, *Arbitration*, vol. II, pp. 1485-1500.

C'est dans ces conditions que, suite à la résolution conjointe du Congrès en date du 2 Juin 1858⁶³⁶ et diverses péripéties, les deux pays finirent par opter pour un règlement arbitral du différend. Aux termes de l'article premier du compromis du 4 Février 1859 qu'ils avait conclu à cet effet:

«[...] [The] government of the Republic of Paraguay binds itself for the responsibility in favor of the "United States and Paraguay Navigation Company" which may result from the decree of the commissioners [...].»

Dans l'acte de ratification de cette Convention d'arbitrage le Congrès américain demanda au Président des États-Unis de nommer un commissaire avec pour mission de:

«[...] conjointly with a commissioner appointed by the Government of Paraguay, to investigate, adjust, and determine the amount of the claims of the "United States and Paraguay Navigation Company".»

Cave Johnson, un juriste anciennement membre du Congrès américain et ex-collègue du Président Buchanan au sein du cabinet de l'ex-Président James Knox Polk (1845-1849), fut alors nommé commissaire pour les États-Unis. De son côté, le Paraguay désigna un nommé Don José Berges comme commissaire.

Les motifs de la sentence de la Commission avaient été rédigés par le Commissaire américain, Johnson. Il y stigmatisa le comportement du sieur Hopkins, agent de la USPNC et consul des États-Unis au Paraguay lors de la naissance du différend. Détail notable, bien que le Traité d'arbitrage tint pour acquise la responsabilité du Paraguay dans cette affaire, laissant seulement à la Commission, suivant la lecture du compromis du côté américain, le pouvoir de déterminer le quantum des indemnités dues, elle se refusa à cette interprétation. En effet, elle estima, que la compagnie n'était aucunement dispensée de faire la preuve des dommages que lui auraient

⁶³⁶-Pour exécuter cette résolution le Président Buchanan désigna le 9 Septembre 1858 James B. Bowlin à qui il fut fourni une force navale de dix neuf navires, 200 canons, suffisamment d'armes légères et de munitions et 2.500 hommes. Cette armada partit de New York le 17 Octobre 1858. Laissant le gros de l'expédition à Montévidéo, Bowlin atteignit Asunción le 25 Janvier 1859 avec deux navires. Là, la plupart des problèmes qu'il était chargé de régler le furent sans aucune difficulté particulière. Le recours à la contrainte contre le Paraguay ne fut donc nullement nécessaire. Bowlin put même conclure, au nom des États-Unis, avec le Gouvernement paraguayen un Traité de commerce et de navigation. Mais, s'agissant de l'affaire de la USPNC les autorités paraguayennes refusèrent de payer les 500.000 dollars que les représentants de la Compagnie l'instruisirent de percevoir en cas de règlement à l'amiable. Une convention fut néanmoins conclue le 4 Février 1859 pour le règlement arbitral de ce différend.

occasionnés les autorités paraguayennes. Le 13 Août 1860, elle rendit une sentence dont le dispositif était conçu comme suit:

*«That the said claimants, "The United States and Paraguay Navigation Company", have not proved or established any right to damages upon their said claim against the Government of the Republic of Paraguay; and that, upon the proofs aforesaid, the said Government is not responsible to the said company in any damages or pecuniary compensation whatever, in all the premises.»*⁶³⁷

Johnson releva, dans les motifs de la sentence, le peu de respect que Hopkins vouait aux autorités politiques du Paraguay quand il y résidait. Il démontra le côté excessif, voire fantaisiste, des réclamations de Hopkins pour la Compagnie⁶³⁸, rappela l'obligation pour tout étranger de respecter les lois de police de son pays d'accueil, et jugea, qu'en tout état de cause, les activités de la compagnie n'avaient jamais été interdites. Johnson se permit même de conclure en disant que

*«It has always been the pride and the glory of the government of the United States to submit to nothing wrong from any government or people, but at the same time to demand of them nothing but what is right; and the day is far distant, as I sincerely hope, when East India fortunes are to be accumulated, with their approbation and sanction, by the plunder of feeble States, extorted from them at the cannon's mouth.»*⁶³⁹

Quelle que fût la suite réservée à cette décision, elle illustre à merveille l'indépendance que savent prendre des arbitres sérieux et compétents pour apprécier les causes qui leur sont soumises, nonobstant la qualité et la puissance des parties en présence. Cet exemple n'est

⁶³⁷-Pasicrisie, p. 621, Moore, Arbitration, vol. II, p. 1501.

⁶³⁸-Celles-ci se rapportaient notamment à des droits immobiliers, à différentes usines dont une briquetterie et une fabrique de cigarettes, à des bateaux, à l'arrêt forcé d'activités, à des intérêts commerciaux et à la perte de crédit.

⁶³⁹-Pasicrisie, p. 636; Moore, Arbitration, vol. II, p. 1528. Cette sentence avait été très mal accueillie par les autorités américaines. Elle déclencha une intempérie de critiques nombreuses et sévères au sein de l'establishment américain. Même la santé d'esprit de Johnson ne fut pas épargnée du doute. Le gouvernement des États-Unis maintint d'ailleurs les pressions diplomatiques sur le Paraguay pour obtenir paiement d'une réparation, envers et contre les énonciations de la sentence du 13 Août 1860. Il n'avait pas oublié, en effet, que la mission Bowlin coûta financièrement fort cher. Ces pressions se poursuivèrent sous l'administration du Président Lincoln et avaient même survécu à la Guerre de sécession américaine (1861 à 1865). Elles perdurèrent jusqu'à 1888 et, n'eût-été la vigilance de la presse et de la chambre des députés du Paraguay, avaient failli à deux reprises aboutir au paiement par ce pays d'une indemnité au profit des États-Unis. Moore, Arbitration, pp. 1538 et s..

d'ailleurs pas unique comme le montrent, entre autres, les affaires *North American Dredging Company of Texas* et *International Fisheries Company*.

1.2-Les affaires *North American Dredging Company of Texas (USA) v. United Mexican States* et *International Fisheries Company (USA) v. United Mexican States et Mexican Railways*

À vrai dire, la grande valeur de la décision intervenue dans l'affaire *North American Dredging Company of Texas (USA) v. United Mexican States*⁶⁴⁰, est d'avoir défini la portée et les limites d'une clause Calvo. On sait que cette clause était régulièrement insérée dans les contrats d'État passés par les gouvernements des pays d'Amérique du Centre et du Sud⁶⁴¹. Il s'agissait, en effet, dans cette affaire soumise à la Commission Générale des réclamations Mexique-États-Unis, de juger d'une demande d'indemnité pour pertes et dommages formée contre l'État mexicain par la Compagnie pour rupture abusive d'un contrat intervenu entre eux le 23 Novembre 1912 en vue du dragage du port de Salina Cruz. Ce contrat contenait, en son article 18, une clause Calvo qui excluait tout recours à une instance internationale pour les différends éventuels⁶⁴². Sur la base de cette clause⁶⁴³ le Gouvernement mexicain avait contesté la compétence de la Commission pour

⁶⁴⁰-31 Mars 1926, IV R.S.A.N.U. 26.

⁶⁴¹-J.G Starke, *Introduction to International Law*, Ninth Edition, London, Butterworths, 1984, p. 289.

⁶⁴²-La traduction anglaise de cette clause produite à la Commission par la partie mexicaine était libellée comme suit: «The contractor and all persons who, as employees or in other capacity, may be engaged in the execution of the work under this contract either directly or indirectly, shall be considered as Mexicans in all matters, within the Republic of Mexico, concerning the execution of such work and the fulfilment of this contract. They shall not claim, nor shall they have, with regard to the interests and the business connected with this contract, any other rights or means to enforce the same than those granted by the laws of the Republic to Mexicans, nor shall they enjoy any other rights than those established in favor of Mexicans. They are consequently deprived of any rights as aliens, and under no conditions shall the intervention of foreign diplomatic agents be permitted, in any matter related to this contract.», IV R.S.A.N.U., pp. 26 et 27.

⁶⁴³-Mais aussi, il est vrai, de ce que les litiges contractuels n'étaient pas du ressort de la Commission, Ibid., p. 27.

évoquer la cause. La Commission se déclara effectivement incompétente en vertu de la clause Calvo⁶⁴⁴.

Comme le commissaire Fernandez MacGregor, auteur des motifs de la décision rendue par la majorité des Commissaires dans l'affaire *International Fisheries Company (USA) v. United Mexican States*⁶⁴⁵, l'avait déclaré, le gouvernement des États-Unis a exercé une pression vigoureuse pour mettre en échec la jurisprudence *North American dredging Company of Texas* tant au cours de la procédure que dans la suite des travaux de la Commission⁶⁴⁶. Ces pressions n'avaient, néanmoins, pu empêcher la Commission de récidiver dans son opinion en faisant une nouvelle application de cette jurisprudence dans l'affaire *International Fisheries Company*⁶⁴⁷. La Commission des Réclamations Mexique-Grande-Bretagne en fit d'ailleurs de même dans l'affaire *Mexican Railway (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States*⁶⁴⁸. D'autres arbitres plus proches de nous dans le temps ont aussi fait preuve de l'indépendance attendue d'eux.

⁶⁴⁴- Toutefois elle prit soin de préciser: «Whenever such a provision is so phrased as to seek to preclude a Government from intervening, diplomatically or otherwise, to protect its citizen whose rights of any nature have been invaded by another Government in violation of the rules and principles of international law, the Commission will have no hesitation in pronouncing the provision void [...] Under the rules of international law the claimant (as well as the Government of Mexico) was without power to agree, and did not in fact agree, that the claimant would not request the Government of the United States, of which it was a citizen, to intervene in its behalf in the event of internationally illegal acts done to the claimant by the Mexican authorities.» Ibid., pp. 33 et 34. Dans sa grande majorité la doctrine considère aujourd'hui que, lorsqu'elle est convenue, la clause Calvo n'a d'autre effet que de confirmer la règle de l'épuisement préalable des recours internes. Cela signifie qu'en pratique cette clause est «superflue» voire «inutile», Maurice J. Arbour, *Droit international public*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais ltée, 1992, p. 305; Nguyen, Daillier et Pellet, *Droit international public*, op. cit., n° 375, p. 707; Starke, *Introduction to International Law*, op. cit., p. 292.

⁶⁴⁵-Juillet 1931 (Fred K. Nielsen, Commissaire américain, dissident), IV R.S.A.N.U., p. 691.

⁶⁴⁶-Ibid., p. 692.

⁶⁴⁷-Ibid., p. 703.

⁶⁴⁸-Février 1930, Ibid., p. 692, V R.S.A.N.U., p. 115.

1.3-Les sentences Liamco et Aminoil

À côté des sentences assez anciennes que nous venons d'évoquer, on peut signaler de nouvelles et plus récentes manifestations de bienveillance des arbitres internationaux pour la cause de certains États importateurs de capitaux. Mis à part, les arbitrages CIRDI Klöckner (1983)⁶⁴⁹ et **Atlantic Triton c. République de Guinée**⁶⁵⁰, qui avaient retenu une obligation de conseil à la charge de l'investisseur étranger, et la sentence de l'affaire C.C.I. n° 6219/ 1990, qui avait prescrit l'obligation de renégociation d'un contrat d'État⁶⁵¹, les sentences Liamco et Aminoil avaient aussi fait une recherche manifeste d'équité. Elles avaient, en effet, condamné les États défendeurs (respectivement la Libye et le Koweït) à réparer les dommages causés aux investisseurs expropriés mais sans perdre de vue l'équilibre des intérêts en conflit.

Ainsi, dans la sentence Liamco, l'arbitre avait recouru à l'équité pour déterminer le montant de l'indemnité allouée⁶⁵². Dans Aminoil les arbitres avaient pris la liberté de limiter, au profit de l'État d'accueil de l'investissement, les effets d'une clause de stabilisation régulièrement convenue⁶⁵³. Ils avaient, en effet, affecter cette clause d'une double limitation dans les termes suivants:

«Sans aucun doute, les limitations contractuelles du droit de l'État de nationaliser sont juridiquement possibles, mais cela impliquerait un engagement particulièrement grave qui devrait être *expressément stipulé* et qui devrait se conformer aux règles régissant la conclusion des contrats avec un État, et en règle générale, elles ne devraient concerner qu'une période relativement limitée.»⁶⁵⁴

⁶⁴⁹-Sentence C.I.R.D.I. du 21 Octobre 1983; 111 *J.D.I.* (1984), 409 et observations Emmanuel Gaillard à 114 *J.D.I.* (1987), 139.

⁶⁵⁰-115 *J.D.I.* (1988), 181, observations Emmanuel Gaillard, spécialement à 182.

⁶⁵¹-117 *J.D.I.* (1990), 1047, observations Yves Derains, 1050 et 1051.

⁶⁵²-20 *I.L.M.* 81 (1981).

⁶⁵³-Voir § n° 95 de la sentence, 109 *J.D.I.* (1982), 894 et 895, 21 *I.L.M.* 1023 (1982).

⁶⁵⁴-Ibid., 894, n° 95. (Nous avons souligné).

Il n'est donc pas rare que les instances arbitrales fassent preuve d'un grand esprit de justice dans l'appréciation des litiges liés à l'investissement international.

Contrairement à cette relative sécurité résultant des arbitrages internationaux, l'exercice de la protection diplomatique peut occasionner beaucoup de déconvenues pour le pays d'accueil. Par ailleurs, les investisseurs, qui sollicitent cette forme de protection de leur gouvernement, ne sont pas toujours bien servis dans leur cause.

2-Les insuffisances et inconvénients de la protection diplomatique

Cette procédure, lourde et malaisée, constitue avant tout l'échec pour la personne privée de faire directement entendre ses revendications devant un arbitre international. Ses insuffisances et ses inconvénients sont bien connus et, en principe, il est à peine nécessaire d'y revenir dans le présent ouvrage. Cependant, une nouvelle lecture de ces difficultés est possible, tant du point de vue de l'investisseur, que de celui de l'État qui répond de l'exercice de la protection.

2.1-Les insuffisances de la protection diplomatique pour l'investisseur

On savait, depuis longtemps, que la procédure de la protection diplomatique n'est pas toujours adéquate. Comme l'avait précisé la C.P.J.I. dans l'arrêt du 30 Août 1924 rendu dans l'affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine, (Grèce c. Grande-Bretagne), dans la protection diplomatique

«l'État ne se substitue point à son ressortissant, [...] il fait valoir son propre droit et [...], partant, dans les négociations diplomatiques peuvent intervenir des considérations étrangères à la discussion qui avait lieu auparavant entre l'individu et les autorités compétentes.»⁶⁵⁵

⁶⁵⁵-Arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 13.

Cette juridiction avait par la suite, rappelé et réaffirmé, cette règle dans l'affaire relative à l'usine Chorzów⁶⁵⁶, dans les affaires des emprunts serbes et des emprunts brésiliens⁶⁵⁷, dans l'affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis⁶⁵⁸. Les apatrides sont donc au départ exclus du bénéfice de ce recours qui, d'un autre côté, ne peut trouver application lorsque la personne privée est aux prises avec le gouvernement de son propre pays⁶⁵⁹.

En fait, pour l'investisseur, la première grave démarche réside dans l'obligation de rechercher la couverture de son gouvernement et de faire ainsi reposer le sort de ses intérêts sur son pouvoir discrétionnaire. Or, la volonté d'intervention de celui-ci est fonction d'appréciations politiques, stratégiques ou encore du poids qu'il attribue à son ressortissant en peine, c'est-à-dire de considérations foncièrement étrangères au droit⁶⁶⁰.

⁶⁵⁶-13 septembre 1928, demande en indemnité, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 28.

⁶⁵⁷-Arrêts du 12 Juillet 1929, §§ n° 14 et 15, 1929, C.P.J.I. série A, n° 20 et 21, notamment à p. 17.

⁶⁵⁸-(Estonie c. Lituanie), arrêt du 28 Février 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76, p. 16. Plus généralement, voir sur ce point, notamment, Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, op. cit. note n° 16, pp. 37 et s., 284 et s.; Maryan Green, *International Law. Law of Peace*, London, Macdonald & Evans Ltd, 1973, pp. 95 et s..

⁶⁵⁹-Antoine Favre, *Principes du droit des gens*, op. cit. note n° 502, p. 315.

⁶⁶⁰-Lillich, *The Protection of Foreign Investment. Six Procedural Studies*, op. cit. note n° 744, p. 194; voir également les commentaires de Scott sur l'article 4 de la Convention relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises, *Conférences de la paix de la Haye de 1899 et 1907*, Paris, Pedone, 1927, p. 417; voir aussi l'analyse très critique et fortement argumentée de Jacqueline Rochette, *L'individu et le droit international*, Paris, Montchrestien, 1956, p. 100.

D'un autre côté, la personne qui recourt à la protection diplomatique de son gouvernement doit se livrer à un véritable parcours du combattant. La C.I.J. a bien exprimé ces difficultés dans l'affaire **Barcelona Traction** (1970) lorsqu'elle rappela que

«L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce [...]»⁶⁶¹

Lorsque cette discrétion du Gouvernement ne lui sert pas, tout simplement, à ne donner aucune suite aux démarches de son ressortissant, elle garde de toutes les façons une applicabilité constante quant au quantum de la demande ainsi qu'aux moyens et modalités de règlement du litige. Dans la protection diplomatique, l'État est le *dominus litis* avec toutes les conséquences juridiques qu'implique cette qualité⁶⁶².

Une autre paire de manche se joue en cas de recours au juge international. On a vu des situations, somme toute heureuses, où la présence de l'État était strictement formelle, c'est-à-dire qu'elle fut dans la seule vue de faire valoir le recours de ses citoyens, auxquels était laissée la charge des moyens humains, matériels et financiers nécessités par le procès. C'était, par exemple, le cas dans l'**Affaire des emprunts serbes**⁶⁶³.

Par ailleurs, même si une procédure internationale s'engage, un dénouement efficace et diligent de la cause n'est pas forcément dans l'ordre habituel des choses. L'exemple du très long déroulement et du douteux dénouement de l'**Affaire de la Barcelona Traction**⁶⁶⁴ en témoigne éloquemment. Rappelons que dans cette affaire la société canadienne Barcelona était contrôlée

⁶⁶¹-C.I.J. Recueil 1970, p. 3, n° 78 et 99.

⁶⁶²-Mario Amadio, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965*, op. cit. note n° 27, p. 23.

⁶⁶³-Arrêt du 12 Juillet 1929, n° 14, 1929, C.P.J.I. série A, n° 20) (A. de Lapradelle, *Les principes généraux du droit international* (Notes de cours en douze leçons), Paris, Centre Européen de la Dotation Carnégie, 1929, 1^{re} leçon, p. 8.

⁶⁶⁴-5 Février 1970, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970, p. 3.

à 89 % par des actionnaires belges. Privilégiant la personnalité morale de la société et sa nationalité canadienne, la Cour avait refusé à la Belgique le droit d'exercer la protection diplomatique en faveur de ses ressortissants actionnaires. Un premier arrêt, sur des exceptions préliminaires, avait d'abord été rendu le 24 Juillet 1964⁶⁶⁵. Après cette première décision, il avait donc fallu attendre six autres années pour assister à la non-évocation du fond de l'affaire.

Il en fut de même pour l'*Affaire Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (États-Unis c. Italie)⁶⁶⁶. Il y avait entre les deux parties en litige un traité d'amitié, de commerce et de navigation, conclu le 2 Février 1948. Un Protocole Additionnel avait été ajouté à ce traité le 26 Septembre 1951. Courant 1955, la compagnie américaine *Raytheon Company* fit des investissements dans la société italienne de composants électroniques, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* dont le siège social était situé à Palerme en Sicile. D'une simple prise de participation, au départ, Raytheon finit, en 1967, par détenir l'entier contrôle d'ELSI. À cette date 99,16 % des parts revenaient directement à Raytheon et le 0,84 % restant allait à sa filiale à 100% de droit américain *Machlett Laboratories Incorporated*. L'affaire battit constamment de l'aile tant et si bien que, courant 1967 et 1968, les compagnies américaines engagèrent des négociations avec le gouvernement italien pour sa cession à la société publique italienne *Istituto per la Ricostruzione Industriale* (IRI) ou, à défaut, à toute autre société publique intéressée. N'ayant pu obtenir satisfaction à cette démarche, les deux compagnies américaines décidèrent, le 16 Mars 1968, de liquider l'entreprise. Elles notifièrent par conséquent aux employés, dont le nombre avoisinait le chiffre impressionnant de 900, leur licenciement par des lettres individuelles datées du 29 Mars 1968. Appréhendant une explosion sociale, de la part de ce grand nombre de personnes menacées d'un chômage imminent, le Maire de la ville de Palerme réquisitionna l'usine le 1er Avril 1968. ELSI releva appel de cette décision administrative auprès du Préfet de Palerme le 19 Avril 1968. Une décision favorable du Préfet intervint, mais beaucoup trop tard, le 22 Août 1969. Entre-temps, dès le 26 Avril 1968, ELSI avait, sous la pression des échéances de sa dette, sollicité la mise en

⁶⁶⁵-C.I.J. Recueil 1964, p. 6.

⁶⁶⁶-(États-Unis c. Italie), arrêt du 20 Juillet 1989, C.I.J. Recueil 1989, p. 15.

faillite. Après plusieurs tentatives de ventes aux enchères la société ELTEL, une filiale de l'IRI, avait fini par l'acquérir à un prix que Raytheon estima dérisoire. Maintes péripéties judiciaires s'ensuivirent. Mais, c'est sur la base de la décision préfectorale que les États-Unis avaient fondé l'exercice de la protection des intérêts de Raytheon et Machlett, en arguant de ce que l'ordonnance de réquisition avait précipité la faillite dans l'espèce et qu'il y a eu, de ce fait, violation des traités et accord de 1948 et 1951 qui lient les deux pays⁶⁶⁷.

Comme solution à cette affaire, la Cour avait, d'une part, rejeté l'exception d'irrecevabilité formée par l'Italie sur la base du non-épuisement des recours internes et, d'autre part, refusé la demande d'indemnité présentée par les États-Unis. On peut noter que cet aboutissement douteux de la cause mit de 1968, année des premières difficultés des entreprises américaines avec les autorités italiennes, à 1989, année de l'arrêt de la C.I.J., vingt et un ans pour intervenir. Après une durée semblable est-on encore en présence d'une justice? Nous en doutons.

Ces deux affaires illustrent par ailleurs le défaut de fermeté de la jurisprudence de la juridiction internationale dans la matière de la protection diplomatique des personnes morales privées. Ainsi alors que le *jus standi* avait été dénié au Royaume de Belgique dans l'arrêt *Barcelona Traction*, il est difficile d'expliquer pourquoi l'action des États-Unis a été accueillie par la même juridiction dans l'Affaire *ELSI*. La Cour n'a, en effet, fourni aucune motivation spécifique et claire sur ce point⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷-Voir, entre autres commentaires de cet arrêt, Brigitte Stern, "La protection diplomatique des investissements internationaux. De *Barcelona Traction* à *Elettronica Sicula* ou les glissements progressifs de l'analyse", 117 *J.D.I.* (1990), 897, 900.

⁶⁶⁸-Voir sur ce point la critique et les analyses de Brigitte Stern, *Ibid.*, pp. 922 et s.. Notons toutefois que, dans son opinion dissidente, le juge Stephen M. Shwebel avait pris soin de donner la précision suivante: "[...] on a soutenu que le traité était, pour l'essentiel, sans rapport avec les réclamations des États-Unis en l'espèce, parce que les mesures prises par l'Italie (notamment la réquisition de l'usine de l'*ELSI* et de son équipement) affectaient directement non pas des ressortissants ou des sociétés des États-Unis, mais une société italienne, l'*ELSI*, dont les actions se trouvaient appartenir à des sociétés américaines dont les droits en tant qu'actionnaires étaient, dans une large mesure, hors du champ de la protection assurée par le traité. La Chambre n'a pas retenu cet argument.", C.I.J. Recueil 1989, p. 94.

Au demeurant, les observateurs les plus avisés de la scène judiciaire internationale ont toujours relevé la lourdeur et l'inadéquation de la protection diplomatique et, spécialement, les procédures judiciaires qui en sont la résultante en matière de protection des investissements étrangers. Ainsi, après avoir mis au jour et critiqué la «désinvolture» avec laquelle la C.I.J. avait écarté l'intérêt des actionnaires au profit de la personnalité morale de la société en cause dans l'affaire de la **Barcelona Traction**, Jean Charpentier avait conclu que «le droit d'accès direct auprès d'instances *ad hoc*» était le seul recours efficace que pourrait obtenir un investisseur pour échapper, en cas de difficultés avec l'État d'accueil, à la «rigidité des rapports interétatiques auxquels se rattache l'institution de la protection diplomatique»⁶⁶⁹.

Outre que sa saisine directe est impossible pour les personnes privées, et que l'intervention de l'État d'origine de celles-ci est aléatoire, ce qui exclut toute possibilité pour la Cour de constituer une juridiction de droit commun en matière de la protection des investissements internationaux, elle accuse une tendance à l'interprétation obtuse du droit international au lieu de l'élargir et de l'enrichir⁶⁷⁰. Patrick Juillard fit une remarque comparable⁶⁷¹. Cet auteur avait aussi relevé que les procédures arbitrales sont mieux adaptées à cette catégorie de litiges internationaux⁶⁷². Dans le même sens, Bruno Oppetit nota qu'une procédure judiciaire internationale résultant de l'exercice de la protection diplomatique «apparaît de nature à exacerber les antagonismes entre États et à compliquer encore plus la vie internationale, sans apporter en contrepartie au ressortissant protégé de satisfaction dans un délai raisonnable.» d'où

⁶⁶⁹—«L'affaire de la Barcelona Traction devant la Cour Internationale de Justice (arrêt du 5 Février 1970), 16 A.F.D.I. (1970), 307, 325 et 328, n°38 et 44.

⁶⁷⁰—Philippe Kahn, «Le règlement des différends par la méthode de l'arbitrage», communication au colloque de Paris sur *Les investissements et le développement économique des pays du Tiers-Monde*, op. cit. note n° 425, pp. 179-200, à p. 180 et s.; Mario Amadio, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965*, op. cit. note n° 27, p. 24.

⁶⁷¹—«L'arrêt de la Cour International de Justice (Chambre) du 20 Juillet 1989 dans l'affaire de l'Elettronica Siculo (États-Unis c. Italie). Procès sur un traité ou procès d'un traité ?», 35 A.F.D.I. (1989), n°28, p. 297.

⁶⁷²—Ibid., n° 4, p. 277.

l'arbitrage se présente en la matière comme le seul recours préférable pour la personne privée impliquée⁶⁷³.

Au total, la protection diplomatique, quoique parfois spectaculaire et impressionnante, alliant certaines scènes judiciaires des temps présents aux armadas punitives à force ouverte des temps passés, est loin de constituer un recours efficace pour l'investisseur étranger en difficulté⁶⁷⁴. Évidemment, par cela même qu'elle marque parfois la volonté de donner une leçon ou de faire jurisprudence lorsqu'elle intervient, la protection diplomatique peut être dans tous les cas, par la menace qu'elle constitue et les coups qu'elle comporte, un traitement extrêmement rude pour l'État qui la subit.

2.2-Les déconvenues de la protection diplomatique pour l'État d'accueil

Dans le passé, la protection diplomatique a bien souvent été synonyme de guerre punitive ou de ce qui était connu sous la dénomination de «diplomatie de la canonnière». Ainsi, par exemple, en 1860, la Grande-Bretagne, la France et l'Espagne avaient conjointement bombardé le territoire mexicain aux fins de recouvrement de la dette publique⁶⁷⁵. De même, l'arbitrage de l'affaire du traitement préférentiel des réclamations c. le Venezuela entre l'Allemagne, la

⁶⁷³-«Les États et l'arbitrage international: esquisse de systématisation», *Revue de l'arbitrage* (1985), 493, 495. Il est vrai cependant qu'aussi longtemps qu'une juridiction internationale obligatoire fera défaut la protection diplomatique demeurera, en dépit de son inadéquation dans la matière de la protection des investissements, un précieux recours. Voir dans ce sens Richard B. Lillich qui écrivait en 1975 que «[...] until the international community grants alien claimants access to effective international machinery guaranteeing third party determination of wealth deprivation disputes, the modern doctrine of diplomatic protection of nationals abroad warrants the continued vigorous support of all enlightened internationalists [...]», «The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: an Elementary Principle of International Law Under Attack», 69 *A.J.I.L.* (1975), 364 et 365.

⁶⁷⁴-Mario Amadio, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965*, op. cit. note n° 27, p. 23.

⁶⁷⁵-Scott, *Conférences de la paix de la Haye de 1899 et 1907*, op. cit. note n° 635, p. 338.

Grande-Bretagne, l'Italie, d'une part, et le Venezuela, d'autre part, né de réclamations pécuniaires de certains ressortissants des trois pays européens contre le Venezuela, avait été précédé d'un blocus des ports de ce pays. En effet, suite à l'échec du règlement diplomatique, la Grande-Bretagne décida le 11 Décembre 1902 le blocus des ports vénézuéliens et proposa, deux jours plus tard, le recours à l'arbitrage au Venezuela. Sept jours après cette proposition l'Allemagne et l'Italie se joignirent au blocus⁶⁷⁶. L'expression «diplomatie de la canonnière» avait d'ailleurs trouvé, ne serait-ce que pour partie, sa naissance dans cette confrontation inégale et malheureuse⁶⁷⁷.

