



INSTITUT D'ECONOMIE ET
DE POLITIQUE DE L'ENERGIE

Le droit international et le marché des permis pétroliers
1970-2000

Recherche réalisée avec le soutien financier de l'Institut Français de l'Énergie

Par PIERRE NOËL

Mars 2002

REMERCIEMENTS

Je remercie l'Institut Français de l'Energie de l'important soutien financier qu'il a bien voulu apporter à cette recherche.

Parmi les nombreuses personnes qui m'ont aidé, je tiens à remercier tout particulièrement Pierre-René Bauquis, qui m'a généreusement consacré son temps, prodigué ses conseils, et introduit dans les services du groupe TotalFinaElf. Séverine Brejon de Lavergnée et Jean-Pierre Audoin m'ont accueilli à plusieurs reprises, et notamment pour un séjour d'une semaine, dans les locaux de la Direction juridique de l'amont, où j'ai pu consulter une documentation sans laquelle ma connaissance des contrats et des législations pétrolières serait restée encore plus théorique qu'elle n'est. Patrick Jones m'avait auparavant aiguillé vers eux, au terme d'une longue entrevue dont je conserve le meilleur souvenir. Denis Guirauden, du Beicip, a consacré plusieurs heures de son temps à m'introduire aux problématiques de la fiscalité pétrolière, et m'a donné de précieux conseils documentaires. Thomas Wälde m'a appris, directement ou par l'intermédiaire de ses écrits, à peu près tout ce que je sais en matière de droit international des contrats ; sa rencontre fut décisive dans l'idée de consacrer une recherche aux conséquences économiques des évolutions juridiques survenues au cours des vingt dernières années. A l'IEPE, je remercie particulièrement Catherine Morel et Danièle Revel, documentalistes, Patrick Criqui et enfin Dominique Finon, sans qui je n'aurais pu réaliser ni ce travail ni les autres.

TABLE DES MATIERES

Remerciements	2
Introduction. Marché de l'accès au sous-sol et marché pétrolier	8
La concurrence sur le marché de l'accès aux ressources aux États-Unis	9
Le monopsonne des « majors » sur le marché transnational des droits pétroliers	9
Un cartel de producteurs suppose un haut degré de contrôle de l'offre d'accès aux ressources	10
Reconstruire un marché international des permis pétroliers : aspects juridico-institutionnels	10
Le nouveau régime juridique des investissements comme facteur d'aplatissement de la courbe d'offre	11
Plan du rapport	11
PREMIÈRE SECTION. CONTRACTION ET RÉ-EXTENSION DU MARCHÉ DES PERMIS PÉTROLIERS (1970-2000)	
I. — Les fondements institutionnels de la crise des investissements pétroliers internationaux (1970-1985)	12
1. Effondrement de l'ordre pétrolier historique et crise des investissements d'exploration	12
2. La crise des investissements pétroliers comme problème politique international	13
II. — 1985-2000 : réforme des conditions d'investissement et extension du marché des droits d'exploration	15
1. « Marchandisation » des droits pétroliers, adaptation des législations et des contrats	15
2. Contre-choc pétrolier, progrès technologique, dumping fiscal en Mer du Nord et chute du système communiste : quatre facteurs d'accélération des réformes	16
3. Le problème de la régulation juridique des transactions	17
III. — Les investissements d'exploration des compagnies pétrolières transnationales : de la concentration sur l'OCDE au redéploiement vers les pays en développement (1977-1998) — Le cas des compagnies américaines	19
1. Un effort d'exploration relativement concentré sur les pays de l'OCDE	20
2. 1977-1986 : les compagnies face à la crise institutionnelle	27
1977-1981 : prix en hausse ; investissements tous azimuts	27
1981-1986 : chute des prix et des dépenses d'exploration ; les pays en développement sont durement touchés	27
3. Le redéploiement de l'effort d'exploration vers les pays en développement	28
1987-1992	28
1993-1998	29
Conclusion	29

DEUXIÈME SECTION. LE CONTRAT À L'ÉPREUVE DE LA SOUVERAINETÉ

I. — Sociologie juridique du marché de l'accès aux ressources pétrolières	32
1. Le marché suppose un ordre juridique constitutionnel	32
2. Le rôle de l'environnement institutionnel dans la stabilisation des contrats pétroliers	34
Flexibilité contractuelle : réduire la tension « à la source »	36
Echange d'otages	36
Rôle de la réputation	36
Résorption « interne » des tensions et garanties « externes » des droits	36
3. Un acteur souverain peut-il s'engager par contrat : problématique du contrat d'État	37
II. — Le régime des investissements pétroliers face à l'affirmation de la souveraineté sur les ressources naturelles	38
1. Souveraineté permanente sur les ressources naturelles et nouvel ordre économique international	38
2. La « dé-constitutionalisation » du régime des investissements pétroliers	39
3. Après la crise du NOEI, le droit international des investissements à l'épreuve du constitutionalisme libéral : trois hypothèses	42
TROISIÈME SECTION. L'ÉMERGENCE D'UN RÉGIME JURIDIQUE INTERNATIONAL PARA-CONSTITUTIONNEL POUR LES INVESTISSEMENTS	
I. — Règlement des différends entre compagnies et États par l'arbitrage international direct, notamment dans le cadre du cirdi	46
1. La convention de Washington et le CIRDI	46
L'arbitrage CIRDI : principes de base	47
Reconnaissance et application des sentences : supériorité de l'arbitrage CIRDI	47
Arbitrage CIRDI et contrats pétroliers	48
2. L'arbitrage direct dans les traités bilatéraux sur les investissements	48
Le rôle du programme américain de traités bilatéraux	49
Interaction entre les traités bilatéraux américains et la convention CIRDI	49
Conclusion	51
3. L'arbitrage direct dans les instruments multilatéraux sur les investissements	51
L'ALENA et le Traité sur la Charte de l'énergie	52
Les protocoles du MERCOSUR sur les investissements	53
Les Lignes directrices (Guidelines) de la Banque mondiale	54
Résumé et conclusion	54
II. — Protection des investissements, « traitement national » et libéralisation de l'accès au territoire	55
1. Strict encadrement des prérogatives étatiques dans le traitement des investissements étrangers	55
Codification des obligations coutumières : traitement général et nationalisation	56
Une définition très large des « droits économiques » de l'investisseur	57
Dispositions spécifiques : « performance requirements », transferts, sociétés nationales	57
2. Égalité de traitement entre étrangers et nationaux, et clause de la nation la plus favorisée	57
3. Vers une libéralisation de l'accès au territoire pour les investisseurs étrangers ?	58
Résumé et conclusion	59
III. — construction du marché et fédéralisme juridique : américanisation du droit des investissements ?	60

1. Le nouveau régime des investissements : changement de paradigme juridique ou simple évolution	61
2. La construction du marché suppose la sanctification des « droits économiques »	62
3. La construction du marché suppose le fédéralisme juridique	64
Résumé	66
QUATRIÈME SECTION. LES ÉTATS ACTIFS SUR LE MARCHÉ DES PERMIS PÉTROLIERS FACE AU NOUVEAU RÉGIME JURIDIQUE	
Introduction	67
I. — Les nouveaux acteurs sur le marché des droits pétroliers : Pays en transition d'Europe de l'est et d'Asie centrale	69
1. La région Caspienne et Asie centrale : Azerbaïdjan, Kazakhstan, Kirghizie, Ouzbékistan	69
Conclusion	71
2. La Russie et l'Europe de l'est	72
Le cas de la Russie	72
Conclusion	74
II. — Les régions pétrolières historiques face au régime juridique para-constitutionnel	75
1. L'Afrique de l'ouest	75
Le Cameroun	76
Le Congo (Brazzaville)	77
Le Nigeria	77
Le Gabon	78
La Côte d'Ivoire	78
L'Angola	79
La Guinée Équatoriale	80
Résumé et conclusion sur l'Afrique de l'ouest	82
2. L'Amérique latine	83
Règlement des différends entre États et compagnies pétrolières	83
Normes de traitement des investissements pétroliers étrangers	86
Le cas du Brésil	87
Résumé et conclusion sur l'Amérique latine	89
3. La région Asie	90
4. L'Afrique du nord	92
5. Le Moyen-Orient	94
Conclusion sur le Moyen-Orient	95
Conclusion	97
<i>Annexe I. — L'architecture juridique de l'intégration économique. Le cas du nouveau régime juridique de investissements</i>	100
1. Le marché suppose le droit, qui suppose l'Etat	100
2. Le problème juridique des relations économiques transnationales	101
Le commerce	101
Les investissements	102
3. La réforme du régime juridique des investissements : naissance d'un droit international économique ordonné à l'intégration	104
Encadrement des prérogatives souveraines, affirmation des droits économiques des investisseurs, traitement national	104

Règlement des différends par l'arbitrage international contraignant	105
Encadrement du droit de filtrer les investissements, et libre accès au territoire	106
Conclusion : vers l'internationalisation du rule of law	107
4. La réforme du régime juridique des investissements participe-t-elle de l'émergence d'une gouvernance économique globale ?	108
Bibliographie	109
Notes	116

TABLE DES ILLUSTRATIONS

Tableaux

Tableau 1. Investissements d'exploration cumulés (panel FRS) et répartition des réserves prouvées : 1977-1998.....	30
Tableau 2. La zone Caspienne & Asie centrale : Convention CIRDI, traités avec les États-Unis, Traité sur la Charte de l'énergie	70
Tableau 3. Zone Caspienne & Asie centrale : traités bilatéraux sur les investissements	71
Tableau 4. Russie et Europe orientale : convention CIRDI, TCE, traités bilatéraux avec les États-Unis.....	73
Tableau 5. Russie et Europe orientale : sélection de traités bilatéraux sur les investissements postérieurs à 1989 et potentiellement pertinents pour les investissements pétroliers	74
Tableau 6. Pays d'Afrique de l'ouest : convention CIRDI et traités bilatéraux sur les investissements.....	76
Tableau 7. Amérique latine : convention CIRDI, traités bilatéraux, protocole de Colonia sur les investissements.....	84
Tableau 8. Amérique latine : sélection de traités bilatéraux sur les investissements postérieurs à 1990.....	85
Tableau 9. Région Asie : convention CIRDI et traités bilatéraux sur les investissements	92
Tableau 10. Pays d'Afrique du nord : convention CIRDI et traités bilatéraux sur les investissements.....	93
Tableau 11. Moyen-Orient : convention CIRDI et traités bilatéraux sur les investissements	97

Figures

Figure 1. Investissements d'exploration des compagnies FRS et appareils de forage actifs dans le monde, 1977-1998.....	21
Figure 2. Investissements d'exploration des compagnies FRS, aux États-Unis et à l'étranger, 1977-1998	22
Figure 3. Investissements d'exploration des compagnies FRS : taux de croissance annuels moyens, 3 périodes de 6 ans.....	23
Figure 4. Investissements d'exploration des compagnies FRS hors-OCDE, en Europe occidentale : part dans les investissements totaux, 1977-1998.....	24
Figure 5. Investissements d'exploration des compagnies FRS au Canada et en Europe occidentale : part des investissements à l'étranger, 1977-1998.....	25
Figure 6. Investissements d'exploration des compagnies FRS à l'étranger : diverses régions, 1977-1998	26
Figure 7. Investissements d'exploration cumulés (compagnies FRS) et part des réserves mondiales prouvées : diverses régions et périodes	31

INTRODUCTION. – MARCHÉ DE L'ACCÈS AU SOUS-SOL ET MARCHÉ PÉTROLIER

Toute production pétrolière suppose un accès au sous-sol potentiellement ou effectivement pétrolifère, de la part d'acteurs disposés à investir les capitaux nécessaires à la découverte et/ou au développement de ressources d'hydrocarbures. Deux solutions sont possibles. Soit l'acteur qui contrôle l'accès au sous-sol^(*) s'engage lui-même dans l'activité industrielle d'exploration et de production ; soit il passe contrat avec un autre acteur dont c'est l'activité propre, c'est-à-dire une compagnie pétrolière. Dans ce dernier cas on est en présence, d'un côté, d'un « offreur » d'accès au sous-sol — le propriétaire des ressources en terre — et de l'autre d'un « demandeur » — l'industriel pétrolier. Ces deux acteurs vont négocier en vue de s'accorder sur des conditions mutuellement acceptables de cession d'un droit d'accès au sous-sol et de disposition sur les ressources éventuelles². Au niveau agrégé, les conditions d'accès au sous-sol pour l'industrie pétrolière vont être définies par la juxtaposition, dans l'espace et dans le temps, de très nombreux accords de ce type. Le système social au sein duquel interagissent, d'une part, les offreurs entre eux, d'autre part les demandeurs entre eux, et enfin offreurs et demandeurs peut être appelé « marché de l'accès au sous-sol potentiellement ou effectivement pétrolifère »³.

On peut donner ici l'impression que la formation d'un « marché » est à la fois nécessaire et spontanée à partir du moment où existent une « offre » et une « demande » latentes. En fait, le fonctionnement d'un marché requière des conditions institutionnelles assez précises, sur lesquelles nous reviendrons longuement. On se penchera en effet sur l'effort de « construction » (ou de reconstruction) d'un marché mondial de l'accès au sous-sol, dont nous verrons qu'il implique un travail juridico-politique très important.

Ce marché de l'accès au sous-sol ne se confond pas avec le marché du pétrole brut ; il fonctionne en amont de celui-ci. Toutefois, il lui est étroitement lié, on peut même dire que ces deux marchés sont imbriqués, encastrés l'un dans l'autre. Dans le contrat avec le propriétaire des ressources en terre, l'industriel acquiert généralement, en plus d'un droit d'accès au sous-sol, le droit de disposer des ressources découvertes et développées, c'est-à-dire de les commercialiser⁴. Ainsi, *toute transaction sur le marché de l'accès au sous-sol est porteuse d'un effet potentiel sur l'offre de pétrole brut*. En conséquence, la structure du marché de l'accès aux ressources n'est pas neutre par rapport à la structure du marché pétrolier ; on peut penser qu'un degré de contrôle de celui-là est certainement une condition nécessaire — peut-être pas suffisante — pour parvenir à contrôler celui-ci. L'histoire pétrolière le confirme.

(*) Toutes les notes sont regroupées en fin de document, à partir de la p. 116.

De l'origine de l'industrie pétrolière jusqu'au milieu des années 1970, la quasi totalité du pétrole produit dans le monde l'était dans le cadre d'une relation contractuelle entre un propriétaire de ressources (personnes privées aux États-Unis, États souverains dans le reste du monde) et un acteur industriel⁵. Sur cette longue période d'environ un siècle, on peut vérifier l'impact de la structure du marché de l'accès au sous-sol sur la possibilité de contrôler le marché pétrolier.

La concurrence sur le marché de l'accès aux ressources aux États-Unis

Aux États-Unis, le marché de l'accès aux ressources a toujours été très concurrentiel. Les droits sur les ressources en terre revenant au propriétaire de la surface, il existe une multitude d'offres potentiels indépendants les uns des autres, proposant des « blocs » de dimensions souvent réduites, parfois très réduites. En outre, un industriel ayant acquis des droits sur une parcelle est libre de les céder à son tour à un tiers ; la « liberté d'entrer » sur le marché de l'accès au sous-sol n'est donc pas limitée aux propriétaires terriens mais s'étend aux personnes détenant des droits sur les ressources en vertu d'un contrat. La demande est tout aussi « atomisée » que l'offre : non seulement il existe quelques dizaines de grandes firmes présentes dans la plupart des régions pétrolières du pays, mais on trouve également plusieurs milliers d'entrepreneurs de toutes tailles, notamment sur les champs de Pennsylvanie au XIX^e s., puis en Oklahoma, au Texas, en Californie dès les premières décennies du XX^e s. La mise à disposition de l'accès au sous-sol pour l'industrie pétrolière s'effectue selon des modalités purement marchandes. Ces caractéristiques institutionnelles et organisationnelles se traduisent par un extrême éclatement de l'offre pétrolière, dont les acteurs sont également coordonnés par les mécanismes de marché. *La concurrence sur le marché de l'accès au sous-sol tend à susciter mécaniquement la concurrence sur le marché pétrolier.* Celui-ci semble inaccessible au contrôle d'un acteur ou d'un groupe d'acteurs. Il faudra, à partir des années 1920, un effort immense des pouvoirs publics, à la fois étatiques et fédéraux, pour mettre fin à l'ère concurrentielle du marché pétrolier américain et substituer une coordination hiérarchique des producteurs à la coordination marchande⁶.

Le monopsonne des « majors » sur le marché transnational des droits pétroliers

Ce lien entre structure du marché de l'accès au sous-sol et structure du marché pétrolier se vérifie également dans le cas du système pétrolier transnational entre les années 1920 et les années 1960. Les États offrirent initialement des concessions s'étendant sur des surfaces immenses, dans certains cas sur l'intégralité de leur territoire, et pour des durées très longues. Une compagnie ayant obtenu les droits sur les ressources de l'ensemble d'une province prometteuse, voire de l'ensemble d'un pays, disposait donc d'un monopole sur la production pétrolière de cette zone. Cela ne supprimait pas toute possibilité de concurrence sur le marché pétrolier : d'une part elle peut jouer entre les différentes provinces pétrolières même peu nombreuses, et d'autre part la concurrence entre compagnies transnationales pour l'accès au sous-sol tend à multiplier les pays et les provinces où sont effectués des investissements d'exploration. Pour limiter l'emprise du processus marchand, les trois principales compagnies transnationales présentes sur le marché dans l'entre-deux guerres ont mis en place une organisation qui tend à instaurer un *monopsonne* sur le marché de l'accès aux ressources. Cette organisation, efficace dès les années trente, repose sur un principe d'éviction des nouveaux concurrents potentiels, selon deux méthodes complémentaires. D'une part en tentant systématiquement de devancer les *outsiders* quant à l'obtention des nouvelles concessions, en

exploitant au maximum les avantages économiques et politiques dont disposent les compagnies « historiques » dans leurs relations avec les États « concédants ». D'autre part en créant un système de participations croisées dans leurs concessions respectives, dans lequel tout nouvel entrant a vocation à être inséré. Cette organisation permet de distendre le lien mécanique entre la liberté d'entrée sur le marché de l'accès aux ressources (le fait que de nouvelles provinces ou concessions apparaissent en permanence), et le renforcement de la concurrence sur le marché du pétrole brut. Ainsi, le contrôle du marché transnational de l'accès au sous-sol par les acteurs dominants côté « demande » — c'est-à-dire les compagnies — a-t-il permis de limiter l'emprise du processus concurrentiel sur le marché pétrolier, sans même en passer par un contrôle formel de l'offre de pétrole brut et l'attribution de quotas⁷.

Un cartel de producteurs suppose un haut degré de contrôle de l'offre d'accès aux ressources

La concurrence sur le marché de l'accès aux ressources s'est pourtant renforcée à partir de 1945, sous l'effet notamment de la multiplication des candidats, tant européens qu'américains, à l'obtention de concessions au Moyen-Orient et en Afrique du Nord⁸. Ce renforcement a progressivement fragilisé l'organisation des grandes compagnies transnationales et leur capacité à contraindre le processus concurrentiel, donc à limiter l'érosion des prix. Le renforcement de la concurrence et la baisse continue des « prix de réalisation » du brut après 1950 sont à l'origine de la formation de l'OPEP : le seul moyen pour les États exportateurs d'enrayer la baisse était de contrôler directement et collectivement les volumes d'exportation, c'est-à-dire de créer un cartel. Mais ce cartel ne pouvait administrer durablement l'offre de pétrole brut que s'il contrôlait aussi l'offre mondiale de permis d'exploration, c'est-à-dire d'accès aux terres pétrolifères. Le « système OPEP » devait donc reposer sur un cartel de propriétaires-producteurs⁹.

Reconstruire un marché international des permis pétroliers : aspects juridico-institutionnels

L'émergence de l'OPEP et la « révolution » des années soixante-dix se sont produites dans un contexte politique plus large d'affirmation des « souverainetés économiques » dans le monde en développement, dont une composante essentielle était la défiance vis-à-vis des investissements directs étrangers, tout particulièrement dans le domaine des ressources naturelles. L'enjeu concernait essentiellement les pays extérieurs à l'OCDE non membres de l'OPEP, dont le développement pétrolier était, jusqu'au milieu des années 1980, fortement grevé par des éléments de nature institutionnelle :

- Très faible crédibilité contractuelle suite aux nationalisations des années 1970, à la remise en cause unilatérale de clauses contractuelles ou législatives, et au durcissement des législations pétrolières sous l'effet du mouvement de nationalisme pétrolier ;
- Termes fiscaux et parafiscaux très peu incitatifs.

Remettre face-à-face les États potentiellement ou effectivement propriétaires de ressources et les compagnies pétrolières internationales supposait de restaurer les conditions institutionnelles, et notamment juridiques, de négociation et d'exécution de contrats pétroliers. Entre 1980 et 2000, ces conditions ont été profondément modifiées, dans le sens d'une restauration des conditions d'une allocation marchande des capitaux pétroliers. Sur la même période (en particulier après 1990), le marché des droits d'exploration et production a connu une très forte croissance et une forte extension, réintégrant de très nombreux pays en développement. Le degré de concurrence s'est très nettement renforcé, conduisant à un net

réajustement à la baisse des termes fiscaux (ainsi que l'apparition d'instruments plus flexibles, permettant d'adapter la pression fiscale aux conditions particulières des projets).

Le nouveau régime juridique des investissements comme facteur d'aplatissement de la courbe d'offre

Le nouveau régime juridique des investissements internationaux est un élément important d'une « *gouvernance marchande* » du système pétrolier, c'est-à-dire d'une architecture institutionnelle qui permet, et en même temps suscite, une diffusion toujours plus profonde des mécanismes marchands dans la régulation du secteur. (Un autre élément important, non traité ici, est l'émergence et la stabilisation d'un système de commercialisation basé sur les marchés spot et les formules indexées, adossé à des mécanismes de couverture sur des marchés de produits dérivés.) En restaurant les conditions d'une allocation plus efficace des capitaux d'exploration et développement, ces développements ont contribué à nourrir la concurrence sur le marché du brut lui-même. *La réforme du régime juridique constitue, au même titre que les progrès technologiques, un facteur d'aplatissement de la courbe d'offre.* Alors qu'en 1980 l'opinion la plus répandue était que la courbe d'offre (pour le secteur concurrentiel hors États-Unis) ne pouvait que se déplacer vers la gauche, elle s'est, depuis, très fortement déplacée vers la droite¹⁰. La contribution de la technologie à ce mouvement a fait l'objet de nombreuses analyses; on voudrait ici explorer les aspects institutionnels, en mettant l'accent sur l'encadrement juridique de la relation contractuelle entre États et compagnies.

*

Ce travail, qui demande à être prolongé, se situe donc à l'articulation du droit (en l'occurrence le droit international), de la science politique et de l'économie. Plus précisément, il cherche à apprécier, dans le cas du marché pétrolier, l'importance des facteurs institutionnels, et notamment du facteur juridique, dans la détermination des structures économiques. On espère que les économistes spécialistes du marché pétrolier percevront l'intérêt du détour juridico-politique, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une démarche de dénigrement à l'égard de la science économique. On ose également espérer que les juristes et politologues qui liraient ce travail n'y verront pas une tentative de subordonner leur questionnements à ceux des économistes.

Plan du rapport

Le rapport est organisé en quatre sections. Dans la première section, on analyse la crise des investissements pétroliers transnationaux dans les années 1970 et 1980, et ses fondements institutionnels. Dans la seconde section, on explore plus en détail l'effondrement du cadre institutionnel des investissements directs étrangers, dans le contexte d'un mouvement plus global d'affirmation des souverainetés économiques et de revendication d'un « nouvel ordre économique international ». La troisième section est consacrée à l'effort de reconstruction d'un cadre institutionnel au sein duquel puissent prendre place les relations contractuelles entre États et compagnies pétrolières transnationales. L'accent est mis sur l'émergence d'un nouveau régime juridique des investissements directs étrangers après 1980, et sur le rôle de la politique juridique extérieure des États-Unis dans ce processus. Enfin, la quatrième section analyse le mouvement d'insertion dans ce nouveau régime juridique des pays en développement actifs sur le marché des droits d'exploration et production d'hydrocarbures.

PREMIERE SECTION. CONTRACTION ET RE-EXTENSION DU MARCHE DES PERMIS PETROLIERS (1970-2000)

Une analyse institutionnelle

I. — LES FONDEMENTS INSTITUTIONNELS DE LA CRISE DES INVESTISSEMENTS PETROLIERS INTERNATIONAUX(1970-1985)

Entre 1970 et 1973, la « révolution OPEP » avait renversé l'ordre pétrolier historique. Celui-ci reposait sur deux piliers centraux, que plusieurs décennies d'évolutions n'avaient pas ébranlés : il s'agit de l'accès des compagnies transnationales aux ressources, par le biais de contrats de concession traditionnels ; et du contrôle des interactions entre ces mêmes compagnies, basé sur une forme souple de coordination non marchande. Ces deux piliers institutionnels étaient sous forte pression depuis au moins une décennie lorsque sont survenus les événements de 1973, qui les ont définitivement et brutalement détruits. Les compagnies pétrolières transnationales ont perdu d'abord tout contrôle sur les gisements, puis tout contact avec eux, au Moyen-Orient, dans les Caraïbes (Venezuela), en Afrique du nord, et dans de nombreux pays pétroliers d'Amérique latine, d'Asie et d'Afrique sub-saharienne. La coordination entre les « majors » reposant essentiellement sur le contrôle spontané des comportements dans le cadre de la mécanique complexe des *joint ventures* en production¹¹, ces compagnies se sont retrouvées, presque du jour au lendemain, dans une situation de totale autonomie d'action les unes par rapport aux autres. L'ordre pétrolier historique avait vécu.

1. Effondrement de l'ordre pétrolier historique et crise des investissements d'exploration

Pour les compagnies pétrolières transnationales, la perte de tout accès au plus gros des réserves mondiales, et plus généralement la profonde détérioration de leurs rapports avec les États propriétaires de ressources, en particulier dans le monde en développement, fut synonyme de crise profonde. Le système qu'elles avaient progressivement mis en place entre les deux guerres, et dont elles avaient géré l'évolution pendant plusieurs décennies, s'effondrait brutalement. Certes, entre 1960 et 1970, les « majors » avaient vu s'effriter leur quasi-monopole sur le développement des ressources pétrolières mondiales ; mais après 1973, celui-

ci leur échappait presque totalement¹². Plus qu'à un problème strictement économique, les compagnies firent face à l'effondrement de *l'ordre* sur lequel reposait leur capacité à anticiper, à planifier, à maîtriser la croissance de l'offre pétrolière mondiale. Le sentiment de crise n'est alors pas lié à une chute des profits, que la hausse des prix tire au contraire vers le haut ; il tient plutôt à l'impossibilité d'anticiper la future réorganisation du système pétrolier international et la fonction qui sera celle des compagnies transnationales, après la remise en cause de principes d'organisation datant d'un demi siècle.

La « révolution OPEP » s'est également traduite par une hausse très importante du prix du pétrole brut, d'abord multiplié par deux en 1973, puis de nouveau par trois en 1979-1980. Pour les compagnies pétrolières, cette hausse se traduit par une forte augmentation des revenus, donc des budgets d'investissement. Les grandes zones de production historiques leur étant désormais fermées, les investissements des compagnies se reportèrent ailleurs¹³. On investit massivement dans le développement de ressources découvertes dans les années soixante, notamment en Mer du Nord et en Alaska ; on entreprit d'importantes campagnes d'exploration dans des régions qui n'étaient pas, jusqu'ici, jugées prioritaires ; enfin, on se diversifia dans les énergies non pétrolières (essentiellement charbon et nucléaire), voire hors du secteur énergétique.

A partir de 1980, la montée en puissance des nouvelles provinces et des énergies non pétrolières, et surtout la forte baisse de la demande mondiale, se combinent pour enclencher un mouvement de baisse des prix du pétrole brut, que l'OPEP ne parvient pas à juguler malgré la mise en place d'un système formel de quotas de production. Cette baisse des prix est un facteur aggravant de la crise pétrolière telle qu'elle est perçue par les compagnies transnationales : la rentabilité de certains de leurs investissements dans les zones de production à coûts élevés, ou dans les énergies alternatives au pétrole, est menacée. La baisse des prix va se traduire par une contraction très sensible des budgets d'exploration, dont les principales « victimes » sont les pays en développement — du moins ceux d'entre eux qui, au cours des années soixante-dix, étaient restés ouverts aux investissements pétroliers étrangers. Le contexte économique devenant plus difficile, les compagnies délaissent les pays où les conditions fiscales, contractuelles, politiques, sont les moins attractives, et concentrent leurs investissements sur des pays plus sûrs institutionnellement et dont le régime fiscal est plus avantageux¹⁴.

2. La crise des investissements pétroliers comme problème politique international

La croissance très forte et régulière de l'offre pétrolière mondiale après 1945 prenait appui sur une structure institutionnelle qui a été analysée plus haut. La crise pétrolière qui suit les événements de 1973, et qui précipite une crise énergétique plus globale, procède de l'effondrement de cette structure historique. Ce qui fait défaut après la « révolution OPEP » et la diffusion très large des principes nationalistes du « Nouvel ordre économique international », c'est un cadre institutionnel qui permette et régule le rapprochement des compagnies pétrolières transnationales et des États propriétaires de ressources. Hors des pays de l'OCDE, les capitaux pétroliers et l'expertise technologique que possèdent les compagnies n'ont plus la possibilité d'accéder au sous-sol effectivement ou potentiellement pétrolifère. Lorsque cela n'est pas juridiquement impossible — de nombreux pays en développement n'ont pas formellement fermé leurs territoires aux investisseurs étrangers — les compagnies jugent le

plus souvent qu'elles n'y ont pas intérêt économiquement, les espérances de gains ne couvrant pas les coûts et les risques.

Au tournant des années quatre-vingt, l'avenir du pétrole est perçu de manière extrêmement pessimiste par les industriels du secteur. Pour les compagnies pétrolières, écrivent Peter Odell et Kenneth Rosing,

les ressources pertinentes sont celles qu'elles espèrent être en mesure d'exploiter. Si leurs relations avec de très nombreux pays sont soit mauvaises soit inexistantes, et que les compagnies ne peuvent entrevoir les circonstances qui permettraient la mise en œuvre de lourds investissements, alors elles n'ont d'autre choix que de déprécier (*discount*) les ressources concernées. Les compagnies se représentent alors l'avenir énergétique du monde avec une offre pétrolière atteignant rapidement une phase de déclin, devant être suppléée par l'utilisation du charbon, de l'énergie nucléaire, etc.¹⁵.

La crise des investissements pétroliers, plus précisément la crise de la relation entre compagnies pétrolières transnationales et États propriétaires de ressources dans le monde en développement, pose un problème de politique publique internationale. Le rythme de développement des ressources du Moyen-Orient, du Venezuela et d'Afrique du Nord étant soumis à la seule volonté des États membres de l'OPEP, le redéploiement de l'effort d'exploration pétrolière vers le reste du monde revêt une importance considérable pour la communauté internationale : c'est de là que peut venir, à terme, une offre extérieure au cartel de l'OPEP. A cela s'ajoute le problème des pays en développement importateurs de pétrole, pour qui les chocs pétroliers ont des conséquences économiques et financières dramatiques. Beaucoup de ces pays, et notamment certains des plus grands d'entre eux (comme le Brésil ou l'Inde) ont un potentiel pétrolier, dont le développement suppose de lourds investissements que les compagnies, dans le contexte économique et politique de l'époque, ne sont pas prêtes à effectuer. Les États du Tiers-Monde ne peuvent, la plupart du temps, financer eux-mêmes ces investissements, même lorsqu'ils auraient la capacité technique de les réaliser. D'importants efforts vont donc être déployés, dès la fin des années soixante-dix, pour trouver une solution à la crise institutionnelle qui grève l'exploration et le développement des ressources pétrolières mondiales. L'avenir du pétrole, concluent P. Odell et K. Rosing,

pourrait bien dépendre de la découverte d'une voie permettant d'associer les compagnies pétrolières internationales à l'exploration et à la production dans le plus grand nombre possible de pays. Ceci, bien sûr, signifie que leur implication doit être acceptable politiquement pour les pays concernés, et économiquement attractive du point de vue des compagnies¹⁶.

L'enjeu est de permettre aux « facteurs de production » mobiles — capital et savoir-faire technique — et immobiles — terres potentiellement pétrolifères — de se combiner à nouveau, en particulier dans les pays en développement non membres de l'OPEP. Dans le contexte de la fin des années soixante-dix et du début des années quatre-vingt, deux approches radicalement opposées étaient en concurrence quant aux modalités de résolution du problème, et aux initiatives politiques internationales à mettre en œuvre. L'une, portée par les organisations multilatérales (ONU et, dans une certaine mesure, Banque mondiale), consistait à suppléer plus ou moins complètement l'allocation marchande des facteurs mobiles par un dispositif public multilatéral d'assistance technique et financière aux États du Tiers-Monde souhaitant développer leurs ressources énergétiques. L'autre approche, fortement promue par une partie de l'industrie pétrolière et, à partir de 1981, par le gouvernement américain, visait au contraire à réaffirmer le principe du marché comme mode d'allocation des capitaux pétroliers, et à inciter les gouvernements à s'adapter aux conditions de l'offre et de la demande d'accès aux sous-sol. En résumé, il s'agissait de constater l'effondrement du marché de l'accès aux

ressources et de mettre en place des institutions alternatives, ou au contraire de le reconstruire. La seconde option allait s'imposer.

II. — 1985-2000 : REFORME DES CONDITIONS D'INVESTISSEMENT ET EXTENSION DU MARCHE DES DROITS D'EXPLORATION

1. « Marchandisation » des droits pétroliers, adaptation des législations et des contrats

Entre 1985 et 2000, la plupart des pays en développement ont accepté la « marchandisation » de leurs ressources pétrolières : ceux qui avaient octroyé un strict monopole à une compagnie nationale d'État ont rouvert leur sous-sol à l'activité des compagnies transnationales¹⁷ ; la plupart ont amendé leur législation, leur régime fiscal et contractuel, en vue de rendre leur territoire plus attractif pour les investisseurs privés. Cette dynamique d'adaptation a touché d'abord des pays relativement marginaux sur le marché des permis pétroliers ; mais elle s'est progressivement étendue à de nombreux pays au potentiel avéré, y compris certains membres de l'OPEP (les principaux exemples étant l'Algérie, le Nigeria et le Venezuela).

Dans les années quatre-vingt, on voit émerger un large consensus parmi les analystes, dans le sens d'une approche économique du problème : les pays du Tiers-Monde qui possèdent des ressources naturelles sont considérés comme des « offreurs » sur un marché ; le sous-investissement révèle qu'il n'existe pas ou peu de « demande » d'accès au sous-sol dans les pays en développement, *aux conditions en vigueur* ; les États doivent donc s'adapter aux conditions de l'offre et de la demande afin de rendre leur « produit », c'est-à-dire leur sous-sol, attractif¹⁸. Avec la baisse des prix du brut, ces conditions deviennent de plus en plus dures, les compagnies internationales réduisant drastiquement leurs dépenses d'exploration et sélectionnant avec beaucoup plus de rigueur leurs projets d'investissement¹⁹. Avec le rapide déclin, après 1982, des ambitions et des discours relatifs à l'instauration d'un Nouvel ordre économique international²⁰, disparaît la prétention de fixer unilatéralement les termes de l'accès au sous-sol dans le cadre de l'exercice d'une souveraineté « complète » et « permanente » sur les ressources naturelles²¹. Le problème n'est plus de mettre en place des institutions multilatérales permettant aux gouvernements des pays en développement de se passer des compagnies multinationales, mais d'adapter les institutions nationales en vue d'attirer les investisseurs. C'est ce que préconise le nouveau consensus, relayé par la Banque Mondiale²² mais aussi — bien que tardivement, et peut-être plus par nécessité que par choix — par les

agences des Nations Unies en charge de l'assistance dans le domaine des ressources naturelles²³.

La décennie soixante-dix avait vu un durcissement général des régimes fiscaux et réglementaires, dans un contexte de forte hausse des prix ; dans les années quatre-vingt, il s'agissait de revenir sur cette évolution. Dans la plupart des pays, la fiscalité pétrolière fut allégée²⁴ ; la participation directe de l'État dans les projets — via les compagnies nationales publiques — fut réduite ou supprimée ; l'autonomie des investisseurs fut renforcée, et les obligations non économiques qui pèsent sur eux furent réduites ; les législations et les contrats intègrent désormais des dispositions de protection des investisseurs et de recours à l'arbitrage pour le règlement des différends²⁵. Un des principaux vecteurs de l'adaptation des conditions d'investissement consiste à modifier la structure de la fiscalité — et non seulement son niveau —, en sorte d'établir un partage des risques entre l'État propriétaire des ressources et la compagnie pétrolière beaucoup plus favorable à celle-ci. Pour cela, on recommande aux gouvernements d'instaurer une fiscalité *progressive*, c'est-à-dire d'indexer la pression fiscale sur la rentabilité effective des projets²⁶. Si celle-ci s'avère faible — par exemple si le champ est de petite taille, les coûts techniques élevés, le prix du pétrole déprimé, etc. —, le prélèvement fiscal par baril sera très modeste : c'est bien l'État qui assume le risque²⁷. Les économistes insistent largement sur le caractère incitatif des fiscalités progressives, qui « absorbent » une part importante de l'incertitude à laquelle fait face l'investisseur au moment d'engager ses capitaux, sans que le gouvernement ne concède nécessairement un taux nominal très bas (en cas de rentabilité élevée, le prélèvement fiscal peut être très important). Il importe de comprendre qu'à travers ces mécanismes, l'État augmente les incitations à investir sur son territoire au prix d'une répartition globale du risque qui lui est plus défavorable.

2. Contre-choc pétrolier, progrès technologique, dumping fiscal en Mer du Nord et chute du système communiste : quatre facteurs d'accélération des réformes

Il convient de signaler quatre facteurs ayant contribué à amplifier et à précipiter la dynamique d'adaptation des régimes pétroliers, en particulier dans les pays en développement.

1/ Après quatre années de baisse consécutive, le prix du pétrole chute brutalement à la fin de 1985, sous l'effet d'un retournement de la politique saoudienne, rapidement imitée par d'autres producteurs du Golfe. Ce « contre-choc » pétrolier aggrave tous les facteurs qui incitaient les pays en développement à adapter leurs législations et leurs termes contractuels : baisse des budgets d'investissement des compagnies et durcissement des critères de sélection des projets ; difficultés pour les États d'emprunter des capitaux pour financer des projets pétroliers ; chute des revenus pour les pays exportateurs.

