

L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

par

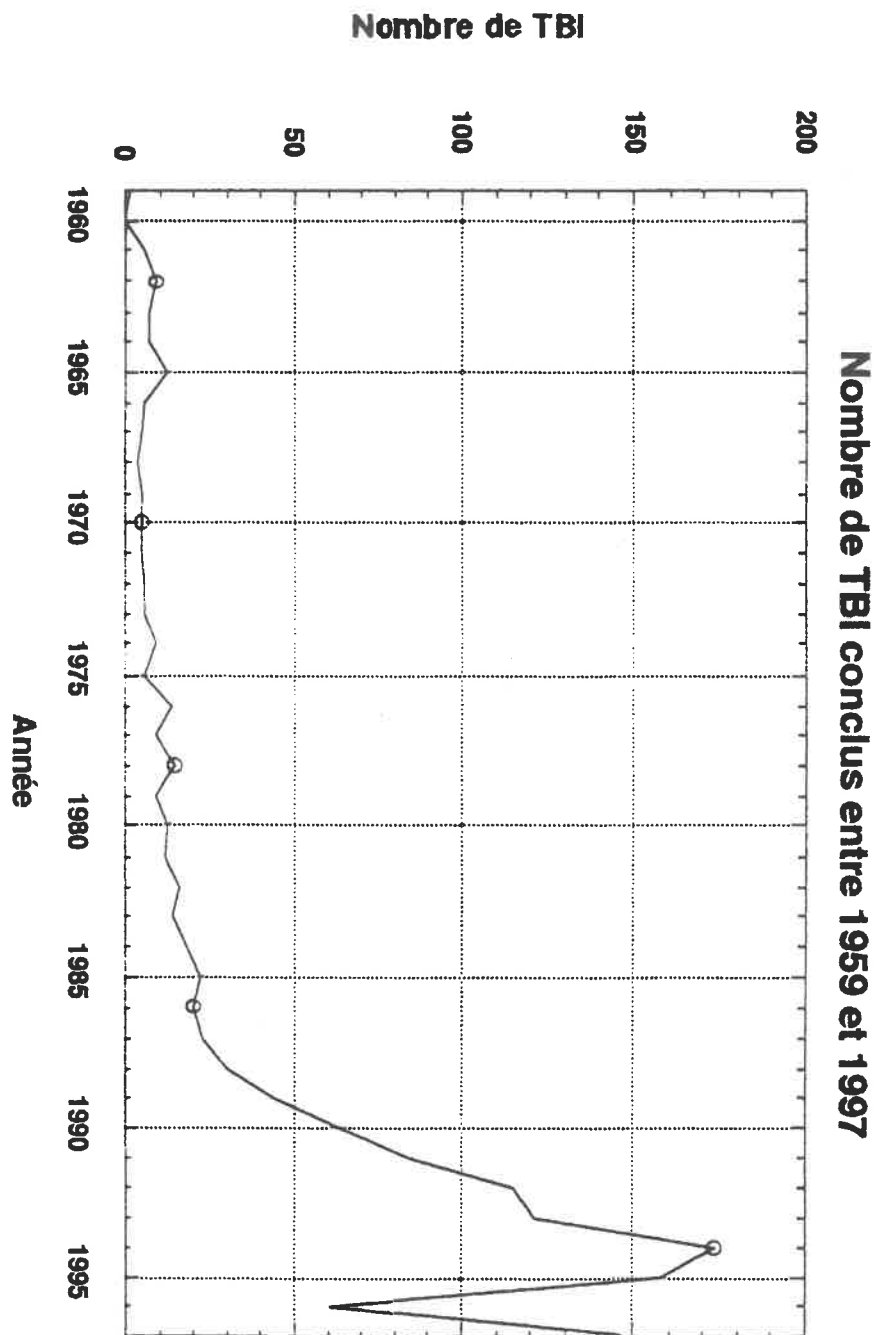
Charles LEBEN

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
Codirecteur de l'Institut des Hautes Etudes Internationales*

Introduction

Malgré l'intitulé très général du programme qui a été distribué (« L'évolution du droit des investissements dans les décennies 80/90 »), il n'est guère question de parler ici de la totalité du droit concernant tous les types d'investissements mais uniquement du seul droit international concernant les seuls investissements internationaux directs. Cependant, même avec cette précision il serait impossible de traiter la matière dans la vingtaine de minutes qui sont accordées aux exposants dans cette journée. Il faut donc nous attacher à quelques points particuliers qui nous semblent être plus spécialement importants, quitte à donner des informations supplémentaires lors de la table ronde.

Et pour commencer, nous dirons que le phénomène qui nous semble le plus important dans l'évolution du droit international des investissements dans les deux dernières décennies, c'est l'extraordinaire développement du nombre des traités bilatéraux concernant la promotion et la protection des investissements conclus dans cette période (en abréviation TBI). Pour illustrer et



visualiser il suffit de se reporter au graphique ci-joint pour constater le très impressionnant envol des TBI à partir de l'année 1986 [V. aussi les annexes jointes à ce rapport].

Un réseau d'une telle densité de traités (1513 au 31 déc. 1997), dans un secteur donné, n'a qu'un seul équivalent, à ma connaissance, c'est celui des traités bilatéraux pour éviter les doubles impositions où l'on dénombre environ 1700 traités.¹

A partir de l'examen de ces traités bilatéraux, on peut sélectionner trois questions qui nous permettront un examen rapide et « transversal » de notre sujet, i.e. l'évolution du droit international des investissements.

I. L'internationalisation du droit des investissements

La première question que nous nous proposons d'examiner porte sur l'internationalisation du droit des investissements internationaux (ou étrangers) à laquelle on a assisté depuis deux décennies. Certes dans un examen complet de l'évolution du droit des investissements dans les deux dernières décennies, il faudrait rendre compte également de l'évolution des droits internes en matière d'investissement.²

Mais c'est là un aspect de la question que nous devons laisser de côté. Le point qui nous paraît vraiment essentiel c'est qu'une grande majorité des pays de la planète ont choisi ou ont été contraints de choisir (nous reviendrons sur cette question de la contrainte) de compléter leurs législations nationales avec des traités sur la promotion et la protection des investissements étrangers. A la fin de 1997, 169 Etats (rappelons que les Nations Unies comptent 188 Etats membres) avaient conclu au moins un traité bilatéral sur l'investissement.³ Ce qui est intéressant de noter

1. V. UNCTAD, *World Investment Report 1998 : Trends and Determinants*, New York, Genève, 1998, p.59 et s.

2. Sur ces législations V. P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », *R.C.A.D.I.* 1994/VI, p.39-74 ; D. Carreau, article « Investissements », *Répertoire international Dalloz*, 1998, n°41-46. Pour la liste des pays disposant d'un régime juridique spécifique pour l'investissement étranger direct, V. *World Investment Report 1998 : Trends and Determinants*, New York? 1998, p.56. Adde : G. Sacerdoti, « Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection », *R.C.A.D.I.*, vol.269, p.251-460.

