



**Promotion Romain Gary**  
**«2003-2005»**

**Cycle International Long**  
**Master en Administration Publique**

**LA PROTECTION INTERNATIONALE  
DES INVESTISSEMENTS ETRANGERS:  
Quel impact sur les politiques publiques  
des Etats d'accueil ?**

Mémoire présenté par  
**M. Pascal SCHONARD**

Sous la direction de :  
M. Jean-Marc THOUVENIN  
Professeur à l'Université Paris X-Nanterre

\* \* \*

## Remerciements

Je tiens à remercier en tout premier lieu et très chaleureusement M. Jean-Marc THOUVENIN, professeur à l'Université Paris X-Nanterre, qui a dirigé mes travaux en vue du présent mémoire. Toujours disponible dès la phase de recherche, mais également tout au long de la rédaction, et ce malgré ses responsabilités importantes et nombreuses, M. le Pr. THOUVENIN a su me donner des conseils précis et d'une utilité inestimable, sans pour autant m'imposer un quelconque modèle de pensée. Ce travail n'aurait pas vu le jour sans son aide précieuse.

Je souhaite également exprimer ma reconnaissance particulière envers Monsieur le Professeur Patrick JUILLARD, qui a suscité mon intérêt pour les enjeux de l'investissement international lors de mon passage à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne en 2000-2001.

Enfin, j'adresse mes remerciements les plus sincères à toutes les personnes qui ont accepté de me rencontrer au titre de mes recherches. Malgré leur emploi du temps chargé, elles m'ont toujours accueilli avec patience et intérêt pour mon sujet.

\* \* \*

TABLE DES MATIÈRES	PAGE
<b>1. L'évolution du droit international des investissements: Vers une protection effective des attentes légitimes de l'investisseur étranger....</b>	<b>2</b>
<b>1.1. Un droit en mouvement: tendance protectrice accrue, limites incertaines.....</b>	<b>3</b>
1.1.1. Une protection à l'origine rudimentaire.....	3
1.1.2. Une protection développée par les tribunaux d'arbitrage Internationaux.....	8
1.1.3. La teneur nouvelle du droit international des investissements: normativité densifiée – protection renforcée.....	11
1.1.3.1. Du traitement juste et équitable à une protection contre l'opacité administrative.....	12
1.1.3.2. De l'interdiction de l'arbitraire vers une protection contre l'évolution du droit.....	12
1.1.3.3. Du droit des contrats internationaux à la protection internationale des contrats ?.....	16
<b>1.2. Un droit efficace: Les normes internationales de protection des investissements se traduisent dans les faits.....</b>	<b>17</b>
1.2.1. Une concordance des intérêts en droit international des Investissements ?.....	18
1.2.2. L'effectivité normative intrinsèque du droit international des investissements.....	21
1.2.3. Les réalités du recouvrement contre un Etat: montant alloué et montant payé.....	23
<b>2. Les politiques publiques des Etats hôtes à l'épreuve du droit international des investissements: Dilemme entre impératifs contradictoires ?.....</b>	<b>25</b>
<b>2.1.Des politiques sectorielles mises en cause par la protection internationale des investissements.....</b>	<b>25</b>
2.1.1. La politique fiscale.....	25
2.1.2. La politique monétaire.....	28
2.1.3. La politique de concurrence et du contrôle des marchés.....	30
2.1.4. La politique des faillites et procédures collectives.....	33
2.1.5. La politique d'incitation aux investissements internationaux....	34
2.1.6. Les opérations de privatisation du secteur public.....	35
2.1.7. La politique de l'environnement.....	38
2.1.8. La politique sociale.....	39
2.1.9. La politique judiciaire.....	42
2.1.10. La politique fédérale ou de décentralisation.....	46
<b>2.2.Exigences contradictoires: Les politiques mises en cause peuvent être conseillées, voire incontournables par ailleurs.....</b>	<b>47</b>
2.2.1. Contraintes économiques.....	47
2.2.2. Nécessités au regard du droit international.....	48
2.2.3. Mesures bénéficiant des encouragements de la communauté internationale.....	52
<b>2.3. De l'impact au dilemme: Le conflit est-il irréductible ?.....</b>	<b>53</b>

2.3.1.	Prise en compte des contradictions par le droit international des investissements lui-même ? Les moyens juridiques de mise en cohérence.....	53
2.3.1.1.	Absence d'interdiction des politiques publiques en tant que telles.....	53
2.3.1.2.	Constat de non-violation en cas de proportionnalité de l'atteinte.....	54
2.3.1.3.	Justification d'une atteinte aux investissements par l'obligation contradictoire.....	55
2.3.1.4.	Prise en compte de la légitimité de l'atteinte lors de la définition de la sanction.....	55
2.3.2.	Les aménagements possibles des politiques publiques problématiques.....	56
2.3.3.	Le substrat irréductible du dilemme.....	57
<b>3.</b>	<b>La gestion du dilemme: D'une logique de souveraineté à un esprit de partenariat entre Etat d'accueil et investisseur étranger.....</b>	<b>58</b>
<b>3.1.</b>	<b>La tentation souverainiste: revoir à la baisse le niveau de protection des conventions d'investissement.....</b>	<b>58</b>
3.1.1.	Récusation de l'arbitrage: une réaction radicale et inadaptée.....	58
3.1.2.	L'erreur stratégique de vouloir restreindre la portée des stipulations de fond.....	60
3.1.3.	La fausse bonne idée d'une clause générale de sauvegarde.....	60
<b>3.2.</b>	<b>Le besoin d'une gestion partenariale de l'investissement étranger.</b>	<b>62</b>
3.2.1.	Favoriser la bonne gouvernance des investissements par la transparence.....	63
3.2.2.	Eviter les décisions successives incohérentes par la création de guichets uniques.....	64
3.2.3.	Eluder le contentieux par une concertation en amont avec les investisseurs.....	65
3.2.4.	Reconnaître les Etats hôtes comme participants au marché des investissements.....	67
	<b>Conclusion générale.....</b>	<b>69</b>
	<b>Annexes.....</b>	<b>i</b>
	Annexe n°1: Statistiques de l'investissement international.....	i
	Annexe n°2: Comparaison des modèles de convention bilatérale de protection et de promotion des investissements de la France et des Etats-Unis .....	ii
	Annexe n°3: Clause de sauvegarde générale du GATT 1947.....	ix
	Annexe n°4: Entretiens effectués.....	x
	<b>Bibliographie.....</b>	<b>xi</b>
	<b>Liste des sigles et abréviations.....</b>	<b>xix</b>

L'implantation d'opérateurs économiques hors de leur Etat d'origine se présente comme un facteur essentiel des mouvements de capitaux internationaux. Ainsi, les investissements directs<sup>1</sup> en provenance de l'étranger atteignaient un volume de 1300 milliards de dollars des Etats-Unis (US\$) en 2000, ce qui correspond à une augmentation impressionnante depuis 1970, date à laquelle cette activité ne représentait encore que 12 milliards US\$.<sup>2</sup>

Si une analyse de longue durée rend compte d'une forte croissance des investissements internationaux, la période récente est cependant marquée par un infléchissement: en 2003 le volume des investissements directs étrangers avait chuté de plus de moitié par rapport à 2000 pour n'atteindre plus que 559 milliards US\$.<sup>3</sup> Ce recul est sans doute en partie conjoncturel,<sup>4</sup> voire même un signe de maturité de l'économie mondialisée.<sup>5</sup> Néanmoins, la diminution pour le moins abrupte traduit une certaine fragilité de l'investissement international.

Face à cette instabilité économique, les investisseurs recherchent des conditions d'opération particulièrement sûres par ailleurs. Une solide protection juridique des investissements étrangers, de préférence sous la forme de règles internationalement uniformes, s'impose donc d'autant plus.

Ainsi, il paraît utile qu'un tel système de protection ait vu le jour grâce au droit international des investissements. Les Etats d'accueil sont en effet liés par des normes internationales visant à protéger les investisseurs étrangers des aléas politiques. La bonne application de ces normes peut généralement être vérifiée, à l'initiative des investisseurs, par des tribunaux d'arbitrage internationaux. L'Etat voit ainsi son action soumise à un contrôle externe. Qui plus est, le droit international des investissements évolue dans un sens favorable aux investisseurs car il fait désormais entrer dans son champ d'application toute la panoplie de l'action publique.

Si ce fait est certes rassurant pour les investisseurs, et qu'il contribuera même éventuellement à stabiliser les flux d'investissements, une protection aussi forte peut toutefois avoir un impact équivoque sur la définition et la gestion des politiques publiques par les Etats hôtes.<sup>6</sup> En effet, toutes les activités normatives, administratives et judiciaires touchant aux

---

<sup>1</sup> Selon la terminologie de la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), les investissements directs étrangers (IDE) sont d'une certaine durée et visent à établir le contrôle d'une entité.

<sup>2</sup> CNUCED, *Rapport mondial de l'investissement 2004*, Genève 2004, p. 367. Cf. aussi *infra*, annexe n°1.

<sup>3</sup> CNUCED, *ibid.*

<sup>4</sup> L'OMC fait état d'une diminution simultanée des exportations mondiales, leur valeur étant passée de 125% (2000) à 120% (2001) (100%: 1995), cf. OMC, *International Trade Statistics 2003*, Genève 2003, p. 167. La CNUCED annonce d'ailleurs une reprise de l'IDE pour 2004, *op. cit. supra* n°2, p. 3 et ss.

<sup>5</sup> Le commerce intra-groupe et l'investissement de portefeuille remplacent en partie l'IDE, voir le rapport du Ministère de l'économie et des finances (éd.), *L'investissement international à l'horizon 2002*, Paris 1998, p. 25, qui estime la seule prise en compte de l'IDE serait une «vision biaisée». Voir aussi *infra*, annexe n°1, tableau 1.2.

<sup>6</sup> Concernant les craintes de «course au bas de l'échelle» normative, voir C. OMAN, *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ? – Une étude de la concurrence entre gouvernements*, Centre de

intérêts des investisseurs étrangers, et notamment celles impliquant leurs recettes et patrimoine, semblent désormais intéresser le droit international des investissements.

Or, dans une optique de bonne gouvernance, il est pertinent pour tout Etat accueillant des investissements étrangers de connaître les risques juridiques internationaux liés aux politiques publiques qu'il applique sur son territoire. Les autorités politiques et administratives des Etats d'accueil en tireront des enseignements non seulement sur leur marge de manœuvre -le cas échéant réduite-, mais également sur le besoin éventuel de réorganiser leurs relations avec les investisseurs.

Pour rendre compte de cette problématique, le présent mémoire adopte une méthodologie combinée. Il s'appuie sur une analyse juridique pour cerner l'état du droit international des investissements, analyse qui sera toutefois corroborée par des éléments empiriques issus du contexte socio-économique. Le travail utilise par ailleurs une approche de sciences politique et administrative afin de mettre en exergue de manière opérationnelle les problématiques de gestion publique liées aux évolutions de la protection internationale des investissements étrangers.

Cet instrumentaire méthodologique permettra tout d'abord d'établir un constat quant au sens et à la portée des normes relevant de la protection internationale des investissements. Le mémoire veillera ensuite à en mettre en évidence l'impact sur les politiques publiques des Etats d'accueil et s'intéressera, à ce titre, aux politiques sectorielles les plus fortement concernées. Enfin, il sera fait état des pistes envisageables en vue d'une nouvelle gestion des relations entre Etats d'accueil et investisseurs étrangers.

## **1. L'évolution du droit international des investissements: Vers une protection effective des attentes légitimes de l'investisseur étranger**

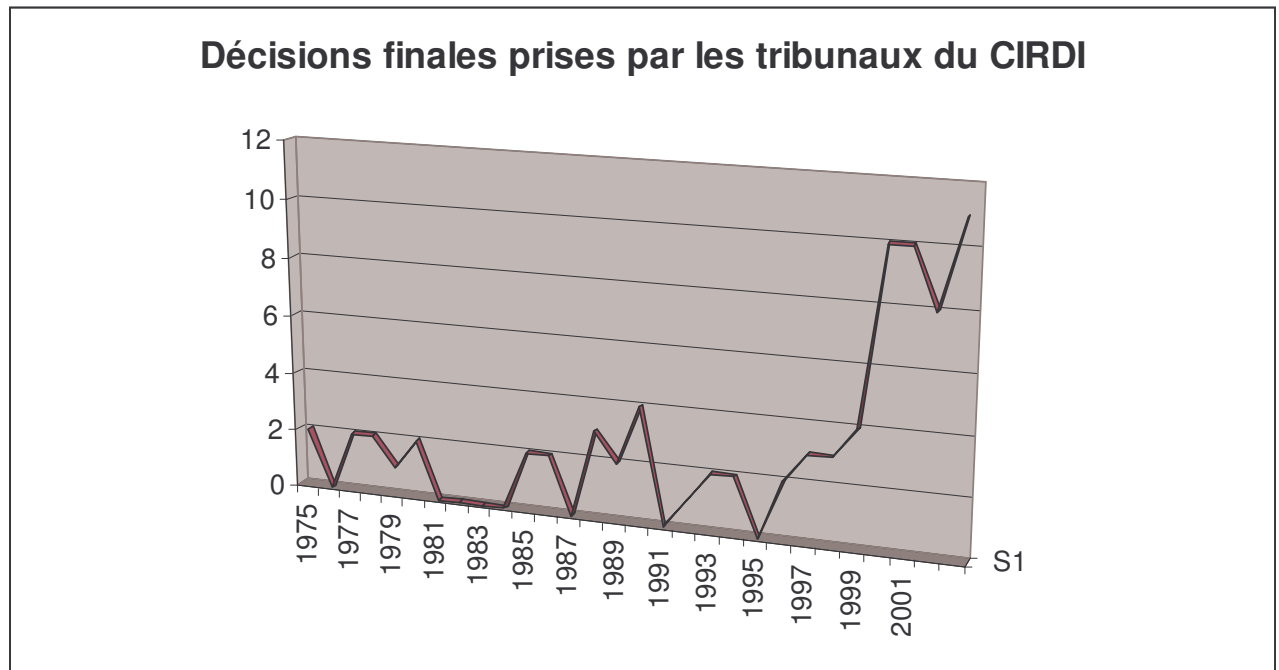
Alors qu'au cours des années 1960 et 1970, le contentieux international des investissements restait -faut de instruments juridiques- relativement peu fréquent, l'apparition massive des conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements depuis lors s'est traduite par une croissance quasi-mécanique des arbitrages y afférents. Ainsi, le Centre international de règlement des différends relatifs aux Investissements (CIRDI)<sup>7</sup> a connu seulement 25 affaires de 1972 à 1990, tandis que 60 ont été réglées par le Centre sur les quatorze

---

développement de l'OCDE, Paris 2000, p. 103 et ss.

<sup>7</sup> Cet organe affilié à la Banque Mondiale et chargé d'organiser les arbitrages entre Etats et investisseurs étrangers fut créé par la Convention de Washington de 1965. Il fonde sa compétence soit 1./ sur un accord exprès des parties d'y recourir ou 2./ sur une clause de règlement des différends contenue dans la Convention bilatérale des investissements en vigueur entre l'Etat hôte et celui dont l'investisseur est un ressortissant. Les tribunaux d'arbitrage du CIRDI disposent de règles de procédures particulières, cf. <http://www.worldbank.org/icsid>.

ans écoulés depuis lors (voir schéma n°1 ci-dessous). A la date de décembre 2004, 78 affaires étaient pendantes.<sup>8</sup>



**Schéma n°1: Evolution du nombre de décisions finales prises par les tribunaux d'arbitrage constitués dans le cadre du CIRDI dans les différends entre Etats et investisseurs étrangers (y compris sentences, enregistrement de règlements amiables, désistements ou défaut de paiement de dépôt donnant lieu à une dissolution du tribunal)**  
Source: CIRDI, <http://www.worldbank.org/icsid>, 2004

Cette croissance massive fournit d'ores et déjà un indicateur de l'importance accrue du droit international des investissements. Car il est évident que les investisseurs étrangers n'auraient pas eu recours aussi fréquent en croissance exponentielle aux tribunaux d'arbitrage s'il n'avaient pas le sentiment que justice leur pourrait y être faite.<sup>9</sup> On pressent donc à la fois un droit qui a évolué dans le sens des intérêts des investisseurs étrangers et dont les normes -ou du moins leur sanction par les tribunaux d'arbitrage- ont su s'imposer face aux Etats hôtes.

## 1.1. Un droit en mouvement: tendance protectrice accrue, limites incertaines

### 1.1.1. Une protection à l'origine rudimentaire

Le *corpus* de principes et de règles du droit international des investissements était, à l'origine, d'envergure et de portée relativement faibles. En effet, à partir des années 1920, les

<sup>8</sup> Chiffres publiés par le CIRDI et actualisés jusqu'au 28.8.2004, <http://www.worldbank.org/icsid>.

<sup>9</sup> Ce sont effectivement presque exclusivement les parties privées qui font appel aux tribunaux internationaux, les Etats hôtes préférant en général s'en remettre soit au privilège du préalable dont jouissent leurs administrations internes, soit à leur propre justice nationale.

tribunaux appelés à statuer sur les premières affaires n'avaient pu, à défaut de textes, que se tourner vers les principes généraux du droit international, et notamment ceux relevant du droit des étrangers, nécessairement inadaptés et peu concrets. En vertu de ces principes, tout Souverain devait accorder aux sujets de ses homologues un traitement et une protection adéquats. Concernant les investissements étrangers, les tribunaux n'ont pu en tirer que l'obligation de l'Etat hôte de renoncer à toute mesure ostensiblement discriminatoire et choquante.<sup>10</sup>

Après la deuxième guerre mondiale, loin d'atteindre le degré d'ouverture des marchés qui avait existé avant les crises économiques des années 1930, les Etats n'ont permis au droit international des investissements de se développer que lentement et de manière parcellaire. On constate en effet qu'il n'y a eu, dans un premier temps, ni adoption d'un instrument multilatéral des investissements comme cela était pourtant le cas dès 1947 pour le commerce (GATT)<sup>11</sup>, ni même d'élaboration bilatérale de règles spécifiques à l'investissement. Ainsi, ce sont d'anciens accords du XIX<sup>ème</sup> siècle dits «FCN» (*Friendship – Commerce – Navigation*), encore en vigueur entre de nombreux Etats,<sup>12</sup> ou conclus sur le même modèle dans les années 1950-60,<sup>13</sup> qui ont dû, durant de longues années, servir de substitut à des règles plus adaptées. Typiquement, de tels accords, outre l'obligation réciproque de «paix et amitié perpétuelles», comprenaient simplement, au titre des activités privées, une clause de la nation la plus favorisée ainsi qu'une obligation de traiter l'étranger et sa propriété conformément au droit interne.<sup>14</sup>

C'est l'Assemblée Générale des Nations Unies qui a finalement pris l'initiative d'énoncer un certain nombre de principes plus concrets de protection des investissements étrangers. Notamment, elle a voté à une très grande majorité que le droit d'expropriation dont disposaient les Etats devait s'exercer dans le respect de certaines conditions de droit international, et

---

<sup>10</sup> Voir la célèbre sentence de la Commission Américano-Mexicaine (*General Claims Commission*) rendue le 15 octobre 1926 dans l'affaire *L.F.H. Neer et Pauline Neer (Etats-Unis) c/ Mexique*, sentence de la Commission Américano-Mexicaine (*General Claims Commission*) du 15 octobre 1926, *Reports of International Arbitral Awards* vol. IV, p. 60 et s., en particulier §4.

<sup>11</sup> Le GATT n'était en réalité qu'un des volets de l'Organisation Internationale du Commerce qui devait être créée sur le fondement de la Charte de La Havane, mais celle-ci n'est jamais entrée en vigueur. La Charte aurait également contenu des normes relatives à l'investissement international. Seul le GATT a subsisté, par application «provisoire» à partir de 1947 et jusqu'en 1995 lorsqu'il a été intégré par les accords de Marrakech dans le système de l'OMC.

<sup>12</sup> Voir, à titre d'exemple, le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre la France et le Brésil du 8 janvier 1826, encore en vigueur aujourd'hui, <http://www.diplomatie.gouv.fr/pacte/>. Comme bien d'autres, cette convention FCN couvre un champ d'application très vaste et comprend notamment des stipulations relatives aux agents diplomatiques et consulaires des deux Parties, y compris des règles applicables en cas de «mésintelligence ou de rupture entre les deux Couronnes (puisse Dieu ne le permettre jamais !))» (article 7).

<sup>13</sup> Traité FCN Etats-Unis d'Amérique – Nicaragua du 21 janvier 1956 (cité in: CIJ, *Activités militaires et paramilitaires, Nicaragua c/ Etats-Unis*, arrêt sur le fond du 27 juin 1986, *Rec.* 1986, p. 14, p. 115 et s.); Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires Etats-Unis d'Amérique – Iran du 15 août 1955 (cité in: CIJ, *Plate-formes pétrolières, Iran c/ Etats-Unis*, arrêt sur le fond du 6 novembre 2003, <http://www.icj-cij.org>, §31 et ss.).



notamment qu'une expropriation donnait lieu à une indemnité appropriée.<sup>15</sup> Même si l'Assemblée Générale ne dispose pas, en vertu de la Charte des Nations Unies, d'un pouvoir d'édiction de règles écrites de droit international<sup>16</sup>, on a pu voir, dans ce consensus spontané des Etats autour de ce texte, l'expression d'une *opinio juris*, l'un des éléments constitutifs de la coutume internationale<sup>17</sup> liant les Etats même à défaut de convention.<sup>18</sup> Or, en combinaison avec la pratique concordante dont les Etats auraient fait preuve, la résolution en question était considérée par d'éminents observateurs comme reflétant l'état du droit.<sup>19</sup>

Suite à l'arrivée des Etats nouvellement indépendants au sein des Nations Unies, les années 1970 ont cependant vu s'effondrer le consensus quant à la protection coutumière internationale des investissements étrangers.<sup>20</sup> Ces Etats, forts de leur majorité dans l'Assemblée Générale des Nations Unies, ont en effet voté plusieurs résolutions aux termes desquelles aucune règle de droit international ne pouvait venir limiter leur droit d'exproprier.<sup>21</sup> Cela aurait signifié en pratique que l'indemnisation pour expropriation pouvait être fixée selon les critères choisis par l'Etat d'accueil, voire totalement éliminée. Sur le plan purement juridique, la règle coutumière préexistante qui obligeait même les Etats nouvellement indépendants<sup>22</sup> à indemniser

---

<sup>14</sup> Cf. l'article III du traité FCN Etats-Unis d'Amérique – Libéria du 21 octobre 1862.

<sup>15</sup> Article I §4 de la résolution A/RES/1803 (XVII) du 14 décembre 1962 relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Certains auteurs soutiennent que le terme «approprié» correspond à un standard d'indemnisation moins exigeant que la formule de HULL dont les Etats-Unis étaient le tenant depuis les années 1930 et qui demandait une indemnisation «prompte, adéquate et effective», cf. par exemple GUZMÁN, Andrew T., «Explaining The Popularity of Bilateral Investment Treaties: Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them», Jean Monnet Center Working Papers, New York University School of Law, 26 August 1997, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-12.html>. Le gouvernement des Etats-Unis -pourtant l'auteur de la formule de HULL- a au contraire affirmé l'identité des deux standards, cf. la déclaration officielle citée in: L. HENKIN, R. C. PUGH, O. SCHACHTER et H. SMIT, *International Law: Cases and Materials*, 2ème édition 1987, p. 1063.

<sup>16</sup> L'article 10 de la Charte ne lui attribue qu'un pouvoir de recommandation.

<sup>17</sup> Voir l'article 38 §1 b) du Statut de la CIJ du 26 juin 1945 qui énonce les éléments constitutifs de la coutume.

<sup>18</sup> *Texaco Calasiatic c/ Lybie*, sentence du 19 janvier 1977, *Journal du Droit International* 1977, p. 350, §87; D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit International Economique*, Dalloz, Paris 2003, 706 p., n°1163; A. VERDROSS et B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3ème édition, Duncker & Humblot, Berlin 1984, 956 p., §583.

<sup>19</sup> *Texaco Calasiatic c/ Lybie*, *ibid.*, §90; A. VERDROSS et B. SIMMA, *ibid.*, §636; voir aussi N. J. SCHRIJVER, *Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties in an interdependent world*, thèse, Groningen 1995, 482 p., <http://www.ub.rug.nl/eldoc/dis/jur/n.j.schrijver/>, p. 170. La pratique comprend en l'occurrence aussi bien les diverses réaffirmations du contenu de la résolution 1803 par les Etats (par les déclarations, résolutions et conventions bilatérales notamment) que l'application concrète de ses règles sur leur territoire (adoption de législations nationales suffisamment protectrices pour correspondre au standard international).

<sup>20</sup> S. ASANTE, «Droit international et investissement», in: M. BEDJAOUL, *Droit international. Bilan et perspectives*, tome 2, Pedone, Paris 1991, p. 711 et ss., p. 719; D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit International Economique*, *op. cit. supra* n°18, n°1283. La règle demeure sans doute en vigueur en tant que coutume régionale entre les Etats s'étant opposés à la résolution n°3281, donc essentiellement dans les relations nord-nord.

<sup>21</sup> Cf. résolutions A/RES/3201 et 3202(S-VI) du 1er mai 1974; ainsi que la résolution 3281(XXIX) du 12 décembre 1974 portant Charte des droits et devoirs économiques des Etats, et notamment l'article 2 §2 de celle-ci.

<sup>22</sup> La coutume étant un paramètre structurant le système international, elle est opposable aux Etats *même si elle est antérieure à leur naissance* et donc sans qu'ils aient pu contribuer à sa genèse, cf. NGUYEN Q.D., P. DAILLER, A. PELLET, *Droit international public*, 7ème édition, L.G.D.J., Paris 2002, 1510 p., n°213; P.

l'investisseur de manière adéquate et selon le droit international ne pouvait toutefois pas être écartée de cette manière. En effet, en raison de la nature conservatrice du droit international, la seule disparition de l'*opinio juris* dans le chef de certains Etats, comme les résolutions pouvaient le suggérer, n'entraîne pas l'écroulement immédiat d'une règle coutumière.<sup>23</sup> En outre, les résolutions en question ont été votées contre le refus des Etats industrialisés et ne pouvaient donc vraisemblablement pas même initier la désintégration de la règle, du moins en ce qui concerne les relations nord-sud, dès lors qu'elle avait été établie par la communauté internationale en sa globalité.<sup>24</sup> Quoiqu'il en soit de cet aspect théorique, la sécurité juridique des investissements étrangers semblait à ce stade sérieusement perturbée en pratique.

Cependant, le pragmatisme économique a fini par prévaloir de part et d'autre<sup>25</sup> et a permis de développer -en partie parallèlement aux tractations de principe évoquées<sup>26</sup>- un réseau

---

JUILLARD, *L'évolution des sources du droit des investissements*, RCADI tome 250, 1994-VI, §111; cette solution est retenue également par les auteurs de l'école volontariste, qui arguent de l'acceptation implicite des règles relatives au statut et aux compétences de l'Etat au moment de l'acquisition de la souveraineté, J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 5ème éd., Montchrestien, Paris 2001, 815 p., p. 69.

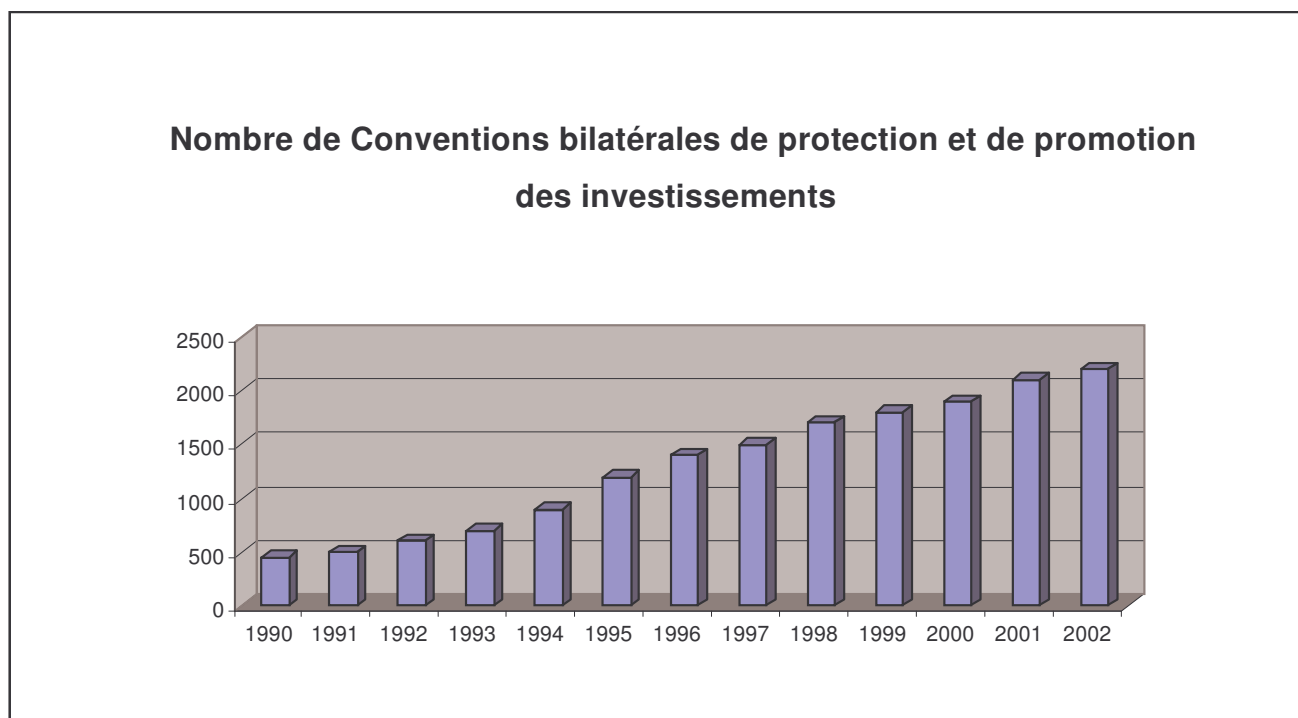
<sup>23</sup> Cf. la sentence *Koweït c/ American Independent Oil Company (Aminoil)* du 24 mars 1982, *International Legal Materials* vol. 21, 1982, p. 1004, §90; Q.D., P. DAILLER, A. PELLET, *Droit international public*, *ibid.*, n°220; voir également A. VERDROSS et B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, *op. cit. supra* n°18, §572 et §574, qui précisent que seule une pratique générale nouvelle en concordance avec la disparition de l'*opinio juris* peut éliminer une règle coutumière préexistante. En raison de l'enjeu de stabilité du système international, la pratique générale requise pour désintégrer une règle coutumière existante se doit par ailleurs d'être particulièrement intense et cohérente. Or, vu le profond désaccord entre Etats, cette cohérence faisait précisément défaut en l'espèce. Quant à la possibilité de l'éclatement d'une coutume auparavant générale au profit de diverses coutumes régionales, cf. A. VERDROSS et B. SIMMA, *ibid.*, pp. 356-357, note de bas de page n°65. Faute de pratique générale régionale cohérente en ce sens, il ne semble toutefois pas non plus y avoir eu apparition d'une coutume régionale dérogatoire, même dans les régions dont les Etats ont massivement approuvé la résolution 3281. Car même si l'on peut songer à qualifier la résolution 3281 d'expression d'une *opinio juris* nouvelle par les Etats qui l'ont approuvée, ces mêmes Etats ont été nombreux à signer des conventions garantissant le standard d'indemnisation qu'ils venaient de réfuter à l'Assemblée Générale (voir *infra* n°26).

<sup>24</sup> *Texaco Calasiatic c/ Lybie*, *supra* n°18, §80 et ss.; Q.D., P. DAILLER, A. PELLET, *Droit international public*, *ibid.*, n°220; voir aussi la déclaration du 11 novembre 1977 du représentant des Etats-Unis à la VIème Commission de l'Assemblée Générale des Nations Unies, *American Journal of International Law* vol. 72, 1978, pp. 377-378: «[T]he resolutions of the Sixth Special Session cannot be said to have developed international law on the points at issue, for, on those very points, my government and other Members of this Assembly expressed the most vigorous and precise disagreement. (...) Sixteen States voted against key provisions of the article on permanent sovereignty and expropriation and nineteen voted for a substitute Western amendment (...)»; voir toutefois la vision plus nuancée de P. JUILLARD, *L'évolution des sources du droit des investissements*, *op. cit. supra* n°22, §135, qui estime qu'en raison de l'accession d'un très grand nombre d'Etats à l'indépendance entre 1962 et 1974, la coutume antérieure pouvait subir un certain «ébranlement»; voir aussi E. JOUANNET in: D. ALLAND (éd.), *Droit international public*, P.U.F., Paris 2000, 807 p., n°269, qui estime que la volonté des Etats nouvellement indépendants a été suffisamment forte pour abroger certaines règles coutumières.