2/ D'autre part, l'industrie pétrolière transnationale réalise, à partir de la fin des années quatre-vingt, des progrès technologiques très importants dans les activités d'exploration et production, qui s'accélérent après 1990. A cela s'ajoutent des innovations organisationnelles et financières qui, combinées au facteur technologique, ont considérablement augmenté l'efficacité des compagnies pétrolières transnationales. En quelques années, certaines compagnies nationales publiques voient se creuser un écart considérable entre leurs compétences et celles des sociétés privées actives à l'international. Même lorsque les sociétés d'État sont en mesure de poursuivre seules le développement des ressources nationales, la

valeur de celles-ci serait augmentée si les compagnies les plus efficaces étaient autorisées à participer à leur développement.

3/ L'entrée sur le marché des droits pétroliers des États issus de l'Union Soviétique et du bloc communiste constitue un troisième facteur allant dans le même sens. Ces nouveaux venus, en particulier la Russie et les pays riverains de la mer Caspienne, élargissent encore l'éventail des possibilités d'investissement pour les compagnies pétrolières. Le contexte historique dans lequel ces pays intègrent l'économie mondiale de marché conduit beaucoup d'entre eux à mettre en place des régimes juridiques très libéraux, y compris dans le domaine des ressources naturelles²⁸. Même si l'enthousiasme des débuts conduisait à sous-estimer les difficultés importantes qu'auraient à affronter les investisseurs, certains de ces pays (notamment l'Azerbaïdjan et le Kazakhstan) ont effectivement commencé d'attirer massivement les investissements en exploration et développement.

4/ La Mer du Nord, plus précisément le secteur britannique, attire depuis la fin des années soixante-dix des montants d'investissement considérables en exploration et développement²⁹. Cette province, où la rentabilité des investissements est très élevée, représente une concurrence réelle pour les pays en développement propriétaires de ressources, depuis plus de deux décennies. Or cette rentabilité est *a priori* paradoxale, les coûts de découverte et de développement y étant plus élevés que dans de nombreux pays en développement actifs sur le marché des permis. Elle s'explique largement par la politique fiscale du gouvernement britannique, qui a continuellement assoupli le régime applicable aux investissements pétroliers, à partir de 1983³⁰. Depuis l'amorce du mouvement de baisse des prix en 1981, l'association des compagnies pétrolières actives au Royaume-Uni³¹ déployait d'importants efforts pour convaincre le gouvernement d'ajuster les conditions fiscales afin de maintenir les incitations à investir³². L'offshore britannique est aujourd'hui, et de très loin, la province où le fardeau fiscal supporté par les investisseurs est le plus léger³³. Non seulement le taux nominal d'imposition est très bas, mais la structure de la fiscalité fait reposer sur l'État une part disproportionnée du risque, nettement supérieure à ce qu'exigerait la « neutralité » du régime fiscal³⁴. Combiné aux progrès technologiques évoqués plus haut — dont la Mer du Nord est, depuis une quinzaine d'années, un des principaux « laboratoires » —, cette politique fiscale a certainement contribué à prolonger la croissance de la production très au-delà de ce qu'envisageaient la plupart des experts³⁵. Un autre effet du « *dumping fiscal* » britannique, peut-être non recherché celui-là³⁶, aura été de tirer à la baisse l'ensemble du marché mondial des droits pétroliers, donc d'encourager l'ajustement des régimes d'investissement dans le monde en développement.

3. Le problème de la régulation juridique des transactions

Les évolutions législatives et contractuelles dont il a été question dans les paragraphes qui précèdent ne contribuent que très faiblement à la résolution du problème de la régulation juridique des transactions impliquant un État souverain. Un gouvernement qui fait inscrire dans la loi (ou dans la constitution) que l'État doit respecter ses engagements contractuels n'abroge pas pour autant la possibilité de modifier ultérieurement cette même loi ; un contrat qui stipule que les différends entre État et compagnie étrangère seront tranchés par recours à l'arbitrage n'interdit pas au gouvernement de limiter par ailleurs — par exemple par voie législative — la portée d'un tel engagement contractuel. Le problème de fond (qui sera abordé en détail à partir

de la section suivante) est que l'investisseur international contracte avec un agent très particulier, puisqu'il est aussi celui qui, plus ou moins directement, élabore les règles juridiques qui régulent le contrat.

La grande majorité des États du Tiers-Monde ont, entre 1985 et 2000, retrouvé un intérêt à contracter, et beaucoup ont consenti les adaptations nécessaires pour que cet intérêt ait quelque chance de rencontrer celui des compagnies. Cela est certes nécessaire, *mais non suffisant*, pour reconstruire un marché transnational des droits d'exploration et production, en tout cas pour le pérenniser. Encore faut-il un environnement juridique tel que les États soient effectivement obligés par les contrats qu'ils signent, et par les engagements législatifs qu'ils prennent à l'égard des investisseurs étrangers³⁷. Avant d'étudier en détail, dans les sections suivantes, l'évolution du régime juridique international des investissements pétrolier dans son rapport au marché des permis, on s'intéresse ci-après à la géographie des investissements d'exploration des compagnies pétrolières, entre 1977 et 1998.

III. — LES INVESTISSEMENTS D'EXPLORATION DES COMPAGNIES PETROLIERES TRANSNATIONALES : DE LA CONCENTRATION SUR L'OCDE AU REDEPLOIEMENT VERS LES PAYS EN DEVELOPPEMENT (1977-1998) — LE CAS DES COMPAGNIES AMERICAINES

On s'intéresse ici à l'évolution de la répartition géographique des investissements d'exploration des compagnies pétrolières transnationales entre 1977 et 1998, à partir de l'exemple des compagnies américaines. Il eût été préférable de conduire l'analyse sur des données couvrant l'ensemble des compagnies actives sur le marché international; mais alors que ces données sont extrêmement difficiles à réunir, il existe une source d'information d'accès aisé sur l'activité des compagnies américaines.

Les analyses qui suivent sont basées sur les données du *Financial Reporting System* (FRS), publiées à partir d'une enquête annuelle par le Département de l'énergie américain (DOE)³⁸. Les compagnies appartenant au panel FRS sont tenues, en vertu d'une législation datant de 1974, de remplir les formulaires fournis par le DOE. Le FRS concerne un panel de sociétés à géométrie variable, car défini sur des critères financiers: chaque année, certaines peuvent être ajoutées et d'autres retirées. A la fin des années quatre-vingt-dix, cet échantillon comprenait les trente plus importantes compagnies énergétiques américaines. On dispose notamment, grâce à ces enquêtes, de données continues sur les investissements de ces sociétés. Dans le domaine qui nous intéresse — les activités d'exploration et production d'hydrocarbures — la quasi-totalité des compagnies américaines actives à l'étranger sont incluses dans le panel.

La part des investissements des compagnies FRS dans le total des investissements d'exploration des compagnies pétrolières transnationales est largement suffisante pour être significative. Le problème méthodologique qui se pose est de savoir dans quelle mesure le comportement des compagnies américaines quant à la *localisation* des dépenses d'exploration est spécifique par rapport aux compagnies britanniques, françaises, canadiennes, italiennes, etc. Faut de pouvoir présenter une réponse rigoureuse, on avancera les hypothèses suivantes :

1. Les compagnies américaines les plus modestes parmi celles qui opèrent à l'étranger ont généralement une stratégie amont focalisée sur quelques provinces ou pays, pour lesquels elles possèdent un avantage comparatif. Or la plupart des multinationales pétrolières de taille modeste sont américaines ;
2. Les grandes multinationales cherchent au contraire à obtenir un portefeuille de permis aussi diversifié que possible géographiquement, et veulent être présentes non seulement dans les provinces les plus rentables et/ou les plus faciles d'accès, mais aussi dans les zones les plus prometteuses, qui sont aussi les plus risquées ;

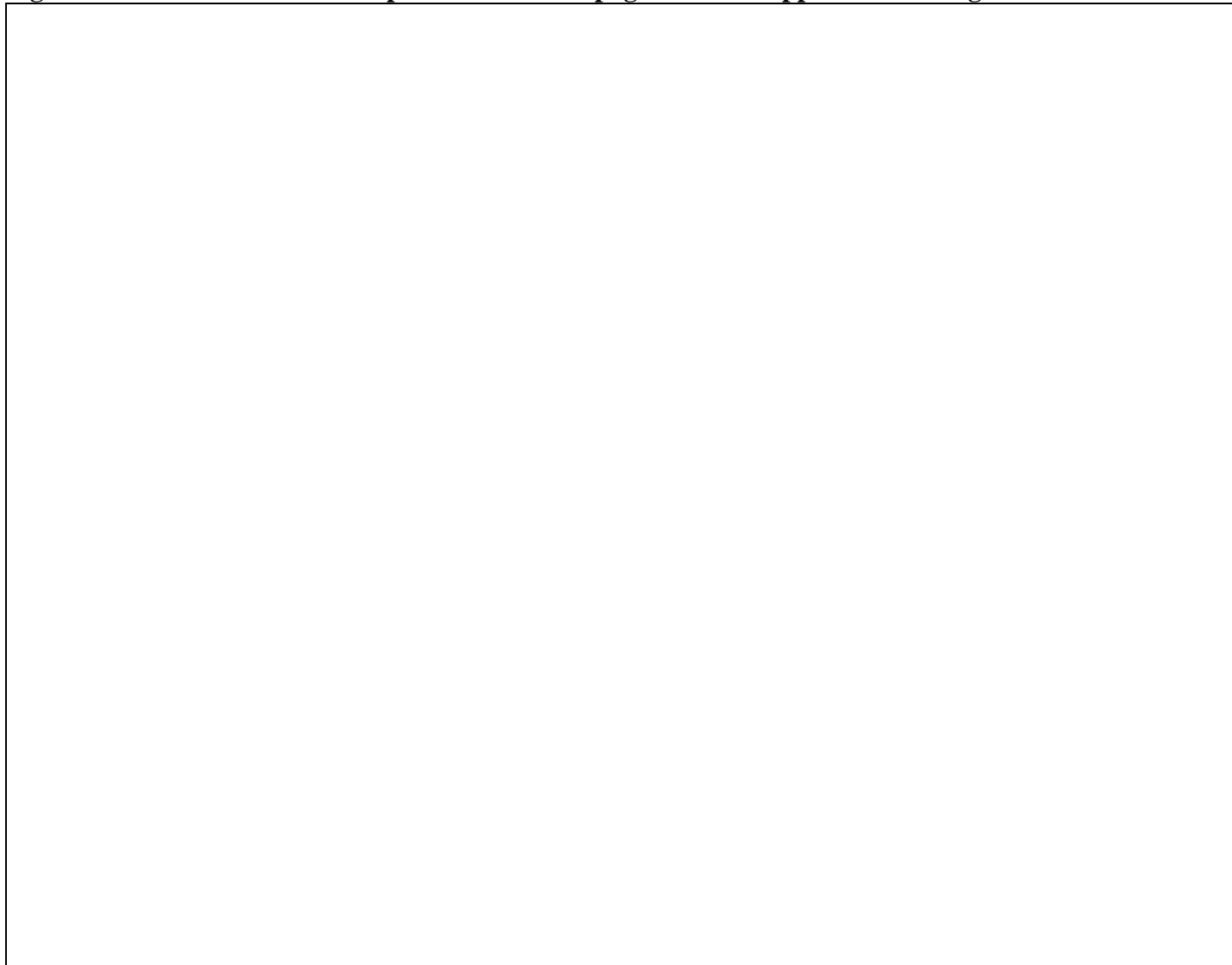
3. Enfin, pour les unes comme pour les autres, la part des investissements effectués aux États-Unis est certainement supérieure à ce qu'elle est pour les compagnies transnationales non américaines — même si l'évolution de cette part est sans doute assez proche pour les deux groupes.

Au total, l'image qui ressort des statistiques présentées ci-dessous ne peut être tenue pour une approximation fine de la réalité globale ; les données FRS constituent toutefois un indicateur fiable des grandes tendances quant à la géographie des investissements d'exploration des compagnies pétrolières du secteur concurrentiel.

1. Un effort d'exploration relativement concentré sur les pays de l'OCDE

Sur l'ensemble de la période (1977-1998), les dépenses d'exploration des compagnies américaines sont relativement concentrées sur les pays de l'OCDE. Les provinces hors-OCDE recueillent en fin de période environ un tiers des investissements (32% en 1992, 35% en 1998 — voir Figure 4, p. 24) ; cette part n'est supérieure à 25% que sur les huit dernières années couvertes, c'est-à-dire à partir de 1991, et atteint un minimum de 15% en 1985.

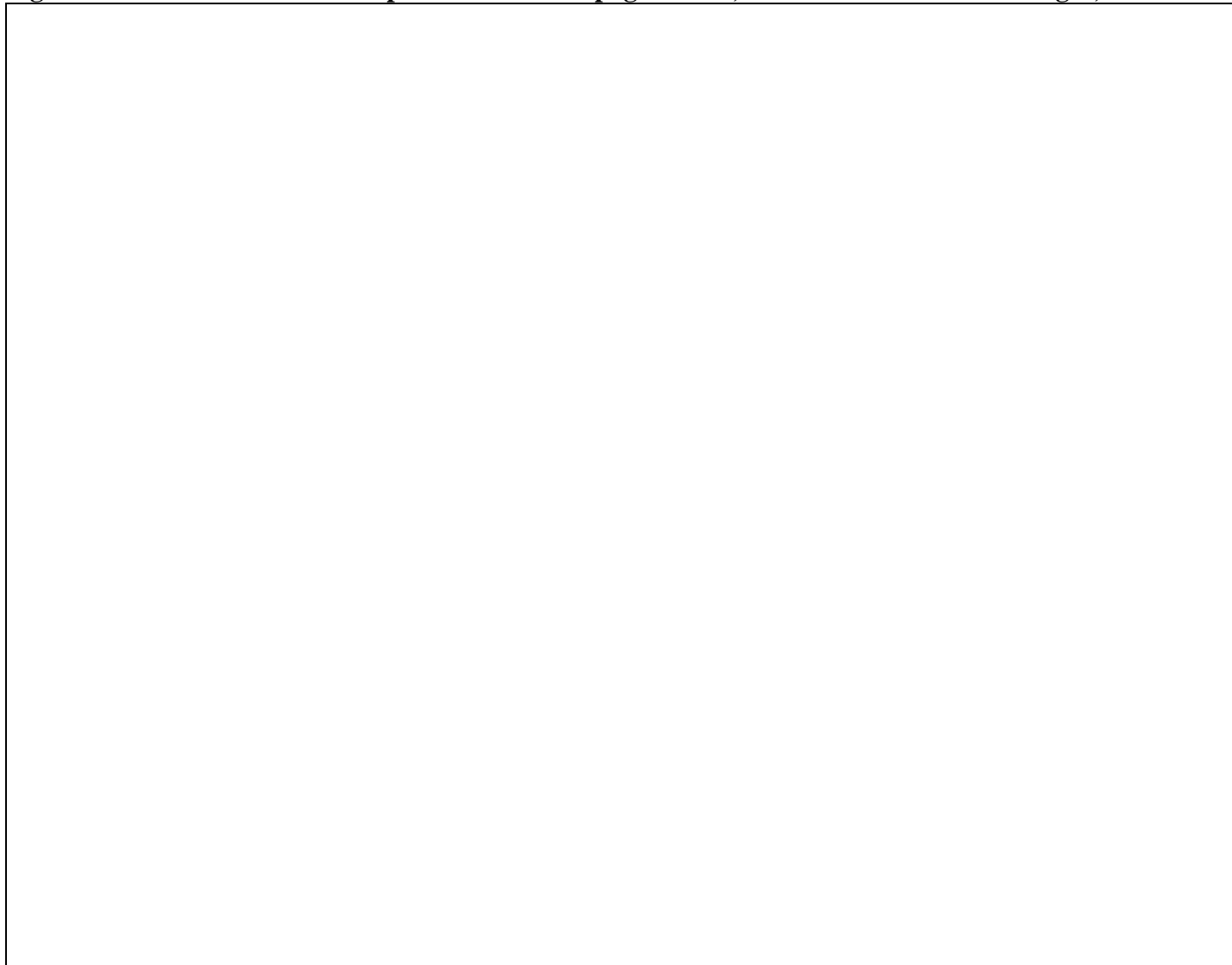
Figure 1 — Investissements d'exploration des compagnies FRS et appareils de forage actifs dans le monde



Sources : Compagnies FRS : Département de l'énergie américain (US DOE), base de données *Financial Reporting System* <www.eia.doe.gov>
forage : Baker Hugues Incorporated, *World Wide Rig Count 2001* <www.bakerhugues.com>.

Note : Les données Baker Hugues intègrent les appareils de forage opérés par les sociétés nationales d'État. Il s'agit donc d'un indicateur de développement, et non de l'effort accompli par les seules compagnies du secteur concurrentiel.

Figure 2 — Investissements d'exploration des compagnies FRS, aux États-Unis et à l'étranger, 1977-1998



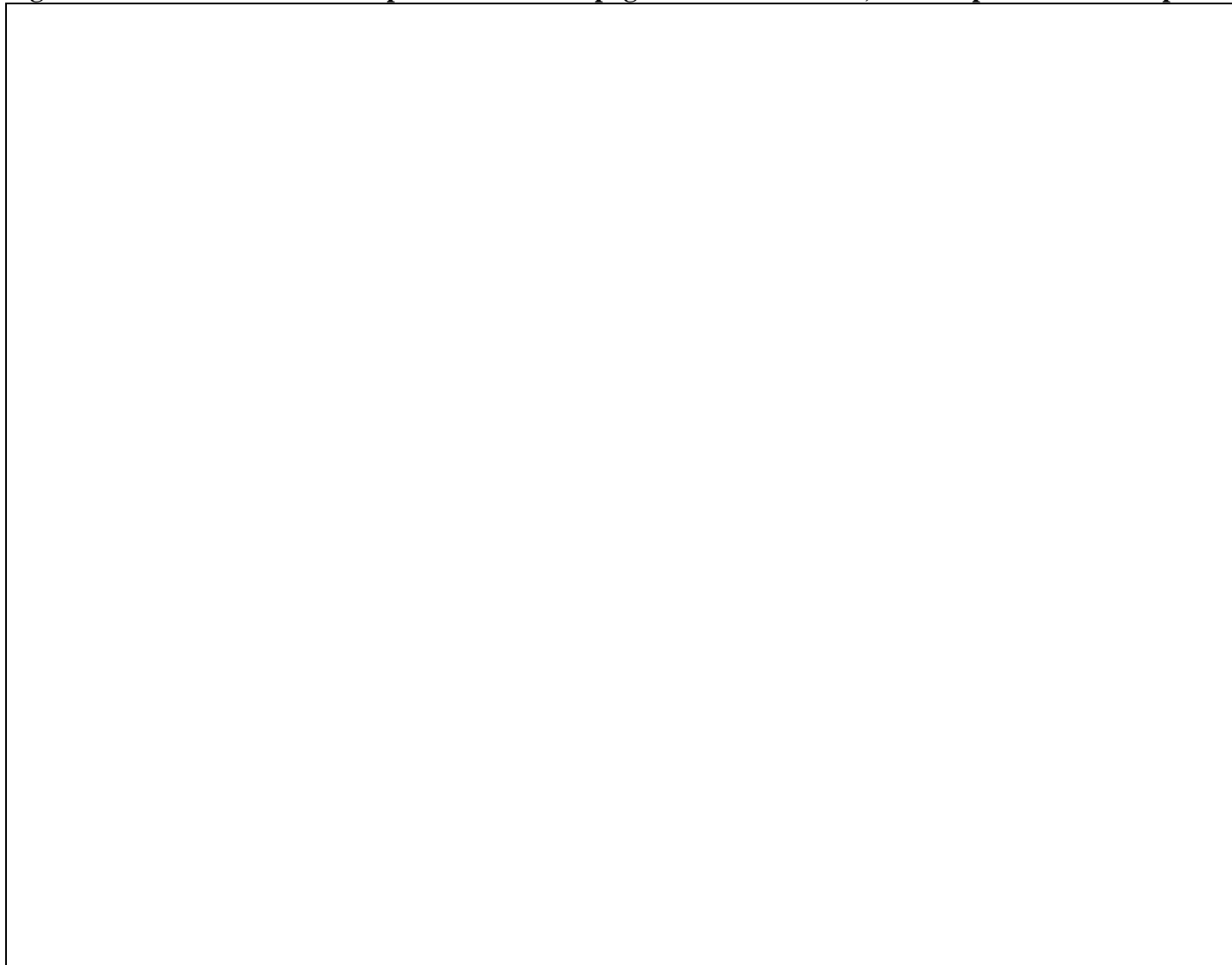
Source : Département de l'énergie américain, base de données *Financial Reporting System*.

Figure 3 — Investissements d’exploration des compagnies FRS : taux de croissance annuels moyens, 3 pér



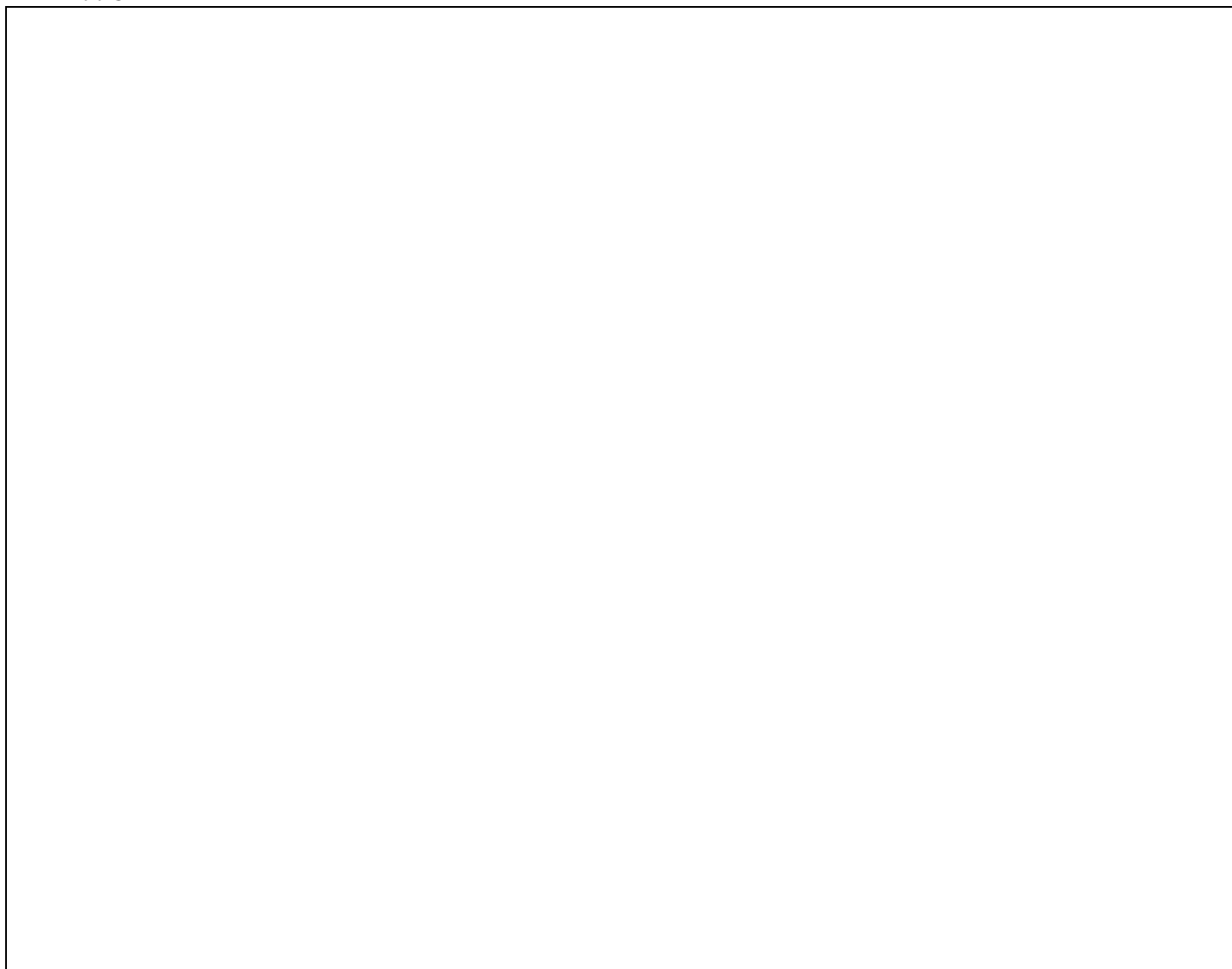
Source : Département de l’énergie américain, base de données *Financial Reporting System*.

Figure 4 — Investissements d’exploration des compagnies FRS hors-OCDE, en Europe occidentale : part d



Source : Département de l’énergie américain, base de données *Financial Reporting System*.

Figure 5 — Investissements d’exploration des compagnies FRS au Canada et en Europe occidentale : part 1998



Source : Département de l’énergie américain, base de données *Financial Reporting System*.

Figure 6 — Investissements d'exploration des compagnies FRS à l'étranger : diverses régions, 1977-1998



Source : Département de l'énergie américain, base de données *Financial Reporting System*.

Cette concentration sur l'OCDE recouvre deux phénomènes distincts : l'importance des investissements « domestiques » — c'est-à-dire effectués aux États-Unis — d'une part, la prépondérance du Canada et de l'Europe occidentale dans les investissements extérieurs, d'autre part.

1. La part des investissements « domestiques » fluctue entre 54% (1977), 69% (1984) et 38% (1992) ; elle était de 49% en 1998. Les investissements d'exploration à l'étranger ne dépassent 50% du total que sur les 9 dernières années considérées, et leur part décline depuis 1992 (voir Figure 2, p. 22).
2. Le Canada et l'Europe occidentale³⁹ ont représenté, en début de période, jusqu'à 60% des investissements d'exploration des compagnies FRS à l'étranger (voir Figure 5, p. 25). Jusque 1991, le déclin régulier du Canada était compensé par la forte croissance de la part de l'Europe, pour maintenir l'ensemble autour de 50% des investissements extérieurs. Tel n'est plus le cas après 1992, mais la part des deux régions, en baisse depuis cette date, s'établit encore à 31% en 1998.

Le taux de concentration des investissements sur les provinces situées dans des pays de l'OCDE⁴⁰, relativement élevé tout au long de la période, décline toutefois régulièrement depuis 1986 (Figure 4) ; nous y reviendrons.

2. 1977-1986 : les compagnies face à la crise institutionnelle

Nous avons défini plus haut la crise de l'ordre pétrolier international ouverte par les événements de 1970-1973. Elle se caractérise en particulier par la perte d'accès des compagnies transnationales à l'essentiel des provinces pétrolières historiques hors des États-Unis. Pour analyser le comportement des compagnies face à la crise en matière d'exploration, on divisera en deux sous-parties la période qui va de 1977 à 1986.

1977-1981 : prix en hausse ; investissements tous azimuts

Dans un contexte de prix du brut en forte hausse, les compagnies pétrolières investissent partout où cela est possible : l'activité d'exploration progresse très fortement, et notamment de la part des compagnies FRS (Figure 1, p. 21). Celles-ci privilégient tout particulièrement l'Amérique du Nord (Figure 2) ; entre 1977 et 1980, leurs dépenses d'exploration aux États-Unis augmentent à un rythme annuel moyen supérieur à 55%.

Les investissements d'exploration à l'étranger progressent également, bien que de manière moins spectaculaire. Toutes les régions sont concernées : les provinces émergentes situées dans l'OCDE (Mer du Nord), mais aussi les pays en développement d'Asie, d'Afrique et d'Amérique latine (Figure 6, p. 26).

1981-1986 : chute des prix et des dépenses d'exploration ; les pays en développement sont durement touchés

La baisse régulière, puis la chute des prix du pétrole brut, se traduit par une très forte contraction des dépenses d'exploration des compagnies FRS, de l'ordre de 10 milliards de dollars entre 1981 et 1986, soit une baisse de 10% par an sur la période (Figure 1 à Figure 3). La chute est moins sévère pour les investissements à l'étranger que pour les investissements « domestiques » ; pour ceux-ci, il s'agit d'un brutal ajustement après l'explosion de la fin des années soixante-dix⁴¹.

Néanmoins les dépenses d'exploration des compagnies FRS baissent fortement hors des États-Unis. En particulier, les pays en développement sont sévèrement touchés : en Afrique, en Asie et en Amérique du sud, les investissements chutent (Figure 6). Dans un contexte de baisse des prix importante et continue, investir dans ces pays n'est pas rentable pour les compagnies transnationales privées, à la fois pour des raisons strictement économiques⁴², et parce que les risques « non commerciaux » — c'est-à-dire politiques — y sont trop élevés. Entre 1981 et 1987, la crise des investissements pétroliers dans les pays du Tiers-Monde se développe dans toute son ampleur.

Seule la Mer du Nord résiste bien. Les investissements des compagnies FRS y sont certes orientés à la baisse entre 1981 et 1987, mais on n'observe pas de chute comparable à ce que connaissent les autres régions (Figure 6). Ceci est d'autant plus remarquable qu'il s'agit d'une province où les coûts de découverte et de développement sont élevés ; la baisse des prix aurait dû s'y traduire par une forte baisse des dépenses d'exploration, ce qui ne fut pas le cas. En 1986, la Mer du Nord représentait à elle seule 15% des investissements d'exploration des compagnies FRS, soit 4 points de moins que l'Asie, l'Afrique, l'Amérique latine et le Moyen-Orient réunis (Figure 4). Ceci s'explique certainement, au moins en partie, par l'assouplissement significatif de la fiscalité décidé par le gouvernement britannique en 1983.

A court terme, le brusque effondrement des prix de 1985-1986 ne fit qu'aggraver les tendances de cette période de crise : c'est en 1987 que les investissements des compagnies FRS en Afrique, en Asie et en Amérique du sud sont les plus faibles. Toutefois, et plus profondément, le « contre-choc » contribua puissamment à l'accouchement d'une nouvelle ère, en précipitant le mouvement de libéralisation des régimes d'investissements dans les pays en développement.

3. Le redéploiement de l'effort d'exploration vers les pays en développement

1987-1992

La période 1987-1992 est marquée par la forte progression de la part des investissements à l'étranger dans les dépenses d'exploration des compagnies FRS (Figure 2). Elle est due à la fois à la poursuite de la baisse des investissements « domestiques » (-7,4% par an en moyenne) et à la croissance des investissements extérieurs (+8,5% par an) (Figure 3). Celle-ci recouvre à son tour deux phénomènes : la performance exceptionnelle de l'Europe occidentale (Mer du Nord), et le retournement de tendance dans les pays en développement d'Asie, d'Afrique et d'Amérique latine, où les dépenses sont en hausse.

3. La performance de la Mer du Nord sur cette période est exceptionnelle. Les investissements d'exploration en Europe occidentale connaissent une forte progression pour atteindre 2 Md\$ en 1991 (Figure 6) ; *en 1992, cette région concentre près du quart des investissements d'exploration des compagnies FRS* (Figure 4, et 40% de leurs investissements à l'étranger, ce qui est considérable.
4. Tout aussi marquant est le retournement de tendance concernant les investissements d'exploration dans les pays en développement d'Asie, d'Afrique et dans une moindre mesure d'Amérique latine. Après cinq années de forte baisse, ils sont orientés à la hausse, au moins jusque 1991 (Figure 6). C'est également en 1992 que les investissements au Moyen-Orient atteignent leur maximum avec 250 M\$. Cette tendance au « retour » des

compagnies transnationales américaines dans les pays en développement devait se confirmer — et s’amplifier — après la courte récession de 1992-1993.

1993-1998

Il semble qu’après 1993 on entre dans une période remarquable à plusieurs titres. Tout d’abord les investissements d’exploration des compagnies FRS sont nettement orientés à la hausse, après six années de forte baisse puis six années instables et, globalement, de stagnation. Le taux de croissance annuel moyen pour cette période est de 14% (Figure 3). Ensuite, les investissements augmentent aux États-Unis de manière continue⁴³, à un rythme annuel moyen de 20%, après avoir été divisés par cinq entre 1982 et 1992. Enfin, l’effort d’exploration des compagnies américaines à l’étranger continue de progresser, avec une croissance annuelle de près de 10% par an. Il représente une somme de 5 Md\$ en 1998, soit un montant supérieur au pic de 1991 (explicable en grande partie par l’explosion des investissements en Mer du Nord), et quasi équivalent aux records un peu artificiels — au vu des prix du brut — de 1980-1982 (Figure 2). Le dynamisme retrouvé des investissements domestiques fait baisser le taux d’extraversion des investissements d’exploration des compagnies FRS, qui revient à 50% en fin de période (Figure 2).

Parmi les provinces récipiendaires des investissements extérieurs, la Mer du Nord s’inscrit après 1994 dans le mouvement de hausse générale et reste, jusque 1997, la première « destination » des capitaux pétroliers américains. Au total, la performance de la Mer du Nord sur l’ensemble de la période postérieure au contre-choc pétrolier (1987-1998) est exceptionnelle. On ne saurait trop y insister : un élément central d’explication est à chercher du côté de la politique fiscale très libérale appliquée de manière continue par le gouvernement britannique — et dont nous avons évoqué plus haut les grandes lignes.

C’est la forte augmentation des investissements dans les pays en développement qui contribue le plus à donner l’impression d’une nouvelle ère (Figure 6). Amorcée en 1987, la croissance de l’Asie et de l’Afrique est largement confirmée après 1993. Cette date marque également le début du « décollage » de l’Amérique latine, alors que les nouvelles provinces issues du bloc soviétique montent en puissance. En conséquence, la part des pays de l’OCDE (essentiellement Canada et Europe occidentale) dans les investissements étrangers décline à partir de 1992, alors qu’elle augmentait depuis 1981 (Figure 5). La part des investissements hors OCDE dans les investissements totaux continue sa progression — en dépit du rebond des investissements « domestiques » — reflet de la réelle insertion des pays en développement dans le « terrain de jeu » des compagnies américaines (Figure 4).

Ainsi, les six dernières années couvertes par cette étude semblent marquer l’entrée dans une ère nouvelle, caractérisée par une forte augmentation des dépenses d’exploration, et par leur relatif redéploiement vers les pays en développement⁴⁴.

Conclusion

La part des investissements d’exploration des compagnies FRS effectués hors de l’OCDE atteint 35% en 1998 — son maximum sur l’ensemble de la période considérée. Ce chiffre n’est certes pas négligeable, et la tendance est à la hausse depuis plus de 15 ans. Cependant, et si les données FRS sont un indicateur à peu près fiable, on doit souligner que le redéploiement des investissements du secteur concurrentiel vers les pays en développement ne fait que

commencer. En 1998, les compagnies américaines ont investi autant en Mer du Nord que dans toute l'Asie ; si l'on additionne l'Afrique et l'Amérique latine, on obtient à peine plus de la moitié des dépenses d'exploration effectuées dans le seul offshore américain (1,7 Md\$ contre 3,1) ; enfin les dépenses d'exploration cumulées effectuées par les compagnies FRS au Moyen-Orient entre 1993 et 1998 sont inférieures à celles effectuées en Europe occidentale pour la seule année 1998 (1,1 Md\$ contre 1,3).

La Figure 7 (p.31) et le **Erreur! Source du renvoi introuvable.** (p. **Erreur! Signet non défini.**) montrent bien cette double réalité : d'une part l'amorce d'un redéploiement de l'effort d'exploration vers les zones extérieures à l'OCDE, qui sont aussi les mieux dotées géologiquement ; d'autre part la persistance d'un biais très important en faveur de l'Amérique du nord et de l'Europe occidentale, en dépit de leurs médiocres dotations géologiques. Le caractère symétrique de la figure montre bien le paradoxe du système pétrolier international depuis l'effondrement de l'ordre historique : les régions les plus prolifiques géologiquement reçoivent une très faible proportion des investissements privés transnationaux — et inversement.

On est peut-être en train de sortir de la crise ouverte avec l'effondrement de l'ordre pétrolier historique ; du point de vue de l'efficacité économique, il reste toutefois une marge de progression considérable. La productivité marginale des capitaux pétroliers privés, en termes de réserves découvertes et/ou développées par unité d'investissement, sera d'autant plus forte que les investisseurs auront la possibilité de — et trouveront intérêt à — privilégier les zones les plus richement dotées géologiquement.

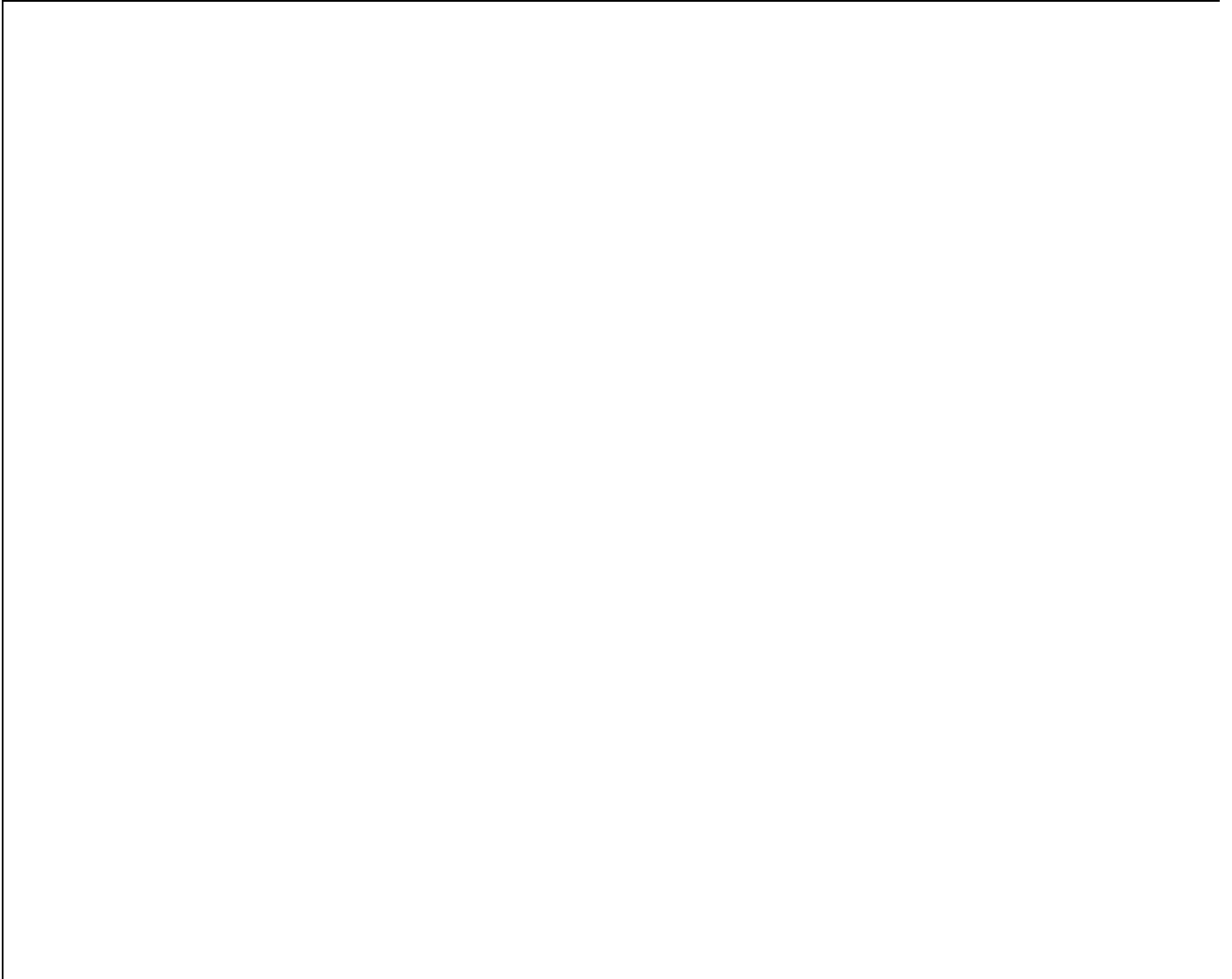
Tableau 1 — Investissements d'exploration cumulés (panel FRS) et répartition des réserves prouvées : 1977-1998

<i>Régions</i>	Part des investissements d'exploration cumulés	Part des réserves prouvées fin 1999	
		Pétrole	Gaz naturel
Amérique du nord ^(*)	64%	3,5%	4,4%
Europe occidentale	14%	2%	3,5%
Asie-Pacifique	9%	4,3%	7%
Afrique	8%	7,2%	7,7%
Amérique latine	5%	9%	4,3%
Moyen-Orient	2%	65%	34%

(*) Etats-Unis et Canada.