Aujourd'hui les méthodes sont plus douces bien qu'elles soient tout aussi fortes et efficaces que le canon. Les pressions des États-Unis dans le cadre de l'*Uruguay Round* pour obtenir l'abolition des obligations de performance en matière d'investissement, celles de la Banque mondiale et du F.M.I. dans le cadre des Programmes d'ajustement structurel des pays en développement et celles, encore plus discrètes, qui surviennent quotidiennement dans les relations bilatérales⁶⁷⁸ rendent bien témoignage de ce fait.

⁶⁷⁶-Ibid., p. 336. Sur l'ensemble des faits et le dossier juridique de l'affaire voir du même auteur *Les travaux de la Cour Permanente d'Arbitrage de la Haye*, New York, Oxford University Press, 1921, p. 57.

⁶⁷⁷-Georg Schwarzenberger nous informe en effet que «*the joint naval intervention by Germany, Great Britain and Italy in Venezuela had all the features of what in those years came to be termed gunboat diplomacy*», *Foreign Investment and international Law*, New York/ Washington, Praeger, 1969, p. 185. Albert De Lapradelle et Nicolas Politis nous ont donné une description saisissante d'une des manifestations de cette diplomatie, relativement à la politique étrangère de la Grande-Bretagne vers la fin du XIXe siècle, dans les termes ci-après: «À l'époque où la diplomatie de la Grande-Bretagne était dirigée par Lord Palmerston, elle se faisait volontiers tracassière, oppressive à l'endroit des petits États qui n'acceptaient pas sa tutelle. Les moindres incidents lui fournissaient le prétexte d'une intervention, l'objet de réclamations pécuniaires, l'occasion de controverses où plus d'une fois l'intimidation devait être son meilleur argument. Vers 1850, l'humeur ombrageuse et vindicative du grand ministre s'exerçait simultanément en Grèce [affaire *Pacifico*, affaire des flots de Corvi et de Sapienza etc.], en Toscane, dans les Deux-Siciles [affaire de Livourne et de Messine ...] et avec une tenacité particulière, en Portugal.», II R.A.I., p. 1.

⁶⁷⁸-Voir par exemple en ce qui concerne plus spécifiquement les États africains le Rapport de la Fondation Dag Hammarskjöld intitulé *L'État et la crise en Afrique: la recherche d'une seconde libération*, *Compte-rendu de la conférence de Mweya en Ouganda du 12 au 17 mai 1990*, Uppsala, Fondation Dag Hammarskjöld, pp. 5, 10.

Comme de grandes autorités du droit international l'ont déjà souligné, un État faible n'a pas intérêt à engager une partie de bras de fer avec un autre État plus fort que lui. Un règlement international par des voies de droit, de préférence par une instance arbitrale en ce qui concerne les litiges d'investissement, est le meilleur moyen d'assurer la sauvegarde de ses intérêts. Lorsqu'il se laisse aller à subir les pressions de son puissant adversaire l'État faible paye généralement un prix politique ou financier plus élevé que ce qu'un juge arbitral aurait pu allouer⁶⁷⁹.

Mais, en dehors de ces moyens lourds il a pu être démontré que le renforcement du contrôle de certains États sur leurs ressources naturelles et les activités économiques, conformément à l'esprit du N.O.É.I. aboutit, paradoxalement et ironiquement, à «la diminution de l'autonomie de l'État d'accueil». Pour retenir désormais des investissements étrangers, celui-ci est obligé de concéder, par contrat ou dans des lois spéciales, des conditions anormalement avantageuses dont le «laxisme étonne les investisseurs eux-mêmes.»⁶⁸⁰. Cela veut dire que ces conditions de faveur vont au-delà de ce que le standard du droit international général contesté et bien de traités bilatéraux de protection des investissements eurent pu offrir. Il semblerait que les Codes des investissements des pays africains présentent l'exemple achevé de ce phénomène⁶⁸¹. On devrait

⁶⁷⁹-Voir, par exemple sur ce point, Louis Renault qui écrivait que, lorsque l'État d'origine d'un étranger qui a souffert dans son corps ou dans ses biens, «ne peut obtenir satisfaction à l'amiable, il usera de pression, recourra quelquefois à la force et trop souvent le montant de l'indemnité obtenue dépassera le dommage réel. L'arbitrage rendrait ici de grands services en donnant promptement une solution équitable», Préface du 24 Octobre 1904 à I R.A.I., p. ix.. (Nous avons souligné). Nous rencontrons la même appréciation chez Marcel Sibert qui avançait qu'«au regard de l'État auteur du dommage, «l'intervention diplomatique» de l'État qui exerce la protection risque toujours, plus ou moins, «d'être le prélude d'une intervention politique, elle-même suivie d'une intervention militaire ou navale» [...]. Bien avisé, en conséquence, se montrera le Gouvernement qui ne se sent pas sans responsabilité devant le Droit des Gens en s'efforçant d'éviter cette intervention et en organisant à cet effet, spontanément et par des mécanismes et des procédures de redressement des torts qui lui sont imputables. À défaut du sens de la justice qui l'y incite, celui de son intérêt bien compris l'y conduira.», «Contribution à l'étude des réparations pour les dommages causés aux étrangers en conséquence d'une législation contraire au droit des gens», 48 R.G.D.I.P., 1941-1945, pp. 5 et 6.

⁶⁸⁰-Jocelyn Noudéhou, «Le Nouvel Ordre Économique International: un nouvel ordre de stabilisation interne ou un exemple de dérivation?», 68 *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques*, 1990, 31, 33.

⁶⁸¹-Ibid..

dire la même chose de l'extension récente du mouvement de conclusion de traités bilatéraux de protection des investissements à des pays, comme ceux de l'Amérique latine, jusque-là traditionnellement rétifs à tout engagement semblable.

Outre cette évolution, la puissance des entreprises, ainsi que les nécessités du commerce des pays en développement, contraignent bien souvent ceux-ci à se soumettre au règlement arbitral international pour vider leurs litiges internationaux relatifs au commerce et aux investissements. Le cas de la Libye est exemplaire à ce sujet. Par une loi prise en 1970 ce pays avait frappé de nullité toutes les conventions d'arbitrage conclues jusque-là par l'État libyen et ses différents établissements administratifs et commerciaux. Cette loi prescrivait la compétence exclusive des tribunaux libyens pour connaître des litiges concernés bien qu'ils soient liés au commerce international. Cette interdiction déclencha un net renchérissement des marchés de l'État libyen, ceux de ses établissements publics et la désertion des partenaires économiques potentiels du pays. Face aux difficultés véritablement graves ainsi créées, un assouplissement de la loi fut décidée par l'introduction de cas exceptionnels de recours à l'arbitrage international dont l'appréciation relevait du Conseil des Ministres. Là encore les lourdeurs administratives avaient eu très tôt raison de la prompt obtention de l'autorisation légale prévue. Le problème ne fut donc pas réglé par cet aménagement législatif. De guerre lasse l'État libyen fut contraint de prendre, le 15 Octobre 1972, une troisième loi dont l'article unique décida la renonciation pure et simple à l'interdiction du recours à l'arbitrage faite à ses organismes publics moins de trois ans plus tôt. Plusieurs autres tentatives furent entreprises pour revenir sur la loi de 1972 ce qui démontre que les autorités de ce pays s'étaient plutôt résignées à ce retour au *statu quo ante*. Mais toujours est-il qu'aujourd'hui, en Libye, on en est plus à l'interdiction de l'arbitrage commercial international lorsque des organismes publics et l'État sont en cause⁶⁸².

Face à l'alternative de l'épreuve de force que constitue l'exercice de la protection diplomatique, les pays en développement auraient plutôt avantage à recourir à l'intermédiation du règlement

⁶⁸²-Voir sur cette histoire Ali Mezghani, «Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage», *Revue de l'arbitrage* (1985), 543, 554 à 557.

arbitral dans la matière particulière des litiges d'investissement. L'arbitrage permet, en effet, d'obvier aux lourdeurs de la procédure judiciaire.

Une sentence internationale divulguée constituerait une formidable garantie pour l'intérêt de ces pays. L'examen critique et vigilant des spécialistes du droit, joint aux commentaires de la presse spécialisée, créeraient une trappe infranchissable à tout déni de justice envers l'une ou l'autre partie. En tout état de cause, les faiblesses, présumées, de la justice interne de nombreux États du Tiers-Monde, n'incitent pas toujours les investisseurs étrangers, établis sous leur juridiction, à recourir à leurs juges internes.

3-Les faiblesses présumées de la justice dans les pays en développement

L'idée que l'indépendance et la qualité de la justice manquent de crédibilité, notamment, dans les pays du Tiers-Monde, est, à tort ou à raison, bien ancrée chez de nombreux juristes et de dirigeants d'entreprises des pays exportateurs de capitaux. Comme l'écrivait Pierre Mayer, on observe «dans les faits» que «des entreprises trouvent un intérêt à procéder à des investissements à l'étranger, à condition de ne pas les voir soumis aux lois et tribunaux de l'État récepteur [...]»⁶⁸³. Jean-Flavien Lalive a été encore plus explicite dans ce sens. D'après lui:

«La faiblesse actuelle du pouvoir judiciaire dans de très nombreux pays - et non pas seulement, loin de là, dans ceux du Tiers-Monde - est une réalité sociologique et politique qui suffirait à expliquer les craintes ou les hésitations qu'éprouvent de nombreuses sociétés étrangères à ces juridictions internes le sort d'un contrat international important.»⁶⁸⁴

En fait cette idée repose, sans doute en partie, sur certains litiges malheureux du passé, qui semblent toujours hanté les souvenirs. Il importe de les rappeler, quelles que soient les réserves que l'on pourrait avoir sur leur pertinence aujourd'hui. À tout le moins, ce rappel rendrait justice à la vérité historique et aiderait à apprécier le chemin parcouru depuis lors, en matière

⁶⁸³-«La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État», 113 *J.D.I.* (1986), loc. cit., n° 57, p. 43.

⁶⁸⁴-«Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développement», 181 *R.C.A.D.I.* (1983-III), p. 65.

de justice, dans les pays concernés. Par ailleurs, des études récentes sur la justice en Afrique tendent à y déceler un certain nombre de dysfonctionnements, et donc à alimenter des craintes sur l'indépendance de la justice dans cette région. Sans se prononcer, pour ou contre les résultats de cette étude, il convient également de les mentionner car, qu'on le veuille ou non, elles constituent des sources d'informations pour les investisseurs qui s'intéressent à ces régions.

3.1-Quelques exemples de précédents judiciaires malheureux du passé

Selon Marcel Sibert, la bonne administration de la justice nécessite qu'un juge réunisse en sa personne indépendance et science, qu'il statue suivant une procédure admettant la publicité et la contradiction sur la base d'une législation de standard suffisant et conforme au droit international⁶⁸⁵. Ces conditions ne sont, semble-t-il, pas toujours remplies dans l'ensemble des pays du monde.⁶⁸⁶

⁶⁸⁵-Marcel Sibert, «Contribution à l'étude des réparations pour les dommages causés aux étrangers en conséquence d'une législation contraire au droit des gens», loc. cit., p. 5.

⁶⁸⁶-À ce chapitre il n'y a d'ailleurs pas que les pays du Sud qui soient reprochables. Il y a une cinquantaine d'années, un grand pays européen chargé d'une histoire imposante, à savoir l'Espagne, avait défrayé la chronique pour avoir fait une situation très peu commode à la propriété privée de ses ressortissants et à celle des étrangers sans offrir aux victimes la possibilité de recours judiciaire adéquat pour obtenir un dédommagement, (Ibid., pp. 5 à 10). Quant au fonctionnement de la justice de la Russie soviétique, tel qu'il ressort des faits de l'affaire *Lena Goldfields, Ltd.*, (1930) il n'était pas très fameux en terme de garantie pour le concessionnaire indûment évincé de ses droits. Les employés de la compagnie avaient subi une «lutte de classes» et furent même terrorisés par la police politique pour avoir été au service d'une entreprise «capitaliste». En effet, 131 d'entre eux, dont des cadres et des ingénieurs, avaient été arrêtés et douze furent poursuivis pour «activité contre-révolutionnaire et espionnage». Pour clore le tout, le gouvernement soviétique avait saisi les installations et les documents y relatifs en ce compris des documents contenant les secrets de production. Sur cette affaire voir Arthur Nussbaum, «*The Arbitration Between the Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government*», 36 *Cornell Law Quarterly* (1950), 31, § n° 21 de la sentence, Ibid., 47 et s..

L'histoire de la protection des biens étrangers a connu, effectivement, des situations où la justice a été particulièrement malmenée. L'affaire Fabiani (1896)⁶⁸⁷ compte parmi les plus anciennes à rentrer dans cette catégorie. Il s'y agissait d'une demande de réparation formée par le gouvernement français contre celui du Vénézuëla des suites des préjudices infligés à Antoine Fabiani par les autorités judiciaires et administratives de ce pays. Fabiani se retrouva en effet dans l'impossibilité d'obtenir justice des malversations et pillage dont ses entreprises situées au Vénézuëla avaient été l'objet de la part de sa belle-famille, les Roncayolo. Cette famille bénéficia ostensiblement de la corruption des autorités judiciaires et administratives vénézuéliennes compétentes pour régler l'affaire en permettant l'exécution, sous leur juridiction, de la sentence arbitrale rendue à Marseille le 15 décembre 1880 entre Fabiani et Roncayolo. Contestant après coup le compromis de Caracas en vertu duquel l'arbitrage avait été organisé, les Roncayolo s'élevèrent sans succès contre la validité de la sentence devant le tribunal de Marseille. Le jugement rendu le 1er avril 1881 par cette juridiction avait été confirmé par un arrêt de la Cour d'appel d'Aix intervenu, toujours à la diligence des Roncayolo, le 25 juillet 1881. La justice vénézuélienne, à tous les niveaux (Haute Cour Fédérale, Tribunal de première instance de Maracaibo, Cour suprême de Falcon Zulia), et les autorités administratives les plus haut placées dans la hiérarchie en ce compris le Président de l'État de Trujillo et le Président de la République vénézuélienne de l'époque, Guzman Blanco qui, par ailleurs, était partenaire en affaires des Roncayolo, se liguèrent pour faire obstruction à l'exécution de la sentence du 15 décembre 1880 passée en force de chose jugée dans leur pays. On alla même jusqu'à modifier la constitution de l'État de Falcon-Zulia pour déterminer la composition d'une Cour supérieure favorable aux adversaires de Fabiani. Une juridiction d'exception dont la composition était à la discrétion du pouvoir exécutif fut également constituée pour connaître du même différend. Pour clôturer ces exactions multiples, Fabiani qui laissa entre-temps sa santé dans l'aventure et souffrit de la fièvre jaune, fut mis en faillite au Vénézuëla pour défaut de paiement d'une dette dont le montant était inférieur au tiers de la créance qu'il détenait sur le gouvernement du Vénézuëla. Du 31 Janvier 1878, date des premiers investissements de Fabiani au Vénézuëla, au 30 Décembre 1896, date de la sentence du Président de la Confédération suisse, Fabiani avait

⁶⁸⁷ - (France c. Vénézuëla), *Pasicrisie*, p. 343.

souffert dix-huit années de graves difficultés que la protection de son gouvernement n'avait certainement pu effacer.

Les affaires relatives aux réclamations françaises contre le Pérou⁶⁸⁸, et Shufeldt⁶⁸⁹, pour ne retenir que ces quelques exemples, comptent parmi celles qui avaient émaillé des griefs par elles véhiculés les relations tumultueuses des jeunes États sud-américains avec leurs partenaires européens et américain. Elles démontrent à merveille les difficultés qu'il y avait à obtenir justice au plan interne dans certains pays d'accueil d'investissements étrangers. Mais, c'était hier. Cependant, même aujourd'hui, certaines sources tendent à accréditer l'idée que des problèmes de fonctionnement des appareils judiciaires ne sont pas encore taris dans les pays en développement. C'est ainsi qu'on avance que, par exemple, en Afrique, des problèmes du genre seraient à déplorer.

3.2-Les défauts présumés de la justice en Afrique

Suivant une certaine opinion, les systèmes judiciaires des pays africains subsahariens sont habités par quelques dysfonctionnements graves. Il semblerait que, dans ces pays, dès lors qu'une affaire revêt peu ou prou une coloration politique, comme c'est presque nécessairement le cas pour les difficultés notables d'un investisseur avec les autorités du pays d'accueil, la capitulation du juge est le dénouement le plus prévisible. D'après le professeur Gérard Conac:

«[...] Le juge (lui-même) confronté à des affaires ayant une implication politique est dans une situation inconfortable. Sans parler de l'opportune théorie des actes de gouvernement ou de l'acte politique, il sera tenté soit pour refuser de se prononcer d'invoquer des arguments de procédure, soit de recourir à des principes d'interprétation ménageant la suprématie présidentielle. Même lorsqu'il est courageux et fait preuve d'impartialité, il n'est pas en mesure d'entrer en conflit ouvert avec le pouvoir politique. Sa marge de manoeuvre est des plus restreintes.»⁶⁹⁰

⁶⁸⁸-(France c. Pérou), 11 Octobre 1921, I R.S.A.N.U., p. 215.

⁶⁸⁹-24 Juillet 1930, Guatemala c. États-Unis, II R.S.A.N.U., p. 1079.

⁶⁹⁰-Gérard Conac, «Le juge de l'État en Afrique francophone», 156 *Afrique contemporaine* (Spécial: La justice en Afrique), (1990), 14, 15.

Cette fameuse suprématie présidentielle, cheval de bataille des régimes politiques dictatoriaux et musclés, serait paré au Zaïre de la détention de tous les pouvoirs de l'État, le pouvoir judiciaire compris, par le chef de l'État⁶⁹¹. Dans ces conditions il ne serait pas étonnant d'observer la préférence marquée des africains, comme celle des étrangers installés en Afrique, pour la conciliation directement négociée par les parties opposées par un conflit. La voie contentieuse serait fort dédaignée là-bas⁶⁹².

Quoi qu'il en soit, en Afrique comme ailleurs, on retrouve forcément les voies judiciaires quand toutes les possibilités de règlement à l'amiable sont épuisées. On peut donc difficilement minimiser les difficultés présentées par l'action des juges dans les pays considérés. Ces difficultés ne seraient d'ailleurs pas propres aux pays francophones d'Afrique qui faisaient l'objet de la réflexion de Conac. Elles seraient également partagées par les pays anglophones du continent où, aurait-on noté, «la magistrature a souvent éprouvé des difficultés à se tenir à l'écart des problèmes politiques du moment». Les gouvernements africains auraient «tendance à considérer que la loi et l'appareil judiciaire sont autant de facteurs leur permettant d'atteindre leurs objectifs»⁶⁹³. Ce comportement recèle, comme on devrait en douter, des «possibilités de conflit» dans les domaines où des autorités exécutives aux «pouvoirs absolus et non contrôlables» verraient leurs intérêts menacés par les incursions trop poussées d'un juge téméraire⁶⁹⁴. Pour le comble, les tribunaux des pays anglophones d'Afrique souffriraient aussi d'une désertion de leurs justiciables naturels, les citoyens. Cette désertion est principalement attribuée à un «manque de confiance»⁶⁹⁵.

⁶⁹¹-Ibid., p.16.

⁶⁹²-Ibid., p. 18.

⁶⁹³-Simon Coldham, «Les systèmes judiciaires en Afrique anglophone», *Afrique contemporaine*, no. 156 (spécial: *La justice en Afrique*), op. cit., 27, 32 et 37.

⁶⁹⁴-Ibid., 32 s..

⁶⁹⁵-Ibid., 37.

Lorsque, malgré tout, on s'avise de mettre à contribution cette justice pour résoudre ses démêlées administratives, fiscales, sociales ou de recouvrement de créance sur le trésor public etc., il semblerait qu'on s'engage, dans bien des cas, dans une voie désespérante et, en général, sans issue valable. On a signalé, par exemple, un recours contre l'Administration fiscale du Cameroun devant le juge compétent qui aurait duré dix ans alors que la procédure n'était pas suspensive du paiement des droits échus contestés, ni de ceux à échoir entre-temps. D'un autre côté, les États ne se presseraient pas pour honorer leur dette envers les entreprises qui leur fournissent biens, services et travaux dans des situations où aucun secours diligent et efficace n'est à attendre d'un juge. Au total «quand les créanciers ne peuvent obtenir ni condamnation, ni réparation, ni exécution de leurs garanties, l'institution judiciaire est malade ...»⁶⁹⁶. Comme pour attester ce mauvais tableau, le Président Alpha Oumar Konaré du Mali, un des rares démocratiquement portés au pouvoir ces dernières années en Afrique, avait, parlant du cas de son pays dans une interview à l'Agence France Presse, résumé la situation dans les termes ci-après:

«[...] le service public est miné par la corruption, la fraude. Le népotisme est devenu une façon de gérer le pays. L'appareil de sécurité de l'État est douteux. L'indépendance de la justice n'existe pas.»⁶⁹⁷

En tout état de cause, que ces analyses soient pleinement fondées ou non, en Afrique ou ailleurs dans le Tiers-Monde, les investisseurs étrangers se défient du fonctionnement de la justice locale. Lorsqu'elles sont fondées et concernent des intérêts étrangers, les difficultés de fonctionnement de la justice locale, pourraient présenter au plan du droit international certaines conséquences qui méritent d'être rappelées.

⁶⁹⁶-Jacques Alibert, «Justice et développement économique: le point de vue des entreprises», *Afrique contemporaine*, no. 156 (spécial: *La justice en Afrique*), op. cit., 72, 80.

⁶⁹⁷-*Marchés tropicaux et méditerranéens*, 2 Octobre 1992, 2608.

3.3-La sanction des défauts de fonctionnement de la justice interne en droit international général

Les difficultés du fonctionnement de la justice locale, dans la mesure où elles seraient fondées et impliqueraient des intérêts étrangers, pourraient occasionner un déni de justice et autoriser une dispense du respect de la règle de l'épuisement préalable des recours internes. Elles pourraient, en outre, entraîner le problème d'un éventuel rôle correcteur des principes de bonne foi et d'*estoppel* pour rendre quasi-contractuelles les fréquentes situations administratives faites aux investissements étrangers.

3.3.1-*La dispense de l'épuisement préalable des recours internes et le déni de justice*

Dans une résolution sur la responsabilité internationale des États, pour les dommages subis sur leur territoire par les personnes et les biens des étrangers (*International Responsibility of States for Injuries on their Territory to the Person or Property of Foreigners*), adoptée à Lausanne le 24 Août 1927, l'Institut de Droit International (I.D.I.) avait estimé que:

«V-The State is responsible on the score of denial of justice:

(1) When the tribunals necessary to assure protection to foreigners do not exist or do not function.

(2) When the tribunals are not accessible to foreigners.

(3) When the tribunals do not offer the guaranties which are indispensable to the proper administration of justice.

VI-The State is likewise responsible if the procedure or the judgement is manifestly unjust, especially if they have been inspired by ill-will toward foreigners, as such, or as citizens of a particular state.»⁶⁹⁸

Nous retrouvons une affirmation doctrinale beaucoup plus récente de cette position dans l'opinion dissidente de Stephen M. Schwebel dans l'affaire *ELSI*, «[...] l'un des aspects essentiels de la règle est qu'on ne peut exiger l'épuisement des recours internes lorsqu'il n'existe pas de recours effectif à épuiser.»⁶⁹⁹

⁶⁹⁸-22 A.J.I.L. Supplement (1928), 331.

⁶⁹⁹-C.I.J. Recueil 1989, p. 94.

Cette opinion avait reçu depuis longtemps la consécration de la jurisprudence. Comme l'a jugé la C.P.J.I. dans l'affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis «Il ne peut, [...], y avoir lieu de recourir aux tribunaux internes, si ceux-ci ne sont pas à même de pouvoir statuer [...]»⁷⁰⁰. La C.P.J.I. avait par ailleurs jugé dans l'affaire du Lotus qu'une erreur commise par les juges internes «pourrait intéresser le droit international [...] dans la mesure où une règle conventionnelle ou la possibilité d'un déni de justice entreraient en ligne de compte.»⁷⁰¹ Dans la sentence intervenue en 1956 dans l'affaire Ambatielos le tribunal arbitral avait aussi statué, en réponse à l'invocation de la règle de l'épuisement des recours internes par le gouvernement du Royaume Uni, que

*«[...] The views expressed by writers and in judicial precedents, [...], coincide in that the existence of remedies which are obviously ineffective is held not to be sufficient to justify the application of the rule. Remedies which could not rectify the situation cannot be relied upon by the defendant State as precluding in international action.»*⁷⁰²

D'un autre côté, le déni de justice a toujours été considéré comme une faute de l'État dont les services judiciaires sont en cause. Ce fut déjà le cas dans l'affaire Fabiani⁷⁰³. Des applications relativement plus récentes du déni de justice nous pouvons retenir, par exemple, la sentence de l'affaire El Oro Mining and Railway Company (1931) où la Commission des Réclamations États-Unis-Mexique avait jugé abusif le délai de neuf ans mis par les juges internes pour évoquer l'affaire de la plaignante⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰-(Estonie c. Lituanie), arrêt du 28 Février 1939, C.P.J.I. Série A/B, n° 76, p. 18.

⁷⁰¹-Arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. Série A n° 10, p. 24.

⁷⁰²-Sentence du 6 Mars 1956, Grèce c. Royaume Uni, XII R.S.A.N.U., p. 83, à p. 119. Voir dans le même sens les sentences R. Brown (États-Unis- Royaume-Uni, 22 Mai 1923, VI R.S.A.N.U., p. 120), forêts de Rhodope central (Grèce-Bulgarie, 29 Mars 1933, III R.S.A.N.U., p. 1405), S.S. Lisman (Royaume-Uni c. États-Unis, 5 Octobre 1937, III R.S.A.N.U., p. 1767). Plus généralement voir aussi Nguyen, Daillier et Pellet, *Droit international public*, op. cit. note n° 217, n° 501, p. 704; Ann. C.D.I., 1977, II, Part II, p. 49.

⁷⁰³-1896, France c. Vénézuéla, *Pasicrisie*, p. 343.

⁷⁰⁴-V R.S.A.N.U., p. 191, à p. 196.

D'un autre côté le jeu des principes de la bonne foi et de l'*estoppel* n'est pas écarté dans bien de situations où le juge interne n'a pu remplir adéquatement sa mission et où l'arbitraire des autorités exécutives ou judiciaires n'a pas été pas absent .

3.3.2-Arbitraire, bonne foi et estoppel

L'examen de la jurisprudence arbitrale démontre que, les procédures judiciaires normales n'ont pas été suivies, dans certaines situations où des investisseurs étrangers étaient en cause. Nous en avons eu des exemples à travers les affaires *Fabiani* (mise en échec des procédures d'exécution d'une sentence arbitrale par des manigances des autorités judiciaires, administratives et politiques)⁷⁰⁵, *Amco Asia Corporation et al. c. Indonésie* (intervention illégale de la force publique contre un investisseur étranger pour prêter la main aux partenaires locaux de celui-ci)⁷⁰⁶, et *Benvenuti et Bonfant c. République Populaire du Congo* (Intrusion du Gouvernement dans la conduite des opérations commerciales d'une société conjointe au mépris des décisions du Conseil d'administration de l'entreprise conjointe auquel il était représenté et ouverture d'une information criminelle contre l'un des dirigeants sociaux étrangers opposé aux menées des autorités)⁷⁰⁷. Les faits qui avaient été à la base de ces affaires, pour ne retenir ici que celles-là, mettent à mal maints principes généraux du droit dont la sanction de l'arbitraire, le respect de la bonne foi et le jeu de l'*estoppel*.

Dans son «Rapport complémentaire» sur «Les effets internationaux des nationalisations», présenté en 1967 à la Troisième Commission de l'Institut de Droit International (I.D.I.), Paul de La Pradelle, estimait que pour ne pas constituer une spoliation, donc un acte internationalement illicite, une nationalisation doit être exempte, notamment, d'abus du droit et d'arbitraire, de

⁷⁰⁵-(France c. Vénézuéla), 30 Décembre 1896, *Pasicrisie*, p. 343.

⁷⁰⁶-C.I.R.D.I., première sentence sur le fond, 21 Novembre 1984, 24 *I.L.M.* 1022 (1985).

⁷⁰⁷-C.I.R.D.I., 8 Août 1980, 21 *I.L.M.* 740 (1982).

détournement de pouvoir ou de procédure. Un extrait du projet de Résolution issu des travaux se lit comme suit:

«2. La nationalisation doit être effectuée de bonne foi dans une intention de réforme à caractère économique et social ou dans un but de sécurité et de défense nationales.»⁷⁰⁸

Il ressort de ce texte, qu'une nationalisation régulière doit répondre aux exigences de la bonne foi dans la détermination des objectifs visés. Ces exigences peuvent se doubler, dans certains cas, de celles de l'*estoppel* et de la sanction de l'arbitraire en droit international. Les difficultés posées par les affaires *Fabiani*, *Amco* et *Benvénuti* que nous venons de citer, nous confrontent justement au problème de la mise en œuvre de ces exigences.