<sup>25</sup> Ainsi, les pays en développement ont reconnu l'intérêt qu'ils avaient d'attirer des investissements étrangers par la création d'un cadre normatif de protection, cf. Godfrey BAHIGWA, «The Impact of Trade and Investment Policies on the Environment: Uganda's Fisheries Industry», p. 187, in: OCDE (éd.), *Assessing the Environmental Effects of Trade Liberalisation Agreements*, Paris 2000, 360 p. Même les pays d'idéologie communiste ont choisi de souscrire à ce type d'engagements à partir des années 1990, dont la Chine qui, à elle seule, a conclu 71 traités bilatéraux de protection des investissements, cf. Ch. LEBEN, «L'évolution du droit international des investissements», pp. 7 et ss., p. 10, in: SFDI (éd.), *Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre ?*, Pedone, Paris 1999, 140 p.

<sup>26</sup> Ch. LEBEN, *ibid.*, p. 15: «ce qui avait été répudié par les pays en développement dans les instances internationales (...) sera accordé dans le cadre des relations bilatérales».

de conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements entre Etats importateurs et exportateurs de capitaux. Ces près de 2500 conventions aujourd'hui en vigueur<sup>27</sup> lient indubitablement les Etats Parties<sup>28</sup>, et ce bien entendu même pour ceux qui considèrent que les règles qui y figurent ne relèvent pas de la coutume internationale.<sup>29</sup>



**Schéma n°2: Evolution du nombre de Conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements à l'échelle mondiale**

Source: CNUCED, <http://globstat.unctad.org>, 2004

Ce n'est qu'alors qu'a pu émerger un droit international des investissements praticable. Les conventions bilatérales qui forment aujourd'hui un réseau dense ont en effet contribué à l'apparition non seulement d'une protection réelle sur le terrain, mais encore d'une théorie homogène de cette branche du droit, et ce notamment en raison de stipulations récurrentes:<sup>30</sup>

- une obligation de traitement juste et équitable de l'investissement;
- une obligation de garantir une sécurité pleine et entière à l'investissement;
- une clause de traitement national de l'investissement;

<sup>27</sup> Décompte de la CNUCED de 2002.

<sup>28</sup> Selon l'adage incontournable du droit international *pacta sunt servanda*, figurant aujourd'hui à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (non ratifiée par la France, mais généralement reconnue comme traduisant l'état du droit international coutumier en la matière, cf. CIJ, *Projet Gabcikovo-Nagymaros*, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, p. 38, §46).

<sup>29</sup> Cf. Ch. LEBEN, «L'évolution du droit international des investissements», *op. cit. supra*, n°25, p. 24.

<sup>30</sup> Malgré le nombre très élevé de conventions (près de 2500 aujourd'hui, selon le décompte opéré par la CNUCED), il est en effet possible d'évoquer certains points communs généralement contenus dans ces textes car ils reposent tous sur un «modèle» de convention très fortement utilisé dans les négociations par les Etats exportateurs et élaboré au niveau de l'OCDE. Certaines divergences subsistent cependant. Notamment, le réseau de conventions bilatérales des Etats-Unis d'Amérique rajoute l'obligation de traitement national de l'investissement dès la phase

- une clause de la nation la plus favorisée relative à l'investissement;
- une interdiction d'exproprier l'investisseur sans indemnité juste, immédiate et effective.

Selon une lecture littérale de ces stipulations, leur portée reste toutefois limitée. La terminologie est en effet vague et dégage ainsi une marge d'interprétation. Or, l'intention des parties lors des négociations était celle d'une lecture limitée des stipulations protectrices de l'investisseur,<sup>31</sup> et les principes d'interprétation du droit international voudraient que soit tenu compte de cette intention lors de l'interprétation des textes.<sup>32</sup> Qui plus est, en droit international traditionnel, qui favorise une lecture volontariste des engagements internationaux des Etats, les restrictions à la souveraineté ne se présument pas.<sup>33</sup> Partant, toute incertitude quant à la portée d'une stipulation conventionnelle<sup>34</sup> devrait jouer en faveur de l'Etat.

### *1.1.2. Une protection développée par les tribunaux d'arbitrage internationaux*

La réalité normative est cependant plus complexe. Ceci est dû principalement au mécanisme original de règlement des différends qui distingue fondamentalement le droit international des investissements des autres branches du droit international. Les conventions bilatérales d'investissement ouvrent en effet généralement un **recours à l'arbitrage** pour un contentieux mixte entre l'Etat hôte d'une part et l'investisseur étranger de l'autre. Ces tribunaux sont le plus souvent composés de trois arbitres, dont deux choisis respectivement par les parties et le troisième -le président- sélectionné d'un commun accord des deux arbitres prédésignés.

Cette composition est **gage de neutralité** du tribunal, l'investisseur évitant ainsi le recours à la justice nationale qui n'est autre qu'une des branches du pouvoir public de la partie adverse et donc soumise à quelque doute quant à son impartialité dans un contentieux de l'investissement. En outre, bien que l'on doive présumer la bonne foi du juge national, les tribunaux d'arbitrage internationaux -juges privés- sont soumis à des contraintes d'efficacité et de discrétion très exigeantes auxquels la justice nationale ne peut pas fournir d'équivalent. Le

---

de pré-établissement.

<sup>31</sup> En atteste notamment la récente déclaration interprétative des parties à l'Accord de Libre Echange Nord-Américain (ALENA), qui, réunis au sein de la Commission de Libre Echange, ont déclaré le 31 juillet 2001:

«B – Standard minimum de traitement en conformité du droit international

(...) 2 - les notions de «traitement juste et équitable» et de «pleine et entière protection et sécurité» n'exigent pas que le traitement aille au-delà de ce que requiert le standard minimum de traitement des étrangers, tel que dégagé par le droit international coutumier.» (Communiqué de la CLE de l'ALENA, disponible sur <http://www.naftalaw.org>).

<sup>32</sup> Cf. article 31 §4 de la Convention de Vienne relative au droit des traités du 23 avril 1969.

<sup>33</sup> Cf. CPJI, Affaire du *Lotus* (France c/ Turquie), arrêt du 7 septembre 1927, Série A n°10, p. 18. L'autorité de ce principe est aujourd'hui en doute, comp. les points de vue des différentes écoles à cet égard dans NGUYEN Q.D., P. DAILLER, A. PELLET, *Droit International Public, op. cit. supra* n°22, n°208. Se référer également à R. DOLZER, qui récuse ce principe en particulier dans son application aux investissements, «Indirect Expropriations: New Developments ?», *NYU Environmental Law Journal* vol. 11, 2002, pp. 73-74.

<sup>34</sup> Etant entendu qu'une «incertitude» ne peut exister que lorsque toutes les méthodes d'interprétation prévues par le

tribunal d'arbitrage international est soumis à un cadre procédural fort avantageux pour l'investisseur car son mandat est strictement limité au différend d'investissement et ne saurait donc s'étendre aux instances distinctes le cas échéant pendantes contre l'investisseur, ce qui peut être le cas en justice nationale. Enfin, le tribunal d'arbitrage trouve son mandat en droit international et non en droit interne de l'Etat hôte,<sup>35</sup> évitant ainsi que l'Etat d'accueil puisse changer «les règles du jeu» à sa guise.

L'application itérative des textes conventionnels par les tribunaux d'arbitrage ainsi composés s'est inéluctablement traduite par un développement normatif du droit international des investissements. Certes, ceci est un phénomène en principe légitime en droit international. L'article 38 §1 d) du Statut de la Cour internationale de Justice du 26 juin 1946 reconnaît en effet que l'interprétation du droit international tient compte, *inter alia*, des décisions judiciaires. La particularité du droit international des investissements réside toutefois dans la portée des obligations tirées par les tribunaux de textes relativement vagues.

### **Quelques termes indispensables du droit international des investissements<sup>36</sup>**

**Investissement:** Tout actif d'un ressortissant ou d'une société d'une Partie Contractante détenu sur le territoire de l'autre [conventions des Etats-Unis: propriété de ou actif contrôlé directement ou indirectement par le ressortissant ou la société] y compris la propriété meuble et immeuble, les actions et participations de société, les créances et titres ayant une valeur financière, les droits de propriété intellectuelle ainsi que les concessions conférées par la loi ou par contrat.

**Traitement juste et équitable<sup>37</sup>:** Régime garanti aux investissements étrangers selon la plupart des conventions bilatérales d'investissement. Il s'agirait également d'un principe du droit

---

droit international ont été épuisées au préalable.

<sup>35</sup> Cela n'implique toutefois pas nécessairement que le tribunal applique exclusivement le droit international. Les parties peuvent au contraire convenir de l'application du droit interne de l'Etat-partie ou de tout autre droit national (souvent droit helvétique, droit de l'Etat de New York ou droit de Singapour). Le tribunal sera cependant en principe tenu de vérifier la conformité du cadre normatif ainsi sélectionné par rapport à l'ordre juridique international, cf. article 42 de la Convention de Washington (CIRDI).

<sup>36</sup> Ces définitions sont donc indicatives et reflètent une pratique courante dans de nombreuses conventions bilatérales telles qu'interprétées par la justice arbitrale. Les Etats peuvent toutefois, dans certains cas, avoir choisi d'autres définitions. Par ailleurs, la liste ne vise pas à rendre compte de l'état du droit coutumier en vigueur à défaut de convention. Cf. pour de plus amples détails le glossaire établi par la CNUCED, «Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary», coll. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York et Genève 2004; voir également J. SALMON, *Dictionnaire de Droit International Public*, 1198 p., Bruylant, Bruxelles 2001.

<sup>37</sup> Voir S. VASCIANNIE, «The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice», *British Yearbook of International Law* vol. LXX, 1999, p. 99 et s.



international applicable même en l'absence de texte au titre du standard minimum de traitement.<sup>38</sup> Le traitement juste et équitable d'un investissement s'analyse sans référence au traitement d'autres personnes ou biens. Il constitue donc une mesure absolue qui vient compléter le jeu des règles relatives.<sup>39</sup> Il s'ensuit qu'il peut être insuffisant, pour satisfaire à ce régime, de garantir le seul traitement national dès lors que le droit international confère un niveau de protection qui dépasse celui dont jouissent les ressortissants de l'Etat hôte.

Sur le fond, le traitement juste et équitable a connu des interprétations fort divergentes en raison de son caractère imprécis. Par conséquent, il est difficile de lui assigner un contenu générique. On peut toutefois affirmer, vu sa formulation extrêmement abstraite, qu'il s'agit d'un étalon de mesure plus que d'une règle matérielle de droit. Il est respecté dès lors que les règles de droit interne de l'Etat hôte sont appliquées à l'investissement, et que ces règles sont elles-mêmes justes et équitables au regard des règles applicables de droit international. En effet, selon une interprétation attachée au sens ordinaire des termes<sup>40</sup>, il s'agit de traiter l'investissement selon les règles de droit -internes et internationales- («juste»), en tenant compte des intérêts légitimes de l'investisseur au regard du droit international («équitable»)<sup>41</sup>. Ainsi, le déni de justice serait, par exemple, incompatible avec un traitement juste et équitable.<sup>42</sup>

Sécurité pleine et entière: De même nature et mécanique juridiques que le standard du traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière des investissements étrangers signifie que l'Etat hôte a l'obligation de prendre toute mesure utile et nécessaire pour protéger l'investissement de la destruction et de la spoliation, même par des tiers. Cela ne requiert certes pas une garantie de sécurité absolue. L'inaction totale des autorités face à un danger imminent pour l'investissement ou l'absence de poursuites lors d'infractions commises à son encontre seraient cependant sans doute incompatibles avec l'obligation.

Expropriation<sup>43</sup>: Retrait, par acte unilatéral de l'Etat hôte, du droit de propriété d'un investisseur individuel (par annulation ou transfert du titre) ou des droits y relatifs (possession,

<sup>38</sup> Ce standard n'est toutefois pas une règle matérielle de droit, mais un étalon mesurant la conformité du droit et de la pratique administrative internes de l'Etat hôte par rapport aux règles applicables de droit international, voir D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit International Economique*, op. cit. supra n°18, pp. 436-438, n°1265.

<sup>39</sup> S. VASCIANNIE, op. cit. supra, n°37, p. 106.

<sup>40</sup> Une telle interprétation est légitime en droit international comme en atteste l'article 31 §1 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.

<sup>41</sup> Il est incertain, si ces conditions vont au-delà du traitement minimum que le droit international impose de toute manière aux Etats hôtes vis-à-vis des ressortissants étrangers et de leurs actifs. Quoiqu'il en soit, la stipulation contenue dans les conventions d'investissement a tout le moins le mérite de confirmer un standard de traitement permettant aux tribunaux d'arbitrage chargés de leur application de rendre une sentence se référant à la notion d'équité universellement acceptée.

<sup>42</sup> C'est le cas classique et incontesté de non-conformité relevée par le standard, cf. l'affaire *L.F.H. Neer et Pauline Neer (Etats-Unis) c/ Mexique*, supra n°10, en particulier §4.

<sup>43</sup> Voir, au sujet de la terminologie, I. SEIDL-HOHENVELDERN, «Semantics of Wealth Deprivation and Their Legal Significance», in: *Collected Essays on International Investments and on International Organizations*, Kluwer Law International, La Haye 1998, 465 p., p. 249 et s.

droit d'exploitation, de vente, droit de nommer les cadres de l'entreprise...) sans qu'il s'agisse d'une réaction répressive au comportement illicite de l'investisseur (sinon éventuellement confiscation au titre du droit pénal). L'expropriation organisée de tout un secteur est souvent appelée nationalisation, mais elle ne répond à aucune règle particulière et correspond simplement à un cumul massif d'expropriations individuelles.

Selon la plupart des conventions d'investissement, l'expropriation n'est licite que sous réserve d'intérêt public, de non-discrimination et d'indemnisation.<sup>44</sup> A défaut d'indemnisation, il s'agit d'une spoliation.

Indemnité prompte, adéquate et effective: Cette stipulation précise les conditions à remplir, le cas échéant<sup>45</sup>, pour que l'indemnité due au titre de l'expropriation soit suffisante. La rédaction du modèle de l'OCDE est à cet égard calquée sur la «formule de HULL» de 1934, ainsi nommée d'après le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis de l'époque qui l'avait utilisé pour la première fois. L'indemnisation est:

- prompte, si elle est déterminée et déboursée dès que l'expropriation est réalisée ou dans un délai raisonnable ci-après
- effective, si elle est mise en paiement sous forme transférable et échangeable
- adéquate, si elle correspond à la valeur vénale des biens expropriés calculée dans la période précédant immédiatement l'annonce de l'expropriation.<sup>46</sup> La valeur vénale des actifs tient compte non seulement de leur valeur statique (*damnum emergens*), mais encore du manque à gagner résultant de l'expropriation (*lucrum cessans*) dans la mesure où ce bénéfice escompté doit être pris en compte afin d'évaluer la valeur du marché de manière réaliste (évaluation dite du *going concern*).<sup>47</sup>

### *1.1.3. La teneur nouvelle du droit international des investissements: normativité densifiée – protection renforcée.*

Les investisseurs ont joui, depuis une vingtaine d'années, d'une protection juridique croissante de leurs actifs sis à l'étranger. Certes, tous les tribunaux n'ont pas adopté d'interprétations radicalement nouvelles. Les condamnations des Etats hôtes demeurent d'ailleurs relativement peu nombreuses dans la justice arbitrale internationale. Cependant, les arbitres -même s'ils ne considèrent pas toujours violés en l'espèce les principes qu'ils avancent- tendent à faire une lecture plus protectrice des conventions qu'auparavant.

<sup>44</sup> CNUCED, «Taking of Property», UNCTAD/ITE/IIT/15, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Genève et New York 2000, p. 12 et s.

<sup>45</sup> Pour les conventions qui le prévoient, comme elle le font dans de nombreux cas. Les Etats importateurs de capitaux refusent toutefois de reconnaître à cette formule tout caractère coutumier.

<sup>46</sup> Pour une vision globale des méthodes d'évaluation appliquées par la justice arbitrale, cf. I. SEIDL-HOHENVELDERN, «L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux», *Annuaire Français de Droit International* vol. XXXIII, 1987, p. 7 et s.

<sup>47</sup> *Amoco International Finance Corporation c/ Iran*, sentence du Tribunal des Différends Irano-Américain n°310-

#### 1.1.3.1. Du traitement juste et équitable à une protection contre l'opacité administrative

De l'obligation générale de traitement juste et équitable, le tribunal dans l'affaire *Metalclad c/ Mexique* a pu tirer une véritable **contrainte de transparence** de l'administration des investissements par l'Etat hôte.<sup>48</sup> Il a en effet été jugé incompatible avec cette obligation que la commune d'implantation mexicaine d'un investissement ait refusé un permis de construire à l'investisseur alors que l'Etat fédéral lui avait indiqué auparavant que l'opération était possible.<sup>49</sup>

Un tribunal a récemment étendu cette approche en estimant qu'au titre du traitement juste et équitable, l'investisseur pouvait légitimement s'attendre à ce que les **règles applicables à l'investissement** soient indiquées, et que le comportement de l'Etat demeure «**cohérent**» et «**stable**» par rapport au cadre ainsi établi.<sup>50</sup>

#### 1.1.3.2. De l'interdiction de l'arbitraire vers une protection contre l'évolution du droit

La **modification du régime juridique interne après l'installation d'un investisseur** peut désormais enfreindre le droit international des investissements. Il a en effet été jugé que la transformation d'un site d'investissement étranger en un parc naturel, rendant ainsi inutilisables les installations de l'investisseur, revenait à violer le traitement juste et équitable.<sup>51</sup> Cette sentence suggère même, dans l'esprit de certains, une primauté de la protection des investissements étrangers sur les considérations environnementales, alors même que la convention d'investissements qui sous-tend la décision en question stipule que des mesures de protection de l'environnement prises pour assurer la sensibilité environnementale des investissements sont en principe licites (art. 1114 de l'ALENA<sup>52</sup>).

---

56-3 du 14 juillet 1987, *International Legal Materials* vol. 27, 1988, p. 1314 et s., §232.

<sup>48</sup> Sentence du 30 août 2000, *International Legal Materials* vol. 40, 2001, p. 55, §74 et s. Il est vrai que la contrainte de transparence qui serait ainsi à respecter dans le cadre du traitement juste et équitable s'imposait, selon le tribunal, au regard d'une autre stipulation de la convention d'investissement (en l'occurrence l'accord de libre échange nord-américain – ALENA du 17 décembre 1992, *International Legal Materials* vol. 32, 1993, p.296 et s., <http://www.nafta-sec-alena.org>), qui évoque explicitement la transparence (article 102 §1). Mais cette stipulation n'était pas applicable au chapitre 11 de l'ALENA relatif aux investissements, et la décision du tribunal d'«importer» la transparence dans le traitement juste et équitable de l'article 1105 revient donc à une lecture novatrice de ce principe en lui seul. On note d'ailleurs que certains tribunaux d'arbitrage, qui ne relèvent pas de l'ALENA, citent *Metalclad* à cet égard, cf. par exemple *Occidental Exploration and Production Co. c/ République d'Equateur*, sentence n° UN 3467 rendue sous les auspices de la Cour Internationale d'Arbitrage de Londres le 1er juillet 2004 (à publier prochainement dans *International Legal Materials*), <http://www.asil.org>, §87 et s.

<sup>49</sup> Sentence *Metalclad*, *ibid.*, §79 et s.

<sup>50</sup> *Técnicas Medioambientales TECMED c/ Mexique*, sentence rendue sous les auspices du CIRDI le 29 mai 2003, affaire ARB(AF)/00/2, §154, (à publier prochainement dans la revue *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, d'ores et déjà disponible en ligne sur <http://www.worldbank.org/icsid>).

<sup>51</sup> Sentence *Metalclad*, *supra* n°48, §96 et s.

<sup>52</sup> «*Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any*



Le tribunal en prend bonne note, mais estime néanmoins que l'obligation de traitement juste et équitable est violé en l'espèce.<sup>53</sup>

Une protection formidable contre les évolutions du droit s'est en outre développée à partir de l'obligation d'indemniser les **expropriations indirectes**. Celles-ci apparaissent dans la jurisprudence dès les années 1980, lorsque le Tribunal des différends irano-américains avait jugé que *l'effet* et non l'objet d'un acte était déterminant au regard de l'obligation d'indemniser pour expropriation.<sup>54</sup> Ceci n'avait, en soi, rien d'extraordinaire sachant que n'étaient alors visés que des actes dont les effets touchaient *uniquement* des investisseurs étrangers, sans préjudice des mesures d'ordre réglementaire. Or, dès lors que les conséquences préjudiciables étaient équivalentes à une expropriation classique, il était tout à fait judicieux d'éviter que l'Etat hôte de se défasse de ses responsabilités vis-à-vis de l'investisseur étranger en avançant un objet non-économique pour la mesure. Les textes ayant cherché à recueillir l'état du droit international des investissements<sup>55</sup>, les conventions récentes<sup>56</sup> et la jurisprudence<sup>57</sup> en tiennent compte à juste titre.

De l'obligation d'indemniser les expropriations même indirectes, les tribunaux tirent toutefois aussi une **obligation d'indemniser l'expropriation rampante**. Celle-ci n'est rien d'autre qu'une série d'actes des pouvoirs publics ayant pour conséquence *cumulée* d'exproprier l'investisseur, même si aucun des actes pris individuellement ne remplit cette condition.<sup>58</sup> Ainsi, il a été jugé que toute interférence dissimulée et itérative aboutissant à retirer à l'investisseur, en totalité ou pour une part significative, la jouissance de sa propriété ou le bénéfice qu'il pouvait légitimement espérer en retirer, doit être considérée comme équivalente à l'expropriation, même si l'interférence

---

*measure, otherwise consistent with this Chapter, that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.»*

<sup>53</sup> Sentence *Metalclad*, *supra* n°48, §98.

<sup>54</sup> *Starrett Housing c/ Iran*, Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol. 4, 1983, p. 122 et ss.; *Tippetts c/ Iran*, Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol. 6, 1984, p. 219 et ss.

<sup>55</sup> Article 103 §1 du projet de Convention relative à la responsabilité internationale des Etats pour les préjudices subis par les étrangers (Pr. SOHN et BAXTER de l'Université de Harvard), *American Journal of International Law* vol. 55, 1961, p. 545 (p. 553); projet de convention de l'OCDE relative à la protection de propriété étrangère, arrêté par résolution du 12 octobre 1967, *International Legal Materials* vol. 7, p. 117 (p. 126); American Law Institute (éd.), *Restatement of Law the Third, Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute Publishers, St. Paul, Minn. 1987, vol. II, §712, commentaire g, pp.200-201.

<sup>56</sup> Par exemple l'article 1110 de l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA) du 17 décembre 1992, *International Legal Materials* vol. 32, 1993, p.296 et s., <http://www.nafta-sec-alena.org>), voir aussi les modèles de convention bilatérale français et des Etats-Unis *infra* annexe n°2.

<sup>57</sup> *Técnicas Medioambientales TECMED c/ Mexique*, *supra* n°50, §114.

<sup>58</sup> Cf. CNUCED, *Taking of Property*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/15, Genève 2000, p.11.

n'intervient pas au bénéfice de l'Etat hôte.<sup>59</sup>

L'interprétation ainsi dégagée par les tribunaux recherchait certes de manière légitime l'effet utile des règles d'expropriation. On s'interroge toutefois sur la portée de cette jurisprudence, sachant que les opérateurs économiques se heurtent régulièrement dans leurs activités à la combinaison de réglementations parcellaires dont chacune a, en soi, une raison d'être au regard de l'intérêt public. On pense notamment au jeu cumulé des normes fiscales et des réglementations des secteurs économiques, qui peuvent aboutir à des résultats fortement préjudiciables pour certaines entreprises. Il en est de même dans le domaine du droit de la consommation.

Quoi qu'il en soit, la pratique conventionnelle a aujourd'hui pris acte de cette évolution, et les récentes conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements comprennent fréquemment une stipulation relative à ce phénomène, désormais indemnisable.<sup>60</sup>

Une ultime étape dans le développement de la jurisprudence des expropriations indirectes a été franchie récemment lorsque plusieurs tribunaux ont dégagé, pour certains cas, une obligation d'indemniser les effets préjudiciables sur les biens de normes ou d'actes administratifs de portée générale, même s'ils ne portent qu'*accessoirement* atteinte à la jouissance de la propriété d'un investisseur étranger («**expropriations réglementaires**»)<sup>61</sup>. La portée de cette interprétation est potentiellement importante car, contrairement à la vision traditionnelle<sup>62</sup>, les tribunaux refusent de considérer l'application de bonne foi des pouvoirs de police de l'Etat comme justification d'une telle interférence avec les droits des investisseurs étrangers.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Sentence *Metalclad*, *supra* n°48, §103; *Occidental Exploration*, *supra* n°48, §87 et s..

<sup>60</sup> cf. par exemple l'article 5 §2 de la convention France – Mongolie du 8 novembre 1991, qui stipule l'obligation d'indemniser «toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement»; l'article 4 §1 de la convention Etats-Unis – Argentine en date du 14 novembre 1991, qui vise toutes les mesures «*tantamount to expropriation*»; ou encore l'article 4 §2 de la convention Allemagne – Croatie du 21 mars 1997, qui évoque les mesures ayant des effets équivalents à l'expropriation ou la nationalisation («*Maßnahmen (...) die in ihren Auswirkungen einer Enteignung oder Verstaatlichung gleichkommen*»).

<sup>61</sup> *Metalclad c/ Mexique*, *supra* n°48, §103 (en l'occurrence il s'agissait de l'établissement d'une réserve naturelle, donc un acte opposable à tous); *Compañía de Desarrollo de Santa Elena c/ Costa Rica*, sentence du 17 février 2000, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* vol. 15, 2000, p. 169, §77; voir aussi D. CARREAU et P. JUILLARD, *op.cit supra* n°18., n°1380; la question reste toutefois controversée et la jurisprudence demeure hétérogène à cet égard, voir pour un exemple récent d'une vision plus restrictive de l'expropriation *S.D. Myers c/ Canada*, sentence partielle du 13 novembre 2000, *International Legal Materials* vol. 40, p. 1408 (p. 1440), §282, et les commentaires sur cette dernière affaire de R. DOLZER, «Indirect Expropriations: New Developments ?», *NYU Environmental Law Journal*, vol. 11, 2002, p. 64 (pp. 85-86).

<sup>62</sup> *Brewer, Moller & Co. c/ Vénézuéla*, sentence de la Commission germano-vénézuéenne (*Mixed Claims Commission*) de 1903, *Reports of International Arbitral Awards* vol. X, p.423; *Kügele c/ Etat polonais*, Tribunal d'Arbitrage de Haute Silésie, *Recueil Annuel* vol. 6, 1931-1932, p. 69.

<sup>63</sup> Cf. T. WEILER, «NAFTA Arbitration and the Growth of International Economic Law», *Business Law International*, Issue 2, 2002, pp. 158 et ss. (p. 162) en référence à l'affaire *Pope & Talbot Inc. c/ Canada*, sentence partielle du 26 juin 2000, §96, §99, <http://www.naftalaw.org>.

Certes, la doctrine<sup>64</sup> et certaines sentences<sup>65</sup> considèrent que les Etats doivent continuer à disposer de leur liberté de gestion interne, surtout pour atteindre des objectifs internationalement reconnus d'intérêt public (environnement, normes de sécurité du travail, santé etc...) ainsi que pour dégager les financements qui y sont nécessaires (fiscalité), même en cas de conséquences défavorables pour les investissements étrangers. L'apparition de textes nouveaux applicables à l'investissement est en effet *a priori* une contrainte normale pour toute entreprise sur le territoire de son Etat d'origine, et il est difficile d'admettre qu'un investisseur puisse être mieux protégé à l'étranger que dans son propre Etat.<sup>66</sup> Une sentence a d'ailleurs nuancé l'acceptation large des expropriations réglementaires en estimant que l'atteinte à l'investissement par une mesure environnementale, comme pour toute mesure d'intérêt général, n'entraînait obligation d'indemniser que si elle n'était pas proportionnelle à un objectif légitime poursuivi.<sup>67</sup>

Toujours est-il que les tribunaux d'arbitrage peuvent aujourd'hui sanctionner les Etats hôtes même pour l'**édiction d'une simple norme fiscale** d'application générale dès lors qu'elle serait de nature «confiscatoire», donc rendant l'opération de l'investissement non rentable.<sup>68</sup> D'ailleurs, certaines conventions d'investissement récentes comportent désormais des clauses d'interdiction de fiscalité «excessive» vis-à-vis de leurs ressortissants sur le territoire de l'autre Etat-Partie,<sup>69</sup> posant ainsi un nouveau problème de délimitation entre fiscalité «adéquate» et «excessive» dont les tribunaux d'arbitrages auront à connaître – ceci alors même qu'il s'agissait là traditionnellement d'un domaine profondément régalien que même les Etats de l'Union européenne ont jusqu'ici refusé de

---

<sup>64</sup> American Law Institute (éd.), *Restatement of Law the Third, Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute Publishers, St. Paul, Minn. 1987, vol. II, §712, commentaire *g.*, p. 201: «*A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory*». Cf. également G.H. ALDRICH, *The jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, 590 p., Clarendon Press, Oxford 1996, p. 209, qui parle même d'un «accepted principle of international law» à cet égard.

<sup>65</sup> *Emanuel Too c/ Etats-Unis d'Amérique, et al.*, Tribunal des Différends Irano-Américains, sentence n°460-880-2 du 29 décembre 1989, *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* vol. 23, p. 378 et ss.

<sup>66</sup> Voir le célèbre argumentaire de la CPJI, affaire *Oscar Chinn* (Royaume-Uni c/ Belgique), arrêt du 12 décembre 1934, Série A/B, n°63, p. 88; pour une prise de position plus récente en ce sens, se référer aux motifs de la sentence du CIRDI rendue dans l'affaire *S.D. Myers c/ Canada*, *supra* n°61, §281-282.

<sup>67</sup> *Técnicas Medioambientales TECMED c/ Mexique*, *supra* n°50, §122.

<sup>68</sup> *Marvin Feldman c/ Mexique*, affaire ARB(AF)/99/1, sentence ALENA du 16 décembre 2002 rendue sous les auspices du CIRDI, <http://www.worldbank.org/icsid>, §103-106. En l'espèce, le tribunal n'a pas retenu la qualification de mesure d'expropriation dès lors que la propriété de l'investisseur n'avait pas perdu toute sa valeur (il s'agissait d'une taxe prélevée sur les exportations parallèles de cigarettes). Sur le plan de la pratique des Etats, on notera que le modèle de convention bilatérale de protection et de promotion des investissements des Etats-Unis de 2004 envisage désormais la possibilité d'une expropriation par la fiscalité, même s'il tente d'en restreindre l'application (article 8 §2), <http://ita.law.uvic.ca>.

<sup>69</sup> Cf. par exemple les conventions récemment négociées par le Canada avec Barbados, Equateur et le Vénézuéla de 1996, Recueil des Conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements de la CNUCED, <http://www.unctad.org>.

soumettre au vote à la majorité au Conseil des ministres. Aussi, l'article 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> Protocole additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme -pourtant garante d'un standard de protection élevé- dispose, pour son domaine d'application, que la fiscalité ne saurait être considérée comme mesure d'expropriation. Ainsi, à certains égards, le droit international des investissements est désormais plus exigeant que celle-ci.

#### 1.1.3.3. Du droit des contrats internationaux à la protection internationale des contrats ?

Les tribunaux reconnaissent également une obligation d'indemniser l'**expropriation de créances**, donc de simples droits contractuels<sup>70</sup> alors que la terminologie voudrait que l'expropriation ne corresponde qu'au retrait unilatéral d'un *bien* dont la partie lésée était le propriétaire. Or, la jurisprudence arbitrale a découvert l'existence de «propriétaires d'un droit contractuel» en sanctionnant, en tant qu'expropriation, une mesure d'ordre public interne qui rendait impossible l'exécution du contrat conclu avec une partie privée.<sup>71</sup>

Dans ce contexte, une deuxième lignée de jurisprudence s'intéresse au contrats d'Etat, qui sont conclus directement entre l'investisseur privé et l'Etat hôte en tant que parties privées. Elle implique que l'**inexécution arbitraire ou confiscatoire par la partie étatique** peut entraîner l'obligation d'indemniser l'investisseur au titre du droit international. En effet, une sentence du CIRDI a été annulée en procédure de révision pour avoir manqué d'analyser une violation d'un contrat d'Etat au regard du droit international, alors même que ce contrat renvoyait au seul juge national pour son interprétation.<sup>72</sup>

Cette jurisprudence est surprenante non tellement parce que l'Etat est tenu d'indemniser - il l'aurait été également en vertu du droit contractuel interne de cet Etat en cas de violation-, mais parce que l'investisseur peut en appeler aux tribunaux *internationaux* d'arbitrage à cet effet, droit *international* à l'appui. Il semble donc mieux protégé que s'il avait contracté avec une partie privée – ou avec son Etat d'origine. Certes, les tribunaux d'arbitrage ont indiqué que la violation d'une stipulation contractuelle par l'Etat hôte ne constituait pas automatiquement une violation du droit international, et en particulier de

---

<sup>70</sup> Cour Permanente d'Arbitrage, *Compagnies de Navigation Norvégiennes* (Norvège c/ Etats-Unis d'Amérique), sentence du 13 octobre 1922, *RIAA* vol. I, p. 307 et s.