3. V. ICSID, *Bilateral Investment Treaties 1959-1996 : Chronological and Country Data, and Bibliography*, Washington, 1997

c'est qu'une proportion encore faible mais non négligeable, de ces traités ont été conclus entre pays en développement (249 traités sur 1513 en 1997, soit environ 16,5%). Plus remarquable encore, la croissance des traités conclus entre pays en développement en 1997 a été de 27% contre 11,25% pour l'ensemble des traités bilatéraux.⁴

Restent à l'écart du mouvement général soit des micro-Etats (îles du Pacifique, Monaco, Andorre, San Marin, Liechtenstein), soit des Etats en butte à des graves troubles intérieurs (Afghanistan, Angola) ou extérieurs (Irak), soit des Etats qui, sans doute pour des raisons idéologiques, n'ont pas conclu de tels traités (on ne relève en fait que le seul nom de la Libye auquel il faut ajouter la Corée du Nord). En revanche tous les autres pays qui se réclament encore officiellement de l'idéologie communiste (et tout d'abord la Chine, mais aussi Cuba, le Vietnam, le Laos) ont rejoint le mouvement dans les années 90. La Chine a, là aussi, mis les bouchées doubles en concluant pas moins de 71 traités.

D'un point de vue juridique, ce qui importe c'est de déterminer quelles sont les dispositions du droit des investissements que les TBI viennent internationaliser, i.e. viennent soustraire à l'action unilatérale des Etats d'accueil sous peine de mise en cause de leur responsabilité internationale. De très nombreux ouvrages et articles ont été consacrés à cette question que nous ne pouvons, ici, que survoler.⁵

Les TBI comportent toujours, au moins quatre séries de dispositions : 1) celles sur l'accueil des investissements 2) celles sur le traitement des investissements une fois constitués 3) celles sur la protection et la garantie de ces investissements 4) et celles sur le règlement des différends entre les Etats parties au traité d'une

4. V. *World Investment Report 1998 : Trends and Determinants*, New York, Genève, 1998, p.59 et s.

5. P. Juillard, op. cit. supra p.106-135, D. Carreau, article « Investissements » in *Répertoire international Dalloz*, 1998, n°47-86 ; Kenneth J. Vandeveld, « Investment Liberalization and Economic Development : The Role of Bilateral Investment Treaties », *Columbia J. Transn'l L.* 1998 n°3, p.501-527 et du même auteur, « The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty », *AJIL*, 1998/4, p.621-641 ; R. Dolzer & M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1995 ; M. Salem, « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers », *Journal du droit international*, 1986, p.579-626.

part et, d'autre part entre l'Etat d'accueil de l'investissement et l'investisseur.

1) **S'agissant de l'accueil des investissements**, la très grande majorité des traités (ceux qui s'inspirent du modèle dit « européen »)⁶ laissent à l'Etat d'accueil la liberté entière de définir dans quelles conditions celui-ci souhaite recevoir des investissements, soit en les accueillant tous, soit en réservant certains secteurs de l'économie nationale à ses propres ressortissants, voire même en favorisant les investissements de tels Etats étrangers au détriment d'autres. L'accueil des investissements étrangers reste donc de la compétence discrétionnaire des Etats hôtes sauf si ceux-ci ont accepté, dans certaines conventions, une obligation libéralisant cette étape préalable à la constitution des investissements.⁷

C'est dans ce sens que les Etats-Unis ont orienté leur pratique, tardive, de conclusion de traités bilatéraux. La convention type de 1982-1983⁸ sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, qui servira de modèle à leur réseau de TBI (37 traités au 31 décembre 1996 comporte la clause suivante (en général l'article 1) : « Chacune des Parties s'engage à maintenir un climat favorable sur son territoire pour les investissements des nationaux et sociétés de l'autre partie, et permettra **la constitution et l'acquisition** de ces investissements à des termes et conditions qui accordent un traitement non moins favorable que le traitement accordé, dans des situations semblables, aux investissements de ses propres nationaux ou sociétés, ou aux nationaux et sociétés des Etats tiers, si ce dernier est plus favorable. »

Les conventions comportant des clauses de ce type aboutissent donc à établir le principe de la liberté d'accès des investisseurs quitte, après avoir posé ce principe, à exclure de son champ d'action tel ou tel domaine de l'économie nationale. Ce modèle de convention reste minoritaire, propre à la pratique des Etats-Unis. Mais il est peut-être annonciateur des évolutions futures. On le rencontre dans le traité mettant en place l'ALENA

6. Sur la distinction entre la pratique européenne et la pratique américaine V. P. Juillard, op. cit. p.159-164.

7. V. sur tous ces points, D. Carreau, op. cit. n°89-102.

8. Texte reproduit in *A.F.D.I.* 1983, p. 596-605 avec le commentaire de P. Juillard p.589-596

(art. X), mais sans que cela soit très significatif puisqu'il s'agit à la fois d'un traité où les Etats-Unis sont parties et d'un traité constitutif d'une zone de libre-échange. Il en est de même dans le cas du Protocole de Colonia pour la promotion et la protection réciproque des investissements dans le cadre du MERCOSUR (déc. 1993 article 2§1), et du traité créant une zone de libre échange entre la Colombie, le Venezuela et le Mexique (article 17-03).⁹

Mais c'est précisément un tel modèle qui a été envisagé dans le projet d'accord multilatéral sur l'investissement, préparé par l'O.C.D.E.¹⁰ En effet l'article, concernant le « Traitement des investisseurs et des investissements prévoyait (dans le document du 27 avril 1998) que le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée s'appliqueraient à « l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou toute autre aliénation d'investissements. »¹¹ C'est clairement établir un régime de porte ouverte aux investissements étrangers sauf à prévoir des exceptions et des mesures de sauvegarde. C'est là un point, s'il faut en croire les journaux, qui a constitué l'une des pierres d'achoppement de la négociation de l'AMI. Ceci peut d'ailleurs paraître étonnant si l'on sait qu'entre pays membres de l'O.C.D.E. il existe une libre circulation des capitaux, et depuis 1984, un droit d'établissement au profit des ressortissants des Etats membres de l'organisation. Ce régime de libre circulation des capitaux a été mis en place par le Code de la libération des mouvements de capitaux de l'O.C.D.E. à travers ses multiples amendements.¹²

9. Les textes de ces traités peuvent être obtenus sur le site internet de l'Organisation des Etats américains (<http://www.sice.oas.org>). Pour l'ALENA, V. *I.L.M.* 1993, p.289s et p.605s.

10. Ce modèle est également prévu dans le cadre de l'accord additionnel au traité sur la Charte de l'énergie de 1994, prévu à l'article 10§4 mais qui n'a pas été conclu dans les délais convenus. V. texte du traité in *J.O.C.E.* n°L 380/24 du 31 déc. 1994.

11. Le texte du projet AMI cité ici est celui publié sous la cote suivante : DAF/MAI/NM(98)2/REV1 (27 avril 1998), III.1, p.14

12. V. D. Carreau, « Investissements », op. cit. n°55 et D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Paris, L.G.D.J. 4ème éd. 1998, n°1144-1148. La liberté de circulation entre membres de l'O.C.D.E. ne profite aux investissements que dans la mesure où un mouvement de capital est nécessaire pour la réalisation de ces investisse-

2) **S'agissant du traitement des investissements** une fois constitués dans le pays d'accueil en conformité à sa législation, il est possible ici de parler d'une véritable internationalisation du régime, dans le sens où tous les Etats d'accueil des investissements souscrivent, dans les TBI, et en des termes souvent identiques, à des obligations conventionnelles protectrices des investisseurs et de leurs investissements.