Sources : Investissements cumulés : *idem* **Erreur! Source du renvoi introuvable.** ; Réserves prouvées : BP, *Statistical Review of World Energy 2000.*

Figure 7 — Investissements d'exploration cumulés (compagnies FRS) et part des réserves mondiales pr



Sources : Investissements cumulés : US DOE, base de données FRS ; Réserves prouvées : BP, *Statistical Review of World Energy*.
Note : Les premiers investissements des compagnies FRS en ex-URSS et Europe de l'est datent de 1993.

DEUXIEME SECTION. LE CONTRAT A L'EPREUVE DE LA SOVERAINETE

La remise en cause des fondements juridiques du marché des droits pétroliers

Dans cette section, on va d'abord tenter de définir quelles sont les conditions institutionnelles de fonctionnement d'un marché transnational des droits d'exploration et production (Section 1). Puis on montrera en quoi les évolutions juridico-politiques survenues à partir de la fin des années soixante les ont mises à mal (Section 2).

I. — SOCIOLOGIE JURIDIQUE DU MARCHE DE L'ACCES AUX RESSOURCES PETROLIERES

1. Le marché suppose un ordre juridique constitutionnel

De manière générale, la possibilité d'échanges marchands suppose l'existence de droits de propriété *exclusifs et aliénables* sur les biens et services⁴⁵. Les ressources d'hydrocarbures présentes dans le sous-sol de la plupart des terres émergées, ainsi que des plateaux continentaux, connaissent un tel régime de propriété⁴⁶.

La question de la propriété des ressources d'hydrocarbures s'est posée à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, lorsque les activités de prospection et de production des huiles, puis du gaz, ont atteint un stade industriel. Elle s'est alors greffée sur celle, plus ancienne, de la propriété des ressources minières. Deux orientations fondamentalement différentes se sont dessinées, donnant naissance à deux régimes de propriété: l'un concernant les États-Unis d'Amérique, l'autre s'étendant au reste du monde dans son intégralité.

- Aux États-Unis, les droits sur les hydrocarbures contenus dans le sous-sol reviennent au détenteur des droits sur la surface. On est donc dans un régime de propriété privée

sur les ressources en terre⁴⁷. Toutefois, l'État fédéral possède des droits sur les ressources renfermées par le sous-sol des « terres fédérales », ainsi que par celles contenues dans les fonds sous-marins du plateau continental « extérieur » (*outer continental shelf*). Les États fédérés possèdent également des terres, ainsi que les droits sur les ressources offshore du plateau continental proche.

- Dans tous les autres pays, les droits sur les ressources en terre reviennent à l'État.

Dans le premier cas (les États-Unis), l'accès au sous-sol en vue de la prospection et/ou de la production d'hydrocarbures est conditionné à la signature d'un contrat privé avec le détenteur des droits sur la surface concernée. Dans l'autre cas, les droits d'accès et de disposition sont concédés par l'État, par exemple au travers d'une *licence*.

Les deux régimes de propriété déterminent directement deux modalités de « mise à disposition » des ressources pétrolières, donc de formation de l'offre de pétrole brut. Aux États-Unis, il existe un marché concurrentiel de l'accès au sous-sol ; le « volume » des droits transférés (sur le marché primaire comme sur le marché secondaire des *leases*⁴⁸), l'étendue des surfaces concernées, ainsi que les conditions économiques des transactions, sont déterminés par l'interaction d'une multitude de décisions économiques privées. Dans les autres pays, la puissance publique détient un monopole territorial absolu sur l'offre d'accès au sous-sol ; elle contrôle donc administrativement les conditions de mise à disposition des ressources nationales auprès de l'industrie pétrolière.

Cependant, ces monopoles étatiques sont en concurrence sur le marché mondial de l'accès au sous-sol. De fait, lorsqu'on passe au plan international, le découpage de la surface planétaire en juridictions territoriales exclusives transforme radicalement le tableau esquissé jusqu'ici : du point de vue de la sociologie juridique (par opposition au point de vue juridique), il n'existe que des propriétaires *privés* de droits sur les ressources en terre, que ces droits s'étendent à une dizaine d'hectares en Oklahoma ou aux 1 750 000 km² du royaume d'Arabie Saoudite. Plus précisément, si l'on admet que les droits de propriété répartissent les coûts et les gains dans l'ordre économique, et donc déterminent « qui doit payer qui pour obtenir tel comportement individuel »⁴⁹, il n'y a pas de différence de nature entre un fermier texan et le ministre nigérian du pétrole : le problème, pour qui entend se voir transférer les droits qu'ils contrôlent, consiste à s'acquitter du « prix » exigé.

Le volume des droits pétroliers mis sur le marché mondial chaque année est donc déterminé par les décisions de tous les détenteurs de droits, États disposant d'un monopole national et, aux États-Unis, personnes privées disposant d'un « monopole » sur la surface couverte par leur titre de propriété. Le volume des droits effectivement transférés contractuellement dépend, quant à lui, de l'interaction marchande entre ces « offreurs » d'accès au sous-sol et les industriels pétroliers à la recherche de droits d'exploration et de production.

La « fonction économique » du droit de propriété est de résoudre un problème d'action collective⁵⁰ : il n'est pas rationnel de travailler, d'investir ou de réfléchir en vue d'inventer — bref : d'entreprendre — si une forte incertitude pèse sur la possibilité de disposer effectivement des éventuels fruits de ses efforts. En consacrant le droit de propriété exclusif et aliénable, la société permet que s'exercent sur les individus les incitations qui vont générer des comportements favorables à l'enrichissement collectif. Mais il ne suffit pas de *proclamer* les droits, encore faut-il les *garantir*, et *trancher les différends* qui ne manqueront pas d'émerger quant à leur définition et leur étendue, notamment dans le cadre de l'exécution des contrats⁵¹ : la propriété est un droit de disposition consacré socialement et adossé à un pouvoir de

contrainte⁵². L'épanouissement de l'ordre marchand, qui repose sur l'effectivité du droit de propriété, suppose un ordre juridico-politique.

Mais il ne faudrait pas que la levée de l'incertitude associée à la sortie de « l'état de nature » se paye de l'apparition d'une crainte plus forte encore à l'endroit de l'autorité contraignante qui a permis cette première avancée. Être protégé contre l'invasion de sa propriété par son semblable ne suffit pas à l'individu pour s'engager sereinement dans la création de richesses ; encore doit-il être assuré que l'autorité politique elle-même n'y portera pas atteinte⁵³. Du moins l'exercice du droit d'expropriation, s'il n'est pas totalement prohibé⁵⁴, doit-il être strictement codifié et soumis à l'appréciation du juge, dont les décisions s'imposent au pouvoir politique⁵⁵. Autrement dit, la puissance publique ne saurait être extérieure à l'ordre juridique mais doit au contraire lui être soumise. L'étendue et les conditions d'exercice du pouvoir de contrainte doivent être clairement définies par le droit, qui protège le domaine des droits individuels, y compris les « droits économiques », le cas échéant *contre* les velléités de l'autorité politique. L'ordre juridique dont a besoin le marché est un *ordre constitutionnel*, au sens du constitutionalisme libéral.

2. Le rôle de l'environnement institutionnel dans la stabilisation des contrats pétroliers

Le problème de la stabilisation des contrats peut être vu comme une déclinaison, dans le cadre d'une relation bilatérale, du problème de la sécurisation des droits de propriété. Il naît du fait que la plupart des transactions marchandes ne s'épuisent pas dans l'accord ponctuel et « sans lendemain » des parties sur une quantité et un prix ; la vie économique est très largement tissée de relations plus ou moins durables entre les agents, réglées par des contrats de plus ou moins long terme, et plus ou moins « complets »⁵⁶.

Ex ante, les deux parties à un contrat libre ont intérêt à s'engager l'une envers l'autre, sans quoi elles ne le signeraient pas. Mais au fur et à mesure de son exécution, les parties au contrat ont rarement les mêmes incitations à le respecter, car les coûts qu'elles auraient à supporter en cas de rupture sont généralement très inégaux. Le cas des contrats pétroliers d'exploration et production est particulièrement parlant. Certes, le propriétaire de la terre et l'industriel pétrolier ont tous deux intérêt à s'entendre pour que les investissements d'exploration aient effectivement lieu, condition d'éventuels revenus à se partager. Mais en cas de succès des travaux d'exploration, la structure du contrat devient très instable⁵⁷. En effet, les conditions économiques du transfert des droits sur lesquelles s'étaient accordées les parties paraît *nécessairement* injuste au propriétaire de la terre qui, rétrospectivement, « oublie » le risque assumé par l'industriel. De fait, un industriel prescient eût accepté des conditions plus dures : une fois la présence de pétrole exploitable avérée, l'affaire resterait profitable avec un partage des revenus nettement plus favorable au propriétaire. Les conditions qu'il a acceptées *ex ante* tenaient compte de la probabilité — généralement très forte — d'échec total ou de découverte non rentable.

Lorsque l'industriel est chanceux et efficace dans ses opérations d'exploration, le propriétaire des ressources ressent très vite une forte incitation à « renégocier » le contrat. Cette renégociation est nécessairement déséquilibrée. Les sommes très importantes « enfouies » dans le sous-sol par l'industriel — les économistes parlent de « *sunk investment* » — rendent sa position extrêmement défavorable : s'il veut avoir une chance de récupérer sa mise, il est contraint d'accepter à peu près toute « proposition » du propriétaire, si c'est la

condition du maintien de ses droits d'exploitation. Ce problème est évidemment anticipé par les compagnies pétrolières, qui tentent d'intégrer le risque contractuel (ou « risque politique ») dans l'évaluation des projets d'investissements. Plus la perception de ce risque est élevée (moins l'industriel a confiance dans le propriétaire), moins le projet a de chances d'être réalisé. L'efficacité économique du marché est grevée par l'existence du risque contractuel, qui peut détourner les capitaux de leur utilisation la plus productive socialement⁵⁸. Le bon fonctionnement d'un marché de l'accès aux ressources pétrolières suppose donc que les propriétaires puissent s'engager de manière *crédible* dans les contrats.

L'environnement institutionnel dans lequel est conclu le contrat détermine fortement cette crédibilité. Dans l'exemple exposé ci-devant, le point décisif est de savoir si le propriétaire des ressources peut impunément brandir la menace d'une rupture du contrat dans le cadre d'une renégociation, ou si l'industriel peut invoquer, le cas échéant devant un juge, le respect de l'engagement initial. Les parties s'engagent d'autant plus sûrement qu'elles peuvent compter, en cas de différend au cours de l'exécution du contrat, sur un appareil judiciaire fiable et indépendant, qui tranche sur la base de dispositions juridiques consacrant le droit de propriété et les engagements contractuels. La soumission des co-contractants à un ordre juridico-politique dominé par une constitution libérale est donc un puissant facteur de crédibilité contractuelle⁵⁹.

Or, de ce point de vue, le marché mondial des droits pétroliers est loin d'être homogène. Il faut en particulier distinguer le marché américain, où les contrats pétroliers concernent deux personnes privées, et le reste du monde où les droits s'acquièrent par des contrats entre un État (ou son représentant) et une personne privée, le plus souvent une compagnie étrangère. Dans le premier cas, la négociation, la signature et l'exécution du contrat se déroulent « à l'ombre » d'une constitution, dont le respect de la propriété et des contrats est un des principes centraux. Le contrat est enté dans un ordre juridique au sein duquel les co-contractants sont des égaux. Notons que ceci reste vrai des contrats auxquels l'État fédéral, ou un État fédéré, est partie (*leases* sur terres publiques, ou offshore). Conformément à l'idéal du *rule of law*, l'État jouit aux États-Unis d'un statut similaire à celui de tout autre titulaire de droits de propriété : les contrats qu'il souscrit avec des personnes privées relèvent du droit commun⁶⁰. Dans un tel environnement institutionnel, ce qui rend crédible le propriétaire des ressources en terre au moment où il s'engage, c'est la sanctification constitutionnelle du contrat librement négocié, attestée par une jurisprudence ancienne. Ces conditions sont très favorables au fonctionnement d'un marché des droits d'exploration et production pétrolières, car elles limitent le risque contractuel.

Les conditions de la crédibilité contractuelle sont beaucoup plus difficiles à réunir dans les contrats pétroliers internationaux, entre un État souverain propriétaire de ressources et une compagnie pétrolière transnationale, la plupart du temps ressortissante d'un autre État.

Éléments contribuant à la crédibilité et à la stabilité contractuelle en l'absence d'environnement institutionnel favorable

Flexibilité contractuelle : réduire la tension « à la source »

Le plus évident d'entre eux — et le plus pratiqué dans les contrats pétroliers depuis le début des années quatre-vingt — consiste à limiter l'instabilité inhérente aux accords pétroliers par l'introduction de mécanismes de flexibilité dans le partage des revenus⁶¹. Schématiquement, il s'agit de mettre au point une formule qui indexe le niveau de la pression fiscale sur la rentabilité du projet tout au long de sa durée de vie. On limite ainsi la « grande scission » dont parle M. Adelman, c'est-à-dire l'insatisfaction du propriétaire des ressources en cas de découverte importante (ou de forte hausse du prix international du brut) : en cas d'augmentation de la rentabilité du projet, la pression fiscale augmente également, selon la formule prévue par le contrat. La fiscalité progressive est un mécanisme d'auto-stabilisation des contrats pétroliers internationaux.

Echange d'otages

Parmi les moyens permettant de renforcer la crédibilité contractuelle, les économistes mettent l'accent sur « l'échange d'otages » entre co-contractants, qui augmente considérablement le coût de la défection⁶². Ainsi, les investissements en exploration et en infrastructures de production et de transport s'apparentent à des « otages » sans contrepartie. Dans la pratique actuelle des contrats pétroliers internationaux, certaines formes d'association entre investisseurs étrangers et compagnies nationales publiques semblent faire de ces dernières des « otages » destinés à discipliner le comportement de l'État dans sa relation contractuelle avec l'investisseur⁶³.

Rôle de la réputation

Enfin, on peut penser que la recherche et la préservation, par les États propriétaires, de leur *réputation*, génèrent des incitations assez puissantes à honorer leurs engagements contractuels. La perspective d'un effondrement de l'image de marque en cas de défection peut suffire à rendre rationnelle l'abstention de comportements opportunistes⁶⁴.

Résorption « interne » des tensions et garanties « externes » des droits

Ces différents dispositifs réduisent en quelque sorte « spontanément », et en amont, les motifs d'émergence des conflits dans le cadre de l'exécution des contrats pétroliers. Leur point commun est de jouer sur les incitations au respect du contrat par l'État souverain. Mais ils n'offrent aucune garantie formelle à l'investisseur au cas où un différend surviendrait néanmoins. Aucun des trois mécanismes évoqués n'est infaillible; il existera toujours une marge au sein de laquelle l'État peut chercher à imposer unilatéralement des inflexions dans la formule contractuelle. L'avantage des traités sur les investissements est de définir de manière très large les droits économiques protégés et de laisser l'investisseur apprécier leur éventuelle violation – il peut alors porter le contentieux à l'arbitrage de sa seule initiative.

La résorption « interne » de la tension propre aux contrats pétroliers est certainement un facteur important de stabilisation. Elle ne remplace toutefois pas la garantie « externe » des droits apportée par les nouveaux instruments internationaux sur les investissements.

3. Un acteur souverain peut-il s'engager par contrat : problématique du contrat d'État

De manière générale, la souveraineté est l'attribut de celui qui décide de manière autonome. Ainsi en droit international, un État est souverain « parce qu'il n'est pas soumis à un pouvoir supérieur, il est souverain parce qu'il n'a pas de supérieur⁶⁵ » ; et parce qu'il est souverain, il n'accepte de borne à son autonomie que librement consentie, et le plus généralement dans un cadre de réciprocité — notamment *via* la signature de traités⁶⁶.

Considérons maintenant un contrat commercial privé. Les parties sont « souveraines » sur leur domaine de propriété. Elles s'accordent sur une formule de réciprocité aux termes de laquelle elles s'aliènent mutuellement la souveraineté sur les droits concernés par le contrat. Le vendeur renonce, au profit de l'acheteur, à la souveraineté sur un bien⁶⁷ ; l'acquéreur cède au vendeur la souveraineté sur un autre bien (troc) ou sur un certain nombre d'unités monétaires.

Dans les deux cas, engagement entre États et contrat privé, c'est précisément de l'égalité autonome de décision *ex ante* que procède juridiquement l'obligation *ex post*⁶⁸. La souveraineté entretient donc avec le contrat un rapport précis mais difficile. L'égalité souveraineté des parties est requise pour que l'engagement soit valable ; en cela « [i]l n'y a rien de paradoxal à dire que l'engagement est une manifestation de la souveraineté⁶⁹. » Mais en même temps obligation et souveraineté sont des idées antithétiques : la souveraineté sur les droits concernés par le contrat ne peut survivre au contrat. Nécessaire à l'engagement contractuel, la souveraineté disparaît avec lui — le juge viendrait rappeler ses engagements à qui serait tenté de conserver sa souveraineté sur les droits aliénés par un contrat valide.

Le parallèle entre traité et contrat privé est basé sur une définition sociologique (et non juridique) de la souveraineté, telle qu'on puisse considérer la personne comme « souveraine » sur sa propriété. Dans un ordre juridique conforme aux principes du constitutionalisme libéral, on ne parle pas de souveraineté des personnes sur leur propriété, mais la réalité sociologique que désigne cette expression est consacrée juridiquement. En droit international au contraire, la « souveraineté » désigne une qualité juridique qui n'est reconnue qu'à l'État et qui le distingue absolument de toute autre personne, faisant de lui l'unique sujet de droit. D'où le fait que seuls les engagements entre États sont entés (selon le vocable utilisé par les juristes) dans l'ordre juridique international ; les contrats entre personnes privées — ou dépourvues de la « souveraineté » — relevant nécessairement d'un ordre juridique interne.

Qu'en est-il des engagements entre un État et une personne privée ressortissante d'un autre État ? Accord passé entre *inégaux*, le « contrat d'État⁷⁰ » crée-t-il des droits et des obligations pour les co-contractants ? Précisément, l'État souverain est-il en mesure d'aliéner effectivement sa souveraineté sur les droits qu'il concède à une entreprise multinationale ? La réponse apportée à ce problème juridique du contrat d'État⁷¹ n'est pas neutre quant à la possibilité — du moins au bon fonctionnement — d'un marché international de l'accès aux ressources pétrolières. De ce point de vue, l'évolution amorcée après 1945, par laquelle le droit international semble définir de manière toujours plus absolue la souveraineté de l'État en matière économique, tend à détériorer les conditions institutionnelles de signature et d'exécution des contrats pétroliers internationaux. C'est l'objet du point suivant.

II. — LE REGIME DES INVESTISSEMENTS PETROLIERS FACE A L’AFFIRMATION DE LA SOUVERAINETE SUR LES RESSOURCES NATURELLES

1. Souveraineté permanente sur les ressources naturelles et nouvel ordre économique international

L’affirmation de la « souveraineté permanente sur les ressources naturelles » occupait une place tout à fait centrale dans la revendication d’un « nouvel ordre économique international » — elle en formait le cœur même⁷². Et la volonté des pays exportateurs de pétrole de modifier les modalités de l’insertion de leurs ressources dans l’économie mondiale, donc la nature des relations contractuelles qui les liaient aux compagnies, en même temps que des relations politiques avec les pays industrialisés, était elle-même le principal motif de cette revendication⁷³. Les contrats pétroliers se sont donc trouvés directement exposés à la tempête politico-juridique qui a soufflé sur la régulation des contrats d’État, dans les décennies soixante et soixante-dix⁷⁴.

Le régime juridique « ancien » était caractérisé par un très haut degré de sécurité des droits obtenus par les sociétés transnationales auprès des États dans lesquels elles opéraient. La doctrine et la jurisprudence consacraient le principe dit des droits acquis, « selon lequel le droit international garantissait les droits et les biens légalement acquis par les étrangers de toute atteinte de la part de l’État souverain sur le territoire duquel ils se trouvaient⁷⁵. » Plus généralement, le droit international exigeait pour les investisseurs étrangers un traitement ne dérogeant pas à la « norme internationale minimale de civilisation », c’est-à-dire un degré de protection de l’investissement au moins égal à ce qui prévalait dans les pays développés⁷⁶. Cette norme correspondait à la transposition aux investissements étrangers du traitement requis par le droit coutumier pour les *ressortissants* étrangers (les personnes physiques)⁷⁷. La protection des droits acquis interdisait *a priori* toute expropriation des compagnies étrangères. C’est à l’occasion des nationalisations mexicaines (1938) que devait s’imposer la doctrine Hull⁷⁸, qui définit très strictement les conditions d’exercice du droit de nationaliser : la nationalisation doit être motivée par un intérêt public, être non discriminatoire, et donner lieu à compensation « rapide, adéquate et effective ».

La sanctification des droits économiques des investisseurs étrangers par le droit international coutumier conférait au régime des investissements pétroliers un caractère « constitutionnel », au sens où nous l’avons évoqué. C’est sur la base de ces dispositions « constitutionnelles », et sur le texte des contrats qui, naturellement, excluait toute possibilité de révocation ou d’amendement unilatéral, que les tribunaux arbitraux, ou les juridictions internationales saisies par les États occidentaux dans le cadre de la « protection diplomatique », tranchaient les différends lorsqu’il s’en présentait⁷⁹.

Avant la seconde guerre mondiale, les nationalisations soviétiques et surtout mexicaines, constituèrent les premières remises en question de ce régime juridique⁸⁰. Mais c’est après 1945, dans le contexte de décolonisation et d’émergence des « jeunes nations », que prit forme

un mouvement de contestation radicale des fondements juridiques d'un ordre économique perçu comme structurellement injuste. La souveraineté politique, à laquelle beaucoup étaient entrainés d'accéder et que symbolisait l'adhésion à l'Organisation des Nations Unies — symbole de « l'égalité souveraine » des États — était de plus en plus perçue comme tronquée, ou demeurant formelle, tant que les peuples n'auraient pas accédé à la maîtrise de leur destin matériel par une pleine « souveraineté économique »⁸¹. Au cœur de cette revendication figurait le droit de disposer souverainement des ressources naturelles renfermées par le sous-sol national, et de les mettre au service du développement économique de la nation.

Se pose alors la question du traitement des droits acquis par les compagnies concessionnaires : l'affirmation d'une souveraineté « permanente » de l'État sur ses ressources naturelles est-elle compatible avec le respect du droit de propriété des étrangers ? Dans le cas contraire, comment accéder à cette souveraineté alors que le régime juridique en place consacre les droits acquis ? De fait, c'est sur l'exercice du *droit de nationalisation*, sur le *droit applicable aux contrats d'État* et sur le *règlement des différends* qu'allaient se concentrer les offensives des pays du Tiers-monde sur le terrain juridique⁸².

2. La « dé-constitutionalisation » du régime des investissements pétroliers

L'affirmation de la souveraineté sur les ressources naturelles s'est principalement exprimée, juridiquement, dans une série de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unis. Dès 1952, la résolution 626 (VII) établit pour la première fois un lien explicite entre la souveraineté et le « droit des peuples d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses et leurs ressources naturelles »⁸³. Le contenu précis de ce « droit » n'est pas défini, mais on comprend très clairement, dans l'extrait qui suit, que son affirmation se fait *contre* le principe des droits acquis et que son exercice peut, le cas échéant, impliquer la remise en cause de la propriété des investisseurs étrangers :

[L'Assemblée générale] Recommande à tous les États Membres, lorsqu'ils exerceront leur droit d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses chaque fois qu'ils le jugent souhaitable pour leur progrès et leur développement économique, de prendre dûment en considération, *dans la mesure compatible avec leur souveraineté*, la nécessité de maintenir le courant des capitaux dans des conditions de sécurité et dans une atmosphère de confiance mutuelle et de coopération économique entre les nations⁸⁴.

Dans une telle formulation, la protection de l'investissement n'est plus une norme de droit international qui s'impose à l'État, mais un égard de celui-ci, la manifestation de sa responsabilité et de sa bienveillance. La sécurité de l'investissement n'est plus une fin en soi : elle est bornée par le nouvel *ultima ratio*, la souveraineté. Enfin, sans plus de précision juridique mais avec un objectif aussi facilement identifiable, l'Assemblée recommande « à tous les États Membres de s'abstenir de tout acte, direct ou indirect, destiné à empêcher un État quelconque d'exercer sa souveraineté sur ses ressources naturelles⁸⁵. » Cette dernière formule est révélatrice du véritable enjeu sous-jacent au mouvement qu'inaugure cette résolution : il s'agit moins d'affirmer la souveraineté sur les ressources que de *redéfinir* profondément le concept, dans le sens d'une autonomie radicale de l'État, y compris à l'égard du droit international coutumier⁸⁶ — ce qu'allaient confirmer les développements ultérieurs (cf. *infra*).

On accorde en général une place importante, dans le processus d'affirmation de la souveraineté, à la résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962. On y parle pour la première

fois de souveraineté *permanente* sur les ressources naturelles. Sur le point précis qui nous intéresse ici — le processus de « dé-constitutionalisation » du régime des investissements — ce texte représente un compromis qui, prenant acte des aspirations des États propriétaires de ressources, réaffirme pour l'essentiel que l'exercice de la souveraineté s'effectue dans le cadre fixé par le droit international⁸⁷. Après avoir affirmé que les « peuples et nations » disposent d'un droit souverain à autoriser ou non l'entrée des capitaux étrangers en vue de l'exploitation des ressources naturelles, la résolution déclare : « Dans les cas où une autorisation sera accordée, les capitaux importés et les revenus qui en proviennent seront régis par les termes de cette autorisation, par la loi nationale en vigueur et par le droit international⁸⁸. » Le droit de nationaliser, d'exproprier ou de réquisitionner est reconnu dans les conditions classiques : ces actes « devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers⁸⁹ ». Le texte réaffirme le devoir de l'État d'indemniser les propriétaires de manière « adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'État qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté en conformité du droit international⁹⁰. » Enfin, en cas de différend sur la question de l'indemnisation, « les voies de recours nationales de l'État qui prend lesdites mesures devront être épuisées » avant d'en arriver à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international, auquel toutefois on peut recourir d'emblée « sur accord des États souverains et autres parties intéressées⁹¹ ».

La notion de souveraineté permanente, telle qu'elle ressort de la résolution 1803, n'a encore rien de révolutionnaire : elle désigne simplement

le droit, exclusif et complet, qu'a l'État d'user de l'ensemble de ses compétences, dans les limites habituellement reconnues par le droit international, pour régir leur statut [celui des ressources naturelles] et celui de leur exploitation. En conséquence, son affirmation [n'a] d'autre effet que d'explicitement une compétence impliquée dans celles que le droit international reconnaît à l'État⁹².

La référence au droit international, sur toutes les questions concernant la régulation des contrats d'État, va dans le sens de la protection des investissements étrangers⁹³. Or les explications de vote montrent que certains États ont émis des réserves sur ce point, et qu'ils espéraient une définition de la souveraineté permanente beaucoup plus radicale. Ainsi le représentant irakien affirme-t-il très clairement que son pays est opposé à toute forme de régulation internationale des contrats d'État, qu'il considère relever du seul droit interne, tant pour le droit applicable que pour les juridictions compétentes en cas de différend⁹⁴. C'est bien dans ce sens que devait évoluer le processus d'affirmation de la souveraineté sur les ressources naturelles.

Une résolution de l'OPEP datant de 1968 anticipe sur les futures résolutions de l'ONU en durcissant nettement le sens et les implications, pour les contrats d'État, du « droit inaliénable de tous les pays à exercer une souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles, dans l'intérêt du développement national. » L'OPEP y affirme que les termes des concessions — fiscalité, participation de l'État — ne sont pas intangibles mais qu'ils doivent être adaptés « sur la base du principe de l'évolution des circonstances⁹⁵. » Quant au droit applicable et au règlement des différends, le principe de la souveraineté est interprété comme plaçant le contrat sous la seule autorité du droit national et prohibant le recours à une juridiction internationale, sauf si la législation nationale le prévoit⁹⁶.

Les pays latino-américains défendaient depuis longtemps la « doctrine Calvo » selon laquelle le droit national est seul applicable, et les tribunaux nationaux seuls compétents pour réguler les relations contractuelles entre l'État et les investisseurs étrangers, à l'abri de toute

influence et intervention extérieures⁹⁷. Les articles 50 et 51 du Code andin sur les investissements étrangers (1970) consacraient ces principes, qui figuraient déjà dans de nombreuses constitutions nationales en Amérique latine⁹⁸.

Une telle conception de la souveraineté sur les ressources naturelles, porteuse d'un degré beaucoup plus important de « dé-constitutionalisation » du régime juridique des investissements pétroliers internationaux, allait être adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans une série de résolutions du début des années soixante-dix. La résolution 3171 (XXVIII) de 1973, après avoir réaffirmé « énergiquement les droits inaliénables des États à la souveraineté permanente sur toutes leurs ressources naturelles », précise que l'exercice de cette souveraineté ne saurait être entravée par les normes du droit international :

[L'assemblée générale] Affirme que l'application du principe de la nationalisation par les États, en tant qu'expression de leur souveraineté pour sauvegarder leurs ressources naturelles, implique qu'il appartient à chaque État de fixer le montant des indemnités éventuelles ainsi que les modalités de leur versement et que tout différend qui pourrait surgir doit être réglé conformément au droit national de chaque État qui prend des mesures de cet ordre⁹⁹.

Sur les trois points essentiels touchant à la protection des investissements — conditions d'exercice du droit de nationaliser, versement d'une indemnité, règlement des différends — une rupture s'opère par rapport à la résolution 1803, dans le sens d'une radicalisation de la définition de la souveraineté, donc d'une « dé-constitutionalisation » du régime des investissements.

Cette rupture est confirmée en 1974 par les résolutions 3201 (S-VI) et 3281 (XXIX). La première, « Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international », prévoit que celui-ci « devrait être fondé sur le plein respect des principes ci-après : [...]

Souveraineté permanente intégrale de chaque État sur ses ressources naturelles et sur toutes les activités économiques. En vue de sauvegarder ces ressources, chaque État est en droit d'exercer un contrôle efficace sur celles-ci et sur leur exploitation par les moyens appropriés à sa situation particulière, y compris le droit de nationaliser ou de transférer la propriété à ses ressortissants, ce droit étant une expression de la souveraineté permanente intégrale de l'État. Aucun État ne peut être soumis à une coercition économique, politique ou autre visant à empêcher l'exercice libre de ce droit inaliénable; [...]

Réglementation et supervision des activités des sociétés multinationales par l'adoption de mesures propres à servir l'intérêt de l'économie nationale des pays où ces sociétés multinationales exercent leurs activités, sur la base de la souveraineté entière de ces pays; [...]¹⁰⁰

La résolution 3281, « Charte des droits et des devoirs économiques des États », constitue l'aboutissement du processus d'affirmation de la souveraineté sur les ressources naturelles, dans le cadre de la proclamation d'un nouvel ordre économique international. Son article 2 réaffirme que « Chaque État détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer¹⁰¹. » La souveraineté « entière et permanente » implique des droits très proches, dans leur contenu et leur formulation, de ceux attachés à la souveraineté « permanente intégrale » de la résolution 3201 : le droit de nationaliser, les conditions de son exercice, le règlement des différends qu'il peut générer, ne sont encadrés que par les lois nationales, interprétées et appliquées le cas échéant par les seuls tribunaux nationaux¹⁰². Toute référence au droit international a disparu.

De ce fait même, cette souveraineté-là n'a juridiquement plus rien à voir avec la « souveraineté permanente » affirmée en 1962¹⁰³. Portés par la conjoncture, en particulier le

« succès » des pays exportateurs de pétrole dans le renversement de leurs relations avec les compagnies et même, à la faveur de la « crise » de 1973, avec les États occidentaux, les pays membres du Groupe des 77 ont réussi à faire triompher à l'ONU leur conception radicale de la souveraineté, en rupture avec la conception traditionnelle du droit international public¹⁰⁴.

Ce qui importe ici, c'est de souligner qu'une telle conception de la souveraineté de l'État rend pratiquement impossible toute relation contractuelle avec des personnes privées étrangères. Dès lors que l'État revendique le droit de porter atteinte à la propriété de l'investisseur dans des conditions définies par la seule loi nationale — c'est-à-dire, plus ou moins directement, par lui-même¹⁰⁵ ; dès lors qu'il dénie à l'investisseur étranger toute possibilité de faire vérifier la conformité de cette loi à des normes supérieures ; dès lors qu'il se réserve le droit d'apprécier unilatéralement dans quelle mesure les circonstances appellent une « renégociation » du contrat ; dès lors qu'il considère que rien, hors sa volonté propre — notamment telle qu'elle s'exprime dans la loi nationale — ne le contraint à respecter ses obligations vis-à-vis de l'investisseur, et en particulier aucune norme de droit international¹⁰⁶ : alors l'environnement institutionnel est tel qu'il est impossible pour l'État de s'engager de manière crédible vis-à-vis d'un investisseur, notamment une compagnie pétrolière.

Nous avons insisté à la section précédente sur les conditions de possibilité institutionnelles, en particulier juridiques, de fonctionnement d'un marché. Il est très difficile d'envisager des transactions marchandes dans un ordre juridique entièrement dé-constitutionalisé, d'autant plus qu'elles supposent l'exécution d'un contrat complexe, long et structurellement instable. Le mouvement que nous venons de retracer est donc un puissant inhibiteur du marché international des droits d'exploration et production pétrolières ; il est très certainement une cause majeure de la crise des investissements pétroliers dans les pays en développement, que nous avons analysée plus haut. Le rétablissement des conditions de possibilité d'une allocation marchande des capitaux pétroliers passe par une réforme du régime juridique international des investissements.

3. Après la crise du NOEI, le droit international des investissements à l'épreuve du constitutionalisme libéral : trois hypothèses

La conception absolue de la souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles a connu un destin contrasté. Elle fut globalement rejetée par la doctrine, au motif qu'elle n'est pas assez consensuelle pour représenter une nouvelle norme coutumière¹⁰⁷, et par les tribunaux arbitraux, qui n'ont pas reconnu la valeur juridique des résolutions les plus radicales¹⁰⁸. Cependant, le processus évoqué ci-devant a contribué à renverser définitivement le régime juridique traditionnel des investissements transnationaux. La simple application de la doctrine des droits acquis n'est plus concevable¹⁰⁹. C'est le *principe de souveraineté* qui, aujourd'hui, est au fondement du droit international des investissements, ainsi pleinement intégré à la logique du droit international public¹¹⁰. En cela au moins — mais c'est un point important — l'aspiration à un nouvel ordre économique international ne sera pas restée vaine. Le degré de protection effective des droits miniers acquis par la compagnie auprès de l'État est donc, objectivement, plus faible après qu'avant le mouvement d'affirmation de la souveraineté sur les ressources, quand bien même ce dernier n'a pas complètement rempli les objectifs que s'étaient fixés ses promoteurs. La tendance à la « dé-constitutionalisation », corollaire de l'extension effective du principe de souveraineté à la matière économique, est bien réelle.

Il faut aller plus loin et s'interroger sur la possibilité, dans le cadre de la logique du droit international public, d'élaborer un régime des investissements pétroliers conforme aux principes du constitutionalisme libéral. Trois conditions semblent *a priori* difficiles à réunir.

1/ Il faudrait tout d'abord que l'accord entre les parties au contrat d'État soit effectivement créateur de droits et d'obligations *en vertu du droit international*, et non seulement du droit de l'État contractant — en termes juridiques, il faudrait que le contrat soit *enté* dans l'ordre juridique international. Or tel n'est pas le cas général, le droit international ne reconnaissant pas aux personnes privées la « capacité substantielle », c'est-à-dire le pouvoir de se créer des droits et des obligations par leurs engagements, que seul un droit interne peut leur conférer¹¹¹. Certes, l'internationalisation du contrat peut relever du choix des parties contractantes (État et compagnie), à travers une clause de « choix du droit applicable ». La pertinence du droit international procède alors du principe de l'autonomie de la volonté, non de l'octroi d'une quasi-personnalité juridique à une personne privée¹¹². En acceptant de telles clauses, l'État fait de son cocontractant une « personne apte à s'engager internationalement et à conclure un contrat directement enté dans l'ordre juridique international »¹¹³. Toutefois, l'évolution étudiée ci-devant a fragilisé les certitudes attachées à ces clauses d'internationalisation — au moins en ce qui concerne les contrats pétroliers¹¹⁴.

2/ Il importerait ensuite que les deux parties au contrat, État et compagnie, puissent également et directement en appeler au droit devant un organe international. Là encore, cette condition pose problème en droit international, où l'incapacité des personnes privées s'étend également aux « pouvoirs processuels », c'est-à-dire à la possibilité de poursuivre par des actions légales la réalisation effective des droits dont elles seraient titulaires¹¹⁵. Le principe est que « les sujets internes doivent normalement trouver dans l'ordre juridique de l'État dont ils contestent l'attitude les actions qui en permettront le redressement¹¹⁶ ». Ainsi, si l'intérêt des sujets internes « à obtenir le respect par un État de règles qui leur sont favorables peut être pris en considération par de tels organes [internationaux], c'est le plus souvent grâce à la médiation de leur État national, résultant (...) de la protection diplomatique¹¹⁷. »

3/ Il conviendrait enfin que le juge puisse trouver dans le droit international matière à trancher les différends survenant dans le cadre de l'exécution des contrats. Or, au-delà des principes généraux du droit — dont on a vu qu'il n'était pas aisé de les invoquer dans le cas d'un contrat d'État — il n'existe pas de « corps de règles internationales où l'on puisse raisonnablement voir un “droit des contrats” analogue à celui que proposent les divers droits internes¹¹⁸. »

Parmi ces trois hypothèses, les deux premières touchent à l'inégalité de statut — apparemment irréductible, une fois étendue aux relations économiques la prééminence du principe de souveraineté — entre États et compagnies privées dans l'ordre juridique international ; la troisième porte sur le contenu même des règles du droit international, issues des besoins de la « société interétatique » et non de partenaires commerciaux.