<sup>71</sup> *Técnicas Medioambientales TECMED c/ Mexique*, *supra* n°50, §151.

<sup>72</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Compagnie Générale des Eaux (Vivendi Universal) c/ Argentine*, affaire ARB/97/3, décision d'annulation prononcée par comité ad-hoc dans le cadre du CIRDI le 3 juillet 2002, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>, §102.

la convention bilatérale de protection et de promotion des investissements.<sup>73</sup> Il n'en reste pas moins qu'une violation contractuelle de droit interne peut aujourd'hui être invoquée par l'investisseur à l'appui d'une demande d'indemnisation, par exemple pour traitement arbitraire.<sup>74</sup> Or, nous avons vu plus haut que ces caractérisations sont aujourd'hui plus facilement retenues qu'auparavant.

Enfin, il apparaît que les «*umbrella clauses*» (ou clauses de couverture selon une traduction courante), qui stipulent en termes très généraux que l'Etat doit respecter ses engagements vis-à-vis de l'investisseur, peuvent élever au niveau du droit international **toute violation contractuelle**<sup>75</sup>, dès lors que l'interprétation de cette clause montre que les parties à la convention souhaitaient effectivement couvrir les différends purement contractuels.<sup>76</sup>

Le contexte normatif a donc manifestement évolué dans un sens favorable à l'investisseur étranger, et ce même si les exemples d'interprétation susvisés ne sont pas nécessairement partagés par tous les arbitres appelés à statuer dans des affaires comparables. Il n'en reste pas moins une probabilité importante que les tribunaux futurs puissent statuer en ce sens, en s'appuyant désormais sur des précédents nombreux et solides. Encore faut-il, pour évaluer l'impact des évolutions, s'interroger si le droit international des investissements a quelque signification pratique.

## **1.2. Un droit efficace: Les normes internationales de protection des investissements se traduisent dans les faits**

A défaut de mécanisme coercitif de mise en œuvre, il est en effet judicieux de poser la question de savoir s'il existe des raisons -et dans l'affirmative lesquelles- qui amènent les Etats hôtes à respecter le droit international des investissements.

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, §95 et s., en référence à la sentence de la Commission mixte américano-vénézuélienne dans l'affaire *Woodruff* de 1903, *RIAA* vol. IX, p. 213; voir aussi *Consortium RFCC c/ Royaume du Maroc*, affaire ARB/00/6, sentence rendue dans le cadre du CIRDI le 22 décembre 2003, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>, §41.

<sup>74</sup> Voir, à cet égard, les remarques de la CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A. (Etats-Unis c/ Italie)*, arrêt (chambre) du 20 juillet 1989, *Rec.* 1989, pp. 15 et ss., §124, qui avait estimé que la violation du droit interne n'équivalait pas à un constat de comportement arbitraire de l'Etat d'accueil au regard du droit international, mais que cela pouvait être un indice factuel en ce sens. Par conséquent, on peut se prévaloir d'une violation du droit interne devant le juge international.

<sup>75</sup> *SGS c/ Philippines*, affaire ARB/02/6, sentence partielle relative aux objections à la compétence rendue dans le cadre du CIRDI le 29 janvier 2004, §135.

<sup>76</sup> *SGS c/ Pakistan*, affaire ARB/01/13, sentence partielle relative aux objections à la compétence rendue dans le cadre du CIRDI le 6 août 2003, §171; E. GAILLARD, *Journal du Droit International* 2002, p. 209, p. 214.

### 1.2.1. Une concordance des intérêts en droit international des investissements ?

Il a pu être reproché au droit international d'être un droit théorique, sans capacité centralisée de sanction lors d'une violation des normes.<sup>77</sup> Mais un système de droit peut se maintenir, même à défaut d'une telle capacité, dès lors que les coûts réels ou perçus du respect de ses règles sont inférieurs à ceux qui résulteraient de sa violation persistante. Ainsi, en droit international, les Etats n'acceptent de se lier que sous réserve de réciprocité. Ils ont donc un intérêt partagé à se conformer aux traités qu'ils soussignent afin de pouvoir en attendre autant de l'autre Partie contractante. Il existe certes des sous-systèmes du droit international où cet échange équilibré de prestations est moins affirmé, voire entièrement asymétrique. Ainsi, l'interdiction d'user de la force dans les relations internationales (article 2 §4 de la Charte des Nations Unies) souffre -chacun le sait- de nombreuses violations, notamment dans des situations où l'un des Etats impliqués estime que sa force est suffisamment supérieure à celle de son adversaire (et de ses adversaires potentiels futurs) pour pouvoir se passer de la conformité à cette règle. En revanche, dans des systèmes plus équilibrés, comme par exemple celui du commerce entre les grandes puissances économiques, le taux de mise en œuvre est plus élevé. Cela est le cas notamment pour les décisions de l'organe de règlement des différends de l'OMC.<sup>78</sup>

Ce **système de réciprocité** du droit international fonctionne-t-il donc en droit international des investissements où s'affrontent investisseurs privés et Etats hôtes ? Certes pas dans sa forme classique, car il ne s'agit ni d'une relation purement inter-étatique (l'investisseur privé a du moins un rôle complémentaire), ni d'ailleurs entre Etats de pouvoir comparable (les Etats exportateurs de capitaux sont généralement des Etats industrialisés, les Etats exclusivement importateurs de capitaux des économies en développement). Les intérêts réciproques ne sont pas pour autant absents du droit international des investissements, même si ce ne sont pas les *mêmes* prestations qui sont échangées (cf. schéma n°3 ci-dessous).

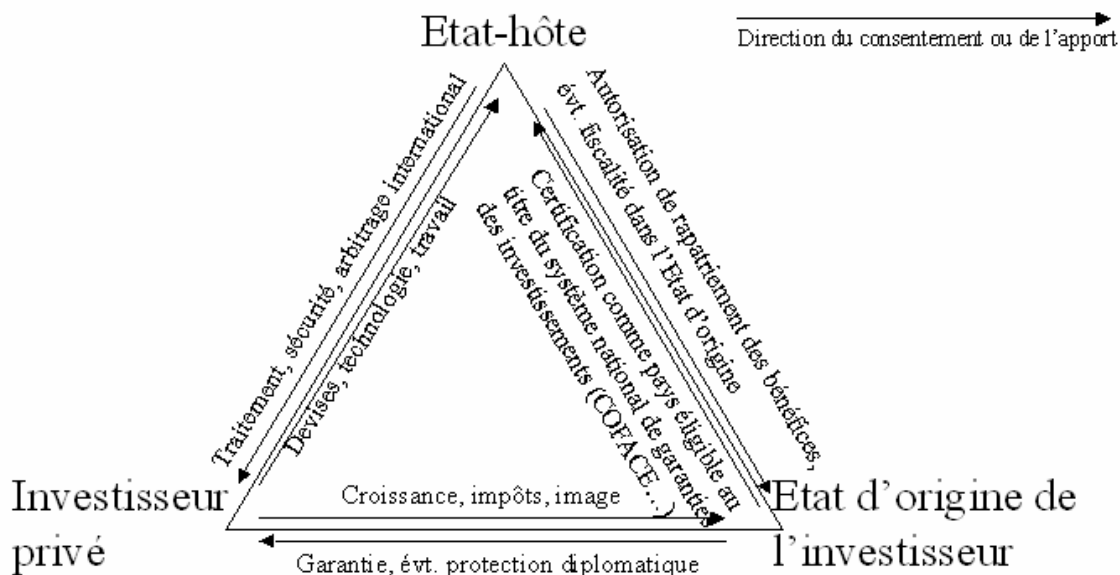
---

<sup>77</sup> Ainsi par exemple S. EDMUNDS, *Das Völkerrecht – ein Pseudorecht*, Berlin 1933; voir aussi les interrogations dont fait état D. ALLAND, *Droit International Public*, op. cit supra n°24, pp. 24-27. Le pouvoir coercitif du Conseil de sécurité des Nations Unies (art. 39 et ss. de la Charte) représente une exception importante, mais limitée au domaines de la paix et de la sécurité internationale. Le principe demeure celui des sanctions décentralisées, notamment à l'aide de représailles par l'Etat lésé lui-même.

<sup>78</sup> Voir W. SCHROEDER et P. SCHONARD, «Die Effektivität des WTO-Streitbeilegungssystems», *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2001, p. 258 et ss.



## Le «ménage à trois» du droit international des investissements



### **Schéma n°3: Les apports, incitations ou protections consenties par les trois acteurs principaux de l'investissement international.**

On voit ainsi apparaître que les trois parties susvisées ont pour intérêt, chacune de sa manière, à coopérer avec les autres acteurs sur la base du droit international des investissements:

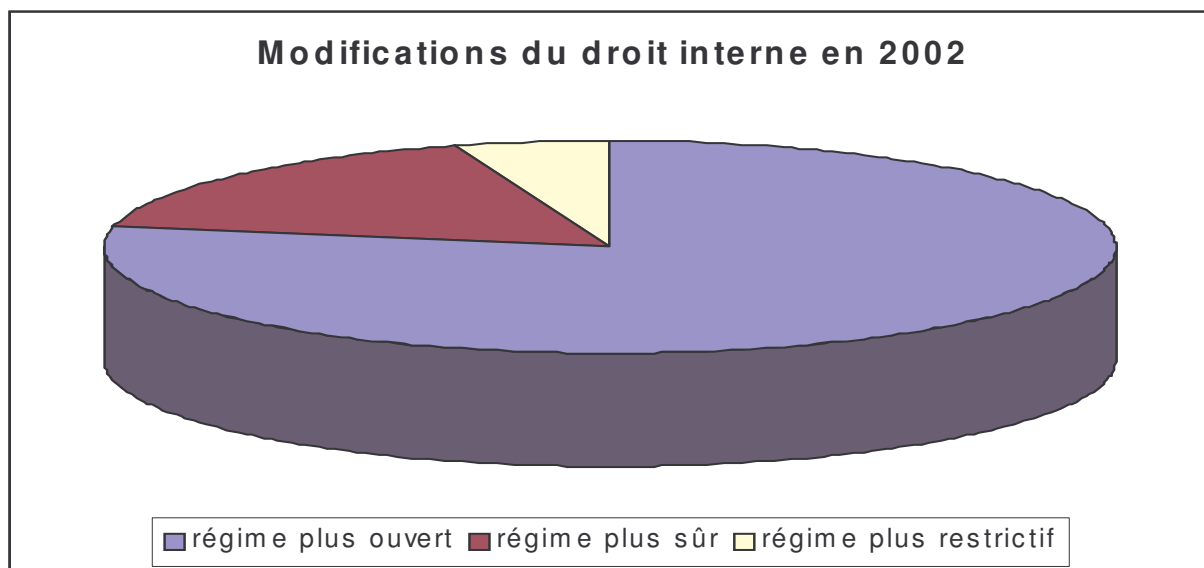
-L'*investisseur privé*, souhaite maximiser son bénéfice à l'étranger avec un risque financier minimal. Pour ce faire, il devra avant tout obtenir et maintenir l'autorisation d'investir dans l'Etat d'accueil. En outre, il voudra obtenir à prime raisonnable l'assurance de son risque politique de la part d'un organisme spécialisé ou une garantie financière de son Etat d'origine (gérée par la COFACE pour le compte de l'Etat en France). Or, cela requiert non seulement un projet viable, mais encore conforme au droits international et interne de l'Etat d'accueil. Pour éviter que l'assureur lui retire sa couverture, il devra également veiller à maintenir un dialogue constructif avec les autorités locales, notamment avant d'engager un contentieux.

-L'*Etat d'origine* de l'investisseur, quant à lui, espère susciter la croissance de son économie en favorisant l'essor international des entreprises opérées par ses ressortissant, tout en minimisant le risque politique que cela peut comporter. Cela nécessite la négociation et le suivi des conventions bilatérales avec les Etats de destination, démarches diplomatiques à l'appui le cas échéant. Or, l'Etat d'accueil n'acceptera que si, en contrepartie, l'Etat d'origine l'inscrit sur

la liste des pays pour lesquels une garantie financière étatique peut être obtenue.

-L'Etat hôte, enfin, cherche à se présenter en territoire attractif pour l'investisseur. L'analyse économique a en effet su convaincre la majorité des Etats que l'induction de fonds par des investisseurs étrangers était indispensable à l'essor de l'économie nationale.<sup>79</sup> L'investissement est source de devises, de transferts de technologie et d'effets multiplicateurs pour le marché du travail. Or, l'Etat hôte ne peut voir se matérialiser les devises, le savoir-faire technologique et l'emploi escomptés grâce à l'entrée du capital étranger que s'il consent, en contrepartie, au traitement, à la protection et aux modes de règlement des différends internationalisés prévus dans les conventions bilatérales, et en les respectant par la suite.

Qui plus est, les différents Etats d'accueil sont en concurrence entre eux pour attirer les investissements.<sup>80</sup> Il s'ensuit que les Etats hôtes auraient grand mal, si tant est qu'ils le souhaitent, à se soustraire aux obligations ainsi souscrites du droit international des investissements sans souffrir des conséquences fortement indésirables pour leur économie. On constate d'ailleurs que les dispositifs législatifs ayant trait aux investissements étrangers ont eu tendance à se libéraliser ces dernières années (voir schéma n°4 ci-dessous).



**Schéma n°4: Répartition des révisions des droits internes intervenues en 2002 à l'échelle mondiale selon leur caractère plus ou moins favorable aux flux d'investissement provenant de l'étranger**  
Source: CNUCED, <http://globstat.unctad.org>

Se dessine ainsi une véritable *Realpolitik* de l'investissement international grâce à

<sup>79</sup> Cf. par exemple l'étude récemment réalisée par le McKinsey Global Institute, *New Horizons: Multinational Company Investment in Developing Economies*, Octobre 2003. Pour une conformation de ce point de vue (sous réserve d'une législation environnementale efficace) de la part d'un économiste africain, voir Godfrey BAHIGWA, «The Impact of Trade and Investment Policies on the Environment: Uganda's Fisheries Industry», pp. 187 et ss., in: OCDE (éd.), *Assessing the Environmental Effects of Trade Liberalisation Agreements*, Paris 2000, 360 p.

<sup>80</sup> Voir, à cet égard, C. OMAN, *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ? – Une étude de la concurrence entre gouvernements*, op. cit. supra n°6, p. 103 et ss: L'auteur y constate une concurrence marquée entre gouvernements, même s'il relativise ses effets nocifs en tentant de réfuter l'analyse de la «course



laquelle les parties œuvrent ensemble dans le respect du droit international des investissements, et ce malgré leurs intérêts sensiblement différents. Certes, cela n'exclut pas les divergences d'interprétation, qui sont même particulièrement fréquentes. Mais le droit international des investissements fournit lui-même des mécanismes permettant de réduire ce problème.

### 1.2.2. L'effectivité normative intrinsèque du droit international des investissements

Certains mécanismes juridiques prévus par le droit des investissements lui-même permettent en effet d'asseoir l'efficacité de ses propres normes.<sup>81</sup> Ainsi, la **justice arbitrale** qu'il prévoit fournit une grande sécurité juridique car les sentences arbitrales sont rendues en premier et dernier ressort. Elles sont susceptibles d'être annulées seulement si l'institution dont elles émanent le prévoit.<sup>82</sup> Une fois rendues, le ou les Etats parties au différend sont en principe tenus de reconnaître la validité et le caractère contraignant de la sentence.

En outre, à défaut de mise en conformité spontanée de la partie condamnée, la partie lésée peut demander au juge national d'octroyer la formule exécutoire («*exequatur*») à la sentence et de l'introduire ainsi dans l'ordre juridique interne de l'Etat en question. Cette reconnaissance nationale est possible non seulement sur le territoire d'un Etat hôte condamné – ce qui serait bien souvent une vaine entreprise. En principe, la partie lésée peut en effet choisir un Etat tiers en fonction de motifs d'opportunité et notamment du lieu où sont sis des actifs de la partie adverse susceptibles d'être saisis.

Certes, la justice nationale est normalement incompétente pour connaître des requêtes dirigées contre un Etat étranger ou tout organisme qui lui est assimilable (immunité de juridiction des Etats). Toutefois, la jurisprudence dans divers pays<sup>83</sup> ainsi que la doctrine<sup>84</sup> commencent à considérer qu'en acceptant de se soumettre à l'arbitrage international (soit par une convention

---

au bas de l'échelle» normative.

<sup>81</sup> Voir également à ce sujet la vision quelque peu plus sceptique de M. SORNARAJAH, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, La Haye 2000, 390 p., en particulier chapitre 9, section 3, «The Enforcement of Arbitral Awards in Foreign Investment Disputes», p. 289 et s.

<sup>82</sup> C'est le cas au CIRDI, dont les sentences peuvent faire l'objet d'un recours en annulation auprès d'un comité *ad-hoc* (article 52 de la Convention de Washington), mais seulement pour motif (1.) d'erreur de constitution du tribunal, (2.) d'excès de pouvoir manifeste, (3.) de corruption, (4.) faute de procédure sérieuse ou (5.) défaut de motivation de la sentence. Ce mécanisme a donné lieu, à ce jour, à trois annulations, en l'occurrence dans les affaires *Klöckner (I) c/ Cameroun* (décision d'annulation du 3 mai 1985, *ICSID Reports* vol. 2, p. 95), *Amco (I) c/ Indonésie* (décision d'annulation du 16 mai 1986, *ICSID Reports* vol. 1, p. 509) et *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Compagnie Générale des Eaux (Vivendi Universal) c/ Argentine (supra n°72)*. Mais les procédures sont parfois excessivement longues en raison des tentatives d'annulations. Une réflexion de réforme a donc été engagée, voir le papier y relatif sur <http://www.worldbank.org/icsid>.

<sup>83</sup> Cour fédérale du District de Columbia (Etats-Unis), *Ipitrade International S.A. c/ République Fédérale du Nigéria*, ordonnance du 25 septembre 1978, *International Legal Materials* vol. 17, 1978, p. 1395; Cour d'appel de La Haye (Pays-Bas), *N.V. Cabolent c/ National Iranian Oil Co.*, ordonnance du 28 novembre 1968, *International Legal Materials* vol. 9, 1970, p. 152, p. 161; TGI Paris, *SEEE c/ République Socialiste Fédérale de Yougoslavie*, ordonnance en référé du 6 juillet 1970, *Journal du Droit International* vol. 98, 1971, p. 131.

<sup>84</sup> G. DELAUME, «State Contracts and Transnational Arbitration», *American Journal of International Law* vol. 75,

d'investissement bilatérale, soit par une convention d'arbitrage ad-hoc), l'Etat concerné se soumet implicitement et *a priori* à toute instance nationale qui serait requise pour mettre en œuvre la sentence d'arbitrage.<sup>85</sup> D'ailleurs le législateur a confirmé cette approche protectrice des investissements dans un certain nombre de pays, et non des moindres. Ainsi, aux Etats-Unis<sup>86</sup>, au Royaume-Uni<sup>87</sup> et en Australie<sup>88</sup>, les législateurs respectifs ont introduit une présomption de consentement de l'Etat concerné dès lors que celui-ci s'est soumis à l'arbitrage.

L'*exequatur* est même entièrement superflu dans le cadre du CIRDI, et la question d'immunité de juridiction n'aura pas l'occasion de se poser: la Convention de Washington dispose en effet à l'article 54 §1 que tout Etat Contractant est tenu d'appliquer la sentence d'arbitrage rendue par le Centre, et notamment les obligations pécuniaires qu'elle impose, comme s'il s'agissait d'un jugement final rendu par l'une de ses juridictions internes. La justice et l'administration de l'Etat tiers (Partie à la Convention) devront donc agir comme s'il existait déjà un jugement final national à l'encontre de l'Etat mis en cause.

Même si ces éléments ne préjugent pas de la problématique de l'immunité d'*exécution* de l'Etat, qui peut interdire la saisie de certains biens dont dispose l'Etat hôte,<sup>89</sup> la possibilité de pouvoir *attirer* l'Etat en question devant une justice étrangère peut engendrer une pression politico-diplomatique utile à l'investisseur-créancier. L'Etat hôte verra en effet sa réputation mise en péril, car la **procédure est publique** et susceptible d'être suivie notamment par les autres investisseurs potentiels. Ce dernier aura donc tendance à se conformer rapidement à la décision rendue par le tribunal d'arbitrage telle que reconnue par le juge national en question.

A défaut d'arbitrage entre l'investisseur et l'Etat -ou si ce dernier refuse de se conformer à une sentence le condamnant- les règles de droit commun du droit international redeviennent applicables. A ce titre, l'Etat d'origine de l'investisseur peut alors faire valoir son<sup>90</sup> droit à ce que

---

1981, p. 784 et ss., p. 788, p. 815 et ss.

<sup>85</sup> Cet argument est tiré notamment de la Convention de New York du 10 juin 1958 relative à la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères, qui stipule en son article III que tout Etat Contractant reconnaît le caractère contraignant des sentences arbitrales étrangères et consent à leur application. Or, les sentences des tribunaux d'investissement sont toujours étrangères au regard du droit de l'Etat impliqué car la procédure ne se tient en principe pas sur le territoire d'une des Parties. Ladite Convention est très largement ratifiée.

<sup>86</sup> *Foreign Sovereign Immunities Act*, section 1605(a)(6) (cit. in: G. DELAUME, «Recognition and Enforcement of State Contract Awards in the United States: a Restatement», *American Journal of International Law* vol. 91, 1997, p. 476 et s., p. 487), tel qu'interprété dans le *Congressional Report on the legislation on sovereign immunity* (cit. in: M. SORNARAJAH, *op. cit. supra* n°81, p. 298, note de bas de page n°89).

<sup>87</sup> *State Immunity Act*, Section 9.

<sup>88</sup> *Australian State Immunity Act*, Section 17.

<sup>89</sup> Voir notamment l'article 55 de la Convention de Washington qui confirme l'applicabilité des règles nationales relatives à l'immunité d'exécution.

<sup>90</sup> Cet instrument qui peut paraître quelque peu anachronique dans un monde de relations transnationales et inter-individuelles est en réalité une fiction juridique tirée de l'idée ancienne selon laquelle le Prince pouvait exiger de ses homologues étrangers que ses sujets, s'ils se trouvaient sur leur territoire, soient traités dans le respect du

l'investisseur soit traité conformément aux obligations de l'Etat hôte par le biais de la **protection diplomatique**. Selon ce mécanisme, l'Etat d'origine prend donc fait et cause pour l'investisseur, se substitue en quelque sorte à lui dans la poursuite de la protection des investissements et peut le porter, le cas échéant, devant les instances inter-étatiques telles que la Cour internationale de Justice.<sup>91</sup> De cette manière, la problématique de non-conformité est élevée au niveau inter-étatique avec le poids politique que cela implique.

Certes, du point de vue de l'investisseur concerné, la protection diplomatique a une série d'inconvénients: D'abord, rien n'oblige son Etat d'origine à user de cette faculté, ni d'ailleurs que celui-ci fasse valoir tous ses droits et créances. En outre, rien ne garantit que la somme qui lui est allouée le cas échéant au titre de la protection diplomatique sera ensuite reversée intégralement à l'investisseur privé. Néanmoins, dans une perspective politique, l'existence même d'une telle procédure peut ajouter de la crédibilité aux démarches de l'investisseur, notamment vis-à-vis d'un pays en développement attaché à ses relations avec les Etats exportateurs de capitaux.

### 1.2.3. Les réalités du recouvrement contre un Etat: montant alloué et montant payé

L'effectivité de principe du droit international des investissements ainsi établie pourrait toutefois être rendue bien insignifiante si le recouvrement des créances détenues contre un Etat au titre d'une sentence arbitrale était illusoire.

On constate cependant qu'en cas de différend tranché en faveur de l'investisseur, ce dernier obtient généralement satisfaction, même s'il ne recouvre que rarement la totalité des sommes qui lui sont dues au titre de la sentence arbitrale. Il est en effet d'usage que les conseils de l'investisseur et les représentants de l'Etat hôte se réunissent suite à une telle décision afin de négocier un plan de paiement partiel.<sup>92</sup> Ce «*discount*» de souveraineté<sup>93</sup> est lié au fait que l'Etat hôte pourrait, le cas échéant, se retrancher derrière sa nature souveraine et, sinon faire obstacle à l'exécution des sentences, du moins ralentir les procédures engagées à cet effet. Or, en raison

---

droit. Il ne s'agit donc pas d'un droit de l'individu concerné mais de l'Etat dont il est ressortissant. Voir l'affaire *Mavrommatis* (Grèce c/ Royaume-Uni), arrêt du 30 août 1924 de la Cour Permanente de Justice Internationale, Série A n°2, p. 12; cf. également NGUYEN Q.D., P. DAILLER et A. PELLET, *Droit International Public*, op. cit. supra n°22, n°488.

<sup>91</sup> Voir CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power, Limited* (Belgique c/ Espagne), arrêt du 5 février 1970, *Rec.* 1970, p. 2, et *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Etats-Unis d'Amérique c/ Italie), supra n°74, p. 15.

<sup>92</sup> Cette pratique se distingue donc du règlement amiable par le fait qu'une sentence a déjà été rendue. Pour un cas de règlement amiable, donc préalable à la sentence finale, cf. l'histoire procédurale de l'affaire *Methanex c/ Canada* où les parties ont trouvé un accord suite à une sentence partielle relative à la juridiction du tribunal (sentence du 24 juin 1998, *International Legal Materials* vol. 38, 1999, p. 708 et s.), sur les questions d'admissibilité cf. T. WEILER, «The Ethyl Arbitration: First Of Its Kind And A Harbinger Of Things To Come», *The American Review of International Arbitration* vol. 11, 2000, p. 187 et s., voir aussi <http://www.naftalaw.org>.

<sup>93</sup> C. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, 1466 p., article 55, n°8, p. 1144-1145; W.L. CRAIG, «The Final Chapter in the Pyramids Case: Discounting an ICSID

notamment des frais légaux, l'investisseur préfère souvent obtenir un montant moindre, si en contrepartie le différend est réglé rapidement.

Dans les cas d'endossement de la relation d'investissement par l'Etat d'origine à l'aide de la protection diplomatique, les sommes réalisées demeurent, là aussi, souvent inférieures au montant réel du préjudice subi.<sup>94</sup> Cette pratique du *lump-sum agreement* est d'ailleurs tellement fréquente que certains sont allés jusqu'à mettre en doute la normativité de l'obligation d'indemnisation à hauteur de la valeur des biens expropriés, arguant du caractère coutumier de l'indemnisation partielle. Ce point de vue est cependant erroné car un Etat peut choisir de renoncer à son droit dans un cas d'espèce, sans que ce droit soit lui-même mis en cause *in abstracto*. Or, c'est là précisément ce que les règlements *lump-sum* ont pour objet: une renonciation à un droit dans un cas d'espèce, guidée éventuellement par des considérations politico-diplomatiques ou d'effectivité, bref des motifs d'opportunité.<sup>95</sup>

Ainsi, même si les sentences rendues en faveur des investisseurs font souvent l'objet d'une décote liée au caractère particulier de l'Etat-débiteur, la pratique tend à démontrer que le droit international des investissements est loin d'être un *jus nudum*, un droit purement théorique. On constate au contraire une véritable efficacité au bénéfice des investisseurs étrangers,

Le degré de respect du droit international des investissements, induite par l'intérêt propre des Etats d'accueil, est même suffisamment importante pour que certains s'en inquiètent: des enjeux transnationaux non financiers et juridiquement moins encadrés, comme notamment l'environnement, en souffriraient.<sup>96</sup> Si tel devait être le cas, la problématique vaudrait *a fortiori* pour les politiques publiques correspondantes des Etats d'accueil.

---

Award for Annulment Risk», *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* vol. 8, 1993, p. 264, p. 282 et ss.

<sup>94</sup> NGUYEN Q.D., P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit International Public, op. cit. supra* n°22, p. 771.

<sup>95</sup> Tel a été le cas notamment pour le règlement dans l'affaire des créances franco-russes, accords du 26 novembre 1996 et du 27 mai 1997, ce dernier stipulant d'ailleurs explicitement que la France «renonce» à certaines créances, ce qui présuppose en effet que celles-ci aient existé avant l'accord de règlement ou du moins que la France ait légitimement pu l'alléguer, cf. [http://finances.gouv.fr/archives/dossiersdepreste/emprunts\\_russes/historique.htm](http://finances.gouv.fr/archives/dossiersdepreste/emprunts_russes/historique.htm). Voir aussi P. SHAHRJERDI, «L'indemnisation à raison des mesures soviétiques de nationalisation ou d'expropriation à l'encontre de biens français», in: P. JUILLARD et B. STERN (dir.), *Les emprunts russes: Aspects juridiques*, CEDIN Paris I, Cahiers internationaux n°16, Pedone, Paris 2001, p. 89.

<sup>96</sup> Cette problématique fait l'objet d'attaques souvent violentes contre le droit des investissements de la part des ONG, sans pour autant avoir été étudiée en détail par les juristes. Pour la position des ONG, cf. notamment GREENFIELD, «The NAFTA ruling on Metalclad v. Mexico: The Broader Context», <http://www.stopftaa.org/article.php?id=37>; SELIGMAN, «How NAFTA Expansion Would Undermine Protection», <http://www.sierraclub.org/trade/ftaa/seligman.asp>; SFORZA et VALLIANATOS, «NAFTA & Environmental Laws: Ethyl Corp. v. Government of Canada – Chemical firm uses trade pact to contest environmental law», <http://www.globalpolicy.org/soecon/envronmt/ethyl.htm>; WERKSMAN, BAUMERT et DUBASH, «Will International Investment Rules Obstruct Climate Protection Policies?», *Climate Notes* (World

## **2. Les politiques publiques des Etats hôtes à l'épreuve du droit international des investissements: Dilemme entre impératifs contradictoires ?**

L'évolution du droit international des investissements, et son effectivité, sont ainsi caractérisés. Il est établi que les Etats d'accueil sont confrontés à des contraintes juridiques nouvelles vis-à-vis des investisseurs étrangers, contraintes qu'ils ne sauraient éluder en pratique. Ce n'est toutefois pas pour cette seule raison que les Etats d'accueil se trouvent aujourd'hui devant un dilemme. Car l'on pourrait estimer qu'il leur suffit, pour éviter toute difficulté, de se conformer à cette branche du droit, sans conséquences par ailleurs.

Il se trouve, cependant, que les exigences du droit international des investissements peuvent avoir des incidences sensibles dans d'autres domaines: Il s'agit de politiques sectorielles nombreuses et couramment pratiquées. Après en avoir dressé l'inventaire au regard des évolutions précitées, on s'attachera à préciser dans quelle mesure soit la protection des investissements, soit les politiques concernées elles-mêmes sont susceptibles de s'adapter à la contradiction dont ils souffrent. Cette démarche permettra enfin de mettre en évidence le substrat irréductible du dilemme, cœur du problème dont la portée devra être précisée.

### **2.1. Des politiques sectorielles mises en cause par la protection internationale des investissements**

En adoptant une définition large du traitement juste et équitable, et en considérant l'expropriation d'un investissement étranger établie même si elle est indirecte, rampante voire réglementaire, le droit international des investissements, de fait, s'intéresse à l'application de la plupart des politiques publiques, dès lors qu'elles font préjudice à un ou plusieurs investisseurs étrangers.

#### *2.1.1. La politique fiscale*

La fiscalité est sans doute l'un des premiers éléments auxquels s'intéressera l'investisseur étranger potentiel. Il s'agit d'ailleurs même souvent de l'un des aspects qui peut rendre l'Etat d'accueil plus compétitif que le pays d'origine d'un investisseur, et inciter ainsi à la délocalisation. D'où l'intérêt que peut montrer le droit international des investissements pour la fiscalité, et ce à plusieurs titres.

Si la fiscalité de l'Etat d'accueil, quel que soit le taux d'imposition appliqué à l'investisseur concerné, est **excessivement complexe, opaque, voire que ses règles sont contradictoires**, son application pure et simple par l'Etat d'accueil peut être considérée incompatible avec le droit international des investissements au titre du traitement juste et équitable. Cela n'exonère toutefois pas l'investisseur de l'obligation de se renseigner, si besoin est à l'aide d'avocats, sur l'état du droit fiscal dans l'Etat d'accueil. La complexité en elle-même n'est donc pas constitutive d'une violation du droit des investisseurs étrangers à cet égard.

**Etude de cas: affaire *Occidental Exploration c/ Equateur*<sup>97</sup>**

**Les faits:** L'investisseur avait fait l'objet de remboursements réguliers au titre de la TVA, remboursements qui avaient ensuite non seulement été interrompus, mais encore rétroactivement annulés au motif qu'ils avaient été versés à tort par la décision d'origine.