On trouve très généralement, en effet, deux types de clauses. Une première clause prévoit un traitement « juste et équitable » de l'investisseur étranger (ou encore « loyal et équitable » parfois avec la précision « conformément aux principes du droit international », (V. P. Juillard, *Cours La Haye*, p.132).

Puis dans un deuxième temps, dans les articles qui suivent, le pays d'accueil s'engage à accorder aux investisseurs étrangers le traitement national, le plus souvent en combinaison avec la clause du traitement de la nation la plus favorisée, l'investisseur pouvant choisir le régime le plus favorable (V. par exemple le traité entre la France et Hong Kong du 30 nov. 1995, *J.O.* 27 juin 1997, art.2§2 et art.4).

Cette juxtaposition du traitement juste et équitable, du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée, est déroutante de prime abord. On peut la comprendre comme signifiant a) l'existence d'un filet de sécurité constitué par le traitement juste et équitable et b) l'octroi du régime le plus favorable existant à savoir soit l'assimilation avec les investisseurs nationaux soit avec des investisseurs étrangers auxquels un régime plus favorable aurait été accordé.

Le traitement juste et équitable doit être considéré comme renvoyant au standard minimum de traitement des étrangers, tel que ce standard est conçu par le droit international coutumier (d'où la précision « en conformité avec le droit international »). Ce qui est important c'est que si le traitement national est plus défavorable que le standard minimum de traitement des étrangers et de leurs biens tel que défini par le droit international général (pays dénué d'un appareil judiciaire développé et impartial, laissant la place à l'arbitraire de l'administration, n'assurant pas la

ments, ce qui n'est pas toujours le cas. Au sein de la Communauté européenne la libération des capitaux est totale depuis le 1er janvier 1990, V. Carreau et Juillard, op. cit. n°854 et n°1149-1154.

protection et la sécurité des personnes et des biens etc.), l'inscription dans le TBI du traitement juste et équitable, revient à hausser le traitement des investissements étrangers au niveau du standard minimum du droit coutumier.

Dans le cas au contraire, où un Etat a une politique qui favorise l'investissement national, l'assimilation de l'investissement étranger à l'investissement national conduit à une situation supérieure à celle du traitement juste et équitable, sans parler de l'hypothèse où par le biais de la clause de la nation la plus favorisée, le régime appliqué serait plus favorable que le traitement national.¹³

3) Pour terminer enfin sur l'internationalisation du droit de l'investissement étranger c'est surtout dans le domaine de **la protection et de la garantie des investissements** que le réseau des TBI fournit des solutions convergentes. On se rappelle d'ailleurs que c'est pour assurer la *protection* des investissements que ces traités ont d'abord été conçus comme l'indique leur dénomination courante (« traités pour la protection et la promotion des investissements »).

L'arrière plan historique de cette question est connu. Il s'agit de la remise en cause par les pays en développement, dans les années 70, des règles traditionnelles du droit international public concernant l'indemnisation en cas de nationalisation. Dans les grandes résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le Nouvel ordre économique international ou sur la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, la nécessité d'une indemnisation prompte, adéquate, effective et la référence aux règles du droit international en cette matière avaient été répudiées¹⁴.

13. Sur toute cette question, V. D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, op. cit. p.455-472.

14. V. D. Carreau et P. Juillard, op. cit. supra, p.461-463. M. Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, Unesco, 1979 ; L'ensemble des textes de l'ONU sont présentés et commentés par B. Stern, *Un nouvel ordre économique international*, Paris, Economica, 1983. V. aussi, J. P. Lavié, *Promotion et protection des investissements. Etude de droit international économique*, Genève, Publications de l'I.U.H.E.I. 1985 ; M. Torelli, « L'apport du Nouvel ordre économique international au droit international économique », in *Les Nations Unies et le droit international économique*, Paris, Pedone, 1986, p.51-76. Pour une appréciation rétrospective du mouvement doctrinal, V. Th. Waelde, « A requiem for the 'New International Economic Order'. The rise and fall of paradigms in international economic law and a post-mortem with timeless significance », in Hafner and alii, *Liber amicorum professor Seidl-Hohenveldern*, Kluwer 1998, p.771-803.

Les TBI vont constituer une opération de récupération (on pourrait dire de réanimation) de ces règles (ou de règles voisines) par le biais des engagements bilatéraux conclus par les Etats d'accueil de l'investissements (et tout particulièrement par les pays en développement dans les instances multilatérales (on peut citer encore, le projet jamais achevé de code de conduite pour les sociétés transnationales)¹⁵, sera accordé dans le cadre des relations bilatérales.

On imagine bien que sur les quelques 1500 TBI, les formules employées peuvent varier dans leur détail. *Les Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger*, rédigés, en 1992 sous l'égide de la Banque mondiale et du CIRDI et qui se donnent pour objectif de rendre compte de la pratique étatique la plus répandue (autrement dit d'opérer une codification *soft*), énonce dans son titre IV (Expropriation et modification ou résiliation unilatérale des contrats) que :

i) toute expropriation (nous résumons) doit être faite conformément aux procédures juridiques en vigueur, doit poursuivre de bonne foi un but d'utilité publique, ne doit pas opérer de discrimination pour cause de nationalité et doit donner lieu à une indemnité appropriée. (art. IV§1). A la question, qu'est-ce donc qu'une indemnité appropriée, les *Principes directeurs* répondent :

ii) L'indemnisation est réputée appropriée si elle est adéquate, effective et rapide (art. IV§2). Et,

iii) A son tour l'indemnité sera réputée adéquate si elle est calculée à partir de la valeur marchande de l'actif expropriée (art. IV§3).¹⁶

On retrouve donc ici, dans ses grands traits, les conditions de légalité internationale d'une nationalisation (ou pour le moins de l'indemnisation en cas de nationalisation), telles qu'exposées par le secrétaire d'Etat américain Hull en juillet 1938, lors de la

15. V. Spyro A. Metaxas, *Entreprises transnationales et codes de conduite*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988 ; P. Merciai, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1993.

16. Pour le texte des Principes directeurs, V. *A.F.D.I.* 1992, p.801-807, p.805 pour l'article IV. Pour un commentaire de ce texte V. la chronique de P. Juillard, *A.F.D.I.* 1992, p.778-800.

nationalisation mexicaine du secteur pétrolier.¹⁷ La formule même d'une indemnité « prompte, adéquate et effective » se rencontre, d'ailleurs, dans de nombreux traités conclus, par les pays de l'O.C.D.E. dont la France (V. aussi l'art.13§1 al.d du traité sur la Charte européenne de l'énergie)¹⁸.

On rappellera encore que l'inclusion de telles clauses dans les TBI conditionne l'octroi par des organismes nationaux d'une garantie aux investissements opérées à l'étranger. En cas de sinistre, l'organisme d'assurance qui a indemnisé l'entreprise se voit subrogé dans les droits de celle-ci à l'égard de l'Etat ayant opéré la nationalisation. Ceci est expressément prévu dans les TBI (V. art. 10 du traité entre la France et Hong Kong, 30 nov. 1995, *J.O.* 27 juin 1997).

Encore faut-il, pour que toutes ces dispositions ne souffrent pas des faiblesses congénitales du droit international public, qu'un mécanisme contraignant et indépendant de règlement des différends, existe entre l'Etat d'accueil de l'investissement et les investisseurs.