La levée de ces hypothèses, nécessaire à l'établissement d'un environnement institutionnel favorable au déploiement d'un véritable marché de l'accès aux ressources pétrolières, ne paraît donc envisageable que par des actes « conventionnels », c'est-à-dire par des traités sur les investissements. En vertu de ces traités, les États signataires créeraient une sorte de *constitution économique transnationale*, s'imposant mutuellement une régulation des contrats dérogeant à la logique du droit international public et se rapprochant d'un droit économique d'inspiration libérale. On étudie, dans la section suivante, l'émergence d'un tel

régime juridique « para-constitutionnel », et le rôle de la politique juridique extérieure des États-Unis dans ce processus.

TROISIEME SECTION. L'EMERGENCE D'UN REGIME JURIDIQUE INTERNATIONAL PARA-CONSTITUTIONNEL POUR LES INVESTISSEMENTS

Le rôle de la politique juridique extérieure des États-Unis

L'apaisement, au cours des quinze dernières années, des controverses doctrinales et des affrontements politiques relatifs aux investissements directs étrangers, y compris dans un domaine aussi sensible que l'exploitation des ressources naturelles, peut être trompeur. Loin de signifier la stabilisation d'un régime juridique conforme aux principes du «Nouvel ordre économique international », il s'accompagne en fait d'une nouvelle et profonde transformation du droit international des investissements. On voudrait dans cette section montrer que l'évolution en cours, notamment dans ses développements les plus récents, tend à transposer en droit international une régulation informée par les principes du constitutionalisme libéral. Les trois grandes hypothèses identifiées précédemment tendent à être levées à la faveur d'instruments conventionnels (traités) ordonnés à la protection des droits des investisseurs et à l'encadrement des prérogatives souveraines des États. Le régime juridique qui se dessine facilite grandement les relations contractuelles entre États et compagnies transnationales ; sa diffusion est donc très favorable au développement d'un véritable marché mondial de l'accès aux ressources pétrolières.

On analysera l'émergence et l'imposition de ce régime para-constitutionnel à travers, d'une part, le développement de l'arbitrage international direct entre États et firmes comme modalité de règlement des contentieux relatifs aux investissements ; et d'autre part la diffusion de normes de traitement des investissements étrangers garantissant un haut degré de protection des droits économiques, en particulier ceux acquis par contrat d'État. On mettra en évidence le rôle joué par la politique juridique extérieure des États-Unis dans la progression de ce régime, en particulier par l'initiation et la promotion de traités véhiculant les principes du constitutionalisme libéral.

I. — REGLEMENT DES DIFFERENDS ENTRE COMPAGNIES ET ÉTATS PAR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL DIRECT, NOTAMMENT DANS LE CADRE DU CIRDI

Au cours des vingt dernières années la question du règlement des différends relatifs aux investissements pétroliers transnationaux a connu un profond bouleversement. Les clauses d'arbitrage des anciennes concessions prévoyaient le recours à des tribunaux *ad hoc*, dans des conditions qui se sont révélées très problématiques, en particulier lors des nationalisations des années soixante-dix. Le recours aux seuls tribunaux internes de l'État « hôte » — solution exigée par les tenants d'une stricte « souveraineté » sur les ressources naturelles — offre des garanties très limitées du point de vue de la protection des droits de l'investisseur étranger. Quant à la voie traditionnelle de la « protection diplomatique », qui transpose le règlement du contentieux entre compagnie multinationale et État au plan interétatique, elle pose des problèmes politiques considérables¹¹⁹.

A la faveur des traités bilatéraux puis des instruments plurilatéraux ou multilatéraux sur les investissements, de très nombreux États se sont engagés à soumettre leurs différends avec les investisseurs étrangers, notamment ceux qui surviennent dans le cadre de contrats d'État, à l'arbitrage international direct dans le cadre d'institutions spécialisées. Cela revient à mettre tout le poids du droit international public au service de l'arbitrage, pratique relevant traditionnellement du droit international privé. On voit donc s'imposer une procédure de règlement des différends à la fois efficace, y compris lorsqu'un État est partie au différend, et « dé-nationalisée ». Elle confère à l'investisseur privé la possibilité d'en appeler directement au droit contre un État, en vertu d'un engagement international de celui-ci. Plus qu'une simple disposition « procédurale », il s'agit d'un progrès décisif dans le sens d'une régulation « constitutionnelle » des investissements transnationaux en général et pétroliers en particulier¹²⁰ ou, plus précisément, dans l'émergence d'un régime juridique conforme aux principes du constitutionalisme libéral. Autrement dit, on est certainement face à une dimension centrale de la restructuration du régime des investissements après les bouleversements des années soixante et soixante-dix¹²¹.

1. La convention de Washington et le CIRDI

La progressive généralisation de l'arbitrage international direct entre investisseurs étrangers et États, imposée par les traités bilatéraux et multilatéraux sur les investissements¹²², prend appui sur le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI/ICSID). La fonction du Centre est de fournir un cadre juridique, des procédures et des infrastructures au service de la conciliation et de l'arbitrage directs entre États et personnes privées ressortissantes d'autres États. Le CIRDI est une institution relativement ancienne puisqu'il fut créé sous l'égide de la Banque mondiale par la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, ouverte à signature le 18 mars 1965¹²³. Resté longtemps en relatif sommeil¹²⁴, il est en passe d'acquérir une place centrale dans la régulation des investissements

transnationaux. Le principe du CIRDI est d'organiser l'égal accès des investisseurs privés et des États à une juridiction internationale en cas de différend relatif à un investissement. Autrement dit de mettre le droit international public au service d'un principe qui lui est étranger, mais qui est nécessaire à l'instauration — ou à la restauration — des conditions d'un véritable marché international des capitaux incluant les pays en développement. Le décollage de l'activité du CIRDI au milieu des années quatre-vingt fait partie intégrante du processus de restructuration du régime juridique des investissements et des contrats d'État.

L'arbitrage CIRDI : principes de base

Toute personne physique ou morale ressortissante d'un État partie à la convention de Washington et ayant investi sur le territoire d'un autre État signataire¹²⁵, peut soumettre tout différend avec ledit État à l'arbitrage dans le cadre du CIRDI¹²⁶. Ainsi, l'arbitrage CIRDI déroge à la logique du droit international public en ce que « les deux litigants ont un égal accès [à l'organe international] en qualité de parties (...) le particulier soutenant lui-même comme demandeur sa prétention devant l'organe de règlement¹²⁷. » En d'autres termes, la compagnie aussi bien que l'État peut déclencher à tout moment, de sa propre initiative, une procédure d'arbitrage : les co-contractants, bien qu'inégaux en droit international, disposent d'une capacité égale à faire valoir leurs droits devant un organe international. Le consentement écrit de l'État ayant été donné une fois pour toutes, souvent par voie législative ou même conventionnelle (c'est-à-dire dans un traité), on évoque parfois un droit de déclenchement *unilatéral* octroyé à l'investisseur, ce qui est formellement faux (l'État a donné son accord) mais pratiquement exact (lorsque survient concrètement le litige, la volonté de l'investisseur suffit à déclencher la procédure d'arbitrage).

Aux termes de l'article 27 de la Convention, les États signataires renoncent à exercer la protection diplomatique au profit de leurs nationaux engagés dans un différend soumis au Centre, sauf en cas de non respect par un État d'une sentence arbitrale ; le règlement du différend est donc soustrait aux contraintes du jeu interétatique¹²⁸.

Quant au droit applicable, la convention prévoit que le tribunal arbitral décide conformément aux règles de droit sur lesquelles se sont entendues les parties et, à défaut, applique le droit de l'État partie au différend *et* toute règle de droit international applicable (art. 42). La loi régulant le contrat inclut donc les principes du droit international, sauf si les parties se sont accordées pour les en exclure¹²⁹.

Reconnaissance et application des sentences : supériorité de l'arbitrage CIRDI

L'arbitrage international entre États et compagnies pétrolières n'est pas apparu avec le CIRDI ; il s'agit d'une pratique ancienne prévue par de nombreux contrats. Parmi les modalités les plus couramment retenues dans les contrats pétroliers (outre les tribunaux *ad hoc* des concessions traditionnelles), signalons la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Paris, ainsi que l'arbitrage selon les règles édictées en 1976 par l'UNCITRAL¹³⁰. Mais il s'agit de cadres institutionnels destinés à l'arbitrage commercial privé ; le règlement de différends relatifs à des contrats d'investissement où l'une des parties est un État s'y apparente à un cas particulier. Les tribunaux formés dans ces cadres n'ont pas « la qualité d'organes internationaux, car ils ne trouvent pas leur base dans le droit international public mais dans le contrat lui-même¹³¹. »

Dans ces conditions, se pose le problème de l'immunité souveraine de l'État contractant qui rend incertaine la compétence du tribunal, et aléatoires la reconnaissance et l'application de

la sentence¹³². Pour palier cette difficulté, l'ONU a élaboré une Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ouverte à signature à New York en 1958. La Convention de New York, qui compte 125 parties, stipule que les États signataires reconnaissent les sentences arbitrales et les appliquent comme des jugements rendus par un tribunal national, sous réserve qu'elles ne soient pas contraires à une « politique publique ». Dans le cas des contrats d'État et notamment des contrats pétroliers, cette dernière clause a fourni matière à refus de reconnaître et appliquer des sentences¹³³ : il est aisé d'invoquer une « politique publique » pour justifier l'introduction d'un nouvel impôt pétrolier ou la nationalisation d'actifs étrangers. La Convention de New York, qui constitue une avancée décisive en matière d'arbitrage commercial, ne modifie pas fondamentalement la situation en matière de différends relatifs aux investissements.

Au contraire, en signant la Convention de Washington et en acceptant de soumettre ses différends avec les investisseurs au CIRDI, un État accepte expressément le principe de l'arbitrage direct, c'est-à-dire la possibilité qu'un tribunal international lui donne tort face à une compagnie privée étrangère. L'article 53 stipule que les parties sont tenues par la sentence arbitrale ; aux termes de l'article 54, tout État signataire doit reconnaître la sentence et l'appliquer sur son territoire comme s'il s'agissait d'un jugement prononcé par la plus haute juridiction compétente dans son ordre juridique interne. Il est impossible à un État partie à la Convention, sauf à renier un engagement international explicite, d'entraver l'application d'une sentence arbitrale rendue dans le cadre du CIRDI.

Arbitrage CIRDI et contrats pétroliers

Comme le soulignent K. Blinn et ses coauteurs à propos des clauses d'arbitrage des contrats pétroliers, le recours de plus en plus fréquent au CIRDI change profondément les règles du jeu de l'arbitrage direct entre États et compagnies pétrolières¹³⁴. Ce changement va dans le sens d'une égale possibilité des parties aux contrats pétroliers de porter leurs différends devant un organe international, donc d'un réel encadrement juridique de l'exercice de la souveraineté de l'État dans le cadre de l'exécution du contrat, sur la base des dispositions contractuelles elles-mêmes, de la législation nationale et des normes du droit international¹³⁵. Remarquons que cette avancée dans le sens de la « constitutionalisation » du régime des investissements pétroliers repose *in fine* sur la signature de la convention CIRDI par les États propriétaires de ressources et les États d'origine des compagnies pétrolières transnationales, *et* sur l'acceptation contractuelle, législative ou conventionnelle du recours au CIRDI. L'une et l'autre ont considérablement progressé depuis le milieu des années quatre-vingt, notamment à la faveur des programmes de traités bilatéraux sur les investissements¹³⁶.

2. L'arbitrage direct dans les traités bilatéraux sur les investissements

Au cours des vingt dernières années, une nouvelle génération de traités bilatéraux pour la promotion et la protection des investissements (TBI) s'est imposée, qui contribue significativement à la restructuration du régime juridique des investissements transnationaux et des contrats d'État, y compris les contrats pétroliers¹³⁷. La plupart de ces traités sont signés entre un État « exportateur de capital » — un pays développé dont des firmes transnationales sont ressortissantes — et un État « importateur de capital » — généralement un pays en voie

de développement¹³⁸. Il s'agit d'un mouvement de grande ampleur, qui concerne désormais près de 150 pays industrialisés et en développement, pour un total de plus de 1200 traités¹³⁹.

Le rôle du programme américain de traités bilatéraux

On peut repérer l'impulsion décisive de ce mouvement dans le programme de TBI lancé par l'administration Reagan au début des années quatre-vingt, ayant conduit à la signature de 45 traités (au 1^{er} novembre 2000), dont 35 entre 1990 et 2000. Ce programme américain a été poursuivi selon la même ligne directrice et avec la même volonté par les gouvernements successifs, y compris l'administration démocrate du président Clinton. Cette remarquable continuité lui permet de se développer selon un rythme qui ne cesse de s'accélérer, alors que certains analystes lui accordaient très peu de chances de succès, le jugeant trop exigeant pour être acceptable par les pays en voie de développement¹⁴⁰. Surtout, au cours de la décennie quatre-vingt-dix, la plupart des modèles de TBI proposés par les pays de l'OCDE se sont alignés sur le modèle américain en ce qui concerne le règlement des différends entre investisseurs privés et États contractants ; signalons en particulier les nouvelles générations de TBI britanniques — 47 traités depuis 1990 — canadiens ou allemands¹⁴¹.

Le recours à l'arbitrage international direct comme modalité privilégiée, voire exclusive, de règlement des différends entre investisseurs et États, constitue certainement la disposition la plus innovante du modèle américain de TBI élaboré au tout début des années quatre-vingt. Reprise plus tard par la très grande majorité des TBI, cette modalité de règlement des différends « innove substantiellement par rapport au droit international classique en accordant aux parties privées le droit de soumettre leurs plaintes contre un État étranger à l'arbitrage direct sur la base d'un traité international¹⁴² ». Traditionnellement, l'épuisement des voies de recours internes est requis avant que l'affaire puisse être portée à l'arbitrage. Les juristes du gouvernement américain estimaient que la possibilité pour l'investisseur d'éviter le recours aux juridictions locales constituait « une des dispositions les plus importantes pour la protection de l'investissement et qu'elle devait être une condition pour la conclusion d'un TBI.¹⁴³ »

L'arbitrage dans le cadre du CIRDI n'est pas la seule modalité de règlement des différends ouverte par les TBI américains. En revanche, ceux-ci confèrent toujours à l'investisseur le droit de choisir le CIRDI, à défaut le Mécanisme supplémentaire (voir *infra*). D'autre part, si l'investisseur choisit l'arbitrage selon les règles de l'UNCITRAL, ou s'accorde avec l'État sur une autre instance arbitrale¹⁴⁴, les TBI américains précisent que l'arbitrage doit se tenir sur le territoire d'un État partie à la Convention des Nations Unies sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ce qui « facilite l'exécution des sentences arbitrales »¹⁴⁵.

Interaction entre les traités bilatéraux américains et la convention CIRDI

L'article des TBI américains relatif au règlement des différends entre investisseur et État « hôte » est conçu de manière à « interagir avec les éléments pertinents de la Convention CIRDI¹⁴⁶ », afin d'obtenir un degré de protection maximal des droits de l'investisseur. Voici les principaux points de cette interaction entre traités bilatéraux américains et Convention CIRDI :

- La Convention CIRDI ne définit pas la notion de « différend relatif à un investissement », qui détermine pourtant la juridiction du Centre : les parties à un contrat sont libres de restreindre le champ de compétence du CIRDI¹⁴⁷. Au contraire, un État qui signe un TBI avec les États-Unis s'engage à soumettre à l'arbitrage *tous* ses différends avec les investisseurs américains¹⁴⁸, selon une définition suffisamment large pour inclure sans ambiguïté possible les

différends relatifs à l'interprétation ou à l'application des accords de concession (notamment dans les ressources naturelles) ou des contrats de services¹⁴⁹. Les négociations entre les États-Unis et la Chine ont échoué sur ce point, les Chinois souhaitant circonscrire le recours à l'arbitrage aux différends concernant le montant de l'indemnité en cas de nationalisation¹⁵⁰. Malgré l'enjeu commercial très important, les négociateurs américains n'ont pas cédé sur ce qu'ils considéraient comme un élément essentiel de la philosophie du programme de TBI¹⁵¹. La plupart des TBI récents signés par les pays de l'OCDE exigent, sur le modèle américain, le recours à l'arbitrage international direct pour tous les différends entre État et investisseurs ; le recours au CIRDI est mentionné systématiquement, même s'il n'est parfois qu'une possibilité parmi d'autres¹⁵².

- Aux termes de l'article 26 de la Convention CIRDI, un État peut exiger l'épuisement des voies de recours internes avant la soumission du différend à l'arbitrage. Les TBI américains suppriment cette possibilité et *confèrent à l'investisseur le pouvoir de choisir seul la modalité de résolution du différend*, après que les parties aient tenté de le résoudre par voie non contentieuse. L'investisseur a le choix entre le recours aux tribunaux locaux, la procédure de règlement prévue par le contrat, ou — à condition de n'avoir pas choisi l'une des deux options précédentes et passé un délai de six mois — l'arbitrage international dans le cadre du CIRDI (le cas échéant du Mécanisme supplémentaire), des règles de l'UNCITRAL ou d'une autre institution arbitrale¹⁵³. Les traités américains permettent donc à l'investisseur de décider en toute autonomie des modalités de règlement du différend¹⁵⁴. Notons que cette autonomie inclut jusqu'à la possibilité de se soustraire à un engagement librement contracté avec l'État (choix contractuel d'une procédure de règlement), si le traité offre une solution qui lui semble préférable lorsque survient le différend.

- La soumission d'un conflit à l'arbitrage international ne peut procéder que d'un accord des parties au différend. La Convention CIRDI exige (art. 25) un « consentement écrit » des parties, qu'elle conçoit comme irrévocable une fois donné. Il importe donc de savoir, lorsque survient un différend, si l'État a donné ou non son accord, par exemple dans le contrat. Les TBI américains suppriment toute ambiguïté : aux termes du traité, la signature de celui-ci vaut accord écrit des deux États, au sens de la Convention CIRDI et du Mécanisme supplémentaire, pour la soumission à l'arbitrage de tout différend avec un investisseur ressortissant de l'autre État¹⁵⁵. Du côté de l'investisseur, c'est la soumission d'un différend au Centre qui vaut accord écrit pour recourir à l'arbitrage. *Lorsque l'investissement est couvert par un TBI, l'investisseur dispose donc, de fait, d'un droit à initier unilatéralement une procédure d'arbitrage*¹⁵⁶. Depuis 1990, la plupart des TBI signés par les pays de l'OCDE (et même entre pays en développement) reprennent cette disposition ; « Dans le passé au contraire, les traités bilatéraux ne contenaient qu'une disposition générique prévoyant que l'État considérerait la soumission à l'arbitrage d'éventuels différends¹⁵⁷ ». Là encore, le programme américain a ouvert la voie à la diffusion, par voie conventionnelle, d'une norme très favorable aux investisseurs et à la protection de leurs droits économiques.

- L'article 42 (1) de la Convention CIRDI prévoit que le tribunal arbitral tranche le différend sur la base du droit sur lequel se sont accordées les parties. En l'absence d'accord, s'appliquent le droit de l'État partie au différend et toute règle de droit international applicable en la matière¹⁵⁸. Certains TBI américains, toutefois très peu nombreux¹⁵⁹, imposent le droit international, même en présence d'un accord sur le droit applicable entre les parties au différend¹⁶⁰.

• Lorsqu'un différend survient entre un État et une compagnie formellement constituée en vertu du droit de ce même État, mais contrôlée par des nationaux d'un autre État, les parties au différend peuvent s'accorder pour considérer l'investisseur comme un ressortissant de l'État d'où émane le contrôle effectif, rendant ainsi le CIRDI (où le Mécanisme supplémentaire) compétent pour régler le litige¹⁶¹. Les États ayant signé un TBI avec les États-Unis sont tenus de considérer, pour ce qui est du règlement des différends, les investisseurs contrôlés par des intérêts américains comme des ressortissants américains¹⁶². Les droits conférés par le traité en matière de recours à l'arbitrage CIRDI s'étendent donc aux filiales locales des multinationales américaines, même lorsqu'elles sont juridiquement enregistrées comme des entreprises locales. Cette disposition, reprise par la très grande majorité des TBI récents, est particulièrement importante pour les investissements pétroliers en exploration et production, qui sont en règle générale effectués par des filiales de droit local, conformément aux exigences de la plupart des législations pétrolières nationales.

• Enfin, les TBI américains viennent renforcer les dispositions de la Convention CIRDI quant au caractère définitif de la sentence arbitrale, à sa reconnaissance et à son exécution¹⁶³.

Conclusion

En imposant l'arbitrage direct entre firmes et États comme un principe central de la « bonne » régulation des investissements transnationaux, le programme américain de TBI a fortement contribué à l'affirmation d'un nouveau paradigme en la matière. *A priori* irréaliste dans le contexte du début des années quatre-vingt encore fortement marqué par les débats sur le « nouvel ordre économique international », ce principe a été repris progressivement par tous les pays engagés dans des programmes de TBI, au point que les clauses d'arbitrage direct sont aujourd'hui reconnues comme « une des dispositions fondamentales et typiques des TBI modernes¹⁶⁴ ». Les TBI de nouvelle génération, à la suite du programme américain, font du recours au CIRDI une modalité privilégiée, et comme « naturelle », de résolution des différends relatifs aux investissements¹⁶⁵ ; les autres solutions apparaissent désormais comme des choix de second rang. La multiplication des traités bilatéraux compte pour beaucoup dans le décollage de l'activité du Centre, restée très modeste jusqu'au milieu de la décennie quatre-vingt. Réciproquement, la volonté de conclure des traités sur les investissements avec les grands pays de l'OCDE conduit de nombreux États qui ne l'avaient pas encore fait à signer la Convention de Washington¹⁶⁶.

La possibilité de faire valoir ses droits — notamment ses droits économiques — devant une juridiction indépendante et compétente dont les décisions ont de grandes chances d'être effectivement appliquées, y compris contre l'État ou ses représentants, est une disposition centrale de toute constitution libérale, un trait essentiel du *rule of law*. Le programme de TBI américain et la nouvelle génération de traités bilatéraux dont il fut, à bien des égards, le précurseur, constituent un vecteur très important de diffusion d'une norme de règlement des différends relatifs aux investissements transnationaux en rupture avec la logique du droit international public et conforme aux principes du constitutionalisme libéral.

3. L'arbitrage direct dans les instruments multilatéraux sur les investissements

Les instruments plurilatéraux et multilatéraux sur les investissements (IMI) constituent un autre vecteur de restructuration du régime juridique des investissements transnationaux et des

contrats d'État, notamment au plan des modalités de résolution des différends. Depuis le début des années quatre-vingt-dix, d'importants efforts ont été faits par les gouvernements et les institutions internationales en vue de l'élaboration d'IMI. Certes, les négociations conduites à l'OCDE en vue d'un accord multilatéral sur les investissements (AMI) ont échoué. Cependant, plusieurs instruments ont vu le jour qui doivent être mentionnés. Certains sont régionaux, comme le chapitre XI de l'ALENA ou les protocoles du MERCOSUR sur les investissements ; un autre est un instrument sectoriel spécifiquement dédié aux investissements et au commerce énergétiques et donc d'une importance particulière pour le régime des contrats pétroliers : il s'agit du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE). Enfin, les *Lignes directrices* de la Banque mondiale, bien que dénuées de valeur contraignante, constituent un important vecteur multilatéral de diffusion du nouveau régime juridique. L'analyse de leurs clauses de résolution des différends montre qu'ils reprennent les principes initialement promus par le programme américain de TBI ; ils en constituent un vecteur de diffusion particulièrement efficace.

L'ALENA et le Traité sur la Charte de l'énergie

En matière de règlement des différends relatifs aux investissements, le chapitre XI de l'ALENA (entré en vigueur au 1^{er} janvier 1994) reprend, à quelques détails près, les dispositions des traités bilatéraux américains¹⁶⁷. Les TBI modernes, en particulier américains, ont également fortement inspiré l'article 26 du TCE relatif au règlement des différends entre États signataires et investisseurs, comme d'ailleurs l'ensemble du traité¹⁶⁸.

Dans les deux cas, le point central est le droit conféré à l'investisseur de soumettre unilatéralement un différend avec un État signataire à l'arbitrage international, même en l'absence de clause contractuelle spécifique, et le cas échéant en dépit d'une telle clause. En cas de violation par un État partie des obligations auxquelles il a souscrits aux termes du traité, l'investisseur ressortissant d'un autre État partie peut choisir de recourir à l'arbitrage dans le cadre du CIRDI, du mécanisme supplémentaire CIRDI, des règles de l'UNCITRAL et, pour ce qui est du TCE, de la Chambre de commerce de Stockholm¹⁶⁹.

Pour chacun de ces traités, la signature vaut accord écrit de l'État pour la soumission à l'arbitrage de tous les différends relatifs aux investissements couverts par le traité¹⁷⁰ — on peut donc là aussi parler de droit de l'investisseur à déclencher unilatéralement une procédure d'arbitrage. Ce consentement écrit satisfait aux conditions de la seconde partie de la convention CIRDI (notamment l'article 25) et des règles du mécanisme supplémentaire¹⁷¹, de l'article 2 de la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales¹⁷², de l'article 1 des règles de l'UNCITRAL (pour le TCE)¹⁷³ et de l'art. 1 de la convention interaméricaine sur les sentences arbitrales (pour l'ALENA)¹⁷⁴.

Comme dans les TBI, la « nationalité » de la compagnie au moment du litige est déterminée par les ressortissants qui la contrôlent effectivement : les dispositions des IMI en matière d'arbitrage s'appliquent aux filiales de droit local¹⁷⁵.

En matière de droit applicable, les deux IMI considérés vont plus loin que la plupart des TBI, même américains (sauf rares exceptions, dont le traité *US – Argentine* déjà évoqué) : le traité et les principes pertinents du droit international sont seuls applicables, le droit de l'État « hôte » comme le droit contractuellement choisi par les parties n'étant pas même mentionnés¹⁷⁶.

Reprenant une disposition des TBI américains, les deux traités prévoient que les procédures d'arbitrage conduites hors du CIRDI doivent l'être sur le territoire d'un État partie à la convention de New York¹⁷⁷. En outre, le différend est alors considéré par les parties comme

découlant d'une relation ou transaction commerciale, au sens de l'article 1 de ladite convention et (pour l'ALENA) de la convention interaméricaine sur l'arbitrage¹⁷⁸. On se rapproche alors de la sécurité fournie par le CIRDI en matière de reconnaissance et d'application des sentences arbitrales. Chaque État partie s'engage à appliquer sur son propre territoire les sentences rendues en vertu du traité¹⁷⁹.

A quelques détails près, l'ALENA et le TCE reprennent donc, en matière de règlement des différends relatifs aux investissements, le dispositif promu depuis vingt ans par les TBI américains¹⁸⁰ et repris récemment par la plupart des programmes de TBI conduits par les pays de l'OCDE. Ces deux instruments — les plus importants parmi les IMI en vigueur — constituent des vecteurs extrêmement puissants de diffusion de la nouvelle norme en matière de règlement des différends¹⁸¹, inspirée du constitutionalisme libéral. Notons qu'un dispositif très semblable se retrouvait dans la version provisoire de l'AMI, au moment de l'abandon des négociations en 1998. Enfin, l'entrée en vigueur de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA), prévue pour 2006, devrait se traduire par une extension à l'ensemble du continent des dispositions de l'ALENA en matière de règlement des différends relatifs aux investissements.

Les protocoles du MERCOSUR sur les investissements

Dans le cadre du marché commun dit MERCOSUR, créé par le traité d'Asunción (1991) entre l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay, ont été élaborés deux protocoles relatifs à la promotion et à la protection des investissements.

Le protocole de Colonia, entré en vigueur en 1994, concerne les investissements des ressortissants d'un État partie sur le territoire d'un autre État partie¹⁸². En cas de différend relatif à un investissement opposant un investisseur à un État partie, le protocole confère à l'investisseur le droit de recourir à l'arbitrage international direct, comme alternative aux tribunaux locaux¹⁸³. Il peut choisir entre l'arbitrage CIRDI (dans le cadre de la convention ou du mécanisme supplémentaire, selon la situation) et un tribunal arbitral *ad hoc* régi par les règles de l'UNCITRAL¹⁸⁴. En plus du protocole lui-même et des principes du droit international, l'article 9 prévoit que le droit de l'État partie au différend (y compris ses dispositions en matière de conflit de droit) et le droit éventuellement choisi contractuellement par les deux parties, font pleinement partie du droit applicable par le tribunal¹⁸⁵. Les sentences sont définitives et obligent les parties; les États contractants les appliquent conformément à leur législation¹⁸⁶.

On retrouve bien dans le protocole de Colonia les principales dispositions, en matière de règlement des différends, propres au nouveau régime juridique des investissements transnationaux. Toutefois, il ne concerne que les membres du MERCOSUR et ne s'applique donc pas aux investissements des pays tiers (notamment les grands « exportateurs de capitaux » de l'OCDE), d'où une portée limitée, en particulier en matière pétrolière.

Le protocole de Buenos Aires (1994), qui n'est pas encore entré en vigueur, étendrait les droits conférés par le protocole de Colonia en matière d'arbitrage aux investisseurs ressortissants d'États tiers¹⁸⁷. En clair, les quatre États parties accorderaient unilatéralement des droits (notamment le droit de recourir à l'arbitrage) à tout investisseur, quel que soit son État de nationalité. Il s'agirait d'un exemple unique d'instrument conférant des droits à des ressortissants d'États non parties au traité, dérogeant donc au principe de la réciprocité. Cette singularité serait si forte — à la hauteur de la portée juridico-économique d'un tel traité, concernant d'emblée les investisseurs du monde entier — qu'on peut douter que le protocole de Buenos Aires entre jamais en vigueur¹⁸⁸.

Les Lignes directrices (Guidelines) de la Banque mondiale

Les Lignes directrices de la Banque mondiale sur le traitement des investissements directs étrangers¹⁸⁹, publiées en 1992, constituent un objet juridique particulier. Il ne s'agit pas d'un instrument conventionnel engageant juridiquement les États membres de la Banque, mais d'un ensemble de dispositions jugées tout à la fois « acceptables » par ces États¹⁹⁰, et « souhaitables » par la Banque dans l'optique d'accroître les flux internationaux d'investissements directs¹⁹¹. L'objectif est double. D'une part, servir de référence aux États qui rédigent ou révisent leurs législations en matière d'investissements internationaux, et pour le traitement des investissements qui ne seraient pas couverts par des traités bilatéraux ou multilatéraux. D'autre part, s'imposer comme une clarification des principes généralement acceptés du droit international en la matière, à destination des tribunaux arbitraux et des parties aux contrats — le principal rédacteur des Lignes directrices évoque même la possibilité d'y faire référence explicitement comme élément « complémentaire » de droit applicable dans les contrats entre États et investisseurs, notamment les contrats pétroliers¹⁹². L'objectif ultime, qui n'est pas caché, étant que les *Guidelines* se « durcissent » en droit international coutumier¹⁹³.

Les Lignes directrices suggèrent que les différends entre États et investisseurs doivent être résolus par la négociation, la conciliation et, faut d'accord, par recours à un mode de résolution contraignant (*Guideline* V-1). A la différence de nombreux traités étudiés précédemment, le recours aux tribunaux nationaux reste une possibilité ouverte ; l'arbitrage indépendant en est une autre. Si les parties s'accordent sur le recours à l'arbitrage, le texte encourage les États à accepter le recours au CIRDI, à défaut aux Mécanismes supplémentaires CIRDI (*Guideline* V-3). Il est intéressant de noter que les Lignes directrices ont été rédigées par le Secrétaire général du CIRDI (également directeur juridique de la Banque mondiale), avec l'appui des services de ce centre¹⁹⁴.

Résumé et conclusion

L'évolution récente du régime des investissements transnationaux et des contrats d'État en ce qui concerne le règlement des différends s'écarte de la logique traditionnelle du droit international public, au profit d'une régulation plus conforme aux principes du constitutionalisme libéral. Initié, dans un contexte encore très hostile, par le programme américain de traités bilatéraux sur les investissements, ce changement de paradigme juridique s'est finalement imposé, au cours de la décennie quatre-vingt-dix, à la faveur de centaines de TBI reprenant la norme fixée par le modèle américain. Parallèlement, il a été consacré par les instruments multilatéraux sur les investissements (ALENA, TCE, protocoles du MERCOSUR), même si l'échec des négociations sur l'AMI a empêché l'achèvement du processus d'universalisation.

Le nouveau régime juridique de règlement des différends relatifs aux investissements est fondé sur deux principes centraux. D'une part, ouvrir à l'investisseur la possibilité d'en appeler directement au droit, devant un organe international présentant de solides garanties d'indépendance et d'effectivité de son jugement. Cela revient à annuler, de fait, l'inégalité de statut entre États et personnes privées, qui pesait lourdement sur la régulation des contrats d'États, et notamment des contrats pétroliers. D'autre part, affirmer que les lois de l'État contractant ne peuvent réguler seules la relation contractuelle — sauf, aux termes de certains

traités, si les parties au contrat en ont décidé ainsi. Dans la plupart des cas, les traités consacrent le principe de l'internationalisation des contrats d'État, c'est-à-dire leur soumission aux principes du droit international. Enfin, le traité lui-même est au centre du droit applicable à la relation entre investisseur et État « hôte » : il importe donc d'analyser les dispositions « substantielles » des instruments représentatifs du nouveau régime juridique international des investissements, c'est-à-dire les droits et les obligations qu'ils créent pour les États qui les signent et les investisseurs qu'ils couvrent.

II. — PROTECTION DES INVESTISSEMENTS, « TRAITEMENT NATIONAL » ET LIBERALISATION DE L'ACCES AU TERRITOIRE

Juste après avoir souligné qu'il n'existe pas de « corps de règles internationales où l'on puisse raisonnablement voir un “droit des contrats” », J. Combacau et S. Sur envisagent l'évolution du droit sur ce point avec scepticisme :

Il n'est certes pas juridiquement inconcevable, même si c'est improbable en fait, qu'un traité multilatéral vienne un jour offrir à de futurs contrats conclus entre États qui l'auraient accepté et sujets étrangers entrant dans son champ d'application un ensemble cohérent de règles soustraites au droit interne et régissant dans leur ensemble la conclusion et l'exécution des contrats d'États ; force est seulement de constater qu'il n'en existe pas actuellement (...).¹⁹⁵

C'est pourtant sur cette voie que nous introduisent les récents traités bilatéraux et multilatéraux sur les investissements. Le droit international des contrats dont ces traités portent les prémices tend à « sanctifier » les droits économiques des investisseurs face aux prérogatives de la puissance publique, en l'occurrence des États « hôtes ». A l'image du droit économique américain, il est informé par les principes du constitutionalisme libéral: l'affirmation du nouveau régime juridique des investissements va dans le sens d'une internationalisation du *Rule of law*.

1. Strict encadrement des prérogatives étatiques dans le traitement des investissements étrangers

Dans le cadre des traités bilatéraux sur les investissements (TBI) comme des instruments multilatéraux (IMI), les États s'engagent mutuellement sur des règles encadrant strictement leurs prérogatives souveraines à l'égard des investissements étrangers. Ces normes de traitement consistent, d'une part, en une explicitation et une codification des principes contenus dans le droit international coutumier, dont on sait qu'ils ont fait l'objet de querelles d'interprétation dans le cadre des débats sur le « nouvel ordre économique international » ; on introduit par là plus de prédictibilité dans l'appréhension juridique des situations. D'autre part,

elles contiennent aussi des dispositions spécifiques aux traités, renforçant les devoirs de l'État à l'égard des investisseurs.

Codification des obligations coutumières : traitement général et nationalisation

Les TBI récents comme les IMI sont, dans une large mesure, des instruments de réduction du « risque politique ». A cet égard, ils réaffirment, en les codifiant, les normes coutumières du droit international selon lesquelles les États signataires s'engagent à offrir aux investissements couverts un traitement « juste et équitable » ; à leur fournir le plus haut et le plus constant degré de « protection et de sécurité » ; à ne pas leur porter préjudice par des mesures « déraisonnables ou discriminatoires » ; et, dans tous les cas, s'abstenir de tout « traitement inférieur à celui requis par le droit international »¹⁹⁶.

Plus importante — car plus précise — est la spécification des conditions d'exercice du droit d'expropriation et de nationalisation, là encore commune aux instruments bilatéraux et multilatéraux. Les traités modernes tranchent les incertitudes sur la portée de ce droit, qui s'étaient exprimées dans les débats sur le « Nouvel ordre économique international » (NOEI) : ils en retiennent une compréhension traditionnelle, c'est-à-dire restrictive, correspondant à l'ancienne doctrine Hull. L'État ne peut nationaliser que pour une « raison d'intérêt public », de manière « non discriminatoire » et moyennant le versement d'une « compensation rapide, adéquate et effective »¹⁹⁷. S'y ajoute souvent, notamment dans les TBI américains et les IMI, l'exigence du respect du *due process of law*¹⁹⁸. En ce qui concerne le montant de la compensation, les traités prévoient qu'il couvre la « juste valeur marchande » (*fair market value*) de l'investissement. Les Lignes directrices de la Banque mondiale définissent avec une grande précision les modes de calcul de la « juste valeur marchande » d'un investissement exproprié, en fonction des types d'investissement concernés¹⁹⁹. Face aux « incertitudes du droit international général », les instruments conventionnels sur les investissements offrent « la norme de traitement la plus élevée possible » en matière de nationalisation et d'expropriation²⁰⁰.

Ces conditions s'étendent, aux termes des TBI comme des IMI, aux mesures « ayant un effet équivalent à la nationalisation ou à l'expropriation », ou « s'apparentant à » de tels actes : le transfert formel de la propriété à l'État (ou à tout autre agent) n'est pas requis pour que l'acte soit considéré comme une expropriation. Ainsi, une mesure fiscale ou réglementaire peut être considérée comme une nationalisation « rampante » ou « indirecte », c'est-à-dire une mesure qui, « bien que n'étant pas destinée à transférer les droits de propriété, implique une interférence avec l'exercice de ces droits équivalente à celle qu'implique une mesure d'expropriation²⁰¹. » Par ces dispositions, les traités modernes transposent en droit international le concept juridique américain de *regulatory taking*, qui qualifie une atteinte au droit de propriété par des mesures réglementaires, diminuant la valeur des « droits économiques »²⁰². Ce n'est plus seulement le droit souverain de nationaliser, dont l'exercice ne peut être qu'exceptionnel, qu'il s'agit de « discipliner ». Les fonctions les plus communes de l'État, liées à ses pouvoirs de réglementation de l'économie, ne doivent pouvoir s'exercer, lorsqu'elles s'appliquent à des actifs étrangers, que dans le cadre de normes supérieures au droit interne²⁰³ — normes que l'on est en droit d'appeler para-constitutionnelles. Le cas échéant, l'investisseur étranger peut contester devant un tribunal arbitral la conformité des actions de l'État aux normes fixées par les traités auxquels celui-ci est partie²⁰⁴.