**La sentence:** Le tribunal a considéré qu'il s'agissait là d'un comportement contraire au traitement juste et équitable imposé par la convention bilatérale d'investissements applicable. L'Etat d'accueil s'est donc vu sanctionné non pour le contenu de la norme, en soi irréprochable, mais pour l'application pratique, et en l'occurrence peu transparente, qui en a été faite par l'administration. On ignore cependant si la seule interruption de remboursement aurait suscité le même résultat. Vraisemblablement, ce n'est que le cumul des deux mesures qui a déclenché la qualification retenue par la tribunal d'arbitrage.

Même en cas d'une **fiscalité très favorable initialement** -soit que le taux appliqué à l'investisseur est bas, soit que les exonérations ou les remboursements dont il bénéficie sont importants-, l'Etat d'accueil pourra encourir une sanction indemnitaire au titre de l'expropriation, si tant est que l'investisseur s'en trouve privé de la jouissance effective de ses biens et avoirs. Si, en revanche, la fiscalité de l'Etat d'accueil est lourde dès la constitution de l'investissement, le droit international pourra sanctionner ce régime au titre de l'interdiction de fiscalité excessive figurant dans les plus récentes conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements.<sup>98</sup>

L'Etat d'accueil peut également être sanctionné pour une **fiscalité discriminatoire**. Toutefois, soyons clairs sur ce point: n'est discriminatoire que la mesure qui traite différemment

<sup>97</sup> *Occidental Exploration and Production Co. c/ République d'Equateur*, supra n°48.

<sup>98</sup> Conventions du Canada, voir supra n°69.



deux cas *comparables* sans qu'il y ait de *justification* objective qui puisse être livrée par l'Etat d'accueil à cet égard. Il est toutefois concevable que ces deux conditions soient réunies notamment en cas de:

- **contrôle fiscal en réaction à une assignation de l'Etat par l'investisseur visé:**

Ce cas est susceptible d'être considéré contraire au droit international non pas parce que d'autres investisseurs ne font pas l'objet d'un contrôle -ce traitement différentiel est dans la nature du contrôle et justifié par son objet-, mais pour la raison ayant motivée le contrôle, à savoir l'utilisation, par l'investisseur, de ses droits de recours. Dans ces circonstances, le contrôle s'analyse comme une discrimination, voire un déni de justice, même si ce motif est difficile à prouver en pratique.<sup>99</sup>

Dans des conditions semblables, mais à défaut de preuve de la mauvaise foi de l'Etat d'accueil, le contrôle fiscal pourra néanmoins faire l'objet d'une indemnisation au titre de la violation du traitement juste et équitable, si les procédures mises en œuvre par l'Etat hôte parallèlement à l'instance d'arbitrage sont insuffisamment transparentes et indûment virulentes.<sup>100</sup>

- **exonérations discriminatoires:** Il serait contraire aux clauses du traitement national ou de la nation la plus favorisée et, en tout état de cause, au traitement juste et équitable<sup>101</sup> pour un Etat de pratiquer des exonérations fiscales différentes dans des cas comparables, alors que les mêmes normes fiscales demeurent applicables.

Toutefois, alors qu'un traitement différentiel peut facilement être démontré, il peut s'avérer très difficile pour l'investisseur de prouver qu'il s'agit aussi d'une discrimination sachant que les circonstances ne sont jamais entièrement équivalentes et qu'il faudrait, par conséquent, convaincre le tribunal d'arbitrage appelé à statuer que les différences constatées ne sont *pas de nature à justifier* le traitement différentiel en l'espèce. Les principes généraux de procédure voudraient certes qu'une fois un traitement différentiel établi par le requérant, ce soit le défendeur, donc l'Etat d'accueil qui administre la preuve d'une justification pour éviter la qualification de discrimination, mais les tribunaux d'arbitrage

---

<sup>99</sup> Voir la remarque du tribunal dans *Pope & Talbot c/ Canada*, *supra* n°63, dans une affaire où le contrôle fiscal a été engagé par l'Etat d'accueil après que l'investisseur ait initié une instance d'arbitrage, §181.

<sup>100</sup> *Ibid.*, §181.

<sup>101</sup> Le recours au traitement juste et équitable peut s'avérer nécessaire si un investisseur étranger fait l'objet d'exonérations discriminatoires par rapport à un autre investisseur étranger du même Etat d'origine.

demandent souvent à l'investisseur de démontrer la discrimination ou ne déterminent pas la charge de la preuve.<sup>102</sup>

### 2.1.2. *La politique monétaire*

Le régime monétaire n'est pas neutre au regard du droit international des investissements. Il s'avère en effet que de nombreux investissements étrangers sont constitués sur le fondement d'attentes relatives à la possibilité de réexportation des produits de l'établissement, ou de rapatriement des bénéfices. Or, l'investisseur requiert d'une part le consentement de l'Etat d'accueil pour pouvoir constituer des flux financiers sortant du pays, d'autre part ces flux s'accompagneront généralement<sup>103</sup> d'une opération de change vers une monnaie autre que celle utilisée par l'implantation dans le pays d'accueil. Le droit international des investissements protège ces opérations, et cela restreint l'Etat d'accueil dans l'exercice de ses compétences.

Ainsi, les **restrictions des transferts et des changes** portant atteinte au traitement et à la liberté de mouvements garantis aux investissements étrangers et des bénéficiaires qui s'en dégagent, sont contraires au droit international des investissements. Les **réévaluations de la monnaie nationale** peuvent également être internationalement illicites, et ce dès lors qu'elles sont imputables aux autorités de l'Etat d'accueil et que l'investisseur lésé par elles avait pu avoir la légitime attente qu'une telle manipulation n'allait pas intervenir pendant la durée de vie de son investissement. En effet, un investisseur aura souvent établi, en amont de l'établissement dans une économie d'accueil, des estimations de ses bénéfices par rapport à la monnaie ayant cours dans ce pays. Or, alors que les fluctuations normales du marché des devises<sup>104</sup> relèvent du risque purement économique pour lequel l'Etat d'accueil n'a, *a priori*, aucune responsabilité<sup>105</sup>, les politiques monétaires activement engagées par les Etats d'accueil entrent, quant à eux, dans le champ de la protection internationale des investissements. Il s'agit notamment de:

---

<sup>102</sup> Voir par exemple *Loewen c/ Etats-Unis*, affaire ARB(AF)/98/3, sentence rendue dans le cadre du CIRDI le 26 juin 2003, <http://www.naftalaw.org>, §140; *S.D. Myers c/ Canada*, *supra* n°61, §253-255, un exemple contraire où la distinction est opérée de manière très précise se trouve cependant dans l'affaire *Feldman c/ Mexique*, *supra* n°68, §176.

<sup>103</sup> Sauf dans le cas d'une implantation dans un pays où la même monnaie que dans le pays d'origine de l'investisseur a cours, ou lorsque l'investissement est régi par des règles exorbitante du droit commun (zone économique spéciale) grâce auxquelles l'investisseur peut directement facturer ses services dans une monnaie internationalement utilisée (\$ des Etats-Unis, Euros, Livres Sterling ou Yen).

<sup>104</sup> Depuis l'effondrement du système étalon-or sur lequel reposaient les institutions de Bretton Woods (FMI, Banque mondiale) jusqu'en 1971, les monnaies sont en principe en flotte libre sur le marché international des devises et peuvent, par conséquent, faire l'objet de réévaluations ou dévaluations relatives sans que l'Etat intervienne.

<sup>105</sup> Les Etats pourront tout au plus chercher, avec des résultats généralement très limités, de maintenir une certaine stabilité des changes en participant, par le biais de leurs banques centrales, au marché des devises. Ainsi, en rachetant par exemple leur propre monnaie contre des devises étrangères (dont les stocks détenus ne suffisent toutefois que rarement pour avoir une réelle incidence notamment vis-à-vis des hedge funds très fortement capitalisés), les banques centrales peuvent tenter de freiner une spéculation au détriment de leur monnaie.



- **dévaluations compétitives**: alors que ces opérations, par ailleurs tout à fait licites au regard du droit international monétaire, bénéficient aux exportations qui deviennent plus abordables pour les clients étrangers, elles sont très préjudiciables aux opérations d'investissement tournées vers le marché intérieur. En effet, un investisseur étranger qui constitue un investissement avant une dévaluation (et change donc sa monnaie d'origine à taux élevé vers la monnaie du pays d'accueil), en s'attendant à pouvoir rapatrier son bénéfice à un taux comparable, est fortement pénalisé par une dévaluation.

Le droit international des investissements en tient compte et peut l'indemniser, dès lors que son attente de stabilité monétaire était légitime, comme c'est le cas notamment en cas d'engagements gouvernementaux en ce sens.

- **découplages (*de-pegging*)** par rapport à une monnaie de référence: cette opération consiste à mettre en flotte libre une monnaie qui auparavant bénéficiait d'un taux de change fixe par rapport à une monnaie de référence.<sup>106</sup> Un investisseur étranger ayant constitué son implantation dans un pays adhérant à un tel régime avant le découplage, et ayant compté sur la stabilité du taux, verra ses prévisions devenir caduques. Cela vaut *a fortiori* si l'investisseur a consenti, dans un contrat de concession avec les autorités de l'Etat hôte par exemple, à une tarification fixe dans la monnaie du pays d'accueil. Tel a été le cas notamment d'investissements effectués dans certains pays d'Amérique latine, qui prônaient la stabilité monétaire en couplant leur monnaie nationale au dollar des Etats-Unis. Or, en privatisant certains services publics (télécommunications, fourniture en eau ou en électricité), ils avaient veillé à demander aux investisseurs étrangers un plafond de tarification libellé en monnaie nationale. Le découplage intervenu suite à une crise monétaire a résulté en un effondrement de la valeur relative de la monnaie concernée, associée à une inflation interne très importante. L'investisseur a ainsi vu son investissement dévalorisé en grande partie.

---

<sup>106</sup> Ce taux de change fixe n'est en réalité qu'une fiction, sachant que l'Etat ne peut ni éliminer, ni contrôler le marché des changes international. Il peut toutefois garantir, par le biais de sa banque centrale, que toute unité de sa monnaie nationale sera acceptée et changée en dollars par exemple, à un taux fixe, généralement plus favorable que le taux normal du marché. Ce système suppose toutefois des réserves considérables en monnaie de référence et une crédibilité de la stabilité économique du pays. En effet, dès lors que ce dernier élément vient à manquer, la pression de change, en provenance à la fois des investisseurs et de la population préférant les dollars à la monnaie nationale, aura pour conséquence inéluctable l'effondrement du taux fixe, la banque centrale ne pouvant plus répondre aux demandes.

### 2.1.3. La politique de concurrence et du contrôle des marchés

De fortes interactions sont également envisageables entre le droit international des investissements et la politique de concurrence. Cette politique, qui vise à maintenir une structure saine des marchés et protège ainsi le consommateur, a pour corollaire inévitable la restriction des libertés des opérateurs économiques, surtout lorsqu'ils ont un pouvoir du marché démesuré et sont ainsi susceptibles de manipuler les prix. Or, dans les économies importatrices de capitaux, ce sont fréquemment les investisseurs étrangers qui occupent cette position. Par conséquent, les multiples facettes de la politique de concurrence se heurtent potentiellement à leurs intérêts.

Il en est ainsi d'abord de l'**action anti-monopolistique**, qui a généralement deux volets: d'une part le contrôle des fusions-acquisitions afin d'éviter le développement d'opérateurs détenant une position dominante sur les marchés<sup>107</sup>, d'autre part un contrôle très rapproché des opérateurs qui détiennent d'ores et déjà une telle position.<sup>108</sup> L'**interdiction des ententes**<sup>109</sup> en est le complément naturel: il vise en effet à prévenir l'apparition de «monopoles virtuels» composés de plusieurs opérateurs agissant de manière parallèle, notamment par fixation commune des prix. Cette action trouve enfin son corollaire financier dans le **contrôle des opérations boursières**.

Le **contrôle du ratio prix/coût** est un autre aspect fréquent des politiques de concurrence<sup>110</sup> qui intéresse les investisseurs étrangers. Il s'agit notamment d'éviter que l'opérateur n'évince ses concurrents, par une politique de prix de redistribution inférieurs au coût d'achat ou de production (*dumping*). Enfin, le contrôle des méthodes concurrentielles des opérateurs relève de cette politique. La politique de concurrence de certains Etats<sup>111</sup> permet en effet de surveiller et de restreindre les pratiques de commercialisation des opérateurs.

Le droit international des investissements peut faire obstacle à tous ces aspects de la politique de concurrence, notamment lorsqu'elle n'est **pas conforme aux textes ou aux explications qui en avaient été livrées** par l'Etat d'accueil dans la phase pré-investissement. Il en est de même lorsque la politique de concurrence est exercée de façon **arbitraire ou**

---

<sup>107</sup> Cf., pour le niveau de l'Europe communautaire, le règlement (CEE) n°4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des fusions.

<sup>108</sup> Cf. article 82 du Traité instituant la Communauté Européenne du 25 mars 1957 (Traité de Rome), tel que modifié par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997.

<sup>109</sup> Cf. article 81 du Traité instituant la Communauté Européenne du 25 mars 1957 (Traité de Rome), tel que modifié par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997.

<sup>110</sup> Quitte à imposer des tarifs maximums aux opérateurs comme cela se pratique notamment dans les marchés de l'électricité californien (avec les conséquences désastreuses pour la sécurité d'approvisionnement qu'on connaît) ou de la grande distribution française.

<sup>111</sup> Voir par exemple la loi relative à la concurrence illoyale (*Gesetz über den unlauteren Wettbewerb - UWG*) allemande, qui comprend une clause générale et interdit notamment certaines formes de publicité comparative (induisant le consommateur en erreur sur les qualités des produits concurrents).

**discriminatoire.** En outre, l'Etat d'accueil doit éviter une politique de concurrence **équivalente à une expropriation** et opérée sans indemnisation. Ce cas de figure est envisageable notamment dans le cadre des opérations de contrôle des prix lorsque celles-ci ne répondent pas à une concertation suivie d'un engagement volontaire des opérateurs. Une revue à la baisse excessive des prix, qui priverait l'investissement de toute sa valeur escomptée, revient alors à une expropriation requérant une indemnisation.

**Etude de cas: La loi (française) n°2000-108 du 10 février 2000  
relative à la modernisation et au développement du service public**

**Les faits:** En son article 2 III 1°, ce texte dispose que les producteurs, y compris non nationalisés, sont tenus de fournir l'électricité au même tarif à tous les clients en opérant une péréquation nationale. L'article 4 I du texte prévoit un plafond de tarification à concrétiser par décret. Enfin, en son article 6 III, la loi exclut toute indemnisation pour les mesures d'urgence prises par le Ministre en cas de crise grave.

**Analyse au regard du droit international des investissements:** Les dispositions de contrôle de prix des articles 2 III 1° et 4 I du texte pourraient poser problème pour un investisseur étranger implanté en France avant l'édiction du texte. Toutefois, en raison du monopole d'EDF prévalant en 2000, aucun investisseur étranger n'est dans ce cas. Les investisseurs venus s'implanter depuis lors doivent, quant à eux, s'attendre à un plafonnement de la tarification et à des restrictions dans la distinction des prix conformément à cet texte. Ils ne sauraient par conséquent arguer d'une violation du traitement juste et équitable, même si le tarif-plafond venait à changer en raison du décret prévu à l'article 4 I de la loi.

Le droit international impose toutefois une indemnisation si le tarif était revu à la baisse de manière suffisamment radicale pour priver l'investisseur de toute chance raisonnable d'obtenir quelque bénéfice.

L'article 6 III, quant à lui, n'est pas contraire à la protection des investissements en tant que tel, mais une violation serait automatiquement réalisée par sa mise en œuvre. En effet, le droit international des investissements ne prévoit aucune possibilité d'éluder l'indemnité pour expropriation, même -et surtout pas, devrait-on dire- en cas d'urgence (telle que définie par l'Etat d'accueil lui-même). Ainsi, les autorités devraient éviter de prendre des mesures d'effet spoliatoires contre un investisseur étranger sur ce fondement (réduction massive des tarifs sous prétexte d'urgence, obligation de fournir de l'électricité gratuitement aux administrations à tel point que les ventes par ailleurs sont insuffisantes pour générer un bénéfice, réquisitions de

longue durée...) sous peine de se voir sanctionner par les tribunaux d'arbitrage.

Enfin, l'Etat d'accueil se doit d'être vigilant quant aux **politiques de concurrence mises en place après l'installation de l'investisseur**. Dans ce cas, le traitement de l'investisseur peut être considéré injuste et inéquitable s'il pouvait légitimement s'attendre à ne pas faire l'objet d'une telle politique. Ce cas devrait toutefois être très rare pour les investissements récemment opérés dans un secteur concurrentiel. En effet, il est connu des investisseurs que, dans une perspective de bonne gouvernance, des administrations économiques veillant à l'essor des marchés en de bonnes conditions sont appelées à se développer. Ils ne peuvent donc pas s'attendre à ce que l'on les laisse opérer dans un vide réglementaire, même si tel devait être le cas lors de leur installation. En revanche, deux cas spécifiques peuvent poser problème:

- Un **investisseur anciennement implanté** dans l'Etat d'accueil en question, et dont les activités avaient été structurées *ab initio* dans l'attente d'un maintien de la situation de liberté concurrentielle totale.<sup>112</sup> L'investisseur qui se trouve dans ce cas peut avoir tablé sur sa position dominante pour ses calculs prévisionnels.

Il est alors concevable que les tribunaux s'intéressent de près au traitement juste et équitable incombant à l'Etat d'accueil si celui-ci change profondément la donne en termes de structure concurrentielle, voire à la question d'expropriation si la nouvelle réglementation de concurrence impose la cessation totale des activités de l'investisseur. Toutefois, dans la plupart des cas, il faudrait sans doute considérer une telle situation comme la réalisation d'un risque économique non-indemnisable par l'Etat. Un élément doit en effet venir s'ajouter pour un constat de violation: les circonstances de l'introduction de la nouvelle réglementation doivent être très défavorables à l'investisseur, de manière à lui rendre une préparation (par restructuration des activités, conseil juridique...) impossible. Il en serait ainsi notamment si l'Etat introduisait des normes de concurrence à *caractère rétroactif* ou sans prévoir de *dispositions transitoires*.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Concernant l'Europe communautaire, il est intéressant de noter que le Traité de Rome ne contenait pas de dispositions applicables au contrôle des fusions et que les organes communautaires se sont fondés sur l'art. 235 du Traité (aujourd'hui l'article 308), qui permet de prendre toutes les mesures nécessaires pour le marché commun, pour édicter le règlement visé *supra*. Par conséquent, un investisseur d'un Etat tiers, s'il s'est établi sur le territoire communautaire avant l'entrée en vigueur de ce règlement, ne pouvait pas nécessairement prévoir de devoir affronter, à l'avenir, un contrôle des fusions-acquisitions au niveau communautaire, sous réserve de la jurisprudence préexistante de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Une telle entreprise soumise *a posteriori* au contrôle fusions-acquisitions communautaire pourrait vouloir opposer le droit international des investissements aux autorités bruxelloises.

<sup>113</sup> En revanche, le droit international des investissements ne protège pas mécaniquement les «droits acquis» de l'investisseur face à l'administration de l'Etat d'accueil. Ce concept n'est pas compris dans la notion de traitement juste et équitable, car elle rendrait vaine toute tentative de l'Etat d'accueil de modifier son cadre

• Un **investisseur bénéficiaire d'une concession exclusive** de l'Etat d'accueil auquel on oppose soudainement son caractère monopolistique pour imposer, par exemple, des baisses de tarif. Ce cas est d'une importance particulière, car le modèle de concession a fréquemment, et encore récemment<sup>114</sup>, été utilisé pour les opérations de privatisation des grandes infrastructures de l'Etat. Or, en cas de concession exclusive, l'investisseur est inéluctablement dans une position de monopole, ce qui implique que le prix qu'il facture pour ses services n'est pas fixé par le libre jeu de l'offre et de la demande. Si les autorités de concurrence de l'Etat lui imposent ultérieurement des conditions, restrictions ou sanctions à ce titre, elles agissent de manière contradictoire par rapport au marché de concession. L'investisseur peut alors faire valoir la clause de traitement juste et équitable.

#### 2.1.4. *La politique des faillites et procédures collectives*

La gestion des entreprises en cessation de paiement ou considérées comme telles a, elle aussi, une incidence directe sur l'investisseur étranger. En effet, l'investisseur peut lui-même être en cessation de paiement ou il peut faire partie des créanciers de l'entreprise concernée.

La **mise en liquidation unilatérale par l'administration ou la provocation de celle-ci par réquisition préalable** peut ainsi constituer une expropriation impliquant une indemnisation de l'investisseur, dès lors que l'entreprise n'avait pas, sans cette intervention, à craindre une cessation de paiement, et que l'investisseur est définitivement privé de l'exercice de ses droits de propriété.<sup>115</sup> Il en va ainsi notamment d'une vente forcée de l'investissement suite à la mise en liquidation. Lors de l'évaluation de l'indemnisation, le tribunal tiendra toutefois compte de la dégradation éventuelle de la situation financière de l'entreprise.

Par ailleurs, la **procédure collective devant le juge doit répondre aux critères de la bonne administration de la justice**. Il s'agit en effet d'une procédure à caractère judiciaire visant à distribuer les actifs aux créanciers à défaut de redressement. Or, cela ne se distingue pas fondamentalement de la nature d'un procès civil ordinaire pour créance contractuelle si ce n'est par la saisine particulière qui peut intervenir d'office et par les règles applicables sur le fond (ordre de priorité des créances notamment). Il devra donc notamment être veillé à la non-

---

juridique -corollaire essentiel de la liberté normative de l'Etat- face aux investisseurs déjà installés.

<sup>114</sup> Notamment, l'Argentine et le Vénézuéla en ont fait usage dans les années 1990 pour leurs réseaux d'eau et d'autoroutes respectivement.

<sup>115</sup> CIJ, *Elettronica Sicula* (Etats-Unis c/ Italie), *supra* n°74, p. 71, §119: La Cour n'a pas constaté d'expropriation en l'espèce parce que la situation financière de l'entreprise en question était suffisamment dégradée pour justifier la liquidation. Le lien de cause à effet entre les actes de l'Etat (mise en liquidation par réquisition) et la

discrimination de l'investisseur-créancier lors de la distribution des actifs et au droits de défense de l'investisseur-débiteur.<sup>116</sup>

Les **actes du liquidateur**, en tant que mandataire de la justice ou de l'administration<sup>117</sup>, sont imputables à l'Etat d'accueil quel que soit le statut du liquidateur (fonctionnaire, notaire, avocat...). Par conséquent, l'Etat devra encadrer son action par voie normative et veiller au respect des règles ainsi définies sous peine d'être sanctionné pour traitement injuste et inéquitable. Notamment, il devra être veillé à ce que le liquidateur lui-même n'use pas des actifs d'une société étrangère de manière excessive, notamment lorsque celle-ci est mise en *redressement* et que l'objectif affiché de l'intervention étatique est donc une poursuite des activités de l'entreprise. C'est là une conséquence du fait que le droit international des investissements cherche à imposer aux Etats d'accueil de rester fidèle à leurs propres propos.

En revanche, le seul fait que le liquidateur soit rémunéré par la société mise en liquidation ne paraît pas contraire à la protection de l'investissement car la société doit en principe être considérée seule responsable de l'état de cessation de paiement, et c'est donc elle qui doit en subir les conséquences. En d'autres termes, une rémunération du liquidateur par l'Etat d'accueil reviendrait à conférer une subvention à la société en difficulté, et aucune obligation internationale n'existe à cet égard.

#### 2.1.5. *La politique d'incitation aux investissements internationaux*

Il peut sembler paradoxal que les règles internationales relatives à la protection des investissements puissent entraver précisément la politique sectorielle qui vise à inciter de *nouveaux* investisseurs privés à s'installer dans le pays concerné. Mais, au nom des droits des investisseurs *existants*, la protection internationale des investissements peut en effet agir comme une barrière à l'entrée de *nouveaux* investisseurs.

- Ainsi, l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, établi dans le cadre de l'OMC, interdit en principe aux Etats parties de proposer aux nouveaux investisseurs des **subventions** dès lors que celles-ci seraient liées aux exportations potentielles.<sup>118</sup>

---

disparition définitive de la jouissance des droits de propriété faisait donc défaut.

<sup>116</sup> Pour plus de détails, voir Politique judiciaire, *infra* 2.1.9.

<sup>117</sup> Même si le liquidateur est mis en place à la demande des créanciers, il tire ses pouvoirs unilatéraux de l'Etat qui les lui confère par le biais du droit des procédures collectives et généralement un acte de nomination.

<sup>118</sup> Ces *performance requirements* sont jugées nocives dans la mesure où elles pourraient restreindre la capacité de l'investisseur étranger de s'implanter durablement sur le marché de l'Etat hôte et, *in fine*, être incompatible avec le principe de traitement national de l'investisseur. Or l'Etat hôte peut souhaiter imposer de telles mesures pour des raisons de politique intérieure ou économique (stabilité politique, système économique particulier). La Chine a longtemps pratiqué cette politique avant son accession, aujourd'hui imminente, à l'OMC. Pour le texte conventionnel, voir [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm).

- L'Accord OMC sur les mesures concernant les investissements liées au commerce, quant à lui, interfère avec la possibilité de l'Etat hôte de **contracter avec l'investisseur potentiel des obligations spécifiques** (en termes d'exportations, de pourcentage de produits internes utilisés dans la production etc.).

Les **zones économiques spéciales / zones franches** visant à attirer des investisseurs étrangers nouveaux correspondent, elles aussi, à une politique pouvant intéresser la protection internationale des investissements. Il s'agit d'un effet d'une discrimination, même si elle *a priori* «positive», c'est-à-dire en faveur des investisseurs étrangers. Mais dès lors que l'Etat d'accueil y impose des normes plus contraignantes que dans le reste du territoire, notamment environnementales et de travail, l'investisseur semble se trouver face à une violation du traitement national.

Les tribunaux ont toutefois jusqu'ici considéré qu'un traitement différentiel ne violait pas cette règle tant que l'investisseur étranger et l'investisseur national servant de comparaison ne sont pas dans une situation économique et juridique rigoureusement semblables. Or, dans le cas de figure décrit, l'investisseur étranger investit nécessairement dans un contexte différent que l'investisseur national hors de la zone spéciale (différence géographique). Cela dit, cette jurisprudence pourrait évoluer car la règle de traitement national resterait pratiquement sans effets si elle ne pouvait pas tenir compte du fait que l'investisseur étranger n'a souvent pas la possibilité d'agir sur le territoire où s'implantent les investisseurs nationaux. Il serait donc bien facile pour l'Etat d'accueil de se soustraire à la règle s'il obligeait systématiquement les étrangers à s'implanter dans des zones spéciales, donc automatiquement «incomparables».

#### 2.1.6. *Les opérations de privatisation du secteur public*

En principe, le droit international des investissements n'est pas conçu pour répondre aux problèmes pouvant se poser dans le cadre d'une privatisation. En effet, il ne s'agit pas ici de retirer des droits à l'investisseur, mais de lui en *donner* par une cession d'actifs auparavant détenus par l'Etat en cause. Toutefois, des situations peuvent se présenter où un investisseur étranger, voire même un investisseur potentiel, sont lésés du fait des modalités d'une telle opération de privatisation.<sup>119</sup> Le droit international des investissements peut alors entrer en jeu.

---

<sup>119</sup> C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Commission Européenne s'intéresse de près aux procédures de marché public appliquées par les Etats membres, y compris aux privatisations. Voir T. STEADMAN, «Erfahrungen mit Public Private Partnership in Großbritannien», in: J. ZIEKOW (éd.), *Public Private Partnership -Projekte, Probleme, Perspektiven-*, Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, Spire 2003, 418 p., p. 9 et ss. (p. 16).



Il en est ainsi notamment lors d'une **discrimination en phase d'appel d'offres**. Ce problème est très épineux car l'Etat d'accueil peut avoir des raisons pour souhaiter exclure les investisseurs étrangers ou limiter leur accès aux biens et avoirs publics mis en vente. La discrimination peut prendre la forme d'une condition de nationalité explicite ou s'exprimer de manière moins ostensible, comme par exemple par des conditions de forme très contraignantes et rendant impossible à l'investisseur étranger de présenter les pièces requises (preuve de paiement des taxes locales, inscription à la chambre de commerce, d'industrie ou d'artisanat nationales...).

Certes, le droit international des investissements ne se saisit aujourd'hui que partiellement de cette problématique car subsiste le principe aux termes duquel nul Etat n'est obligé d'accepter sur son territoire un investisseur étranger. Des exceptions sensibles apparaissent cependant. D'une part, les Etats-Unis ont conclu des conventions bilatérales d'investissement qui étendent le bénéfice du traitement national à la phase pré-investissement. Cela interdit toute exclusion d'un investisseur américain du processus de privatisation au seul motif qu'il est étranger ou, *a fortiori*, américain. D'autre part, pour les investisseurs qui ne jouissent pas de ce privilège, il semble qu'un investisseur étranger *déjà présent* sur le territoire de l'Etat privatisant doit en tout état de cause jouir du traitement national et donc avoir accès de manière équivalente aux appels d'offre adressés aux opérateurs économiques internes, sauf s'il s'agit d'un secteur de production exclu du champ d'application de la norme de traitement national (souvent défense, nucléaire...).

La **présentation d'informations induisant l'acheteur en erreur** intéresse également la protection internationale des investissements. En effet, dès lors que l'investisseur étranger est en mesure de participer à une opération de privatisation, l'Etat d'accueil est tenu, au titre du traitement juste et équitable, de lui présenter des informations fiables sur lesquelles il fondera, le cas échéant, sa décision d'investissement. Il n'est guère pertinent qu'il s'agit là d'une phase pré-contractuelle car la convention de protection des investissements ne requiert pas, en tant que condition d'applicabilité, qu'un contrat ait d'ores et déjà été conclu.

La **violation d'engagements contractuels de l'Etat vis-à-vis de l'acheteur** n'est pas moins problématique. Car une fois un accord de privatisation conclu entre l'investisseur étranger d'une part, et l'Etat d'accueil ou une émanation de celui-ci d'autre part, l'Etat a, en principe, l'obligation de donner suite aux engagements ainsi souscrits. Cela découle d'ailleurs avant tout du droit interne applicable au contrat en question -en général le droit de l'Etat d'accueil où se situent d'ailleurs les actifs cédés au titre de la privatisation-, et non pas du droit international. Ce dernier ne fait que garantir que l'Etat d'accueil ne modifie pas de manière arbitraire et



imprévisible son cadre juridique interne de manière à se soustraire aux stipulations contractuelles de droit interne qu'il avait auparavant acceptées. Plusieurs cas de figure sont imaginables à ce titre:

- Premièrement, l'Etat pourrait contrevenir à la stipulation principale de l'opération de privatisation, à savoir celle qui oblige l'Etat de transférer les titres de propriétés à l'investisseur-cessionnaire (actions, parts sociales...).
- Deuxièmement, l'Etat pourrait vouloir revenir sur une concession -ou une délégation de service public selon la terminologie du droit administratif français- attribuée à l'investisseur parallèlement à la privatisation, et qui garantissait de pouvoir fournir une prestation grâce aux actifs cédés (eau, gaz, électricité, communications, transports...).
- Troisièmement, l'Etat pourrait souhaiter remettre en cause des stipulations annexes aux deux catégories d'obligations précitées, par exemple relatives à la fiscalité (exonérations ou autorisations de reports de pertes dérogatoires du droit commun...) ou des promesses de contrats futurs qui auraient permis de développer le potentiel des actifs privatisés.

Dans les trois cas de figure, l'Etat d'accueil -et quelles qu'en soient ses motivations- est revenu sur des obligations qu'il avait lui-même souscrites. En droit interne, cela peut ne pas poser de problème. En effet, dans les grands systèmes juridiques, repris à cet égard pour la plupart des droits internes, l'Etat a en principe toujours le droit de revenir sur ses engagements de manière unilatérale, et s'il le fait par voie législative cela ne déclenche généralement même pas de droit à indemnité au profit des personnes privées éventuellement lésées.<sup>120</sup>

Le droit international des investissements ne s'attaque que partiellement à ces cas : certes, le cas où l'Etat omet de transférer la propriété comme il s'y était engagé revient à exproprier l'investisseur de la créance, ce qui ouvre droit à indemnisation au titre de la convention de protection des investissements. En ce qui concerne toutefois les autres cas de figure évoqués, la situation est plus complexe. En effet, le droit contractuel n'est pas protégé *en tant que tel* par le droit international. Mais l'investisseur peut se prévaloir des conventions lorsque celles-ci élèvent

---

<sup>120</sup> Voir pour le droit français, CE Ass., *Soc. Des Produits laitiers La Fleurette*, décision du 14 janvier 1938, D 1938.3.41, concl. Roujou; cf. également R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 15ème édition, Montchrestien, Paris 2001, 1427 p., n°1517: La responsabilité du fait des lois est reconnue en principe, mais il suffit au législateur d'exclure lui-même toute possibilité de réparation au titre du texte dommageable pour que le juge soit dans l'incapacité d'indemniser. Pour le droit allemand, voir l'article 34 *Grundgesetz* (loi fondamentale de 1949) aux termes duquel seul l'acte des pouvoirs publics visant un tiers donne lieu à réparation. Or, selon l'interprétation de la Cour fédérale, la loi, qui est d'effet général, n'a pas de liens suffisamment individualisés avec un tiers pour suffire à cette condition.

au niveau du droit international la stipulation contractuelle (par l'effet d'une clause de couverture), ou lorsque le cadre juridique général change de manière suffisamment abrupte et imprévisible pour que cela semble contraire au traitement juste et équitable, voire constitutif d'une expropriation. Il en serait ainsi notamment si une concession était annulée de manière précoce, alors que l'investisseur n'a pas encore eu l'occasion de faire ses preuves en termes de service public rendu à ce titre.