4) C'est là le quatrième type de disposition que l'on rencontre dans les TBI. Tous contiennent, en effet, un article consacré au règlement des différends en matière d'investissement (différends qui ne se limitent pas au problème de la nationalisation mais le comprend nécessairement). Dans la très grande majorité des cas, cet article prévoit que, si les tentatives de règlement amiable se révèlent infructueuses, les Parties, au bout d'une

17. Dans leur note du 22 août 1938, les Etats-Unis, tout en reconnaissant le droit pour chaque Etat de procéder à des nationalisations en l'absence d'engagements conventionnels contraires, réaffirmaient que : « the applicable precedents and recognized authorities on international law support its declaration that under every rule of law and equity, no government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose, without provision for prompt, adequate and effective payment therefor. » *U.S. For. Rel.*, 1938, vol.5, p.685, cité in M. Sorensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, p.486. Pour une synthèse de l'évolution du droit international sur la question de l'indemnisation, V. Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J. 6ème éd. 1999, p.1042-1044 (n°639).

18. Traité de Lisbonne du 17 décembre 1994. Le texte français du traité a été publié au *Journal officiel des Communautés européennes*, N°L 380/24, 31 déc. 1994, Annexe 1. Le traité sur la Charte de l'énergie, signé par 49 Etats et la Communauté européenne, est entré en vigueur le 16 avril 1998 avec 36 ratifications (V. *News from ICSID*, summer 1998, vol. 15 n°2, p.1). Pour une étude d'ensemble, Th. Wälde, (ed.), *The Energy Charter Treaty : an East-West Gateway for Investment and Trade*, Londres, Kluwer, 1996 ; R. Babadji, « Le traité sur la Charte européenne de l'énergie », *A.F.D.I.* 1996, p.872-893. Pour la pratique française, V. P. Juillard, « Les conventions bilatérales d'investissements conclues par la France : à la recherche d'un droit perdu », *D.P.C.I.* 1987, p.9-61. si pertinent.

période relativement courte (6 mois par exemple), devront soumettre leur litige à une instance arbitrale, soit *ad hoc* soit institutionnelle.¹⁹ S'agissant de l'arbitrage institutionnel, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements mis en place par la Convention de Washington en 1965, joue ici un rôle capital.²⁰ En effet, d'après le dernier bulletin d'information du CIRDI (hiver 1998), il existerait environ 900 TBI qui renvoient à l'arbitrage du Centre en cas de litige.

On notera que les TBI conclus dès la fin des années 80 par les pays d'Amérique latine contiennent eux aussi des clauses de règlement des différends de ce type qui expriment un abandon, par ces pays, de la clause Calvo selon laquelle tout litige entre un Etat et un investisseur étranger est de la seule compétence des tribunaux internes et doit être jugé selon le droit de l'Etat d'accueil, sans internationalisation du différend par le biais de la protection diplomatique²¹.

On sait encore que les tribunaux arbitraux, que ce soit ceux du CIRDI ou d'autres centres ou encore des tribunaux *ad hoc*, peuvent appliquer, selon diverses modalités, les principes généraux de droit ou les règles du droit international public, autrement dit un droit applicable qui échappe à l'action unilatérale de l'Etat (V. en particulier l'article 42§1 de la convention CIRDI qui prévoit que « Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois- ainsi que les principes de droit international en la matière »)²².

19. Pour une étude d'ensemble, V. Thomas L. Brewer, « International Investment Dispute Settlement Procedures : The Evolving Regime for Foreign Direct Investment », *L.&Pol'y Int'l Bus.* 1995/3, p.633-672.

20. On dispose désormais de plusieurs monographies sur la CIRDI : M. Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Nijhoff, 1993 ; Julio A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw Hill, 1998 ; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : 25 années d'activité du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, Thèse, Dijon, 1998.

21. Sur la clause Calvo, V. Ch. Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1983, p.204-208. Le Pr E. Gaillard note dans sa chronique de jurisprudence du CIRDI, *Journal du droit international*, 1999, n°1, p.273-274, que dans l'évolution des Etats attraités devant le CIRDI « (...) c'est surtout la confirmation de l'entrée en force des Etats d'Amérique latine dans [la] nouvelle phase d'activité du CIRDI qui retient l'attention. »

22. Sur le droit applicable par les tribunaux CIRDI, V. I. Shihata & A. Parra, « Applicable substantive law in disputes between states and nationals of other states : the case of arbitration under the ICSID convention », *F.I.L.J.* 1994, p.183-213 ; Julio A. Vives Chillida, op. cit.p.175-199.

Arrivés à ce point il est nécessaire, **dans un deuxième temps**, d'examiner l'influence que cet énorme réseau de conventions bilatérales exerce sur les relations contractuelles et non contractuelles entre les Etats récepteurs d'investissement et les investisseurs.

II. TBI et contrats d'Etat

On sait que le problème essentiel d'un investisseur qui contracte avec un Etat est de rechercher des formules juridiques permettant de minimiser les risques découlant du caractère étatique de son cocontractant. C'est pourquoi l'on trouve dans les contrats d'investissement, qui sous certaines conditions peuvent être appelés « contrats d'Etat », des clauses qui ont pour but **de neutraliser le pouvoir normatif** de l'Etat cocontractant, pour reprendre le titre d'une étude célèbre du professeur P. Mayer²³. Pour ce faire, l'entreprise cherchera par le biais de la clause de droit applicable à sortir le contrat d'investissement de l'ordre juridique de l'Etat d'accueil pour le faire échapper à l'emprise de cet Etat. Ceci se fera en prévoyant comme droit applicable **soit** le droit national de l'Etat mais gelé à une date donnée (utilisation des clauses dites de stabilisation du droit)²⁴, **soit** la combinaison du droit de l'Etat avec des principes de droit international (diverses formules existent) ou les principes généraux de droit.

Cette « délocalisation » ou « internationalisation » du contrat sera complétée, comme on l'a déjà indiqué, par des clauses compromissaires qui permettront d'éviter la compétence

23. P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *Journal du droit international*, 1986, p.5-78. Sur la question des contrats d'Etat, V. aussi Ch. Leben, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Paris, Pedone, 1998, p.247-280.

24. Sur ces clauses V. P. Weil, « Les clauses de stabilisation et d'intangibilité insérées dans les accords de développement économiques », in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p.301-328 ; P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat », op. cit. p.34-36 ; N. David, « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien », *Journal du droit international* 1986, p.79-107 ; E. Paasivirta, *Participation of states in international contracts and arbitral disputes*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1990, p.51-196 ; Th. Waelde & G. Ndi, « Stabilizing international investment commitments : international law versus contracts interpretation », *Texas law Journal*, 1996, p.215-267.

des tribunaux de l'Etat d'accueil de l'investissement. Le règlement arbitral des litiges portant sur les investissements est certainement le trait le plus remarquable et le plus important du droit des investissements tel qu'il s'est développé dans les dernières décennies. Sans lui en effet, les autres techniques (comme les clauses de stabilité ou l'éviction plus ou moins complète du droit national) seraient restées sans effet.