Une définition très large des « droits économiques » de l'investisseur

L'effet « constitutionnalisant » des traités récents est encore renforcé par la définition très large qu'ils donnent de l'investissement. Elle s'étend bien au-delà des actifs tangibles et même intangibles, incluant jusqu'aux « attentes » qui sont attachées à la possession de « droits économiques », que ceux-ci trouvent leur origine dans un contrat, une licence, ou tout autre acte engendrant des « espérances de revenus »²⁰⁵. Ce mouvement est porteur d'une inflexion majeure dans la définition de la responsabilité internationale de l'État vis-à-vis des personnes privées : non seulement il est responsable directement vis-à-vis de l'investisseur — évolution déjà notée — mais c'est du point de vue des droits de celui-ci qu'est déterminé le champ ouvert à l'État pour l'exercice de ses prérogatives souveraines. La notion de « *risque réglementaire » se substitue à celle de « risque politique » : la protection de la propriété s'étend à celle des « conditions de rentabilité » des investissements²⁰⁶. La logique du droit économique libéral l'emporte sur celle du droit international public.

Le Traité sur la charte de l'énergie stipule que les États parties respectent tout engagement pris à l'égard des investisseurs d'autres parties²⁰⁷. Cette disposition semble constituer une prise de position dans le débat juridique ouvert par les bouleversements des décennies soixante et soixante-dix : dans la régulation d'un contrat d'État, la loi des parties l'emporte sur les droits attachés à la souveraineté permanente de l'État. On peut lire cette disposition comme une sorte de « méta-clause de stabilisation » des contrats²⁰⁸ qui, si elle ne résout pas toutes les ambiguïtés du droit international général, augmente la sécurité des engagements pris par un État partie au TCE à l'égard des investisseurs étrangers. Elle s'applique non seulement aux contrats proprement dits, mais plus largement aux engagements fournis dans le cadre de la négociation, de la procédure d'obtention des droits, et aux engagements législatifs.

Dispositions spécifiques : « performance requirements », transferts, sociétés nationales

Les traités codifient également des obligations plus spécifiques incombant aux États : par exemple l'interdiction d'exiger de l'investisseur qu'il se fournisse pour partie en biens et services sur le marché national, ou qu'il réserve une part donnée de sa production pour le marché local, ou au contraire pour l'exportation²⁰⁹. Ou encore la garantie pour l'investisseur d'une totale liberté de transferts de capitaux avec l'étranger. Un point important pour la régulation des contrats pétroliers : les traités stipulent en général que toutes les obligations qui incombent à l'État s'appliquent également aux compagnies nationales qui exercent en son nom des prérogatives étatiques, administratives ou réglementaires²¹⁰.

2. Égalité de traitement entre étrangers et nationaux, et clause de la nation la plus favorisée

Une des dispositions centrales de tous les instruments conventionnels définissant le nouveau régime juridique international des investissements, est l'octroi aux investisseurs étrangers d'un traitement égal à celui réservé aux investisseurs nationaux, ou aux investisseurs étrangers les mieux traités (selon ce qui est le plus favorable). La généralisation du « traitement national » constituait l'objectif central de la politique juridique extérieure élaborée par l'administration Reagan au début des années quatre-vingt²¹¹.

Les clauses dites du « traitement national » et de la « nation la plus favorisée » (TN-NPF) sont présentes dans pratiquement tous les TBI, dans le TCE, l'ALENA, les protocoles de Colonia et de Buenos Aires²¹². Ces clauses ont, en elles-mêmes, un effet « multilatéralisant »²¹³ : les investisseurs ressortissants d'un État *B* ayant signé un TBI avec un État *A*, bénéficieraient automatiquement de tout traitement plus favorable accordé par *A* aux investisseurs d'un État tiers²¹⁴.

Dans le cadre d'accords multilatéraux, ces dispositions prennent un sens particulier. En effet, et à la différence des TBI, l'octroi du TN-NPF ne peut pas être lié uniquement à une convergence d'intérêts entre États ; on doit y voir la souscription de chaque État signataire à une norme, reflétant une option politique fondamentale. Cette norme, c'est le respect du droit de propriété et des contrats ainsi que, dans les cas de l'ALENA, du futur TCE II et de l'AMI avorté, la liberté de circulation des investissements. Thomas Wälde a bien noté le glissement de signification qui s'opère lorsque l'on passe d'instruments bilatéraux, même très nombreux, à des traités multilatéraux : ces derniers représentent des efforts en direction d'une authentique régulation économique transnationale, lourde d'un idéal et d'une philosophie politiques, repérables entre autres dans la rédaction des préambules, beaucoup plus générale, ambitieuse et « programmatique » que dans les TBI²¹⁵.

3. Vers une libéralisation de l'accès au territoire pour les investisseurs étrangers ?

De manière générale, les traités sur les investissements ne réglementent pas les conditions d'installation, c'est-à-dire d'octroi des autorisations d'investir sur le territoire national²¹⁶. Si le nouveau régime des investissements tend à encadrer strictement la souveraineté « en aval » de l'investissement, l'État conserve une souveraineté intégrale « en amont » : il garde le contrôle de l'accès à son territoire par les investisseurs étrangers potentiels. Ce droit de contrôle est peut-être la dernière frontière qui sépare une logique de droit international public — centrée sur le droit de l'État à réguler l'insertion de l'économie nationale dans l'économie mondiale — d'une logique de *rule of law* — centrée sur le droit de la personne à contracter. Cependant, l'idée de garantir le *libre accès* des investisseurs étrangers au territoire national, promue initialement par les seuls traités bilatéraux américains, est peut-être en voie d'universalisation.

Les traités bilatéraux américains ont été, jusque très récemment, les seuls TBI à étendre le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée à la phase d'admission des investissements²¹⁷. Dans le cas de l'accès aux ressources pétrolières, cela signifie que l'État qui place des droits sur le marché, doit les attribuer selon une procédure qui traite de manière identique les compagnies nationales et les firmes américaines. L'ALENA reprend la disposition des TBI américains²¹⁸ ; de même que le protocole de Colonia²¹⁹ ; et, plus récemment, les traités bilatéraux canadiens postérieurs à la signature de l'ALENA²²⁰. Ces traités vont dans le sens d'une réelle libéralisation du régime des investissements²²¹ ou encore de la construction d'un espace marchand intégré transnational : chaque État partie confère à tout ressortissant d'une autre partie le droit d'investir sur son territoire, dans des conditions au moins équivalentes à celles que connaissent les investisseurs nationaux. Notons que le projet avorté d'Accord multilatéral sur les investissements étendait lui aussi le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée à la phase d'établissement et d'acquisition des droits économiques²²² : son adoption aurait signifié la reconnaissance d'un droit des personnes privées à investir sur le

territoire de n'importe quel État signataire — inflexion majeure du droit international économique²²³.

Dans le traité sur la charte de l'énergie, l'extension du traitement national ou NPF à l'accès au territoire est prévu comme un objectif ultérieur du processus initié entre les pays signataires, à formaliser dans un second traité à venir²²⁴. Mais le traité invite d'ores et déjà les parties à s'engager sur cette voie en « limitant au minimum les exceptions au Traitement [TN-NPF] » et en « supprimant progressivement les restrictions existantes affectant les investisseurs des autres parties »²²⁵. Les parties sont également invitées à s'engager de manière unilatérale sur la voie du traitement national-NPF, sur tout ou partie des domaines couverts par le traité — engagement qui serait alors consacré par le traité²²⁶. Même si ces dispositions relèvent pour le moment du « *soft-law* »²²⁷, la direction est très clairement indiquée : c'est le libre accès des investisseurs au territoire de tout État signataire, créant les conditions d'une concurrence transnationale dans la zone couverte par le traité, et la généralisation de modalités d'octroi des droits économiques (notamment pétroliers) indifférentes à la nationalité des concurrents²²⁸. Les *Guidelines* de la Banque mondiale vont dans le même sens. Tout en reconnaissant que les États restent souverains quant aux conditions d'admission des investisseurs étrangers, le texte appelle les États à « encourager les ressortissants des autres États à investir sur leur territoire » ; il note que « l'admission libre (*open admission*), éventuellement soumise à une liste restreinte d'exceptions, est l'approche la plus efficace²²⁹. »

Toutefois, il n'est nulle part envisagé de contester la propriété publique des ressources en terre ou de limiter la souveraineté de l'État propriétaire des ressources sur le choix et la délimitation des surfaces à mettre sur le marché, et sur la nature des « droits » offerts aux investisseurs — pour autant qu'il n'y ait aucune discrimination entre investisseurs potentiels, nationaux ou étrangers. L'ECT, tout comme la directive européenne sur l'octroi des permis d'exploration et production, réaffirme même explicitement ce droit souverain²³⁰. Cette « frontière », apparemment infranchissable par le droit international, a des conséquences importantes quant à la portée du nouveau régime juridique pour la restructuration du système pétrolier international. Instaurer une « structure de gouvernance » qui induise à elle seule un fonctionnement concurrentiel du marché pétrolier exigerait de redéfinir le régime de propriété sur les ressources en terre (privatisation des droits miniers ou obligation d'alimenter l'offre de permis). Le nouveau régime juridique est une condition nécessaire d'émergence d'un ordre pétrolier marchand ; il n'en est pas une condition suffisante.

Résumé et conclusion

Les traités modernes sur les investissements, tant la nouvelle génération de traités bilatéraux initiée par les États-Unis dans les années quatre-vingt que les instruments multilatéraux récents, garantissent aux investisseurs un très haut degré de protection de leurs « droits économiques », ainsi qu'une définition très large de ces derniers. Dans un même mouvement, ils circonscrivent et codifient les modalités d'exercice de leurs droits souverains par les États qui accueillent des investisseurs étrangers. C'est bien sûr le cas du droit de nationalisation. Mais c'est également vrai, aux termes des traités bilatéraux les plus avancés (d'abord les traités américains, puis la plupart des TBI après 1990) et des instruments multilatéraux, de toute prérogative de réglementation susceptible de porter atteinte à la valeur

économique des investissements, plus généralement de remettre en cause les conditions d'exploitation qu'escomptait l'investisseur lorsqu'il s'est engagé.

Les traités garantissent par ailleurs aux investisseurs couverts qu'ils seront traités par les États « hôtes » au moins aussi bien que les investisseurs nationaux, ou que les investisseurs étrangers les mieux traités, si ceux-ci sont mieux traités que les nationaux. A la suite des traités bilatéraux américains, les instruments multilatéraux étendent (ou ambitionnent d'étendre) l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux à la phase d'acquisition des droits.

Le nouveau régime juridique des investissements rétablit les conditions institutionnelles de fonctionnement d'un marché transnational des droits pétroliers acquis par contrat d'État, mises à mal par les bouleversements des décennies 1960 et 1970. Davantage, il semble qu'on progresse vers la reconnaissance d'un droit des personnes privées à investir au-delà des frontières de leur État national, c'est-à-dire vers la construction d'un véritable marché transnational intégré pour les investissements. Conformément aux principes du constitutionalisme libéral, et sous l'influence très nette de la politique juridique extérieure des États-Unis, la restructuration du droit international des investissements affirme les droits de l'investisseur face aux prérogatives souveraines des États.

III. — CONSTRUCTION DU MARCHE ET FEDERALISME JURIDIQUE : AMERICANISATION DU DROIT DES INVESTISSEMENTS ?

Les centaines de traités bilatéraux sur les investissements signés au cours des vingt et notamment des dix dernières années, et les différents instruments multilatéraux ou plurilatéraux, rendent difficile à soutenir l'affirmation classique selon laquelle le droit international ne fournit pas de règles s'apparentant à un droit des contrats²³¹. A cela s'ajoute l'éventuelle émergence de normes coutumières, sur laquelle les juristes restent divisés mais que la plupart acceptent, au moins pour certaines des dispositions les plus universellement présentes dans les traités bilatéraux et instruments multilatéraux²³². Mentionnons enfin, et peut-être surtout, la jurisprudence importante que ces instruments commencent à susciter (en particulier dans le cadre des arbitrages CIRDI)²³³. Ces différentes sources font émerger, augmenter et consolident un corps de règles indépendant des ordres juridiques internes, base d'une régulation transnationale des investissements et des contrats d'État.

Aux juristes le soin d'observer la croissance de ce « droit international des investissements et des contrats », d'en délimiter précisément les frontières de validité, d'en comprendre l'articulation avec les ordres internes, etc. Pour notre part, l'émergence de ce nouveau régime nous a paru résoudre d'importants problèmes juridiques apparus au cours des décennies soixante et soixante-dix, et faisant obstacle à l'établissement de relations contractuelles entre compagnies pétrolières et États propriétaires de ressources, en particulier dans les pays en développement. En d'autres termes, le nouveau régime juridique nous paraît

de nature à établir (ou rétablir) les conditions institutionnelles d'un marché transnational des droits d'exploration et production. D'autre part, on a pu voir que la politique juridique extérieure américaine avait pesé d'un poids important dans l'initiation et la diffusion des instruments véhiculant les nouvelles normes et dispositions.

On voudrait ici présenter une analyse plus systématique de ces deux aspects mais aussi montrer en quoi ils sont indissociables, et parvenir ainsi à une qualification politologique du nouveau régime juridique des investissements : instrument de construction du marché mondial inspiré du constitutionnalisme libéral, impliquant une « fédéralisation » de l'ordre juridique international.

1. Le nouveau régime des investissements : changement de paradigme juridique ou simple évolution

Lorsqu'il analyse l'évolution du droit international des investissements depuis les années soixante-dix²³⁴, le professeur P. Juillard note d'abord « l'existence de tendances lourdes » permettant de repérer une cohérence, autour de la recherche d'un compromis entre le respect de la souveraineté de « l'État de territorialité » et le maintien d'un haut niveau de protection recherché par l'investisseur et son « État de nationalité ». Ce compromis, qui s'inscrit dans une problématique « Nord-Sud », serait aujourd'hui atteint et s'incarnerait en particulier dans le réseau très dense de traités bilatéraux sur les investissements²³⁵. Ceux-ci préserveraient les prérogatives étatiques tout en conférant à l'investisseur étranger, par le biais du recours à l'arbitrage CIRDI, un moyen efficace de faire respecter ses droits. Dans un second temps — et c'est le cœur de son analyse — P. Juillard insiste sur l'inflexion, voire la rupture, survenue selon lui au début de la décennie quatre-vingt-dix. « Les préoccupations de sécurité cèdent progressivement devant les préoccupations de mobilité et de flexibilité » — l'auteur parle aussi de *liberté* : liberté de circulation des investissements, liberté d'exploitation accordée aux investisseurs une fois installés. Cet objectif de libéralisation concernerait prioritairement les pays du Nord. Supposant d'importantes « limitations de souveraineté », il ne pourrait être poursuivi que par voie conventionnelle, plus précisément par l'élaboration d'instruments multilatéraux.

Les « nouvelles contraintes » auxquelles sont soumis les États qui adhèrent à ces objectifs et sont parties aux instruments qui les promeuvent traduisent un changement profond dans l'orientation du droit international des investissements : « l'exigence de souveraineté s'efface derrière l'exigence de liberté²³⁶. » L'efficacité économique globale suppose la liberté de localisation des investissements ; elle suppose également que les investisseurs fassent leurs choix de localisation en connaissance de cause, c'est-à-dire que les régimes juridiques nationaux soient stables et excluent l'arbitraire²³⁷. Le critère d'efficacité économique globale est donc incompatible avec le maintien d'une pleine souveraineté sur l'admission et la régulation des investissements étrangers. Mais qui érige l'efficacité économique en norme ultime ? « Un quatrième protagoniste se dessine à l'horizon : c'est la *communauté internationale*, garante de la liberté d'investissement²³⁸. » Patrick Juillard conclut alors sur une analyse qui mérite d'être citée intégralement :

Les États, exportateurs comme importateurs d'investissements, devraient ainsi observer une sorte d'ordre public international de l'investissement international, dont les autres États, tiers à l'opération d'investissement, n'en seraient pas moins collectivement garants. Mais il apparaît, de plus en plus

clairement, que cet ordre public international de l'investissement international trouve sa place dans une réforme systémique du droit international économique, fondée non plus sur le respect des souverainetés, mais sur les idées d'efficacité et de liberté. Cette réforme systémique se fait donc aux dépens des prérogatives traditionnelles des États : elle suppose donc leur consentement. La véritable raison du retour au multilatéralisme se trouve dans cette nécessité d'amener les États à faire de la libre circulation un principe général d'organisation économique²³⁹.

Pour rendre compte de l'émergence d'un nouveau droit international des investissements, Patrick Juillard s'interroge sur l'évolution des intérêts des États en matière économique, donc de leurs objectifs politiques et enfin sur les moyens juridiques de les poursuivre. Même s'il reconnaît explicitement la nouveauté assez radicale des instruments récents et de leurs objectifs, le juriste se sent autorisé — il y est peut-être obligé — à les analyser dans les termes les plus traditionnels. En particulier, le primat du collectif comme finalité du droit ne semble pas devoir être remis en cause. Lorsque deux États signent un traité bilatéral sur les investissements, ils n'y inscrivent — dans la limite de leurs pouvoirs de négociation respectifs — que des dispositions qu'ils jugent chacun conformes aux besoins de leurs économies nationales. Si plusieurs États s'engagent dans un traité multilatéral, c'est qu'ils estiment avoir collectivement intérêt à poursuivre certains objectifs, comme la libéralisation des mouvements de capitaux. Dans ce cas, le collectif qui donne à l'instrument juridique sa finalité est la « communauté internationale », aux intérêts de laquelle les États subordonnent certaines prérogatives souveraines, allant jusqu'à créer un « ordre public international » auquel ils sont soumis.

Ainsi, pour le juriste, n'y a-t-il jamais de rupture dans la nature de l'ordre juridique international, ordre généré par et pour les États souverains²⁴⁰. Et lorsqu'un ensemble cohérent de dispositifs internationaux relatifs aux investissements semble tout entier ordonné à l'effacement des États, l'analyse juridique mettra l'accent sur le fait que toute limitation de souveraineté est souverainement acceptée. Le nouveau régime juridique des investissements, aussi novateur soit-il dans les objectifs qu'il promeut, ne dérogerait donc nullement à la logique du droit international public.

2. La construction du marché suppose la sanctification des « droits économiques »

Sans nier l'intérêt, ni même l'exactitude d'une telle analyse au point de vue juridique²⁴¹, on peut porter sur les mêmes réalités un regard quelque peu différent. Ce qui nous semble en jeu dans la restructuration du régime juridique des investissements transnationaux, c'est la conception du rapport entre la liberté des individus (ou des personnes privées) en matière économique et l'ordre collectif. De ce point de vue, les évolutions que nous avons exposées dans cette section nous semblent témoigner d'une profonde évolution de la philosophie sous-jacente à l'ordre juridique international. Le droit international économique est traditionnellement fondé sur la reconnaissance et la codification d'un droit de l'État à contraindre les personnes, nationaux et étrangers, au nom d'une collectivité politique autonome. On laisse les individus et les firmes libres de poursuivre leurs intérêts dans la mesure où le gouvernement estime que cela est bon pour la collectivité, ou n'est pas contraire aux intérêts collectifs. Cette philosophie « souverainiste » est celle qui sous-tend le droit public français en matière économique. Elle nous semble progressivement s'effacer, comme fondement du nouveau régime international des investissements, au profit d'une philosophie

des « droits économiques ». Le droit de propriété y existe pour lui-même et non seulement en référence à une collectivité, par exemple nationale. D'où une quasi sanctification du droit des personnes à disposer de leur propriété — à conduire des transactions, à passer des contrats —, y compris par delà les frontières nationales. Cette conception est celle du constitutionalisme libéral d'inspiration lockéenne, qui est au fondement de la constitution des États-Unis et de tout le système juridique américain.

La finalité de l'ordre juridique n'est pas la collectivité en tant que telle mais l'individu porteur de droits — l'individu « propriétaire » —, qu'il s'agit de protéger non seulement contre les agressions de ses semblables, mais contre les atteintes de la puissance publique. Une constitution libérale est d'abord un instrument de limitation du pouvoir du gouvernement et de protection des droits des personnes, au premier rang desquels leurs droits économiques²⁴². Les bornes de la propriété individuelle définissent une zone *a priori* inviolable par la puissance publique ; ainsi pourrait-on affirmer que la « souveraineté » qui est prioritairement établie et défendue par une constitution libérale est celle des personnes privées sur leurs domaines de droits. Le corollaire de cette reconnaissance des droits économiques est que l'individu peut, de plein droit, contester en justice toute action de la puissance publique qui porterait atteinte à sa propriété : devant le juge, il est l'égal de l'organe administratif, lequel doit prouver la légalité de son action — c'est-à-dire sa constitutionnalité, ou conformité au droit (*law*) et non seulement à telle disposition législative ou réglementaire²⁴³. Cette soumission du pouvoir politico-administratif au droit — plus généralement : cette régulation juridique des rapports entre État et société — constitue l'essence du *Rule of law*, notion distincte de celle d'État de droit et que l'on pourrait traduire par « règne du droit »²⁴⁴.

Les instruments internationaux définissant le nouveau régime juridique des investissements et des contrats d'État peuvent s'analyser comme donnant naissance à une « constitution libérale transnationale ». D'une part, les dispositions relatives au traitement des investissements étrangers vont dans le sens d'une sanctification des droits économiques acquis par contrat. Elles protègent le droit de propriété en lui-même mais aussi, on l'a vu, sa « valeur économique ». D'autre part, les dispositions de libéralisation de l'accès au territoire national pour les investisseurs étrangers consistent à reconnaître à tout « individu propriétaire » le droit de disposer librement de sa propriété, y compris d'entrer en relation contractuelle avec d'autres agents économiques, sans considération de nationalité et de localisation. Il s'agit là aussi d'une reconnaissance et d'une sanctification des « droits économiques », puisqu'on lève une restriction potentielle ou effective à la valorisation de ces droits hors du territoire national de l'investisseur²⁴⁵. Enfin, les dispositions relatives au règlement des différends sur les investissements confèrent à l'investisseur étranger la possibilité de faire respecter effectivement les droits qui lui sont reconnus, en portant les différends devant une juridiction internationale indépendante dont le jugement a toute chance d'être appliqué, y compris s'il s'exerce à l'encontre d'un État ou d'un organe étatique. Ces trois catégories de dispositions impliquent l'abdication par les États de prérogatives souveraines, au moins leur stricte soumission au droit que chapeaute la « constitution » consignée dans les traités, soumission que contrôlent, à l'occasion de litiges, des juridictions indépendantes interprétant les dispositions « constitutionnelles ».

Dans les contrats pétroliers couverts par des traités récents, les deux rôles de l'État — agent économique propriétaire des ressources d'une part, « réglementeur » d'autre part — sont clairement distingués. Dans l'exercice du premier, le statut de l'État est ramené à celui de simple co-contractant, sur un pied d'égalité avec la compagnie privée étrangère. L'exercice du

second est encadré par des normes consacrant les droits économiques des investisseurs. C'est donc bien le constitutionalisme libéral qui paraît sous-tendre le nouveau régime juridique international des investissements, vecteur d'une internationalisation du *Rule of law*. La « souveraineté » des agents économiques sur leurs droits de propriété, tant en amont qu'en aval de la décision d'investir, tend à primer la « souveraineté économique » des États : il est de moins en moins possible de porter atteinte à la première au nom de la seconde.

Le juriste pourrait arguer qu'il ne s'agit que d'un déplacement du « lieu » d'exercice de la souveraineté de l'État : l'engagement par lequel celui-ci se lie les mains peut être vu comme une expression de sa souveraineté avant d'en être la négation, de la même manière qu'une assemblée constituante fixe souverainement les bornes de sa propre souveraineté²⁴⁶. La logique du droit international public serait donc sauve, quand bien même est-elle mise au service d'un régime juridique dont les principes lui sont largement étrangers. Le politiste se doit de mettre l'accent sur le renversement de la hiérarchie entre le droit des personnes privées à contracter et à disposer librement de leur propriété dans l'espace économique transnational, et le droit des États à contrôler souverainement leur espace économique national. C'est l'investisseur lui-même qui est la référence du nouveau droit international des investissements, et non la collectivité nationale. Il n'est certainement pas faux de mentionner la « communauté internationale » comme garant de la liberté économique transnationale ; il nous semble plus approprié — car plus à même de révéler le changement dans toute sa dimension politique — d'affirmer que les droits économiques sont désormais reconnus et protégés pour eux-mêmes par le droit international des investissements.

Consacrer internationalement le droit de propriété, c'est construire le marché transnational. D'une part, les garanties apportées à l'intégrité des droits économiques acquis par contrat sur le territoire d'un État étranger — le cas échéant par contrat avec l'État lui-même — sont un facteur déterminant de réduction des incertitudes et des coûts de transaction associés à l'investissement transnational²⁴⁷. D'autre part, l'affirmation progressive, par voie de traités bilatéraux et surtout multilatéraux, d'un droit des personnes privées à investir sur le territoire d'États étrangers (concept de libre accès au territoire), favorise la saisie de toute occasion d'investissement profitable par les acteurs économiques. Le nouveau régime juridique international crée, dans la mesure de son extension aux États actifs sur le marché des droits pétroliers²⁴⁸, les conditions institutionnelles d'un véritable marché transnational pour l'accès aux ressources pétrolières.

3. La construction du marché suppose le fédéralisme juridique

Le nouveau régime juridique international des investissements présente certaines caractéristiques qui font de lui un droit « fédéral » (ou fédératif). Ce caractère « fédéral » se révèle lorsqu'on compare certaines clauses des traités sur les investissements avec les dispositions constitutionnelles américaines les plus importantes en matière de construction de l'espace économique national : clause de commerce et 14^e amendement.

Parmi les clauses les plus universellement présentes dans les traités sur les investissements figure l'exigence de traiter les investisseurs couverts au moins aussi bien que les investisseurs nationaux, ou que les investisseurs étrangers les mieux traités, selon ce qui est le plus favorable aux investisseurs couverts par le traité. Souvent, cette clause de « traitement national et de la nation la plus favorisée » ne concerne que la phase d'exploitation de

l'investissement, parfois elle s'étend à la phase d'installation — auquel cas les investisseurs couverts ont un véritable droit d'investir dans tous les pays signataires, au même titre que les investisseurs nationaux de chaque État. Dans tous les cas, elle revient à borner la souveraineté des États parties, subordonnée à la construction et au maintien d'un espace marchand intégré. L'enjeu capital étant de supprimer la distinction entre investisseurs du « dedans » et investisseurs du « dehors ».

Or, c'est précisément le sens de la célèbre « clause de commerce » (*commerce clause*), disposition constitutionnelle américaine qui garantit que les États fédérés n'adoptent pas de législations portant atteinte à l'unité économique de la nation. La clause de commerce soustrait à la compétence des États la réglementation du commerce avec les nations étrangères, *entre les divers États* et avec les tribus indiennes²⁴⁹. Une de ses implications principales est la disparition des frontières économiques entre États fédérés. En ce qui concerne le traitement des investisseurs, elle équivaut à un traité multilatéral moderne sur les investissements entre les 50 États, dans lequel la clause de traitement national serait étendue à la phase d'installation.

Notons qu'un dispositif de type clause de commerce, ou clause de traitement national et de la nation la plus favorisée, n'équivaut pas nécessairement à un instrument d'uniformisation des conditions institutionnelles de réception et de traitement des investissements extérieurs. En effet, chaque État « fédéré » peut définir librement les conditions d'investissement sur son territoire²⁵⁰, à partir du moment où elles sont offertes à tous, investisseurs locaux et extérieurs, sans discrimination. Ainsi le nouveau régime juridique international, et le fédéralisme juridique en général, ne suppriment-ils pas la concurrence entre États pour attirer les investissements. Au contraire, ils la favorisent puisque, d'une part, ils contraignent les États à offrir réellement les conditions qu'ils promettent à l'investisseur lorsque celui-ci s'engage, et d'autre part ils suppriment toute barrière à la mobilité des investissements, donc à la « délocalisation »²⁵¹.

Le v^e amendement de la constitution américaine protège la propriété contre les violations par la puissance publique, aux termes d'une disposition dite « *takings clause* »²⁵². A l'origine, cette disposition (comme l'ensemble du *Bill of Rights*) ne concernait que le gouvernement fédéral. C'est le vote du XIV^e amendement, en 1868, qui allait lui donner toute sa portée : en vertu des clauses dites d'« *equal protection* » et de « *due process* », tout citoyen des États-Unis peut attaquer devant une juridiction fédérale une législation d'État qui porterait atteinte à ses droits ou libertés tels que garantis par le *Bill of Rights*²⁵³. C'est ainsi que la Cour suprême a annulé, entre la fin du XIX^e s. et les années 1930, de très nombreuses lois d'États qui portaient atteinte aux droits des personnes, en particulier à leurs « droits économiques ».

On retrouve une logique similaire à l'œuvre dans les traités modernes sur les investissements. Les droits économiques des investisseurs étrangers couverts par un traité sont protégés par le traité, et garantis par la possibilité offerte à l'investisseur d'attirer l'État « hôte » devant une juridiction indépendante dont les décisions s'imposent aux États signataires. Il existe des différences significatives entre le mécanisme du XIV^e amendement américain et celui de l'arbitrage international direct des traités. En particulier, les instruments internationaux n'octroient nullement le droit à un investisseur d'attirer son propre État à l'arbitrage, ce genre de litiges relevant exclusivement des tribunaux internes — alors que les États fédérés américains peuvent être attaqués par leurs propres « ressortissants » devant les juridictions fédérales. Il n'en reste pas moins que la logique est la même : les droits de propriété des personnes privées sont protégés contre les actes et les législations des États par des dispositions de nature constitutionnelle, garanties par un pouvoir judiciaire auquel sont soumis ces mêmes États. Il s'agit bien, dans les deux cas, d'éléments essentiels de fédéralisme

juridique, impliqués par l'ambition de créer les conditions institutionnelles d'un espace marchand intégré *trans*-national.

Résumé

L'influence de la politique juridique américaine sur la formation et la diffusion du nouveau régime juridique des investissements et des contrats, et le fait que ce régime soit essentiellement un droit de construction du marché transnational, doivent être analysés conjointement. Les principes qui structurent le nouveau régime sont ceux du constitutionalisme libéral lockéen, philosophie juridico-politique qui sous-tend très directement la constitution américaine²⁵⁴. Cette filiation est clairement identifiable à propos de l'articulation entre droits économiques des personnes privées et droit de la puissance publique à encadrer, au nom de la collectivité, l'exercice de ces droits. Sur l'autre point capital, à savoir l'instauration de mécanismes juridictionnels garantissant l'effectivité des droits économiques face aux prérogatives souveraines, le changement de paradigme induit par le nouveau régime, par rapport au droit international public, est encore plus net, et l'influence profonde de la conception américaine du *Rule of law* encore plus évidente.

Enfin, il convenait de noter que l'objectif de construction d'un espace transnational marchand s'accompagne d'un mouvement de fédéralisation juridique. Le parallèle entre les dispositions des traités sur les investissements et celles de la constitution américaine, même s'il n'est pas parfait, est cependant probant. Ce fédéralisme juridique n'est pas synonyme d'harmonisation : il établit au contraire, en particulier dans le cas des traités, les conditions d'une réelle concurrence institutionnelle entre les États, portant sur les conditions d'accueil des investissements étrangers. C'est un ordre juridique qui tend à induire le marché en même temps qu'il le rend possible.

QUATRIEME SECTION. LES ETATS ACTIFS SUR LE MARCHE DES PERMIS PETROLIERS FACE AU NOUVEAU REGIME JURIDIQUE

Une analyse portant sur 52 pays répartis en 7 groupes régionaux

INTRODUCTION

On a vu que les instruments internationaux représentatifs du nouveau régime étaient de nature à modifier profondément l'environnement institutionnel du marché des droits pétroliers, en donnant à celui-ci une architecture juridique quasi-constitutionnelle²⁵⁵. Pour que ces évolutions juridiques acquièrent une réelle efficacité économique, il faut que les acteurs concernés, c'est-à-dire les États non membres de l'OCDE et actifs sur le marché des permis d'exploration et production, adhèrent effectivement au régime para-constitutionnel en signant des instruments susceptibles de couvrir les investissements des compagnies pétrolières transnationales sur leur territoire. Il nous faut donc tenter d'apprécier la diffusion du nouveau régime aux pays en développement (et aux pays dits en transition) au cours des quinze dernières années, et particulièrement au cours des années quatre-vingt-dix.

On le fera en distinguant deux catégories d'États. On s'intéressera d'abord (Section 1) aux États issus du bloc communiste présents depuis peu sur le marché des droits pétroliers : Fédération de Russie, anciennes républiques soviétiques, pays d'Europe de l'est. Puis on étudiera (Section 2) la situation de cinq régions pétrolières plus traditionnelles : Afrique de l'ouest, Amérique latine, Asie, Afrique du nord, et Moyen-Orient. L'Afrique de l'ouest et l'Amérique latine, où l'activité des compagnies internationales est en forte croissance depuis une décennie, seront traitées plus en détail. Au total, l'analyse porte sur 52 États.

Liste des 52 pays sur lesquels porte cette analyse

Algérie	Israël
Angola	Kazakhstan
Arabie Saoudite	Koweït
Argentine	Lettonie
Azerbaïdjan	Libye
Bangladesh	Lituanie
Bélarus	Malaisie
Bolivie	Maroc
Brésil	Nigeria
Cameroun	Oman
Chili	Ouzbékistan
Chine	Pakistan
Colombie	Pérou
Congo (Brazzaville)	Pologne
Côte d'Ivoire	Qatar
Égypte	Rép. Kirghize
Émirats Arabes Unis	Roumanie
Équateur	Russie
Estonie	Thaïlande
Gabon	Tunisie
Géorgie	Turkménistan
Guinée Équatoriale	Turquie
Inde	Ukraine
Indonésie	Venezuela
Irak	Vietnam
Iran	Yémen

I. — LES NOUVEAUX ACTEURS SUR LE MARCHÉ DES DROITS PETROLIERS : PAYS EN TRANSITION D'EUROPE DE L'EST ET D'ASIE CENTRALE

1. La région Caspienne et Asie centrale : Azerbaïdjan, Kazakhstan, Kirghizie, Ouzbékistan

Même si les perspectives d'investissements et de production à court et moyen termes ont été constamment surévaluées depuis le début des années quatre-vingt-dix, l'intérêt des compagnies transnationales pour la région Caspienne - Asie centrale est aujourd'hui largement avéré. Des découvertes importantes ont été effectuées (s'ajoutant aux réserves existantes), de nombreux permis ont été accordés, et les États demeurent très actifs sur le marché des droits²⁵⁶. Des problèmes persistent quant à l'évacuation des hydrocarbures vers les marchés de consommation; toutefois la région devrait connaître une croissance soutenue de sa production d'huiles et de gaz dans les années et les décennies à venir.

En plus des trois pays riverains de la Caspienne (le quatrième, la Russie, est traité séparément, plus bas, et le cinquième, l'Iran, est traité dans la section Moyen-Orient), nous avons retenu deux États d'Asie centrale issus du bloc soviétique: l'Ouzbékistan et la République Kirghize. Ces deux pays font des efforts soutenus pour attirer les investissements des compagnies pétrolières internationales, sans grand succès pour l'instant. Ils disposeraient de ressources importantes situées dans le *Fergana Basin*²⁵⁷.

Au cours des années quatre-vingt-dix, ces quatre États ont pleinement adhéré au nouveau régime juridique international des investissements et des contrats d'État. Tous ont signé la convention de Washington sur le règlement des différends relatifs aux investissements (convention CIRDI). Tous, également, ont signé et ratifié le traité sur la Charte de l'énergie (TCE). Quatre de ces cinq États ont signé un traité bilatéral sur les investissements avec les États-Unis. De par ces trois instruments, ces pays forment un ensemble très homogène sur le plan de leur adhésion au nouveau régime (voir Tableau 2).

Tableau 2 — La zone Caspienne & Asie centrale : Convention CIRDI, traités avec les États-Unis, Traité sur la Charte de l'énergie

États	Convention CIRDI	Traités bilatéraux avec les États-Unis	Traité sur la Charte de l'énergie
Azerbaïdjan	1992	(1997)	1997
Turkménistan	1992	-	1997
Kazakhstan	2000	1994	1996
Rép. Kirghize	(1995)	1994	1997
Ouzbékistan	1995	(1994)	1996

Note : Dates de ratification et/ou d'entrée en vigueur et/ou d'accession au statut de partie. Les dates de signature d'instruments non entrés en vigueur au 31 janvier 2001 figurent entre parenthèses.

Sources : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ; Département d'État américain ; Secrétariat de la Charte de l'énergie.

La conjonction du TCE et des traités bilatéraux américains garantit à la plupart des investisseurs pétroliers internationaux un très haut niveau de protection de leurs droits économiques face au « risque souverain », sous toutes ses formes : nationalisation, fiscalité confiscatoire, réglementation portant atteinte à la valeur économique des actifs, etc. Ils jouissent du droit d'attirer unilatéralement l'État ou son représentant à l'arbitrage dans le cadre du CIRDI²⁵⁸. Les traités leur garantissent un traitement au moins égal aux investisseurs locaux, ou aux investisseurs étrangers les mieux traités. Dans le cas des TBI américains, ce traitement s'étend à la phase d'acquisition des droits d'exploration et production ; c'est également ce que prévoit le TCE II en préparation : à terme, les pays de cette zone pourraient donc constituer, pour la quasi-totalité des compagnies pétrolières transnationales, une zone de libre concurrence pour l'accès au sous-sol.

Les investissements pétroliers américains au Turkménistan ne sont couverts par aucun traité. Les modalités de règlement des différends sont donc définies contractuellement. Le modèle de *Production Sharing Contract* turkmène prévoit le recours aux règles d'arbitrage UNCITRAL²⁵⁹. Cependant, le Turkménistan étant partie à la convention CIRDI, de même que les États-Unis, il est sans doute possible à une compagnie américaine de négocier une clause de recours au CIRDI. Ce que l'État turkmène accorde aux investissements couverts par le TCE, il peut sans doute difficilement le refuser aux investissements américains, même s'il n'y est pas tenu en droit.

En ce qui concerne les normes de traitement des investissements par l'État hôte, on observe un phénomène d'interaction entre les dispositions du TCE et celles des traités bilatéraux sur les investissements (TBI). Par le jeu des clauses dites de la nation la plus favorisée, il se produit un *nivellement par le haut* des normes de traitement applicables. Ainsi, lorsqu'un État de la région signe un TBI avec un État non partie au TCE (par exemple États-Unis ou Chine), tout traitement supérieur à celui prévu par le TCE devient immédiatement applicable aux investissements couverts par le TCE, bien qu'accordé initialement sur une base bilatérale. Inversement, les investisseurs chinois ou américains sont assurés de bénéficier, dans les pays de la région, du traitement que ces derniers ont négocié dans le cadre plurilatéral du TCE. Comme le montre le Tableau 3 p. 71, les pays de la zone Caspienne et Asie centrale ont signé, au cours des années quatre-vingt-dix, un nombre assez impressionnant de TBI, y compris avec des États qui ne sont pas partie au TCE.