#### 2.1.7. *La politique de l'environnement*

La protection de l'environnement est un problème particulièrement ambigu car les investisseurs étrangers peuvent avoir, à son égard, des intérêts contradictoires. D'une part, il a pu être dit que certains investisseurs recherchaient des pays d'accueil moins sourcilleux quant aux normes environnementales afin de rentabiliser des produits qui sont dépassées par les normes dans le pays d'origine. D'autre part, les investisseurs chercheraient également à s'implanter dans un cadre environnemental suffisamment sain pour pouvoir attirer des ressources humaines de bonne qualité, et, bien souvent, afin d'écouler leurs produits sur le marché de leur pays d'origine.

Quoi qu'il en soit du bien-fondé de chacune de ces théories, la protection de l'environnement, comme les autres politiques sectorielles, intéresse le droit international des investissements dès lors que l'investisseur rencontre des difficultés imprévisibles à cet égard, et ce même, selon l'interprétation d'un nombre croissant de tribunaux d'arbitrage, s'il s'agit de normes d'application générale. De nombreux actes sont concernés.

Il en est ainsi des **mesures de protection de l'environnement applicable dès la constitution** de l'investissement, mais imprévisible pour l'investisseur en raison de promesses de dérogation ou d'autorisations préalablement attribuées, et ensuite retirées. Il en va de même pour les mesures de protection de l'environnement applicables dès la constitution de l'investissement, mais inconnues de l'investisseur en raison de son opacité ou d'informations fausses ou contradictoires de l'administration.

Enfin, sont concernées les mesures de protection de l'environnement **introduites a posteriori, et contraires aux attentes légitimes** de l'investisseur. Cela dit, l'investisseur ne pourra légitimement s'attendre à un droit de polluer ou de consommer des ressources naturelles non renouvelables sans bornes ni limites, sauf si l'Etat d'accueil lui avait donné des assurances contraires pour son activité concrète.<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> Le droit international considère toutefois nulles et sans effet juridique aucun les assurances en ce sens (droit de polluer, autorisation d'exploiter des ressources naturelles...) dès lors qu'elles sont formulées *de manière trop générale* ou *sans limite dans le temps*, car cela serait contraire à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles des Etats telle qu'explicitée dans la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies A/Res/1803 du 14 décembre 1962. Par conséquent, l'Etat d'accueil peut revenir sur une telle assurance (qu'elle ait été

### 2.1.8. *La politique sociale*

Ce volet de l'action des pouvoirs publics de l'Etat d'accueil est également d'un grand intérêt pratique. En effet, les investisseurs étrangers ont souvent des activités à forte composante de main d'œuvre dans les Etats d'accueil, ne serait-ce que parce que les coûts associés à ce type de productions est inférieur à celui rencontré dans leur pays d'origine. On pense par exemple à l'implantation de l'industrie automobile européenne dans les pays où les charges sociales sont moindres.<sup>122</sup> Il en résulte que le régime juridique des salariés intéresse les investisseurs aux premiers chefs. Il est donc envisageable également que le droit international des investissements soit invoqué contre des mesures prises par l'Etat d'accueil dans ce domaine.

Ceci vaut notamment pour les **normes relatives au salaire minimum, au temps de travail ou aux charges sociales**. Il est toutefois difficilement envisageable que l'Etat d'accueil soit sanctionné pour des mesures dans ce domaine au seul motif que les charges augmentent de manière imprévue – il s'agit là du risque économique normal de l'investisseur, d'autant plus qu'une telle mesure serait par nature non discriminatoire et donc conforme aussi bien au principe du traitement national qu'à celui de la nation la plus favorisée. En outre, les normes du travail sont généralement connues au point où l'on pourrait reprocher à l'investisseur de ne s'être suffisamment informé sur la législation en vigueur, plutôt que de sanctionner l'Etat d'accueil pour une supposée opacité à cet égard.

Dans un Etat d'accueil où ce type de normes est édicté de manière autonome par les partenaires sociaux, un changement éventuel pourra d'ailleurs difficilement être opposé à l'Etat, à défaut d'imputabilité, d'une part, et en raison de la responsabilité de l'employeur lui-même pour son consentement immédiat ou médiat, par le biais des représentations des employeurs si elles sont librement élues, aux nouvelles règles.

Ce type de norme paraît néanmoins pouvoir relever du champ d'application du droit international des investissements dans un cas particulier: dès lors que l'investisseur est placé face à une **rehausse telle des avantages concédés aux salariés** qu'il en est entièrement privé de la jouissance effective de son investissement, et ce durablement, on pourra en effet considérer que la mesure, même normative et non discriminatoire, soit constitutive d'une expropriation.

Dans certains cas, **le droit collectif du travail** est, lui aussi, susceptible de faire l'objet

---

contractuelle ou unilatérale) sans encourir ni une obligation d'indemniser, ni de responsabilité internationale.  
<sup>122</sup> Pour ne citer que quelques exemples: Volkswagen en République tchèque, Renault en Roumanie, Mercedes-Benz en Afrique du Sud, BMW en Caroline du Sud (USA), bien que ce dernier cas semble autant relever d'une logique commerciale et du contournement des droits de douane que d'une question de coût salarial.

d'une sanction au titre de la protection internationale des investissements. Certes, les règles relatives au droit collectif du travail relèvent des paramètres dont l'investisseur doit, en principe, se contenter sans pouvoir invoquer le droit international des investissements contre leurs effets éventuellement préjudiciables. En effet, les droits de participation des salariés à la gestion de l'entreprise, leur droit de grève ainsi que le syndicalisme forment le cadre généralement connu de l'investissement dès sa constitution. Par ailleurs, même si certains de ces droits ne sont pas encore garantis aux salariés lors de la constitution de l'investissement, leur introduction ne saurait heurter le droit international dans la mesure où il s'agit de la mise en œuvre d'obligations de l'Etat d'accueil au titre des droits de l'homme.<sup>123</sup> Quelques cas particuliers méritent cependant d'être relevés:

- **Interférence avec les droits de direction de l'investisseur:** les droits participatifs mis en place par une norme de droit interne de l'Etat d'accueil ultérieures à la constitution d'un investissement seraient spoliatoires si elles résultaient en un contrôle soudain des salariés sur les principales décisions de gestion. Ainsi, il est intéressant de noter par analogie que la nomination par l'Etat d'un directeur chargé de diriger l'entreprise, et ce sans égard aux décisions du propriétaire, a été considérée comme constituant une expropriation.<sup>124</sup> Le retrait du contrôle de l'entreprise requiert donc une indemnisation.

- **Blocage physique du site de l'investissement par les salariés:** dans ce cas de figure, ce n'est pas la norme de droit collectif du travail en tant que telle qui est mise en cause, mais le défaut d'intervention de l'Etat en vue de rétablir le libre accès de l'investisseur à sa propriété. L'omission peut cependant être causée par une norme, qui précisément interdit à l'Etat d'intervenir, ou d'intervenir immédiatement, au titre par exemple du droit d'installer des piquets.

Cette omission peut alors être indemnisable par le droit international au titre de l'obligation de pleine et entière protection et sécurité à hauteur du manque à gagner en sus des dégradations éventuelles, voire par la protection contre l'expropriation si le blocage est d'une intensité et durée telles que l'investissement perd toute valeur (faillite). Etant donné toutefois que l'Etat n'a pas perpétré lui-même le blocage du site, l'investisseur doit démontrer que l'omission par l'Etat peut lui être reproché, ce qui requiert une négligence particulièrement grave de la part des autorités (par exemple

---

<sup>123</sup> Pacte International des Droits Civils et Politiques; Pacte International des Droits Economiques, Sociaux et Culturels; Convention Européenne pour la sauvegarde des Droits de l'Homme; Charte Sociale Européenne.

<sup>124</sup> *Tippetts c/ TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, sentence du Tribunal des Différends Irano-Américain, *Iran-United States Claims Tribunal Reports* vol. 6, p. 219.

absence de réponse à des appels répétés à l'aide de la force publique par l'investisseur).<sup>125</sup>

**Les normes relatives à l'inspection du travail** peuvent, elles aussi, être illicites. Celles-ci sont la consécration, par l'Etat d'accueil, de la possibilité de contrôler, sur son territoire, l'application des normes de travail de fond. Il s'agit donc *a priori* d'un exercice normal des prérogatives souveraines de l'Etat, qui comprennent notamment le droit de faire respecter son système juridique et, si besoin est, d'en appeler à la contrainte sur son territoire à cet égard.

Néanmoins, le droit international des investissements impose des limites à l'exercice du pouvoir normatif de l'Etat sur ce point. Ainsi, un droit qui permettrait à l'inspection du travail d'intervenir sur base de critères arbitraires, comme la nationalité de l'investisseur, au gré peut-être des relations interétatiques entre l'Etat d'accueil et l'Etat de nationalité de l'investisseur, seraient indubitablement contraires soit au traitement national, soit du moins au traitement juste et équitable, dans la limite toutefois de leur application effective au détriment d'un investisseur.<sup>126</sup>

Enfin, **l'activité des inspecteurs du travail** peut être remise en cause. C'est sur ce plan que le droit international des investissements retrouve toute sa vigueur, car le comportement *in casu* des inspecteurs est plus aisée à évaluer face aux exigences juridiques découlant des conventions d'investissements, et un éventuel constat d'incompatibilité ne peut se justifier par aucune considération d'intérêt général comme cela pourrait être le cas concernant les normes. Ainsi, risquent d'être constitutifs d'une violation du droit international les comportements suivants:

- **Intervention des inspecteurs du travail sans fondement juridique** en droit interne, ou de manière manifestement contraire à celui-ci auprès d'un investisseur étranger: Dans ce cas, déjà illégal au regard du droit public interne de l'Etat d'accueil, le traitement de l'investissement est clairement «injuste» au sens étymologique du terme, donc contraire à la stipulation correspondante des conventions de protection. Certes, sur le plan du droit matériel, le droit international ne rajoute donc rien à la protection dont l'investisseur jouit déjà grâce au droit interne de l'Etat d'accueil. Mais il est incontestable que cette garantie

---

<sup>125</sup> CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis c/ Italie)*, *supra* n°74, §108.

<sup>126</sup> On notera que la Cour de Justice de Communautés, quant à elle, sanctionne même l'incompatibilité abstraite du droit interne avec le droit communautaire. Elle fait valoir à cet égard le manque de transparence d'un système de droit qui se doit d'être maintenu conforme aux textes européens, même à défaut d'application concrètement incompatible avec ceux-ci. Cette doctrine n'est pas, en l'état, transposable au droit international des investissements tel que mis en oeuvre par les tribunaux d'arbitrage transnationaux. Ceux-ci interviennent en effet -et ce contrairement à la CJCE- à la seule demande des investisseurs privés, et ne peuvent par conséquent statuer qu'en cas d'intérêt pour agir de l'investisseur-demandeur. Or cet intérêt ne peut exister que lors d'une (allégation

internationale supplémentaire est très utile à l'investisseur lésé du point de vue procédural car elle lui permet de s'en prévaloir devant l'arbitre international, et donc d'être mieux protégé dans les faits que par le recours incertain devant une justice interne contre l'exécutif de l'Etat du juge.

- **Intervention discriminatoire des inspecteurs du travail:** un tel comportement violerait l'obligation de traitement national incombant à l'Etat d'accueil.

- **Intervention spoliatoire des inspecteurs du travail:** une spoliation des biens de l'investisseur par des inspecteurs est directement imputable à l'Etat dès lors qu'ils interviennent en qualité officielle, et ce même lorsque le ou les inspecteurs en question dépassent leurs prérogatives découlant du droit interne.<sup>127</sup> Par conséquent, si l'action des inspecteurs aboutit à une dépossession de l'investisseur, il aura droit à indemnité comme si cela découlait d'une autorité politique ou judiciaire de l'Etat d'accueil.

Or, il est tout à fait envisageable que l'action soutenue et vigoureuse de l'inspection du travail dans une implantation précise puisse, de fait, empêcher tout fonctionnement normal. Certes, en principe, une telle situation ne serait pas encore constitutive d'un comportement équivalent à une expropriation car il lui manque la pérennité, et seules le retrait total, donc pérenne, des biens de l'investisseur, est constitutif d'une expropriation. Toutefois, la présence fréquente sur une durée de plusieurs semaines peut suffire pour qu'un investisseur ne puisse se trouver en cessation de paiement et doive engager une procédure collective. Si celle-ci n'aboutit pas au redressement, l'intervention de l'inspection aura donc causé la disparition de la substance de l'investissement, ce qui est équivalent à une expropriation.

### 2.1.9. La politique judiciaire

Le droit international des investissements ne se soucie pas de la séparation des pouvoirs internes à l'Etat.<sup>128</sup> Il concerne donc les actes et omissions de la branche judiciaire de pouvoir tout autant que les autres branches.<sup>129</sup> Par conséquent, le seul fait que l'exécutif ou la pouvoir législatif ne puissent pas provoquer ou éviter une procédure ou une décision de justice individuelles ne leur permet pas de justifier une éventuelle violation du droit international par la

---

de) préjudice concret subi par l'investisseur.

<sup>127</sup> Il s'agit du comportement *ultra vires* des organes de l'Etat dont le droit international ne tient pas compte afin de ne pas rendre la légalité internationale tributaire de la répartition interne des compétences, souvent peu transparente et en tout cas sujette à évolution rapide et fréquente.

<sup>128</sup> L'Etat est en effet une «boîte noire» du point de vue du droit international, l'Etat ne pouvant pas éluder, par son organisation interne (séparation des pouvoirs, fédéralisme...), une responsabilité internationale éventuelle.



justice.

Afin d'éviter de voir infliger ainsi une sanction par un tribunal d'arbitrage international à l'Etat au titre d'une justice insuffisante, le gouvernement et le parlement d'un Etat d'accueil peuvent donc être contraints à modifier le **droit de procédure et l'organisation de la justice**. Il en a été ainsi notamment au Brésil où un amendement constitutionnel fût acté afin de limiter, entre autres, les durées d'attente en cas de recours.<sup>130</sup> Il pouvait en effet être craint que le Brésil allait se voir sanctionner pour déni de justice, et donc traitement injuste et inéquitable.

A la demande de la Chambre de commerce américaine, l'amendement prévoit également l'introduction d'un système de *case law* calqué sur la situation prévalant aux Etats-Unis et qui obligera les tribunaux subalternes de s'aligner sur les arrêts de la Cour suprême. Soulignons toutefois que ce volet de la réforme n'était en rien requis par le droit international, qui n'exige pas de mettre en place des procédures équivalentes à celles d'un pays particulier.

En revanche, le droit international exige que l'investisseur jouisse de **recours efficace** devant la justice interne: l'investisseur doit notamment pouvoir recourir à une instance ayant le pouvoir de revoir, et au besoin annuler, une mesure de l'Etat interférant avec les droits de l'investisseur. Cela n'implique pas la nécessité de mettre en place une juridiction administrative distincte de la justice judiciaire au modèle de la France ou de l'Allemagne, il suffit qu'un tribunal -soit-il ordinaire- soit désigné et se reconnaisse effectivement compétent pour les requêtes dirigées contre les actes et omissions de l'Etat, des autres personnes publiques et des personnes privées contrôlées par celles-ci.

En outre, une **procédure équitable** est requise: les échanges écrits, les audiences devant le tribunal et le jugement final doivent correspondre aux principes fondamentaux de la bonne administration de la justice, faute de quoi l'Etat d'accueil se verra sanctionné pour déni de justice procédural, et donc traitement injuste et inéquitable.

#### Etude de cas: L'Affaire *Loewen c/ Etats-Unis*<sup>131</sup>

**Les Faits:** La société *Loewen*, un investisseur canadien dans le domaine des pompes funèbres, avait été assigné devant un tribunal de l'Etat du Mississippi par un concurrent américain pour comportement déloyal au regard des lois de concurrence américaine. Le

<sup>129</sup> *Loewen c/ Etats-Unis*, supra n°102, §129, §148.

<sup>130</sup> R. COLITT, «Brazil legislates to clean up its judicial system», *Financial Times* du 19 novembre 2004, p. 2.

<sup>131</sup> *Supra* n°102.

dommage allégué de la partie demanderesse est évalué à 1 million US\$. Lors des audiences du procès, l'avocat de la partie demanderesse prononce des propos xénophobes et diffamatoires concernant le propriétaire canadien de la société assignée sans que le juge intervienne. Les jurés condamnent alors l'investisseur à verser une somme de 500 millions US\$ en dommages-intérêts (y compris «punitifs») au plaignant.

Par la suite, afin d'exercer son droit d'appel, la justice du Mississippi lui demandait d'effectuer un dépôt de garantie de plus de 100% de la somme allouée au plaignant en première instance, en l'occurrence 625 millions US\$. Cela dépassait les actifs de la société étrangère, qui était forcée ainsi de renoncer à l'appel et de déposer son bilan faute de moyens pour payer les dommages-intérêts qui lui étaient demandées.

**La sentence:** Le tribunal s'est déclaré incompétent pour juger l'affaire car la société demanderesse n'était qu'un cessionnaire américain des actifs de l'investisseur canadien. Elle ne pouvait par conséquent pas être considérée étrangère au regard de l'ALENA.<sup>132</sup>

Quoi qu'il en soit, le tribunal a tenu à préciser que la procédure suivie par les tribunaux du Mississippi, notamment l'absence de réaction face aux diffamations, et le jugement excessif au regard du dommage allégué étaient honteux. Ils auraient été contraires au traitement juste et équitable dû aux investisseurs canadiens en vertu de l'ALENA. L'investisseur doit toutefois exercer toutes les voies de recours internes avant de pouvoir attaquer de telles circonstances devant l'arbitre international, en l'espèce une demande devant la Cour Suprême, même si elle n'était guère prometteuse, aurait été nécessaire.

En revanche, l'impossibilité matérielle d'exercer un droit de recours n'est pas en tant que telle illicite car le droit international n'impose pas de double degré de juridiction. Le fait que la justice nationale, en refusant un droit d'appel, violait ses propres règles de procédure ne saurait davantage violer le droit international car l'arbitre n'est pas une instance d'appel.

Ainsi, tout comportement raciste ou xénophobe vis-à-vis de l'investisseur étranger au cours de la procédure judiciaire, qu'il soit perpétré par le juge lui-même ou seulement toléré par celui-ci, et ce même sans incidence prouvée sur le jugement, est donc désormais considéré contraire au droit international des investissements. Il semblerait par ailleurs que le système américain des *punitive damages* se heurte à des limites internationales. Car même si ce système de dommages-intérêts supérieurs au dommage réel n'est pas condamné en tant que tel, le

---

<sup>132</sup> *Ibid.*, §240. Ce volet de la décision a été violemment critiqué par la doctrine, notamment par N. RUBINS, «L'affaire Loewen c. Etats-Unis: Les pays exportateurs de capital comme défenseurs dans l'arbitrage international», in: *Nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international*, Actes du colloque du 3 mai 2004, IHEI Paris II (à publier chez Pedone).

montant excessif face au dommage est en l'occurrence considéré comme intenable. On pourrait ainsi tirer une nouvelle condition de proportionnalité de la sentence *Loewen*.

Enfin, les **délais de jugement excessifs** ne sont pas tolérés par le droit international des investissements: le traitement juste et équitable exige en effet que l'investisseur ait une opportunité réelle de faire valoir ses droits en justice. Dès lors, un délai de jugement excessif est équivalent à une absence de recours efficace et sera sanctionné par les tribunaux d'arbitrage internationaux. On reconnaît là que le droit international des investissements se rapproche des exigences de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Le droit international des investissements étant cependant un système s'intéressant au premier chef à la stabilité économique et non la protection des droits de l'Homme, il peut demeurer, à certains égards, en-deçà du niveau de protection offert par la CEDH.<sup>133</sup>

Inversement, le droit international des investissements connaît également des exigences supplémentaires à celles de l'article 6 de la CEDH. Il en est ainsi de la condition de **stabilité institutionnelle et jurisprudentielle suffisante**, qui est apparue à la suite des évolutions récentes du droit international des investissements. A cet égard, le droit international cherche à encadrer une problématique importante du droit interne des Etats, à savoir la rétroactivité de la jurisprudence. En effet, alors qu'une nouvelle norme de droit ne saurait en principe s'appliquer aux situations antérieures à son entrée en vigueur, la justice a toujours revendiqué pour elle le droit d'appliquer une jurisprudence inédite à un cas d'espèce, l'intéressé se voyant donc face à une interprétation du droit inconnue lorsque les actes auxquels cette interprétation s'applique avaient été commis.<sup>134</sup>

Or, le droit international des investissements défend une vision pragmatique de cette problématique. Ainsi, il ressort de la jurisprudence arbitrale relative à la transparence et la prévisibilité que les revirements trop abruptes dans les affaires impliquant un investisseur étranger sont désormais vus d'un œil critique. Les revirements ne sont donc pas devenus

---

<sup>133</sup> En particulier, le double degré de juridiction n'est pas imposé par le droit international, *ibid.*, §188.

<sup>134</sup> En théorie juridique, du moins dans les systèmes basés sur le droit romain, le juge n'est que la bouche de la loi. Par conséquent, la solution qu'il trouve au litige est inéluctable et résulte automatiquement de l'application des textes à l'espèce dans le respect des règles méthodologiques. Il ne peut donc y avoir qu'une seule solution juste pour un cas d'espèce donné, et le revirement de jurisprudence n'existerait donc pas (les solutions différentes selon les affaires s'expliqueraient par les faits différents des espèces). La justice elle-même reconnaît aujourd'hui que cette perception théorique n'a rien en commun avec la réalité du contentieux. Le Conseil d'Etat français s'est certes reconnu la possibilité de différer les effets de ses décisions dans le temps, mais il se réserve lui-même le droit d'opérer ainsi à titre purement exceptionnel, cf. affaire *AC!*, décision du 6 mai 2004. Il en va de même pour la Cour Constitutionnelle allemande, qui diffère les effets de ses arrêts dans le temps dès lors que l'absence de la loi reconnue inconstitutionnelle donnerait lieu à un degré d'inconstitutionnalité encore pire, cf. par exemple la décision relative aux (inégalités) des retraites et pensions. Elle assortit généralement ce constat d'un délai de «remise à niveau constitutionnel» du texte en question.

impossibles, mais ils ne peuvent être appliqués dans le cadre d'une affaire à laquelle un investisseur étranger participe que lorsqu'ils correspondaient à ses attentes légitimes.

Cette exigence est particulièrement étonnante car elle met la justice nationale devant l'alternative soit d'opérer une discrimination positive au bénéfice de l'investisseur étranger<sup>135</sup>, soit d'introduire un système anglo-américain de précédent, soit encore de différer systématiquement les effets des revirements de jurisprudence abruptes dans le temps.

Les obligations infligées par le droit international des investissements à la justice de l'Etat demeurent cependant d'ordre procédural. Il n'est pas question de créer, par le biais des tribunaux d'arbitrage internationaux, une quelconque instance de révision internationale qui viendrait se surajouter aux degrés de juridiction internes existant dans l'Etat d'accueil. En effet, l'investisseur ne saurait se prévaloir devant un tribunal d'arbitrage d'une mauvaise application du droit interne de l'Etat d'accueil devant les tribunaux de celui-ci. D'ailleurs, sauf stipulation contraire dans la convention bilatérale applicable, les tribunaux<sup>136</sup> appliquent la théorie dite de la fourche routière («*fork in the road*») aux termes de laquelle l'investisseur ne peut plus recourir aux tribunaux d'arbitrage dans la mesure où il a choisi de s'adresser aux tribunaux internes pour une question de droit concrète.<sup>137</sup>

#### 2.1.10. La politique fédérale ou de décentralisation

Le droit international des investissements se soucie tout aussi peu de la répartition verticale des compétences à l'intérieur d'un Etat que de l'équivalent horizontal de cette problématique. Ainsi, tout acte internationalement illicite sera imputable aux autorités centrales ou à l'Etat fédéral, même si elles relèvent des autorités décentralisées ou des Etats fédérés, voire des communes dans l'ordre interne.

En pratique, il peut toutefois s'avérer plus difficile pour un investisseur étranger de faire valoir ses droits et recouvrer ses créances le cas échéant lorsque la violation alléguée des instruments de droit international des investissements est le fait d'un Etat fédéré. En effet, et sauf exception<sup>138</sup>, la partie défenderesse devant le tribunal d'arbitrage est l'Etat fédéral. Or, en

---

<sup>135</sup> Par exemple en ne différant les effets d'un revirement dans le temps que vis-à-vis de ceux-ci.

<sup>136</sup> *SGS c/ Philippines*, *supra* n°75, §163; *Occidental Exploration and Production Co. c/ République d'Equateur*, *supra* n°48, §43 et ss.

<sup>137</sup> Cela n'exclue pas que dans un même litige, les tribunaux internes et l'arbitrage international soient activés: Il pourra, par exemple, faire appel à la justice internationale pour faire valoir des créances contractuelles contre l'Etat hôte alors qu'il porte des demandes contre ce même Etat devant un tribunal d'arbitrage au titre de la convention bilatérale, cf. affaire *Occidental Exploration*, *ibid.*, §51 et s. Il est en revanche exclu de demander indemnisation pour le même fait au titre de la même stipulation de la convention bilatérale à la fois en justice interne et internationale, *SGS c/ Pakistan*, *supra* n°76, §162.

<sup>138</sup> L'Australie a notifié au CIRDI, comme la Convention de Washington de 1965 le permet, que certaines de ses provinces allaient pouvoir faire l'objet de demandes d'arbitrage. Par conséquent, l'Australie en tant que telle n'est plus susceptible d'être attaquée devant un tribunal CIRDI par un investisseur étranger pour des actes et

raison des garanties constitutionnelles, celui-ci ne saura généralement imposer à sa subdivision territoriale de cesser tel comportement ou de mettre en œuvre la sentence arbitrale qui le sanctionne.<sup>139</sup>

## **2.2. Exigences contradictoires: Les politiques mises en cause peuvent être conseillées, voire incontournables par ailleurs**

Etant donné cet impact important de la protection internationale des investissements sur les politiques publiques des Etats d'accueil, il importe de relever également les contraintes et recommandations *autres* que le droit international des investissements. Ces contraintes ou recommandations peuvent encourager, voire obliger les Etats d'accueil de prendre précisément certaines des mesures qui viennent d'être reconnues contraires au droit international des investissements.

Inversement, cela devrait également permettre de cerner par exclusion les comportements étatiques qui ne bénéficient d'aucune justification -ni économique, ni juridique-, et à l'égard desquelles le droit international des investissements exerce donc à juste titre ses effets limitatifs. On prendra ainsi la juste mesure du dilemme auquel les Etats d'accueil font face.

### *2.2.1. Contraintes économiques*

Les Etats, et notamment les pays en développement, se placent aujourd'hui dans un contexte concurrentiel semblable à celui qu'affrontent les entreprises privées. Ils ne sont certes pas en compétition pour dégager un bénéfice, mais pour équilibrer leurs balances de paiement et commerciale, pour maximiser leur revenus fiscaux et le taux d'emploi sur leur territoire, ou encore afin d'améliorer le potentiel de recherche et de développement dans leur pays. Pour faire face à cette situation, certaines décisions s'imposent<sup>140</sup> aux Etats quelle que soit leur orientation politique par ailleurs.

Ainsi, il paraît acquis que les Etats ne peuvent garantir la stabilité économique et politique du pays sans que soit exercé un minimum de **contrôle réglementaire sur les**

---

omissions imputables à ces provinces.

<sup>139</sup> Ainsi, dans une affaire de droit international général, les Etats-Unis n'ont su imposer aux autorités de l'Etat d'Arizona de surseoir à l'exécution programmée d'un ressortissant allemand qui faisait l'objet d'une ordonnance de mesures provisoires de la CIJ, affaire *LaGrand (Allemagne c/ Etats-Unis)*, ordonnance du 3 mars 1999 et arrêt du 27 juin 2001, *Rec.* 2001, §92 et ss. Il est intéressant de noter que les Etats-Unis n'ont pas même tenté de justifier le défaut de mise en œuvre de l'Ordonnance en référence au système fédéral qui est le leur.

<sup>140</sup> Lorsqu'on parle ici de nécessité, il est fait abstraction de la possibilité théorique de se désengager totalement des échanges internationaux en fermant les frontières aux personnes, biens et services, solution qui ne prévaut plus guère que dans 2 ou 3 Etats du monde avec les conséquences dramatiques que l'on sait. On présume d'ailleurs que même si elle est choisie, la voie de l'autarcie paraît insoutenable à terme et revient donc à mal gérer une

**opérateurs économiques**, et notamment par le biais de la réglementation bancaire<sup>141</sup> et des marchés financiers. La **fiscalité**, quant à elle, garantit la survie financière de l'Etat, la rémunération de ses fonctionnaires et permet ainsi un détachement progressif de l'aide au développement et le recul de la corruption.<sup>142</sup> D'engager et de mener à bien les grands chantiers financiers et administratifs qui en découlent est reconnu comme l'un des facteurs essentiels du développement durable.<sup>143</sup> Les dimensions contraignantes des **politiques de concurrence** (contrôles des opérateurs dominants et des prix) et sociales (inspection du travail) sont acceptées comme tout aussi inéluctables pour un développement plus poussé des économies de seuil.

Malgré les contraintes nouvelles de la protection internationale des investissements, les Etats d'accueil sont donc dans l'incapacité de renoncer entièrement à l'exercice de leurs prérogatives régaliennes dans ces domaines.

### 2.2.2. *Nécessités au regard du droit international*

Le droit international se développe actuellement tous azimuts. Cela résulte en un foisonnement de normes dans les branches spécialisées de ce droit, normes qui ne sont pas toujours compatibles entre elles.<sup>144</sup> Le droit international des investissements n'est effectivement pas le seul à adresser des obligations nouvelles aux Etats. On constate ainsi que d'autres branches du droit international peuvent imposer des comportements aux Etats, qui sont par ailleurs susceptibles de se heurter au droit de l'investissement.

On retrouve notamment de telles exigences dans le domaine du **droit international de l'environnement**. Des conventions importantes sont entrées en vigueur dans ce domaine récemment, et elles contiennent des dispositions permettant, voire obligeant les Etats Parties à prendre des mesures normatives internes sévères. Celles-ci visent en particulier les opérateurs économiques, donc les investisseurs, et les conséquences de leur activité sur l'environnement.

---

ouverture qui aura lieu en tout état de cause.

<sup>141</sup> Il est significatif à cet égard que la Russie s'est empressée d'imposer des standards minimum à ses banques (réserves obligatoires, accréditation auprès de la banque centrale notamment) dès le début de la transition vers l'économie de marché, cf. Conseil Economique et Social, *Les relations entre l'Union européenne et la Fédération de Russie*, Rapport présenté par L. BOUIS, Paris 2004.

<sup>142</sup> C'est ainsi que les politiques fiscales saines figurent au nombre des conditionnalités prévues par le FMI dans le cadre des prêts consentis au pays en développement, cf. *Guidelines on Conditionality*, Washington 2002, §7 (b).

<sup>143</sup> Cf. Programme des Nations Unies pour le Développement, *Réforme de l'administration publique, Notes de pratique*, New York 2005, 33 p., p. 27, <http://www.undp.org/governance/public.htm>.

<sup>144</sup> Voir les rapports successifs de la Commission du Droit International (CDI) des Nations Unies au sujet de la fragmentation de l'univers normatif international, notamment G. HAFNER, «Risks ensuing from fragmentation of international law», in: CDI (éd.), *Rapport de la 52ème session*, 1er mai-9 juin et 10 juillet-18 août 2000, Doc. A/55/10; «Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law», in: CDI (éd.), *Rapport de la 55ème session* (chapitre X), 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2003, Doc. A/58/10.