La mesure arbitraire doit être distinguée de la mesure nécessaire. Comme l'a précisé Patrick Juillard dans son commentaire de l'arrêt *ELSI*:

«La mesure nécessaire, du point de vue juridique, est celle que dicte la fin recherchée, et qui, entre toutes les possibilités envisageables, s'impose parce qu'elle se fonde sur des justifications raisonnables et donc incontestables. Elle trouve son contraire dans la mesure arbitraire, en ce qu'une mesure arbitraire ne se fonde sur aucune justification raisonnable et apparaît donc contestable. En ce sens, comme le souligne la Chambre, une mesure arbitraire ne peut donc que heurter «le sens de la correction juridique.»⁷⁰⁹

La C.I.J. avait déclaré dans l'arrêt que commentait Juillard que:

«L'arbitraire n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui s'oppose au règne de la Loi. La Cour a exprimé cette idée dans l'affaire du Droit d'asile, quand elle a parlé de l'«arbitraire» qui «se substitue au règne de la Loi». (Droit d'asile, *CJI Recueil* 1950, p. 284). Il s'agit d'une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique.»⁷¹⁰

Ainsi défini, l'arbitraire interpelle, dans certaines situations, la bonne foi et l'*estoppel* qui, rappelons-le, tient de la bonne foi. Le manquement à la bonne foi, ou la mauvaise foi, «implique

⁷⁰⁸-Ann. I.D.I., Session de Nice, vol. 52-1, 1967, pp. 662, 667.

⁷⁰⁹-«L'arrêt de la Cour International de Justice (Chambre) du 20 Juillet 1989 dans l'affaire de l'Elettronica Siculo (États-Unis c. Italie). Procès sur un traité ou procès d'un traité ?», loc. cit. note n° 849, n° 28, p. 297.

⁷¹⁰-Arrêt, C.I.J. Recueil 1989, n° 128, p. 76.

un comportement fautif au regard du droit, comportement qui par son caractère répréhensible et condamnable entretient des liens étroits avec la notion de faute»⁷¹¹.

Dans la sentence *Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran*, les arbitres s'étaient fondés, entre autres, sur certains principes généraux du droit dont la bonne foi et la force obligatoire des contrats, pour apprécier la validité de la convention litigieuse ainsi que l'arbitralité du différend⁷¹².

Bien souvent, l'exigence de la bonne foi débouche sur l'*estoppel* qu'on a pu définir comme une «objection péremptoire qui s'oppose, au nom de la bonne foi, à ce qu'une partie à un procès prenne une position contredisant ce qu'elle a antérieurement admis [...]»⁷¹³. Il s'agit d'un principe qui interdit à un État d'adopter une conduite contraire à celle qu'il a observée précédemment, quand il résulte de cette contrariété de comportement soit un préjudice pour celui à qui on l'oppose, soit un avantage injustifié pour celui qui en profite»⁷¹⁴. Comme nous venons de le signaler, l'*estoppel* est fondé sur la bonne foi⁷¹⁵.

Rappelons qu'il y a deux types d'*estoppel*: l'*«estoppel by representation»* et l'*«estoppel by res judicata»* (ou *«estoppel per rem judicatum»*) que l'on peut rapprocher de l'exception de la chose

⁷¹¹-Élisabeth Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, Publication de la R.G.D.I.P., nouvelle série -n° 28, 1977, § n° 268, p. 247.

⁷¹²-Bruno Oppéit, «Arbitrage et contrat d'État. L'arbitrage *Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran*», loc. cit., loc. cit., p. 38.

⁷¹³-Ibid., p. 55.

⁷¹⁴-C'est la «définition approximative» proposée par Zoller, *La bonne foi en droit international public*, op. cit., n° 294, p. 275.

⁷¹⁵-D.W. Bowett, «*Estoppel Before International Tribunals and its relations to Acquiescence*», XXVIII BYIL (1957), 176, à p. 176 «*The basis of the rule is the general principle of good faith*»; Roger Pinto, *Le droit des relations internationales*, Paris, Payot, 1972, p. 128; Louis Cavaré, *La notion de bonne foi et quelques-unes de ses applications en droit international public*, Paris, Cours IHEI, 1963-1964, p. 59.

jugée⁷¹⁶. L'*estoppel by representation* s'entend de «l'interdiction faite à une personne de contredire ou de contester en justice ce qu'elle a précédemment dit, fait ou laissé croire, [...] de revenir sur l'une de ses representations antérieures [...]»⁷¹⁷. Le substantif *representation* désigne tout à la fois les déclarations (*statements*) écrites ou orales, les actes (*acts*) de commission ou d'omission, et le comportement (*conduct*) de nature à induire la foi et l'action d'une autre personne⁷¹⁸. Seule une conception restrictive de l'*estoppel by representation* concerne directement ici nos analyses⁷¹⁹.

C'est cette conception qu'avait à l'esprit J. Stoll, un juriste de langue allemande, en avançant que l'on pourrait valablement se fonder sur l'*estoppel*, pour obtenir des États hôtes d'investissements étrangers qu'ils se conforment aux promesses qu'ils ont faites pour les attirer⁷²⁰. Cette proposition a été critiquée comme attendant trop de l'application du principe de l'*estoppel*. Car, at-on dit, ce qu'un État a offert par une loi est toujours susceptible de révocation par une autre loi et, en outre, même les promesses contractuelles de l'État ne sont pas à l'abri d'un tel sort sauf sous le régime de l'arbitrage parfaitement délocalisé du C.I.R.D.I.⁷²¹. Mais l'idée de Stoll n'en mérite pas moins l'attention.

⁷¹⁶-Antoine Martin, *L'estoppel en droit international public, précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, préface de Michel Virally, Paris, Pedone 1979 Publication de la RGDIP, pp. 3 et 4.

⁷¹⁷-Ibid., p. 15, n° 6.

⁷¹⁸-Ibid.

⁷¹⁹-Cette conception a été décrite par Martin comme suit: «lorsqu'une Partie, par ses déclarations, ses actes ou ses comportements, a conduit une autre Partie à croire en l'existence d'un certain état de choses sur la foi duquel elle l'a incitée à agir, ou à s'abstenir d'agir, de telle sorte qu'il en est résulté une modification dans les positions relatives (au préjudice de la seconde, ou à l'avantage de la première, ou les deux à la fois), la première est empêchée par *estoppel* d'établir à l'encontre de la seconde un état de choses différent de celui qu'elle a antérieurement représenté comme existant», *ibid.*, p. 260, n° 88.

⁷²⁰-*Vereinbarungen zwischen Staat und ausländischem Investor*, Heidelberg, Springer Verlag, 1982, p. 149, cité par par Ignaz Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 149, note n° 1080.

⁷²¹-Ibid., pp. 149, 150 et 154.

L'*estoppel*, qu'on rend aussi par l'adage latin *nemo potest venire contra factum proprium*⁷²², n'est d'ailleurs pas qu'un simple produit doctrinal en droit international. Il a déjà reçu maintes applications jurisprudentielles au plan international. Dans l'affaire de l'usine de Chorzów la C.P.J.I. déclarait que:

«C'est un principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale, aussi bien que par les juridictions nationales, qu'une partie ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas avoir rempli une obligation ou de ne pas s'être servi d'un moyen de recours, si la première, par un acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question, ou d'avoir recours à la juridiction qui lui aurait été ouverte.»⁷²³

L'*estoppel* a été aussi évoqué dans les affaires des emprunts serbes (refus de le retenir comme le demandait le royaume serbo-croate-slovène)⁷²⁴, du statut juridique du Groënland oriental (où il avait été invoqué par les deux parties)⁷²⁵, du Temple de Préah Vihear (où il avait été retenu contre la Thaïlande)⁷²⁶, Nottebohm (où le Guatemala a été déclaré non «estoppé» quant à une reconnaissance de la nationalité du Liechtenstein au sieur Nottebohm)⁷²⁷, et Plateau continental de la mer du Nord (où, rejetant la demande du Danemark et des Pays-Bas, la C.I.J. jugea non constituée une situation d'*estoppel* à l'encontre de la R.F.A.)⁷²⁸.

Nous retrouvons aussi plusieurs applications de l'*estoppel* dans l'arbitrage international. Ainsi dans l'affaire Shufeldt le tribunal arbitral avait jugé que

«the Guatemala Government having recognized the validity of the contract for six years and received all the benefits to which they were entitled under the contract and allowed Shufeldt to go on spending

⁷²²-Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, tome 2, 1954, p. 158; Bin Cheng, *General Principles of Laws as Applied by International Courts*, Foreword by Georg Schwarzenberger, London, Stevens & Sons Limited, 1953, p. 141)

⁷²³-Arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 37.

⁷²⁴-Arrêt du 12 Juillet 1929, n° 14, 1929, C.P.J.I. série A, n° 20.

⁷²⁵-Danemark c. Norvège, arrêt, 1933, C.P.J.I. série A/B, n° 53, p. 22.

⁷²⁶-Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 6.

⁷²⁷-Deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 4.

⁷²⁸-Arrêt, CIJ Recueil 1969, p. 26. Voir aussi Antoine Favre, *Principes du droit des gens*, op. cit., p. 287.

*money on the concession, is precluded from denying its validity, even if the approval of the Legislature had not been given to it*⁷²⁹

L'*estoppel* avait été aussi appliqué dans l'affaire **Walter Fletcher Smith**⁷³⁰. Plus récemment, ce principe a fait une entrée remarquée dans l'arbitrage C.I.R.D.I. avec la sentence sur la compétence rendue dans l'affaire **Amco** par un tribunal arbitral présidé par Berthold Goldman, et composé de Edward W. Rubin et Isi Foighel le 25 Septembre 1983⁷³¹. Pour contester la compétence du Centre dans cette affaire, l'Indonésie avait développé un triple moyen dont un moyen subsidiaire d'irrecevabilité en deux branches. La deuxième branche venait en renfort de la première. Elle avait soutenu, d'une part, que le bail qui liait l'établissement public P.T. Wisma et Amco et qui constituait, à ses yeux, le nœud du litige, ne pouvait pas fonder la compétence du C.I.R.D.I.. On sait que cette compétence ne saurait porter sur un différend entre deux parties dont aucune n'est un État. En second lieu, l'Indonésie avait soutenu que devant les juridictions indonésiennes, où Amco était opposée à la seule P.T. Wisma, elle n'avait jamais prétendu que celle-ci était l'*alter ego* de la République d'indonésie. C'est sur ce dernier point, qu'elle estima Amco serait «*estopped*». Le Tribunal jugea que ce moyen ne rentrait pas dans le problème à trancher, puisqu'il n'avait pas à apprécier le problème du bail qui liait Amco et P.T. Wisma. Il était, en effet, saisi d'un litige d'indemnisation né d'une expropriation. Néanmoins, et c'est là que réside l'intérêt de la décision à ce point de nos développements, le tribunal évoqua la signification du principe de l'*estoppel*, et estima même qu'il s'agit d'un «principe général applicable aux relations économiques internationales dans lesquelles sont impliqués des

⁷²⁹-24 Juillet 1930, Guatemala c. États-Unis, II R.S.A.N.U., p. 1079; Martin, *L'estoppel en droit international public, précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, op. cit. note n° 905pp. 259 et s., n° 88 et s..

⁷³⁰-On peut lire dans la sentence que «*The attempted expropriation of the claimant's property was not in compliance with the Constitution nor with the laws of the Republic. The expropriation proceedings were not, in good faith, for the purpose of public utility*», (2 Janvier 1927, États-Unis c. Cuba), II R.S.A.N.U. p. 915.

⁷³¹-23 I.L.M. 351 (1984); Emmanuel Gaillard, «L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme un principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes)», *Revue de l'arbitrage* (1985), 241, Annexe 1, p. 259.

particuliers» et que «dans son application aux relations internationales, le concept est finalement caractérisé par l'exigence de bonne foi»⁷³².

Le principe de l'*estoppel* a été également appliqué dans la sentence n° 73-67-3 rendue le 2 Septembre 1983 dans l'affaire **Woodward-Clyde Consultants c. Gouvernement de la République Islamique d'Iran et Organisation de l'Énergie Atomique d'Iran (OEAI)**, par la 3e Chambre du Tribunal des différends irano-américains composée de Mangard, président, Mosk et Sani⁷³³. Pour s'opposer au paiement des rémunérations dues pour services de consultation rendus, les défendeurs (l'Iran et l'OEAI) avaient prétendu que l'entreprise demanderesse (Woodward-Clyde) était débitrice de cotisations sociales envers l'organisme iranien de sécurité sociale. Elle aurait ainsi violé la convention des parties. Les défendeurs avaient fondé leur prétention sur des lettres de l'organisme de sécurité sociale. De son côté, la demanderesse avait produit un reçu par lequel le même organisme constatait le paiement des cotisations en cause. Face à cette situation bien singulière, le Tribunal jugea que:

«Bien qu'il n'y ait aucun doute sur l'authenticité du reçu présenté par le demandeur pas plus que sur celle des lettres produites par l'O.E.A.I., ces documents constituent de la part de l'organisme de sécurité sociale des affirmations totalement contradictoires et inconciliables.- Étant donné qu'une affirmation a été émise à un moment proche des événements en cause et que l'autre a été émise en cours d'instance et en considération de la règle générale de preuve selon laquelle les affirmations contradictoires d'une partie intéressée doivent s'interpréter contre cette partie, le Tribunal décide que le demandeur a obtenu le reçu requis par le contrat et qu'il a droit au paiement des montants retenus au titre des assurances sociales.»⁷³⁴

En résumé, avec l'exigence de la bonne foi et le jeu de l'*estoppel*, désormais bien ancrés dans la pratique arbitrale internationale, et tous les autres principes et règles de fond du droit international général, il suffirait, dans une certaine mesure, pour les investisseurs étrangers, de disposer de recours arbitraux, accessibles, pour obtenir justice dans bien de situations délicates. On pourrait, dans ce sens penser à des recours arbitraux organisés par le droit interne. Mais,

⁷³²-Ibid., n° 2, pp. 242 et s., 266 et s., § n° 47 *in fine* de la sentence.

⁷³³-Ibid., Annexe II, p. 272.

⁷³⁴-Ibid., p. 274.

quand nous considérons, par exemple, les pays d'Afrique, nous constatons une absence de réglementation dans ce domaine.

4-Le problème de l'absence d'organisation de l'arbitrage commercial de droit interne: cas de l'Afrique subsaharienne

La plupart des pays subsahariens n'ont pas réglementé l'arbitrage commercial de droit interne pour offrir une alternative aux insuffisances reprochées, à tort ou à raison, à leur justice. Mais, une distinction s'impose ici, car, au plan de l'arbitrage commercial international, la situation est bien différente.

Les États africains sont, pour leur quasi-totalité, membres du C.I.R.D.I.⁷³⁵. Ils sont aussi souvent présents devant la Chambre internationale d'arbitrage de la C.C.I. de Paris. En 1987, 1988 et 1989 le continent africain (Afrique noire et Afrique du Nord arabe prises ensembles) étaient plus représentés devant cette institution que l'Asie et l'Océanie. Même en distinguant l'Afrique noire et le Maghreb, la présence de chacune de ces deux parties de l'Afrique devant la Cour dépasse en nombre celle des pays d'Amérique latine et des Caraïbes⁷³⁶.

⁷³⁵-Les quelques exceptions à ce titre concernent l'Algérie, l'Angola, Djibouti, la Guinée Équatoriale, Sao Tomé et Príncipe, la Tanzanie et les récents États indépendants de Namibie (1990) et d'Érythrée (1993). L'Éthiopie avait signé dès le départ la Convention mais ne l'a pas ratifiée à ce jour. La Guinée Bissau et le Zimbabwe l'ont signée en 1991. Voir Matthieu de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préface de Pierre Bellet, Paris, GLN-éditions, 1990, pp. 945-947 et Alain Prujiner, *Treaties and International Documents used in International Trade Law/ Traités et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1992, pp. 436 à 439. Voir aussi Emmanuel Gaillard, «CIRDI. Chronique des sentences arbitrales», 119 *J.D.I.* (1992), 215; Jan Paulsson, «Le Tiers Monde et dans l'arbitrage commercial international», *Revue de l'arbitrage* (1983), 3.

⁷³⁶-Voir la statistique sur l'origine des parties devant la Cour dans Yves Derains, Dominique Hascher et Jean-Jacques Arnaldez, «Chronique des sentences arbitrales. Cour internationale d'arbitrage de la CCI», 118 *J.D.I.* (1991), 1046.

Au plan du droit interne nous pouvons noter les réglementations de l'arbitrage faites par Djibouti⁷³⁷ et le Nigéria⁷³⁸ qui contiennent des solutions souhaitables pour les litiges commerciaux et d'investissements. Ailleurs, comme en Côte d'Ivoire et au Sénégal, un vide juridique crée problème comme en témoignent les affaires *Talal Massih c. Omais* et *Express-Navigation c. État du Sénégal*.

4.1-L'affaire Talal Massih c. Omais (Cour Suprême de Côte d'Ivoire, Chambres Réunies, 4 Avril 1989)

L'affaire *Talal Massih c. Omais*⁷³⁹ avait défrayé la chronique judiciaire dans toutes les périodiques spécialisées qui s'intéressent aux pays francophones africains et, en particulier, à la Côte d'Ivoire. Dans cette affaire, par un contrat dénommé «Protocole d'accord» conclu le 30 Septembre 1981, le groupe Talal avait cédé au groupe Omais ses parts dans la société «Manufacture d'Imprimerie et de Cartonnage Ivoirienne». Le contrat comportait une clause de non-concurrence dans un rayon de 200 km autour d'Abidjan, ainsi qu'une clause compromissaire. Reprochant au groupe Talal d'avoir manqué à ses engagements de non-concurrence, le groupe Omais avait, en application de la clause compromissaire, recouru à l'arbitrage et obtint une sentence favorable qui, aux fins de la procédure d'exécution forcée, reçut l'exequatur du président du tribunal de première instance d'Abidjan. Le groupe Talal forma appel contre la sentence et sollicita avec succès, en référé, la retractation de l'ordonnance

⁷³⁷-Loi du 13 Février 1984 portant Code djiboutien de l'arbitrage international, *Revue de l'arbitrage* (1984), 533, commentaire Yves Derains, «Le code djiboutien de l'arbitrage international», *Ibid.*, 465.

⁷³⁸-*Nigeria Arbitration and Conciliation Decree 1988, promulgated as Decree no. 11 on March 4, 1988*. Voir le texte dans Albert Jan van Den Berg (General Editor), *International Handbook of Commercial Arbitration. National Reports, Basic Texts*, vol. II, sous *Republic of Nigeria*, Deventer/ Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, International Council of Commercial Arbitration, Looseleaf Service; voir aussi le commentaire de Roland Amoussou-Guénou, «La réforme de l'arbitrage en République Fédérale du Nigéria», *Revue de l'arbitrage* (1989), 445.

⁷³⁹-Cour Suprême de Côte d'Ivoire, Chambres réunies, 4 avril 1989, *Revue de l'arbitrage* (1989), 530, note Laurence Idot; *Recueil Penant* (1990), 142, note L. Idot, 118 *J.D.I.* (1991), 1038.

d'exequatur. Par un arrêt rendu en date du 17 Mai 1985 la chambre civile et commerciale de la Cour d'appel d'Abidjan avait, d'une part, validé la sentence arbitrale querellée et, d'autre part, infirmé l'ordonnance entreprise déboutant ainsi le groupe Talal de toutes ses prétentions. La Cour d'appel d'Abidjan avait fondé cet arrêt sur les dispositions de l'article 631 alinéa 2 du Code de commerce aux termes desquelles «[...] les parties pourront au moment où elles contractent convenir de soumettre à des arbitres les contestations» de nature commerciale. Sur pourvoi des époux Talal (groupe Talal) contre cette décision de la Cour d'appel, la Chambre Judiciaire de la Cour Suprême de Côte-d'Ivoire rendit un arrêt de cassation le 29 Avril 1986 au motif que le législateur ivoirien n'avait pas organisé l'arbitrage et qu'«il n'est plus possible de recourir à la législation française [à titre de raison écrite] pour suppléer à cette absence [...]». La cause fut alors renvoyée par la haute juridiction à la chambre civile et commerciale de la Cour d'appel de Bouaké pour y être jugée à nouveau. Par son arrêt de renvoi, rendu le 25 Novembre 1987, cette juridiction de second degré refusa de suivre l'opinion de la Chambre judiciaire de la Cour Suprême. Le groupe Talal se pourvut de nouveau en cassation, cette fois, bien sûr, contre l'arrêt de renvoi de la Cour d'Appel de Bouaké. Statuant en chambres réunies, comme le prévoit la loi ivoirienne pour une circonstance pareille, la Cour Suprême décida, pour clore définitivement cette saga judiciaire, par son arrêt du 4 avril 1989, qu'il «s'induit de ce texte [l'article 631, alinéa 2 du Code de commerce] que le principe du recours à l'arbitrage est admis en Côte-d'Ivoire» et «que s'il est constant que le Code de procédure civile, commerciale et administrative n'a ni prévu, ni organisé l'arbitrage, il est non moins constant que pour l'application dudit texte les juridictions ivoiriennes ont recours soit aux principes généraux du droit, soit aux dispositions du Livre III du Code de procédure civile français à titre de raison écrite»⁷⁴⁰.

Heureux dénouement, pourrait-on dire en l'espèce, pour le groupe Omais qui n'avait fait que se prévaloir d'une clause compromissoire régulièrement conclue. Mais que de temps et de moyens a-t-il fallu à ce plaideur pour en arriver là? Ce genre de difficulté se rencontre aussi

⁷⁴⁰-*Revue de l'arbitrage*, 1989, 536. Pour l'ensemble des faits et de la procédure voir les motifs des deux arrêts de la Cour ainsi que ceux de l'arrêt de la Cour d'appel de Bouaké, Ibid., pp. 531 à 536.

ailleurs en Afrique francophone comme, par exemple, au Sénégal où, l'affaire *Express-Navigation c. État du Sénégal*, avait aussi révélé les limites de la loi sénégalaise en matière d'arbitrage commercial interne.

4.2-L'affaire *Express-Navigation c. État du Sénégal* (Cour Suprême du Sénégal, 3 Juillet 1985)

Une difficulté touchant à l'arbitrage interne a été également évoquée devant la Cour Suprême du Sénégal dans l'affaire *Express-Navigation c. État du Sénégal*⁷⁴¹. Une convention d'établissement avait été conclue le 22 Juillet 1981, entre le Premier Ministre du Sénégal et le Président Directeur Général de la société de droit sénégalais *Express-Navigation*. Ce contrat d'État, qui avait été approuvé par un Décret du 11 Mars 1982 et était régi par le Code des investissements et le Code de Conduite des Conférences maritimes de la C.N.U.C.E.D., contenait à son article 27 une clause compromissoire stipulant que «Tout différend entre les parties relatifs à l'exécution de la présente convention [...] est soumis à un arbitrage [...]». Mais au Sénégal, comme dans la plupart des autres pays de l'Afrique subsaharienne, l'arbitrage interne n'est pas organisée. Ce vide juridique donna ce résultat, singulier et étonnant, qu'il y avait une contradiction entre l'article 796 du *Code de procédure Civile* du Sénégal qui dispose qu'«on ne peut compromettre sur [...] aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public»⁷⁴² et l'article 32 de la *Loi n° 81-50 du 10 Juillet 1981 portant Code des investissements du Sénégal*, alors en vigueur, qui dispose que «la Convention d'établissement définit notamment [...] la procédure d'arbitrage qui sera mise en oeuvre en cas de litige entre les parties».

L'État ayant modifié unilatéralement la part du trafic qui revenait contractuellement à *Express-Navigation*, un litige naquit entre les deux parties. *Express-Navigation* recourut alors à la

⁷⁴¹-3 Juillet 1985, *Recueil Penant* (1985), 399, note Samba Mademba Sy.

⁷⁴²-Les contestations qui échappent d'office à l'arbitrage sont définies à l'article 57 du même code comme «les causes qui concernent l'ordre public, l'État, les communes, les établissements publics».

procédure d'arbitrage convenue dans la convention d'établissement et obtint, le 12 Août 1983, une sentence arbitrale favorable. Le même jour, cette sentence fut revêtue de la formule exécutoire au moyen d'une ordonnance rendue par le vice-président du tribunal de première instance de Dakar. L'Agent judiciaire du Trésor, représentant de l'État à la procédure, releva appel de la sentence et de l'ordonnance d'exequatur. Mais il fut débouté de ses demandes par la Cour d'Appel de Dakar qui confirma les décisions querellées par un arrêt du 10 Août 1984. L'appelant succombant forma un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'Appel. L'argument du représentant de l'État sénégalais portait notamment sur l'inaptitude, d'ordre public, de l'État à compromettre en droit interne. Le juge suprême avait décidé autrement en statuant dans les termes suivants:

«dès lors que, les parties ayant formellement décidé par Convention légalement formée créant entre elles un lien irrévocable, de s'en remettre à l'arbitrage [...] pour le règlement de leurs différends, la matière du litige échappait à [la] juridiction [de la Cour d'appel].»⁷⁴³.

Ici aussi on avait donc frôlé la catastrophe d'un déni de justice. Cela pouvait résulter de l'inobservation d'une convention, régulièrement conclue par les organes compétents d'un État qui avaient accepté de s'engager dans une procédure d'arbitrage interne, qu'ils ne s'étaient pas souciés d'organiser par des textes appropriés.

Parlant de l'affaire *Talal c. Omais*, Laurence Idot a dit que les «solutions de remplacement» retenues par les chambres réunies de la Cour Suprême «dont le premier mérite est d'exister, se révéleront sans doute peu adaptées au développement de l'arbitrage en Côte-d'Ivoire».⁷⁴⁴ Que dire de la situation dans la plupart des autres pays subsahariens où aucune solution semblable n'existe encore? Si, comme juriste, on veut contribuer à régler les problèmes de besoins de capitaux de ces pays, on pourrait leur recommander de combler ce vide. Il est également possible de rechercher, au plan international, l'élargissement de l'accès aux recours arbitraux.

⁷⁴³-*Recueil Penant* (1986), 399.

⁷⁴⁴-*Revue de l'Arbitrage*, 1989, p. 544, n°22. Voir du même auteur 118 *J.D.I.* (1991), 1040.

SECTION II: CONTRIBUTION À L'EXPLORATION DE VOIES NOUVELLES: PROPOSITION POUR UN ÉLARGISSEMENT DES RECOURS AU C.I.R.D.I.

Les aléas de la protection diplomatique pour l'investisseur étranger, la délocalisation imparfaite de l'arbitrage commercial et *ad hoc* intervenant entre investisseur et État d'accueil, l'insuffisance inévitable des solutions de droit interne en matière d'immunité et de l'effet des actes des gouvernements étrangers, le défaut de crédibilité prêté à l'appareil judiciaire de nombreux pays en développement, l'absence de réglementation de l'arbitrage de droit interne dans de nombreux pays, donnent toute son importance à la naissance et au fonctionnement régulier du C.I.R.D.I..

On pourrait se borner, à ce point de nos développements, à renvoyer à l'activité de cette institution pour l'ensemble des problèmes tenant au contentieux international des investissements. En un sens, cela serait parfaitement justifié, vu l'intérêt d'États, de jour en jour plus nombreux, pour l'arbitrage du Centre. Cependant ne peut-on pas aller encore plus loin, et élargir davantage le recours à ce Centre? Certaines législations nationales d'États soucieux d'attirer des investissements étrangers, et de se ménager des voies de droit pour la solution des différends éventuels avec leurs partenaires étrangers, constituent à nos yeux d'excellents exemples de recherche d'élargissement des recours arbitraux internationaux en matière de protection des investissements. Mais, à notre avis, l'introduction de la règle de la décision préalable du contentieux administratif français dans la Convention C.I.R.D.I. pourrait simplifier de beaucoup l'ensemble du problème.

1-La place centrale du mécanisme du C.I.R.D.I.

Comme nous l'avons rappelé ci-dessus, dans le chapitre introductif⁷⁴⁵, la Convention C.I.R.D.I. a été signée à Washington (d'où son autre nom de Convention de Washington), sous l'égide de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (B.I.R.D. ou Banque

⁷⁴⁵-Voir *supra*, pp. 13 et s..

mondiale), le 18 Mars 1965⁷⁴⁶. La Convention C.I.R.D.I. a créé le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.) dont l'objet est d'offrir aux parties intéressées, et qualifiées, des facilités pour régler leurs litiges par la conciliation ou par l'arbitrage.

Le C.I.R.D.I. connaît un succès imposant qui tranche avec les difficultés de réglementation du fond du droit des investissements internationaux. À la date du 7 janvier 1993, cent-sept pays avaient déposé leurs instruments de ratification de la Convention, treize autres, dont la Russie et surtout plusieurs États d'Amérique Latine dont, notamment, l'Argentine, la Bolivie et le Pérou et l'Uruguay, l'avaient signé⁷⁴⁷. Bien sûr plusieurs pays économiquement importants du Tiers-Monde, tels que le Brésil, le Mexique et l'Inde manquent toujours à la liste des États membres du Centre. Mais cela ne modifie pas de beaucoup l'importance du succès de la Convention de Washington. En outre, le Centre fonctionne régulièrement et ses tribunaux arbitraux tendent, en dépit de quelques décisions d'annulation fortement critiquées dans les affaires Klöckner et Amco, à faire œuvre de jurisprudence pour les problèmes dont ils ont eu à connaître⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶-L'historique de cette Convention ainsi que ses Travaux préparatoires ont été présentés dans les documents officiels de la B.I.R.D. intitulés *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Historique de la Convention/ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. History of the Convention*, 3 volumes, Washington, D.C., 1968-1970. Le texte de la Convention a été publié au 575 R.T.N.U. 169 (1966). Voir aussi 4 I.L.M. 524 (1965) et 93 J.D.I. (1966), 50. L'une des premières études de fond de cette Convention est celle de Mario Amadio, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965*, Préface de Lucien Siorat, Paris, L.G.D.J., 1967. On pourrait également consulter Aron Broches, «The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Others States», 136 R.C.A.D.I. (1972-III), 331-410; voir également Georges R. Delaume, «La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États», 93 J.D.I. (1966), 26-49. Notons que A. Broches était le principal responsable de la préparation de l'avant-projet de la Convention et qu'il avait été assisté dans cette tâche d'une équipe de juristes comprenant Georges R. Delaume; ils étaient alors tous deux membres du Département Juridique de la Banque mondiale. *Historique de la Convention*, vol. I, p. 2, note n° 2. Voir en annexe, *infra* p. 379, le texte de cette convention.