Tableau 3 — Zone Caspienne & Asie centrale : traités bilatéraux sur les investissements

Azerbaïdjan	Turkménistan	Kazakhstan	Rép. Kirghize	Ouzbékistan
Allemagne (1994)	<i>Chine (1992)</i>	Allemagne	Arménie	Allemagne
<i>Chine (1995)</i>	<i>Egypte (1995)</i>	(1992)	(1994)	(1993)
<i>États-Unis (1997)</i>	France (1994)	<i>Chine (1992)</i>	<i>Chine (1992)</i>	<i>Chine (1992)</i>
Turquie (1995)	<i>Inde (1995)</i>	<i>Corée (1996)</i>	<i>États-Unis</i>	<i>Corée (1992)</i>
	<i>Indonésie (1995)</i>	<i>Egypte (1993)</i>	(1993)	<i>Egypte (1992)</i>
	<i>Malaisie (1994)</i>	Espagne (1994)	France (1994)	<i>États-Unis</i>
	Turquie (1992)	<i>États-Unis</i>	<i>Indonésie</i>	(1994)
		(1992)	(1995)	Finlande
		Finlande	<i>Malaisie</i>	(1992)
		(1992)	(1995)	France (1993)
		Hongrie (1994)	<i>Pakistan</i>	Moldavie
		<i>Iran (1996)</i>	(1995)	(1995)
		<i>Israël (1995)</i>	Royaume-Uni	Pays-Bas
		Italie (1994)	(1995)	(1996)
		Lituanie (1994)	Turquie (1992)	Pologne (1995)
		<i>Mongolie</i>	Ukraine (1994)	Royaume-Uni
		(1994)		(1993)
		Pologne (1994)		Suisse (1993)
		Roumanie		Turquie (1992)
		(1996)		
		Royaume-Uni		
		(1995)		
		Suisse (1994)		
		Turquie (1992)		
		Ukraine (1994)		

Notes : Dates de signature ; certains de ces traités peuvent n'être pas entrés en vigueur. Situation telle qu'en 1996 (dernière liste disponible), mise à jour pour les seuls traités signés avec les États-Unis. Les noms en italiques correspondent aux États non parties au Traité sur la charte de l'énergie

Sources : *Idem* Tableau 2.

Conclusion

La région Caspienne et Asie centrale fait figure de « modèle » d'adhésion au nouveau régime juridique international des investissements et des contrats d'État. Le traité sur la Charte de l'énergie, ainsi qu'un réseau dense de traités bilatéraux sur les investissements — notamment avec les États-Unis et le Royaume-Uni — constituent les vecteurs de cette insertion dans le nouveau régime. Tant sur le plan du règlement des différends entre État (ou compagnie nationale) et investisseurs étrangers, que sur le plan des normes de traitement des investissements et de l'encadrement des prérogatives réglementaires et fiscales, les compagnies pétrolières transnationales sont globalement très bien protégées contre le « risque souverain ».

2. La Russie et l'Europe de l'est

Après l'effondrement du bloc communiste, les États qui en sont issus — tant les pays d'Europe centrale et orientale que les ex-républiques soviétiques — ont massivement et profondément adhéré au nouveau régime juridique international des investissements. Seule la Russie, qui a signé des instruments mais ne les a pas ratifiés, reste en retrait.

Comme pour les pays riverains de la Caspienne, cette adhésion s'est matérialisée par un triple mouvement : signature de la convention CIRDI (huit États sur neuf retenus l'ont signée entre 1992 et 2000, sept l'ont ratifiée) ; signature du traité sur la Charte de l'énergie (les neuf États l'ont signé, sept l'ont ratifié) ; et signature de traités bilatéraux sur les investissements. Depuis 1990, les neuf États retenus ont signé près de 300 TBI²⁶⁰ ; tous ont signé un traité bilatéral avec les États-Unis. Les pays en transition issus du bloc soviétique constituaient d'ailleurs un objectif prioritaire du programme américain de TBI dans les années quatre-vingt-dix²⁶¹. Enfin, deux autres États « exportateurs de capitaux pétroliers » et non signataires du TCE, le Canada et la Chine, ont signé des TBI avec respectivement cinq et quatre États de la région. La combinaison d'un traité multilatéral et d'un réseau très dense d'instruments bilatéraux de dernière génération fait de la région un ensemble très homogène du point de vue de la protection des droits des investisseurs étrangers et de la garantie d'accès à l'arbitrage international direct. La quasi-totalité des compagnies pétrolières transnationales sont couvertes pour leurs projets dans la région.

Le cas de la Russie

Du point de vue de l'activité sur le marché des droits pétroliers, trois pays se détachent du groupe retenu : la Russie, la Pologne (qui fait l'objet d'un vif intérêt et où des gisements de gaz ont été découverts) et la Roumanie. Parmi ceux-ci, la Russie émerge comme un acteur de premier plan, tant par son niveau de production que par son potentiel en exploration et développement. Or, la Fédération de Russie n'a ratifié aucun des instruments relatifs aux investissements qu'elle a signés depuis 1990 : ni la convention de Washington (CIRDI), ni le traité sur la Charte de l'énergie, ni son traité bilatéral avec les États-Unis, ni les autres TBI mentionnés dans le Tableau 5. Faute de ratification de ces traités, la Russie se distingue des autres États de la région par un très faible niveau d'adhésion effective au nouveau régime juridique international.

Or, les investisseurs ayant acquis des permis en Russie au cours des dix dernières années ont fait face à des conditions politico-institutionnelles très difficiles, à tel point que malgré un énorme potentiel, le volume des investissements pétroliers étrangers est resté très modeste. La plupart des grandes compagnies transnationales ont renoncé à leurs projets importants, ou les ont fortement revus à la baisse, faute de conditions institutionnelles suffisamment stables et prévisibles, et de protection suffisante de leurs droits de propriété. Elles dénoncent en particulier la multiplicité des niveaux de décision publique non coordonnés entre eux, l'extrême instabilité fiscale et contractuelle, et la déficience du système judiciaire.

Si les instruments internationaux signés par la Russie avaient été en vigueur, des recours en arbitrage auraient pu être intentés contre l'État, en particulier pour non respect des engagements contractuels et « fiscalité confiscatoire ». La principale barrière à la ratification des traités est certainement l'incapacité dans laquelle se trouve l'État fédéral à se porter garant des agissements des autorités locales, qui jouent un rôle primordial dans les

relations avec les investisseurs étrangers. Aux termes du TCE²⁶² comme des TBI américains²⁶³, l'État central est responsable, vis-à-vis des investisseurs étrangers, des actions des autorités locales : il semble douteux, dans les conditions actuelles de désorganisation administrative en Russie, que l'État fédéral puisse assumer une telle responsabilité.

Tableau 4 — Russie et Europe orientale : convention CIRDI, TCE, traités bilatéraux avec les États-Unis

<i>États</i>	Convention CIRDI	Traité sur la Charte de l'énergie	TBI avec les États-Unis
Bélarus	1992	Non ratifié ^(*)	1994
Estonie	1992	1998	1994
Géorgie	1992	1995	1994
Lettonie	1997	1996	1995
Lituanie	1992	1998	1998
Pologne	-	2001	1990
Roumanie	1975	1997	1992
Russie	(1992)	Non ratifié	(1992)
Ukraine	2000	1998	1994

Sources : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI, Banque Mondiale) ; Département d'État américain ; CNUCED ; Secrétariat de la Charte sur l'énergie.

Note : Dates de signature pour les TBI ; les traités non entrés en vigueur figurent entre parenthèses.

(*) Le Bélarus applique provisoirement le traité.

Tableau 5 — Russie et Europe orientale : sélection de traités bilatéraux sur les investissements postérieurs à 1989 et potentiellement pertinents pour les investissements pétroliers

Bélarus	Estonie	Géorgie	Lettonie	Lituanie	Pologne	Ukraine	Roumanie	Russie
Finlande	Finlande	<i>Chine</i>	Finlande	<i>E.-U.</i>	Australie	Finlande	<i>Canada</i>	<i>Canada</i>
<i>Chine</i>	France	All.	France	All.	<i>Canada</i>	<i>Chine</i>	Finlande	Finlande
All.	Norvège	<i>E.-U.</i>	Norvège	France	Finlande	Roy.-Uni	France	France
France	Pays-Bas	Roy.-Uni	All.	Finlande	France	All.	All.	All.
<i>E.-U.</i>	All.		Roy.-Uni	Norvège	All.	<i>E.-U.</i>	Italie	Pays-Bas
Roy.-Uni	<i>Chine</i>		Pays-Bas	Roy.-Uni	Italie	France	Pays-Bas	Norvège
Pays-Bas	<i>E.-U.</i>		<i>E.-U.</i>	<i>Chine</i>	Pays-Bas	Pays-Bas	Norvège	Espagne
Italie	Roy.-Uni		<i>Canada</i>	Pays-Bas	Norvège	<i>Canada</i>	Espagne	Roy.-Uni
			Espagne	Espagne	Espagne	Italie	<i>E.-U.</i>	<i>E.-U.</i>
				Italie	<i>E.-U.</i>			

Notes : Dates de signature ; certains traités peuvent n'être pas entrés en vigueur. Les États non parties au TCE figurent en italiques.

Sources : CIRDI ; CNUCED ; Département d'État américain.

Conclusion

Les États issus de l'éclatement de l'URSS comme les anciens membres du bloc communiste forment un groupe important de nouveaux « offreurs » sur le marché international des droits pétroliers. Ils sont entrés sur le marché au début des années quatre-vingt-dix, au moment où des zones très importantes comme l'Amérique latine ou l'Afrique de l'ouest se sont massivement ouvertes aux investissements étrangers, et où différents facteurs relançaient l'intérêt des compagnies pour des provinces matures situées dans des pays de l'OCDE, telles que la Mer du Nord ou le Golfe du Mexique. Les « nouveaux entrants » de l'est ont donc eu à pénétrer un marché très concurrentiel bien qu'en forte croissance. Certains, comme la Russie ou les pays riverains de la Caspienne, disposent d'atouts géologiques importants ; mais beaucoup souffrent de handicaps sérieux, en particulier d'une forte incertitude politique et institutionnelle.

Dans ce contexte, la signature d'instruments internationaux destinés à codifier les rapports entre l'État et les investisseurs étrangers et à en « dé-nationaliser » la régulation juridique, constitue pour ces pays un moyen privilégié de palier leur « déficit institutionnel », donc d'augmenter la valeur des droits pétroliers qu'ils mettent sur le marché. Le fait de soumettre l'exercice de leur souveraineté sur les ressources naturelles à des normes internationales para-constitutionnelles ne représente pas pour ces États un difficile renoncement. Ils ont, dès leur indépendance, recherché l'insertion maximale dans l'économie mondiale, dont les investissements étrangers dans les ressources naturelles — en particulier dans les hydrocarbures — constituent l'un des vecteurs principaux, parfois le vecteur unique. Le contexte historico-politique dans lequel ces États intègrent la scène pétrolière internationale fait qu'ils n'éprouvent aucune difficulté à signer des traités bilatéraux sur les investissements avec les principaux pays de l'OCDE et un traité multilatéral aussi exigeant que le Traité sur la Charte de l'énergie. Tel n'est pas le cas de certains États d'autres régions du monde, présents de longue date sur le marché des permis pétroliers.

II. — LES REGIONS PETROLIERES HISTORIQUES FACE AU REGIME JURIDIQUE PARA-CONSTITUTIONNEL

Tous les pays étudiés ci-après ne sont pas des acteurs historiques sur le marché des permis d'exploration. Cependant, les compagnies pétrolières transnationales ont, à des degrés divers, opéré dans la plupart d'entre eux — en tout cas dans toutes les régions concernées — avant le mouvement d'affirmation de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Plusieurs de ces États n'ont pas nationalisé intégralement l'industrie pétrolière amont, continuant de travailler, sur des bases diverses, avec les investisseurs étrangers. Mais tous ont été marqués par la vague de nationalisme pétrolier qui a touché l'ensemble du monde en développement à partir des années soixante. Beaucoup ont révisé, au cours des quinze dernières années, leurs conditions légales, fiscales et contractuelles afin d'accroître leur compétitivité sur le marché des droits pétroliers. De fait, les compagnies transnationales investissent de nouveau massivement dans certains de ces pays. Se sont-ils pour autant engagés massivement dans l'adhésion au régime juridique para-constitutionnel ? Peu d'entre eux sont restés entièrement à l'écart de la diffusion du nouveau régime, d'ailleurs inégale en fonction des régions. Mais la dynamique d'adhésion est moins nette, on va le voir, que pour les États étudiés à la section précédente.

1. L'Afrique de l'ouest

Tout au long des décennies soixante-dix et quatre-vingt, l'Afrique de l'ouest n'a pas fait l'objet, de la part des compagnies transnationales, d'un effort d'exploration en rapport avec son potentiel géologique²⁶⁴. En revanche, la région connaît depuis quelques années un très net regain d'intérêt, au point de figurer parmi les zones les plus dynamiques sur le marché des permis, attirant des montants d'investissements considérables²⁶⁵.

Le Tableau 6 (p. 76) résume le degré d'adhésion de différents pays d'Afrique de l'ouest au nouveau régime juridique international des investissements, à travers la signature de la convention CIRDI et de traités bilatéraux sur les investissements de nouvelle génération. Il ressort que les pays de cette région présentent des degrés d'adhésion très contrastés. Trois groupes peuvent être distingués.

- Le premier regroupe le Cameroun et le Congo qui ont signé la convention CIRDI ainsi que des TBI avec les Etats-Unis, le Royaume-Uni, et l'Italie pour le Cameroun ;
- Le second regroupe le Nigeria, la Côte d'Ivoire et le Gabon. Ces pays sont signataires de la convention CIRDI et ont signé, au cours de la décennie 1990, un ou plusieurs traités bilatéraux avec des pays de l'OCDE ;
- Enfin, l'Angola et la Guinée Équatoriale ne sont pas parties à la convention CIRDI et n'ont signé aucun TBI : leur degré d'adhésion au nouveau régime est nul.

Face à une telle hétérogénéité et au vu de l'importance de la région sur le marché des permis, un traitement pays par pays paraît nécessaire.

Tableau 6 — Pays d'Afrique de l'ouest : convention CIRDI et traités bilatéraux sur les investissements

États	Convention CIRDI	Traité bilatéraux « modernes » sur les investissements ^(*)		
		États-Unis	Royaume-Uni	Autres
Congo (Brazzaville)	1966	1994	1990	Italie 1994
Cameroun	1967	1989	1985	-
Nigeria	1966	-	1990	France 1991 Pays-Bas 1994
Côte d'Ivoire	1966	-	1995	-
Gabon	1966	-	-	Espagne 1995
Angola	-	-	-	-
Guinée Équatoriale	-	-	-	-

Sources : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI, Banque Mondiale) ; Département d'État américain.

(*) Seuls les traités susceptibles de « couvrir » des investissements pétroliers sont mentionnés.

Le Cameroun

La République du Cameroun a signé la convention de Washington dès 1965 (convention CIRDI) ; elle a accédé au statut d'État partie le 2 février 1967.

Le Cameroun a signé deux traités bilatéraux sur les investissements. En particulier, le traité avec les États-Unis (1989), qui garantit aux investissements couverts (c'est-à-dire aux compagnies américaines et à leurs filiales) la possibilité de recourir à l'arbitrage au sein du CIRDI en cas de différend avec l'État, même si la clause d'arbitrage du contrat ne le prévoit pas²⁶⁶. Ce droit porte aussi bien sur les actions de l'État en tant que co-contractant, que sur ses actions en tant que « régulateur » et législateur. Les TBI britanniques garantissent également le recours à l'arbitrage international direct pour les différends relatifs aux investissements.

Les principales dispositions des TBI américains en matière de traitement des investissements garantissent aux investisseurs un très haut degré de protection des « droits économiques » conférés par le contrat, y compris contre les atteintes d'origine réglementaire ou même fiscale. Les investissements couverts ne peuvent en aucun cas être traités moins bien que les investisseurs nationaux ou que ceux de la nation la plus favorisée — et ce y compris lors de la phase d'octroi des licences ou des contrats. Tout traitement discriminatoire est prohibé. Les traités avec le Royaume-Uni comprenant une clause de la nation la plus favorisée, les normes de traitement prévues par le traité *Cameroun – États-Unis* s'étendent aux investisseurs britanniques, chaque fois qu'elles sont supérieures à celles prévues par le traité *Cameroun – Royaume-Uni*.

Un exemple historique permet de saisir l'effet concret de l'adhésion au nouveau régime des investissements. La « loi ultimatum » de 1982 — par laquelle l'État avait contraint les compagnies étrangères à accepter une modification du cadre contractuel, sous

la menace d'une expropriation — avait fortement contribué à la dégradation du climat des investissements pétroliers au Cameroun²⁶⁷. Une initiative gouvernementale de ce type devient impossible lorsque les investissements concernés sont couverts par des TBI modernes. Les compagnies peuvent porter l'affaire devant un tribunal arbitral et exiger le respect du contrat, que garantissent à la fois les dispositions explicites des traités et la référence aux « principes du droit international ».

Le Congo (Brazzaville)

Le Congo présente le même degré d'insertion dans le nouveau régime international des investissements que le Cameroun. Le traité bilatéral avec l'Italie (1994) étend aux investisseurs de ce pays le bénéfice des normes de traitement prévues par les traités américain et britannique (à l'exception du traitement national dans la phase d'installation, réservé aux investisseurs américains). Comme le Cameroun, le Congo a signé très tôt la convention CIRDI.

Ce pays offre donc aux investissements pétroliers couverts par ses TBI (compagnies britanniques, américaines et italiennes) de très bonnes garanties d'accès à l'arbitrage international (et d'application effective et rapide des sentences arbitrales). Ainsi que des normes de traitement conformes aux principes « constitutionnels » du nouveau régime juridique international : respect du contrat, respect des « droits économiques » de l'investisseur, codification de l'exercice des prérogatives souveraines de l'État.

Le Nigeria

Avec 100 millions de tonnes en 1999, le Nigeria est le premier producteur de pétrole du continent. Depuis le retrait du Gabon, il est le seul pays d'Afrique sub-saharienne membre de l'OPEP. Mais il est aussi un des principaux moteurs du regain d'intérêt des compagnies internationales pour l'Afrique de l'ouest. Le gouvernement entend accroître la capacité de production à 250 Mt d'ici 2010, et doubler les réserves prouvées (22,5 milliards de barils aujourd'hui). Cet objectif motive une présence active sur le marché des permis, notamment en offshore profond.

Le Nigeria a signé la convention CIRDI dès 1965 et a accédé au statut de partie l'année suivante.

L'État a signé trois TBI au cours des années 1990, avec trois pays « exportateurs de capitaux pétroliers » : le Royaume-Uni, la France et les Pays-Bas. Tous ces traités garantissent aux investisseurs le recours à l'arbitrage international. Le modèle français stipule (article 8) que « les différends entre l'État et les investisseurs doivent être soumis à l'arbitrage du CIRDI. »²⁶⁸ Le modèle britannique prévoit (art. 8.1) que la signature du traité « vaut consentement écrit de l'État pour soumettre les différends au CIRDI »²⁶⁹.

On peut mesurer la contrainte que représente l'adhésion au régime juridique para-constitutionnel en analysant les contrats types publiés par l'État en 1979 et 1993.

Le contrat type de 1979 comporte une clause d'arbitrage très restrictive. L'article 22.1 prévoit le recours à l'arbitrage pour le règlement des différends entre la compagnie nationale (NNPC) et l'investisseur étranger²⁷⁰. Mais les garanties fournies à l'investisseur sont très faibles. Le choix du troisième arbitre, qui préside le tribunal et dont la voix est déterminante, revient à la Haute Cour du Nigeria, selon les dispositions d'une loi nigérienne de 1958. Les règles et procédures d'arbitrage sont choisies par accord entre les arbitres, à défaut par le seul président du tribunal. Le même article prévoit que la sentence tient

juridiquement les parties. Toutefois, l'article 21.2 a précisé auparavant que « aucun terme ou disposition de ce contrat, y compris l'accord des parties pour soumettre leurs différends à l'arbitrage, ne saurait empêcher ou limiter l'exercice par le gouvernement du Nigeria de ses droits inaliénables. »²⁷¹ Une telle clause, directement inspirée de la doctrine de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles²⁷², est inquiétante du point de vue de l'investisseur. Elle fait quasi explicitement référence à la possibilité pour l'État, d'une part, de s'opposer au recours à l'arbitrage lorsqu'il estime que l'action contestée par la compagnie relève de l'exercice d'un « droit inaliénable » ; d'autre part, d'invoquer l'immunité souveraine pour empêcher l'application d'une éventuelle sentence défavorable — d'ailleurs très improbable au vu des conditions de désignation du président du tribunal arbitral. Enfin, le droit nigérian est seul applicable.

La clause d'arbitrage du contrat type de 1993 est identique à celle de 1979²⁷³, à une exception importante près : à défaut d'accord entre les arbitres choisis respectivement par les deux parties, le troisième arbitre est désigné par le président de la cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Paris, c'est-à-dire par une autorité neutre.

Notons que ces deux documents sont des contrats types, ce qui signifie que les compagnies, en particulier dans la période récente, obtiennent peut-être des clauses d'arbitrage offrant un degré supérieur de garantie, notamment le recours au CIRDI puisque le Nigeria est partie à la convention. Quoi qu'il en soit, les clauses d'arbitrage de ces contrats types, y compris celui de 1993, sont très en deçà de la norme imposée par les traités bilatéraux signés depuis 1990 par le Nigeria. On perçoit donc la contrainte que représente pour ce pays l'adhésion au nouveau régime.

En ce qui concerne le traitement des investissements pétroliers étrangers, les traités signés avec le Royaume-Uni, la France et les Pays-Bas obligent l'État à assurer un haut degré de protection des droits économiques. En particulier, le traité britannique interdit les mesures d'expropriation « rampante » et les atteintes réglementaires ou législatives à la valeur économique de l'investissement. Tous les traités bilatéraux (y compris avec la France) interdisent les mesures discriminatoires ou « déraisonnables ». Enfin, les clauses de la nation la plus favorisée assurent un nivellement par le haut des normes de traitement pour tous les investissements couverts par les TBI.

Le Gabon

Le Gabon est partie à la convention CIRDI depuis 1965. Mais il n'a signé qu'un seul TBI moderne, avec l'Espagne en 1995. On peut donc considérer que le degré d'adhésion de ce pays pétrolier au nouveau régime international des investissements reste faible.

La Côte d'Ivoire

La Côte d'Ivoire est partie à la convention CIRDI depuis 1966. Le gouvernement a signé en 1995 un TBI important avec le Royaume-Uni. Les investisseurs couverts (les filiales des compagnies pétrolières britanniques) ont le droit de recourir à l'arbitrage pour régler leurs différends avec l'État, en particulier au CIRDI si tel est leur choix. Le traité avec le Royaume-Uni impose également des normes très avancées de traitement des investissements et de protection face au « risque souverain ».

Sur la question de l'arbitrage, la législation pétrolière ivoirienne a évolué dans le sens des principes du nouveau régime juridique international. À la différence du code pétrolier de 1970 qui ne mentionnait pas le règlement des différends, le nouveau code de 1996 précise

que le contrat doit prévoir une procédure de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends entre l'État et la compagnie contractante en ce qui concerne l'interprétation ou l'application du contrat (art. 85)²⁷⁴. Au plan contractuel, le recours au CIRDI est une constante des contrats ivoiriens depuis 1970, à l'exception du contrat type de 1975. Par exemple, un contrat signé en 1992 avec une société américaine prévoit le recours au CIRDI ; il ne mentionne que le droit ivoirien comme droit applicable ; il précise que la sentence est définitive, tient juridiquement les parties et est immédiatement applicable ; enfin, il stipule que l'État lève « de manière irrévocable » toute immunité quant à l'application de la sentence²⁷⁵.

En dehors du droit applicable, pour lequel certains TBI et tous les instruments multilatéraux exigent (au minimum) la référence aux principes du droit international, les dispositions législatives comme la pratique contractuelle de la Côte d'Ivoire sont conformes aux exigences du nouveau régime juridique. Naturellement, cette conformité ne signifie pas que les investisseurs non couverts par des traités bénéficient des garanties que ceux-ci procurent.

L'Angola

La production pétrolière de l'Angola a plus que quadruplé entre 1980 et 1999, avec un objectif de 50 Mt en 2001. Les importantes découvertes effectuées ces dernières années, notamment dans l'offshore profond, et le maintien d'une fiscalité favorable font de l'Angola un pays très attractif pour les compagnies internationales.

L'État angolais n'est pas partie à la convention CIRDI et n'a signé aucun traité bilatéral sur les investissements : son degré d'adhésion au nouveau régime juridique international est nul. En matière de traitement, les compagnies pétrolières internationales ne bénéficient donc d'aucune garantie particulière, autre que les principes du droit international coutumier²⁷⁶. La portée exacte de ces derniers est incertaine, les traités bilatéraux sur les investissements ayant précisément pour fonction de lever cette incertitude. Quant aux procédures de règlement des différends, la législation pétrolière les renvoie aux contrats de partage de production entre la société d'État SONANGOL (dépositaire d'un monopole des droits miniers) et les compagnies étrangères (art. 30)²⁷⁷.

Sur cette question très importante du règlement des différends entre l'État et les investisseurs, l'analyse de documents contractuels montre que la pratique angolaise s'est rapprochée de ce qui serait exigé de l'État s'il s'engageait dans des traités modernes sur les investissements. Nous disposons pour l'établir de quatre contrats types, publiés entre 1982 et 1997, et d'une version provisoire d'un contrat réel, datée de 1980.

- Les contrats de 1980 et 1986

Le contrat de 1980 inclut une clause d'arbitrage très sommaire²⁷⁸. Il prévoit le recours aux règles d'arbitrage de l'UNCITRAL ; aucun des éléments les plus communément précisés dans ce type de clause n'est présent, en dehors du nombre d'arbitres et du lieu de l'arbitrage (Luanda, capitale de l'Angola). Aucune indication n'est donnée quant au droit applicable. Il est douteux que cette clause ait pu être acceptée en l'état par la compagnie étrangère.

La clause d'arbitrage du contrat type de 1986 précise que le recours à l'arbitrage doit régler le cas de manière « *final and binding* »²⁷⁹. Les règles UNCITRAL sont également retenues. Le troisième arbitre doit être désigné par une autorité neutre, choisie par les

parties (aucune disposition prévue en cas d'impossibilité d'accord). La législation angolaise est désignée comme le droit applicable par le tribunal arbitral.

- Les contrats type de 1991, 1992 et 1997

Les clauses d'arbitrage de ces trois contrats types²⁸⁰ sont très semblables. Elles prévoient le recours à l'arbitrage dans le cadre des règles UNCITRAL, en vue de régler les différends de manière « définitive et exclusive ». L'avancée principale est une disposition spécifiant que « les parties conviennent que cette clause d'arbitrage vaut *abdication de toute immunité contre la validité et l'application de la sentence* ou de tout jugement y afférant » (art. 42.5) ; les modèles de 1991 et 1997 précisent, selon la formule habituelle, que la sentence « est définitive, tient juridiquement les parties, et est immédiatement applicable ». Le contrat type offrant le plus haut degré de garantie est celui de 1991 qui, seul, mentionne les principes du droit international — à côté du droit angolais — comme droit applicable par le tribunal arbitral.

On observe donc, au plan contractuel, une nette évolution dans le sens d'une meilleure garantie offerte aux investisseurs en ce qui concerne le recours à l'arbitrage. Toutefois, l'absence de recours au CIRDI et la limitation au droit angolais comme droit applicable (contrats types de 1992 et 1997) maintiennent ces clauses en deçà des normes du nouveau régime international « para-constitutionnel ».

Cette évolution contractuelle positive sur la question de l'arbitrage entre État et investisseurs étrangers ne doit pas masquer l'essentiel en ce qui concerne notre sujet : l'Angola, pays devenu très attractif sur le marché des permis d'exploration, ne s'est pas engagé, au cours des années quatre-vingt-dix, dans un mouvement d'adhésion au nouveau régime juridique international des investissements.

La Guinée Équatoriale

La guinée équatoriale, petit pays d'Afrique de l'ouest situé à la frontière entre le Gabon et le Cameroun, est une des zones les plus actives de la région en matière d'exploration. Pays pétrolier insignifiant il y a une décennie, la G.E. pourrait produire environ 300.000 b/j d'ici trois ans. D'importantes découvertes ont été faites (notamment les champs de Zafiro en 1995 et La Ceiba en 1999) qui stimulent fortement l'intérêt des compagnies internationales.

Tout comme l'Angola, la G.E. n'est pas partie à la convention de Washington et n'a signé aucun TBI, à l'exception d'un traité assez ancien avec la France, en 1982. On peut donc considérer que cet État n'a pas, pour l'instant, souhaité adhérer au nouveau régime juridique international des investissements et des contrats d'État.

Le cadre juridique des contrats pétroliers est défini principalement par un décret-loi de 1981²⁸¹, qui n'évoque pas le règlement des différends entre l'État et les compagnies. Toutefois, les contrats témoignent d'une évolution vers un haut degré d'acceptation des principes portés par le nouveau régime des contrats d'État en matière d'arbitrage.

- Le contrat type de 1982 : très en deçà des normes actuelles

La section XIII du contrat type de 1982²⁸² prévoit le recours à la conciliation, et le cas échéant à l'arbitrage, dans le cadre du CIRDI (art. 13.1 à 13.4). Mais l'article 13.6 précise que, la G.E. n'étant pas (encore) signataire, les dispositions de cette section du contrat n'entreront en vigueur qu'à la date où l'État accédera au statut de partie à la

convention²⁸³. D'ici là, les différends seront réglés selon des procédures « analogues à celles qui seraient applicables dans le cadre de la convention [CIRDI] », à l'exception du déclenchement de la procédure, par « communication directe d'une quelconque partie à l'autre ». Toutefois, les règles du Mécanisme supplémentaire (qui s'applique lorsque l'État partie au différend n'est pas partie à la convention CIRDI) ne sont pas mentionnées dans ce contrat type, alors qu'elles seraient applicables si la compagnie impliquée est ressortissante d'un État partie à la convention de Washington.

Le tribunal arbitral devrait appliquer le droit de la République de Guinée Équatoriale (art. 13.7). Il n'est fait mention d'aucun autre principe de droit applicable.

Enfin, il n'est pas fait mention de la « qualité » reconnue par les parties à la sentence arbitrale. L'État n'étant pas partie à la convention CIRDI, l'investisseur ne bénéficie pas des garanties qu'elle confère en matière d'exécution de la sentence, et de sa reconnaissance par les juridictions nationales et étrangères.

- Un contrat signé en 1992 : mécanisme supplémentaire CIRDI ; droit international

La clause d'arbitrage d'un contrat signé en 1992 par une compagnie américaine²⁸⁴ est beaucoup plus claire, et surtout nettement plus conforme aux normes portées par le nouveau régime juridique international des contrats d'État. Le recours à l'arbitrage (sans mention à la conciliation) est prévu dans le cadre des règles du mécanisme supplémentaire CIRDI (art. 13.1). Le même article précise que les deux parties lèvent toute exemption relative à l'arbitrage, et à toute procédure et actions relatives à l'application de la sentence. L'article 13.2 prévoit que, en cas de signature de la convention CIRDI par la G.E., le règlement des différends s'effectueraient dans le cadre prévu par la convention. Le droit de chaque partie à engager la procédure d'arbitrage est réaffirmé (art. 13.3).

En plus du droit de la G.E., les « principes généralement acceptés du droit international » sont mentionnés comme partie intégrante du droit applicable (art. 13.7).

Enfin, il est précisé explicitement que toute sentence arbitrale est définitive, oblige les parties et est immédiatement applicable (art. 13.8).

- Le contrat type de 1998 pour l'offshore profond

En 1998, la Guinée Équatoriale a publié un contrat type dans le cadre d'un cycle de mise aux enchères de blocs d'exploration en offshore profond²⁸⁵. Le saut en qualité par rapport au contrat type de 1982 est flagrant, sur toutes les clauses importantes (fiscalité, programmes de travail, partage de la production, clauses générales, etc.) : cela reflète l'expérience accumulée par le pays au cours des quinze dernières années, et son accession récente au statut de province très convoitée par les compagnies internationales.

La clause d'arbitrage s'inscrit dans cette évolution générale. Les « règles et pratiques » du droit international applicables en la matière sont partie intégrante du droit applicable ; la sentence arbitrale est reconnue comme définitive, tenant juridiquement les parties et immédiatement applicable — deux dispositions essentielles absentes du contrat type de 1982, mais déjà présentes dans le contrat de 1992. En revanche, toute référence au CIRDI est supprimée. Les formulations laissant entendre que la G.E. pourrait signer prochainement la convention CIRDI ne sont pas reprises (la G.E. n'a, depuis lors, toujours pas signé la convention) ; il n'est pas fait référence aux règles d'arbitrage du mécanisme supplémentaire. Le cadre désigné pour l'arbitrage est la Chambre de commerce internationale (CCI), instance d'arbitrage commercial.

Ce repli sur la CCI — même si de nombreux contrats pétroliers se contentent du recours à une instance d'arbitrage commercial — ne va pas dans le sens d'une inscription dans le nouveau régime des contrats d'État : les garanties de l'investisseur face à l'État souverain y sont moins solides que dans le cadre du CIRDI. Mais il ne s'agit que d'un contrat type, sur la base duquel État et compagnie sont appelés à négocier. Compte tenu de l'évolution générale des contrats types du pays, et surtout du fait qu'il existe des précédents de contrats guinéens prévoyant le recours au mécanisme supplémentaire du CIRDI, il est fort probable que les compagnies ayant obtenu des blocs aient négocié une clause d'arbitrage de type CIRDI (à condition que leur État de nationalité soit signataire, ce qui est le cas de toutes les compagnies jusqu'ici présentes sur le domaine minier de la G.E.)²⁸⁶.

Tout comme pour l'Angola, il importe de souligner que l'évolution contractuelle sur la question de l'arbitrage, très positive du point de vue des investisseurs étrangers, ne compense pas le déficit d'adhésion au nouveau régime juridique international. Seuls des instruments internationaux de type TBI modifient réellement le contexte institutionnel dans lequel sont signés et appliqués les contrats pétroliers. Eux seuls confèrent à la compagnie étrangère des droits dont la jouissance ne dépend pas, en dernier recours, de la stabilité et de l'effectivité de l'ordre juridique local.

Résumé et conclusion sur l'Afrique de l'ouest

Pour la plupart des pays d'Afrique de l'ouest, l'adhésion aux principes du nouveau régime juridique international des investissements, qu'elle soit ou non consacrée par des engagements internationaux, suppose une « conversion »²⁸⁷. Pratiquement tous les pays que nous avons retenus ont été touchés, à des degrés divers, par la vague de nationalisme pétrolier des années soixante-dix. Ces pays doivent donc « composer » avec leur histoire récente, dans laquelle le pétrole joue un rôle économique, politique et symbolique très fort. Pour ces raisons, le degré d'adhésion de ces pays au régime juridique para-constitutionnel est globalement nettement plus faible que pour les pays analysés à la section précédente; il est aussi très inégal.

Cependant, la diffusion du nouveau régime au sein du groupe de pays considérés a, globalement, nettement progressé au cours des quinze dernières années. Dix traités bilatéraux sur les investissements pertinents pour l'amont pétrolier, dont deux avec les États-Unis²⁸⁸ et quatre avec le Royaume-Uni, y ont été signés (cf. Tableau 6, p. 76). Ceci tend à montrer que le regain d'intérêt général des investisseurs pétroliers pour la région s'accompagne de l'acceptation progressive, par la plupart des États, d'un certain degré d'encadrement de leur souveraineté par des normes internationales précises et strictes.

Les principes du nouveau régime en matière d'arbitrage international paraissent s'imposer plus nettement si l'on tient compte des évolutions législatives et contractuelles non sanctionnées par des instruments internationaux. L'absence de tout engagement international relatif aux investissements de la part de pays comme l'Angola ou la Guinée Équatoriale ne signifie pas nécessairement une réticence radicale à l'égard des nouvelles normes. Toutefois, l'apport du régime para-constitutionnel est précisément de discipliner la souveraineté *de l'extérieur*. Que l'État s'engage unilatéralement sur certains des principes de ce nouveau régime ne remplace pas, du point de vue des garanties dont jouit l'investisseur, la signature d'instruments conventionnels bilatéraux ou plurilatéraux.

Notons enfin que l'absence de traité plurilatéral de type TCE compte pour beaucoup dans le relatif déficit d'adhésion au nouveau régime des pays d'Afrique de l'ouest, par

rapport aux États issus du bloc soviétique. Certes, tous les pays retenus ici sont parties à l'accord de Cotonou (successeur des conventions de Lomé) entre la Communauté européenne et les pays d'Afrique et des Caraïbes, signé le 23 juin 2000. Mais cet accord n'est pas un vecteur du nouveau régime juridique des investissements. Il ne comporte aucune mesure contraignante de protection — encore moins de libéralisation — des investissements. Le chapitre 5 de l'annexe II (« Accord pour la protection des investissements »²⁸⁹) invite les États parties à négocier entre eux des traités bilatéraux ou multilatéraux sur les investissements, et fixe quelques grands principes directeurs — il n'est pas en soi un traité sur les investissements.

2. L'Amérique latine

La région Amérique latine²⁹⁰ est très dynamique sur le marché des droits pétroliers depuis une décennie et occupe désormais une place très importante dans les investissements des compagnies internationales en exploration et production. Après l'Argentine et le Venezuela, le Brésil a ouvert son domaine minier aux investissements étrangers à la fin des années quatre-vingt-dix, avec un succès dépassant les prévisions des autorités du pays. D'autres pays moins importants comme la Colombie, la Bolivie, le Chili, l'Équateur, sont également très actifs sur le marché.

Ce mouvement d'ouverture aux investissements pétroliers internationaux est d'autant plus remarquable que les États de la région avaient été, pour la plupart, de fervents défenseurs de la doctrine de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, dans toutes ses dimensions : liberté de nationaliser ; inscription du contrat d'État dans le seul ordre juridique interne ; règlement des différends devant les seules juridictions nationales, appliquant le seul droit interne²⁹¹. Le nationalisme pétrolier des années soixante-dix et quatre-vingt avait contribué à décourager les investissements internationaux, quand il ne les avait pas tout simplement interdits.

Le réouverture massive de la région aux investissements pétroliers internationaux procède d'abord d'évolutions législatives nationales²⁹². On va voir qu'elle s'accompagne d'une insertion rapide et profonde de la plupart des États concernés dans le nouveau régime juridique international des investissements.