- La *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction* (CITES)<sup>145</sup>, en son article VIII §1, impose aux Etats Parties de confisquer ou de renvoyer à l'Etat d'exportation les spécimens couverts par la Convention et trouvés sur le territoire. Loin de prévoir une indemnisation pour cette confiscation, le §2 de la même disposition permet au contraire aux Etats Parties d'exiger du détenteur du spécimen en question de supporter les frais de la confiscation ou du renvoi. C'est là un comportement qui risque fort d'être considérée incompatible avec les garanties d'indemnisation que peuvent faire valoir les investisseurs étrangers auprès des Etats d'accueil, dès lors qu'il ne s'agissait pas d'un spécimen volé, mais valablement acquis par l'investisseur étranger.<sup>146</sup>

- Le *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*<sup>147</sup> comprend des dispositions susceptibles d'entraîner des plaintes d'investisseurs étrangers. Ainsi, les articles 4, 4A et 4B demandent aux Etats Parties d'interdire le commerce extérieur avec les substances réglementées selon un échéancier dont la dernière étape a été franchie le 1<sup>er</sup> janvier 2004 (article 4 §1 *quin.*). Or, l'on notera que plusieurs investisseurs étrangers ont déjà fait appel aux tribunaux d'arbitrage lorsque l'Etat d'accueil a entendu restreindre leur droit d'importer ou d'exporter.<sup>148</sup> Dans les affaires publiées à cet égard, l'investisseur a soit obtenu un règlement amiable très favorable<sup>149</sup>, soit purement et simplement gain de cause en arbitrage<sup>150</sup>. Il s'agit donc d'un réel cas d'incompatibilité entre le droit international des investissements, car ce dernier oblige à autoriser le fonctionnement normal de l'entreprise, y compris ses exportations, et le droit international de l'environnement oblige précisément à faire le contraire, à savoir interdire celles-ci dans une certaine mesure. Le *Protocole* demande en outre aux Etats Parties de réduire continuellement leur niveau global de consommation des produits réglementés. Ceci n'implique certes aucune obligation d'interdire à tel investisseur en particulier sa production, mais l'Etat devra prendre des mesures normatives appropriées, qui risquent, là encore, de se heurter aux droits des investisseurs.

---

<sup>145</sup> Signée à Washington le 3 mars 1973, amendée à Bonn le 22 juin 1979.

<sup>146</sup> Peut se poser la question du *res extra commercium* à cet égard. En effet, si l'on considère qu'aucun droit de propriété ne peut légalement s'exercer sur les espèces protégées, une indemnisation d'expropriation ne saurait être exigée. Toutefois, rien dans la Convention CITES ne permet de penser qu'elle exigerait de placer les espèces couvertes hors commerce, elle présuppose au contraire cette faculté pour en définir des limites.

<sup>147</sup> Ouvert à signature à Montréal le 16 septembre 1987.

<sup>148</sup> *Ethyl c/ Canada*, requête du 2 octobre 1997, <http://www.naftalaw.org>; *Methanex c/ Etats-Unis*, *supra* n°92, §44; *Feldman c/ Mexique*, *supra* n°68, §7.

<sup>149</sup> *Ethyl c/ Canada* et *Methanex c/ Etats-Unis*, voir les compte-rendus de Me T. WEILER, <http://www.naftalaw.org>.

<sup>150</sup> *Feldman c/ Mexique*, *supra* n°68, §187.

• La *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et leur élimination*<sup>151</sup> prévoit, pour sa part à l'article 4 §1 b) et c), une obligation des Etats Parties d'interdire les exportations de déchets dangereux vers les autres Etats Parties sauf autorisation exprès de celui-ci. Cette obligation se heurte à la même problématique que les dispositions susvisées du Protocole de Montréal, dans la mesure où elle vise les exportations opérées par des investisseurs étrangers établis sur son territoire. La portée pratique de cette disposition n'est pas moindre sachant que certaines affaires concernant des entreprises de retraitement des produits toxiques ont déjà surgi dans la jurisprudence.<sup>152</sup> Or, de telles opérations impliquent souvent des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux, surtout si l'Etat d'implantation ne souhaite pas de voir le retraitement opéré sur son territoire ou ne dispose pas des infrastructures requises à cet effet.

• Le *Protocole de Kyoto*<sup>153</sup> comprend des dispositions qui obligeront les Etats Parties<sup>154</sup> à réduire leurs émissions totales en gaz à effet de serre (article 3 §1) sous réserve de l'accord entre plusieurs Etats Parties de cumuler ou d'échanger leurs quotas d'émission (articles 4 §1 et 6 §1), ce qui correspond à la mise en place d'un marché interétatique de quotas.<sup>155</sup> A titre de transposition interne, ce système se traduira par une déclinaison des objectifs de pollution nationaux opérateur par opérateur, puis par l'apparition d'un commerce de licences entre ceux-ci. Ce marché interne de licences d'émission requiert un dispositif de contrôle que chaque Etat Partie sera chargé d'instaurer sur son territoire.<sup>156</sup> Ce système établit de toute évidence une entrave au libre exercice de l'activité des opérateurs industriels dont l'implantation est sise dans un Etat Partie au Protocole. Au regard du droit international des investissements, il pourrait s'agir d'une expropriation indirecte si la réduction d'émissions requises ou le tarif des licences d'émissions supplémentaires est prohibitif. Pour les investisseurs implantés dès avant 1997, date de signature du Protocole, son application pourrait en outre consister en un traitement injuste et inéquitable dans la mesure où cette restriction des activités était imprévisible pour l'investisseur et touche au cœur de son activité, activité qui avait pourtant été admise sur

---

<sup>151</sup> Adoptée le 22 mars 1989, 130 Etats Parties depuis 1999.

<sup>152</sup> *Klöckner c/ Cameroun* (usine chimique); *ELSI (Etats-Unis c/ Italie)*, *supra* n°82 (appareillage électronique); *Ethyl c/ Canada* et *Methanex c/ Etats-Unis*, *supra* n°92 (unités de production d'un additif d'essence); *Metalclad c/ Etats-Unis*, *supra* n°48 (centre de traitement de déchets toxiques).

<sup>153</sup> Protocole du 11 décembre 1997 à la Convention-Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques (CCNUCC), signée à New York le 9 mai 1992. Le Protocole entrera en vigueur le 16 février 2005.

<sup>154</sup> En l'occurrence, cette obligation pèsera sur les Etats de l'annexe 1 du Protocole (les Etats industrialisés).

<sup>155</sup> Pour plus d'informations relatives au mécanisme du Protocole, cf. [unfccc.int/portal\\_francoophone/items/3072.php](http://unfccc.int/portal_francoophone/items/3072.php).

<sup>156</sup> La Communauté Européenne prévoit un mécanisme de surveillance à cet effet par la décision n°280/2004/CE du 11 février 2004.

le territoire sous la forme effectuée.

Il en va de même pour certains texte relevant du **droit international du travail**. L'organisation internationale compétente à cet égard, l'Organisation Internationale du Travail (OIT)<sup>157</sup> a élaboré un certain nombre de conventions internationales adoptées par un grand nombre d'Etats. Celles-ci imposent notamment des règles dans le domaine de la protection physique et sanitaire des travailleurs et leur octroient des droits syndicaux. Ceci est susceptible de se traduire en une contrainte pour les investisseurs étrangers et apparaître ainsi comme contradictoire face au droit international des investissements.

- La *Convention OIT n°81 sur l'inspection du travail*<sup>158</sup> impose aux Etats Parties la mise en place d'un système d'inspection du travail dans les établissements industriels (article 1<sup>er</sup>). Les agents de l'inspection du travail devront être autorisés à pénétrer librement et sans préavis dans ces établissements (article 12 §1(a)), à y procéder aux contrôles nécessaires, notamment en interrogeant les salariés (article 12 §1(c)(i)), en ayant recours à la documentation de l'établissement (article 12 §1(c)(ii)) et en prélevant des échantillons (article 12 §1(c)(iv)). Or, même si ces dispositions n'*obligent pas* en tant que telles l'Etat d'accueil à prendre des mesures contraires à la protection internationale des investissements, leur mise en application concrète par des contrôles d'inspecteurs, donc *autorisée* par la Convention, peut fortement gêner le fonctionnement de l'établissement ainsi contrôlé. Cette gêne peut, si elle est prolongée ou itérative, voire discriminatoire, être incompatible avec une Convention de protection des investissements. Il s'ensuit qu'à cet égard le droit international porte en lui un germe de conflit, et il appartiendra à l'arbitre saisi le cas échéant par l'investisseur de tenir compte de la Convention n°81.<sup>159</sup>

- La *Convention OIT n°144 sur les consultations tripartites relatives aux normes internationales du travail*<sup>160</sup>, quant à elle, prévoit non seulement le développement d'un

---

<sup>157</sup> Voir <http://www.ilo.org>.

<sup>158</sup> Adoptée le 11 juillet 1947, entrée en vigueur le 7 avril 1950.

<sup>159</sup> Ainsi, la Convention n°81 ne permet en rien de faire usage disproportionné, voire discriminatoire de l'arme redoutable que représente l'inspection du travail. Le blocage ou l'expropriation cachée d'un établissement par ce biais (une „inspection“ de plusieurs semaines qui susciterait la cessation des paiements par exemple) devrait donc être considérée incompatible avec la Convention de protection des investissements. En revanche, l'investisseur ne devrait pas pouvoir se prévaloir de la Convention de protection des investissements contre la fermeture provisoire de son établissement si l'inspection du travail a par exemple relevé des violations massives des droits des travailleurs. La protection internationale des investissements ne saurait en effet créer une immunité totale contre le respect des lois internes et les sanctions qui peuvent s'en suivre. Dans une perspective de droit international, cela vaut *a fortiori* lorsque ces lois sont la simple transposition de textes internationaux comme ceux de l'OIT.

<sup>160</sup> Adoptée le 21 janvier 1976, entrée en vigueur le 16 mai 1978.

système de consultation tripartites efficace dans l'ordre interne des Etats Parties. Il faut en outre que ces consultations puissent être qualifiées d'«efficaces» (article 1<sup>er</sup>). Si cette disposition est transposée dans l'ordre interne par un système de consultation aboutissant à des actes d'ordre obligatoire pour les entreprises, sa mise en œuvre pourrait se heurter aux intérêts des investisseurs étrangers. Notamment, il pourrait être considéré contraire au traitement national de voir de telles normes collectives imposées aux établissements étrangers sur le territoire du pays si les investisseurs n'ont pu participer à leur élaboration. Or, l'article 2 §2 de la Convention n°144 autoriserait l'Etat d'accueil à retenir un tel système (consultation seulement entre employeurs et salariés nationaux) dès lors qu'il correspond à la pratique de cet Etat.

### 2.2.3. Mesures bénéficiant des encouragements de la communauté internationale

Même si elles ne sont pas imposées, certaines mesures pouvant se heurter à la protection internationale des investissements sont conseillées par la communauté internationale. Il s'agit notamment de résolutions et de codes bonnes pratiques, donc de «*soft law*» issue d'organes qui ont compétence pour se prononcer sur le domaine concerné selon le texte international leur ayant donné naissance.

Ainsi, le Fonds Monétaire International (FMI) recommande à ses débiteurs d'établir un système fiscal performant.<sup>161</sup> L'Organisation Internationale du Travail (OIT), quant à elle, a établi une liste des droits des travailleurs qu'elle conseille aux Etats membres pour adoption outre les Conventions principales. Le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) propose aux Etats des *Principes directeurs relatifs à l'élimination et au transport international des déchets toxiques*.<sup>162</sup> Ces principes préconisent notamment de réduire la production de déchets toxiques et d'en surveiller la gestion par des autorités spécialisées dans tous les Etats. Ils suggèrent également de prévoir un mécanisme de responsabilité pour les dommages causés par les déchets dangereux.<sup>163</sup>

Or, le droit international des investissements fait potentiellement obstacle à ces politiques dans la mesure où elles auraient des conséquences préjudiciables pour l'opération d'un investissement déjà constitué dans l'Etat d'accueil au moment de leur transposition interne, et ce dès lors que leur mise en œuvre est contraire aux attentes légitimes de l'investisseur.

---

<sup>161</sup> Cf. FMI, *Guidelines on Conditionality*, Washington 2002, §7 (b). Les conditionnalités du FMI figurent au nombre des recommandations de la communauté internationale et non des règles de droit (*ibid.*, §9). L'Etat-débiteur s'engage certes vis-à-vis du FMI à les respecter dans une lettre d'intention. Mais la mise en œuvre de cet engagement aura tout au plus des conséquences éventuelles sur le consentement de tranches de crédit ultérieures, et l'Etat n'encourt pas de responsabilité pour fait internationalement illicite en cas de non respect.

<sup>162</sup> Adoptées par le Groupe de Travail chargé de leur élaboration au Caire le 10 décembre 1985, entérinées par le Conseil d'Administration du PNUE le 17 juin 1987 (décision 14/30).

<sup>163</sup> Voir A. KISS et J.-P. BEURIER, *Droit International de l'Environnement*, 2ème éd., Pedone, Paris 2000, 424 p.,

### 2.3. De l'impact au dilemme: Le conflit est-il irréductible ?

Nous prenons ainsi conscience du fait que le droit international des investissements érige des obligations nouvelles qui ont un impact direct sur de nombreuses et d'importantes politiques sectorielles des Etats d'accueil, politiques qui bien souvent font l'objet d'une bienveillance particulière de la communauté internationale, voire d'une obligation internationale de les mettre en œuvre.

Ce n'est toutefois pas pour autant que l'on peut parler d'un dilemme. Car celui-ci ne se dessine qu'en cas de contradiction irréductible des exigences du droit international des investissements d'une part et des nécessités de politique publique de l'autre. Il s'agit donc de tenir compte des techniques de mise en cohérence éventuelles qui permettraient de faire subsister simultanément les exigences et/ou recommandations respectives.

#### 2.3.1. *Prise en compte des contradictions par le droit international des investissements lui-même ? Les moyens juridiques de mise en cohérence*

Le droit international des investissements ne vise pas à interdire la bonne gestion, et il serait fallacieux de tirer la conclusion de l'incompatibilité pure et simple des politiques économiques, environnementales, des droits de l'homme – bref de la bonne gouvernance, notamment d'un pays en développement, d'une part, avec le respect du droit international des investissements de l'autre. Ainsi, afin de tenir compte des objectifs politiques légitimes autres que la protection des investissements, le droit international prévoit certains moyens de mise en cohérence des exigences contradictoires.

##### 2.3.1.1. Absence d'interdiction des politiques publiques en tant que telles

Le droit international des investissements n'interdit pas en tant que telles les politiques publiques touchant les investisseurs. Il vise seulement à éviter que l'investisseur étranger en subisse les conséquences financières alors qu'il n'en tire pas de bénéfice en tant que citoyen de l'Etat en question. Il s'ensuit notamment qu'il est nullement interdit à l'Etat d'accueil d'opérer une expropriation dès lors qu'elle répond à une utilité publique, qu'elle est non discriminatoire et que l'investisseur est indemnisé.<sup>164</sup>

---

n°721-722.

<sup>164</sup> L'indemnité éventuelle n'est effectivement pas due au titre d'une responsabilité internationale pour acte internationalement illicite, mais apparaît *comme l'une des conditions de licéité* de l'expropriation, cf. L. CONDORELLI in: L.-E. PETTITI (dir.), E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Commentaire article par article, 2ème édition, CEDIN Paris-X, 1999, article 1er du Premier Protocole Additionnel, p. 993-994.

Certes, pour un pays en développement, la référence à ce «droit» d'exproprier contre indemnisation peut sembler cynique, sachant les contraintes budgétaires et financières de ces Etats déjà souvent accablés par les seuls paiements d'intérêts à leurs créanciers publics et privés. Or, les indemnités dues au titre d'une opération d'expropriation ou d'une autre ingérence dans le droit des investisseurs sont souvent très importantes.<sup>165</sup>

#### 2.3.1.2. Constat de non-violation en cas de proportionnalité de l'atteinte

Cependant, le droit international des investissements, en quelque sorte en contrepartie de l'extension de la protection qu'il offre aux investisseurs, commence à tenir compte de l'intérêt général poursuivi par la politique incriminée. En effet, la *jurisprudence* a récemment eu recours à une analyse de proportionnalité, établissant l'importance de l'ingérence dans les droits de l'investisseur compte tenu de l'intérêt de la politique ainsi poursuivie.<sup>166</sup> Selon cette approche, si l'ingérence est proportionnée, l'Etat ne sera pas condamné alors même que la lettre de la Convention d'investissements aura été violée.

La *pratique conventionnelle* des Etats semble avoir repris à son compte cette approche en se soulignant la légitimité de certaines politiques publiques. Ainsi, le modèle de convention de 2004 des Etats-Unis inscrit dans son préambule:

*«Désireux d'atteindre ces objectifs [de protection et de promotion des investissements] de manière compatible avec la protection de la santé, de la sécurité, de l'environnement et de la promotion de standards de droit du travail internationalement reconnus»<sup>167</sup>.*

Certaines stipulations de fond contiennent également une référence nouvelle aux politiques considérées légitimes par les Etats, et auxquelles la Convention ne devrait pas, en principe, faire obstacle. En termes d'ingénierie conventionnelle, cette prise en compte est réalisée par deux moyens:

- Une clause interprétative: celle-ci stipule que l'accord ne saurait être interprété comme interdisant une politique sectorielle particulière (article 1114 de l'ALENA ou article 12 §2 du modèle de convention des Etats-Unis pour la politique de l'environnement).
- Une clause déclarative qui stipule qu'il est inapproprié de promouvoir l'investissement au prix, par exemple, d'une réduction des exigences environnementales ou du droit du

---

<sup>165</sup> A titre d'exemple, l'indemnité allouée à l'investisseur dans l'affaire *Metalclad c/ Mexique* (*supra* n°48) était de 16,6 millions de \$ des Etats-Unis, dans l'affaire *TECMED c/ Mexique* (*supra* n°50) de 5,5 millions \$, dans *Middle East Cement Shipping Co. c/ Egypte* de 3,7 millions de \$.

<sup>166</sup> *TECMED c/ Mexique*, *supra* n°50, §122.

<sup>167</sup> Modèle de convention des Etats-Unis 2004, §6 du préambule, <http://ita.law.uvic.ca>, traduit par nos soins.



travail (cf. articles 12 §1 et 13 §1 du modèle de convention des Etats-Unis respectivement).

Ces stipulations souffrent toutefois d'une certaine faiblesse normative dans la mesure où elles ne tracent pas de limite claire à la protection des investissements face à une politique publique légitime. Ainsi, la clause interprétative susvisée se borne à légitimer les politiques d'environnement qui sont «par ailleurs conformes au présent Accord». Par là même, cette clause perd toute sa force puisqu'elle ne vient à être envisagée qu'une fois que le tribunal a de toute manière déterminé qu'une mesure de l'Etat d'accueil ne violait pas les droits de l'investisseur. Par ailleurs, les clauses visées limitent dorénavant leur champ d'application à *certaines* politiques sectorielles ce qui pourrait être interprété *a contrario* comme libérant la voie à une restriction des autres au nom de la protection des investissements.

#### 2.3.1.3. Justification d'une atteinte aux investissements par l'obligation contradictoire

Le cas échéant, les tribunaux prennent en compte à titre de justification l'obligation internationale contradictoire qui peut peser sur l'Etat d'accueil et l'obliger de prendre des mesures préjudiciables à l'investisseur étranger.<sup>168</sup> Cependant, la jurisprudence est parcimonieuse à cet égard et ne permet pas à l'Etat de se justifier du simple fait de l'applicabilité de la norme internationale invoquée à l'heure du litige, mais vérifie si celle-ci s'appliquait à la date de l'acte incriminé et obligeait ainsi effectivement l'Etat à prendre *précisément* la mesure incriminée.<sup>169</sup> Si l'Etat avait des alternatives compatibles à la fois avec la convention de protection de l'investissement, d'une part, et la norme supposée contradictoire de l'autre, le tribunal n'hésitera pas à condamner l'Etat à indemniser l'investisseur. Cela vaut *a fortiori* pour les normes de *soft law* qui ne sauraient justifier une violation du droit international des investissements, qui est contraignant.

#### 2.3.1.4. Prise en compte de la légitimité de l'atteinte lors de la définition de la sanction

Inspirés par une jurisprudence ancienne, d'aucuns estiment que le droit international des investissements doit adapter le *quantum* de la sanction prononcée à la légitimité de l'atteinte aux droits de l'investisseur.<sup>170</sup> Selon cette logique, le tribunal se poserait la

---

<sup>168</sup> *SPP c/ Egypte*, sentence finale du 20 mai 1992, *ICSID Reports* vol. 3, p. 45 (pp. 206-207): il s'agissait en l'occurrence de la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, adoptée par la Conférence de l'UNESCO le 21 novembre 1972. Celle-ci protège contre toute construction le site où l'investisseur devait ériger un hôtel (le plateau des pyramides de Guizeh).

<sup>169</sup> *Ibid.* En l'espèce, la protection conventionnelle n'était pas encore entrée en vigueur à la date de l'acte litigieux.

<sup>170</sup> CPJI, *Usines de Chorzów* (Allemagne c/ Pologne), arrêt du 13 septembre 1928 (fond), Série A, n°17, pp. 46-47:

question de la bonne (ou de la mauvaise) foi de l'Etat d'accueil dans la mise en œuvre des mesures incriminées. Si la mesure était prise de bonne foi -et elle le serait sans aucun doute lorsqu'il s'agit d'une mesure imposée ou encouragée par la communauté internationale-, le tribunal n'allouerait qu'une indemnité réduite. Si, en revanche, la mesure était prise de mauvaise foi, par exemple pour des motifs de subvention indirecte de l'industrie nationale, l'Etat d'accueil se verrait face à une obligation de *restitutio in integrum*, donc de remise en l'état totale, transformée, en cas d'impossibilité, en une indemnité comprenant la valeur des biens expropriés ou des investissements inutilement effectués, mais également la totalité du manque à gagner.

### 2.3.2. *Les aménagements possibles des politiques publiques problématiques*

Si l'on tient compte ainsi de la mise en cohérence de certaines contradictions par le droit des investissements lui-même, le dilemme est réduit dans une certaine mesure. Subsistent toutefois les cas où une politique publique cause un préjudice à un investisseur étranger, mais que cette politique n'est pas considérée comme justifiant ce préjudice, soit que l'ingérence était non proportionnelle, soit qu'il n'y avait pas d'obligation internationalement reconnue d'introduire la politique. Les Etats d'accueil pourront alors, dans un premier temps, tenter d'adapter leur action.

Concrètement, l'adaptation devra refléter l'évolution du droit international des investissements d'un droit visant initialement à protéger l'investisseur contre les discriminations et les mesures directes, vers une protection plus diffuse de l'investisseur contre «les mauvaises surprises» imputables à l'Etat, tout en tenant compte des autres obligations ou nécessités politiques de l'Etat d'accueil. Dans certains cas, il lui est en effet loisible de faire évoluer ses politiques publiques dans le sens de cet équilibre sans qu'il soit nécessaire de les abandonner.

#### **Etude de cas: Consultations tripartites et traitement national**

**Problème:** La Convention n°144 de l'OIT permet aux Etats de ne retenir que des représentants du patronat national pour les consultations tripartites relatives aux normes internationales du travail et aboutissant, le cas échéant, à des normes collectives pour toutes les

---

la Cour y dit que l'Etat procédant à une expropriation illicite était tenu de procéder à une réparation effaçant toutes les conséquences de l'acte (*restitutio in integrum*, *ie.*, restitution des biens ou, en cas d'impossibilité, paiement d'une somme équivalente et comprenant donc le *lucrum cessans*). Un standard d'indemnisation moins sévère, limité à la valeur au moment de la dépossession, s'appliquerait aux expropriations «légitimes».

entreprises.<sup>171</sup> Cette politique se heurterait à la clause de traitement national des conventions de protection des investissements.

**Solution:** Même si elle l'*autorise*, la Convention n°144 n'*interdit pas* de faire évoluer le droit interne vers la prise en compte d'investisseurs étrangers dans les consultations tripartites. Le traitement national que l'Etat d'accueil s'est imposé par la Convention de protection des investissements peut donc être réalisé sans violation du droit international du travail, ce qui permettrait à l'Etat d'accueil de respecter ces deux obligations simultanément. La politique publique consistant à exclure les investisseurs étrangers des consultations tripartites, qui n'est donc pas inéluctable, doit être adaptée pour permettre aux investisseurs étranger de participer aux élections des représentants patronaux aux consultations tripartites.

### 2.3.3. *Le substrat irréductible du dilemme et sa portée*

Les cas de dilemme au sens strict du terme, donc une situation où subsistent deux contraintes contradictoires, toutes deux étant inéluctables et immuables, sont donc relativement peu nombreux. En effet, ce cas n'apparaît que lorsqu'une politique publique (i) est nécessaire sous sa forme précise, que (ii) cette politique cause préjudice à un investisseur étranger, (iii) tout en étant contraire à ses attentes légitimes ou non proportionnelle et, enfin, (iv) qu'elle est injustifiable au regard des autres obligations de droit international pesant sur l'Etat d'accueil.

La portée des cas subsistants ainsi n'en est pas moins inquiétante. Car ce sont typiquement des politiques de développement durable (environnement, questions sociales, infrastructure et la fiscalité) qui réunissent les conditions susvisées. Ce sont elles qui sont considérées par l'Etat d'accueil comme *nécessaires* au point où il intervient de manière restrictive dans les intérêts des investisseurs étrangers établis sur son territoire, intérêts que par ailleurs il respecte assidûment pour éviter des effets négatifs sur son attractivité en tant que territoire d'investissement.<sup>172</sup> Ce sont donc les politiques qui jouissent des *encouragements* les plus formels de la communauté internationale, sans pour autant être imposés par elle. Même si le dilemme se limite donc à un champ relativement restreint, sa portée importante requiert des outils de gestion publique adaptés.

---

<sup>171</sup> Voir *supra*, 2.2.2.

<sup>172</sup> Cette tendance de l'Etat à vouloir ménager les investisseurs étrangers vaut d'ailleurs tout autant pour les Etats développés dans la mesure où ils important des capitaux. Ainsi, la France a mis en place l'Agence Française de l'Investissement (AFI), dirigée par un ambassadeur, qui a pour mission de mettre en valeur et servir de point

### **3. La gestion du dilemme: D'une logique de souveraineté à un esprit de partenariat entre Etat d'accueil et investisseur étranger**

Les Etats d'accueil ont différentes options face au dilemme entre la protection internationale des investissements et les politiques publiques touchées par celle-ci. Ils peuvent choisir de réagir au défi dans une **logique de souveraineté**, c'est-à-dire en tant qu'Etat-pouvoir qui agit de manière unilatérale face aux personnes privées, y compris les investisseurs, et ne se concertent qu'avec d'autres Etats. Cette voie consisterait donc *soit* à poursuivre les politiques publiques tout en *violant*, le cas échéant, les engagements souscrits au titre du droit international des investissements, *soit* de s'employer à *modifier* ce droit en accord avec les autres Etats qui en sont les contractants. Nous écartons toutefois d'emblée la première de ces hypothèses qui semble peu probable vu l'intérêt des Etats d'attirer les investissements. En revanche, la piste de la modification du droit international des investissements mérite d'être explorée.

L'Etat d'accueil peut aussi préconiser certains **modes alternatifs de gestion publique** analysés ci-après dans une optique de coopération avec les investisseurs. La mesure précise doit sans doute être définie au cas par cas, mais il se dégage une tendance certaine de ce qui suit: la piste de la coopération est prometteuse.

#### **3.1. La tentation souverainiste: revoir à la baisse le niveau de protection des conventions d'investissement**

Dans une logique de souveraineté, l'Etat d'accueil pourrait demander la renégociation sur le fond des conventions de protection des investissements existantes - et modifier ses exigences quant aux futures conventions de ce genre. Il pourrait ainsi vouloir éliminer l'arbitrage Etat-investisseur, réduire la portée protectrice des stipulations, ou prévoir une clause générale de sauvegarde. Aucune de ces options n'emporte toutefois la conviction.

##### *3.1.1. Récusation de l'arbitrage international: Une réaction radicale et inadaptée*

L'accord de libre-échange entre les Etats-Unis et l'Australie, qui comprend également un chapitre sur l'investissement, est le premier à avoir été conclu depuis l'entrée en vigueur de l'ALENA.<sup>173</sup> Il ne comprend plus de clause d'arbitrage investisseur-Etat hôte.<sup>174</sup> Cette approche

---

d'appui aux investisseurs étrangers potentiels et existant.

<sup>173</sup> N. RUBINS, «L'affaire Loewen c. Etats-Unis: Les pays exportateurs de capital comme défenseurs dans l'arbitrage international», in: *Nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international*, Actes du colloque du 3 mai 2004 à l'ENA (site 2, av. de l'Observatoire, Paris VI°), IHEI Paris II (à publier chez Pedone), n°71.

<sup>174</sup> «Australia-U.S. FTA Sets Precedent with Lack of Investor-State Dispute Mechanism», *Investment Law and*

peut *a priori* sembler avoir l'atout de libérer l'Etat de certains excès jurisprudentiels du droit international des investissements.

Des arguments plus convaincants militent cependant contre cette approche. En effet, sur le plan juridique, l'élimination de la clause d'arbitrage Etat-investisseur ne modifie pas les obligations de l'Etat d'accueil sur le fond. Il élimine seulement une modalité particulière de règlement des différends. Or, à défaut d'arbitrage Etat-investisseur, d'autres modes de règlement s'imposeront, et notamment le règlement interétatique par le biais de la protection diplomatique.<sup>175</sup> Rien n'empêche en effet l'Etat d'origine de l'investisseur de prendre fait et cause pour son ressortissant, dès lors que celui-ci ne dispose plus de recours international à son nom.<sup>176</sup> Par conséquent, on assisterait alors à une fâcheuse re-politisation des différends internationaux de l'investissement, alors que le règlement dépolitisé d'affaires impliquant un Etat est précisément l'un des grands atouts de la procédure arbitrale entre Etat et investisseur étranger.<sup>177</sup>

Enfin, en raison du principe de réciprocité qui s'applique également aux conventions de protection de l'investissement, les Etats développés qui s'aventurent dans la voie de l'abandon de l'arbitrage Etat-investisseur sur le fond d'une justice interne supposée performante en ce qui les concerne se rendront compte que leurs propres ressortissants souhaitant investir à l'étranger se verront désormais confrontés à une situation très difficile en termes d'effectivité de la protection qui leur serait due. Ils ne disposeront, de leur côté, plus non plus de l'arbitrage face à l'Etat d'accueil (en développement) et devront faire valoir leurs droits internationaux contre celui-ci dans le contexte d'un appareil judiciaire souvent insuffisant. Cela résultera en outre en une perte de compétitivité internationale des investisseurs de l'Etat concerné, puisque les assurances de risque politique pour leur activité d'investissement à l'étranger ne leur seront plus consenties à défaut de disponibilité d'un mécanisme d'arbitrage international, ou seulement à

---

*Policy Weekly News Bulletin*, 16 février 2004.

<sup>175</sup> Dans ce cas, l'Etat d'origine de l'investisseur prend fait et cause pour ce-dernier en faisant valoir son propre droit au traitement internationalement licite de ses ressortissant, le différend devenant ainsi inter-étatique, voir *supra*, 1.2.2.

<sup>176</sup> L'investisseur pourrait certes avoir recours aux tribunaux internes de l'Etat d'accueil -et c'est bien pour cette raison que les Etats-Unis considèrent la stipulation d'arbitrage transnational superflue en ce qui les concerne-, mais cela n'empêche pas l'Etat d'origine de l'investisseur d'agir sur le plan international. La doctrine du «*fork in the road*» n'étant d'ailleurs pas applicable à l'Etat de nationalité, l'absence d'une clause d'arbitrage transnational élargit même les possibilités d'action internationales contre l'Etat d'accueil. Le problème réside seulement en la disponibilité réduite de fora internationaux pour trancher le différend. Si l'Etat d'accueil a accepté la compétence de la CIJ (soit par une déclaration générale d'acceptation des deux Etats concernés, soit par un compromis particulier à l'espèce, soit encore par un renvoi explicite dans la convention bilatérale d'investissement, cf. art. 36 du Statut de la CIJ), l'Etat de nationalité pourra y porter le litige. En absence d'une telle acceptation, le différend devra être réglé sur le plan politique ou par une instance arbitrale inter-étatique (tribunal *ad-hoc* ou Cour Permanente d'Arbitrage).

<sup>177</sup> V. sur ce point D. SMALL, «Règlement des différends entre investisseurs et Etats d'accueil dans un accord multilatéral sur l'investissement», p. 79 et ss., p. 84, in: SFDI (éd.), *Un accord multilatéral sur l'investissement*:

primes fortement désavantageux.

On notera que le gouvernement des Etats-Unis a pris note de ces inconvénients. Contrairement à la Convention Australie - Etats-Unis, son modèle de convention de 2004 comprend en effet une clause d'arbitrage Etat-investisseur (article 26), même si celle-ci est corroborée par de multiples précautions et, notamment, par un renvoi possible, pendant l'instance et à la demande de l'Etat attaqué, à une interprétation faisant foi des Parties étatiques (article 31).<sup>178</sup> Il restera cependant à voir si le Sénat, chargé aux Etats-Unis de l'autorisation de ratification des traités, sera convaincu par ce système.