Pourtant, même avec un mécanisme d'arbitrage, on a énormément discuté en doctrine, mais aussi dans la jurisprudence arbitrale, de l'efficacité juridique de ces clauses et de nombreuses divergences persistent encore sur ce sujet. Cependant lorsqu'existe un TBI entre l'Etat d'accueil et l'Etat national de l'investisseur, le respect des engagements contractuels (comme par exemple la clause de stabilisation) peut faire l'objet d'un engagement spécifique de l'Etat d'accueil au niveau du droit international conventionnel. C'est ainsi, par exemple que dans les traités conclus par la France, on trouve une disposition consacrée aux « Engagements particuliers » souscrits par les cocontractants et qui énonce :

« Sans préjudice des dispositions du présent Accord, chaque Partie contractante respecte les engagements particuliers qu'elle a pu contracter à l'égard des investissements réalisés par des investisseurs de l'autre Partie contractante, y compris les dispositions plus favorables que celles du présent Accord. » (article 3 du traité entre la France et Hong Kong du 30 nov. 1995, *J.O.* 27 juin 1997). Et des dispositions équivalentes existent dans les traités conclus par les autres pays de l'O.C.D.E.²⁵.

On désigne ce type de clause, dans la littérature en anglais, par l'expression *umbrella clauses*. On parlera également d'*umbrella treaties*, traités « parapluie » ou plutôt traités de couverture. Certains auteurs, comme P. Weil, considèrent que lorsque de tels traités existent, les obligations contractuelles entre l'Etat d'accueil et l'investisseur sont transformées en de

25. V. l'article 3§1d) de l'accord modèle des Etats-Unis qui vise expressément le respect des clauses de stabilisation contractuelle. De même, dans l'accord de 1983 conclu entre le Royaume Uni et Ste Lucie, l'art.2§2 prévoit que : « Each Contracting Party shall observe any obligations it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party » texte in Dolzer & Stevens op. cit. p.82

véritables obligations internationales au sens du droit international public²⁶. P. Mayer, pour sa part maintient que la nature des rapports *inter partes* demeure inchangée et soumise à la *lex contractus* et que seul le rapport interétatique est soumis au droit international²⁷. Mais quelle que soit la théorie retenue, la violation par l'Etat d'accueil de ses obligations contractuelles a pour conséquence une violation, directe ou indirecte, du droit international public (en dehors même des cas de nationalisation), ce qui, sous l'emprise du droit international coutumier, était généralement contesté²⁸. On assiste donc bien, du fait des traités bilatéraux, à une internationalisation, suivant une modalité ou une autre, des engagements contractuels souscrits par les Etats d'accueil.

Mais l'effet de l'existence des TBI ne s'arrête pas là. On en a pris conscience lors de la fameuse affaire AAPL/Sri Lanka jugée par un tribunal CIRDI en 1990 (sentence du 27 juin)²⁹. Il résulte de cette sentence que l'investisseur ne doit pas nécessairement être dans une relation contractuelle avec le pays d'accueil. Il peut se prévaloir directement des engagements pris par cet Etat à l'égard de son Etat national dans le traité de protection et de promotion de l'investissement. Si dans ce traité l'Etat d'accueil s'est engagé à accepter d'aller devant l'arbitrage pour résoudre d'éventuels litiges avec des investisseurs, un contrat comportant une clause compromissoire n'est plus nécessaire, pour permettre à l'investisseur d'attirer l'Etat devant la juridiction arbitrale, en l'occurrence ici, un tribunal CIRDI (la situation serait d'ailleurs la même si c'est dans sa législation nationale que l'Etat récepteur

26. V. P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier » *R.C.A.D.I.* 1969/III, p.94-240, p.130 : « L'intervention du traité de couverture transforme les obligations contractuelles en obligations internationales et assure ainsi, comme on l'a dit, « l'intangibilité du contrat sous peine de violer le traité » ; toute inexécution du contrat, serait-elle même régulière au regard du droit interne de l'Etat contractant, engage dès lors la responsabilité internationale de ce dernier envers l'Etat national du cocontractant ».

27. P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat... », op. cit. p.36-37.

28. V. Stephen M. Schwebel, « 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*, Milano, A. Giuffrè, 1987, vol.III, p.401-413.

29. V. chronique E. Gaillard in *Journal du droit international* 1992, p.216-232 ; et *Foreign Investment Law Journal*, 1991, p.526-597.

de l'investissement a accepté la compétence du Centre, comme l'a établi la sentence SPP c/Egypte du 20 mai 1992)³⁰.

Si on met maintenant, cette jurisprudence du CIRDI, au regard des quelques 900 TBI qui prévoient le recours à l'arbitrage CIRDI ou au mécanisme additionnel du CIRDI, pour les Etats qui ne sont pas encore parties à la convention de Washington, ou même à des arbitrages *ad hoc* selon le règlement de l'ONUDI, on voit immédiatement que l'internationalisation des litiges concernant les contrats d'investissement ne fait que commencer³¹. D'ores et déjà la majorité des affaires soumises au CIRDI le sont sur la base de l'acceptation par l'Etat de l'arbitrage non pas dans un contrat conclu avec un investisseur mais dans un TBI ou une loi nationale³². Et on perçoit immédiatement que ce réseau des centaines de TBI sera dans l'avenir un pourvoyeur encore plus important du contentieux que certains appellent mixte (Etat/personne privée) et d'autre transnational et qui ne concerne plus des questions de nationalisation mais des ruptures de contrat, des changements de législation, des dommages causés à l'investissement par des désordres locaux, des problèmes nés de la privatisation des entreprises ou de la législation sur l'environnement etc.

Ce à quoi, il faut ajouter, et cela n'est pas le moins important, que les conventions multilatérales existantes entérinent également la possibilité pour un investisseur de saisir une instance arbitrale (et le plus souvent le CIRDI) pour trancher un

30. V. chronique E. Gaillard in *Journal du droit international* 1994, p.229-247 ; G. Delaume, « L'affaire du plateau des pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable », *Revue de l'arbitrage*, 1994, p.39-94. Pour une critique de cette sentence, V. L. Lankarani El-Zein, « Quelques remarques sur la sentence SPP c. la République arabe d'Egypte », *R.B.D.I.* 1994, p.533-558

31. V. I. Shihata, « Recent Developments in ICSID », *News from ICSID*, winter 1998, p.4-6, p.5.

32. I. Shihata, Secrétaire general du CIRDI, note que depuis 1984, 16 affaires ont été soumises au Centre sur la seule base d'un TBI ou d'une loi nationale, sans relation contractuelle entre l'Etat d'accueil et l'investisseur. Et il ajoute « ... this development has meant that ICSID's caseload has increased significantly in the last two years, and in recent months has been increasing dramatically. » *ibid.* Pour l'année 1998, huit affaires enregistrées sur onze l'ont été sur la base d'un TBI ou d'un traité multilatéral (ALENA). Seules trois affaires ont été soumises sur la base d'un convention d'arbitrage. V. chronique E. Gaillard in *Journal du droit international* 1999, p.274. Sur ce phénomène V. J. Paulsson, « Arbitration without privity », *F.I.L.J.* 1995, p.232-257. Sur les implications théoriques V. Ch. Leben, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Paris, Pedone, 1998, p.247-280.

litige avec l'Etat d'accueil qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas de relation contractuelle entre les deux (par exemple si l'Etat s'est engagé dans le traité multilatéral à maintenir un certain type de législation, sur le rapatriement des bénéficiaires et ne le fait pas). On rencontre ces dispositions aussi bien dans des conventions de regroupement économique régional (ALENA³³, Protocole de Colonia pour la promotion et la protection réciproque des investissements dans le cadre du MERCOSUR, traité créant une zone de libre échange entre la Colombie, le Venezuela et le Mexique) que dans la Charte de l'Energie entrée en vigueur en avril 1998³⁴. En outre, *last but not least*, c'est la formule qui était prévue dans le projet O.C.D.E. d'un Accord multilatéral sur l'investissement.