Règlement des différends entre États et compagnies pétrolières

A la différence des pays d'Afrique de l'ouest, les États d'Amérique latine n'ont pas été des signataires précoces de la convention de Washington. Il faut certainement y voir une défiance à l'égard d'un instrument qui organisait la « mise entre parenthèses » de la souveraineté en vue de permettre l'arbitrage direct entre investisseurs et États (ce que les juristes favorables à l'arbitrage CIRDI appellent pudiquement la « dépolitisation » du règlement des différends²⁹³). Le mouvement récent de signature et de ratification de cette convention par les États de la région n'en est que plus spectaculaire, et significatif. Aucun des huit pays que nous avons retenus n'était partie à la convention CIRDI en 1985 ; un seul l'était en 1990 ; un seul — le Brésil — *ne l'était pas* en 1997 (cf. Tableau 7).

La signature de la convention CIRDI place ces États en situation de s'engager, notamment par voie de traités bilatéraux ou plurilatéraux, à recourir à l'arbitrage CIRDI pour le règlement des différends relatifs aux investissements²⁹⁴.

Tableau 7 — Amérique latine : convention CIRDI, traités bilatéraux, protocole de Colonia sur les investissements

États	Convention CIRDI(*)	Nombre de TBI depuis 1990(†)	Protocoles Colonia & Buenos Aires
Argentine	1994	47	1994
Bolivie	1995	19	-
Brésil	-	11 ^(§)	1994
Chili	1991	36	-
Colombie	1997	4	-
Équateur	1986	17	-
Pérou	1993	25	-
Venezuela	1995	21 ^(‡)	-

(*) Dates de ratification.

(†) Voir note 295.

(§) Aucun n'était ratifié en 1997.

(‡) Dont 7 seulement étaient ratifiés en 1997.

Sources : CIRDI (Banque mondiale) ; UNCTAD ; Système d'information sur le commerce extérieur (SICE, Organisation des États Américains).

Le réseau de TBI modernes dans lequel sont insérés les pays étudiés ici est impressionnant. Depuis 1990, 180 TBI ont été signés et/ou ratifiés par les huit États considérés²⁹⁵ (cf. Tableau 7).

Comme le montre le Tableau 8 (p. 85), l'Argentine, la Bolivie, le Chili, l'Équateur, le Pérou et le Venezuela ont signé des traités bilatéraux avec la plupart des grands pays « exportateurs de capitaux pétrolier » (le cas du Brésil est particulier, puisque ce pays n'a pas ratifié ses TBI, qui ne sont donc pas entrés en vigueur — voir p. 87 et suiv.). Le Royaume-Uni a signé un traité bilatéral avec chacun des 8 États ; l'Espagne avec 7 d'entre eux ; la France avec 6 de ces États ; l'Italie a signé 5 TBI dans cette zone ; les Pays-Bas 4 et les États-Unis 3. Du point de vue de la couverture des investissements pétroliers, cet ensemble d'instruments bilatéraux est tout à fait significatif.

Les investissements couverts par un TBI ont un accès garanti à l'arbitrage international pour le règlement des différends avec l'État ou son représentant (compagnie nationale, agence). Les TBI permettent à l'investisseur de déclencher la procédure d'arbitrage unilatéralement (la signature du traité vaut accord écrit de l'État, une fois pour toutes). Le plus souvent les traités confèrent à l'investisseur le droit de choisir discrétionnairement l'instance arbitrale (ou le recours aux tribunaux internes), parmi un éventail de possibilités où figure toujours le CIRDI²⁹⁶. Certains TBI prévoient que les principes du droit international font pleinement partie du droit applicable par le tribunal arbitral (voir par exemple *US – Argentine* ; *US – Équateur* ; *Canada – Venezuela*).

Par ailleurs, il convient de signaler une série d'accords bilatéraux de libre-échange entre certains pays de la région, dont les chapitres consacrés aux investissements reprennent les principales dispositions des TBI et constituent, au même titre que ceux-ci, des vecteur de diffusion du régime juridique para-constitutionnel. Signalons à ce titre les accords de libre-échange entre la Bolivie et le Mexique (1994), le Canada et le Chili (1996), le Chili et le Mexique (1998) ; et les accords bilatéraux de complémentarité entre le Chili d'une part et la Colombie (1993), l'Équateur (1994), le Mercosur (1996), le Mexique (1991) et le

Venezuela (1993). Tous ces accords contribuent fortement à la diffusion des principes du nouveau régime des investissements dans les pays pétroliers de la région.

Tableau 8 — Amérique latine : sélection de traités bilatéraux sur les investissements postérieurs à 1990(*)

Argentine	Bolivie	Brésil	Chili	Colombie	Équateur	Pérou	Venezuela
Allemagne	Allemagne	Allemagne	Allemagne	Espagne	Allemagne	Allemagne	Allemagne
Australie	Argentine	Finlande	Australie	Roy.-Uni	Argentine	Argentine	Argentine
Belg./Lux.	Chine	France	Belg./Lux.		Canada	Australie	Brésil
Canada	Espagne	Italie	Brésil		Chine	Chine	Canada
Chine	États-Unis	Roy.-Uni	Chine		Espagne	Espagne	Espagne
Espagne	France	Venezuela	Espagne		États-Unis	Finlande	Italie
États-Unis	Italie		Finlande		France	France	Pays-Bas
Finlande	Pays-Bas		France		Roy.-Uni	Italie	Roy.-Uni
France	Roy.-Uni		Italie		Russie	Norvège	
Indonésie			Norvège		Venezuela	Pays-Bas	
Italie			Roy.-Uni			Roy.-Uni	
Pays-Bas			Venezuela			Venezuela	
Roy.-Uni							
Venezuela							

(*) Cf. note 295.

Note : Certains de ces traités peuvent n'être pas ratifiés.

Sources : *Idem* Tableau 7.

La diffusion du nouveau régime juridique international des investissements dans la région passe aussi par la signature d'accords plurilatéraux sur les investissements. Les pays formant le Marché commun du sud (Mercosur) — Argentine, Brésil, Uruguay et Paraguay — ont signé, dans ce cadre, un protocole sur la promotion et la protection réciproque des investissements, dit protocole de Colonia²⁹⁷. Ce texte, entré en vigueur en 1998, inclut une clause d'arbitrage (art. 9) tout à fait similaire à celles des TBI modernes, du chapitre 11 de l'ALENA ou encore du Traité sur la Charte de l'énergie — c'est-à-dire semblable aux clauses d'arbitrage issues du modèle de TBI américain élaboré au début des années quatre-vingt. L'investisseur a le choix entre les tribunaux nationaux, le CIRDI, un tribunal ad hoc dans le cadre des règles de l'UNCITRAL (art. 9.2 à 9.4). Le droit applicable inclut le droit de l'État partie au différend, les termes du contrat relatif à l'investissement, et les principes pertinents du droit international (art. 9.5). Tout investisseur ressortissant de l'un des quatre États peut faire valoir son droit à l'arbitrage dans chacun des trois autres États : ce protocole rend donc superflus, sur ce point, les TBI entre les États concernés.

Il faut également signaler plusieurs accords plurilatéraux de libre-échange entre certains pays de la région, qui contiennent tous des dispositions relatives aux investissements véhiculant les principes du régime para-constitutionnel. Ainsi, le chapitre 17 de l'Accord de libre-échange du Groupe des Trois (Mexique, Colombie, Venezuela), datant de 1994, prévoit le recours à l'arbitrage CIRDI, le cas échéant au Mécanisme supplémentaire, ou aux règles de l'UNCITRAL (art. 17-18[2]). Cet accord stipule que le texte du contrat et les principes du droit international constituent le droit applicable par le tribunal arbitral (les droits nationaux ne sont pas mentionnés).

Les pays du Mercosur ont également signé un autre protocole, dit de Buenos Aires, par lequel le droit des investisseurs à soumettre leurs différends avec l'État à l'arbitrage international est étendu aux investisseurs ressortissants d'États tiers (art. II-H)²⁹⁸. Ce protocole, signé en 1994, n'est pas encore entré en vigueur. S'il était ratifié par les quatre États du Mercosur, il aurait une portée considérable, puisqu'il octroierait des droits aux investisseurs du monde entier lorsqu'ils investissent dans l'un des quatre pays signataires. Toute compagnie dont l'État de nationalité n'a pas signé de traité avec un ou plusieurs des États concernés, se verrait garantir les mêmes droits, en ce qui concerne l'arbitrage, que celles qui sont couvertes par un TBI.

On doit encore mentionner la participation de tous les États de la région aux négociations entamées en 1994 en vue d'établir une Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA) à l'horizon 2005²⁹⁹. Ces négociations comportent un volet « investissements » qui devrait déboucher sur des dispositions proches — sinon identiques — de celles contenues dans le chapitre 11 de l'ALENA. L'arbitrage international direct dans le cadre du CIRDI (ou du Mécanisme supplémentaire) serait alors un droit conféré par le traité à tout investisseur ressortissant de l'un quelconque des 34 États, investissant dans l'un quelconque des 33 autres États.

Les investissements pétroliers effectués dans les pays de la zone Amérique latine retenus ici bénéficient d'une très large couverture par des instruments internationaux véhiculant les principes para-constitutionnels. Le droit de recourir à l'arbitrage international direct pour le règlement des différends avec l'État y est donc largement garanti aux compagnies pétrolières transnationales. Cette couverture pourrait devenir plus universelle encore si le protocole de Buenos Aires entrait en vigueur (ce qui est peu probable), et si les négociations sur la Zone de libre-échange des Amériques devaient aboutir (ce qui l'est beaucoup plus).

Normes de traitement des investissements pétroliers étrangers

Les instruments bilatéraux et multilatéraux signés par les États de la région sont porteurs de toutes les normes caractéristiques du nouveau régime juridique international en matière de traitement des investissements en phase d'exploitation³⁰⁰. Ils garantissent aux compagnies pétrolières un niveau très élevé de protection de leurs droits économiques, encadrant strictement les prérogatives souveraines de l'État à l'égard des investisseurs étrangers. Tous comprennent une clause dite de traitement national ou de la nation la plus favorisée (TN-NPF).

En ce qui concerne la phase d'admission des investissements (octroi des autorisations, des licences, permis pétroliers, etc.), plusieurs instruments imposent le traitement national ou NPF, reprenant une disposition de libéralisation initialement portée par les seuls TBI américains. Outre les TBI avec les États-Unis, il faut signaler :

- Le Protocole de Colonia (art. 2.1) ;
- Les dispositions sur les investissements de l'accord de libre-échange dit du Groupe des 3 (chap. XVII) ;
- L'accord sur la zone de libre-échange Canada-Chili ;
- Les TBI avec le Canada postérieurs à 1994 (Voir par exemple *Canada – Équateur* [1996], art. II.3.).

D'autre part, le chapitre 11 de l'ALENA prévoit également le traitement national et NPF pour la phase d'accès. Ce sera donc certainement le cas du futur accord créant la Zone de

libre-échange des Amériques³⁰¹. Cet accord créerait un vaste espace au sein duquel les investisseurs des 34 pays concernés, et notamment les compagnies pétrolières, pourraient considérer l'ensemble de la Zone comme un espace « national », et jouiraient d'un très haut niveau de protection de leurs droits économiques, tant dans la phase d'admission que dans la phase d'exploitation des droits acquis.

Le cas du Brésil

Depuis l'ouverture de son domaine minier aux investisseurs étrangers en 1998, le Brésil est le pays de la région qui suscite, avec le Venezuela, le plus d'intérêt de la part des compagnies pétrolières internationales. Les deux premiers « rounds » d'enchères concurrentielles ont été des succès, au-delà même de ce qu'espéraient les autorités du pays. Le troisième est prévu pour 2001.

Or ce pays est, parmi ceux que nous avons retenus, celui qui a le plus timidement adhéré au nouveau régime juridique international des investissements. Aucun des 11 traités bilatéraux sur les investissements signés dans les années quatre-vingt-dix n'a été ratifié; le Brésil est le seul État de la région à n'avoir pas signé la convention de Washington sur le CIRDI, de même que la convention de New York sur la reconnaissance et l'application des sentences arbitrales commerciales (1958). Le seul instrument représentatif du nouveau régime qu'ait signé et ratifié le Brésil est le protocole de Colonia, dans le cadre du Mercosur. Le protocole de Buenos Aires, lui, n'est pas entré en vigueur³⁰².

Une analyse du cadre législatif et contractuel des investissements pétroliers étrangers au Brésil permet de constater que, sur l'arbitrage comme sur les conditions d'octroi des licences, ce pays ne remplit pas les exigences qui lui seraient imposées par les TBI modernes ou d'autres instruments récents. On peut même douter, sur ces deux points, de la conformité du régime juridique brésilien avec le protocole de Colonia, pourtant entré en vigueur.

• La question de l'arbitrage

L'article 43-X de la loi pétrolière de 1997 stipule que le contrat de concession doit prévoir des règles de résolution des différends, y compris par voie de conciliation et d'arbitrage international³⁰³.

Selon la clause d'arbitrage du contrat type de 1998, la procédure d'arbitrage doit être conduite selon les règles de la Chambre de commerce internationale; elle doit avoir lieu au Brésil (Rio de Janeiro), en Portugais; les arbitres doivent juger sur la base des lois brésiliennes pertinentes; et la sentence est définitive et tient juridiquement les parties³⁰⁴.

Le document officiel publié par l'Agence nationale du pétrole en vue du troisième « round » d'enchères concurrentielles, à l'intention des compagnies pétrolières internationales, précise que « Le contrat de concession sera gouverné par les lois de la République Fédérale du Brésil. Toute question qui ne pourra être réglée entre les parties [l'ANP, représentant l'État, et le concessionnaire] sera soumise à l'arbitrage, en conformité avec la Loi 9307 du 23 septembre 1996. Le règlement des différends, désaccords et conflits entre les parties pendant la durée du contrat de concession sera effectué à Rio de Janeiro. »³⁰⁵

La loi dont il est question est la Loi sur l'arbitrage. Sans la reprendre en détail, arrêtons-nous sur une disposition particulièrement importante pour les différends relatifs aux contrats pétroliers. L'article 25 stipule :

Si, au cours de la procédure d'arbitrage, une controverse survient à propos des *droits inaliénables* [de l'État], et si il est montré que la décision dépend de leur existence ou non, l'arbitre ou le tribunal arbitral devra suspendre la procédure d'arbitrage et renvoyer les parties devant la juridiction compétente.

Une fois la question litigieuse réglée et la décision définitive enregistrée, la procédure d'arbitrage reprendra son cours normal.³⁰⁶

Cela signifie que ce sont les juridictions nationales — certainement les juridictions administratives — qui décident, sur la base du seul droit national, de la question des droits inaliénables de l'État. Cette question est historiquement au centre des différends relatifs aux contrats pétroliers.

Bien que le *principe* de l'arbitrage international soit accepté, le régime juridique brésilien semble plus proche, *en fait*, de l'ancienne doctrine Calvo que du nouveau régime international para-constitutionnel. L'investisseur se retrouve, en cas de différend avec l'État relatif au contrat de concession, devant un tribunal arbitral tenu de juger selon le seul droit brésilien, et qui doit s'en remettre aux juridictions locales pour trancher la question des droits inaliénables. Ne retrouve-t-on pas la situation classique du contrat d'État, potentiellement dangereuse pour l'investisseur, l'État étant à la fois co-contractant et seul maître de l'ordre juridique dans lequel est enté le contrat ?³⁰⁷

Notons que le statut de l'arbitrage dans la régulation des contrats brésiliens paraît difficilement compatible avec le protocole de Colonia, pourtant en vigueur depuis 1998. Ainsi, un investisseur argentin qui obtiendrait une licence au Brésil serait en droit d'exiger, aux termes de l'article 9 du protocole, la soumission d'un différend au CIRDI, dans le cadre du Mécanisme supplémentaire (puisque le Brésil n'est pas partie à la convention CIRDI), à tout le moins à un tribunal ad hoc dans le cadre des règles de l'UNCITRAL, lequel se référerait non seulement au droit brésilien, mais aussi au protocole et aux principes applicables du droit international (art. 9.5). Si le protocole de Buenos Aires entrerait en vigueur, le droit à une procédure d'arbitrage conforme aux normes du régime para-constitutionnel s'étendrait aux investisseurs du monde entier. Plus modestement, si le Brésil ratifiait ses TBI avec le Royaume-Uni, l'Italie, la Finlande, l'Allemagne ou la France, les compagnies pétrolières couvertes obtiendraient le même droit. Mais c'est peut-être là, précisément, la raison de la non-ratification de ces instruments.

- La question des « *performance requirements* »

Un autre point semble éloigner le régime juridique brésilien des exigences du nouveau régime international des investissements : la question des « *performance requirements* ».

Aux termes de l'*Initial Tender Protocol* publié en décembre 2000 par l'Agence nationale du pétrole (ANP), les compagnies concessionnaires qui découvriront et développeront des champs devront s'acquitter d'une participation à un fonds de recherche et développement, à hauteur de 1% des revenus bruts de chaque champs³⁰⁸. Cette participation peut prendre la forme, à concurrence de 50% du total, de recherches effectuées dans les unités de la compagnie étrangère *au Brésil*.

D'autre part, l'ANP inclut, dans les critères d'évaluation des offres faites par les compagnies, un engagement *facultatif* sur l'achat de biens et services brésiliens. L'article est rédigé comme suit :

As a part of the criteria for the evaluation of bids, Companies or Consortia may offer to commit to acquiring minimum amounts of goods and services from Brazilian suppliers in the Exploration Phase and in the Development Stage of the relevant Block. The percentage offered by the winning

Companies or Consortia will be incorporated into specific clauses within the Concession Agreement.³⁰⁹

On peut douter que le caractère facultatif de l'engagement suffise à rendre cette clause juridiquement compatible avec l'article 3.4 du protocole de Colonia, qui interdit explicitement ce type d'exigences³¹⁰. De même, il n'est pas certain que le gouvernement brésilien puisse requérir d'une compagnie couverte par le protocole qu'elle contribue à un fonds national de R&D.³¹¹

Certes, les pays du Mercosur ne possèdent pas (en dehors du Brésil lui-même) de compagnies pétrolières actives à l'international. L'incompatibilité de ces dispositions réglementaires avec les engagements internationaux de l'État au sein de cet ensemble peut donc rester sans conséquences. Mais la question mérite d'être posée : le Brésil pourrait-il dispenser d'éventuelles compagnies originaires des pays du Mercosur de certaines exigences auxquelles les autres resteraient soumises ? Même si cela était juridiquement envisageable (ce qui n'est pas certain³¹²), cela paraît difficilement praticable. Là encore, il faut ajouter que ces dispositions devraient être retirées de la législation brésilienne si les TBI signés dans les années quatre-vingt-dix étaient ratifiés³¹³.

• Conclusions

Le Brésil est actuellement un des pays qui suscitent, dans la région, le plus grand intérêt de la part des compagnies internationales. Or il est celui qui offre le plus faible niveau d'adhésion au nouveau régime juridique international des investissements. Une analyse plus détaillée — certes loin d'être complète — montre que, sur la question de l'arbitrage et sur celle des exigences imposées aux compagnies internationales en matière d'achat de biens et services brésiliens³¹⁴, la législation du pays est nettement déficiente par rapport à ce qu'exigerait une pleine conformation aux principes du nouveau régime tels qu'ils sont spécifiés dans les traités modernes sur les investissements.

Le cas du Brésil méritait donc, dans le cadre de ce travail, un traitement à part. On peut en tirer trois conclusions :

4. Il montre la contrainte concrète que peut impliquer l'adhésion au régime international para-constitutionnel. Certaines questions sensibles comme celle de l'arbitrage, où le pays n'est visiblement pas prêt à abandonner complètement la tradition du strict recours aux juridictions et au droit nationaux, peuvent entraver sérieusement la dynamique d'insertion dans le nouveau régime.
5. Il illustre le fait que la signature de traités imposant à l'État une discipline exigeante dans le traitement des investisseurs étrangers, ne constitue pas en soi un pré-requis pour attirer massivement les investissements des compagnies pétrolières internationales.
6. Cette remarque doit être relativisée par la prise en compte du contexte régional. Depuis 1990, les États de la région ont très massivement et très complètement adhéré au nouveau régime juridique international ; le Brésil occupe peut-être une position de « passager clandestin », bénéficiant des efforts accomplis par les autres en termes d'image de marque, mais échappant aux contraintes en termes de souveraineté.

Résumé et conclusion sur l'Amérique latine

Globalement, la région Amérique latine présente un très haut degré d'adhésion au nouveau régime juridique international des investissements. Au cours des années quatre-vingt-dix, les pays considérés ici ont signé un très grand nombre d'instruments

internationaux incorporant les principes de ce nouveau régime : protection des droits économiques de l'investisseur ; encadrement des prérogatives souveraines ; recours à l'arbitrage international par décision unilatérale de l'investisseur lorsqu'il estime qu'une disposition contractuelle ou un droit garanti par le traité a été violé par l'État.

Les pays de la région sont insérés dans un réseau dense de traités bilatéraux sur les investissements, entre eux et avec de nombreux pays de l'OCDE — en tout cas avec la plupart des pays « exportateurs de capitaux pétroliers ». A ces traités s'ajoutent des accords bi- et plurilatéraux de libre-échange (ou de marché commun) dont les dispositions sur les investissements reprennent les grands principes et les principales clauses caractéristiques des TBI modernes.

Cette adhésion au régime para-constitutionnel des investissements pourrait encore se renforcer à l'avenir, avec la création de la Zone de libre-échange des Amériques et, pour les pays du Mercosur, l'éventuelle entrée en vigueur du protocole de Buenos Aires. Toutefois, la région Amérique latine ne dispose pas d'un instrument multilatéral aussi puissant, sur le plan des investissements pétroliers, que le traité sur la Charte de l'énergie, qui regroupe 50 États, exportateurs et importateurs de capitaux pétroliers.

Enfin, il faut signaler que les deux pays dans lesquels l'industrie pétrolière internationale a le plus investi ces dernières années — le Brésil et le Venezuela — présentent un certain déficit d'adhésion au nouveau régime. En particulier, les deux pays n'ont pas ratifié tous les TBI qu'ils ont signés récemment avec les pays de l'OCDE — le Brésil n'en a ratifié aucun. D'autre part, le Brésil n'est toujours pas signataire de la convention CIRDI (ni de la convention de New York), ce qui n'empêche pas de recourir à l'arbitrage international, mais traduit une réticence à l'égard d'une institution dont l'objectif est de « dé-nationaliser » au maximum le règlement des différends relatifs aux investissements. Enfin, les conditions actuelles d'octroi des licences brésiliennes présentent certaines caractéristiques (en particulier la fixation d'un « contenu brésilien » minimum dans les achats de biens et services par les concessionnaires) qui sont prohibées par les instruments internationaux représentatifs du nouveau régime juridique des investissements et des contrats d'État. Quant au Venezuela, la réaffirmation d'un certain nationalisme pétrolier par le gouvernement d'Hugo Chavez, qui s'est matérialisée par la promulgation, à la fin de 2001, d'une nouvelle loi pétrolière, ne va pas dans le sens d'une acceptation plus large des normes du nouveau régime juridique international. La loi vénézuélienne prévoit, pour les nouveaux contrats pétroliers avec des investisseurs étrangers, le strict recours aux tribunaux nationaux pour la résolution des différends. Cette disposition, à contre-courant du mouvement dominant dans la région depuis dix ans, est très certainement incompatible avec les engagements pris par l'État dans les TBI qu'il a signés depuis 1990, en particulier celui signé (et ratifié) avec le Canada. D'après certaines informations, une commission aurait été mise en place pour traiter cette contradiction³¹⁵.

3. La région Asie

A l'image de l'Afrique de l'ouest et de l'Amérique latine, la région Asie est, depuis une dizaine d'années, une zone très active en exploration et production. Les investissements pétroliers transnationaux y sont en forte croissance. En 1999, 51 licences d'exploration ont été octroyées par les États de la région. Certains sont de très vieux pays pétroliers (et

gaziers) comme l'Indonésie, d'autres sont de nouveaux venus comme le Bangladesh ou le Pakistan. Outre les intenses campagnes d'exploration conduites par leurs entreprises d'État, la Chine et l'Inde sont aujourd'hui présentes sur le marché international des permis pétroliers.

Six des huit États retenus ici sont parties à la convention CIRDI (l'Inde et le Vietnam ne le sont pas). La Chine a acquis le statut de partie en 1993 ; toutefois, la politique de ce pays en matière d'arbitrage reste très restrictive, puisque le modèle chinois de TBI le réserve aux différends relatifs à l'indemnisation des nationalisations — tout autre différend relevant exclusivement des tribunaux nationaux³¹⁶.

Le seul traité bilatéral signé par les États-Unis dans la région le fut en 1986 avec le Bangladesh. Ce pays fait l'objet d'un intérêt soutenu des compagnies transnationales, certaines ayant effectué d'importantes découvertes de gaz. Le réseau de TBI récents concernant potentiellement les investissements pétroliers n'est pas négligeable (voir Tableau 9, p. 92). L'Indonésie a signé sept traités après 1990, le Vietnam huit et l'Inde cinq. L'Italie et les Pays-Bas ont signé des traités avec quatre États de la région parmi les plus actifs sur le marché des droits pétroliers : le Vietnam, l'Indonésie, l'Inde et le Bangladesh. Notons que certains États (Chine, Malaisie, Thaïlande, Pakistan, Bangladesh) ont signé des TBI antérieurs à 1990, parfois nombreux. Certains de ces instruments peuvent contenir des dispositions assez avancées concernant le traitement des investissements étrangers ; toutefois, la généralisation de certaines normes typiques du régime juridique para-constitutionnel, comme le droit d'attirer unilatéralement l'État à l'arbitrage, ne date que des années quatre-vingt-dix. Faute de pouvoir analyser en détail les traités d'ancienne génération, on ne retient que les engagements postérieurs à 1990.

A la différence de l'Amérique latine, on ne peut pas conclure à un mouvement franc et massif d'adhésion des États de la région au nouveau régime juridique international. Mais contrairement à l'Afrique sub-saharienne, aucun État n'est resté complètement à l'écart du processus de diffusion du nouveau régime. Dans certains pays importants de la région, les compagnies néerlandaises, italiennes ou britanniques bénéficient des garanties internationales apportées par les TBI. Faute d'instrument multilatéral ou de réseau de TBI (notamment américains) de forte densité, les conditions d'investissement pour les compagnies pétrolières transnationales restent principalement déterminées par les législations nationales des différents États de la région.

Tableau 9 — Région Asie : convention CIRDI et traités bilatéraux sur les investissements

États	Convention CIRDI	Traité bilatéraux post-1990	
		États-Unis	Autres
Bangladesh	1980	1986	Italie 1990 Pays-Bas 1994 Chine 1996
Chine	1993	-	ex-URSS 1990 Espagne 1992
Inde	-	-	Roy.-Uni 1995 Russie 1994 Allemagne 1995 Italie 1995 Pays-Bas 1995
Indonésie	1968	-	Italie 1991 Norvège 1991 Australie 1992 Pays-Bas 1994 Chine 1994 Espagne 1995 Finlande 1996
Malaisie	1966	-	Espagne 1995
Pakistan	1966	-	Espagne 1994 Roy.-Uni 1994
Vietnam	-	-	Italie 1990 Australie 1991 France 1992 Chine 1992 Allemagne 1993 Finlande 1993 Pays-Bas 1994 Russie 1994
Thaïlande	(1985)	-	Finlande 1994

Sources : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI, Banque Mondiale) ; Département d'État américain.

Note : Certains TBI peuvent n'être pas ratifiés. Seuls les traités potentiellement pertinents pour les investissements pétroliers sont retenus.

4. L'Afrique du nord

Les pays d'Afrique du nord occupent des positions diverses sur la scène pétrolière. L'Algérie, membre de l'OPEP, est un producteur de pétrole de taille modeste, mais un acteur de tout premier plan sur le marché gazier. L'Égypte est également un producteur modeste (pétrole et gaz) mais en croissance rapide — ce pays devrait devenir sous peu exportateur de gaz naturel. Le gouvernement égyptien est très actif sur le marché des permis

d'exploration ; le pays fait l'objet d'un intérêt soutenu de la part des compagnies internationales. La Libye, membre de l'OPEP et producteur moyen, dispose d'un potentiel pétrolier très important. L'État envisage de mettre prochainement des permis sur le marché ; si tel était le cas, les compagnies transnationales pourraient manifester un grand intérêt. Notons que la Libye est sous le coup d'une loi américaine prévoyant des sanctions sur le territoire des États-Unis pour les compagnies qui investiraient dans ce pays ; toutefois, le cas de l'Iran montre que seules les compagnies américaines sont effectivement touchées par cette interdiction. La Tunisie et le Maroc ne sont pas encore des pays pétroliers ; ils ont fait récemment des efforts pour attirer des investissements d'exploration, sans grand succès pour l'instant.

Dans l'ensemble, les États de la région ont souscrit de nombreux engagements internationaux relatifs aux investissements depuis 1985. A l'exception de la Libye, ils présentent aujourd'hui un degré d'adhésion assez élevé au nouveau régime juridique international, que synthétise le Tableau 10, p. 93.

On doit en particulier noter que trois de ces cinq États ont signé un TBI avec les États-Unis : Égypte, Maroc et Tunisie. Le traité avec l'Égypte, signé en 1982 par l'administration Reagan, fut la première réalisation du programme américain de TBI³¹⁷.

Tableau 10 — Pays d'Afrique du nord : convention CIRDI et traités bilatéraux sur les investissements

États	Convention CIRDI	TBI « modernes » concernant les investissements pétroliers	
		États-Unis	Autres
Égypte	1972	1982 / 1986 ^(*)	Italie 1989 Pays-Bas 1996 Espagne 1992
Algérie	1996	-	All. 1996 Italie 1991 Espagne 1994
Libye	-	-	-
Maroc	1967	1985	Espagne 1989 Italie 1990 Roy.-Uni 1990 Chine 1995 France 1996
Tunisie	1966	1990	Roy.-Uni 1989 Espagne 1991

Sources : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI, Banque Mondiale) ; Département d'État américain ; CNUCED.

Note : Dates d'accès au statut de partie pour la convention CIRDI. Dates de signature pour les TBI ; certains de ces traités peuvent n'être pas encore entrés en vigueur. Seuls les traités couvrant potentiellement ou effectivement des investissements pétroliers sont retenus.

^(*) Le traité entre l'Égypte et les États-Unis a été signé en 1982, puis amendé en 1986 ; il est entré en vigueur en 1992.

L'Italie et l'Espagne ont signé des traités bilatéraux avec quatre États de la région, dont l'Égypte et l'Algérie — la compagnie italienne ENI est particulièrement active en Afrique du nord : historiquement en Libye, aujourd'hui en Égypte. Le Royaume-Uni avec deux d'entre eux (Maroc et Tunisie) ; les Pays-Bas (Égypte), la France (Maroc) et l'Allemagne (Algérie) ont chacun signé un TBI dans la région. Du point de vue de la protection des investissements pétroliers, ces traités, auxquels s'ajoutent les trois traités américains, forment un dispositif juridique important.

L'Algérie, qui fut un des pays les plus radicaux dans l'affirmation de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, a signé la convention CIRDI et accédé au statut de partie en 1996. Par cette démarche, l'État algérien se place en situation d'offrir aux investisseurs pétroliers la possibilité de recourir à l'arbitrage direct dans le cadre du CIRDI. Les trois TBI signés par l'Algérie dans les années quatre-vingt-dix vont également dans le sens d'une acceptation des normes para-constitutionnelles du nouveau régime juridique international.

À l'exception de la Libye, les États de la région ont clairement amorcé, à partir du milieu des années quatre-vingt et plus encore après 1990, un mouvement d'adhésion au nouveau régime juridique international des investissements, matérialisé notamment par la signature de nombreux TBI³¹⁸. Ce mouvement a des implications directes pour les investissements pétroliers dans la région qui, lorsqu'ils sont couverts par un traité, bénéficient d'un très haut niveau de garanties juridiques. Toutefois, l'absence d'instrument multilatéral incluant les États de la région fait que l'Afrique du nord n'est pas, pour les compagnies pétrolières, une zone de concurrence uniformément accessible et protégée par les nouvelles normes internationales. La garantie juridique internationale des droits pétroliers et du recours à l'arbitrage direct est encore suspendue à l'existence d'un traité bilatéral entre État de nationalité de la compagnie et État de territorialité de l'investissement.

5. Le Moyen-Orient

Le groupe de pays que nous analysons ici est très hétérogène. Trois sous-groupes peuvent être distingués (voir Tableau 11, p. 97). Israël et la Turquie relèvent d'une problématique assez proche du point de vue de leur position sur le marché des droits d'exploration et production. Ni l'un ni l'autre ne sont, pour l'heure, de véritables pays producteurs, mais tous deux sont très actifs sur le marché des permis. Grâce à un régime fiscal particulièrement favorable, la Turquie retient l'intérêt des investisseurs internationaux et offre chaque année plusieurs dizaines de licences. Des découvertes (modestes) ont été réalisées. L'intérêt des compagnies pétrolières pour Israël est plus récent encore, et s'est traduit par des découvertes de gaz significatives, notamment au large de la bande de Gaza. En revanche, les deux pays sont très différents au plan politico-institutionnel, ce qui peut expliquer leurs niveaux très contrastés d'adhésion au nouveau régime juridique international. Alors qu'Israël n'a signé qu'un TBI moderne potentiellement significatif du point de vue pétrolier, la Turquie présente un degré d'adhésion impressionnant : sept traités bilatéraux postérieurs à 1990 susceptibles de couvrir des investissements pétroliers, auxquels s'ajoute un traité avec les États-Unis (1985, entré en vigueur en 1990), la signature du Traité sur la Charte de l'énergie (en cours de ratification en janvier 2001) et la

signature de la convention CIRDI (1989). En Turquie, la quasi-totalité des compagnies pétrolières actives à l'international jouissent d'un très haut niveau de protection de leurs droits économiques, et de modalités de règlement des différends conformes aux principes du régime juridique para-constitutionnel.

Les quatre « géants » de la région, Iran, Irak, Koweït et Arabie Saoudite — tous membres de l'OPEP — représentent le « cœur pétrolier » du monde. Toutefois, le niveau des investissements étrangers y est très modeste. A la fin des années quatre-vingt-dix, l'Iran a formellement rouvert son amont aux compagnies transnationales, mais de manière encore très limitée. Tout investissement international est proscrit en Irak, en vertu de sanctions imposées par les Nations Unies depuis 1990. Toutefois, des contrats auraient été signés pour l'extension des capacités de production, qui devraient générer d'importants investissements si les sanctions internationales étaient levées. Le Koweït et l'Arabie Saoudite ont engagé un timide mouvement d'ouverture de leur amont aux investisseurs internationaux ; les résultats concrets sont encore très modestes au Koweït, et nuls en Arabie Saoudite (où l'ouverture, très partielle, ne devrait concerner que le gaz).

L'Iran et l'Irak n'ont souscrit aucun engagement international sur les investissements concernant potentiellement le secteur des hydrocarbures ; leur degré d'adhésion au nouveau régime est nul. Le Koweït a signé la convention CIRDI (1979) et trois TBI postérieurs à 1990, mais aucun ne concerne un grand « exportateur de capitaux pétroliers ». L'Arabie Saoudite a signé la convention CIRDI mais a usé de la possibilité offerte par l'article 25(4) pour soustraire à la compétence du Centre les différends dans le domaine des ressources naturelles — ce qui enlève toute pertinence à cette signature du point de vue de la protection des investissements pétroliers. Trois pays potentiellement « exportateurs de capitaux pétroliers » (la Chine, l'Italie et l'Allemagne) ont signé un TBI avec l'Arabie Saoudite. Aucun de ces quatre grands États pétroliers du Golfe arabo-persique n'a signé de TBI avec les États-Unis.

Les quatre pays restants — Qatar, Émirats Arabes Unis, Oman et Yémen — ne constituent pas un ensemble homogène, mais présentent des points communs : ils sont plus petits que les quatre « grands » de la région, et ils sont globalement plus ouverts aux investissements étrangers. Deux d'entre eux, les Émirats (membre de l'OPEP) et Oman, présentent un degré relativement élevé d'adhésion au nouveau régime juridique : ils sont parties à la convention CIRDI et ont signé plusieurs TBI récents potentiellement significatifs du point de vue des investissements pétroliers — en particulier avec l'Italie, la France et le Royaume-Uni. En dehors de son TBI avec la France (1996), le Qatar — qui est membre de l'OPEP — n'a pas franchement entrepris d'adhérer au nouveau régime. Le Yémen, dont la présence sur le marché des droits d'exploration est très récente et qui fait l'objet d'un réel intérêt de la part des compagnies transnationales, a signé la convention CIRDI en 1997 mais n'a pas encore négocié d'instruments bilatéraux avec des États « exportateurs de capitaux pétroliers ».

Conclusion sur le Moyen-Orient

Les États du Moyen-Orient présentent globalement un faible degré d'adhésion au nouveau régime juridique international des investissements. Les exceptions à ce constat général sont la Turquie — pays dont les dotations géologiques n'ont rien à voir avec celles des pays du Golfe arabo-persique — et deux pays beaucoup plus attractifs géologiquement, Oman et les Émirats Arabes Unis. Le défaut d'adhésion de l'Iran, de l'Irak, du Koweït et de

l'Arabie Saoudite reflète la fermeture (ou quasi-fermeture) de ces États aux investissements pétroliers étrangers — imposée pour l'Irak, volontaire pour les trois autres. Il traduit aussi la volonté de ces États de rester maîtres des conditions d'accueil et de traitement des investisseurs étrangers, donc de maîtriser totalement les modalités d'insertion de leurs ressources dans le système pétrolier international.

Tableau 11 — Moyen-Orient : convention CIRDI et traités bilatéraux sur les investissements

États	Convention CIRDI ^(S)	Traité bilatéraux post-1990	
		États-Unis	Autres
Israël	1983	-	Chine 1995
Turquie <i>(signataire du Traité sur la Charte de l'énergie)</i>	1989	1985	Chine 1990 Roy.-Uni 1991 ex-URSS 1990 Japon 1992 Finlande 1993 Espagne 1995 Italie 1995
Iran	-	-	-
Irak	-	-	-
Koweït	1979	-	Allemagne 1994 Russie 1994 Finlande 1996
Arabie Saoudite	1980 ^(£)	-	Chine 1996 Italie 1996 Allemagne 1996
Émirats Arabes Unis	1982	-	Chine 1993 Finlande 1993 France 1991 Italie 1995 Roy.-Uni 1992
Qatar	-	-	Allemagne 1996 France 1996
Oman	1995	-	Italie 1993 France 1994 Chine 1995 Roy.-Uni 1995
Yémen	(1997)	-	-

Sources : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI, Banque Mondiale) ; Département d'État américain.

Note : Certains de ces traités peuvent n'être pas ratifiés. Seuls les traités potentiellement pertinents du point de vue des investissements pétroliers sont retenus.

(S) Dates d'accession au statut de partie ; date de signature entre parenthèses si non ratifiée.