### 3.1.2. *L'erreur stratégique de vouloir restreindre la portée des stipulations de fond*

L'Etat qui pense trouver son salut dans des stipulations conventionnelles moins contraignantes sur le fond<sup>179</sup> se heurtera à des obstacles considérables. D'une part, l'Etat d'accueil ne saurait opérer cette réduction des protection seul: il lui faut l'accord du ou des autres Parties à la Convention. Or, il est incertain que cette autre Partie ait les mêmes intérêts à cet égard.

En outre, même si la réduction souhaitée du niveau de protection devait être obtenue par l'Etat d'accueil dans une de ses conventions d'investissement, on notera que par le jeu des clauses de la nation la plus favorisée contenues dans les autres conventions de l'Etat d'accueil, la réduction serait rendue inopérante. Il faudrait en effet amender toutes les conventions bilatérales d'un Etat pour éviter ce phénomène - pour le moins un défi pratique.<sup>180</sup> Or, la situation concurrentielle dans laquelle se placent les Etats pour attirer les investissements les incite plutôt à ne pas réduire le niveau de protection garanti dans leur réseau de conventions avant les autres Etats d'accueil potentiels. La solution paraît donc peu praticable en l'absence d'un accord multilatéral pour l'investissement. Le seul effet d'une réduction du niveau de protection serait donc celui d'inquiéter les investisseurs potentiels ainsi que leur assureur.

### 3.1.3. *La fausse bonne idée d'une clause générale de sauvegarde*

Une autre solution théoriquement envisageable pour éliminer le dilemme entre la

---

*d'un forum de négociation à l'autre ?*, Pedone, Paris 1999, 140 p.

<sup>178</sup> Voir <http://ita.law.uvic.ca> et *infra*, annexe n°2.

<sup>179</sup> Voir par exemple le modèle de convention des Etats-Unis de 2004, notamment en comparaison directe avec le modèle français désormais plus protecteur de l'investisseur (*infra*, annexe n°2).

<sup>180</sup> Même si les conventions sont aujourd'hui négociées par des spécialistes généralement issus des ministères de l'Economie (bureau ACP de la Direction du Trésor pour la France), avec tout le professionnalisme et l'efficacité que cela implique, la procédure de ratification d'une convention bilatérale de part et d'autre a pour conséquence que ces textes n'entrent souvent pas en vigueur moins d'un an après la fin des négociations. En France, la Constitution de la Vème République exige notamment de faire voter par le Parlement une autorisation de procéder à la ratification du traité (car les finances de l'Etat sont engagées).



protection internationale des investissements et les politiques publiques nécessaires, mais susceptibles de causer préjudice aux investisseurs, relève du droit matériel. Elle consisterait à prévoir dans les instruments internationaux une clause de sauvegarde générale. Celle-ci agirait comme une dérogation exceptionnelle à l'obligation de l'Etat d'accueil d'offrir à l'investissement le niveau de protection prévu en principe.

Les rédacteurs de futures conventions de protection des investissements pourraient être tentés, à cet égard, de s'inspirer de l'existant en droit international: en effet, une clause générale de sauvegarde est connue par le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). L'article XX du GATT<sup>181</sup> permet à l'Etat de justifier un défaut de conformité avec les dispositions de l'Accord pour des raisons de politique publique (sécurité, santé, environnement notamment).

Mais il douteux qu'une telle disposition soit utilement transposable au droit international des investissements. *A priori*, l'idée a certes tout pour séduire. Une telle clause permettrait en effet aux Etats d'accueil de persévérer dans la bonne gestion de leurs affaires internes, de répondre de manière contrôlée aux exigences en matière environnementale et de protection sociale notamment, tout en maintenant une protection internationale des investissements.

Force est toutefois de constater que le droit international des investissements connaît une particularité fondamentale par rapport au droit de l'OMC: Il s'agit d'un système normatif protégeant les personnes privées, tandis que l'OMC se contente des relations interétatiques. Or, alors qu'il est envisageable, comme le fait l'OMC, de faire supporter aux Etats -sur base de réciprocité- les conséquences économiques préjudiciables de leurs politiques d'intérêt général respectives, cette logique se marie mal au contexte asymétrique du droit international des investissements. Par conséquent, une clause générale de sauvegarde aurait deux inconvénients majeurs dans ce contexte particulier:

- un **effet pervers**: elle aboutirait à un **financement des politiques publiques locales par les investisseurs étrangers** qui font l'objet de l'application de la clause. En effet, la valeur de l'investissement serait immédiatement tributaire de toute exception à la protection conventionnelle normale. Or, un tel financement privé forcé des politiques n'est reconnu comme légitime que par le biais du système fiscal. Les principaux systèmes de droit interne récusent en effet toute tentative de l'Etat de s'approprier des biens et avoirs privés sans indemnisation, même

---

<sup>181</sup> Voir *infra*, annexe n°3. Grâce aux clauses de renvoi respectives, l'article XX GATT s'applique également à d'autres accords fonctionnels conclus dans le cadre de l'OMC (TRIPS, TRIMS, SPS). Le GATS connaît, quant à lui, sa propre clause de sauvegarde (art. XIV). Tout le système de l'OMC est ainsi couvert cette possibilité de dérogation.

aux fins les plus légitimes. Ceci doit continuer de valoir aussi sur le plan international.<sup>182</sup>

• une **incitation contre-productive**: influencés par leur opinion politique interne ainsi que les velléités administratives, les Etats d'accueil seraient **tentés de faire appel de manière fréquente et exagérée à la clause de sauvegarde**. Cette tendance serait certes encadrée par le jurisprudence arbitrale, mais l'Etat dispose *de facto* d'un «privilege du préalable» particulièrement étendu en droit international des investissements. La sentence arbitrale finale n'est en effet souvent rendue qu'une dizaine d'années après les faits litigieux.<sup>183</sup> Or, en attendant, l'interprétation de l'Etat prévaudrait.

Par ailleurs, le phénomène des clauses de la nation la plus favorisée rendrait, là encore, toute clause de sauvegarde inopérante, sauf à en introduire dans le réseau complet de l'Etat d'accueil en question, ce qui paraît excessivement difficile.

### 3.2. Le besoin d'une gestion partenariale de l'investissement étranger

Les efforts considérables déployés par les Etats pour défendre leur cause devant les instances arbitrales internationales<sup>184</sup> sont en contraste avec une rigueur administrative excessive face aux investisseurs étrangers en amont du contentieux. Cette politique est fort préjudiciable aux intérêts des Etats en question, puisqu'elle correspond à devoir «rattraper» *a posteriori* l'attention vis-à-vis de l'investisseur dont il aurait fallu faire preuve auparavant. Elle est donc coûteuse car elle implique des frais de procédure et, le cas échéant, des paiements d'intérêts. En outre, elle met en péril les bonnes relations de travail et d'affaires entre l'investisseur étranger et l'Etat d'accueil, ses autorités et personnalités. Il en résulte enfin des occasions pour les tribunaux de rendre des sentences arbitrales de plus en plus audacieuses, d'où des Etats de plus en plus gênés dans leur action par l'existence même du droit international des investissements, et, par conséquent, une tendance de ces mêmes Etats à vouloir mettre en cause la légitimité de ce système normatif sur le plan interétatique.

---

<sup>182</sup> On pourrait même aller jusqu'à affirmer l'existence d'un principe général de droit, qui ferait donc partie du droit international à ce titre, et aux termes duquel l'Etat ne saurait recourir aux biens et avoirs de personnes privées pour financer ses projets et politiques sans indemnité, sauf par le biais de la fiscalité.

<sup>183</sup> Sauf à coupler la clause de sauvegarde à une limite dans le temps pour le système de règlement des différends comme c'est le cas pour l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC, voir à cet égard P. SHAHRJERDI et V. TOMKIEVICZ, «Le procès équitable dans l'espace normatif de l'Organisation Mondiale du Commerce», p. 269 et ss., in: B. STERN (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Société de Législation Comparée, Paris 2003, 290 p.

<sup>184</sup> Contrairement aux années 1970 et le début de la décennie 1980, où les Etats, parties défenderesses, dans bon nombre d'arbitrage relatifs aux nationalisations qui avaient cours à l'époque, omettaient de participer aux procédures arbitrales, les Etats d'accueil ont aujourd'hui très présentes à ce niveau et s'emploient à engager des conseils de renom, avec le coût évident que cela emporte.

Pour résoudre ces difficultés, les décisions susceptibles de heurter les intérêts des investisseurs devraient donc être élaborées et prises dans le plus grand respect des principes procéduraux posés par l'Etat lui-même. Et ces principes procéduraux doivent à leur tour tenir compte de la particularité des relations. Car, de fait, l'investisseur étranger n'est plus le simple assujéti des autorités de l'Etat d'accueil au sens traditionnel du droit administratif. Or, il est dans l'intérêt le plus profond de l'Etat lui-même de prendre conscience, et de tirer les conséquences de cette évolution. Les mesures suivantes sont particulièrement pertinentes à ce titre.

### 3.2.1. Favoriser la bonne gouvernance des investissements par la transparence

Un préalable incontournable d'une réorganisation des relations entre Etat d'accueil et investisseurs étrangers est la politique de transparence.<sup>185</sup> Ce terme pourrait se définir comme l'obligation faite aux pouvoirs publics de communiquer sur leurs objectifs politiques, de motiver leurs décisions faisant grief en référence à une base juridique<sup>186</sup>, et de rendre accessibles tous les textes ayant vocation à s'appliquer aux investisseurs étrangers. Cette exigence doit permettre aux investisseurs de s'informer facilement, donc à moindre coût, du contexte réglementaire de son opération d'investissement.

Sur le plan du droit international, l'avantage de la transparence ainsi définie est celle d'éviter à l'Etat d'accueil de se voir opposer un traitement injuste ou inéquitable du fait d'une opacité excessive du système juridico-administratif et des décisions imprévisibles dues à cet état des choses. Sur le plan économique, la transparence produit des effets positifs en termes d'efficacité étant donné que les procédures décisionnelles deviennent lisibles pour l'investisseur. Grâce à cette bonne compréhension mutuelle, on peut en effet escompter non seulement une recrudescence importante des investissements dans l'Etat concerné<sup>187</sup>, mais également une allocation des ressources investies plus conforme aux attentes de l'Etat d'accueil, évitant ainsi aux détenteurs du capital autant qu'à la société du pays d'investissement des pertes sèches causées par un investissement qui ne pourra pas être opéré.

Une telle mesure n'interdit en rien à l'Etat d'accueil de modifier le cadre normatif entourant l'investissement une fois que celui-ci est établi. En revanche, l'Etat transparent met en

---

<sup>185</sup> Voir notamment l'étude de l'OCDE, «Les bénéficiaires de la transparence du secteur public pour l'investissement et au-delà», in: *Perspectives de l'investissement international*, édition 2003, Paris 2003, p. 154 et ss.

<sup>186</sup> Comparer à cet égard l'article 2 de la loi française de 1979 sur les relations avec les administrés; art. 39 de la loi fédérale allemande relative aux procédures administratives (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) que l'on retrouve dans les dispositions identiques des lois correspondantes des Länder pour leur domaine de compétence.

<sup>187</sup> Les Communautés Européennes ont en effet communiqué, dans le cadre de l'OMC, un sondage aux termes duquel la 71% des grandes entreprises européennes interrogées considéraient le manque de transparence comme un obstacle majeur à l'investissement dans l'économie concernée, «Document d'orientation sur la transparence»

exerger les règles du jeu sur la base desquelles lui-même entend agir vis-à-vis des administrés, que ce soit sous forme d'acte d'application générale ou de décision individuelle. Les agissements arbitraires et la corruption en seraient réduits d'autant, comme le suggère par exemple la Convention OCDE pour la lutte contre la corruption<sup>188</sup> et la déclaration des dirigeants de l'instance régionale *Asia Pacific Economic Cooperation* (APEC) en vue de la mise en œuvre des normes de l'APEC en matière de transparence<sup>189</sup>.

La généralisation de cette politique *a priori* très consensuelle s'avère pourtant laborieuse. Pour prendre un exemple concret, la publication des lois et règlements dans une source d'information unique et facilement accessible a pris du retard même parmi les Etats membres de l'OCDE et n'atteint que le chiffre décevant de 18 pays sur 26 (en 2000), chiffre d'ailleurs inchangé depuis 1998.<sup>190</sup> La situation est encore plus complexe dans la plupart des pays en développement, qui bien souvent ne disposent guère des moyens de répondre aux critères de transparence sans aide extérieure. Comment, en effet, exiger d'un pays en développement de produire sur Internet tous les textes applicables ainsi que leur mise en œuvre cohérente ? Des projets d'APD ont ainsi été lancés à cet effet,<sup>191</sup> preuve, s'il en fallait, de l'enjeu de développement de cette question.

La situation n'est d'ailleurs pas désespérée: le Maroc montre en effet que des succès étonnants de la politique de transparence sont néanmoins possibles. Ainsi, grâce à une Charte de l'Investissement, le gouvernement de Rabat a fixé de manière précise les objectifs de son action publique pour dix ans à compter de 1995. Par conséquent, les investisseurs étrangers jouissent d'une stabilité normative pour les politiques qui ne sont pas évoquées dans ce document.<sup>192</sup>

### 3.2.2. *Eviter les décisions successives incohérentes par la création de guichets uniques*

Dans le cadre du contentieux international des investissements récent, les investisseurs invoquent régulièrement l'incohérence entre les décisions et comportements des différentes

---

WT/WGTI/W/110 disséminé au sein du groupe de travail commerce et investissement de l'OMC.

<sup>188</sup> Cf. article 1 §9 de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions économiques internationales, adoptée par la Conférence de négociations sous les auspices de l'OCDE le 21 novembre 1997, <http://www.ocde.org>.

<sup>189</sup> Octobre 2002, cit. in: OCDE (éd.), *Perspectives de l'investissement*, édition 2003, Paris 2003, p. 161.

<sup>190</sup> OCDE (éd.), *Gestion publique*, base de données sur la réglementation, Paris 2002.

<sup>191</sup> Voir notamment le projet «eGovernment for Development» à destination des pays d'Amérique latine, qui est financé par le *Department of International Development* du Royaume-Uni et géré par l'Université de Manchester, <http://www.e-devexchange.org/eGov/laportals.htm>.

<sup>192</sup> Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, *Comment accroître la sécurité des investissements français à l'étranger ? -Pour une rénovation des instruments conventionnels-*, Rapport présenté par P. PINON et adopté par l'Assemblée générale du 20 janvier 2000, Paris 2000, 64 p., p. 16.

autorités compétentes en la matière.<sup>193</sup> En effet, la multiplicité des acteurs publics desquels l'investisseur dépend pour la mise en œuvre de son projet peut être déconcertante, et leur coopération est souvent sous-optimale. Ainsi, il n'est pas impossible que les autorités centrales de l'Etat d'accueil approuvent un projet, alors qu'il se heurte par la suite au refus d'une autorité décentralisée ou locale.<sup>194</sup>

Or, un remède administratif relativement simple existe pour ce mal: Il s'agit du système de guichet unique qui rassemble toutes les instances compétentes en un seul lieu au niveau du territoire d'accueil. Ainsi, le Maroc -encore lui- a fait le sage choix de créer des *Centres Régionaux d'Investissement* qui évitent à l'investisseur les démarches longues et coûteuses auprès de multiples administrations.<sup>195</sup> Cet outil est d'ailleurs tout à fait transposable à d'autres Etats, y compris fédéraux. En effet, aucune administration n'est tenue d'abandonner des compétences, elles sont uniquement mises en commun dans une seule enceinte.

Outre cet aspect d'accessibilité éminemment pratique, les guichets uniques ont un avantage remarquable au regard du droit international des investissements: elles rendent toute contradiction entre les promesses de telle administration et la réaction ultérieure de telle autre instance impossible grâce à une consultation simultanée. Par conséquent, une violation du traitement juste et équitable à ce titre devient hautement improbable.

### 3.2.3. *Eluder le contentieux par une concertation en amont avec les investisseurs*

Si le guichet unique permet d'éviter certaines incohérences procédurales, le contenu des décisions qui sont prises par l'Etat d'accueil peut demeurer problématique au regard du droit international des investissements. Or, cette branche du droit recouvre non seulement le déni de justice procédurale mais aussi les politiques publiques de fond.

A cet égard, il semble donc utile que l'Etat d'accueil se concert<sup>196</sup> en amont avec les investisseurs qui disposent déjà d'une implantation sur leur territoire. Cette concertation concernerait les actes normatifs ou administratifs qui toucheraient aux intérêts légitimes de ces investisseurs.<sup>197</sup> Ainsi, l'Etat éviterait de se voir sanctionné pour des actes imprévisibles et

---

<sup>193</sup> *Metalclad c/ Mexique*, supra n°48, §52; *Compañía de Aguas del Aconquija et Compagnie Générale des Eaux c/ Argentine*, affaire ARB/97/3, sentence rendue dans le cadre du CIRDI le 21 novembre 2000, <http://www.worldbank.org/icsid>, §33.

<sup>194</sup> C'est là le scénario de l'affaire *Metalclad c/ Mexique*, supra n°48.

<sup>195</sup> Voir point 3.2 de la Lettre Royale du 24 chaoul 1422 (9 janvier 2002), «la gestion déconcentrée de l'investissement», [http://www.finances.gov.ma/investissement/index\\_cri.htm#](http://www.finances.gov.ma/investissement/index_cri.htm#).

<sup>196</sup> La concertation se distingue de la négociation dans la mesure où l'échange de vue ne préjuge pas de la décision qui sera prise de manière unilatérale par l'autorité compétente. En revanche, il s'agit de plus que du simple recueil d'un avis dès lors que la concertation consiste en une véritable séquence de travaux de fond communs, qui intervient donc à un stade précoce de la procédure décisionnelle, le contenu de la décision étant encore en gestation et susceptible de ce fait de prendre en compte l'éventuel accord de compromis qui pourrait être trouvé par les parties.

<sup>197</sup> Ainsi, il serait absurde de prévenir l'intéressé avant de prendre la décision d'envoyer sur place une mission d'inspection du travail.

contraires aux intérêts légitimes des investisseurs étrangers.

### **Etude de cas: Protection des animaux et production de foie gras en Californie<sup>198</sup>**

**Le problème:** Dans un souci de protection des animaux, l'Etat de Californie a souhaité adopter une loi limitant la taille maximale du foie gras produit sur son territoire. Or, le seul producteur de foie gras qui y est actif à l'heure actuelle est un ressortissant d'un pays d'Amérique latine.

**La solution choisie par la Californie:** Le député à l'origine de la proposition de loi a contacté l'opérateur pour connaître ses projets professionnels. Lorsque celui-ci a indiqué qu'il souhaité prendre sa retraite en 2012, le parlement a voté la loi avec une entrée en vigueur différée à cette date.

**Appréciation au regard du droit international des investissements:** Grâce à l'entrée en vigueur différée, l'investisseur concerné n'est pas lésé par cette réglementation nouvelle. Même s'il change d'avis et repousse sa partie en retraite, il pourra difficilement invoquer les normes de la Convention d'investissements applicable car *la concertation préalable élimine le caractère imprévisible des nouvelles dispositions*, lui permettant largement d'adapter ses méthodes de production. Enfin, le cessionnaire éventuel de l'entreprise, s'il s'agit également d'un ressortissant étranger, ne pourra pas plus se prévaloir du droit international des investissements sachant que le contexte réglementaire lui sera applicable ou prévisible dès la constitution de son investissement.

La suggestion s'apparente d'ailleurs à ce qui est d'ores et déjà pratiqué en France, dans le cadre de l'action normative de l'Etat, par le Conseil Economique et Social (CES). Rien n'empêcherait en effet l'Etat d'accueil d'associer d'autres acteurs socio-économiques à cette démarche de concertation en amont, ne serait-ce que pour éviter la malencontreuse impression d'une influence relative démesurée des opérateurs économique par rapport au salariat et aux ONG par exemple.

Certes, il reste à contrer la critique imaginable de l'asymétrie de pouvoir entre les entreprises multinationales et les pays en développement, qui serait endiguée, voire confortée par

---

<sup>198</sup> Voir l'entretien avec le Gouverneur A. SCHWARZENEGGER, «Dieser Laden hier soll explodieren», *Süddeutsche Zeitung* des 18/19 décembre 2004, p. 10.



une concertation en amont entre ces deux acteurs. Il s'agit là sans doute d'un obstacle sérieux d'ordre pratique à la présente piste de réflexion, mais non pas d'une objection de principe valable. En effet, il serait tout à fait possible et réalisable en pratique d'imaginer un **organe de concertation** suffisamment institutionnalisé et doté de mécanisme protecteurs utiles pour minimiser ce problème. On peut s'inspirer à cet effet des techniques développées dans le cadre du dialogue social pour contrer les rapports de force perçus entre employeurs et salariés:

- la participation du «*syndicat*» des pays en développement, à savoir l'ONU, ou plus particulièrement la CNUCED, aux concertations ainsi entreprises
- l'intervention éventuelle d'un «*tiers facilitateur*» neutre lors des concertations, en la personne par exemple d'un ancien dignitaire sur lequel les deux parties seraient en accord
- la «*procéduralisation*» des débats à l'aide de règles précises afin de préserver la neutralité du cadre de concertation et d'en rendre les résultats crédibles.

En somme, un tel système de concertation reviendrait à compléter le mécanisme d'arbitrage CIRDI, qui intervient nécessairement en aval d'un conflit Etat-investisseur, par **un organe neutre et international, placé en amont du conflit éventuel**, et donc préventif. Il aurait le double avantage d'éviter un certain nombre de litiges et d'améliorer durablement les relations de travail entre -qu'on le veuille ou non- les *partenaires* de l'investissement étranger, à savoir l'Etat et l'investisseur. Un gain annexe serait sans doute celui d'accroître la transparence des processus décisionnels publics, réduisant d'autant l'incitation pour les ressortissants étrangers de recourir à la corruption pour faire valoir leurs intérêts.

#### 3.2.4. *Reconnaître les Etats hôtes comme participants au marché des investissements*

Même si les suggestions ci-dessus ne touchent pas à la souveraineté nationale des Etats d'accueil, les modes de gestion proposés consacraient sans doute une perception novatrice des relations entre l'investisseur étranger et le gouvernement hôte, fondée sur la concertation. Or, une telle relation implique la prise d'engagements réciproques entre Etat et investisseur dès lors que la concertation aboutirait à un résultat concret. Un instrumentaire de contractualisation est donc nécessaire pour permettre aux deux parties de planifier leur action sur la base d'un document commun.

On traduirait ainsi dans les textes un fait indéniable: l'Etat d'accueil est aujourd'hui un acteur parmi d'autres sur le marché des investissements internationaux. En effet, comme nous

avons pu le constater, les instruments unilatéraux à sa disposition grâce au droit administratif interne ne sont plus adaptés. L'Etat est soumis à un contrôle externe de ses actes. Par conséquent, pour maintenir quelque influence et défendre au mieux ses intérêts, l'Etat doit avoir toute latitude pour opérer en tant que partenaire-négociateur vis-à-vis des investisseurs.

Or, malgré les apparences, la possibilité d'opérer des contractualisations Etat-investisseur n'est pas acquise. Certes, il existe déjà des «contrats d'Etats» liant l'Etat et l'investisseur étranger, souvent autour de concessions attribuées par celui-ci à celui-là. Mais cet instrument se heurte à certains obstacles: la souveraineté de l'Etat, et notamment par rapport à ses ressources naturelles, rend douteuse la valeur obligatoire du texte dès lors qu'il est conclu pour une longue durée. La répartition interne des compétences de l'Etat leur interdit bien souvent de lier l'action de ses pouvoirs publics vis-à-vis d'un acteur externe comme un investisseur étranger, notamment lorsque cela implique des mesures législatives ou des actes de collectivités sur la compétence desquelles l'Etat central ne saurait empiéter. L'annuité budgétaire empêche en outre l'exécutif de l'Etat de prendre des engagements de dépenses fixes sur un certain nombre d'années.

L'insécurité juridique qui en résulte pour l'investisseur, et l'embarras de l'Etat qui souhaite se concerter avec un investisseur mais qui ne dispose pas de l'instrumentaire nécessaire pour en tirer toutes les conclusions, sont forts gênants. L'Etat d'accueil pourrait donc songer à mettre en place une **autorité unique de partenariat Etat-investisseur** qui disposerait des prérogatives nécessaires pour acter les engagements nécessaires.

Le statut juridique de l'instance<sup>199</sup> en question est secondaire dès lors que la condition suivante est respectée: **l'autorité doit pouvoir engager l'Etat en toutes ses branches et subdivisions** (concernées). Il s'agirait donc, le cas échéant, d'adapter le droit administratif de l'Etat d'accueil pour lui permettre d'agir en ce sens. En outre, le Parlement devrait participer à l'organe ou de prévoir une procédure d'approbation accélérée des actes pris dans ce cadre. Dans un système fédéral, il devrait de surcroît s'agir d'un établissement commun des Etats fédérés et fédéral.<sup>200</sup> L'autorité doit disposer du savoir-faire et des moyens nécessaires pour pouvoir mener à bien les processus de contractualisation dans les meilleurs délais, faute de quoi l'instance perdrait toute valeur ajoutée par rapport au système actuel. Les contrats signés par l'autorité -et, le cas échéant, actés par le Parlement- devraient être de valeur obligatoire au regard du droit interne de l'Etat en question et être invocable devant les tribunaux de celui-ci. Enfin, les contrats

---

<sup>199</sup> Une administration particulière, un établissement public, voire une société de droit privée sont envisageables.

<sup>200</sup> Ces modèles institutionnels existent (voir par exemple les organes de coordination entre Länder allemands comme l'Office central de répartition des places d'études *ZVS*) et n'impliquent en rien un amendement constitutionnel car les autorités concernées lui délèguent chacune leurs compétences respectives.

de l'autorité devraient se fonder sur des conditions générales qui les rendent valables au regard du droit international. En particulier, il s'agirait de limiter la durée contractuelle à quelques années, éventuellement en complétant ceci par une clause de rendez-vous qui permettrait de revoir et, le cas échéant, de reconduire le contrat arrivé à échéance sans que la souveraineté permanente de l'Etat d'accueil soit remise en cause.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

Alors que la protection internationale des investissements étrangers évolue dans un sens favorable aux investisseurs, elle entraîne inévitablement des conséquences pour les Etats d'accueils. Notamment, la sanction désormais possible d'actes de portée générale par les tribunaux internationaux touche de nombreuses politiques sectorielles - politiques qui peuvent être utiles, recommandées, voire nécessaires par ailleurs, que ce soit pour des raisons économiques ou à cause des obligations qui émanent des autres branches du droit international.

Les Etats d'accueil, ayant pris conscience de ces développements de la protection internationale des investissements, peuvent avoir -et ont déjà eu dans certains cas- le réflexe traditionnel de gérer la situation avec les outils de la souveraineté, et notamment par la modification du cadre juridique international de la protection des investissements.<sup>201</sup> Il s'avère toutefois que ces moyens sont souvent inadaptés, sinon même inopérants. Dès lors, l'issue la plus praticable semble être celle d'un partenariat plus poussé entre les investisseurs étrangers et l'Etat d'accueil.

Dans cette logique, et pour répondre à la fois aux exigences de politique publique et aux obligations nouvelles issues du droit international des investissements, l'Etat devra notamment adapter ses procédures décisionnelles pour en augmenter la transparence. Ainsi, pour qu'une politique considérée nécessaire devienne irréprochable au titre du droit international des investissements, il pourra être utile à l'Etat de prévoir des organes uniques chargés d'une concertation avec les investisseurs en amont de la prise de décision finale. Ceci devrait en effet permettre d'éviter qu'une politique nouvellement instituée par les autorités d'un Etat d'accueil ne porte atteinte aux attentes légitimes d'un investisseur étranger. Or, ces attentes légitimes sont récemment devenues la notion pivot de la protection internationale des investissements.

Certes, dans la mesure où il incite à procéder à une réforme aussi poussée des

---

<sup>201</sup> Voir le modèle de convention de promotion et protection des investissements des Etats-Unis de 2004 dont les

administrations des Etats d'accueil, le droit international des investissements peut paraître comme un élément perturbateur. Cependant, force est de constater aussi que ce nouveau droit encourage utilement la transparence, l'essor institutionnel et ainsi la crédibilité de la gestion publique des Etats d'accueil. Or, ces facteurs favorisent la compétitivité et le développement durable des économies qui en bénéficient. Si elle est effectuée de manière constructive, l'adaptation aux évolutions du droit international des investissements peut donc servir simultanément l'investisseur étranger et l'intérêt général.

En tout état de cause, le droit international des investissements n'est qu'un des facteurs du changement. Son évolution se place en effet dans un contexte plus large, les Etats étant touchés par de nombreux phénomènes transnationaux qui suscitent tous une prise de conscience des limites de l'Etat-pouvoir.<sup>202</sup> La protection internationale des investissements participe ainsi à une transformation inéluctable de l'Etat dont les outils régaliens deviennent insuffisants à bien des égards.

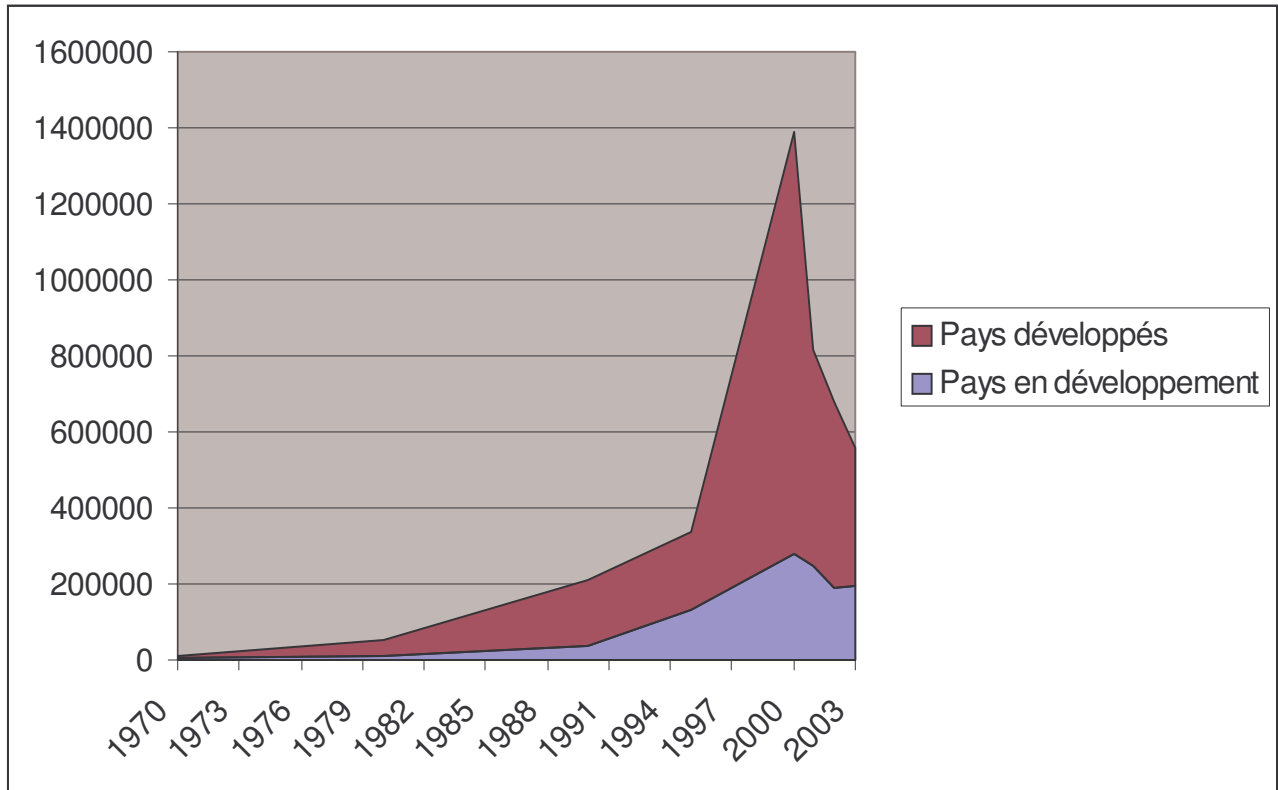
---

stipulations essentielles sont présentées *infra* en annexe n°2 (en synopsis avec le modèle français).

<sup>202</sup> Cf. le constat fait pour les Etats-Unis par J. NYE, *The Paradox of American Power – why the world's only superpower can't go it alone*, Oxford University Press, Oxford 2002, 222 p., p. xiii et ss.