⁷⁴⁷-Source: C.I.R.D.I., dans Lamy, *Contrats internationaux*, Division 11, Annexe 080/1-28 à 1-31.

⁷⁴⁸-P. Ouakrat, «La pratique du CIRDI», 13 D.P.C.I. (1987), 273; P. Rambaud, «Premiers enseignements des arbitrages CIRDI» 28 A.F.D.I. (1982), 471; *adde*, du même auteur, «L'annulation des sentences Klöckner et Amco», 32 A.F.D.I. (1986)

L'avènement du C.I.R.D.I. constitue un progrès formidable dans le domaine du contentieux de l'investissement international. À l'avantage de l'État d'accueil, le recours au Centre implique l'exclusion de l'exercice de la protection diplomatique à son encontre par l'État d'origine de l'investisseur⁷⁴⁹. Il y a aussi l'incalculable bénéfice d'un règlement fondé sur le droit ou sur l'équité⁷⁵⁰. Quant à l'investisseur étranger il dispose, lorsque le recours au Centre est convenu, d'un accès direct à une instance arbitrale internationale complètement délocalisée, c'est-à-dire une instance dont les décisions échappent au contrôle de quelque juridiction nationale que ce soit. L'article 53 (1) de la Convention C.I.R.D.I. prévoit, en effet, que

«La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention [...]»⁷⁵¹.

En cela, le C.I.R.D.I. constitue un mécanisme presque achevé. La supériorité de son arbitrage par rapport à l'arbitrage commercial international ordinaire est incontestable. Celui-ci, de par son insuffisante délocalisation, demeure, comme nous l'avons vu avec l'affaire *S.P.P.*⁷⁵², sujette au contrôle des tribunaux locaux avec toutes les surprises qu'une telle procédure peut occasionner. Mais, comme toute procédure internationale impliquant un État, le fonctionnement du mécanisme repose sur le consentement de l'État concerné. Le mode d'émission de ce consentement étatique a été soigneusement défini par la Convention de Washington.

259.

⁷⁴⁹-Article 27 de la Convention.

⁷⁵⁰-Article 42 de la Convention.

⁷⁵¹-Les recours possibles en vertu de la Convention C.I.R.D.I. contre les sentences rendues sous l'égide du Centre sont les recours en interprétation, en révision et en annulation organisés par ses articles 50, 51 et 52 de la Convention. Ils sont exclusivement du ressort du Centre. Les tribunaux étatiques ne sont donc pas compétents pour apprécier les suites d'une sentence C.I.R.D.I..

⁷⁵²-Voir *supra*, pp. 143 et s..

1.1-L'organisation du consentement à l'arbitrage

Il ne suffit pas que l'État d'origine et l'État d'accueil d'un investisseur, identifié comme étranger, soient tous les deux membres du système du C.I.R.D.I. pour que l'arbitrage du Centre soit automatiquement applicable. Il s'agit d'un système où le consentement de l'État à l'arbitrage est soigneusement réglé et verrouillé. C'est ce qui ressort de l'article 25 (1) de la Convention de Washington. Aux termes de ce texte:

«La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou toute collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement *et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre*. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.»⁷⁵³

Ainsi, les parties doivent consentir spécifiquement, et expressément, à la compétence du Centre pour qu'un différend particulier lui soit soumis. À vrai dire, ce consentement de l'État peut emprunter plusieurs voies. Dans bien des cas, par exemple, les traités bilatéraux de protection des investissements dispensent l'investisseur étranger de la recherche du consentement spécifique. Le consentement étatique peut aussi résulter d'un contrat d'État, de l'acte administratif unilatéral d'agrément de l'investissement ou de dispositions spéciales de la législation interne.

1.1.1-*L'apport des traités bilatéraux de protection des investissements*

Il a été relevé que la compétence du C.I.R.D.I. est prévue par de nombreux traités bilatéraux de protection des investissements conclus après 1975⁷⁵⁴. Laviee a classé les dispositions conventionnelles pertinentes en deux catégories. Il y a, d'une part, celles qui mentionnent la compétence du C.I.R.D.I. tout en laissant subsister le problème du consentement spécifique à

⁷⁵³-Nous avons souligné.

⁷⁵⁴-Laviee, *Protection et promotion des investissements*, op. cit., note n° 2, p. 275.

l'arbitrage, et, d'autre part, celles qui déterminent un consentement définitif à la compétence, c'est-à-dire sans qu'aucun acte ultérieur soit nécessaire lors de la survenance d'un litige⁷⁵⁵.

Dans la première catégorie, nous pouvons, par exemple, citer la Convention de 1971 qui lie la Tunisie au Pays-Bas. Elle se borne à prévoir:

«La partie Contractante sur le Territoire de laquelle un ressortissant de l'autre Partie Contractante effectue ou envisage d'effectuer un investissement considérera avec bienveillance toute demande de la part de ce ressortissant en vue de soumettre, pour arbitrage ou conciliation, tout différend pouvant surgir au sujet de cet investissement au Centre [...]»⁷⁵⁶

Dans la seconde catégorie, nous pouvons citer, en guise d'illustration, cet extrait du traité États-Unis-Sénégal, conclu à Washington, le 6 décembre 1983:

«2. [...] In the case of expropriation by either Party, any dispute-settlement procedures specified in an investment agreement between such Party and such national or company shall remain binding and shall be enforceable in accordance with the terms of the investment agreement and relevant provisions of domestic laws of such Party and treaties and other international agreements regarding enforcement of arbitral awards to which such Party has subscribed.

3. (a) Each Party hereby consents to the submission of any dispute between such Party and national or company of the other Party to the Centre for settlement by conciliation or binding arbitration if, at any time after six months from the date upon which, the dispute arose:

(i) the dispute has not, for any reason, been submitted for settlement in accordance with any applicable dispute settlement procedures previously agreed to by the parties to the dispute; and

(ii) the national or company concerned has not brought the dispute before the courts of justice or other competent tribunals of the party to the dispute. [...]»⁷⁵⁷

Dans les cas où un traité de ce dernier type est applicable, le problème du consentement spécifique à l'organisation de l'arbitrage est définitivement réglé. Ce type de traité est donc d'une grande efficacité et complète avantageusement les dispositions de la Convention sur le consentement. Les contrats d'État qui comporte une clause compromissoire, relative à la compétence du C.I.R.D.I., produisent le même effet pour les relations particulières qu'ils constatent.

⁷⁵⁵-Ibid., p. 276.

⁷⁵⁶-Article 3 ter, Échange de lettres N° I - II (1971), Ibid., renvoi n° 32.

⁷⁵⁷-Investment Treaties, 1983, 99 à 112-113. Nous avons souligné.

Pour les traités de la première catégorie, s'il est constant qu'elles prévoient le droit applicable au fond du litige, on doit constater, qu'ils laissent en suspens le problème du consentement à l'arbitrage C.I.R.D.I.. Ce point peut être très difficile à résoudre après la naissance d'un litige. Cependant, les droits internes suppléent, parfois, au silence du droit conventionnel.

1.1.2-Quelques exemples d'organisation législative du consentement à l'arbitrage C.I.R.D.I.

En général, les lois internes prévoient tout simplement la faculté de recourir à l'arbitrage en cas de différend entre l'État d'accueil et un investisseur étranger. Ainsi, par exemple, l'article 11 alinéa 2 de la *Loi n° 87-25 du 18 Août 1987 portant Code des Investissements de la République du Sénégal* admet le recours à une procédure d'arbitrage ou de conciliation. Aux termes de ce texte, la procédure arbitrale doit être organisée conformément aux dispositions d'un traité bilatéral de protection des investissements, entre l'État d'origine de l'investisseur et l'État du Sénégal, ou sur la base des stipulations d'une convention d'arbitrage conclue directement entre celui-ci et l'investisseur⁷⁵⁸. Cette règle est comparable, en substance, à celle des articles 4 de la *Loi 85-3 du 29 Janvier 1985 portant réaménagement du Code des Investissements de la République du Togo*⁷⁵⁹ et 32 de la *Loi n° 89-14 portant Zone Franche de Transformation pour l'Exportation* de ce même pays⁷⁶⁰.

Plusieurs Codes d'investissement africains dont, notamment, les codes ivoirien, ghanéen, camerounais et béninois, ont rompu avec cette habitude en organisant d'avance le consentement de l'État à l'arbitrage. Même un investisseur non couvert par un traité-parapluie ou par un contrat d'État est qualifié pour bénéficier des conséquences juridiques qui découlent de ce

⁷⁵⁸-I.L.W., vol. VII, *Republic of Senegal*, p. 6.

⁷⁵⁹-I.L.W., vol. IX, *Republic of Togo*, p. 1.

⁷⁶⁰-Publication du Centre Togolais de Promotion de la Zone Franche de Transformation pour l'Exportation, p. 8.

consentement. Le Code ivoirien a fait figure de pionnier sur ce point en Afrique et son exemple a été suivi par le Ghana et le Cameroun.

a-Le consentement législatif de l'État à l'arbitrage: cas de la Côte d'Ivoire, du Ghana et du Cameroun

Que la protection de l'investissement étranger, grâce à un recours facilité et ouvert à l'arbitrage international est un facteur d'encouragement pour les investisseurs est, comme cela ressort de la sentence *Amco* de 1984, la conception du gouvernement de l'Indonésie, l'un des plus important pays du Tiers-Monde⁷⁶¹. Cette conception témoigne bien de son efficacité, en termes de volume d'investissement, quand on considère de près le cas de ce pays⁷⁶². On ne doit donc pas être surpris de voir que beaucoup d'autres États du Tiers-Monde s'orientent dans une voie semblable. C'est notamment le cas de la Côte d'Ivoire. Les lois d'investissement de ce pays sont éloquentes dans ce sens.

L'article 10 du *Code des Investissements* de 1984⁷⁶³, l'article 10 du *Code des investissements privés* de 1959⁷⁶⁴ et l'article 9 du *Code des investissements dans le secteur du tourisme*⁷⁶⁵ ont prévu le recours à une procédure d'arbitrage en cas de différend entre un investisseur étranger et l'État ivoirien.⁷⁶⁶

⁷⁶¹-*Amco Asia et autres c. Indonésie*, sentence sur la compétence, 25 Septembre 1983, 23 *I.L.M.* 351 (1984), à 369.

⁷⁶²-Voir notamment en annexe au présent ouvrage le tableau n° 2, *infra*, p. 374.

⁷⁶³-Loi n° 84-1230 du 8 Novembre 1984, *I.L.W.*, vol. II, Côte d'Ivoire.

⁷⁶⁴-Loi n° 59-134 du 3 Septembre 1959.

⁷⁶⁵-Loi n° 73-368 du 26 Juillet 1973.

⁷⁶⁶- L'article 10 du Code de 1984 dispose à cet effet: «Tout différend entre une personne physique ou morale étrangère et la République de Côte d'Ivoire relatif à l'application du présent Code est réglé conformément à une procédure d'arbitrage et de conciliation découlant: -soit des accords et traités relatifs à la protection des investissements conclus entre la République de Côte d'Ivoire

Cette procédure peut être fondée soit sur les dispositions d'un traité bilatéral de protection liant la Côte d'Ivoire, soit sur les stipulations d'une convention d'établissement conclue entre celle-ci et l'investisseur étranger, soit directement sur la Convention C.I.R.D.I. ou son Mécanisme Supplémentaire. Ce qui est le plus intéressant pour nous ici est que le consentement de l'État ivoirien à la compétence du C.I.R.D.I. est constitué en vertu de l'article 25 du Code d'investissement de 1984 et n'a donc plus à être donné ultérieurement ni être recherché dans un autre acte quelconque une fois la condition posée remplie par l'investisseur. Cette condition est tout simplement, de la part de l'investisseur, l'expression de son vœu de voir les différends éventuels soumis au règlement du C.I.R.D.I. dans sa demande d'agrément. Bien que l'agrément soit un acte administratif et ne revête donc pas un caractère contractuel, la compétence du Centre est établie pour les suites de la relation par cette simple démarche⁷⁶⁷. Il s'agit là d'un moyen formidable de protection des investissements étrangers dont l'efficacité est au-dessus de toute recherche conventionnelle d'internationalisation.

Les Codes du Ghana et du Cameroun ont suivi cet exemple ivoirien. Aux termes de l'article 20 (1) et (2) du Code des investissements ghanéen de 1985 faute d'un règlement amiable, les litiges qui surviendraient entre l'État ghanéen et un investisseur étranger agréé sont d'office justiciables d'une juridiction arbitrale. La compétence des juridictions ghanéennes est donc écartée pour cette

et l'État dont la personne physique ou morale étrangère concernée est ressortissante; -soit d'une procédure de conciliation dont les parties sont convenues; -soit de la Convention du 18 Mars 1965 pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et ressortissants d'autres États, établie sous l'égide de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement et ratifiée par la République de Côte d'Ivoire en vertu du Décret n° 65-238 du 26 Juin 1965; -soit, si la personne concernée ne remplit pas les conditions de nationalité stipulées à l'article 25 de la Convention susvisée, conformément aux dispositions des règlements du Mécanisme Supplémentaire, approuvé par le Conseil d'Administration du Centre International de Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI). *Le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du Mécanisme Supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant, est constitué en ce qui concerne la République de Côte d'Ivoire par le présent article et en ce qui concerne la personne concernée est exprimé expressément dans la demande d'agrément.*" (Nous avons souligné).

⁷⁶⁷-Nations Unies, *Législation et réglementations nationales concernant les entreprises transnationales*, Vol. VII, 1990, pp. 1 et 21.

catégorie de différends⁷⁶⁸. Chaque acte d'agrément pourrait contenir le mode d'arbitrage retenu pour le règlement des litiges éventuels et emporte acceptation définitive du Centre ghanéen des investissements et, donc, du gouvernement ghanéen pour les fins de la procédure. Ceci implique dans l'hypothèse d'un recours à un tribunal arbitral C.I.R.D.I. l'application du droit international concurremment avec le droit positif ghanéen⁷⁶⁹. L'agrément prévu par la loi ghanéenne, quoique administrative dans la forme, se rapproche donc aussi d'un contrat d'investissement internationalisé.

De la même façon l'article 45 de l'*Ordonnance n° 90/007 du 8 Novembre 1990 portant Code des Investissements du Cameroun* prévoit la possibilité d'un recours à l'arbitrage *ad hoc*, C.C.I., C.I.R.D.I. et Mécanisme Supplémentaire du C.I.R.D.I.. Comme dans le Code ivoirien aucune de ces procédures ne pourrait être retenue si elle n'avait pas été d'abord sollicitée dans la demande d'agrément. En outre l'acte d'agrément doit l'avoir expressément admise. Le consentement de l'État camerounais ne découle donc pas immédiatement, comme en Côte d'Ivoire et au Ghana, des dispositions de son Code des Investissements: il doit être exprimé dans l'acte administratif d'agrément⁷⁷⁰.

Quoiqu'il en soit, il est tout à fait remarquable que les législations de ces trois pays ne soumettent pas l'organisation d'une procédure arbitrale à la conclusion d'une convention d'arbitrage ou à l'existence d'un traité-parapluie. Par ailleurs, nous devons noter que la loi ghanéenne est plus libérale que les codes ivoirien et camerounais puisqu'elle accorde le recours à l'arbitrage à raison de la simple qualité d'investisseur étranger agréé. Elle n'exige aucune condition particulière de la part de celui-ci.

⁷⁶⁸-I.L.W., vol. III, Ghana; ONU, *Législation et réglementations nationales concernant les sociétés transnationales*, vol. VII, 1990, p. 41.

⁷⁶⁹-Article 42 Convention C.I.R.D.I..

⁷⁷⁰-En effet aux termes de l'article 45 (3) du Code camerounais: «Le choix des procédures ci-dessus doit être expressément mentionné, soit au moment de la constitution légale de l'entreprise, soit dans la demande d'agrément de l'entreprise concernée. Dans ce dernier cas, la procédure d'arbitrage ou de conciliation est indiquée dans l'acte d'agrément.»

Beaucoup plus récemment le législateur béninois s'est engagé dans une voie similaire avec, sur certains points, beaucoup plus d'ouverture encore.

b-L'arbitrage international dans le Code des Investissements du Bénin de 1990

Le Bénin s'est orienté dans le même sens que la Côte d'Ivoire avec son nouveau Code des Investissements⁷⁷¹. Mais le système prévu par ce pays est plus complexe. Cette loi a, en effet, prévu deux instances de règlement pour les différends nés des investissements agréés.

D'un côté, elle a institué pour le règlement des litiges de nature fiscale ou douanière, une instance strictement administrative et de droit interne. Il s'agit d'une Commission interministérielle⁷⁷². L'exclusion de l'arbitrage international pour cette catégorie de différends nous paraît plutôt étonnante. En effet, on sait que les problèmes d'«expropriation rampante» (*creeping expropriation*)⁷⁷³ trouvent essentiellement leur racine dans les politiques fiscales des pays d'accueil d'investissements. On peut d'ailleurs difficilement imaginer comment les séparer, ou même les distinguer, des autres types de différends susceptibles de naître à l'occasion d'un projet d'investissement. L'efficacité de ces dispositions est donc sujette à caution pour les cas de difficultés majeures entre l'État béninois et un investisseur privé étranger.

⁷⁷¹-Loi n° 90-002 du 9 Mai 1990 portant Code des Investissements, dans *Investir au Bénin. Nouveau Code des Investissements*, Édité par le Centre Béninois du Commerce Extérieur, p. 21.

⁷⁷²-Cette Commission est composée des représentants des Ministères du Plan, des Finances de l'Industrie et de la Justice. C'est ce qui résulte de l'article 73 du Code. En effet, ce texte dispose que «Tout différend entre l'Administration des Douanes, des Impôts et l'Entreprise agréée concernant l'application des dispositions des articles 39, 43, 46 et 58 du Code des Investissements est réglé par une Commission comprenant les représentants des Ministres chargés du Plan, des Finances, de l'Industrie et de la Justice.- Cette Commission est présidée par le Ministre chargé du Plan.»

⁷⁷³-Voir *supra*, p. 93.

D'un autre côté, la loi béninoise prévoit que les différends relatifs à la validité, l'interprétation ou à l'application du décret d'agrément sont susceptibles d'un recours arbitral⁷⁷⁴. Il en est de même pour les litiges nés de l'imposition d'amendes fiscales en sanction des manquements de l'investisseur à ses obligations.

Ce texte n'autorise, certainement, aucun doute sur le consentement de l'État du Bénin à une procédure d'arbitrage qui naîtrait de son application. Cette procédure peut être directement engagée par l'une ou l'autre partie sans aucune démarche particulière préalable de l'investisseur privé à l'endroit de l'État. Le mode de désignation des arbitres, l'application de l'équité, le sort de la sentence à intervenir, tout a été fixé. Il serait inimaginable que l'État béninois puisse à bon droit, aussi longtemps que ce texte sera en vigueur, invoquer devant un tribunal arbitral un quelconque défaut de consentement à l'arbitrage comme cela arrive, parfois, devant les arbitres internationaux.⁷⁷⁵

⁷⁷⁴-Ibid., p. 26, article 74 du Code. Ce texte est libellé comme suit: «Le règlement des litiges relatifs à la validité, à l'interprétation ou à l'application du décret d'agrément et à la détermination éventuelle des amendes fiscales dues à la méconnaissance ou à la violation des engagements pourront faire l'objet de l'une des procédures d'arbitrage ci-après: 1°) La constitution d'un collège arbitral par: -la désignation d'un arbitre par chacune des parties; -la désignation d'un tiers arbitre par les deux premiers arbitres. Dans le cas où l'une des parties n'aurait pas désigné dans les soixante (60) jours de la notification par l'autre partie de son arbitre désigné et le cas où les deux arbitres ne se seraient pas mis d'accord sur le choix du tiers arbitre dans les trente (30) jours de la désignation du deuxième arbitre, la désignation du deuxième ou du tiers arbitre selon le cas sera faite par une Autorité hautement qualifiée à l'initiative de la partie la plus diligente. Cette Autorité sera: a) Le Président de la Cour Suprême de la République du Bénin dans le cas où seuls sont en cause des intérêts béninois ou si les parties en conviennent ainsi; b) Le président de la Cour Permanente d'Arbitrage dans le cas où le différend oppose l'État béninois à des intérêts étrangers. La sentence rendue à la majorité des arbitres, maître de leur procédure et statuant en équité est définitive et exécutoire. 2°) Le recours au Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements, créé par la Convention du 18 mars 1965 de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD).»

⁷⁷⁵-Ce fut, par exemple, le cas dans l'affaire CCI n° 2321 (1974, Solel Boneh International Ltd c. Republic of Uganda) que nous avons déjà citée. Rappelons que dans cette affaire, après avoir consenti à l'arbitrage l'État avait, une fois devant l'arbitre, invoqué, mais vainement, son immunité de juridiction pour tenter de se soustraire aux suites de la procédure, 102 J.D.I. (1975), 938. Les affaires Société Européenne d'Études et d'Entreprises (SEEE) v. Yugoslavia (1956, 86 J.D.I. (1959), 1074), S.P.P. (C.C.I. et Cour d'Appel de Paris) et SOABI (C.I.R.D.I.) avaient également posé le problème du consentement de l'État à la procédure. Dans ces trois affaires les instances arbitrales avaient repoussé les prétentions des États yougoslave, égyptien et sénégalais.

Mais, fondées sur des lois internes, les facilités du recours arbitral offertes par les lois ivoiriennes, ghanéenne, camerounaise et béninoise demeurent essentiellement fragiles. Rien n'empêche leur suppression sans préavis et même avec effet rétroactif par le législateur des pays concernés. Aussi bien, dans les cas de défaut des dispositions d'un traité qui règle de façon certaine le problème du consentement à l'arbitrage, il ne serait pas superflu de proposer une solution alternative respectueuse de tous les intérêts concurrents. À cet effet, certaines ressources du droit interne, telle que la règle de la décision préalable du droit administratif français pourraient inspirer l'évolution du contentieux international des investissements dans le cadre du C.I.R.D.I..

2-Un emprunt possible pour le contentieux international de l'investissement: la règle de la décision préalable du contentieux administratif français

Le droit administratif pratiqué en France, et dans les pays qui s'en ont inspiré, tels que les pays francophones d'Afrique, peut aider à un élargissement des recours arbitraux formés auprès du C.I.R.D.I.. Nous pensons ici à la règle dite de la décision préalable. Avant de développer les avantages et le mode d'intégration possible de cette règle au système du C.I.R.D.I., nous allons d'abord en faire la présentation.

2.1-Présentation de la règle de la décision préalable

Le contentieux administratif français comprend, notamment, d'une part, le recours pour excès de pouvoir et, d'autre part, le contentieux des droits. Dans le recours pour excès de pouvoir le juge est appelé à apprécier «un acte juridique ou matériel au regard d'une règle de droit ou d'un

Mais la sentence **SEEE**, comme nous l'avons déjà dit, n'a jamais pu réellement faire fortune alors que la sentence **S.P.P.** rendue sous l'égide de la CCI avait été mise à néant par une juridiction française. Seule la sentence **SOABI** avait pu échapper à un si triste sort parce qu'elle avait été rendue par un tribunal C.I.R.D.I..

statut légal»⁷⁷⁶. Quant au contentieux des droits il comprend, notamment, le contentieux de pleine juridiction⁷⁷⁷.

Le contentieux de pleine juridiction est ainsi nommé parce que le pouvoir du juge ne se limite pas à l'annulation éventuelle d'un acte, comme dans le recours pour excès de pouvoir, mais peut, en outre, s'étendre, par exemple, à l'allocation d'une indemnité ou de dommages intérêts⁷⁷⁸.

Que l'on initie devant le juge administratif français un contentieux de la légalité ou un contentieux de pleine juridiction, la règle de la décision préalable doit d'abord trouver application. En vertu de cette règle, toute personne privée qui a un grief contre une Administration publique doit, avant la saisine de la juridiction administrative, présenter directement une demande de règlement du litige à l'Administration concernée. C'est cette demande qui donne lieu à une «décision préalable».

Sauf en matière de travaux publics, où l'administré n'est pas assujéti à cette procédure préliminaire, c'est contre cette décision préalable de l'Administration seulement que le recours

⁷⁷⁶-Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., tome II, Paris, LGDJ, 1984, n° 1392, p. 504.

⁷⁷⁷-Ibid., n° 1023, pp. 80-81.

⁷⁷⁸-Prosper Weil, P. Weil, *Le droit administratif*, Paris, PUF, collection Que sais-je? n° 1152, 10e éd. 1983 p. 103. La classification du contentieux administratif en quatre catégories à savoir les contentieux de pleine juridiction, de l'annulation, de l'interprétation, et de la répression est due à Édouard Laferrière qui écrivait en 1887 que «Les pouvoirs des tribunaux administratifs n'ont pas la même nature et la même étendue dans toutes les matières contentieuses. Ce sont, selon les cas, des pouvoirs de pleine juridiction comportant l'exercice d'un arbitrage complet de fait et de droit sur le litige; ou des pouvoirs d'annulation limités au droit d'annuler les actes entachés d'illégalité, sans que le juge administratif ait le pouvoir de les réformer et de leur substituer sa propre décision; ou des pouvoirs d'interprétation, consistant uniquement à déterminer le sens et la portée d'un acte administratif ou à apprécier sa valeur légale sans faire application de l'acte aux parties intéressées; ou, enfin, des pouvoirs de répression consistant à réprimer les infractions commises aux lois et règlements qui protègent le domaine et en assurant la destination légale» cité par Auby et Drago, *Traité de contentieux administratif*, tome II, n° 1021, p. 78.

juridictionnel pourra être formé⁷⁷⁹. Cette décision préalable n'est pas nécessairement expresse: il peut simplement s'agir d'une décision implicite. En effet, le silence gardé par l'administration pendant quatre mois à la suite de la réception de la demande de la personne privée équivaut à une «décision implicite de rejet»⁷⁸⁰.

Pour d'aucuns, le maintien de cette procédure après le dépérissement de la théorie du ministre-juge⁷⁸¹ tenait à l'idée que l'Administration exprime par la décision préalable son acceptation du procès. Pour d'autres le «préliminaire de conciliation» qu'implique la règle de la décision préalable constituerait une «nécessité» dans le plein contentieux⁷⁸². D'après René Chapus la règle de la décision préalable se justifie par le fait qu'elle offre une triple opportunité de conciliation, de concrétisation et de délimitation du litige⁷⁸³. L'emprunt de cette règle par le contentieux international des investissements pourrait être d'une grande utilité.

⁷⁷⁹-P. Weil, *Le droit administratif*, Paris, PUF, collection Que sais-je?, n° 1152, 10e éd. 1983, p. 101; Auby et Drago, tome II, n° 1387 et s., pp. 500 et s..

⁷⁸⁰-Cette règle a été instaurée en France par l'article 7 du décret du 2 novembre 1864 et généralisée par l'article 3 de la loi du 17 Juillet 1900, Auby et Drago, *Traité de contentieux administratif*, op. cit., tome II, n° 1401, p. 510). L'absence de décision préalable rend le recours irrecevable (CE, 30 Juin 1905, *Département de la Mayenne*, Rec. 476; 29 Avril 1921, *Sté Premier et Henry*, Rec. 424, S. 1923.III. 14, note Hauriou); Auby et Drago, *Traité de contentieux administratif*, op. cit., n° 1395, p. 507.

⁷⁸¹-Ibid., n° 1362, p. 476.

⁷⁸²-Ibid., n° 1389, pp. 501 et 502.

⁷⁸³-*Droit du contentieux administratif*, 3e édition, Paris, Montchrestien, 1991 (Collection Domat, droit public), n° 473, p. 329.

2.2-Pour une application de la règle de la décision préalable dans le contentieux international des investissements

Prosper Weil avait mis au jour que la règle de la décision préalable du droit administratif français, est le résultat d'une évolution lente et progressive qui a marqué, en droit interne, l'effritement de la règle du consentement de l'État aux procédures judiciaires qui le mettaient en cause. Or, cette règle du consentement de l'État perdure aujourd'hui encore en droit international public. Autrement dit, en droit public interne français, l'État jouissait du droit dont il jouit aujourd'hui encore en droit international de ne jamais être soumis à l'autorité d'un juge ou d'un arbitre sans avoir accepté au préalable la procédure. Il y avait donc une «similitude» de situation entre les deux systèmes de droit⁷⁸⁴. Weil avançait même que «le droit international et le droit administratif constituent chacun la photographie de l'autre à un âge différent»⁷⁸⁵. Il ne lui manqua qu'un petit pas à franchir, pour proposer aux États, une adoption claire de la règle de la décision préalable en droit des gens.