III. Conventions internationales et coutume internationale

La dernière question que l'on voudrait examiner ici, est celle de savoir si la constitution d'un réseau aussi important de conventions bilatérales, et le début de la mise en place de conventions multilatérales, peut amener à conclure que sur certains points, repris par la très grande majorité des traités, il existe une « pratique générale acceptée comme étant le droit », selon la caractérisation de la coutume internationale de l'article 38§1b) du statut de la Cour internationale de justice. On pourrait croire qu'il s'agit là d'un exercice purement universitaire mais cela n'est pas tout à fait le cas.

L'enjeu de la question est assez simple. Soit une entreprise d'un pays X qui investit dans un pays Y qui a conclu divers TBI mais pas avec le pays X. Supposons encore que l'investisseur ait passé un contrat avec l'Etat X et que le contrat contienne une clause compromissoire. Survient un problème qui ne peut pas être résolu à l'amiable et va se trouver soumis à un tribunal arbitral.

33. Deux affaires concernant l'application de l'ALENA ont été soumises au Centre, en 1997, par le biais du mécanisme supplémentaire applicable lorsque l'Etat n'est pas encore partie à la Convention de Washington. Une troisième affaire concernant aussi l'ALENA a été soumise à un arbitrage constitué selon le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, V. Shihata, op. cit. supra p.6 et Gaillard, *Journal du droit international* 1998, p. 241-242. Deux affaires nouvelles concernant l'ALENA ont été introduites en 1998, V. *Journal du droit international*, 1999, p.274.

34. V. Fl. Poirat, « L'article 26 du traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées », *R.G.D.I.P.* 1998, p.45-84.

L'entreprise pourrait-elle se prévaloir, devant ce tribunal, des solutions très généralement adoptées dans les TBI à titre de règles coutumières? Pourrait-elle invoquer, par exemple, le droit de bénéficiaire d'un « traitement juste et équitable », ou des conditions généralement prévues pour l'indemnisation (indemnisation prompte, adéquate, effective), ou de l'interdiction de discrimination etc. ?

De prime abord, et si on considère que la conclusion de traités est la manifestation d'une pratique étatique, ce que nul ne conteste semble-t-il, on ne peut que constater l'existence d'une pratique générale, au moins pour les dispositions conventionnelles qui se retrouvent dans tous les traités ou quasiment tous les traités. Mais s'agit-il, pour autant, d'une pratique générale « acceptée comme étant le droit » selon la formule du statut de la Cour internationale de Justice, ou autrement dit, et selon la présentation classique du phénomène coutumier, s'agit-il d'une pratique accompagnée d'un *opinio juris*?

Il existe au moins deux critiques adressées à ceux qui seraient tentés de passer du droit conventionnel au droit coutumier. La première a été développée par le juriste ghanéen Samuel K.B. Asante qui a été, dans les années 80, le directeur de division au Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales. Le raisonnement est à peu près le suivant.

Dans les rapports entre pays développés et pays en développement, non seulement les résolutions sur le Nouvel ordre économique international (V. supra) ont ruiné le règle concernant l'indemnisation prompte, adéquate et effective en cas de nationalisation, mais la pratique des Etats a confirmé la mise à l'écart de cette règle. Si on examine en effet les indemnités réellement versées lors des grandes vagues de nationalisation des années 50-70, on s'aperçoit que les indemnités n'étaient ni adéquates quant à leur montant ni promptes, car des paiements différés ont été acceptés dans divers cas. De sorte qu'Asante reprend à son compte la conclusion d'un autre auteur (Bring) estimant « qu'aucune norme ou formule internationale généralement reconnue quant au montant de l'indemnité ne peut-être déduite de la pratique des Etats [dans cette période], au-delà de l'obligation de payer une indemnité de bonne foi. »³⁵

35. O.E. Bring, « Impact of Developing States on International Customary Law Concerning Protection of Foreign Property », *Scandinavian Studies in Law*, 1980, p.99,

Asante continue son raisonnement en soutenant que la meilleure preuve que la règle « prompte, adéquate, effective » n'appartient plus au droit international général, est précisément fournie par la multiplication des traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements qui ne seraient pas nécessaires si les pays développés pouvaient compter sur l'existence d'une règle coutumière. Enfin dans un troisième temps il écarte toute possibilité d'extraire de ces traités une règle coutumière. En effet les dispositions énoncées dans ces traités ne traduisent pas l'*opinio juris* des pays en développement mais seulement leur faiblesse économique dans leurs rapports avec les pays développés. Asante recule devant l'affirmation que ces traités ont été conclus par des Etats « contraints et forcés » mais c'est bien là l'idée qu'il défend au fond. En tout état de cause ces traités ne peuvent prétendre exprimer l'*opinio juris* des pays en développement.³⁶

Pour notre part, nous n'adhérons pas à cette analyse. S'agissant de la pratique citée par Asante pour la période 50-70, elle est indéniable et l'on pouvait à juste titre se demander à cette époque si la formule Hull de l'indemnité « prompte, adéquate effective », reflétait le droit positif. Mais l'histoire ne s'arrête pas là. Comment serait-il possible d'ignorer la pratique qui s'exprime dans plus de 1500 TBI conclus par 169 Etats, à la fin de l'année 1997? (Asante raisonne encore sur un corpus de 200 traités et 65 Etats)? Ces traités, dit-on, manifesteraient la faiblesse des pays en développement et non leur *opinio juris*. C'est oublier que la formulation complète du 2ème élément de la coutume est « *opinio juris sive necessitatis* ». Ou pour le dire autrement « nécessité fait loi ». On ne peut, en effet, construire une société internationale abstraite dans laquelle les pays en développement n'éprou-

cité par Samuel K.B. Asante, « Droit international et investissements » in M. Bedjaoui (éd), *Droit international. Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, Unesco, 1991, t.2, p.711-737, p.719. Une étude effectuée par un économiste pour la période 1956-1972, montre que pour l'ensemble des nationalisations une indemnisation a été versée pour seulement 40% des actifs nationalisés ou 67% si l'on exclut les pays du bloc communiste (M.L. Williams, « The extent and Significance of the Nationalization of Foreign-Owned Assets in Developing Countries », *Oxford Economic Papers*, 1975, n°2 p.299).