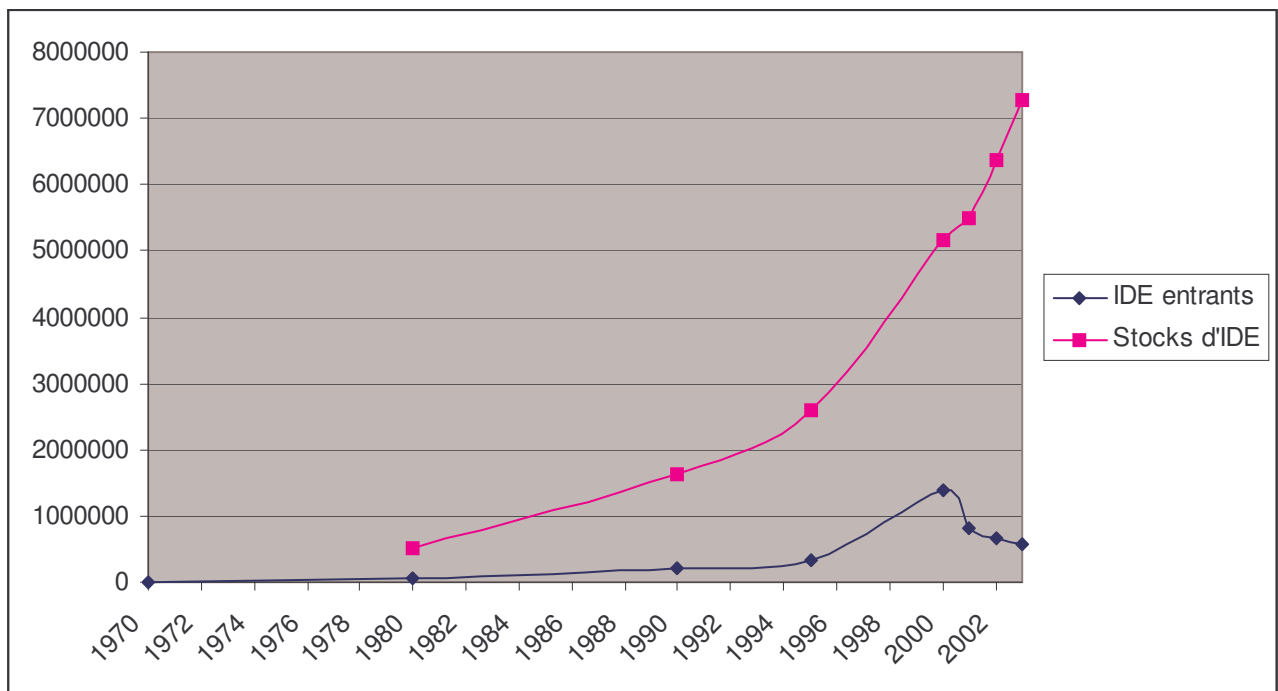
## ANNEXES

### *Annexe n°1: Statistiques de l'investissement international*



**Annexe 1.1.: Flux d'investissements directs étrangers entrants dans les pays développés et en développement (en millions de US\$)**

Source: CNUCED, <http://stats.unctad.org>, 2005



**Annexe 1.2.: Flux d'investissements directs étrangers entrants par rapport aux stocks préexistants d'investissements étrangers dans les économies d'accueil (en millions de US\$)**

Source : CNUCED, <http://stats.unctad.org>, 2005

***Annexe n°2 : Comparaison des modèles de convention bilatérale de protection et de promotion des investissements de la France et des Etats-Unis***

<i>Stipulation</i>	<i>Modèle français</i>	<i>Modèle des Etats-Unis (2004)</i>
<b>Traitement juste et équitable</b>	<p><i>Article 4 – Traitement juste et équitable</i></p> <p>Chacune des Parties contractantes s’engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du Droit international, aux investissements des nationaux et sociétés de l’autre Partie et à faire en sorte que l’exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait. En particulier, bien que non exclusivement, sont considérées comme des entraves de droit ou de fait au traitement juste et équitable, toute restriction à l’achat et au transport de matières premières et de matières auxiliaires, d’énergie et de combustibles, ainsi que de moyens de production et d’exploitation de tout genre, toute entrave à la vente et au transport des produits à l’intérieur du pays et à l’étranger, ainsi que toutes autres mesures ayant un effet analogue.</p> <p>Les Parties contractantes examineront avec bienveillance, dans le cadre de leur législation interne, les demandes d’entrée et d’autorisation de séjour, de travail, et de circulation introduites par des nationaux d’une Partie contractante, au titre d’un investissement réalisé sur le territoire ou dans la zone maritime</p>	<p><i>Article 5: Minimum Standard of Treatment</i><sup>203</sup></p> <p>1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.</p> <p>2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:</p> <p>(a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and</p> <p>(b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.</p> <p>3. A determination that there has been a breach of another provision</p>

<sup>203</sup> Article 5 [Minimum Standard of Treatment] is to be interpreted in accordance with Annex A: The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Article 5 [Minimum Standard of Treatment] and Annex B [Expropriation] results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 5 [Minimum Standard of Treatment], the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.



<i>Stipulation</i>	<i>Modèle français</i>	<i>Modèle des Etats-Unis (2004)</i>
	de l'autre Partie contractante.	of this Treaty, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.
<b>Expropriation</b>	<p><i>Article 6 – Dépossession et indemnisation</i></p> <p>1. Les investissements effectués par des nationaux ou sociétés de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficient, sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleines et entières.</p> <p>2. Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les nationaux et sociétés de l'autre Partie des investissements leur appartenant, sur leur territoire et dans leur zone maritime, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni</p>	<p><i>Article 6: Expropriation and Compensation</i><sup>204</sup></p> <p>1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”), except:</p> <p>(a) for a public purpose;</p> <p>(b) in a non-discriminatory manner;</p> <p>(c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and</p> <p>(d) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment](1), (2), and (3).</p> <p>2. The compensation referred to in</p>

<sup>204</sup> Article 6 [Expropriation] is to be interpreted in accordance with Annex A and B Annex A: *ibid.*

Annex B: The Parties confirm their shared understanding that:

1. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.

2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.

3. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.

4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and

(iii) the character of the government action.

(b) Except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

<i>Stipulation</i>	<i>Modèle français</i>	<i>Modèle des Etats-Unis (2004)</i>
	<p>discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier.</p> <p>Toutes les mesures de dépossession qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité prompte et adéquate dont le montant, égal à la valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession.</p> <p>Cette indemnité, son montant et ses modalités de versement sont fixés au plus tard à la date de dépossession. Cette indemnité est effectivement réalisable, versée sans retard et librement transférable. Elle produit, jusqu'à la date de versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt de marché approprié.</p> <p>3. Les nationaux ou sociétés de l'une des Parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence national ou révolte survenu sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux ou sociétés ou à ceux de la Nation la plus favorisée.</p>	<p>paragraph 1 shall:</p> <p>(a) be paid without delay;</p> <p>(b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (“the date of expropriation”);</p> <p>(c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and</p> <p>(d) be fully realizable and freely transferable.</p> <p>3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation referred to in paragraph 1 shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.</p> <p>4. If the fair market value is denominated in a currency that is not freely usable, the compensation referred to in paragraph 1 – converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment – shall be no less than:</p> <p>(a) the fair market value on the date of expropriation, converted into a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on that date, plus</p> <p>(b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.</p> <p>5. This Article does not apply to the</p>

<i>Stipulation</i>	<i>Modèle français</i>	<i>Modèle des Etats-Unis (2004)</i>
		issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement.
<b>Arbitrage Etat-investisseur</b>	<p><i>Article 8 – Règlement des différends entre un investisseur et une Partie contractante</i></p> <p>Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un national ou une société de l'autre Partie contractante est réglé à l'amiable entre les deux parties concernées.</p> <p>Si un tel différend n'a pas pu être réglé dans les six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des parties au différend, il est soumis à la demande de l'une ou l'autre de ces parties à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (C.I.R.D.I.), créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965.</p> <p>Dans le cas où le différend est de nature à engager la responsabilité pour les actions ou omissions de collectivités publiques ou d'organismes dépendants de l'une des deux Parties contractantes, au sens de l'article 2 du présent accord, ladite collectivité publique ou ledit organisme sont tenus de donner leur consentement de manière inconditionnelle au recours à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.) au</p>	<p><i>Article 24: Submission of a Claim to Arbitration</i></p> <p>1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation:</p> <p>(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim</p> <p>(i) that the respondent has breached</p> <p>(A) an obligation under Articles 3 through 10,</p> <p>(B) an investment authorization, or</p> <p>(C) an investment agreement;</p> <p>and</p> <p>(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and</p> <p>(b) the claimant, on behalf of an enterprise of the respondent that is a juridical person that the claimant owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim</p> <p>(i) that the respondent has breached</p> <p>(A) an obligation under Articles 3 through 10,</p> <p>(B) an investment authorization, or</p>

<i>Stipulation</i>	<i>Modèle français</i>	<i>Modèle des Etats-Unis (2004)</i>
	<p>sens de l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965.</p>	<p>(C) an investment agreement;</p> <p>and</p> <p>(ii) that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.</p> <p>2. At least 90 days before submitting any claim to arbitration under this Section, a claimant shall deliver to the respondent a written notice of its intention to submit the claim to arbitration ("notice of intent"). The notice shall specify:</p> <p>(a) the name and address of the claimant and, where a claim is submitted on behalf of an enterprise, the name, address, and place of incorporation of the enterprise;</p> <p>(b) for each claim, the provision of this Treaty, investment authorization, or investment agreement alleged to have been breached and any other relevant provisions;</p> <p>(c) the legal and factual basis for each claim; and</p> <p>(d) the relief sought and the approximate amount of damages claimed.</p> <p>3. Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:</p> <p>(a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the non-disputing Party are parties to the ICSID Convention;</p> <p>(b) under the ICSID Additional</p>

<i>Stipulation</i>	<i>Modèle français</i>	<i>Modèle des Etats-Unis (2004)</i>
		<p>Facility Rules, provided that either the respondent or the non-disputing Party is a party to the ICSID Convention;</p> <p>(c) under the UNCITRAL Arbitration Rules; or</p> <p>(d) if the claimant and respondent agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules.</p> <p>4. A claim shall be deemed submitted to arbitration under this Section when the claimant’s notice of or request for arbitration (“notice of arbitration”):</p> <p>(a) referred to in paragraph 1 of Article 36 of the ICSID Convention is received by the Secretary-General;</p> <p>(b) referred to in Article 2 of Schedule C of the ICSID Additional Facility Rules is received by the Secretary-General;</p> <p>(c) referred to in Article 3 of the UNCITRAL Arbitration Rules, together with the statement of claim referred to in Article 18 of the UNCITRAL Arbitration Rules, are received by the respondent; or</p> <p>(d) referred to under any other arbitral institution or arbitral rules selected under paragraph 3(d) is received by the respondent.</p> <p>A claim asserted for the first time after such notice of arbitration is submitted shall be deemed submitted to arbitration under this Section on the date of its receipt under the applicable arbitral rules.</p> <p>5. The arbitration rules applicable under paragraph 3, and in effect on the date the claim or claims were submitted to arbitration under this</p>

<i>Stipulation</i>	<i>Modèle français</i>	<i>Modèle des Etats-Unis (2004)</i>
		<p>Section, shall govern the arbitration except to the extent modified by this Treaty.</p> <p>6. The claimant shall provide with the notice of arbitration referred to in paragraph 4:</p> <p>(a) the name of the arbitrator that the claimant appoints; or</p> <p>(b) the claimant's written consent for the Secretary-General to appoint the claimant's arbitrator.</p> <p><i>Article 31: Interpretation of Annexes</i></p> <p>1. Where a respondent asserts as a defense that the measure alleged to be a breach is within the scope of a non-conforming measure set out in Annex I or Annex II, the tribunal shall, on request of the respondent, request the interpretation of the Parties on the issue. The Parties shall submit in writing any decision declaring their interpretation to the tribunal within 60 days of delivery of the request.</p> <p>2. A decision jointly issued under paragraph 1 by the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, shall be binding on the tribunal, and any award must be consistent with that decision. If the Parties fail to issue such a decision within 60 days, the tribunal shall decide the issue.</p>



## ***Annexe n°3: Clause de sauvegarde générale du GATT 1947***

### ***Article XX***

#### *Exceptions générales*

*Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures*

- a) nécessaires à la protection de la moralité publique;*
  - b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;*
  - c) se rapportant à l'importation ou à l'exportation de l'or ou de l'argent;*
  - d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur;*
  - e) se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons;*
  - f) imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique;*
  - g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales;*
- (...)*

## *Annexe n°4: Entretiens effectués*

### **I. Organisations internationales et représentants auprès de celles-ci**

- Mme Marie-France HOUDE Senior Economist, Division des investissements, Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) (11 octobre 2004)
- S.E. M. Carlos ELIZONDO Ambassadeur du Mexique auprès de l'OCDE (2 décembre 2004)
- Mme Patricia QUESADA Attachée économique à la Représentation Permanente du Mexique auprès de l'OCDE (2 décembre 2004)

### **II. Administrations nationales**

- M. Patrick COMOY Conseiller des affaires étrangères, Sous-direction des affaires financières internationales, Ministère des Affaires Etrangères (14 octobre 2004)
- Mme Laurence NICO Adjointe au chef de bureau, bureau ACP, Direction du trésor, Ministère de l'Economie et des Finances (4 novembre 2004)

### **III. Chercheurs et universitaires**

- M. Patrick JUILLARD Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (13 octobre 2004)
- M. Charles LEBEN Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, directeur de l'Institut des Hautes Etudes Internationales (11 octobre 2004)
- M. Payam SHAHRJERDI Chercheur au CNRS, doctorant en droit international économique à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (15 novembre 2004)

### **IV. Praticiens des cabinets d'avocats et entreprises privées**

- Mme Marie-Hélène ALEXIS Responsable des assurances d'investissements à l'étranger, Direction moyen terme de la Coface (9 novembre 2004)
- M. Emmanuel GAILLARD Associé et Managing Partner du bureau de Paris, cabinet d'avocats Shearman & Sterling LLP, professeur à l'Université Paris XII (4 octobre 2004)
- M. Charles-Louis de MAUD'HUY Membre de la direction chargé des relations avec l'Argentine, Véolia Environnement (22 décembre 2004)

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **I. Ouvrages généraux**

- ALLAND, Denis (éd.), *Droit international public*, P.U.F., Paris 2000, 807 p.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. (éd.), *Etudes de Droit Comparé*, Académie de Droit International Comparé, Bruylant, Bruxelles 2001, 1182 p.
- CARREAU, Dominique, *Droit international*, 7ème édition, Pedone, Paris 2001, 688p.
- CARREAU, Dominique et JUILLARD, Patrick, *Droit international économique*, Dalloz, coll. Précis, Paris 2003, 706 p.
- CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 15ème édition, Montchrestien, Paris 2001, 1427 p.
- CHAVAGNEUX, Christian, *Economie politique internationale*, Editions La Découverte, coll. «Les repères», Paris 2004, 122 p.
- CARDEBAT, Jean-Marie, *La mondialisation et l'emploi*, Editions La Découverte, coll. «Les repères», Paris 2002, 123 p.
- COMBACAU, Jean et SUR, Serge, *Droit international public*, 5ème éd., Montchrestien, Paris 2001, 815 p.
- DAILLER, Patrick, de LA PRADELLE, Géraud et GHÉRARI, Habib, *Droit de l'économie internationale*, Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre, Pedone, Paris 2004, 1118 p.
- DUPUY, Pierre-Marie, *Droit international public*, 6ème éd., Dalloz, Paris 2002, 787 p.
- HERDEGEN, Matthias, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 3ème éd., C.H. Beck, Munich 2002, 281 p.
- HUBRECHT, Hubert-Gérald, *Droit public économique*, Dalloz, Paris 1997, 366 p.
- KIMMINICH, Otto et HOBE, Stephan, *Einführung in das Völkerrecht*, 7ème éd., A. Francke Verlag, coll. «UTB für Wissenschaft», Tübingen 2000, 499 p.
- KISS, Alexandre et BEURIER, Jean-Pierre, *Droit International de l'Environnement*, 2ème éd., Pedone, Paris 2000, 424 p.
- LOWENFELD, Andreas F., *International Economic Law*, Oxford University Press, Oxford 2003, 820 p.
- NGUYEN, Quoc Dinh, DAILLIER, Patrick et PELLET, Alain, *Droit International Général*, 7ème éd., L.G.D.J., Paris 2002, 1510 p.

NYE, Joseph S. Jr., *The Paradox of American Power – why the world's only superpower can't go it alone*, Oxford University Press, Oxford 2002, 222 p.

SALMON, Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles 2001, 1198 p.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, *Völkerrecht*, 9ème éd., Carl Heymanns, Cologne 1997, 422 p.

VERDROSS, Alfred et SIMMA, Bruno, *Universelles Völkerrecht*, 3ème éd., Duncker & Humblot, Berlin 1984, 956 p.

## II. Ouvrages spécialisés

ALDRICH, George H., *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Clarendon Press, Oxford 1996, 590 p.

DOLZER, Rudolf, *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, Springer-Verlag, coll. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, tome 88, Berlin 1985, 331 p.

GRAMLICH, Ludwig, *Rechtsgestalt, Regelungstypen und Rechtsschutz bei grenzüberschreitenden Investitionen*, Nomos Verlagsgesellschaft, coll. «Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht», tome 12, Baden-Baden 1984, 578 p.

JUILLARD, Patrick, *L'évolution des sources du droit des investissements*, in: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, tome 250, 1994-VI, Kluwer Law International, La Haye 1997.

Organisation pour la Coopération et le Développement Economiques (éd.), *Assessing the Environmental Effects of Trade Liberalisation Agreements, Methodologies*, Paris 2000, 360 p.

PETTITI, Louis-Edmond (dir.), DECAUX, Emmanuel et IMBERT, Pierre-Henri, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article*, 2ème édition, Economica, Paris 1999, 1230 p.

RUIZ FABRI, Hélène (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Travaux de l'atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris, Société de législation comparée, Paris 2003, 290 p.

SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, 1466 p.

SCHRIJVER, N. J., *Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties in an interdependent world*, thèse, Groningen 1995, 482 p., <http://www.ub.rug.nl/eldoc/dis/jur/n.j.schrijver/>

SCHWARZENBERGER, Georg, *Foreign Investments and International Law*, Steven & Sons, London 1969, 237 p.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, *Collected Essays on International Investments and on International Organizations*, Kluwer Law International, La Haye 1998, 465 p.

Société Française pour le Droit International (éd.), *Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre ?*, Rapports de la journée d'études organisée par l'Institut des Hautes Etudes Internationales (Paris II Panthéon-Assas) le 7 décembre 1998, Pedone, Paris 1999, 140 p.

SORNARAJAH, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, La Haye 2000, 390 p.

SORNARAJAH, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, La Haye 2000, 390 p.

TOOPE, Stephen J., *Mixed International Arbitration, Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Grotius Publications, Cambridge 1990, 404 p.

ZIEKOW, Jan (éd.), *Public Private Partnership -Projekte, Probleme, Perspektiven-*, Actes du colloque des 16 et 17 octobre 2001 au Ministère fédéral de l'économie à Berlin, Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, coll. «Speyerer Forschungsberichte» n°229, Spire 2003, 418 p.

### III. Articles

DAMON, Julien, «La dictature du partenariat – vers de nouveaux modes de management public ?», *Futuribles* n°273, mars 2002, p. 27 et ss.

DELAUME, George, «L'affaire du plateau des pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable», *Revue de l'Arbitrage*, 1994, p. 39 et ss.

DOLZER, Rudolf, «Indirect expropriations: New Developments», *Environmental Law Journal* (New York University) 2002, p. 64 et ss.

EL-ZEIN, L. Lankarani, «Quelques remarques sur la sentence SPP c. la République arabe d'Egypte», *Revue Belge de Droit International*, 1994, p. 533 et ss.

GREENWOOD, Christopher, «State Contracts in International Law – The Libyan Oil Arbitrations», *British Yearbook of International Law*, vol. 53, 1982, p. 27 et ss.

GUZMÁN, Andrew T., «Explaining The Popularity of Bilateral Investment Treaties: Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them», Jean Monnet Center Working Papers, New York University School of Law, 26 August 1997, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-12.html>

HÄDE, Ulrich, «Der völkerrechtliche Schutz von Direktinvestitionen im Ausland», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 35, 1997, p. 181 et ss.

MAYER, Pierre, «La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat», *Journal du Droit International*, 1986, p. 5 et ss.

MOLTKE, Konrad von, «Discrimination and Non-Discrimination in Foreign Direct Investment», Actes de la Conférence de l'OCDE sur l'investissement direct étranger et l'environnement: Enseignements du secteur minier, Forum mondial de l'investissement des 7 et 8 février 2002, Paris 2002.

SCHROEDER, Werner et SCHONARD, Pascal, «Die Effektivität des WTO-Streitbeilegungssystems», *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2001, p. 258 et ss.

SCHWEBEL, Stephen M., «On whether the breach by a state of a contract with an alien is a breach of international law», in: *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Vol. III, A. Giuffrè, Milan 1987, p. 401 et ss.

WAGNER, J. Martin, «International Investment, Expropriation and Environmental Protection», *Golden Gate University Law Review*, Vol. 29, 1999, p. 465 et ss., [http://www.earthjustice.org/regional/international/trade\\_documents](http://www.earthjustice.org/regional/international/trade_documents)

WÄLDE, Thomas et WEILER, Todd, «Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the Light of new NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation», *Transnational Dispute Management*, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy (CEPMLP), University of Dundee, Vol. I, février 2004, <http://www.transnational-dispute-management.com>

#### **IV. Rapports et recueils de textes**

Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, *Comment accroître la sécurité des investissements français à l'étranger ? – Pour une rénovation des instruments conventionnels-*, Rapport présenté par M. Philippe PINON au nom de la commission du commerce international et adopté par l'Assemblée générale du 20 janvier 2000, Paris 2000, 64 p.

Commission du Droit International des Nations Unies, «Digest of the Decisions of International Tribunals Relating to State Responsibility, prepared by the Secretariat», Document A/CN.4/169 du 16 avril 1964, in: *Yearbook of the International Law Commission* 1964, Vol. II, p. 132 et ss.

Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement, *Rapport mondial de l'investissement 2004*, Genève 2004, 436 p.

International Monetary Fund (Legal and Policy Development and Review Departments), *Guidelines on Conditionality*, Washington, 25 septembre 2002, 11 p.

JACKSON, John et DAVEY, William (éds.), *Legal Problems of International Economic Relations*, 2ème éd., West Publishing Co., St. Paul, Minn. 1986, 1269 p.

KUNIG, Philip; LAU, Niels et MENG, Werner (éds.), *International Economic Law, Basic Documents*, Walter de Gruyter, Berlin 1989, 691 p.

Nations Unies (éd.), *Recueil des Sentences Arbitrales (Reports of International Arbitral Awards)*, 22 volumes, New York 1948-2001



Organisation de Coopération et de Développement Economiques, *Conférence sur l'investissement direct étranger et l'environnement: Enseignements du secteur minier. Document sur les principales questions*, Doc. CCNM/GF/II(2002)1, Forum mondial de l'OCDE sur l'investissement des 7 et 8 février 2002, Paris 2002, 11 p.

Organisation de Coopération et de Développement Economiques, *Perspectives de l'investissement international*, édition 2003, Paris 2003, 226 p.

Organisation Mondiale du Commerce, *International Trade Statistics 2003*, Genève 2003, [http://www.wto.org/english/res\\_e/statis\\_e/its2003\\_e/its2003\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2003_e/its2003_e.pdf), 220 p.

Programme des Nations Unies pour le Développement, *Réforme de l'administration publique, Notes de pratique*, New York 2005, <http://www.undp.org/governance/public.htm>, 33 p.

STERN, Brigitte (éd.), *Un Nouvel Ordre Economique International ?*, Recueil de textes et de documents, vol. I, Economica, Paris 1983, 740 p.

## V. Jurisprudence

### 1. Cour permanente de Justice internationale (1922-1946) et Cour internationale de Justice (depuis 1946)

*Activités militaires et paramilitaires* (Nicaragua c/ Etats-Unis), arrêt sur le fond du 27 juin 1986, *Rec.* 1986, p. 14

*Barcelona Traction, Light and Power, Limited* (Belgique c/ Espagne), arrêt du 5 février 1970, *Rec.* 1970, p. 2

*Elettronica S.p.A. (ELSI)* (Etats-Unis c/ Italie), arrêt (chambre) du 20 juillet 1989, *Rec.* 1989, p. 15

*Lotus* (France c/ Turquie), arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n°10

*Mavrommatis* (Grèce c/ Royaume-Uni), arrêt du 30 août 1924, Série A, n°2

*Oscar Chinn* (Royaume-Uni c/ Belgique), arrêt du 12 décembre 1934, Série A/B, n°63

*Plate-formes pétrolières* (Iran c/ Etats-Unis), arrêt sur le fond du 6 novembre 2003, <http://www.icj-cij.org>

*Usines de Chorzów* (Allemagne c/ Pologne), arrêt du 13 septembre 1928 (fond), Série A, n°17

### 2. Tribunal des Différends Irano-Américains

*Amoco International Finance Corporation c/ Iran*, sentence n°310-56-3 du 14 juillet 1987, *International Legal Materials* vol. 27, 1988, p. 1314

*Emanuel Too c/ Etats-Unis d'Amérique, et al.*, Tribunal des Différends Irano-Américains, sentence n°460-880-2 du 29 décembre 1989, *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* vol. 23, p. 378

*Starrett Housing c/ Iran*, *Iran-United States Claims Tribunal Reports* vol. 4, 1983, p. 122

*Tippetts c/ TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, *Iran-United States Claims Tribunal Reports* vol. 6, 1984, p. 219

3. Sentences des tribunaux constitués sous les auspices du CIRDI (y compris les affaires relevant de l'Accord de Libre Echange Nord-Américain et déférés à un tribunal constitué dans le cadre du mécanisme supplémentaire du CIRDI)

*ADF Group c/ Mexique*, affaire ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003, <http://www.naftalaw.org>

*Alex Genin, Eastern Credit Limited et A.S. Baltoil c/ Estonie*, affaire ARB/99/2, sentence du 25 juin 2001, <http://www.worldbank.org/icsid>

*Amco (I) c/ Indonésie*, affaire ARB/81/1, sentence du 20 novembre 1984, *ICSID Reports* vol. 1, p. 413

*Amco (I) c/ Indonésie*, affaire ARB/81/1, décision d'annulation prononcée par le comité ad-hoc le 16 mai 1986, *ICSID Reports* vol. 1, p. 509

*Antoine Goetz et consorts c/ République du Burundi*, affaire ARB/95/3, sentence du 10 février 1999, <http://www.worldbank.org/icsid>

*Compañía de Aguas del Aconquija et Compagnie Générale des Eaux c/ Argentine*, affaire ARB/97/3, sentence du 21 novembre 2000, <http://www.worldbank.org/icsid>

*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Compagnie Générale des Eaux (Vivendi Universal) c/ Argentine*, affaire ARB/97/3, décision d'annulation prononcée par comité ad-hoc le 3 juillet 2002, <http://www.worldbank.org/icsid>

*Compañía de Desarrollo de Santa Elena c/ Costa Rica*, affaire ARB/96/1, sentence du 17 février 2000, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* vol. 15, 2000, p. 169

*Consortium RFCC c/ Royaume du Maroc*, affaire ARB/00/6, sentence du 22 décembre 2003, <http://www.worldbank.org/icsid>

*Klöckner (I) c/ Cameroun*, affaire ARB/ , décision d'annulation prononcée par le comité ad-hoc le 3 mai 1985, *ICSID Reports* vol. 2, p. 95

*Loewen c/ Etats-Unis*, affaire ARB(AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003, <http://www.naftalaw.org>

*Marvin Feldman c/ Mexique*, ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002, <http://www.worldbank.org/icsid>

*Metalclad Corporation c/ Mexique*, affaire ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, *International Legal Materials* vol. 40, 2001, p. 55

*Mondev International Ltd. c/ Etats-Unis*, affaire ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, <http://www.naftalaw.org>

*Robert Azinian, Kenneth Davitian et Ellen Baca c/ Mexique*, affaire ARB(AF)/97/2, sentence du 1er novembre 1999, <http://www.naftalaw.org>

*S.D. Myers c/ Canada*, sentence partielle du 13 novembre 2000, *International Legal Materials* vol. 40, p. 1408

*SGS c/ Pakistan*, affaire ARB/01/13, sentence partielle relative aux objections à la compétence du 6 août 2003, <http://ita.law.uvic.ca>

*SGS c/ Philippines*, affaire ARB/02/6, sentence partielle relative aux objections à la compétence du 29 janvier 2004, <http://ita.law.uvic.ca>

*Southern Pacific Properties (SPP) (Middle East) Ltd. c/ Egypte* («affaire du plateau des pyramides»), ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992, *ICSID Reports* vol. 3, p. 45

*Tanzania Electric Supply Company Limited c/ Independent Power Tanzania Limited*, affaire ARB/98/8, sentence du 12 juillet 2001, <http://www.worldbank.org/icsid>

*Técnicas Medioambientales TECMED c/ Mexique*, affaire ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, à publier prochainement dans la revue *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, disponible sur <http://www.worldbank.org/icsid>

*Waste Management, Inc. c/ Mexique*, affaire ARB(AF)/98/2, sentence du 2 juin 2000, <http://www.naftalaw.org>

#### 4. Autres sentences

*Brewer, Moller & Co. c/ Vénézuéla*, sentence de la Commission germano-vénézuéenne (*Mixed Claims Commission*) de 1903, *Reports of International Arbitral Awards* vol. X, p. 423

*British Petroleum c/ Lybie*, sentence rendue par arbitre unique (M. LAGERGREN) le 10 octobre 1973 *International Law Reports* vol. 53, p. 297

*Compagnies de Navigation Norvégiennes* (Norvège c/ Etats-Unis d'Amérique), sentence du 13 octobre 1922, *Reports of International Arbitral Awards* vol. I, p. 307

*GAMI Investments, Inc. c/ Mexique*, Affaire jugée par un tribunal *ad-hoc* selon les règles de procédure d'arbitrage de la CNUDCI, sentence du 15 novembre 2004, <http://ita.law.uvic.ca>

*Koweït c/ American Independent Oil Company (Aminoil)*, sentence du 24 mars 1982, *International Legal Materials* vol. 21, 1982, p. 1004

*Kügele c/ Etat polonais*, Tribunal d'Arbitrage de Haute Silésie, *Recueil Annuel* vol. 6, 1931-1932, p. 69

*L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) c/ Mexique*, sentence rendue par la Commission Américano-Mexicaine (*General Claims Commission*) le 15 octobre

1926, *Reports of International Arbitral Awards* vol. IV, p. 60 et ss.

*Lybian American Oil Co. (LIAMCO) c/ Lybie*, sentence rendue par arbitre unique (Dr. MAHMASSANI) le 12 avril 1977, *International Legal Materials* vol. 20, 1981, p. 1

*Occidental Exploration and Production Co. c/ République d'Equateur*, sentence n° UN 3467 rendue sous les auspices de la Cour Internationale d'Arbitrage de Londres le 1er juillet 2004 (à publier prochainement dans *International Legal Materials*), <http://www.asil.org>

*Texaco Calasiatic (TOPCO) c/ Lybie*, sentence rendue par arbitre unique (M. le Pr. DUPUY) le 19 janvier 1977, *Journal du Droit International* 1977, p. 350

## VI. Sites Internet

<a href="http://globstat.unctad.org">http://globstat.unctad.org</a>	Statistiques relatives à l'investissement publiées par la CNUCED
<a href="http://ita.law.uvic.ca">http://ita.law.uvic.ca</a>	Recueil chronologique et systématique des sentences arbitrales et d'autres documents en matière d'investissements internationaux, Université de Victoria (Canada)
<a href="http://www.asil.org">http://www.asil.org</a>	Site de la Société américaine de droit international
<a href="http://www.coface.fr">http://www.coface.fr</a>	Site officiel de la COFACE (en français)
<a href="http://www.naftalaw.org">http://www.naftalaw.org</a>	Collection des sentences et de documents relatifs à l'ALENA (publiée par Me Todd WEILER)
<a href="http://www.ocde.org">http://www.ocde.org</a>	Site officiel de l'OCDE (en français)
<a href="http://www.worldbank.org/icsid">http://www.worldbank.org/icsid</a>	Site officiel du CIRDI

## LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

ALENA	Accord de Libre-Echange Nord-Américain du 17 décembre 1994 ( <i>NAFTA</i> dans la terminologie anglophone)
APD	Aide publique au développement
CEDH	Convention Européenne pour la Sauvegarde des Droits de l’Homme
CES	Conseil Economique et Social
CIJ	Cour internationale de Justice (Organe juridictionnel principal de l’ONU depuis 1946)
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
CPA	Cour permanente d’Arbitrage de La Haye
CPJI	Cour permanente de Justice internationale (Organe juridictionnel de la Société des Nations de 1922 à 1946)
FMI	Fonds Monétaire International
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Accord général relatif aux droits de douane et au commerce)
IDE	Investissement(s) direct(s) étranger(s)
OCDE	Organisation pour le Coopération et le Développement Economiques
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
ONG	Organisation non-gouvernementale
PNUD	Programme des Nations Unies pour le Développement
PNUE	Programme des Nations Unies pour l’Environnement
SFDI	Société Française pour le Droit International