Il va de soi que, dans les cas où les traités bilatéraux de protection des investissements ou, à défaut, les contrats d'État, les lois ou les actes administratifs internes auraient pourvu à l'organisation de la procédure arbitrale internationale, un recours éventuel à la règle de la décision préalable ne changerait rien. C'est uniquement pour les cas où un investisseur ne bénéficie d'aucun de ces actes pour les fins contentieuses, que nous pensons à son utilité. C'est notamment le cas, lorsque, à défaut d'un contrat d'État ou de la couverture d'un traité-parapluie, la protection de l'investissement reposerait, comme nous l'avons vu, en grande partie sur le droit

⁷⁸⁴ - «Dans les deux cas, en effet, écrivait Weil, la sanction juridictionnelle n'a été admise que difficilement et lentement. Si la juridiction administrative est aujourd'hui une institution fermement établie, on ne peut oublier qu'elle est le fruit d'une évolution qui a exigé trois quarts de siècle. La liaison du contentieux a soulevé des difficultés considérables, et l'on sait que la règle moderne de la décision préalable n'est que la survivance de l'ancien principe selon lequel l'État ne peut être attiré devant un juge que s'il y a préalablement consenti: on n'est pas très éloigné, on le voit, de l'état actuel du droit international en matière d'acceptation de la compétence judiciaire ou arbitrale.» «Droit international public et droit administratif», dans *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Troabas*, Paris, LGDJ, 1970, pp. 511-528, à p. 521.

⁷⁸⁵ - Ibid., p. 522.

international général. On voit ainsi, au passage, que notre démarche générale n'exclut pas la complémentarité du droit conventionnel. Les États doivent d'abord consentir à l'adoption de cette solution.

À cet effet, la règle de la décision préalable pourrait être, notamment, insérée à l'article 25 (4) de la Convention de Washington. Cet article est présentement libellé comme suit:

«**Article 25 (4):** Tout État contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire Général transmet immédiatement la notification à tous les États contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1).»

On pourrait, en y intégrant la règle de la décision préalable, le reformuler comme suit:

«**Article 25 (4):** Tout État contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. *Il peut accepter dans le même acte, ou ultérieurement, que le consentement prévu à l'alinéa (1) serait constitué à son encontre, si, régulièrement saisis d'un différend de la ou des catégories qu'il a retenues, ses organes administratifs compétents pour en connaître sont restés six mois sans y répondre ou en ont décidé le rejet.* Le Secrétaire Général transmet immédiatement la notification à tous les États contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1) *sauf dans le cas où l'option prévue ci-dessus a été choisie.*»

L'application de la règle de la décision préalable pourrait avantageusement, en strict respect de la souveraineté de l'État concerné, se substituer à celle des règles de l'épuisement préalable des

recours internes et du consentement aux procédures de droit international. Tous les intérêts des parties en présence pourraient être ainsi saufs.

2.2.1-Les avantages possibles de l'application de la règle pour l'État d'accueil

L'application de la règle de la décision préalable, dans le contentieux des investissements, ne porterait aucune atteinte au respect de la souveraineté des États concernés. Ceux-ci doivent d'abord y consentir dans un acte conventionnel, en l'occurrence la Convention C.I.R.D.I.. Outre cette acceptation conventionnelle du principe par l'État, il ne peut naître de procédure contentieuse contre lui, en application de cette règle, que sur la base de sa décision expresse ou implicite de rejet des réclamations de son partenaire privée. En effet, celle-ci devrait, d'abord, engager une procédure administrative laissant à la partie étatique, le droit et l'opportunité d'examiner, lui-même, les points litigieux et d'y apporter ses propres solutions. Il y aurait là une possibilité de règlement à l'amiable du différend. Ainsi le recours à la règle de la décision préalable ne signifierait pas une mise à néant de la voie de la négociation. C'est uniquement en cas de décision de rejet, expresse, ou implicite, après l'expiration du délai de six mois qui serait prévu à la Convention de Washington révisée, que la personne privée intéressée pourrait saisir l'instance arbitrale internationale.

Il en ressort, effectivement, que si cette proposition était retenue, non seulement la souveraineté de l'État d'accueil serait respectée, mais, du seul et même coup, l'application de la règle de la décision préalable ferait faire l'économie de deux principes fondamentaux du contentieux de droit international: la règle du consentement de l'État à la procédure et celle de l'épuisement préalable des recours internes.

Cette proposition d'adoption de la règle de la décision préalable dans la Convention C.I.R.D.I., ne devrait pas être très choquante pour les États qui ont pour pratique de prévoir, dans leurs lois internes, leur consentement d'office aux procédures d'arbitrage international qui les opposent

à des investisseurs étrangers⁷⁸⁶. Par ailleurs, on peut raisonnablement conjecturer que, l'adoption de cette proposition, ferait beaucoup plus pour gagner la confiance des investisseurs étrangers aux pays qui y adhèreraient que toutes les promesses que ceux-ci pourraient leur faire au plan interne pour obtenir des investissements. La sécurité juridique qu'elle impliquerait serait, évidemment, plus solide que celle qui résulte de lois spéciales d'investissement essentiellement changeantes. On perçoit ainsi l'intérêt de la règle pour les investisseurs étrangers.

2.2.2-Les avantages possibles de l'application de la règle pour l'investisseur étranger et son État d'origine

Si la proposition de l'adoption de la règle de la décision préalable était retenue, dans le cadre du C.I.R.D.I., pour couvrir les cas où aucun traité ne viendrait régler le problème de l'organisation du contentieux, il y aurait, pour l'investisseur étranger, l'opportunité d'obtenir un règlement à l'amiable dans un délai raisonnable. À défaut d'une telle solution, c'est-à-dire en cas de mésentente persistante avec l'État d'accueil ou de rejet de son recours préalable, il y aurait pour lui l'assurance de pouvoir saisir de la cause, une instance arbitrale internationale. Dans ce cas, l'intervention de la décision implicite ou explicite de rejet de l'État d'accueil emporterait le consentement étatique exigé pour la procédure arbitrale.

En outre, dans l'hypothèse où la règle de la décision préalable serait applicable dans le contentieux des investissements, la procédure de la protection diplomatique n'aurait plus sa raison d'être dans ce domaine. L'ouverture d'un double recours, l'un gracieux et local et l'autre arbitral et international, au ressortissant concerné priverait de toute pertinence l'exercice de cette procédure lourde et d'une efficacité douteuse.

*

⁷⁸⁶-Voir, par exemple, supra, pp. 286 et s., les cas de la Côte d'Ivoire, du Cameroun, du Ghana et du Bénin.

À notre avis, cette proposition d'intégration de la règle de la décision préalable au contentieux du C.I.R.D.I. est raisonnable et en accord avec les grandes règles du droit international. Nous pensons que si elle peut, au moins, permettre d'engager la réflexion sur le problème qu'elle embrasse, il y aurait un débat positif et utile pour tous les juristes qui voudraient apporter leur contribution à la résolution du problème de la sécurité de l'investissement international pour en favoriser le drainage vers les économies des pays en développement qui en demandent. En tout état de cause, nous pensons qu'aussi longtemps que le droit conventionnel n'aurait pas réussi à résoudre l'ensemble du problème du régime et du contentieux de l'investissement international une proposition similaire ne serait pas qu'un vain discours.

CONCLUSION À LA DEUXIÈME PARTIE

En l'absence d'un droit international conventionnel suffisamment développé, une recherche de la certitude juridique perdue dans le domaine de la protection de l'investissement international, à la suite des difficiles controverses qui ont opposé pays occidentaux exportateurs de capitaux et pays importateurs de capitaux du Tiers-Monde, ne peut totalement faire table rase du droit international général. Les efforts accomplis pour l'élaboration d'un Code de conduite de conduite sur les entreprises transnationales dans le cadre des Nations Unies n'ont pas encore abouti, et la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les activités économiques, telle qu'elle devait ressortir du Nouvel ordre économique international n'est pas passée au droit positif. Dès lors, en attendant que le mouvement de développement rapide des traités bilatéraux, enregistré ces dernières années, en dispense pour l'ensemble des investissements étrangers à destination du Tiers-Monde, il semble nécessaire de faire l'inventaire des normes du droit international général. On sait que ce droit est, au départ, très favorable au respect de la propriété privée. Mais, on peut aussi en retirer, pour suppléer l'insuffisance actuelle ou les cas de silence du droit conventionnel, des règles respectueuses de tous les intérêts en présence, c'est-à-dire ceux des investisseurs autant que ceux des États d'accueil. Du reste, grâce aux efforts de la doctrine et à l'œuvre jurisprudentielle des arbitres internationaux, le droit international général se développe constamment dans un souci d'équilibre remarquable de ces différents intérêts. Au plan de l'organisation du contentieux, les investissements dépourvus de protection contractuelle ou conventionnelle pourront d'ores et déjà profiter, à certaines conditions, des progrès récents du contentieux international, en particulier dans le domaine de l'arbitrage commercial international et de l'arbitrage du C.I.R.D.I.. Mais, il serait également possible d'intégrer la règle de la décision préalable du droit administratif français à la Convention du C.I.R.D.I. pour, en strict respect de la souveraineté des États, des règles de l'épuisement des recours internes et du consentement de l'État à la procédure, élargir l'accès du Centre à tous les investissements étrangers effectués dans le Tiers-Monde.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le problème de la protection de l'investissement privé international à destination des pays du Tiers-Monde tient, pour l'essentiel, à celui de la réglementation des activités des sociétés transnationales dans ces pays. Compte tenu de la méfiance des pays du Tiers-Monde envers le droit international général, et de sa contestation dans le cadre du mouvement pour le nouvel ordre économique international, la solution idéale dans ce domaine serait l'avènement d'une réglementation conventionnelle universelle. Mais, en raison des divergences d'opinions entre, notamment, les pays du Tiers-Monde et les pays occidentaux, tous les efforts entrepris pour conclure une telle convention sont demeurés, jusqu'à nouvel ordre, sans aboutissement. Ainsi, depuis 1974, le Code de conduite des Nations Unies sur les sociétés transnationales est resté à l'état de projet. Les États s'en sont donc remis à la conclusion de traités bilatéraux de protection des investissements. La multiplication rapide de ces instruments internationaux fait espérer, à terme, la réalisation d'un consensus général sur le problème du régime juridique de l'investissement international. Malgré tout, ces traités bilatéraux sont encore loin de couvrir l'ensemble des investissements à destination du Tiers-Monde.

D'un autre côté, en dépit du succès de la théorie de l'«internationalisation» dans la pratique et dans la jurisprudence arbitrale, on ne doit pas perdre de vue que son support est le contrat d'État. De ce fait, elle comporte, par définition, d'importantes limites. Les tenants de cette théorie ne visent, dans leur démarche, que les projets d'investissement qui bénéficient de la couverture d'un tel contrat. Ce faisant, ils laissent pour compte les investissements non conventionnés.

Ainsi, le droit international public conventionnel, dans son état actuel, d'une part, et la théorie de l'«internationalisation», d'autre part, ne peuvent pas, à eux seuls, assurer aujourd'hui, la résolution des problèmes juridiques posés par la protection de l'ensemble des investissements étrangers à destination des pays en développement. Aussi bien, à l'heure actuelle, quelles que soient les réserves que l'on pourrait nourrir envers le droit international général, on devrait pouvoir y rechercher également les éléments d'un droit international, certain et équilibré,

complémentaire du droit conventionnel et susceptible d'attirer des capitaux productifs à tous les États du Tiers-Monde qui le désirent.

Au plan de l'organisation du contentieux, les investissements dépourvus de protection contractuelle ou conventionnelle pourront d'ores et déjà profiter, à certaines conditions, des progrès récents du contentieux international, en particulier dans le domaine de l'arbitrage commercial international et dans celui du mécanisme du C.I.R.D.I.. Mais, il serait également possible d'intégrer la règle de la décision préalable du droit administratif français à la Convention du C.I.R.D.I. pour, en strict respect de la souveraineté des États, des règles de l'épuisement des recours internes et du consentement de l'État à la procédure, élargir l'accès du Centre à tous les investissements étrangers effectués dans le Tiers-Monde.

TABLEAUX

Tableau n° 1

Répartition régionale des traités bilatéraux d'investissement
 (Nombre des traités conclus jusqu'à la mi-1991)

Région	Décennie 1950	Décennie 1960	Décennie 1970	Décennie 1980	1990- 1991*	Total
Afrique	-	61	43	39	13	156
Asie et Pacifique	1	9	25	60	8	103
Amérique Latine et Caraïbe	1	5	3	32	10	51
Moyen- Orient	-	4	8	16	2	30
Europe du Centre et de l'Est	-	-	14	48	28	90
Entre pays développés	-	2	-	6	2	10
Total	2	81	93	201	63	440

Source: UNCTC database

Tableau tiré de *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, New York, United Nations (UNCTC/ICC), 1992, p. 4.

Tableau n° 2

L'investissement direct étranger dans certains pays du Tiers-monde en 1990*

(L'astérisque indique un pays africain, le double astérisque un pays Latino-américain ou caribéen; les pays asiatiques n'ont pas d'astérisque)

PAYS	Investissement direct étranger reçu (en millions de \$ U.S.)
**Argentine	2 036
*Bénin	0
**Brésil	1 340
*Cameroun	0
**Chili	595
Corée du Sud	715
*Côte d'Ivoire	-48
*Gabon	-50
*Ghana	15
Inde	0
Indonésie	964
**Jamaïque	0
*Kenya	26
Malaisie	2 902
*Maurice	41
**Mexique	2 632
*Nigéria	588
Philippines	530
*Sénégal	0
**Vénézuéla	451
*Zimbabwe	0

Source: World Bank, *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, Washington, D.C., April 1992, p. 59, Table E3, Appendix E, extrait.

Tableau n° 3

Taxinomie des politiques d'investissement
(L'astérisque indique une obligation de performance)

Mesures affectant:	Effet sur le profit
Le coût des immobilisations Subventions en espèces Crédits d'impôt Locations-ventes subventionnées Exonération de droits à l'importation de machines Exonération de la taxe de vente sur les machines locales Bâtiments subventionnés Terrains subventionnés Exonérations d'impôts fonciers Dépôts préalables à l'importation <i>*Prescriptions concernant la teneur des machines en éléments d'origine nationale</i> Limitations concernant l'utilisation du matériel d'occasion Droits de douane ou contingents	+ + + + + + + + - - - -
Le coût de l'endettement Prêts bonifiés Garanties de prêts Élimination du risque de change sur les emprunts étrangers Accès prioritaires au crédit	+ + + +
Le coût des fonds propres Achat subventionnés de titres par le gouvernement Exonération des droits d'enregistrement Exonération de l'impôt sur les dividendes Garanties de non-expropriation Programmes de swaps de dettes Limites concernant les ratios d'endettement Contrôles ou impôts sur les dividendes versés	+ + + + + - -

Les obligations fiscales des sociétés Impôt sur les sociétés Avantages et abattements fiscaux Amortissement accéléré Ajustement de la fiscalité à l'inflation Accords d'allégements d'impôts Dispositions libérales en matière de report des pertes	- + + + + +
Les recettes Droits de douane Subventions à l'exportation Contingents *Minimums à l'exportation Préférences en matière de marchés publics Licences exclusives	+ + + - + +
Les coûts des intrants Droits de douanes Subventions à l'exportation Contingents *Prescriptions concernant la teneur en produits nationaux Intrants subventionnés	- - - - +
La main-d'oeuvre Subventions salariales Subventions à la formation *Prescriptions concernant l'utilisation de la main-d'oeuvre locale	+ + -
Autres mesures *Limites imposées aux prises de participation étrangères *Prescriptions en matière de contrecommerce *Prescriptions en ce qui concerne l'équilibre des comptes en devises	- - -

Source: Stephen Guisinger, «Les investissements liés au commerce» dans J. Michael. Finger et Andrzej Olechowski (Publié sous la direction de), *L'Uruguay Round. Une introduction aux négociations commerciales multilatérales*, Washington, D.C., 1988, pp. 201-209, à pp. 202-203.

**CONVENTION POUR LE RÈGLEMENT
DES DIFFÉRENDS
RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS
(CONVENTION C.I.R.D.I.)**

(Adoptée à Washington, D.C., le 18 Mars 1965,
entrée en vigueur le 14 Octobre 1966)

***Centre International pour le Règlement
des Différends Relatifs aux Investissements***

ICSID/2

Français

**Convention
pour le
Règlement des Différends
Relatifs aux Investissements
entre
Etats et Ressortissants d'Autres Etats**

**Soumise aux Gouvernements
par les Administrateurs de la
BANQUE INTERNATIONALE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DEVELOPPEMENT**

et

RAPPORT DES ADMINISTRATEURS

Soumise: le 18 mars 1965

Entrée en vigueur: le 14 octobre 1966

**CONVENTION POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS
RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS ENTRE ETATS
ET RESSORTISSANTS D'AUTRES ETATS**

PREAMBULE

Les Etats contractants

Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux;

Ayant présent à l'esprit que des différends peuvent surgir à toute époque au sujet de tels investissements entre Etats contractants et ressortissants d'autres Etats contractants;

Reconnaissant que si ces différends doivent normalement faire l'objet de recours aux instances internes, des modes de règlement internationaux de ces différends peuvent être appropriés dans certains cas;

Attachant une importance particulière à la création de mécanismes pour la conciliation et l'arbitrage internationaux auxquels les Etats contractants et les ressortissants d'autres Etats contractants puissent, s'ils le désirent, soumettre leurs différends;

Désirant établir ces mécanismes sous les auspices de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement;

Reconnaissant que le consentement mutuel des parties de soumettre ces différends à la conciliation ou à l'arbitrage, en ayant recours auxdits mécanismes, constitue un accord ayant force obligatoire qui exige en particulier que toute recommandation des conciliateurs soit dûment prise en considération et que toute sentence arbitrale soit exécutée; et

Déclarant qu'aucun Etat contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier,

Sont convenus de ce qui suit:

CHAPITRE I

Le Centre International Pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements

SECTION 1

Création et Organisation

Article 1

(1) Il est institué, en vertu de la présente Convention, un Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (ci-après dénommé le Centre).

(2) L'objet du Centre est d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants, conformément aux dispositions de la présente Convention.

Article 2

Le siège du Centre est celui de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (ci-après dénommée la Banque). Le siège peut être transféré en tout autre lieu par décision du Conseil Administratif prise à la majorité des deux tiers de ses membres.

Article 3

Le Centre se compose d'un Conseil Administratif et d'un Secrétariat. Il tient une liste de conciliateurs et une liste d'arbitres.

SECTION 2

Du Conseil Administratif

Article 4

(1) Le Conseil Administratif comprend un représentant de chaque Etat contractant. Un suppléant peut agir en qualité de représentant si le titulaire est absent d'une réunion ou empêché.

(2) Sauf désignation différente, le gouverneur et le gouverneur suppléant de la Banque nommés par l'Etat

contractant remplissent de plein droit les fonctions respectives de représentant et de suppléant.

Article 5

Le Président de la Banque est de plein droit Président du Conseil Administratif (ci-après dénommé le Président) sans avoir le droit de vote. S'il est absent ou empêché ou si la présidence de la Banque est vacante, la personne qui le remplace à la Banque fait fonction de Président du Conseil Administratif.

Article 6

(1) Sans préjudice des attributions qui lui sont dévolues par les autres dispositions de la présente Convention, le Conseil Administratif :

- (a) adopte le règlement administratif et le règlement financier du Centre;
- (b) adopte le règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage;
- (c) adopte les règlements de procédure relatifs aux instances de conciliation et d'arbitrage (ci-après dénommés le Règlement de Conciliation et le Règlement d'Arbitrage);
- (d) approuve tous arrangements avec la Banque en vue de l'utilisation de ses locaux et de ses services administratifs;
- (e) détermine les conditions d'emploi du Secrétaire Général et des Secrétaires Généraux Adjointes;
- (f) adopte le budget annuel des recettes et dépenses du Centre;
- (g) approuve le rapport annuel sur les activités du Centre.

Les décisions visées aux alinéas (a), (b), (c) et (f) ci-dessus sont prises à la majorité des deux tiers des membres du Conseil Administratif.

(2) Le Conseil Administratif peut constituer toute commission qu'il estime nécessaire.

(3) Le Conseil Administratif exerce également toutes autres attributions qu'il estime nécessaires à la mise en œuvre des dispositions de la présente Convention.

Article 7

(1) Le Conseil Administratif tient une session annuelle et toute autre session qui aura été soit décidée par le Conseil, soit convoquée par le Président, soit convoquée par le Secrétaire Général sur la demande d'au moins cinq membres du Conseil.

(2) Chaque membre du Conseil Administratif dispose d'une voix et, sauf exception prévue par la présente Convention, toutes les questions soumises au Conseil sont résolues à la majorité des voix exprimées.

(3) Dans toutes les sessions du Conseil Administratif, le quorum est la moitié de ses membres plus un.

(4) Le Conseil Administratif peut adopter à la majorité des deux tiers de ses membres une procédure autorisant le Président à demander au Conseil un vote par correspondance. Ce vote ne sera considéré comme valable que si la majorité des membres du Conseil y ont pris part dans les délais impartis par ladite procédure.

Article 8

Les fonctions de membres du Conseil Administratif et de Président ne sont pas rémunérées par le Centre.

SECTION 3

Du Secrétariat

Article 9

Le Secrétariat comprend un Secrétaire Général, un ou plusieurs Secrétaires Généraux Adjointes et le personnel.

Article 10

(1) Le Secrétaire Général et les Secrétaires Généraux Adjointes sont élus, sur présentation du Président, par le Conseil Administratif à la majorité des deux tiers de ses membres pour une période ne pouvant excéder six ans et sont rééligibles. Le Président, après consultation des mem-

bres du Conseil Administratif, présente un ou plusieurs candidats pour chaque poste.

(2) Les fonctions de Secrétaire Général et de Secrétaire Général Adjoint sont incompatibles avec l'exercice de toute fonction politique. Sous réserve de dérogation accordée par le Conseil Administratif, le Secrétaire Général et les Secrétaires Généraux Adjoints ne peuvent occuper d'autres emplois ou exercer d'autres activités professionnelles.

(3) En cas d'absence ou d'empêchement du Secrétaire Général ou si le poste est vacant, le Secrétaire Général Adjoint remplit les fonctions de Secrétaire Général. S'il existe plusieurs Secrétaires Généraux Adjoints, le Conseil Administratif détermine à l'avance l'ordre dans lequel ils seront appelés à remplir lesdites fonctions.

Article 11

Le Secrétaire Général représente légalement le Centre, il le dirige et est responsable de son administration, y compris le recrutement du personnel, conformément aux dispositions de la présente Convention et aux règlements adoptés par le Conseil Administratif. Il remplit la fonction de greffier et a le pouvoir d'authentifier les sentences arbitrales rendues en vertu de la présente Convention et d'en certifier copie.

SECTION 4

Des Listes

Article 12

La liste de conciliateurs et la liste d'arbitres sont composées de personnes qualifiées, désignées comme il est dit ci-dessous et acceptant de figurer sur ces listes.

Article 13

(1) Chaque Etat contractant peut désigner pour figurer sur chaque liste quatre personnes qui ne sont pas nécessairement ses ressortissants.

(2) Le Président peut désigner dix personnes pour

figurer sur chaque liste. Les personnes ainsi désignées sur une même liste doivent toutes être de nationalité différente.

Article 14

(1) Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante.

(2) Le Président, dans ses désignations, tient compte en outre de l'intérêt qui s'attache à représenter sur ces listes les principaux systèmes juridiques du monde et les principaux secteurs de l'activité économique.

Article 15

(1) Les désignations sont faites pour des périodes de six ans renouvelables.

(2) En cas de décès ou de démission d'une personne figurant sur l'une ou l'autre liste, l'autorité ayant nommé cette personne peut désigner un remplaçant pour la durée du mandat restant à courir.

(3) Les personnes portées sur les listes continuent d'y figurer jusqu'à désignation de leur successeur.

Article 16

(1) Une même personne peut figurer sur les deux listes.

(2) Si une personne est désignée pour figurer sur une même liste par plusieurs Etats contractants, ou par un ou plusieurs d'entre eux et par le Président, elle sera censée l'avoir été par l'autorité qui l'aura désignée la première; toutefois si cette personne est le ressortissant d'un Etat ayant participé à sa désignation, elle sera réputée avoir été désignée par ledit Etat.

(3) Toutes les désignations sont notifiées au Secrétaire Général et prennent effet à compter de la date de réception de la notification.

SECTION 5

Du Financement du Centre

Article 17

Si les dépenses de fonctionnement du Centre ne peuvent être couvertes par les redevances payées pour l'utilisation de ses services ou par d'autres sources de revenus, l'excédent sera supporté par les Etats contractants membres de la Banque proportionnellement à leur souscription au capital de celle-ci et par les Etats qui ne sont pas membres de la Banque conformément aux règlements adoptés par le Conseil Administratif.

SECTION 6

Statut, Immunités et Privilèges

Article 18

Le Centre a la pleine personnalité juridique internationale. Il a, entre autres, capacité:

- (a) de contracter;
- (b) d'acquérir des biens meubles et immeubles et d'en disposer;
- (c) d'ester en justice.

Article 19

Afin de pouvoir remplir ses fonctions, le Centre jouit, sur le territoire de chaque Etat contractant, des immunités et des privilèges définis à la présente Section.

Article 20

Le Centre, ses biens et ses avoirs, ne peuvent faire l'objet d'aucune action judiciaire, sauf s'il renonce à cette immunité.

Article 21

Le Président, les membres du Conseil Administratif, les personnes agissant en qualité de conciliateurs, d'arbitres ou de membres du Comité prévu à l'Article 52, alinéa (3), et les fonctionnaires et employés du Secrétariat:

- (a) ne peuvent faire l'objet de poursuites en raison

d'actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, sauf si le Centre lève cette immunité;

(b) bénéficient, quand ils ne sont pas ressortissants de l'Etat où ils exercent leurs fonctions, des mêmes immunités en matière d'immigration, d'enregistrement des étrangers, d'obligations militaires ou de prestations analogues et des mêmes facilités en matière de change et de déplacements, que celles accordées par les Etats contractants aux représentants, fonctionnaires et employés de rang comparable d'autres Etats contractants.

Article 22

Les dispositions de l'Article 21 s'appliquent aux personnes participant aux instances qui font l'objet de la présente Convention en qualité de parties, d'agents, de conseillers, d'avocats, de témoins ou d'experts, l'alinéa (b) ne s'appliquant toutefois qu'à leurs déplacements et à leur séjour dans le pays où se déroule la procédure.

Article 23

(1) Les archives du Centre sont inviolables où qu'elles se trouvent.

(2) Chaque Etat contractant accorde au Centre pour ses communications officielles un traitement aussi favorable qu'aux autres institutions internationales.

Article 24

(1) Le Centre, ses avoirs, ses biens et ses revenus ainsi que ses opérations autorisées par la présente Convention sont exonérés de tous impôts et droits de douane. Le Centre est également exempt de toute obligation relative au recouvrement ou au paiement d'impôts ou de droits de douane.

(2) Aucun impôt n'est prélevé sur les indemnités payées par le Centre au Président ou aux membres du Conseil Administratif ou sur les traitements, émoluments ou autres indemnités payés par le Centre aux fonctionnaires ou employés du Secrétariat, sauf si les bénéficiaires sont ressortissants du pays où ils exercent leurs fonctions.

(3) Aucun impôt n'est prélevé sur les honoraires ou indemnités versés aux personnes agissant en qualité de conciliateurs, d'arbitres ou de membres du Comité prévu à l'Article 52, alinéa (3), dans les instances qui font l'objet de la présente Convention, si cet impôt n'a d'autre base juridique que le lieu où se trouve le Centre, celui où se déroule l'instance ou celui où sont payés lesdits honoraires ou indemnités.

CHAPITRE II

De la Compétence du Centre

Article 25

(1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.

(2) "Ressortissant d'un autre Etat contractant" signifie:

- (a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'Article 28, alinéa (3) ou à l'Article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend;
- (b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont

consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

(3) Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un Etat contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit Etat, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire.

(4) Tout Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire Général transmet immédiatement la notification à tous les Etats contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1).

Article 26

Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés.

Article 27

(1) Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend.

(2) Pour l'application de l'alinéa (1), la protection diplomatique ne vise pas les simples démarches diplomatiques tendant uniquement à faciliter le règlement du différend.

CHAPITRE III

De la Conciliation

SECTION 1

De la Demande en Conciliation

Article 28

(1) Un Etat contractant ou le ressortissant d'un Etat contractant qui désire entamer une procédure de conciliation doit adresser par écrit une requête à cet effet au Secrétaire Général, lequel en envoie copie à l'autre partie.

(2) La requête doit contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement à la conciliation conformément au règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage.

(3) Le Secrétaire Général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre. Il doit immédiatement notifier aux parties l'enregistrement ou le refus d'enregistrement.

SECTION 2

De la Constitution de la Commission de Conciliation

Article 29

(1) La Commission de conciliation (ci-après dénommée la Commission) est constituée dès que possible après enregistrement de la requête conformément à l'Article 28.

(2) (a) La Commission se compose d'un conciliateur unique ou d'un nombre impair de conciliateurs nommés conformément à l'accord des parties.

(b) A défaut d'accord entre les parties sur le nombre de conciliateurs et leur mode de nomination, la Commission comprend trois conciliateurs; chaque partie nomme un conciliateur et le troisième, qui est le président de la Commission, est nommé par accord des parties.