36. S. Asante, « Droit international et investissements », op. cit. p. 721. Pour un exposé plus détaillé des idées d'Asante, V. « International Law and Foreign Investment : a Reappraisal », *I.C.L.Q.* 1988, p.588-628. V. aussi A. T. Guzman, « Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them : Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties », *Virginia J. of Int'l L.* 1998, p.637-688.

veraient aucun besoin et aucune contrainte pour dire que, dans cette société idéale là, ils n'accepteraient pas les dispositions inscrites dans les TBI.³⁷

Il s'agit là d'une vision de l'indépendance des Etats aussi chimérique que la conception de la liberté humaine comme possibilité d'accomplir un « acte gratuit », contraint par aucune cause et donc absolument libre, comme l'imagine Lafacadio Louki, le personnage gidien des *Caves du Vatican*. En réalité, la liberté s'inscrit forcément dans une situation concrète avec ses nécessités. Et si, au 31 déc. 1996, 126 pays en développement, ou en transition économique ou même communistes (Cuba, Laos, Vietnam, sans parler même de la Chine) ont considéré que, tout compte fait, il est de leur intérêt, de conclure de tels traités avec les dispositions qui y figurent il s'agit là, à nos yeux du moins, d'une *opinio necessitatis* qui s'ajoute à la pratique et manifeste l'existence d'une coutume internationale.

D'autre part, si l'*opinio juris* des pays en développement n'était pas celle qui s'exprime dans les traités passés avec les Etats développés on devrait constater que lorsque ces pays concluent des traités de ce type entre eux (et on a vu qu'il en existait, fin 1997, pas moins de 249), ils adoptent des formules radicalement différentes. Or il semble qu'il n'en soit rien.

Nous avons pu examiner quatre traités de ce type ; quatre sur 249 ce n'est pas, nous l'avouons, un échantillon représentatif. Mais enfin, quand on constate que dans le traité passé entre la Mongolie et la Malaisie, en juillet 1995, entre l'Egypte et l'Ouganda, en novembre 1995, entre la Bolivie et l'Equateur en mai 1995 ou encore, entre le Venezuela et la Brésil en novembre 1992, on retrouve des dispositions très largement semblables à celles existantes dans les traités entre pays développés et pays en développement, y compris en matière d'indemnisation en cas de nationalisation (avec même, l'utilisation de la formule « prompte, adéquate et effective »), on est bien obligé de conclure à l'existence d'une pratique générale qui ne semble être combattue par aucune pratique contraire (sous réserve d'un examen plus complet des traités entre pays en développement)³⁸.

37. C'est là l'exercice auquel se livre à peu près Guzman dans l'article cité ci-dessus.

38. Nous remercions Mme L. Boisson de Chazournes, conseiller auprès du département juridique de la BIRD, de nous avoir communiqué les textes de ces traités.

De sorte qu'en présence d'une telle pratique massive des Etats et également d'une jurisprudence arbitrale qui confirme les dispositions des traités bilatéraux et multilatéraux, on voit mal comment on pourrait éviter la conclusion que l'examen de tous ces traités peut déboucher, pour certaines des dispositions, à la conclusion qu'il existe bien, **aujourd'hui et de nouveau**, après la période d'incertitude des années 50/70, des règles coutumières en la matière.

S'agissant toujours de la question de l'indemnisation en cas de nationalisation, la pratique des Etats telle qu'elle s'exprime dans les TBI est confirmée par la jurisprudence arbitrale de la fin des années 70 (affaires des nationalisations libyennes) et des années 80. Dans toutes les sentences rendues (Texaco, BP, Liamco, Agip c/ Congo, Aminoil c/ Koweït, Amco Asia c/ République d'Indonésie)³⁹, les arbitres ont toujours retenu la formule du §4 de la Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies, demandant qu'en cas de nationalisation le propriétaire devra recevoir « une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté **et en conformité du droit international**. » En revanche les références aux résolutions de l'Assemblée générale sur le Nouvel ordre économique international, et plus spécialement à la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, art. 2§2(c) qui supprime tout renvoi au droit international, ont constamment été rejetées⁴⁰.

Quant à ce que réclame le droit international en ce qui concerne l'indemnisation d'une nationalisation, les TBI pré-

39. Texaco-Calasiatic (TOPCO) c/ Gt de Libye, sentence du 29 janvier 1977, *J.D.I.* 1977 p. 350-389. ; Libyan American Oil/Cy (LIAMCO) c/ Gouvernement de la République arabe libyenne, sentence du 12 avril 1977, *Rev. Arb.* 1980 p. 132-191 ; B.P. Exploration Company c/ Gouvernement de la République arabe libyenne, sentence du 10 octobre 1973, *Rev. Arb.* 1980 p. 117-131. ; B. Stern, «Trois arbitrages un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international » *Rev. Arb.* 1980 p. 3-43 ; Gouvernement de l'Etat du Koweït c/American independent Oil Cy (Aminoil), sentence du 24 mars 1982, *J.D.I.* 1982 p. 869-909 ; AGIP s.p.a. c/ Gt de la République populaire du Congo, sentence du 30 nov. 1979, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1982 p. 92-109 ; Amco Asia c/République d'Indonésie, sentence sur le fond, du 31 mai 1990, *Clunet* 1991 p.173-188 (chronique E. Gaillard).

40. V. D. Carreau & P. Juillard, *Droit international économique*, op. cit. p.484-493 ; Nguyen Quoc Dinh, P. Daillet, A. Pellet, *Droit international public*, op. cit. p.1042-1044 ; I. Seidl-Hohenveldern, « L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux », *A.F.D.I.* 1987, p.7-31.

voient, pour la plupart une indemnité prompte, adéquate et effective, et les sentences arbitrales citées demandent la réparation de la totalité du préjudice subie (*damnum emergens* et sous certaines conditions *lucrum cessans*) ou comme le dit le Tribunal des différends irano-américain, la société doit recevoir « the full value of its expropriated interest »⁴¹.

En fin de compte, en présence d'une telle pratique des Etats par le biais de la conclusion des traités bilatéraux, mais aussi multilatéraux qui vont dans le même sens et d'une jurisprudence arbitrale qui confirme les dispositions des traités, on voit mal comment on pourrait éviter la conclusion que l'examen de tous ces traités peut déboucher, pour certaines des dispositions, à la conclusion qu'il existe bel et bien des règles coutumières en la matière. C'est vrai, d'après nous, s'agissant de la règle sur l'indemnisation des nationalisations. Mais les traités bilatéraux ou multilatéraux ne portent pas que sur ce problème. Les dispositions les plus nombreuses énoncent l'obligation pour l'Etat d'accueil de traiter l'investissement étranger de façon juste (ou loyale) et équitable, de lui garantir la sécurité et la protection la plus complète, de lui accorder le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée, de l'indemniser en cas de pertes dues à des affrontements militaires dans le pays, d'accepter que l'organisme d'assurance qui a indemnisé l'investisseur soit subrogé dans les droits de celui-ci etc... Pour toutes ces questions, et comme le notent les auteurs d'une étude systématique des TBI « [i]n spite of differences in emphasis and drafting style, the majority of BITs subscribe to common standards... »⁴².

Sans nous prononcer ici sur le fait de savoir quelles règles exactement relèveraient du droit international coutumier, nous

41. Phelps Dodge Corp. and Overseas Private Investment Corp. and Iran, March 19, 1986 ; Sedco, Inc. and National Iranian Oil Cy and Iran, March 27, 1986, reproduit in *Int. Leg. Mat.* 1986, n°3, p.619-649, p.635. Pour la jurisprudence du Tribunal des différends irano-US, V. John A. Westberg, *International Transactions and Claims Involving Government Parties. Case Law of the Iran-United States Claims Tribunal*, Washington D.C. International Law Institute, 1991, p.211-252. On notera que dans l'affaire Shahin Shane Ebrahimi, sentence du tribunal du 12 octobre 1994 (*AJIL* 1995, p.385-389), le Tribunal a considéré que la coutume internationale en matière d'indemnisation est plutôt en faveur d'une indemnité 'adéquate' comme le prévoit la résolution 1803, plutôt que pour une indemnité 'prompte, adéquate, effective'. Cependant, les arbitres ont constaté encore que « (...) the practice of the Tribunal has 'typically' been to award full compensation. » (*AJIL*, 1995, p.586-587).

42. Dolzer & Stevens, op. cit. p.58

croyons pouvoir affirmer que, comme dans d'autres domaines, la dialectique traités/coutume existe ici aussi et qu'il est bien possible de dégager des règles de droit international général de l'immense réseau des traités sur les investissements. Mais à cela, le professeur P. Juillard présente une objection d'une autre sorte. Pour lui, « le traitement juste et équitable, [ou] la pleine et entière protection et sécurité sont des notions aux contours imprécis, et qui ne prendront corps que progressivement, grâce à l'œuvre prétorienne des tribunaux arbitraux. »⁴³

Mais ce ne sera pas la première fois que les tribunaux arbitraux ou judiciaires auraient à se prononcer à partir de notions floues, et seraient amenés à préciser la signification de règles coutumières imprécises⁴⁴. Le Pr Juillard préfère parler s'agissant d'une notion comme le traitement juste et équitable d'un *standard* de droit international et cite pour l'approuver, le texte du deuxième *Restatement* américain qui à propos de la notion de *standard international de justice* concernant le traitement des étrangers énonce qu'il s'agit du standard exigé « ... par a) les principes applicables du droit international, tels qu'ils sont établis par la coutume internationale, par les décisions des tribunaux judiciaires ou arbitraux, et par les autres sources reconnues du droit international ; ou en l'absence de tels principes, b) les principes analogues de justice généralement reconnus par les Etats qui possèdent des systèmes de droit raisonnablement développés. »⁴⁵

Mais la différence d'opinion entre P. Juillard et nous-même est-elle vraiment significative? Qu'il s'agisse de règles coutumières ou de principes ou de *standards*, la même difficulté existe pour les Etats et les investisseurs. Il s'agit, dans toutes ces hypothèses, d'un droit non écrit dont la teneur est incertaine. D'où la tentation de rédiger une grande convention multilatérale qui, même si elle ne se propose pas expressément ce but, aurait pour effet, en cas de réussite, de codifier le droit existant. C'était sans doute là, une des ambitions implicites contenues dans le projet d'un Accord multilatéral sur l'investissement.

43. « L'évolution des sources du droit des investissements », op. cit. p.131.

44. Sur les notions 'floues' ou 'à contenu variable', V. Ch. Perelman et R. Vander Elst (ed.), *Les notions à contenu variable en droit. Travaux du C.N.R.L.*, Bruxelles, Bruylant, 1984. Et V. l'importante étude de O. Corten, *L'utilisation du "raisonnable" par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

45. *Restatement*, 2d, par.165, p.501s. cité par P. Juillard, op. cit. p.135

ANNEXES

I - Nombre de TBI conclus par les Etats membres de l'OCDE

Allemagne 112	Turquie 37
Australie 12	USA 37
Autriche 21	
Belgique/Luxembourg 38	TOTAL = 856
Canada 17	
Corée 46	
Danemark 31	
Espagne 37	
Finlande 28	Hongrie 44
France 65	Pologne 53
Grèce 19	République Tchèque 43
Irlande 0	
Islande 13	TOTAL = 140
Italie 48	
Japon 4	
Mexique 2	
Norvège 16	
Nouvelle Zélande 2	
Pays Bas 58	
Portugal 20	
RU 84	
Suède 33	
Suisse 76	

II - Nombre de TBI conclus par les Etats membres de l'OCDE

Amérique latine et Caraïbes (sauf Mexique)

Antigua et Barbuda 1	Haïti 4
Argentine 18	Honduras 5
Barbades 5	Jamaïque 7
Belize 1	Nicaragua 0
Bolivie 10	Paraguay 0
Brésil 8	Pérou 13
Chili 14	Sainte-Lucie 2
Colombie 2	Saint-Vincent et Grenade 1
Costa Rica 4	Salvador 3
Dominique 2	Trinidad et Tobago 4
Dominicaine (République) 2	Uruguay 11
Equateur 7	Venezuela 10
Grenade 2	
Guatemala 0	
Guyane 2	

TOTAL = 138

III - Nombre de TBI conclus par les Etats membres de l'OCDE

Afrique sub saharienne

Burkina Faso 2	Namibie 2
Burundi 3	Niger 2
Cameroun 6	Nigéria 3
Cap-Vert 5	Ouganda 3
Centre-Africaine (République) 2	Rwanda 3
Congo 5	Sénégal 6
Côte d'Ivoire 6	Sierra Leone 2
Guinée équatoriale 1	Somalie 1
Erythrée 1	Sud Africaine (République) 7
Ethiopie 1	Soudan 4
Gabon 4	Swaziland 2
Gambie 1	Tanzanie 4
Ghana 5	Tchad 3
Guinée 3	Togo 2
Guinée-Bissau 1	Zambie 2
Kenya 2	Zaïre 6
Lesotho 2	Zimbabwe 2
Libéria 4	
Madagascar 4	
Mali 2	
Maurice 3	

TOTAL = 117

IV - Nombre de TBI conclus par les Etats membres de l'OCDE

Afrique du Nord

Algérie 4
Mauritanie 3
Maroc 15
Tunisie 14

TOTAL = 36

V - Nombre de TBI conclus par les Etats membres de l'OCDE

Proche et Moyen-Orient et Pays du Golfe

Arabie Saoudite 1	Liban 1
Bahreïn 1	Malte 7
Chypre 4	Oman 6
Emirats Arabe Unis 6	Quatar 1
Egypte 15	Syrie 3
Iran 1	Yémen (République du) 5
Israël 4	
Jordanie 4	
Koweït 6	

TOTAL = 65

VI - Nombre de TBI conclus par les Etats membres de l'OCDE

Ex pays communistes (y compris ex-Yougoslavie mais sans Hongrie, Pologne, République tchèque)

Albanie 14	Moldavie 9
Arménie 5	Mongolie 10
Azerbadjian 1	Ouzbékistan 8
Belarus 1	Pologne 20
Bosnie Herzegovine 10	Roumanie 21
Bulgarie 17	Russie 19
Croatie 6	Slovaquie 17
Estonie 10	Slovénie 5
Georgie 5	Tadjikistan 1
Hongrie 19	Turkménistan 2
Kazakhstan 9	Ukraine 14
Kirghise (République) 3	Yougoslavie (République fédérale) 5
Lettonie 16	
Lituanie 13	
Macédoine 1	

TOTAL = 261

VII - Nombre de TBI conclus par les Etats membres de l'OCDE*Pays communistes*

Chine 20
Cuba 4
Laos 4
Vietnam 13

TOTAL = 41

VIII - Nombre de TBI conclus par les Etats membres de l'OCDE*Asie et Océanie*

Bengladesh 7	Papaouasie
Cambodge 0	Nouvelle Guinée 3
Hong Kong 10	Philippines 8
Inde 5	Singapour 8
Indonésie 14	Sri Lanka 13
Malaisie 15	Thaïlande 8
Népal 3	
Pakistan 7	

TOTAL = 101