Article 30

Si la Commission n'a pas été constituée dans les 90 jours suivant la notification de l'enregistrement de la requête par le Secrétaire Général conformément à l'Article 28, alinéa (3) ou dans tout autre délai convenu par les parties, le Président, à la demande de la partie la plus diligente et, si possible, après consultation des parties, nomme le conciliateur ou les conciliateurs non encore désignés.

Article 31

(1) Les conciliateurs peuvent être pris hors de la liste des conciliateurs, sauf au cas de nomination par le Président prévu à l'Article 30.

(2) Les conciliateurs nommés hors de la liste des conciliateurs doivent posséder les qualités prévues à l'Article 14, alinéa (1).

SECTION 3

De la Procédure devant la Commission

Article 32

(1) La Commission est juge de sa compétence.

(2) Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle de la Commission doit être examiné par la Commission qui décide s'il doit être traité comme une question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond.

Article 33

Toute procédure de conciliation est conduite conformément aux dispositions de la présente Section et, sauf

accord contraire des parties, au Règlement de Conciliation en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à la conciliation. Si une question de procédure non prévue par la présente Section ou le Règlement de Conciliation ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par la Commission.

Article 34

(1) La Commission a pour fonction d'éclaircir les points en litige entre les parties et doit s'efforcer de les amener à une solution mutuellement acceptable. A cet effet, la Commission peut à une phase quelconque de la procédure et à plusieurs reprises recommander aux parties les termes d'un règlement. Les parties doivent collaborer de bonne foi avec la Commission afin de lui permettre de remplir ses fonctions et doivent tenir le plus grand compte de ses recommandations.

(2) Si les parties se mettent d'accord, la Commission rédige un procès-verbal faisant l'inventaire des points en litige et prenant acte de l'accord des parties. Si à une phase quelconque de la procédure, la Commission estime qu'il n'y a aucune possibilité d'accord entre les parties, elle clôt la procédure et dresse un procès-verbal constatant que le différend a été soumis à la conciliation et que les parties n'ont pas abouti à un accord. Si une des parties fait défaut ou s'abstient de participer à la procédure, la Commission clôt la procédure et dresse un procès-verbal constatant qu'une des parties a fait défaut ou s'est abstenue de participer à la procédure.

Article 35

Sauf accord contraire des parties, aucune d'elles ne peut, à l'occasion d'une autre procédure se déroulant devant des arbitres, un tribunal ou de toute autre manière, invoquer les opinions exprimées, les déclarations ou les offres de règlement faites par l'autre partie au cours de la procédure non plus que le procès-verbal ou les recommandations de la Commission.

CHAPITRE IV

De l'Arbitrage

SECTION 1

De la Demande d'Arbitrage

Article 36

(1) Un Etat contractant ou le ressortissant d'un Etat contractant qui désire entamer une procédure d'arbitrage doit adresser par écrit une requête à cet effet au Secrétaire Général, lequel en envoie copie à l'autre partie.

(2) La requête doit contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement à l'arbitrage conformément au règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage.

(3) Le Secrétaire Général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre. Il doit immédiatement notifier aux parties l'enregistrement ou le refus d'enregistrement.

SECTION 2

De la Constitution du Tribunal

Article 37

(1) Le Tribunal arbitral (ci-après dénommé le Tribunal) est constitué dès que possible après enregistrement de la requête conformément à l'Article 36.

(2) (a) Le Tribunal se compose d'un arbitre unique ou d'un nombre impair d'arbitres nommés conformément à l'accord des parties.

(b) A défaut d'accord entre les parties sur le nombre des arbitres et leur mode de nomination, le Tribunal comprend trois arbitres; chaque partie nomme un arbitre et le troisième, qui est le président du Tribunal, est nommé par accord des parties.

Article 38

Si le Tribunal n'a pas été constitué dans les 90 jours suivant la notification de l'enregistrement de la requête par le Secrétaire Général conformément à l'Article 36, alinéa (3) ou dans tout autre délai convenu par les parties, le Président, à la demande de la partie la plus diligente et, si possible, après consultation des parties, nomme l'arbitre ou les arbitres non encore désignés. Les arbitres nommés par le Président conformément aux dispositions du présent Article ne doivent pas être ressortissants de l'Etat contractant partie au différend ou de l'Etat contractant dont le ressortissant est partie au différend.

Article 39

Les arbitres composant la majorité doivent être ressortissants d'Etats autres que l'Etat contractant partie au différend et que l'Etat contractant dont le ressortissant est partie au différend; étant entendu néanmoins que cette disposition ne s'applique pas si, d'un commun accord, les parties désignent l'arbitre unique ou chacun des membres du Tribunal.

Article 40

(1) Les arbitres peuvent être pris hors de la liste des arbitres, sauf au cas de nomination par le Président prévu à l'Article 38.

(2) Les arbitres nommés hors de la liste des arbitres doivent posséder les qualités prévues à l'Article 14, alinéa (1).

SECTION 3

Des Pouvoirs et des Fonctions du Tribunal

Article 41

(1) Le Tribunal est juge de sa compétence.

(2) Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle du Tribunal doit être examiné par le Tri-

bunal qui décide s'il doit être traité comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond.

Article 42

(1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faut-il 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.

(2) Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit.

(3) Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

Article 43

Sauf accord contraire des parties, le Tribunal s'il l'estime nécessaire, peut à tout moment durant les débats :

- (a) demander aux parties de produire tous documents ou autres moyens de preuve, et
- (b) se transporter sur les lieux et y procéder à telles enquêtes qu'il estime nécessaires.

Article 44

Toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente Section et, sauf accord contraire des parties, au Règlement d'Arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage. Si une question de procédure non prévue par la présente Section ou le Règlement d'Arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal.

Article 45

(1) Si l'une des parties fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens, elle n'est pas pour autant réputée acquiescer aux prétentions de l'autre partie.

(2) Si l'une des parties fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens à tout moment de la procédure,

l'autre partie peut demander au Tribunal de considérer les chefs de conclusions qui lui sont soumises et de rendre sa sentence. Le Tribunal doit, en notifiant à la partie défaillante la demande dont il est saisi, accorder à celle-ci un délai de grâce avant de rendre sa sentence, à moins qu'il ne soit convaincu que ladite partie n'a pas l'intention de comparaître ou de faire valoir ses moyens.

Article 46

Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre.

Article 47

Sauf accord contraire des parties, le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties.

SECTION 4

De la Sentence

Article 48

(1) Le Tribunal statue sur toute question à la majorité des voix de tous ses membres.

(2) La sentence est rendue par écrit; elle est signée par les membres du Tribunal qui se sont prononcés en sa faveur.

(3) La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au Tribunal et doit être motivée.

(4) Tout membre du Tribunal peut faire joindre à la sentence soit son opinion particulière—qu'il partage ou non l'avis de la majorité—soit la mention de son dissentiment.

(5) Le Centre ne publie aucune sentence sans le consentement des parties.

Article 49

(1) Le Secrétaire Général envoie sans délai aux parties copies certifiées conformes de la sentence. La sentence est réputée avoir été rendue le jour de l'envoi desdites copies.

(2) Sur requête d'une des parties, à présenter dans les 45 jours de la sentence, le Tribunal peut, après notification à l'autre partie, statuer sur toute question sur laquelle il aurait omis de se prononcer dans la sentence et corriger toute erreur matérielle contenue dans la sentence. Sa décision fait partie intégrante de la sentence et est notifiée aux parties dans les mêmes formes que celle-ci. Les délais prévus à l'Article 51, alinéa (2) et à l'Article 52, alinéa (2) courent à partir de la date de la décision correspondante.

SECTION 5

De l'Interprétation, de la Révision et de l'Annulation de la Sentence

Article 50

(1) Tout différend qui pourrait s'élever entre les parties concernant le sens ou la portée de la sentence peut faire l'objet d'une demande en interprétation adressée par écrit au Secrétaire Général par l'une ou l'autre des parties.

(2) La demande est, si possible, soumise au Tribunal qui a statué. En cas d'impossibilité, un nouveau Tribunal est constitué conformément à la Section 2 du présent Chapitre. Le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en interprétation.

Article 51

(1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire Général la révision de la sentence en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence, à condition qu'avant le prononcé de la sentence ce fait ait été inconnu du Tribunal et de la partie demanderesse et qu'il n'y ait pas eu, de la part de celle-ci, faute à l'ignorer.

(2) La demande doit être introduite dans les 90 jours suivant la découverte du fait nouveau et, en tout cas, dans les trois ans suivant la date de la sentence.

(3) La demande est, si possible, soumise au Tribunal ayant statué. En cas d'impossibilité, un nouveau Tribunal est constitué conformément à la Section 2 du présent Chapitre.

(4) Le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en révision. Si, dans sa demande, la partie en cause requiert qu'il soit sursis à l'exécution de la sentence, l'exécution est provisoirement suspendue jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur ladite requête.

Article 52

(1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire Général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants:

- (a) vice dans la constitution du Tribunal;
- (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal;
- (c) corruption d'un membre du Tribunal;
- (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure;
- (e) défaut de motifs.

(2) Tout demande doit être formée dans les 120 jours suivant la date de la sentence, sauf si l'annulation est demandée pour cause de corruption, auquel cas ladite demande doit être présentée dans les 120 jours suivant la découverte de la corruption et, en tout cas, dans les trois ans suivant la date de la sentence.

(3) Au reçu de la demande, le Président nomme immédiatement parmi les personnes dont les noms figurent sur la liste des arbitres, un Comité *ad hoc* de trois membres. Aucun membre dudit Comité ne peut être choisi parmi les membres du Tribunal ayant rendu la sentence, ni posséder la même nationalité qu'un des membres dudit Tribunal ni celle de l'Etat partie au différend ou de l'Etat dont le

ressortissant est partie au différend, ni avoir été désigné pour figurer sur la liste des arbitres par l'un desdits Etats, ni avoir rempli les fonctions de conciliateur dans la même affaire. Le Comité est habilité à annuler la sentence en tout ou en partie pour l'un des motifs énumérés à l'alinéa (1) du présent Article.

(4) Les dispositions des Articles 41-45, 48, 49, 53 et 54 et des Chapitres VI et VII s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure devant le Comité.

(5) Le Comité peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en annulation. Si, dans sa demande, la partie en cause requiert qu'il soit sursis à l'exécution de la sentence, l'exécution est provisoirement suspendue jusqu'à ce que le Comité ait statué sur ladite requête.

(6) Si la sentence est déclarée nulle, le différend est, à la requête de la partie la plus diligente, soumis à un nouveau Tribunal constitué conformément à la Section 2 du présent Chapitre.

SECTION 6

De la Reconnaissance et de l'Exécution de la Sentence

Article 53

(1) La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention.

(2) Aux fins de la présente Section, une "sentence" inclut toute décision concernant l'interprétation, la révision ou l'annulation de la sentence prise en vertu des Articles 50, 51 ou 52.

Article 54

(1) Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme

obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. Un Etat contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des Etats fédérés.

(2) Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un Etat contractant, la partie intéressée doit en présenter copie certifiée conforme par le Secrétaire Général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit Etat contractant aura désigné à cet effet. Chaque Etat contractant fait savoir au Secrétaire Général le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels.

(3) L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel on cherche à y procéder.

Article 55

Aucune des dispositions de l'Article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un Etat contractant concernant l'immunité d'exécution dudit Etat ou d'un Etat étranger.

CHAPITRE V

Du Remplacement et de la Récusation des Conciliateurs et des Arbitres

Article 56

(1) Une fois qu'une Commission ou un Tribunal a été constitué et la procédure engagée, sa composition ne peut être modifiée. Toutefois, en cas de décès, d'incapacité ou de démission d'un conciliateur ou d'un arbitre, il est pourvu à la vacance selon les dispositions du Chapitre III, Section 2 ou du Chapitre IV, Section 2.

(2) Tout membre d'une Commission ou d'un Tribunal continue à remplir ses fonctions en cette qualité nonobstant le fait que son nom n'apparaisse plus sur la liste.

(3) Si un conciliateur ou un arbitre nommé par une partie démissionne sans l'assentiment de la Commission ou du Tribunal dont il est membre, le Président pourvoit à la vacance en prenant un nom sur la liste appropriée.

Article 57

Une partie peut demander à la Commission ou au Tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'Article 14, alinéa (1). Une partie à une procédure d'arbitrage peut, en outre, demander la récusation d'un arbitre pour le motif qu'il ne remplissait pas les conditions fixées à la Section 2 du Chapitre IV pour la nomination au Tribunal Arbitral.

Article 58

Les autres membres de la Commission ou du Tribunal, selon le cas, se prononcent sur toute demande en récusation d'un conciliateur ou d'un arbitre. Toutefois, en cas de partage égal des voix, ou si la demande en récusation vise un conciliateur ou un arbitre unique ou une majorité de la Commission ou du Tribunal, la décision est prise par le Président. Si le bien-fondé de la demande est reconnu, le conciliateur ou l'arbitre visé par la décision est remplacé conformément aux dispositions du Chapitre III, Section 2 ou du Chapitre IV, Section 2.

CHAPITRE VI

Des Frais de Procédure

Article 59

Les redevances dues par les parties pour l'utilisation des services du Centre sont fixées par le Secrétaire Général conformément aux règlements adoptés en la matière par le Conseil Administratif.

Article 60

(1) Chaque Commission et chaque Tribunal fixe les honoraires et frais de ses membres dans les limites qui sont définies par le Conseil Administratif et après consultation du Secrétaire Général.

(2) Nonobstant les dispositions de l'alinéa précédent, les parties peuvent fixer par avance, en accord avec la Commission ou le Tribunal, les honoraires et frais de ses membres.

Article 61

(1) Dans le cas d'une procédure de conciliation les honoraires et frais des membres de la Commission ainsi que les redevances dues pour l'utilisation des services du Centre sont supportés à parts égales par les parties. Chaque partie supporte toutes les autres dépenses qu'elle expose pour les besoins de la procédure.

(2) Dans le cas d'une procédure d'arbitrage le Tribunal fixe, sauf accord contraire des parties, le montant des dépenses exposées par elles pour les besoins de la procédure et décide des modalités de répartition et de paiement desdites dépenses, des honoraires et frais des membres du Tribunal et des redevances dues pour l'utilisation des services du Centre. Cette décision fait partie intégrante de la sentence.

CHAPITRE VII

Du Lieu de la Procédure

Article 62

Les procédures de conciliation et d'arbitrage se déroulent au siège du Centre, sous réserve des dispositions qui suivent.

Article 63

Si les parties en décident ainsi, les procédures de conciliation et d'arbitrage peuvent se dérouler :

(a) soit au siège de la Cour Permanente d'Arbitrage ou de toute autre institution appropriée, publique ou privée, avec laquelle le Centre aura conclu des arrangements à cet effet;

(b) soit en tout autre lieu approuvé par la Commission ou le Tribunal après consultation du Secrétaire Général.

CHAPITRE VIII

Différends Entre Etats Contractants

Article 64

Tout différend qui pourrait surgir entre les Etats contractants quant à l'interprétation ou l'application de la présente Convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable est porté devant la Cour Internationale de Justice à la demande de toute partie au différend, à moins que les Etats intéressés ne conviennent d'une autre méthode de règlement.

CHAPITRE IX

Amendements

Article 65

Tout Etat contractant peut proposer des amendements à la présente Convention. Tout texte d'amendement doit être communiqué au Secrétaire Général 90 jours au moins avant la réunion du Conseil Administratif au cours de laquelle ledit amendement doit être examiné, et doit être immédiatement transmis par lui à tous les membres du Conseil Administratif.

Article 66

(1) Si le Conseil Administratif le décide à la majorité des deux tiers de ses membres, l'amendement proposé est distribué à tous Etats contractants aux fins de ratifica-

tion, d'acceptation ou d'approbation. Chaque amendement entre en vigueur 30 jours après l'envoi par le dépositaire de la présente Convention d'une notice adressée aux Etats contractants les informant que tous les Etats contractants ont ratifié, accepté ou approuvé l'amendement.

(2) Aucun amendement ne peut porter atteinte aux droits et obligations d'un Etat contractant, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné avant la date d'entrée en vigueur dudit amendement.

CHAPITRE X

Dispositions Finales

Article 67

La présente Convention est ouverte à la signature des Etats membres de la Banque. Elle est également ouverte à la signature de tout autre Etat partie au Statut de la Cour Internationale de Justice que le Conseil Administratif, à la majorité des deux tiers de ses membres, aura invité à signer la Convention.

Article 68

(1) La présente Convention est soumise à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des Etats signataires conformément à leurs procédures constitutionnelles.

(2) La présente Convention entrera en vigueur 30 jours après la date du dépôt du vingtième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation. A l'égard de tout Etat déposant ultérieurement son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, elle entrera en vigueur 30 jours après la date dudit dépôt.

Article 69

Tout Etat contractant doit prendre les mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires en vue de

donner effet sur son territoire aux dispositions de la présente Convention.

Article 70

La présente Convention s'applique à tous les territoires qu'un Etat contractant représente sur le plan international, à l'exception de ceux qui sont exclus par ledit Etat par notification adressée au depositaire de la présente Convention soit au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation soit ultérieurement.

Article 71

Tout Etat contractant peut dénoncer la présente Convention par notification adressée au depositaire de la présente Convention. La dénonciation prend effet six mois après réception de ladite notification.

Article 72

Aucune notification par un Etat contractant en vertu des Articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le depositaire.

Article 73

Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation de la présente Convention et de tous amendements qui y seraient apportés seront déposés auprès de la Banque, laquelle agira en qualité de depositaire de la présente Convention. Le depositaire transmettra des copies de la présente Convention certifiées conformes aux Etats membres de la Banque et à tout autre Etat invité à signer la Convention.

Article 74

Le depositaire enregistrera la présente Convention auprès du Secrétariat des Nations Unies conformément à

l'article 102 de la Charte des Nations Unies et aux Règlements y afférents adoptés par l'Assemblée Générale.

Article 75

Le depositaire donnera notification à tous les Etats signataires des informations concernant:

- (a) les signatures conformément à l'Article 67;
- (b) le dépôt des instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation conformément à l'Article 73;
- (c) la date d'entrée en vigueur de la présente Convention conformément à l'Article 68;
- (d) les exclusions de l'application territoriale conformément à l'Article 70;
- (e) la date d'entrée en vigueur de tout amendement à la présente Convention conformément à l'Article 66;
- (f) les dénonciations conformément à l'Article 71.

FAIT à Washington en anglais, espagnol et français, les trois textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui demeurera déposé aux archives de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, laquelle a indiqué par sa signature ci-dessous qu'elle accepte de remplir les fonctions mises à sa charge par la présente Convention.

BIBLIOGRAPHIE

I-TEXTES OFFICIELS, RECUEILS DE
TEXTES OFFICIELS ET PROJETS
DE TEXTES OFFICIELS1-TEXTES OFFICIELS ET PROJETS
DE TEXTES OFFICIELS

- Accord de Libre-Échange Nord-Américain entre le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique*, 1992, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1992 (Version anglaise dans 32 ILM 289 (1993), 32 ILM 605 (1993), *Table of Errata* 32 ILM 780 (1993).
- Asian-African Legal Consultative Committee Agreements on Promoting Arbitration*, 22 ILM 521 (1983).
- Asian-African Legal Consultative Committee: Model Bilateral Agreements on Promotion and Protection of Investments*. 23 ILM 237 (1984).
- Convention portant création de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (ensemble deux annexes et deux appendices) faite à Séoul le 11 octobre 1985, et Résolution adoptée à Washington le 30 octobre 1987*, 117 J.D.I. (1990), 771.
- Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États faite à Washington le 18 mars 1965*, 93 J.D.I. (1966), 50.
- Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA). Operational Regulations (adopted June 22, 1988)*. 27 ILM 1227 (1988).
- Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA). Standard Contract of Guarantee and General Conditions of Guarantee for Equity Investment (January 25, 1989)*, 28 ILM 1233 (1989).
- Quatrième Convention ACP-CEE, signée à Lomé le 15 Décembre 1989*, *Journal Officiel des Communautés Européennes*, N° L229.
- Stratégie internationale du développement pour la quatrième décennie des Nations Unies pour le développement, Résolution 45/199 du 21 Décembre 1990, Rapport A/45/849/ADD. 2*

2-SOURCES DOCUMENTAIRES

- AMERICAN LAW INSTITUTE (THE), *Restatement of the Law Third: the Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1987, 2 volumes.
- CASTEL, J.G., *International Law. Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1965.
- COLARD, Daniel, *Droit des Relations Internationales: Documents Fondamentaux*. Paris, Masson, 1988.
- COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent, et Pierre-Michel Eisemann (préparé par), *Répertoire de la*

Jurisprudence Arbitrale Internationale/Repertory of International Arbitral

Jurisprudence, Préface de S. Bastid. Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 3 tomes (1794-1918, 1919-1945 et 1946-1988 en 2 volumes), 1989-1991.

-DE LA PRADELLE, A., et N. POLITIS, *Recueil des Arbitrages internationaux*, 3 volumes, Paris, Pedone, 1905-1954.

-EISEMANN, Pierre Michel, Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE et Paul HUR, *Petit manuel de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*, 3e édition refondue, Préface de Paul Reuter, Paris, Pedone, 1980.

-FISCHER, Peter and Thomas W. WAEDELDE, *A Collection of International Concessions and Related Investments, Contemporary Series*, 7 vol., London/ Rome/ New York, Oceana Publications, inc., 1981-1988.

-GARCÍA-AMADOR, F.V., Louis B. SOHN et R.R. BAXTER, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications, Inc./ Leiden, A.W. Sijthoff, 1974.

-HACKWORTH, Green Haywood, *Digest of International Law*, (in Eight Volumes, 1940), Volume V, with a New Introduction by Martin Bagish, New York and London, Garland Publishing, Inc., Reprint 1973.

-INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID), *Investment Laws of the World*, 10 volumes. (Looseleaf service).

-INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID), *Investment Treaties*, 4 volumes, 1983. (Looseleaf service).

-KISS, ALEXANDRE-CHARLES, *Répertoire de la Pratique Française en matière de droit international public*, 5 volumes, Paris, Éditions du C.N.R.S.

-LA FONTAINE, H, *Pasicrisie internationale-Histoire documentaire des arbitrages internationaux (1794-1900)*, Berne, Imprimerie Stämpfli & Cie, 1902, 670 p.

-MOORE, John Bassett, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States has been a Party*, Washington, Washington, Government Printing Office, 1898, 6 volumes.

-MORIN, Jacques-Yvan, Francis RIGALDIES et Daniel TURP, *Droit International Public, tome I: Documents d'intérêt général*, deuxième édition, Montréal, les Éditions Thémis, 1987.

-NATIONS UNIES, *Materials on Jurisdictional Immunities of States and their Property/ Documentation concernant les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, U.N. Legislative Series/ Série Législative des Nations Unies, New York, 1982.

-NATIONS UNIES, *Recueil des sentences arbitrales*, Leyde, Sijthoff, 19 volumes depuis 1949.

-PARRY, Clive et Sir Gerald FITZMAURICE (Eds.), *A British Digest of International Law. Compiled principally from the the archives of the Foreign Office*, 8 volumes, London, Steves and sons, 1965.

-PRUIJNER, Alain, *Treaties and International Documents used in International Trade Law/ Traités et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1992.

-SCOTT, James Brown, *Digest of International Law*, in Eight Volumes, Volume IV, Washington, Government Printing Office, 1906.

-SCOTT, James Brown, *Les Travaux de la Cour Permanente d'Arbitrage de la Haye*, New York, Dotation Carnegie, 1921.

- SCOTT, James Brown, *Les conférences de la paix de La Haye de 1899 et 1907*, traduction française par A. de Lapradelle, Paris, Pédone, 1927.
- THIERRY, Hubert, *Droit et relations internationales. Traités. Résolutions. Jurisprudence. Textes choisis*. Paris, Montchrestien 1984.
- WHITEMAN, Marjorie, *Digest of International Law*, Fifteen Volumes (1963-1973), Volume 8, Washington, D.C., Department of State Publication, 1967.

II-PUBLICATIONS OFFICIELLES ET INSTITUTIONNELLES

1-GROUPE DE LA BANQUE MONDIALE

- Convention pour le Règlement des Différents relatifs aux Investissements entre États et ressortissants d'autres États, *Historique de la Convention. Analyse des documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, volume 1 (trilingue anglais, français et espagnol), Washington, C.I.R.D.I., 1970.
- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, *History of the Convention. Documents Concerning the Origine and the Formulation of the Convention*, volume 2 (unilingue anglais en 2 parties), Washington, ICSID, 1968.
- Convention pour le Règlement des Différents relatifs aux Investissements entre États et ressortissants d'autres États, *Historique de la Convention. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, volume 3 (unilingue français), Washington, C.I.R.D.I., 1968.
- Centre International pour de Règlement des Différents relatifs aux Investissements, *Règlement d'introduction des instances et règlement d'arbitrage*. 113 J.D.I. (1986), 253.
- Development Contribution of IFC Operations. Economics Department, International Finance Corporation. IFC Discussion Paper n° 5, 1989.
- Finger, J. Michael et Andrzej Olechowski (sous la direction de), *L'Uruguay Round*, Washington, D.C., Banque Mondiale, 1988.
- Pfeffermannn, G. et A. Madarassy, *Trends in Private Investment in Thirty Developing Countries*. IFC Discussion Paper n° 6, 1989.
- Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment [Adopted September 21, 1992], 31 I.L.M. 1363 (1992)

2-ORGANISATION DE COOPÉRATION ÉCONOMIQUES
ET DE DÉVELOPPEMENT
(OCDE)

- L'Investissement Direct International et le nouvel environnement économique*, 1989.
- Oman, Charles, *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement*, 1984.
- Promouvoir le secteur privé dans les pays en développement*, 1990.

3-ORGANISATION DES NATIONS UNIES

- Bilateral Investment Treaties*, UNCTC, 1988.
- Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, UNCTC & International Chamber of Commerce, 1992.
- (The) Determinants of Foreign Direct Investment. A Survey of the Evidence*, UNCTC, 1992.
- CNUDCI. *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, 1987.
- (La) Commission du droit international et son oeuvre*, quatrième édition, 1989.
- Développement progressif des principes et normes du droit international relatifs au nouvel ordre économique international*, Rapport du Secrétaire général, document A/39/504/Add.1 du 23 Octobre 1984.
- (The) External Financing of Development*, UNCTAD Secretariat Report, (TD/B/C.3/235).
- Législation et réglementations nationales concernant les sociétés transnationales*, 7 volumes, 1978-1990.
- Onudi, *Industrie et Développement dans le monde*, Rapport 1991/92, Vienne, 1991.
- Robinson, Patrick, *The Question of a Reference to International Law in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, UNCTC Current Studies, Series A, n° 1, 1986.
- Stikker, Dirk U., *Le rôle de l'entreprise privée dans les investissements et la promotion des exportations dans les pays en voie de développement*, Rapport à la CNUCED, New York, Nations Unies, 1968.
- Vagts, Detlev, *The Question of a Reference to International Obligations in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: A Different View*, 1986 (UNCTC Current Studies, Series A, n° 2)
- (Les) zones franches de transformation pour l'exportation dans les pays en développement: incidences sur les politiques commerciales et les politiques d'industrialisation*, Étude du Secrétariat de la CNUCED. 1985.

III-INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (PARIS)

- ICC Guidelines for International Investment*, 1972.
- Bilateral Treaties for International Private Investment*, 1976.
- Multinational Enterprises: Their Contribution to Economic Growth and Development*, 1985.
- Promotion of Foreign Direct Investment in Developing Countries*, 1987.
- Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, Compiled and indexed by Y. Derains and S. Jarvin/ A co-production with Kluwer.

IV-DOCTRINE

1-TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ARBOUR, J.-Maurice, *Droit International Public*, 2e éd., Cowansville (Qc.), Les Éditions Yvon Blais, Inc., 1992.
- AUBY, Jean-Marie et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 2 vol., 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1984.
- AUDIT, Bernard, *Droit international privé*, Paris, Économica, 1991, (Collection droit civil).
- BATTIFOL, Henri et Paul LAGARDE, *Droit International Privé*, 6e éd., 2 volumes, Paris, L.G.D.J., 1981 et 1983.
- BERNHARDT, R. (sous la direction de), *Encyclopedia of International Law*, 12 volumes, Amsterdam/ New York/ Oxford/ Tokyo, North Holland, 1981-1990 (publiée sous les auspices du *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*).
- BORCHARD, Edwin M., *The Diplomatic of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915.
- BOS, Maarten, (Ed.), *The Present State of International Law and Others Essays (Written in Honour of the Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973)*, Deventer, The Netherlands, Kluwer, 1973.
- BOURRINET, Jacques (sous la direction de), *Les investissements français dans le tiers-monde*, Paris, Économica, 1984.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Fourth Edition, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- BUTLER, William E. (ed.), *International Law and International System*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- CALVO, Charles, *Le droit international théorique et pratique, précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Paris, Arthur Rousseau, éditeur, cinquième édition, 1896, 6 volumes.
- CARREAU, Dominique, *Droit International*, Paris, Pedone, 1986 (Collection Études Internationales).
- CARREAU, Dominique, Thiébaut FLORY et Patrick JUILLARD, *Droit International Économique*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1990.
- CHENG, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Court and Tribunals*, (With a Foreword by Georg SCHWARZENBERGER), London, Stevens and Sons Limited, 1953.

- DE LAPRADELLE, A., *Les principes généraux du droit international* (Notes de cours en douze leçons), Paris, Centre Européen de la Dotation Carnégie pour la Paix, 1929.
- DELAUME, Georges R., *Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes. (A Study in Conflict Avoidance)*, 5 volumes à feuillets mobiles, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, depuis 1975.
- DELBEZ, Louis, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.D.J., 1962 (Bibliothèque de droit international, tome XIX)
- DELBEZ, Louis, *Les principes généraux du droit international public. Droit de la paix. Droit préventif de la guerre. Droit de la guerre*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1964.
- DELUPIS, Ingrid Detter, *International Law and Independent State*, 2d Ed., Epping, Essex, Gower Press Limited, 1987.
- ELIAS, T.O., *New Horizons in International Law*, Second Revised Edition by Francis M. SSEKANDI, Dordrecht/ Boston / London, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- EMMANUELLI, Claude, *Droit international public. Tome I: Les fondements, les sources, les États*, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 1990 (La collection bleue).
- Encyclopédie Dalloz. Droit International*, 4 volumes avec un supplément, Paris, Dalloz, 1969-1981.
- Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, 10 volumes, Dakar/ Abidjan, Nouvelles Éditions Africaines, 1982.
- FAVRE, Antoine, *Principes du droit des gens*, Paris, Librairie de Droit et Jurisprudence/ Fribourg, Éditions universitaires, 1974.
- FEUER, Georges et Hervé CASSAN, *Droit International du développement*, Paris, Dalloz, 1985 (Précis Dalloz).
- GUGGENHEIM, Paul, *Traité de droit international public*, 2 volumes, Genève, Librairie de l'Université, Georg & Cie S.A., 1953-1954.
- HORN, N. (C. M. SCHMITTHOF et J. B. MARCANTONIO, *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, Antwerp/ Boston/ Frankfurt/ Deventer, Kluwer 1982.
- HORN, N., *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Studies in Transnational Economic Law series. Volume 3. Antwerp, Boston, London, Frankfurt. Kluwer-Deventer, The Netherlands 1985.
- HORN, N., *The Law of International Trade Finance*. Studies in Transnational Economic Law series, Volume 6, Deventer, Boston. Kluwer and Taxation Publishers 1989.
- JACKSON, J.H. et W. DAVEY, *Legal Problems of International Economic Relations. Cases, Materials and Text*, Second Edition, Saint Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1986.
- Juris-Classeur. Droit International*, 10 volumes, Paris, Éditions Techniques, (mise à jour continue).
- LAZAR, L., *Transnational Economic and Monetary Law. Transactions and Contracts*, 10 volumes, (Looseleaf service), Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications (avec mise à jour continue).
- LOUSSOUARN, Yvon et Jean Denis BREDIN, *Droit du Commerce International*, (Préface de Henri Battifol, Paris, Sirey 1969.
- MAYER, Pierre, *Droit International Privé*, 3e édition, Paris, Montchrestien, 1987.

- Modern Legal Cyclopedia*, 10 volumes with Supplement, Buffalo, N.Y., William S. Hein and Co. 1985.
- MCLEOD, James Gary, *The conflicts of Laws*, Calgary, Alberta, Carswell Legal Publications, 1983.
- NGUYEN Quoc Dinh, Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit International Public*, 3e édition, Paris, L.G.D.J., 1987.
- O'CONNEL, D.P., *International Law*, deux volumes, London, Stevens and sons, 1970.
- OPPENHEIM, L. and H. LAUTERPACHT, *International Law. A Treatise*, volume 1: Peace, (Eighth Edition by H. Lauterpacht), London, Longmans, 1955.
- REUTER, Paul, *Droit international public*, Paris, P.U.F., 1976.
- RIGAUX, François, *Droit international privé. Tome 1: Théorie générale*, 2e éd. refondue, Bruxelles, Maison F. Larcier, 1987.
- ROBERT, J., *Le phénomène transnational*, Paris, L.G.D.J. 1988.
- ROUSSEAU, Charles, *Droit international public*, 5 volumes, Paris, Sirey, 1971-1983.
- SCELLE, Georges, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, 2 vol., Paris, Sirey, 1932 et 1934
- SCHWARZENBERGER, Georg, *International Law and Order*, London, Stevens and Sons, 1971.
- SCHWARZENBERGER, G. et E.D. BROWN, *A Manual of International Law*, Sixth Edition, Revised Second Impression, Milton, Professional Books Ltd, 1978.
- SCHWARZENBERGER, G., *International Law as applied by the Courts and Tribunals*, vol. IV, London, Stevens & Sons Limited 1986.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, *International Economic Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, 276p.
- SHAW, M. N., *International Law*, Second Edition, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1986.
- SØRENSEN, MzX, *Manual of Public International Law*, London, Macmillan, 1968.
- STARKE, J. G., *Introduction to International Law*, Ninth Edition, London, Butterworths, 1984.
- THIERRY, Hubert, J. Combacau, S. Sur et C. Vallée, *Droit International Public*, Paris, Montchrestien, 5e édition 1986.
- VIRALLY, Michel, *L'Organisation Mondiale*. Paris, Armand Colin, 1972.
- VIRALLY, Michel, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990 (Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales de Genève).

2-MONOGRAPHIES, THÈSES.

- AMADIO, Mario, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, Préface de Lucien SIORAT, Paris, L.G.D.J., 1967.
- AMERASINGHE, C.F., *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1990.
- BADR, Gamal Moursi, *State Immunity. An Analytical and Prognostic View*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
- BARBIER, Jean-Pierre et Jean-Bernard VÉRON, *Les zones franches industrielles d'exportation (Haïti, Maurice, Sénégal, Tunisie)*, Paris, Karthäia, 1991.
- BARDE, Jacques, *La notion de droits acquis en droit international public*, Paris, Les Publications Universitaires de Paris, 1981.
- BETTATI, Mario, Paul ISOART, Joël Rideau, Jean-Pierre SORTAIS et Jean TOUSCOZ, *La souveraineté au XX^e. siècle*, Paris, Armand Colin, 1971 (Collection U, Relations Internationales).
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, *Arbitration and State Enterprises. A survey on the national and International State of Law and Practice*, Deventer etc., Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984.
- BOULANGER, François, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Paris, Economica, 1975 (Recherches Panthéon-Sorbonne Université de Paris I, Série: Sciences Juridiques, Droit international privé).
- BUIRETTE-MAURAU, Patricia, *La participation du Tiers-Monde à l'élaboration du droit international. Essai de qualification*, Préface, de C.A. COLLIARD, Avant-propos de R.J. DUPUY, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit international, tome 90, Tome XC, 1983.
- CAFLISCH, Lucius Conrad, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, Thèse, Université de Genève, Faculté de droit, La Haye, Martinus Nijhoff, 1969.
- DE BOISSÉON, Matthieu, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Préface de Pierre Bellet, Paris, GLN-Joly éditions, 1990.
- DE BUSTAMANTE, Antonio Sanchez, *The World Court (Translated by Elizabeth F. Read)*, New York, The American Foundation and Macmillan Company 1925/ Buffalo, N.Y., William S. Hein & Co. Inc., Reprint Edition, 1983.
- DELAUME, Georges, *Legal Aspects of International Lending and Economic Development Financing*, New York, Oceana 1967.
- DE JOUVENEL, Bertrand, *De la souveraineté. À la recherche du bien politique*, Paris, Éditions Génin, Librairie de Médecis, 1955.
- DREBLER, Günter, *L'immunité de juridiction et d'exécution des États étrangers devant la juridiction nationale*, Thèse n° 639, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1978.
- DUNN, Frederick S., *The Protection of Nationals. A Study in the Application of International Law*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1932.
- DURAND-RÉVILLE L., *Les Investissements privés au service du Tiers-Monde*, Paris, France-Empire.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., *L'État et le développement économique de la Côte d'Ivoire*, Paris, Pedone, 1975.

- ELIAS, T. Olawale et R. Akindjide, *Africa and the Development of International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff 1988.
- FATOUROS, A. A., *Government Guarantees to Foreign Investors*, Foreword by Wolfgang G. Friedmann, New York and London, Columbia University Press, 1962.
- FOULLOUX, Gérard, *La nationalisation et le droit international public*, Préface de Paul DE LA PRADELLE, Paris, L.G.D.J., 1962. (Bibliothèque de droit international, Tome XXII).
- FRIEDMANN, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens and Sons, 1964.
- HÄBERLI, C., *Les investissements étrangers en Afrique*, Préface de Roy Presweirk, Paris, L.G.D.J., 1979.
- International Contracts*, Columbia University; Parker School of Foreign and Comparative Law, New York 1981.
- JACOMET, T. et E. DIDIER, *Les relations financières avec l'étranger. Réglementation des investissements et des changes*, Paris, Juridictionnaires Joly 1982.
- JASINSKI, P., *Régime juridique de la libre circulation des capitaux*. Préface de J. A. Mazères, Paris, L.G.D.J. 1967.
- KATZAROV, Konst., *Théorie de la nationalisation*, Préface de L. Julliot de la Morandière, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1960.
- KOLVENBACH, Walter, *Protection of Foreign Investments: A Private Law Study of Safeguarding Devices in International Crisis Situation*, Deventer, Kluwer, 1989.
- KRONFOL, Zouhair A., *Protection of Foreign Investment. A Study in International Law*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1972.
- LAVIEC, Jean-Pierre, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique*, Préface de Michel VIRALLY, Paris, Presses Universitaires de France, 1985 (Publications de l'Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Genève).
- LEBOULANGER, Philippe, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Préface de Berthold GOLDMAN, Paris, Economica, 1985.
- LILLICH, Richard B., *The protection of Foreign Investment, Six Procedural Studies*, Syracuse, N.Y., Syracuse University Press, 1955.
- LILLICH, Richard B. et Gordon A. CHRISTENSON, *International Claims: their Preparation and Presentation*, Syracuse, N.Y., Syracuse University Press, 1962.
- LIPSON, Charles, *Standing Guard. Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Berkeley/ Los Angeles/ London, University of California Press, 1985.
- LOROT, P. et T. SCHWOB, *Les zones franches dans le monde*. Notes et Études Documentaires n° 4829, Paris, La Documentation Française 1987.
- LOWENFELD, A. F., *International Private Investment*, New York, N. Y./ San Francisco, Calif., Matthew Bender 1982.
- MARTIN, Antoine, *L'estoppel en droit international public, précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Préface de Michel Virally, Paris, Pédone, Publication de la RGDIP n° 32, 1979.
- METZGER, Stanley, *International Law, Trade and Finance. Realities and Prospects*, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, Inc., 1962
- NINCIC, Djura, *The Problem of Sovereignty in the Charter and in the Practice of the United*

Nations, The Hague, Martinus Nijhoff, 1970.

-NWOGUGU, E.I., *The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries*, Foreword by B.A. Wortley, Manchester, Manchester University Press/ Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications Inc., 1965.

-OFFUTT, Milton, *The Protection of Citizens Abroad by the Armed Forces of the United States*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1928/ New York, Kraus Reprint Co., 1972 (Johns Hopkins University Studies in Historical and Political Science Series XLVI, n° 4).

-PELLET, Alain, *Droit international du développement* 2è. éd., Paris, P.U.F., 1987 (Collection «Que-sais-je?», n° 1731).

-PREISWERK, Roy, *La protection des investissements dans les traités bilatéraux*, Zürich, Éditions Polygraphiques, S.A., 1963.

-REUTER, Paul, R. Kovar, L. Siorat, P. Lalive, B. Goldman et A. Broches, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées: la Convention de la BIRD du 18 mars 1965*, Paris, Pedone, 1969.

-RIGAUX, François, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977.

-ROCHETTE, Jacqueline, *L'individu devant le droit international*, Paris, Éditions, Montchrestien, 1956.

-ROSENBERG, Dominique, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Préface de Jean-Pierre Colin et Avant-propos de Mohammed Bedjaoui, Paris, L.G.D.J., 1983 (Bibliothèque de droit international Tome XCIII).

-SCHWARZENBERGER, Georg, *Foreign Investments and International Law*, London, Stevens, 1969.

-SCHWEBEL, Stephen M., *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, Grotius Publications Limited (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures Series n° IV), 1987.

-SHIHATA, Ibrahim F., *MIGA and Foreign Investment: Origins, Policies and Basic Documents of the Multilateral Investment Guarantee Agency*, Dordrecht, Martinus Nijhoff 1988.

-TOOPE, Stephen, *Mixed International Arbitration. Studies in Arbitration Between and Private Persons*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1990.

-VILLIGER, Mark E., *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

-WORTLEY, Ben A., *Expropriation in Public International Law*, Cambridge, University Press, 1959/ New York, Arno Press 1977 (Cambridge Studies in International and comparative law).

-ZOLLER, Elisabeth, *La bonne foi en droit international public*, Préface de Mme Suzanne Bastid, Paris, Pedone, 1977 (Publication de la RGDI n° 28).

3-COURS DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE

- ACCIOLY, H., «Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence», 96 *R.C.A.D.I.* (1959-I), 349-441.
- ADEDE, A. O., «*Legal Trends in International Lending and Investment in the Developing Countries*», 180 *R.C.A.D.I.* (1983-II), 9-168.
- BINDSCHIEDLER, Rudolf L., «La protection de la propriété privée en droit international public», 90 *R.C.A.D.I.* (1956-II), 173-306.
- BROCHES, Aron, «*The Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*», 136 *R.C.A.D.I.* (1972-III), 331-410.
- DE ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez, «*International Law in the Past Third of a Century*», 159 *R.C.A.D.I.* (1978-I), 1-344.
- CASTAÑEDA, Jorge, «Valeur juridique des résolutions des Nations Unies», 129 *R.C.A.D.I.* (1970-I), 205-332.
- COHN, G., «La théorie de la responsabilité internationale», 68 *R.C.A.D.I.* (1939-II), 207-325.
- DIEZ DE VELASCO, M., «La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires», 141 *R.C.A.D.I.* (1974-I), 87-186.
- EL-KOSHERI, Ahmed Sadek, «Le régime juridique créé par les accords de participation», 147 *R.C.A.D.I.* (1975-IV), 219-394.
- GOLDSCHMIDT, W., «*Transactions Between States and Public Firms and Foreign Private Firm (a Methodological Study)*», 136 *R.C.A.D.I.* (1972-II), 203-330.
- HEYDTE, Baron F.A. von der, «L'individu et les tribunaux internationaux», 107 *R.C.A.D.I.* (1962-III), 287-359.
- HIGGINS, Rosalyn, «*The Taking of Property by the State: Recent Development in International Law*», 176 *R.C.A.D.I.* (1982-III), 259-392.
- HYDE, James N., «*Economic Development Agreements*», 105 *R.C.A.D.I.* (1962-I), 266-374.
- IJALAYE, D.A., «*Indigenization Measures and Multinational Corporations in Africa*», 171 *R.C.A.D.I.* (1981-II), 9-80.
- KAECKENBEECK, Georges S.F.C., «La protection internationale des droits acquis», 59 *R.C.A.D.I.* (1937-I), 317-419.
- LALIVE, Jean-Flavien, «L'immunité de juridiction des États et des Organisations Internationales», 84 *R.C.A.D.I.* (1953-III), 209-396.
- LALIVE, Jean-Flavien, «Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents», 181 *R.C.A.D.I.* (1983-III), 9-284.
- PETRÉN, Sture, «La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu», 109 *R.C.A.D.I.* (1963-II), 487-575.
- PILLET, A., «La théorie générale des droits acquis», 8 *R.C.A.D.I.* (1925-III), 485-528.
- POLITIS, N.S., «Le problèmes des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux», 6 *R.C.A.D.I.* (1925-I), 1-121.
- SCHWARZENBERGER, Georg, «*The Principles and Standards of International Economic Law*», 117 *R.C.A.D.I.* (1966-I), 1-98.
- SÉFÉRIADÈS, S., «Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales», 51 *R.C.A.D.I.* (1935-I), 1-120.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, «*International Economic "Soft Law"*», 163 *R.C.A.D.I.* (1979-

II), 165-246.

-SHAWCROSS, Lord H. W., «Le problème des investissements à l'étranger en droit international», 102 *R.C.A.D.I.* (1961-I), 365-394.

-VAGTS, Detlev F., «*Dispute Resolution Mechanisms in International Business*», 203 *R.C.A.D.I.* (1987-III), 9-94.

-VERDROSS, Alfred von, «Les règles internationales concernant le traitement des étrangers», 37 *R.C.A.D.I.* (1931-I), 323-412.

-VISSCHER, Charles de, «Le déni de justice en droit international», 52 *R.C.A.D.I.* (1935-II), 365-442.

-VISSCHER, Paul de, «La protection diplomatique des personnes morales», 102 *R.C.A.D.I.* (1961-I), 395-513.

-WEIL, Prosper, «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier», 128 *R.C.A.D.I.* (1969-III), 95-240.

4-ARTICLES, CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS, NOTES ET CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

-ADEDE, A.O., «*A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice Under International Law*», XIV *CYL/ Ann. Can. D.I.* (1976), 73.

-ADEDE, A. O., «*Loan Agreements Between Foreign Commercial Banks and Developing Countries: Some Reflections of Legal and Economic Issues*», 5 *Syracuse Journal of International Law* (1977-1978), 277.

-ADEDE, A. O., «*Approaches to Bilateral Loan Agreements Between Developed and Developing States: some Lessons from the Practice of Denmark, United Kingdom and United States*», 5 *Dalhousie Law Journal*, (1979), 121.

-ADEDE, A. O., «*Profile of trends in the contracts for natural resources development between African countries and foreign companies*», 12 *NYUJLP* (1980), 479.

-ADEDE, A. O., «*Loan agreements with foreign sovereign borrowers: issues on sovereign immunity, applicable law and settlement of disputes*», 3 *Lesotho Law Journal*, (1987), 101.

-AGYEMANG, A. A., «*African states and ICSID arbitration*», 21 *Comparative & International Law Journal of Southern Africa* (1988-2), 177.

-AKINSAYA, A., «*Host governments' responses to foreign economic control: the experiences of selected African countries*», 30 *ICLQ* (1981), 769.

-AKINSAYA, A., «*International protection of direct foreign investment in the Third World*», 36 *ICLQ* (1987), 58.

-ALLAIN, S., «Investissements privés et développement», S.F.D.I., *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, (Colloque d'Aix-en Provence), Paris, Pedone, 1974, 253.

-ALLAN, D. E., «*Credit and Security: Economic Orders and Legal Regimes*», 33 *ICLQ* (1984), 22.

-ALSOP, R. B., «*The World Bank's Multilateral Investment Guaranty Agency*», 25 *Columbia Journal of Transnational Law*, (1986), 101.

- AMADO, J. D., «Free industrial zones: law and industrial development in the new international division of labor», 11 *University of Pennsylvania Journal of International Business Law* (1989), 81.
- AMERASINGHE, C. F., «Jurisdiction "ratione personae" under the Convention of the Settlement of Investment Dispute between states and nationals of other states», L BYIL (1974-1975), 227.
- AMERASINGHE, C. F., «Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes», 19 *Indian Journal of International Law* (1979), 166.
- AN, T., «The law applicable to a transnational economic development contract», 21 *Journal of World Trade Law* (1987), 95.
- ARIETA PADILLA, C. G., «Assesment of the Political Risk in a Country: a Practitioner's View», 20 *Revue Générale de Droit* (1989), 407.
- ASANTE, K. B., «Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process», 28 *ICLQ* (1979), 401.
- AUDIT, Bernard, «L'affaire NOC c/ Libyan Sun Oil Company (Sentences arbitrales CCI rendues à Paris les 31 Mai 1985 et 23 Février 1987, 29 *ILM* 565 (1990); jugement de la Cour Fédérale de District de Delaware (États-Unis) du 15 Mars 1990, 29 *ILM* 716 (1990))», *Revue de l'arbitrage* (1991), 263.
- BAKER, J. C. and J. K. Ryans, «The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)», 10 *Journal of World Trade Law* (1976), 65.
- BAKER, J. C. and L. J. Yoder, «ICSID and the Calvo clause: a hindrance to foreign direct investment in LDCs», 5 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (1989), 75.
- BAKER, Mark B. et Mark D. Holmes, «An Analysis of Latin American Foreign Investment Law: Proposals for Striking a Balance Between Foreign Investment and Political Stability», 23 *University of Miami Inter-American Law Review* (1991), 1.
- BARBERIS, Julio, «La coutume est-elle une source de droit international?», dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Viallly*, Paris, Pedone, 1991, 257.
- BARBIER, J.P., «Zones franches industrielles d'exportation: solution ou illusion?», 153 *Afrique Contemporaine* (1990), 73.
- BASILE, A., «Les nouvelles formes d'investissement (N.F.I.): définition, contrainte et perspectives», 3 *Revue d'Économie Politique* (1985), 275.
- BASTID, Suzanne, «Le droit international public et la sentence de l'Aramco», 7 *A.F.D.I.* (1961), 300.
- BATTIFOL, Henri, «La sentence Aramco et le droit international privé», 53 *R.C.D.I.P.* (1964), 647.
- BATTIFOL, Henri, «Note sur la sentence CIRDI rendue le 30 novembre 1979 dans l'affaire AGIP c. République Populaire du Congo», 24 *R.C.D.I.P.* (1982), 92.
- BAXTER, I.F.G., «International business disputes», 39 *ICLQ* (1990), 288.
- BEDERMAN, D.J., «The Glorious Past and Uncertain Future of International Claims Tribunals», dans Mark W. Janis, *International Courts for the Twenty-First Century*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1992, 161.
- BEKHECHI, Mohammed Abdelwahab, «Droit international et investissement international: quelques réflexions sur les développements récents», dans *Le droit international au service de*

la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Vially, Paris, Pedone, 1991, 109.

-BENTHAM, R.W., «*The Law of Development: International Contracts*», 32 *GYL* (1989), 418.

-BERLIN, D., «Les contrats d'État ("state-contracts") et la protection des investissements internationaux», 13 *D.P.C.I.* (1987), 197.

-BERMEJO, R., Dr., «Réflexions sur l'aide au développement», 40 *R.J.P.I.C.* (1986), 37.

-BERNIER, Ivan, «Souveraineté et interdépendance dans le nouvel ordre économique international», in Ronald St. John Macdonald, Douglas M. Johnston et Gerald L. Morris (Editors), *The International Law and Policy of Human Welfare*, Alphen Aan Den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1978, p. 425.

-BEVERIDGE, Fiona C., «*Taking Control of Foreign Investment: A Case Study of Indigenisation in Nigeria*», 40 *ICLQ* (1991), 302.

-BLIESENER, D.H., «La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale», 68 *Revue de Droit International et de Droit Comparé* (1991), 95.

-BÖCKSTIEGEL, K. H., «*The Legal Rules Applicable to International Commercial Arbitration Involving States or State-Controlled Enterprises*», dans *60 Years of ICC Arbitration: A Look at the Future*, Paris, 1984, 117.

-BOUREL, Pierre, «Aspects récents de l'immunité d'exécution des États et services publics étrangers», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé. Années 1982-1983/1983-1984*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1986, 133.

-BOUREL, P., «Arbitrage international et immunités des États étrangers», *Revue de l'arbitrage* 119 (1989).

-BOWETT, D. W., «*State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach*», *LIX BYL*, 1988:49-74.

-BRIGGS, W. Herbert, «La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations (Exposé préliminaire)», 51 *Ann. I.D.I.*, Session de Varsovie, vol. 51-1, 1965, 5, «Rapport et projet de Résolution», *Ibid.*, 126.

-BROCHES, Aron, «*Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes*», dans Jan C. SCHULTSZ et Albert Jan VAN DEN BERG (Eds.), *The Art of Arbitration. Essays on International Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982, 63.

-BYRN, Y., «*Sovereign Immunity: Enforcement of Award Against Foreign State*», 24 *Harvard International Law Journal* (1983), 236.

-*Canadian Council on International Law (CCIL)/ Conseil Canadien sur le Droit International (C.C.D.I.)*, «*State Sovereignty: the Challenge of a Changing World. "New Approaches and Thinking on International Law" / La souveraineté étatique: le droit d'un monde en bouleversement. "Nouvelles approches et théories du droit international public"*», *Proceedings 1992/ Travaux 1992*.

-CASTAÑEDA, Jorge, «La Charte des droits et devoirs économiques des États. Note sur son processus d'élaboration», 20 *A.F.D.I.* (1974), 31.

-CASTEL, J.-G., «Exemption from the Jurisdiction of Canadian Courts», *IX CYL/ Ann. Can. D.I.* (1971), 159.

-Centre Charles de Visscher pour le droit international, *Le contrat économique international. Stabilité et évolution. Travaux des vi^{es} journées d'études Jean Dabin*, Louvain-la-Neuve 22-

23 Novembre 1973, Bruxelles, Bruylant/ Paris, Pedone, 1975..

-CHARPENTIER, Jean, «De la non-discrimination dans les investissements», 9 *A.F.D.I.* (1963), 35.

-CHARPENTIER, Jean, «L'Affaire de la Barcelona Traction devant la CIJ», 16 *A.F.D.I.* (1970), 307.

-CHATTERJEE, S. K., «*The Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency*», 36 *ICLQ* (1987), 76.

-CHEMILLIER-GENDREAU, Monique, «Origine et rôle de la fiction en droit international public», 32 *Archives de philosophie du droit* (1987), 153.

-CHENG, Bin, «La jurimétrie: sens et mesure de la souveraineté juridique et de la compétence nationale», 118 *J.D.I.* (1991), 579.

-CHIGAGA, G. G. et G. L. Elicker, «*Foreign Investment in Africa*», 16 *International Business Lawyer* (1988), 185.

-COHEN-JONATHAN, Gérard, «L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen, décision au fond du 19 Janvier 1977», 23 *A.F.D.I.* (1977), 452.

-CORNFORD, Andrew J., «*Some Notes on Proposed New International Regimes for Foreign Investment and Services*», 1 *UNCTAD Review* 1 (1989), 17.

-DE LA PRADALLE, Paul, «Les effets internationaux des nationalisations: rapport complémentaire», *Ann. I.D.I.*, vol. 52-1, Session de Nice 1967, pp. 656-685, ensemble «Exposé préliminaire», pp. 686-711.

-DELAUME, Georges R., «La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États», 93 *J.D.I.* (1966), 26.

-DELAUME, Georges R., «Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et leur rôle», 4 *R.B.D.I.* (1968), 336.

-DELAUME, Georges R., «*Change of circumstances and force majeure clauses in transnational loans*», 7 *D.P.C.I.* (1981), 333.

-DELAUME, Georges R., «Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)», 109 *J.D.I.* (1982), 775.

-DELAUME, Georges R., «Le CIRDI et l'immunité des États», *Revue de l'arbitrage* (1983), 143-161.

-DELAUME, Georges R., «*ICSID arbitration and the courts*», 77 *AJIL* (1983), 784.

-DELAUME, Georges, «L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux», 111 *J.D.I.* (1984), 521.

-DELAUME, Georges R., «*Economic development and sovereign immunity*», 79 *AJIL* (1985), 319.

-DELAUME, Georges R., «*International Centre for Settlement of Investment Disputes*», CCIL, *Proceedings/CCDI, Travaux* 1984, 101.

-DELAUME, Georges, «*ICSID Arbitration: Practical Considerations*», 1 *Journal of International Arbitration* (1987), 101.

-DELAUME, Georges R., «*Sovereign immunity and public debt*», 23 *The International Lawyer*, 1989: 811-825.

-DE VISSCHER Paul et Joe VERHOEVEN, «L'immunité de juridiction de l'État étranger dans la jurisprudence belge et le projet de convention du Conseil de l'Europe», dans *Centres de droit international de l'Institut de Sociologie de l'Université de Bruxelles et de l'Université de*

- Louvain, *L'immunité de juridiction et d'exécution des États. A propos du projet de Convention du Conseil de l'Europe. Actes du Colloque conjoint des 30 et 31 janvier 1969*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, 35.
- EBENROTH, Carsten Thomas, «"Internationalisation de l'économie", concurrence des institutions, traitement de la dette étrangère et investissements directs», 15 *D.P.C.I.* (1989), 293.
- EVERS, B. et C. KIRKPATRICK, «*New forms of foreign investment in developing countries (Review article)*», 2 *Journal of International Development* (1990-3), 407.
- EWING, A. F., «*International capital and economic development*», 19 *Journal of World Trade Law* (1985), 537.
- FALK, Richard A. et Cyril E. BLACK (Eds.), *The Future of the International Legal Order*, volume II: Wealth and Resources, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1970.
- Fatouros, A. A., «Investissements et arbitrage entre États et personnes privées: la Convention BIRD du 18 mars 1965», 59 *R.C.D.I.P.* (1970), 580.
- FESTERAERTS, J. L., «L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements», *Revue du Droit des Affaires Internationales* (1988), 715.
- FLINT, D., «The legal protection of foreign investment: development and fairness», 2 *Lawasia: Journal of the Law Association for Asia and the Western Pacific* (1984), 155.
- «*Foreign investment laws in developing countries: effective industrial policy?*», 6 *Michigan Yearbook of International Legal Studies* (1984), 155.
- FRADETTE, France, «L'internationalisation du contrat d'investissement entre un État et une personne privée étrangère», 92 *La Revue du Notariat* (1990), 547.
- FRANCESKAKIS, Phocion, «Lueurs sur le droit international des capitaux: l'arrêt Barcelona de la CIJ», 59 *R.C.D.I.P.* (1970), 609.
- GAILLARD, Emmanuel, «L'interdiction de se contredire au détriment d'aurui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes)», *Revue de l'Arbitrage* (1985), 241.
- GAILLARD, E., «Observations sur la sentence CIRDI rendue le 20 novembre 1984 dans l'affaire Amco Asia et Autres c. République d'Indonésie», 114 *J.D.I.* (1987), 145.
- GAILLARD, E., «Observations sur la décision du Comité ad hoc CIRDI rendue le 3 mai 1985 dans l'affaire Klockner c. République du Cameroun», 114 *J.D.I.* (1987), 163.
- GAILLARD, E., «Observations sur la sentence CIRDI rendue le 31 mars 1986 dans l'affaire Liberian Timber Corporation (LETCO) c. Gouvernement de la République du Libéria», 115 *J.D.I.* (1988), 166.
- GAILLARD, E., «Observations sur la sentence CIRDI rendue le 14 avril 1986 dans l'affaire Atlantic Triton c./République de Guinée», 115 *J.D.I.* (1988), 181.
- GAILLARD, E., «Observations sur la sentence CIRDI rendue les 4 et 9 févr. 1988 dans l'affaire Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (Soabi) c. République du Sénégal», 118 *J.D.I.* (1990), 191.
- GAILLARD, E., «Quelques observations sur la rédaction des clauses d'arbitrage CIRDI», *Penant* (1987), 291.
- GEIGER, R., «L'OCDE et les opérateurs économiques», 13 *DPCI* (1987), 153.
- GIARDINA, A., «Exécution des sentences du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements», 71 *R.C.D.I.P.* (1982), 273.

- GILL, D. G. et al., «Legal Principles and Practices Relating to Private Foreign Investment», 77 *ASIL Proceedings*, (1984), 292.
- GOLDMAN, Berthold, «Frontières du droit et «lex mercatoria», 9 *Archives de Philosophie du Droit* (1964), 177.
- GOLDMAN, Berthold, «La *Lex Mercatoria* dans les contrats et arbitrages internationaux: réalités et perspectives», 106 *J.D.I.* (1979), 475, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé 1977-1979*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 221.
- GOPAL, G., «*International Centre for Settlement of Investment Disputes*», 14 *CWRJIL* (1982), 591.
- GROS, André, «Observations sur les méthodes de protection des intérêts privés à l'étranger», dans *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, 125.
- GUBBELS, F. et M. UGONIS, «La promotion des investissements dans les pays en voie de développement: quel rôle pour la Communauté?», 300 *Revue du Marché Commun* (1986), 463.
- GUDGEON, K. S., «United States bilateral investment treaties: Comments on their origin, purposes and general treatment standards», 4 *International Tax & Business Law* (1986), 105.
- HADARI, Y., «*The role of tax incentives in attracting foreign investments in selected developing countries and the desirable policy*», 24 *The International Lawyer* (1990), 121.
- HAILBRONNER, K., «*International economic development Law and protection of private investors*», 23 *Indian Journal of International Law* (1983), 198.
- HEIN, Philippe, «*Structural Transformation in an Island Country: The Mauritius Export Processing Zone*», 1 *UNCTAD Review* 2 (1989), 41.
- HEINE, L. H., «*Impasse and accomodation: the protection of private direct foreign investment in the developing states*», 14 *CWRJIL* (1982), 465.
- HENKIN, Louis, «*The Mythology of Sovereignty*», *CCDI Travaux du Congrès de 1992/ CCIL, Proceedings of the 1992 Conference*, 15-23.
- HERSHEY, Amos S., «*The Calvo and Drago Doctrines*», 1 *AIL* (1907), Part 1, 26.
- IMPÉRIALI, C., «Les bénéfices excessifs, une pratique limitée et controversée», 24 *A.F.D.I.* (1978), 676.
- ISOART, Paul, «Souveraineté étatiques et relations internationales», dans Mario BETTATI et alii, *La souveraineté au XXe siècle*, Paris, Armand Colin, 1971, (Relations et Institutions Internationales, Collection U), 13.
- JACQUET, J. M., «L'État opérateur du commerce international», 116 *J.D.I.* (1989) 621.
- JUILLARD, Patrick, «Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France», 106 *J.D.I.* (1979), 274.
- JUILLARD, Patrick, «Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France avec les pays n'appartenant pas à la zone franc», 28 *A.F.D.I.* (1982), 760.
- JUILLARD, P., «Lomé III et l'investissement international», 296 *Revue du Marché Commun* (1986), 217.
- JUILLARD, Patrick, «Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement: à la recherche d'un droit perdu ?», 13 *D.P.C.I.* (1987), 9.
- Les Institutions Financières Internationales de Développement (IFID), 40 *R.J.P.I.C.* (1986), 16.

- KAHALE III, G. et Matias VEGA, «Immunity and Jurisdiction: Toward a Uniform Body of Law», 18 *Columbia Journal of Transnational Law* (1979), 2.
- KAHN, P. et A. M. FELL, «The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on Settlement of Investment Disputes», 44 *Indiana Law Journal* (1968), 1.
- KAHN, P., «Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française», 91 *J.D.I.* (1964), 338.
- KAHN, P., «Problèmes des investissements étrangers dans les pays en voie de développement. Rapport préliminaire», dans *The ILA Report of the Fifty-Second Conference*, Helsinki, 1966, 838.
- KAHN, P., «Les investissements étrangers dans les Pays en voie de développement», *Penant* (1971), 115, 163, 333.
- KAHN, P., «Force majeure et contrats internationaux de longue durée», 102 *J.D.I.* (1975), 467.
- KAHN, P., «Souveraineté de l'État et Règlement du litige: Régime juridique du contrat d'État», *Revue de L'arbitrage* (1985), 641.
- KAHN, P., «Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international», 109 *J.D.I.* (1989), 305.
- KAHN, Philippe, «Contrats d'État et Nationalisation. Les apports de la Sentence Arbitrale du 24 Mars 1982», 109 *J.D.I.* 1982, 840.
- KAHN, P., «Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?», dans *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris Librairies Techniques, 1982, 97.
- KATZAROV, K., «La propriété privée et le droit international public», 84 *J.D.I.* (1957), 3.
- KEESE, A. P., «Secured lending in Nigeria», 15 *The International Lawyer* (1981), 25.
- KENNEDY, Charles R., «Relations between Transnational Corporations and Governments of Host Countries. A Look to the Future», 1 *Transnational Corporations* 1 (1992), 67.
- KENNEDY, David, «Some Reflections on the Role of Sovereignty in the New International Order», *CCDI Travaux 1992/ CCIL, Proceedings 1992*, 237.
- KOFELE-KALE, Ndiva, «Investment Codes as Instruments of Economic Policy: a Cameroon Case Study», 25 *The International Lawyer* (1991), 821.
- KOKKINI-IATRIDOU, D. et P. J. I. M. DE WAART, «Foreign investments in developing countries: legal personaliry of multinational», 14 *NYL* (1983), 87.
- KOKKINI-IATRIDOU et P. J. I. M. DE WAART, «Economic disputes between states and private parties: some legal thoughts on the institutionalization of their settlement», 33 *Netherlands International Law Review* (1986), 289.
- KOLVENBACH, W., «General factors influencing a European businessman when deciding to invest abroad», 17 *International Business Lawyer* (1989), 313.
- KOPELMANAS, L., «La protection des investissements privés à l'étranger», 1 *D.P.C.I.* (1975), 7.
- KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, «Immunité de juridiction. État ou gouvernement étranger. Exposition universelle de 1967», (1968) VI *CYIL/ Ann. Can. D.I.*, 242-251.
- KURUK, Paul, «Renegotiating Transnational Investment Agreements: Lessons for Developing Countries from the Ghana-Valco Experience», 13 *Michigan Journal of International Law*

(1991), 43.

-LACASSE, Nicole, «La réglementation de l'investissement étranger au Mexique: changements et tendances», *CCDI, Travaux du Congrès de 1991/ CCIL, Proceedings of the 1991 Conference*, 99.

-LACASSE, Nicole et Louis Perret (dir.), *La gestion des risques dans les contrats internationaux*, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 199.. (Collection bleue).

-LALIVE, Jean-Flavien, «Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères. (Arbitrage Texaco/ Calasiatic c. Gouvernement Libyen)», 104 *J.D.I.* (1977), 319.

-LALIVE, Pierre, «First, 'World Bank' Arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*). Some Legal Problems», *LI BYL* (1980), 123.

-LAMÈTHE, Didier, «Les contrats internationaux d'industrialisation (Esquisse d'un manifeste dans les rapports Nord-Sud)», 112 *J.D.I.* (1992), 81.

-LAMPUÉ, P., «Les conventions d'établissement entre la France et les États africains», 34 *R.J.P.I.C.* (1980), 456.

-LARYA, K., «Recent investment legislation in Ghana», 39 *ICLQ* (1990), 197.

-LEBOULANGER, Philippe, «État, politique et arbitrage. L'affaire du Plateau des Pyramides», *Revue de l'arbitrage* (1986), 3.

-LEBEN, C., «Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières premières minérales», 107 *J.D.I.* (1980), 539.

-LEBEN, C., «Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement: réflexion sur la décennie écoulée, 1976-1986», 113 *J.D.I.* (1986), 895.

-«Legal principles and practices relating to private foreign investment», 77 *ASIL Proceedings* (1983), 292.

-LEGOUX, Pierre, «De quelques codes d'investissements», 22 *R.J.P.I.C.* (1968), 939.

-LE ROY, François, «Les transformations du droit des gens depuis 1919», 52 *R.G.D.I.P.* (1948), 329.

-LÉVY, P., «Investissements directs étrangers dans le Tiers Monde: aide au développement?», 40 *Revue Économique et Sociale* (1982), 135.

-LEWIN, A., «Les services de promotion des investissements de l'ONUDI, formule originale de coopération multi-bilatérale et de relations Nord-Sud», 33 *A.F.D.I.* (1987), 498.

-LILLICH, Richard B. (Ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983.

-LOYRETTE, J., «État actuel du problème de la garantie des investissements», *Penant* (1961), 523, (1962), 57.

-LOYRETTE, J., «Les Codes d'investissement», *Penant* (1963), 139.

-MAHIOU, Ahmed, «Nouvel ordre international et ordres internes des pays en développement», dans *L'État moderne. Horizon 2000. Aspects internes et externes. Mélanges offerts à P.F. Gonidec*, Paris, L.G.D.J., 1985, 511.

-MANN, F. A., «The Law Governing State Contracts», *XXI BYL* (1944), 11.

-MANN, F. A., «The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons», *XXXV BYL* (1959), 34.

-MANN, F. A., «State Contracts and State Responsibility», 54 *AJIL* (1960), 572.

- MANN, F. A., «*The Theoretical Approach Towards the Law Governing Contracts Between States and Private Persons*», 11 *R.B.D.I.* (1975), 562.
- MANN, F. A., «*British treaties for the promotion and protection of investments*», *LE BYTL*, (1981), 241.
- MAYER, P., «Le mythe de l'ordre juridique de base (ou *Grundlegung*)», dans *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Librairies Techniques- Litec, 1982, 199-216.
- MAYER, P., «La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État», 113 *J.D.I.* (1986), 5.
- McCORMICK, C., «*The Commercial Activity Exception to Sovereign Immunity and the Act of State Doctrine*», 73 *Law & Policy in International Business* 2 (1979).
- MEGWA, S. A., «*Foreign direct investment climate in Nigeria: the changing law and development policies*», 21 *Columbia Journal of Transnational Law* (1983), 487.
- MEZGHANI, Ali, «Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage», *Revue de l'arbitrage* (1985), 543.
- MORIN, Jacques-Yvan, «Droit et souveraineté à l'aube du XXI^e siècle», (1987) XXV *CYL/Ann. Can. D.I.*, 47-114.
- NGWASIRI, C. N., «*The effect of legislation on foreign investment: the case of Cameroon*», 23 *Journal of World Trade Law* 3 (1989), 109.
- NUSSBAUM, Arthur, «*The Arbitration between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government*», 36 *The Cornell Law Quarterly* (1950), 31.
- OCRAN, T. M., «*Bilateral investment protection treaties: a comparative study*», 8 ~~NYLSHCL~~ (1987), 401.
- ONEAL, J. R., «*Foreign investments in less developed regions*», 103 *Political Science Quarterly* 1 (1988), 131.
- OPPÉTIT, Bruno, «Arbitrage et contrats d'État. L'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran», 111 *J.D.I.* (1984), 37.
- OUAKRAT, P., «La Pratique du CIRDI», 13 *D.P.C.I.* (1987), 273.
- PATERSON, Robert K., «*Canadian Investment Promotion and Protection Treaties*», (1991) XXIX *CYL/Ann. Can. D.I.*, 373-389.
- PAULSSON, Jan, «Le tiers Monde dans l'arbitrage commercial international», *Revue de l'arbitrage* (1983), 3.
- PAULSSON, Jan, «*Third World participation in international investment arbitration*», 2 *FILJ* (1987), 19.
- PAULSSON, Jan, «La "lex mercatoria" dans L'arbitrage CCI», *Revue de l'arbitrage* (1990), 55.
- PHILIP, Christian et Jean-Yves DE CARA, «Nature et évolution de la juridiction internationale» (Rapport général), dans SFDI, *Colloque de Lyon: la juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987, pp. 3-43.
- POGANY, I., «*Bilateral investment treaties: some recent examples*», 2 *FILJ* (1987), 457.
- PREISWERK, Roy, «*New Developments in Bilateral Investment Protection*», 3 *R.B.D.I.* (1967), 173.
- RAMBAUD, P., «Deux arbitrages du CIRDI», 30 *A.F.D.I.* (1984), 391.
- RAMBAUD, P., «L'annulation des sentences Klöckner et Amco», 32 *A.F.D.I.* (1986), 259.

- RAMBAUD, P., «De la compétence du tribunal CIRDI saisi après une décision d'annulation», 34 *AFDI* (1988), 209.
- RAMBAUD, P., «Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI», 28 *A.F.D.I.* (1982), 471.
- RAMBAUD, P., «Note sur l'extension du "système CIRDI"», 29 *A.F.D.I.* (1983), 290.
- RAMBAUD, P., «L'annulation des sentences Klöckner et Amco», 32 *A.F.D.I.* (1986), 259.
- RAND, W. et al., «*ICSID's emerging Jurisprudence: the Scope of ICSID's Jurisdiction*», 19 *NYUJLP* (1986), 33.
- REICH, S., «*Roads to follow: regulating Direct Foreign Investment*», 43 *International Organizations* 4, (1989), 543.
- REYMOND, Claude, «Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage», *Revue de l'arbitrage* (1985), 517.
- RIDEAU, Joël, «Souveraineté et solutions pacifiques des différends internationaux», dans M. BETTATI et alii, *La souveraineté au xx^e siècle*, Paris, Armand Colin, 1971, (Relations et Institutions Internationales, Collection U), pp. 103-139.
- ROSENBERG, D., «Les Codes des Investissements: un exemple de souveraineté dans un ordre économique inégalitaire?», 32 *R.J.P.I.C.* (1978), 913.
- ROUSSEAU, Charles, «Crise de la justice internationale?», in *Mélanges offerts à Marcel Waline: le juge et le droit public*, volume premier, Paris, LGDJ, 1974, p. 259.
- ROUSSEAU, Charles, «Crise de la justice internationale», dans *CCDI/ CCIL, Le règlement pacifique des différends, Travaux du Congrès de 1984 du Conseil Canadien du Droit International*, p. 1.
- ROWAT, Malcolm D., «*Multilateral Approaches to Improving the Investment Climate of Developing Countries: The Cases of ICSID and MIGA*», 33 *Harvard International Law Journal* (1992), 103.
- SALACUSE, J. W., «*BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*», 24 *The International Lawyer* 3 (1990), 655.
- SALEM, Mahmoud, «Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers», 113 *J.D.I.* (1986), 5.
- SAWADOGO, F. M. et P. Meyer, «Le nouveau code des investissements au Burkina: changement ou continuité», 40 *R.J.P.I.C.* (1986), 63.
- SCHMIDT, John T., «*Arbitration Under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implication of the Decision on Jurisdiction in Alcoa Minerals of Jamaica Inc. v. Government of Jamaica*», 17 *Harvard International Law Journal* (1976), 100.
- SCHMOLL, G.A., *Vendre à l'étranger. Le guide de l'exportateur (adapté de l'allemand)*, Paris, Jupiter, 1987.
- SCHWARZENBERGER, Georg, «*The Protection of British Property Abroad*», 5 *Current Legal Problems* (1952), 295.
- SCHWARZENBERGER, Georg, «*The Standard of Civilisation in International Law*», 8 *Current Legal Problems* (1955), 213.
- SCHWARZENBERGER, Georg, «*The Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad. A Critical Commentary*», 14 *Current Legal Problems* (1961), 213.
- SCHWARZENBERGER, Georg, «*Decolonisation and the Protection of Foreign Investments*», 20 *Current Legal Problems* (1967), 213.

- SCHOKKAERT, J., «Protection contractuelle par les États des investissements privés effectués sur leur territoire», 6 *D.P.C.I.* (1980), 29.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, «Les organisations internationales et la protection de la propriété privée», 91 *J.D.I.* (1963), 627.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, «L'immunité de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales», dans Institut des Hautes Études Internationales de Paris, *Droit économique I*, Paris, Pedone, 1981, 109.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, «L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux», 33 *A.F.D.I.* (1987), 7.
- SERDMAN, R. B., «Foreign private investors and the host country», 19 *Journal of World Trade Law* (1985), 637.
- SHIHATA, I.F.I., «The Multilateral Investment Guarantee Agency», 20 *The International Lawyer* (1986), 485.
- SHIHATA, I.F.I., «Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: the Roles of ICSID and MIGA», 1 *FILJ* (1986), 1.
- SHIHATA, I.F.I., «L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI)», 33 *A.F.D.I.* (1987), 498.
- SHIHATA, I.F.I., «Factors influencing the flow of foreign investments and the relevance of a multilateral investment guarantee scheme», 21 *The International Lawyer* (1987), 671.
- SIBERT, Marcel, «Contribution à l'étude des réparations pour les dommages causés aux étrangers en conséquence d'une législation contraire au Droit des gens», 48 *R.G.D.I.P.* (1941-1945), 5.
- SMETS, P. F., «La garantie des investissements privés étrangers dans les pays en voie de développement», 34 *Banque* (1970), 3.
- SMETS, P. F., «La protection et la promotion des investissements privés étrangers dans les pays en voie de développement», 36 *Banque* (1972), 40.
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (S.F.D.I.), *Pays en voie de développement et transformation du droit international. Colloque d'Aix-en-Provence 1973*, Paris, Pedone, 1974.
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (S.F.D.I.), *L'élaboration du droit international public. Colloque de Toulouse 1974*, Paris, Pedone, 1975.
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (S.F.D.I.), *Les Nations Unies et le droit international économique. Colloque de Nice 1984*, Paris, Pedone, 1985.
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (S.F.D.I.), *La juridiction internationale permanente. Colloque de Lyon 1986*, Paris, Pedone, 1987.
- SOLEY, D. A., «ICSID implementation: an effective alternative to international conflict», 19 *The International Lawyer* (1985), 521.
- SORNAJAN, M., «Supremacy of the renegotiation clause in international contracts», 5 *Journal of International Arbitration* (1988), 97.
- SORTAIS, Jean-Pierre, «Investissement étranger et souveraineté internationale économique», dans M. BETTATI et alii *La souveraineté au xxe siècle*, Paris, Armand Colin, 1971, (Relations et Institutions Internationales, Collection U), pp. 167-200.
- STERN, Brigitte, «Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. Les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage* (1980), 3.

- STERN, Brigitte, «La protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse», 117 *J.D.I.* (1990), 896.
- SUY, Erik, «L'immunité des États dans la jurisprudence Belge», dans Centres de droit international de l'Institut de Sociologie de l'Université de Bruxelles et de l'Université de Louvain, *L'immunité de juridiction et d'exécution des États. A propos du projet de Convention du Conseil de l'Europe. Actes du Colloque conjoint des 30 et 31 janvier 1969*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, 279.
- TERUTOMO, Ozawa, «*Foreign Direct Investment and Economic Development*», 1 *Transnational Corporation* 1 (1992), 27.
- TORRELI, Maurice, «L'apport du nouvel ordre économique international», in S.F.D.I., *Les Nations Unies et le droit international économique. Colloque de Nice*, Paris, Pedone, 1985, 3.
- TOUSCOZ, Jean, «Le groupe de la Banque mondiale face aux exigences du développement», 6 *R.B.D.I.* (1970), 10.
- TOUSCOZ, Jean, «Souveraineté et coopération internationale culturelle, scientifique et technique», dans M. Bettati et alii *La souveraineté au XXe siècle*, Paris, Armand Colin, 1971, (Relations et Institutions Internationales, Collection U), pp. 201-233.
- TOUSCOZ, Jean, «L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements», 13 *D.P.C.I.* (1987), 311.
- Touscoz, Jean, «Les investissements européens dans les États ACP: de Lomé III à Lomé IV», 324 *Revue du Marché Commun* (1989), 87.
- TOUSCOZ, J., «Les opérations de garantie de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI)», 114 *J.D.I.* (1987), 901.
- TUPMAN, W. M., «*Case Studies in the Jurisdiction of the International Center of Settlement of Investment Disputes*», 35 *ICLQ* (1986), 813.
- VAGTS, Detlev F., «*Foreign investment risk reconsidered: the view from the 1980s*», 2 *FILJ* (1987), 1.
- VALLÉE, C., «À propos de la Convention européenne sur l'immunité des États», 9 *Revue Trimestrielle de Droit Européen* (1973), 205.
- VELLAS, Pierre, «Droit de propriété, investissements étrangers et nouvel ordre économique international», 106 *J.D.I.* (1979), 21.
- VERDROSS, Alfred, «*Protection of Private Property under Quasi-International Agreements*», *Mélanges François*, 1957, 355.
- VERDROSS, Alfred, «*Quasi-International Agreements and International Economic Transactions*», *Yearbook of World Affairs*, 1964, 217.
- VERHOEVEN, Joe, «Droit international des contrats et droit des gens», 14 *R.U.D.I.* (1978-1979), 209.
- VERHOEVEN, Joe, «Arbitrage entre États et entreprises étrangères: des règles spécifiques?», *Revue de l'arbitrage* (1985), 609.
- VERWEY, Wil D. et Nico J. Schrijver, «*The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective?*», 15 *NYLJ* (1984), 3.
- VINAY, B., «Les problèmes d'application des codes des investissements», *Penant* (1968), 49.
- VINCKE, Christian, «Certains aspects de l'évolution récente de l'immunité de juridiction des

- États. Chronique (*Notes and Comments*)», (1969) VII *CYL/ Ann. Can. D.I.*, 224-254.
- VIRALLY, Michel, «La Charte des droits et devoirs économiques des États. Notes de lecture», 20 *A.F.D.I.* (1974), 57.
- VIRALLY, Michel, «À propos de la *lex ferenda*», *Mélanges offerts à Paul Reuter: le droit international, unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, 519.
- VIRALLY, Michel, «Un tiers droit? Réflexions théoriques», *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec (Librairies Techniques), 1982, p. 373.
- VOOS, Jürgen, «*The Protection and Promotion of European Private Investment in Developing Countries. An approach towards a Concept for European Policy on Foreign Investment*», 18 *Common Market Law Review* (1985), 363.
- VOOS, Jürgen, «*The Protection and Promotion of Foreign Direct Investment in Developing Countries: Interest, Interdependencies, Intricacies*», 31 *ICLQ* (1982), 686.
- VOOS, Jürgen, «*The Multilateral Investment Guarantee Agency: status, mandate, concept, features, implications*», 21 *Journal of World Trade Law* 4 (1987), 5.
- VROUNTAS, C. T., «*Necessity and Effectiveness of Barriers to Foreign Direct Investment*», 13 *Boston College International & Comparative Law Review* (1990), 167.
- WALKER, Jr, Herman, «*Treaties for the Encouragement and Protection of Foreign Investment: Present United States Practices*», 5 *AJCL* (1956), 229.
- WEIL, Prosper, «Droit international public et droit administratif», *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, Paris, L.G.D.J., 1970, 511.
- WEIL, Prosper, «Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français: le droit international des contrats», *Conseil d'État. Études et Documents* 1970, Fasc. n° 23, Paris, 1971, 13.
- WEIL, Prosper, «Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique», in *Mélanges offerts à Charles Rousseau: la Communauté Internationale*, Paris, Pédone, 1974, 301.
- WEIL, Prosper, «Droit international et contrats d'État», *Mélanges offerts Paul Reuter: Unité et diversité*, Paris, Pédone 1981, 549.
- WEIL, Prosper, «Principes généraux du droit et contrats d'État», in *Le droit des relations économiques internationales- Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec (Librairies Techniques), 1982, 387.
- WENGLER, Wilhelm, «Les accords entre États et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international?», 76 *R.G.D.I.P.* (1972), 313.
- WENGLER, Wilhelm, «Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat», 71 *R.C.D.I.P.* (1982), 467.
- WETTER, Gillis, «*Plea of Sovereign Immunity and Acts of Sovereign before International Arbitration Tribunals*», 2 *Journal of International Arbitration* (1985), 789.
- WHITE, Robin C.A., «*Expropriation of the Libyan Oil Concessions. Two Conflicting International Arbitration*», 30 *ICLQ* (1980), 134.

-WORTLEY, Ben Atkinson, «Les conditions juridiques des investissements de capitaux dans les pays en voie de développement et des accords y relatifs. Rapport et projet de Résolution», *Ann. I.D.I.*, vol. 52-1, Session de Nice 1967, 402.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(*Nota Bene*: les chiffres renvoient aux pages de la thèse.)

A

- Accord de développement économique, 111, 119 et s..
- Act of State Doctrine*, (voir effet des actes des gouvernements étrangers).
- Aléa législatif, 99, 109.
- Aléa économique, 99.
- Aléa de souveraineté, 99.
- Aléa de puissance publique, 99, 109.
- Accord de Libre-Échange Nord-Américain (ALÉNA), 67, 69, 71 et s..
- Arbitrage
 - définition, 60, 61.
 - institutionnel, 61.
 - commercial ordinaire, 61.
 - ad hoc*, 61.
 - C.I.R.D.I., 13 et s., 23 et s., 172 et s., 270 et s..
- Arbitraire, 258 et s..

B

- Bonne foi, 258 et s..

C

Calvo

- Clause, 237.
- Doctrine, 2 n° 4.
- Charte des droits et devoirs économiques des États, 156, 167 et s..
- Clause d'intangibilité, 109.
- Clause de stabilisation, 109, 123 et s..
- Contrat administratif, 108, 134 et s..
- Contrat de droit international, 113 et s..
- Contrat internationalisé, 113 et s..
- Contrats d'État, 36, 94 et s., 119 et s.
 - renégociation, 36 et s., 98 et s.
- Convention A.M.G.I., 13 et s., 19 et s., 66.
- Convention bilatérale, (voir traité bilatéral)
- Convention C.I.R.D.I., 13 et s., 16 et s., 172 et s., 187 et s., 270 et s..
 - «Mécanisme supplémentaire», 16 n° 34, 73.
- Convention de Lomé, 67, 69, 70 et s..
- Creeping Expropriation*, (voir expropriation rampante).

D

Décision préalable (règle de la), 284 et s..

Droit international conventionnel, 66 et s. (voir aussi traité bilatéral de protection des investissements)

Droit international général

Contenu, 194 et s..

Controverse, 1 et s., 1 n°s 2 et 3, 155 et s..

Droit transnational, 114.

Droit international des contrats, 107, 132 et s.

Droits acquis, 189 et s..

E

Effet des actes des gouvernements étrangers, 227 et s., (voir aussi «*Act of State Doctrine*»).

Endettement public, 44 et s..

Estoppel, 258 et s..

Expropriation rampante, 99, (voir aussi «*Creeping Expropriation*»).

F

Faiblesses de la justice (présumées, dans les pays en développement), 250 et s..

Fait du prince, 135.

G

Grundlegung (voir norme juridique de base).

I

Immunité de juridiction des États, 213 et s..

Imprévision, 135.

Internationalisation,

définition, 59,

enjeux, 96 et s.

théorie 94 et s..

variantes de la théorie, 96, 103 et s..

méthodes, 119 et s..

critique de la théorie, 195 et s..

Investissement

avantages, 34 et s., 42 et s..

définition, 7 et s..

doctrine, 8 et s..

conventions, 14 et s..

jurisprudence internationale, 23 et s..

direct étranger, 6, 32, 58.

L

Lex mercatoria, 116.

N

Nationalité des personnes morales, 182 et s..

Norme juridique de base (voir aussi «*Grundlegung*»), 110 et s..

Nouvel ordre économique international (NOÉI), 156 et s., 164 s..

P

Principes généraux du droit, 116, 202 et s..

Proper Law, 110.

Protection diplomatique, 240 et s..

S

Sociétés transnationales, 3, 6, 32.

Souveraineté permanente, 156 et s., 172.

Standard international minimum ou général, 194 et s..

T

Traité de bilatéral de protection des investissements, 64, 66 et s., 74.

Traitement juste et équitable, 79.

Transnationales (voir sociétés transnationales).

U

Umbrella Agreement (voir traité bilatéral de protection des investissements).

Usages du commerce, 116.