(£) L'Arabie Saoudite soustrait à la compétence du CIRDI les différends relatifs aux investissements dans le secteur des ressources naturelles.

Conclusion

La réponse à la question posée au début de cette section semble plutôt positive : le marché des permis d'exploration et production n'échappe pas à la restructuration du régime juridique international des investissements. Le mouvement de « couverture des ressources pétrolières » par le régime para-constitutionnel, qui s'accélère nettement après 1990, est un

facteur de stabilisation du contexte juridico-institutionnel du marché international des permis ; il facilite les transactions entre États propriétaires de droits miniers et investisseurs transnationaux. Les traités modernes sur les investissements absorbent une part importante du risque politique, donc permettent de réduire les coûts de transaction associés à la rencontre entre État et compagnie. En cela, c'est un facteur d'accessibilité des ressources en terre, qui contribue à modifier les modalités de formation de l'offre pétrolière mondiale, dans le sens d'une moindre contribution relative des provinces les plus coûteuses, celles situées dans les pays de l'OCDE, au profit de provinces plus productives³¹⁹. Toutefois, le constat général de diffusion du régime para-constitutionnel aux États actifs sur le marché des droits pétroliers ne doit pas masquer que celle-ci est très inégale, à la fois selon les régions considérées et, au sein de chaque région, selon les États.

Deux phénomènes très importants ressortent des analyses de cette section. Le premier est le mouvement d'insertion très complète dans le nouveau régime juridique international de la part des États issus de l'éclatement de l'URSS, en particulier les pays riverains de la mer Caspienne, et des pays en transition d'Europe centrale et orientale. Le second est la dynamique d'adhésion à ce même régime engagée à la fin des années quatre-vingt par les États d'Amérique du sud, qui s'est poursuivie tout au long de la décennie suivante, pour atteindre une très forte densité d'engagements internationaux. En dehors de ces deux développements régionaux remarquables, et bien que la plupart des États étudiés aient, à des degrés divers, souscrits des engagements récents pertinents du point de vue des investissements pétroliers, le taux de couverture du marché des permis par le régime para-constitutionnel reste partiel. *En Asie, en Afrique de l'ouest et en Afrique du nord, a fortiori au Moyen-Orient, une compagnie transnationale ressortissante de l'un quelconque des États de l'OCDE, et qui n'accepterait d'investir que dans les pays où elle est couverte par un traité, ne disposerait que d'un choix limité.* Il existe des exceptions — une compagnie italienne aurait un large choix en Afrique du nord ; un investisseur néerlandais serait couvert dans la plupart des pays d'Asie que nous avons retenus —, insuffisantes toutefois pour infléchir le constat général.

En dehors des grands pays pétroliers du Moyen-Orient et d'un petit nombre d'autres États, les limites de la couverture du marché des droits pétroliers par le nouveau régime juridique ne sont peut-être pas liées à une réticence des États vis-à-vis des normes et dispositions dont il est porteur. Plus simplement, on peut penser qu'elles tiennent à la forte prédominance des instruments bilatéraux. Prenons l'exemple d'un État ayant signé trois traités avec, par exemple, le Royaume-Uni, la France et les Pays-Bas : il ne saurait être tenu pour réticent vis-à-vis du régime para-constitutionnel. C'est également vrai d'un État ayant signé un TBI avec les États-Unis, et un autre traité avec l'un des trois États cités ci-devant. Pourtant, la couverture du marché potentiel des permis dans l'ensemble formé par ces États serait loin d'être complète. De manière générale, la probabilité est faible pour que, sur une région donnée, chaque État signe un TBI avec chacun des principaux « exportateurs de capitaux pétroliers ». L'obtention d'un très haut niveau de couverture du marché des permis semble donc grandement facilitée par l'existence d'instruments *multilatéraux* sur les investissements. Le seul instrument multilatéral réellement pertinent du point de vue de la couverture des investissements pétroliers transnationaux dans les pays non OCDE est le traité sur la Charte de l'énergie³²⁰.

Notons également ce qu'on peut appeler le paradoxe du programme américain de TBI. Celui-ci a joué un rôle de fer de lance du régime para-constitutionnel ; il a inspiré très

directement à la fois la nouvelle génération de TBI, et les instruments multilatéraux signés dans les années quatre-vingt-dix³²¹. Mais les traités américains sont aussi plus exigeants que la plupart des autres TBI, notamment sur la question de la phase d'obtention des droits. Cette exigence explique que, parmi les États que nous avons étudiés, ceux qui ont signé un traité avec les États-Unis ont également, en général, souscrit de nombreux autres engagements internationaux sur les investissements. En contrepartie, on doit reconnaître qu'en dehors des États de l'ancien bloc communiste, les pays qui ont le plus d'atouts (notamment géologiques) pour attirer les compagnies pétrolières n'ont pas signé de TBI avec Washington. Or les États-Unis, « État de nationalité » de plusieurs parmi les plus grandes compagnies pétrolières transnationales — et de nombreuses firmes plus modestes, très actives à l'international — sont, de loin, le principal « exportateur de capitaux pétroliers ». En l'absence d'instrument multilatéral auquel les États-Unis sont partie, le taux de couverture du marché des droits pétroliers dépend pour une part non négligeable du succès, auprès des États actifs sur le marché des permis, du programme de TBI américains. Le rapport de la commission Cheney sur la politique énergétique américaine, rendu public en mai 2001, fait apparaître clairement la volonté de renforcer la politique juridique extérieure en matière d'investissements, notamment de signer de nouveaux traités bilatéraux avec des États propriétaires de ressources énergétiques.

En conclusion de cette section, on peut évoquer les développements les plus susceptibles d'étendre la couverture du marché des droits d'exploration et production pétrolières, dans les années à venir. La conclusion d'un accord multilatéral sur les investissements, sur le modèle de l'AMI avorté en 1998, aurait un impact très important, à condition toutefois que les investissements dans le secteur des hydrocarbures ne soient pas exclus du traité par un trop grand nombre d'États propriétaires de ressources. Mais la probabilité qu'un tel instrument généraliste voit le jour prochainement est assez faible : le passage de l'OCDE à l'OMC comme forum de négociation n'a pas fait disparaître les sujets de discorde (essentiellement entre pays de l'OCDE) qui avaient fait échouer les négociations sur l'AMI. Plus plausible est l'extension du traité sur la Charte de l'énergie, par exemple à certains pays d'Afrique du nord, d'Afrique de l'ouest, d'Asie et du Moyen-Orient. Le TCE pourrait alors devenir un traité à vocation universelle. Rappelons toutefois que les États-Unis et — mais c'est moins important — le Canada, ne l'ont pas signé. Un autre développement important serait l'aboutissement, prévu pour 2005, des négociations sur la Zone de libre-échange des Amériques. L'accord, qui comprendrait un volet « investissements » calqué sur le chapitre 11 de l'ALENA, étendrait une couverture paraconstitutionnelle à l'ensemble de l'Amérique latine³²², en particulier pour toutes les compagnies pétrolières américaines et canadiennes. Enfin, pour les raisons exposées ci-dessus, la capacité de l'Administration Bush à négocier de nouveaux TBI avec des pays propriétaires de ressources — selon l'objectif affiché par le rapport Cheney — aura un effet direct sur la couverture du marché des permis d'exploration et production.

ANNEXE I. — L'ARCHITECTURE JURIDIQUE DE L'INTEGRATION ECONOMIQUE. LE CAS DU NOUVEAU REGIME JURIDIQUE DE INVESTISSEMENTS

Communication lors de la journée d'étude « Gouvernance globale »
Université Pierre-Mendès-France, Grenoble – 24 janvier 2002³²³

Cette communication vise un triple objectif : 1/ Discuter des conditions juridiques nécessaires au déploiement de relations économiques transnationales, en particulier de flux transnationaux d'investissement [paragraphe 1 et 2] ; 2/ Montrer que la réforme du régime juridique des investissements directs correspond à un effort de construction du marché transnational des investissements [paragraphe 3] ; 3/ Discuter brièvement les évolutions étudiées ici en référence au thème de la gouvernance globale [paragraphe 4].

1. Le marché suppose le droit, qui suppose l'Etat

Les transactions marchandes ne peuvent avoir lieu dans un vide institutionnel. En particulier, elles supposent certaines conditions juridiques, ou juridico-politiques.

Une transaction économique peut se définir comme une ré-allocation des droits de disposition sur les biens concernés par la transaction, librement acceptée par les parties à cette transaction. La première de ses conditions de possibilité est donc l'existence de droits de propriété sur les choses. Le prolongement de cette condition est l'existence d'une procédure généralement acceptée d'attribution de droits sur les « nouvelles choses », ou sur celles dont on découvre qu'elles ne sont pas encore appropriées. (Ceci ne signifie pas qu'il ne puisse exister dans un ordre social de choses sur lesquelles nul ne détient de droit, soit parce que c'est impossible techniquement, soit parce que la collectivité en a décidé ainsi, ou pour une autre raison ; mais ces choses ne pourront faire l'objet de transactions marchandes.)

Les conditions de possibilité du marché portent également sur la nature des droits de propriété, qui doivent être *exclusifs* et *transférables* (ou aliénables). Négocier avec un agent l'acquisition des droits qu'il possède sur une chose suppose qu'il ne puisse exister deux agents ayant la pleine propriété d'une même chose. D'autre part, un droit de disposition qui n'est pas transférable n'a, par définition, aucune valeur marchande : peu de gens sont disposés à payer en vue de n'obtenir rien.

Enfin, et ce n'est pas le moins important lorsqu'on étudie des cas concrets, il faut que ces droits soient *effectifs*. L'attribution formelle de droits de propriété exclusifs et transférables ne suffit pas au déploiement de relations marchandes entre propriétaires. Or le passage du formel à l'effectif est aussi le passage du juridique au politique : pour que les

droits de propriété jouent effectivement leur fonction sociale, ou économique, il faut qu'ils soient garantis par une autorité publique susceptible d'en imposer le respect à ceux qui seraient tentés de les ignorer.

Le marché suppose donc un ordre juridique adossé à un pouvoir politique, ordre qui consacre des droits de propriété exclusifs, aliénables et effectifs. Mais cela n'empêche nullement l'apparition de différends sur la nature ou l'étendue des droits, en particulier dans le cadre de l'exécution des contrats. Il revient également à la puissance publique de trancher ces différends, selon des règles connues à l'avance des agents économiques.

Une dernière condition doit être mentionnée. La protection de la propriété privée par l'Etat reste vaine si elle ne s'impose pas à la puissance publique elle-même. Puisqu'il n'y a rien au-dessus de celle-ci, c'est forcément le pouvoir politique qui borne lui-même ses prérogatives, s'imposant en particulier le respect de la propriété privée. Le moyen de cette autolimitation, c'est une *constitution*. L'épanouissement de l'économie de marché, conclura-t-on, suppose un ordre juridico-politique à fondement constitutionnel.

2. Le problème juridique des relations économiques transnationales

Comment, dans un monde de juridictions territoriales exclusives, sans autorité politique supérieure aux Etats souverains, assurer les conditions juridiques des transactions économique transnationales ? Il convient de distinguer les problèmes posés par le commerce, de ceux (plus profonds) que posent les investissements internationaux.

Le commerce

La régulation juridique des contrats commerciaux transnationaux ne pose pas de problème majeur. Certes, il n'existe pas de droits de propriété internationaux, mais une telle institution n'est pas nécessaire au commerce. Avant la transaction comme après elle, chacun est propriétaire de ses biens en vertu du droit national régissant le territoire sur lequel il réside. Reste la régulation juridique du contrat de vente lui-même, c'est-à-dire de l'acte par lequel les droits de propriété sont réalloués. Depuis de nombreux siècles, les « marchands » ont développé des mécanismes et mis en place des institutions répondant à leurs besoins (*Lex Mercatoria*), que les Etats consacrent mais dans lesquels ils n'interviennent pas. Les parties s'accordent contractuellement sur un droit (national) qui régit la transaction. Ils choisissent également un mode de résolution des différends pouvant surgir dans l'exécution du contrat ; dans de nombreux cas, ils choisissent une juridiction privée a-nationale, c'est-à-dire une cour d'arbitrage commercial international, qui tranchera le litige conformément au droit choisi par les parties³²⁴.

Toutefois, l'application d'une sentence arbitrale repose nécessairement sur un appareil administratif national. L'effectivité des droits de disposition acquis par une transaction transnationale peut donc dépendre de la reconnaissance et de l'application d'une sentence par les juridictions nationales. C'est la raison d'être de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ouverte à signature à New York en 1958, et ratifiée à ce jour par 126 Etats. Les clauses d'arbitrage spécifient très souvent que le tribunal siègera sur le territoire d'un Etat partie à la convention, ce qui garantit l'application de la sentence dans tous les autres Etats parties³²⁵.

Par cette convention (qui tient juridiquement les Etats signataires) on met le droit international public au service du bon fonctionnement du droit commercial privé. Les Etats abdiquent une part de souveraineté (en l'occurrence le droit de décider s'ils reconnaissent et font exécuter une décision émanant d'un tribunal privé, s'étant réuni sur un territoire étranger, en vertu d'un contrat privé), dans le but de renforcer l'infrastructure juridique du commerce transnational. Cette « abdication souveraine de souveraineté » qu'est la signature d'un traité, se rapproche d'une démarche de « constitutionnalisation » de l'ordre juridique international.

Les investissements

La régulation juridique des investissements transnationaux³²⁶ pose des problèmes plus difficiles à surmonter. La vie d'un investissement s'étend parfois sur plusieurs décennies; de plus, elle est « territorialisée » : l'investisseur est soumis aux règles de droit de l'Etat « hôte ». Ces deux éléments rendent très problématique la mise en place d'une architecture juridique consacrant les droits économiques des investisseurs transnationaux.

Pendant toute la durée de vie de l'investissement, l'investisseur étranger est soumis à différents risques, qui trouvent leur origine dans la souveraineté de l'Etat hôte, affirmée et garantie par le droit international public :

- Le risque d'expropriation et de nationalisation ;
- Le risque d'évolutions réglementaires ou fiscales défavorables, et plus généralement de modification des conditions d'exploitation de l'investissement ;
- Le risque de modification ou de révocation unilatérale du contrat lorsque celui-ci est signé avec l'Etat ou, plus généralement, une personne publique (entreprise nationale, agence publique, administration locale, etc.). On parle, dans ce cas, de contrat d'Etat (*state contract*).

On dira que ces risques pèsent sur tout investisseur, même dans son propre pays. Les véritables questions sont donc les suivantes : 1/ Le droit de l'Etat hôte consacre-t-il les droits économiques des personnes, en particulier face aux prérogatives de la puissance publique ? 2/ L'investisseur peut-il faire valoir ses droits face à l'autorité publique, c'est-à-dire contester ses décisions devant une juridiction susceptible, le cas échéant, de les casser?

En droit international public, les dispositions relatives aux investissements ont émergé sur la base des dispositions relatives au traitement des individus étrangers. Les réponses aux deux questions posées ci-devant sont donc les suivantes : les différends relatifs à un investissement relèvent normalement des tribunaux de l'Etat hôte, même lorsque l'Etat lui-même est partie au contentieux ; ces tribunaux appliquent le droit de l'Etat hôte. Le degré de protection dont jouit l'investisseur dépend donc de la qualité des institutions du pays dans lequel il investit, en particulier, du degré de « constitutionalité » de l'ordre juridique. C'est-à-dire du degré de soumission au droit des prérogatives souveraines touchant à la régulation de l'économie.

Cette régulation strictement nationale des investissements transnationaux est de nature à décourager les investissements dans les pays où les garanties constitutionnelles sont incertaines, donc à freiner l'intégration économique. De plus, elle ouvre à la possibilité d'une politisation du traitement des investissements étrangers. Par mesure de rétorsion politique, ou pour satisfaire à une pression de l'opinion publique, un Etat peut soumettre certains investisseurs étrangers à un traitement discriminatoire, voire les exproprier.

Certes, la souveraineté n'est pas illimitée en droit international, même dans le domaine économique. Mais les normes (en particulier coutumières) qui l'encadrent se sont révélées très incertaines. Longtemps, la sécurisation des droits économiques des investisseurs étrangers dans les pays qui ne possédaient pas de tradition juridique libérale, a reposé sur le mécanisme de la protection diplomatique (par lequel le contentieux firme-Etat est transféré au niveau interétatique), et sur l'application par les juridictions internationales du principe des droits acquis. Toutefois, ce dispositif n'a pas résisté au mouvement d'affirmation de la souveraineté économique qui, dès les années 1950, a réclamé davantage de maîtrise des Etats sur les activités économiques des ressortissants étrangers, pour culminer dans les années 1970 dans la proclamation, par l'assemblée générale des Nations Unies, d'un « nouvel ordre économique international » (NOEI) centré sur la souveraineté « complète et permanente » des Etats en matière économique³²⁷.

La doctrine du NOEI développait une conception absolutiste de la souveraineté, contestant toute limitation au droit d'adapter les termes contractuels et la législation applicable aux investisseurs, et même au droit de nationaliser les actifs étrangers. Au cours des années 1970, de très nombreuses multinationales occidentales ont subi des nationalisations dans les pays en développement, en particulier (mais pas seulement) dans le secteur des ressources naturelles. Parallèlement, la compétence exclusive des tribunaux nationaux était réaffirmée. Même si les revendications les plus radicales du NOEI n'ont pas abouti, le mouvement n'est pas resté vain sur le plan juridique : il a conduit à un rééquilibrage profond entre le principe des droits acquis par contrat, et le principe de souveraineté économique de l'Etat, au profit de celui-ci. Cette évolution décisive a révélé les profondes incertitudes du droit international des investissements, jusque-là masquées par un contexte politique très favorable aux Etats occidentaux et aux compagnies multinationales qui en sont ressortissantes.

Ces lacunes apparurent dans toute leur ampleur à l'occasion des arbitrages consécutifs aux nationalisations pétrolières de 1973-74. Certains arbitres, s'en tenant à la lettre du droit international public, jugèrent qu'un Etat n'est pas en mesure de se créer des obligations contractuelles à l'égard d'une personne privée : ils contestèrent la validité des clauses de stabilisation les plus explicites contenues dans les contrats pétroliers. Tous ne furent pas aussi défavorables aux compagnies. Mais c'est alors une autre difficulté qui se présenta : comment faire exécuter une sentence arbitrale contre un Etat ? Certains, comme la Libye, opposèrent avec succès leur immunité souveraine, contraignant l'investisseur à négocier une solution amiable faute de pouvoir faire exécuter la sentence.

Au sortir de cette période de bouleversements, le droit international des investissements apparaît tel qu'il est, c'est-à-dire « non constitutionnel ». Les droits économiques des investisseurs n'ont d'autre forme de garantie que celle qu'apportent les ordres juridiques internes. Il s'ensuivra, dans le domaine des ressources naturelles jusqu'ici marqué par d'importants flux d'investissements nord-sud, un profond et durable recentrage sur les pays de l'OCDE — au détriment de l'efficacité économique globale. Plus généralement, cette déficience du régime juridique international des investissements au regard des exigences du marché, constitue certainement une entrave au processus d'intégration économique, dont les flux d'investissement sont une composante essentielle.

3. La réforme du régime juridique des investissements : naissance d'un droit international économique ordonné à l'intégration

Au cours des vingt dernières années du XX^e siècle, le régime juridique des investissements s'est profondément transformé. A la faveur de traités sur les investissements, d'abord bilatéraux puis plurilatéraux, de nouvelles normes se sont imposées, qui définissent une architecture juridique beaucoup plus favorable à l'intégration économique.

Parmi les traités véhiculant les normes du nouveau régime, signalons le programme américain de traités bilatéraux sur les investissements (TBI), élaboré par l'administration Reagan dès 1981, et poursuivi selon le même schéma par tous les gouvernements fédéraux depuis cette date ; les programmes de TBI mis en place ou renouvelés par tous les pays de l'OCDE à partir de 1990 ; les instruments plurilatéraux régionaux tels que le protocole de Colonia (MERCOSUR), l'ALENA (chapitre 11) ; un instrument sectoriel comme le traité sur la Charte de l'énergie (TCE, 1994). Au total, entre 1985 et 2000, plus de 1500 traités sur les investissements ont été signés (pour la plupart bilatéraux), formant un réseau dense et assez homogène au plan des principes juridiques. En 1998, les négociations sur un accord multilatéral (AMI) ont échoué, repoussant le parachèvement du processus. Toutefois, celui-ci n'est pas arrêté, même si le rythme s'est un peu ralenti ces dernières années. Parmi les projets les plus porteurs, signalons l'extension probable du TCE, les négociations en vue de l'établissement d'une zone de libre-échange des Amériques (ZLEA), et surtout le renouveau des discussions multilatérales sur les investissements, cette fois dans le cadre de l'OMC.

La logique d'émergence de ce nouveau régime juridique est bien le processus « constitutionnalisant » propre aux instruments conventionnels (c'est-à-dire aux traités) : les Etats bornent eux-mêmes leur souveraineté, dans des engagements mutuels juridiquement contraignant.

Encadrement des prérogatives souveraines, affirmation des droits économiques des investisseurs, traitement national

Les traités représentatifs du nouveau régime juridique définissent des normes de traitement des investissements étrangers garantissant un haut degré de protection³²⁸. Tout d'abord, les modalités d'exercice des prérogatives souveraines en matière économique sont précisément codifiées, et encadrées. Cela concerne bien sûr le droit de nationaliser. Aucun traité moderne ne remet en cause ce droit, que toutes les constitutions, même les plus libérales, reconnaissent à l'Etat. Toutefois, le nouveau régime réaffirme les limitations à ce droit contenues dans l'ancienne doctrine Hull, remise en cause par les pays en développement dans le cadre de l'affirmation de leur souveraineté économique. La nationalisation n'est autorisée que pour raison d'intérêt public (en particulier la sécurité nationale), de manière non discriminatoire, et moyennant compensation rapide et appropriée (le mode de calcul de la compensation est parfois précisé). Les traités interdisent par ailleurs toute mesure, qu'elle soit de nature réglementaire ou fiscale, ayant sur l'investissement un effet assimilable à une expropriation, même s'il n'y a pas remise en cause formelle des droits de propriété. On retrouve dans ces traités des formules directement inspirées des législations économiques libérales, en particulier américaine : nationalisation rampante (*creeping nationalization*), fiscalité confiscatoire (*confiscatory taxation*).

Le pendant de cet encadrement des prérogatives souveraines est une définition très large des droits économiques des investisseurs. Les traités couvrent en général non seulement les actifs tangibles et intangibles, mais jusqu'aux espérances de gains attachées à une autorisation d'investir, un contrat, une licence. Il paraît clair que plus la définition de l'investissement est large, plus le champ des prérogatives souveraines concernées par les limitations évoquées ci-devant est étendu. Plus généralement, les traités reconnaissent à l'investisseur un droit à jouir de ses droits sans entraves administratives particulières liées au fait qu'il est étranger. Signalons en particulier la prohibition, par certains traités, des obligations de fourniture du marché local, des contraintes sur les importations ou exportations de biens ou services, et des restrictions au transfert de capitaux, y compris le rapatriement des profits.

Par ailleurs – et c'est là le trait le plus communément présent dans les instruments représentatifs du nouveau régime juridique des investissements –, les investisseurs étrangers couverts par les traités se voient garantir un traitement au moins équivalent aux investisseurs nationaux, ou aux investisseurs étrangers les mieux traités, selon ce qui est le plus favorable aux investisseurs (par analogie avec la fameuse clause des accords commerciaux, on parle de « traitement national ou de la nation la plus favorisée » TN-NPF). Cette clause est remarquable, car elle supprime toute distinction dans le traitement des investisseurs, selon qu'ils sont nationaux ou étrangers : dès lors qu'ils ont été admis à investir sur le territoire, les étrangers sont assurés d'un traitement équivalent à leurs concurrents étrangers, d'où qu'ils viennent, et à leurs concurrents locaux. En outre, cette clause TN-NPF introduit un phénomène d'effet cliquet entre les différents traités signés par un Etat : si un traitement particulièrement favorable est accordé, sur une base bilatérale, aux investisseurs d'un Etat, il devient immédiatement applicable aux investisseurs d'un Etat tiers couverts par un traité comportant la clause TN-NPF³²⁹.

Enfin, les Etats s'engagent à respecter intégralement les contrats qu'ils signent avec les investisseurs étrangers. Cette disposition correspond à une clause de stabilisation située au dessus du contrat, et qui garantit l'effectivité des droits et obligations que celui-ci engendre.

Règlement des différends par l'arbitrage international contraignant

La principale « révolution » introduite par les traités modernes sur les investissements concerne peut-être le règlement des différends entre Etats et investisseurs privés étrangers. Pour que les droits qui leur sont reconnus soient effectifs, les firmes étrangères doivent pouvoir porter leurs différends avec l'Etat devant une juridiction extérieure à son ordre juridique, et dont les jugements seront appliqués. Aux termes des traités sur les investissements, les Etats mettent en place une architecture qui permet d'atteindre ce résultat. Notons que cela revient à annuler les effets de la différence irréductible de statut, en droit international, entre un Etat et une personne privée, qui fait qu'il est impossible à celle-ci de faire valoir directement ses droits contre celui-là devant une juridiction internationale.

Par le traité, l'Etat s'engage à accepter le règlement de tous les différends relatifs aux investissements devant un tribunal arbitral international. Cet accord de l'Etat est donné une fois pour toutes, ce qui signifie que l'investisseur dispose d'une entière liberté d'appréciation quant au respect des droits qui lui sont conférés (en particulier par le traité,

mais pas uniquement), et d'un droit d'attirer unilatéralement l'Etat à l'arbitrage s'il estime que ses droits ont été violés.

Aux termes des traités, les Etats considèrent la sentence arbitrale comme définitive et contraignante. Ils s'engagent à l'appliquer comme si elle émanait de la plus haute juridiction nationale. En matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales internationales impliquant un Etat, il convient de signaler l'importance du renouveau, à la faveur des traités sur les investissements, du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)³³⁰. Pratiquement tous les traités mentionnent le CIRDI comme la juridiction la plus indiquée pour régler les différends investisseur-Etat, même si la plupart laissent ouvert le choix d'un autre forum, institutionnalisé ou ad hoc. Aux termes de la convention CIRDI, une sentence rendue dans le cadre du Centre est définitive et contraignante, et immédiatement applicable dans tous les Etats membres du CIRDI. L'arbitrage CIRDI offre donc des garanties très solides que n'offrent pas l'arbitrage ad hoc, ou les tribunaux arbitraux commerciaux (par exemple celui de la Chambre de commerce internationale). Dans certains secteurs dont les contrats pétroliers, le CIRDI est devenu la juridiction par défaut pour le règlement des différends entre investisseur et Etat « hôte ». Toutefois, si les parties au différends préfèrent recourir à l'arbitrage commercial, les traités exigent que l'arbitrage ait lieu sur le territoire d'un Etat signataire de la convention de New York, et précisent que les différends relatifs aux investissements couverts seront considérés comme des différends commerciaux. On limite ainsi au maximum les risques de voir l'exécution d'une sentence bloquée par opposition de l'immunité souveraine.

La révolution introduite par le nouveau régime juridique s'étend également au droit applicable par les tribunaux arbitraux. De nombreux traités étendent le droit applicable très au-delà du seul droit national de l'Etat « hôte ». Généralement, le traité garantit l'applicabilité du droit (ou des droits) librement choisis par les parties à un contrat d'Etat. Mais certains vont plus loin et intègrent d'autres corps de règles dans le droit applicable aux différends, notamment les « principes applicables du droit international », ou le traité lui-même. Certains traités (rares), excluent le droit national du droit applicable par le tribunal arbitral, imposant par là une stricte « internationalisation » de la régulation juridique de l'investissement.

Encadrement du droit de filtrer les investissements, et libre accès au territoire

Tout ce qui précède concerne le traitement de l'investissement une fois installé sur le territoire de l'Etat « hôte ». Le droit pour celui-ci de filtrer les investissements, d'accorder discrétionnairement les autorisations d'investir, de sélectionner les « bons » projets, ceux qui correspondent le mieux à son projet de développement, ce droit est la pierre angulaire du droit international des investissements. Or certains instruments participant du nouveau régime juridique, le remettent en cause, soit qu'ils le bornent et en codifient l'exercice, soit qu'ils le suppriment purement et simplement.

Le traité sur la Charte de l'énergie (1994) est un exemple, parmi d'autres, d'instrument codifiant, sans le supprimer, le droit souverain d'accepter ou de refuser un investissement étranger. D'autres instruments, en vigueur ou en phase d'élaboration, ainsi que des propositions non contraignantes, vont plus loin. Les traités bilatéraux sur les investissements (TBI) signés par les Etats-Unis depuis 1982, le chapitre 11 de l'ALENA, les TBI signés par le Canada après 1994, le protocole de Colonia sur les investissements dans le

MERCOSUR, la version provisoire de l'accord multilatéral sur les investissements (AMI) avorté en 1998, les dispositions relatives aux investissements du projet de zone de libre-échange des Amériques (ZLEA), le « traité complémentaire » préparé par le Secrétariat de la Charte sur l'énergie et non encore ouvert à signature et, enfin, les « Lignes directrices » publiées par la Banque mondiale en 1992 et destinées à orienter les efforts à venir en matière de négociation multilatérale sur les investissements : tous ces instruments abolissent, pourraient abolir s'ils entraient en vigueur (ou préconisent l'abolition, pour les « Lignes directrices »), pour les pays qui les ont signés ou les signeront, le droit de l'Etat à contrôler l'installation sur son territoire des investisseurs étrangers.

En d'autres termes, les investisseurs couverts par ces traités, qui représentent la fine pointe du nouveau régime juridique international des investissements, se voient attribuer un véritable droit d'investir sur le territoire de tous les autres Etats signataires. Même si elle est encore loin d'être universalisée, il s'agit d'ores et déjà d'une inflexion profonde et décisive du droit international, puisque c'est la distinction même entre investisseurs « du dedans » et investisseurs « du dehors » qui disparaît. Le moyen le plus classique du droit international (l'engagement mutuel entre deux ou plusieurs Etats) est mis au service d'un objectif qui lui était jusqu'ici totalement étranger : l'intégration économique mondiale.

Conclusion : vers l'internationalisation du rule of law

A partir d'une situation très déficiente du point de vue des conditions de possibilité juridiques du marché, le régime juridique des investissements s'est profondément transformé au cours des vingt dernières années. A travers des centaines (et même des milliers) de traités bilatéraux sur les investissements, et plusieurs instruments plurilatéraux régionaux ou sectoriels, véhiculant un ensemble de normes juridiques et de principes politico-idéologiques très homogènes, s'est formé une sorte de régime juridique *para-constitutionnel*.

Le droit international public pose comme principe l'autonomie des Etats. C'est pourquoi il constitue, en matière de régulation des investissements, une entrave à l'intégration économique transnationale. Il affirme, et le cas échéant encadre (de manière très incertaine), le droit des Etats à contrôler, c'est-à-dire à contraindre les flux transnationaux, à s'opposer à la tendance spontanée de l'économie à transcender les frontières. Le droit international classique n'est absolument pas centré sur les droits des personnes privées ; il ne consacre aucun droit économique subjectif qui serait opposable aux autorités publiques, partout dans le monde.

Or le nouveau régime juridique des investissements est tout entier centré sur l'affirmation des droits économiques des investisseurs transnationaux. Non seulement de leurs droits une fois qu'ils se retrouvent en territoire étranger, mais même, de plus en plus, d'un droit à saisir les occasions d'investissement qui se présentent, quelle qu'en soit la localisation géographique. En cela, ce nouveau régime pousse très loin la logique *para-constitutionnelle*. Dans le « renoncement souverain à la souveraineté économique », peut-être existe-t-il un seuil au-delà duquel on change complètement de logique juridique. La logique du droit international public, c'est la maîtrise souveraine, et au besoin collective (interétatique), de l'interpénétration des économies nationales. La logique dans laquelle nous entrons est celle de l'affirmation et de la protection du droit individuel de propriété et des contrats transnationaux qui le prolongent. La réforme du régime juridique international des investissements correspondrait alors à un effort d'internationalisation du *rule of law*, c'est-à-dire de la philosophie juridique qui sous-tend les droits économiques libéraux, le

droit américain mais aussi le droit européen — systèmes juridiques fédéraux, ordonnés à la *construction du marché*³³¹.

4. La réforme du régime juridique des investissements participe-t-elle de l'émergence d'une gouvernance économique globale ?

L'évolution juridique dont il a été question constitue un exemple assez spectaculaire de dynamique institutionnelle internationale. Elle procède de l'action des Etats, qui mettent leur pouvoir normatif collectif au service de la construction d'une économie transnationale intégrée, c'est-à-dire de l'effacement progressif des frontières économiques. De là, deux interrogations : 1/ La nouvelle architecture juridique correspond-elle à un dispositif international, ou est-on face à l'émergence d'un « droit global » ? 2/ En quel sens peut-on parler d'un élément de « gouvernance », qu'elle soit internationale ou globale ?

La réponse à la première question dépend largement de l'angle de vision que l'on adopte. Certains (notamment la plupart des juristes, mais aussi les politistes qui abordent les relations internationales avec les outils du choix rationnel – le « néo-réalisme » qui domine le paysage anglo-saxon, particulièrement américain), insisteront sur le fait que l'architecture juridique repose, en dernière analyse, sur des accords interétatiques, sur la volonté des Etats, laquelle reflète leurs intérêts. D'autres (parmi lesquels, on l'aura compris, l'auteur de ces lignes), mettront l'accent sur la nouveauté radicale que constitue cet ordre juridique para-constitutionnel ordonné à l'intégration économique globale, plutôt que sur les mécanismes formels, somme toute très classiques, qui l'ont fait advenir. Peut-être faut-il sortir ici de la neutralité et justifier son point de vue. Que les juristes en restent, dans leurs analyses juridiques, à un strict positivisme, peut se comprendre et même s'avérer nécessaire. Mais le fait que le nouveau droit international des investissements procède de l'action des Etats ne saurait épuiser le sujet du point de vue du politiste. L'intégration économique mondiale bouleverse profondément la vie des communautés politiques : le fait qu'elle soit, dans une large mesure, voulue par les Etats, pose plus de questions qu'il n'en résout. Dans quelles conditions ce grand *projet politique* qu'est l'intégration économique, peut-il être *assumé* politiquement ? Ceci nous conduit au second point.

Est-on en présence d'un dispositif participant de l'émergence d'une gouvernance économique globale ? Il paraît difficile de répondre positivement à cette question, sauf à assimiler à un élément de gouvernance toute institution internationale, sans considération de sa contribution à la « gouvernabilité » du monde. Car si l'idée de gouvernance a un sens, c'est celui de « dispositif élargi de gouvernement » (éventuellement *très élargi*). En d'autres termes, la notion de gouvernance paraît indissociable de l'idée d'un degré de prise en charge collective, même s'il est faible, des résultats du système social concerné. Or, construire un marché transnational intégré, c'est d'abord instituer le *lâcher prise* à l'égard des dynamiques économiques. Le droit qui permet de construire le marché, le système de règles ordonné à l'intégration économique marchande, ne nous paraît pas représenter un élément de gouvernance. Il pourrait en revanche – et c'est d'ailleurs déjà le cas – susciter une *demande de gouvernance* (ou de gouvernement) ; il ne constitue pas en lui-même une réponse à cette demande.

BIBLIOGRAPHIE

1. Articles et ouvrages

- Abi-Saab, G., The International Law of Multinational Corporations: a Critique of American Legal Doctrines, *Annals of International Studies*, 2, 1971.
- Adelman, M.A., The Multinational Corporation in World Petroleum, in C. P. Kindleberger (ed.) *The International Corporation*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1970, p. 227-241.
- Adelman, M.A., *The World Petroleum Market*, Baltimore, The Johns Hopkins Univ. Press pour Resources for the Future, Inc., 1972.
- Adelman, M.A., Crude Oil Supply Curves, MIT CEEPR Working Paper, 1998.
- Alland, D., Droit des traités, in *ibid.*, dir., *Droit international public*, PUF, 2000, p. 215-266.
- Alland, D., L'ordre juridique international, in *ibid.*, dir., *Droit international public*, PUF, 2000, p. 17-34.
- Babadji, R., Le traité sur la charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994), *Annuaire français de droit international* XLII, 1996, p. 872-893.
- Barrows, *Basic Oil Laws and Concession Contracts*, New York, The Barrows Company, fascicules à parution irrégulière.
- Bettati, M., *Le nouvel ordre économique international*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1983.
- Blinn, K. W., C. Duval, H. Le Leuch et A. Pertuzio, *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements*, Londres, Euromoney Publications, 1986.
- Bishop, R.D., *International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea*, CEPMLP, Univ. of Dundee, Discussion Paper DP12, 1997.
- Bourdieu, J., *Anticipations et ressources finies*, Presses de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 1996.
- Bradley, R. L. Jr., *Oil, Gas and Government. The U.S. Experience* vol. 1, Lanham, Rowman & Littlefield Publ. pour le Cato Institute, 1996.
- Brazell, L., Draft Energy Charter Treaty: Trade, Competition, Investment and Environment, *J. of Ener. and Nat. Res. Law* 12, n° 3, 1994, 299-341.
- Brousseau, E., *L'économie des contrats*, Paris, PUF, 1993.
- Carreau, D. et P. Juillard, *Droit international économique*, 4^e éd., LGDJ, 1998.
- Cattan, H., *The Evolution of Oil Concessions in the Middle East and North Africa*, Dobbs Ferry, Oceana Publ., 1967.
- Coase, R. H., *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, The Univ. of Chicago Press, 1988.
- Coase, R. H., The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics* 3, 1960, p. 1-44, trad. fr. partielle in J. Généreux, *L'économie politique*, Larousse, coll. « Textes essentiels », 1996, p. 120-134.

- Cohen-Tanugi, L., *Le droit sans l'État* [1985], 3^e éd., PUF, coll. « Quadrige », 1992.
- Combacau, J. et S. Sur, *Droit international public* [1993], Montchrestien, 4^e éd., 1999.
- Combacau, J., La crise de l'énergie au regard du droit international, in S^{té}. fr. pour le dr. inter., *La crise de l'énergie au regard du droit international*, Pedone, 1976, p. 3-38.
- Copinschi, Ph. et J.-P. Favennec, L'Amont pétrolier en Afrique de l'ouest : état des lieux, *Revue de l'Energie*, n° 511, novembre 1999.
- Demsetz, H., Toward a theory of property rights, *The American Economic Review* vol. 57, n° 2, mai 1967.
- Devaux-Charbonnel, J., *Droit minier des hydrocarbures*, Ed. Technip, 1987.
- Dupuy, R.-J., *Le droit international* [1963], 10^e éd., PUF, coll. « Que sais-je », 1996.
- Elster, J., The Impact of Constitutions on Economic Performance, in *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics 1994*, Washington, The World Bank, 1995, p. 209-226.
- Hayek, F. A., *The Political Ideal of the Rule of Law*, Le Caire, 1955.
- Hayek, F. A., The Principles of a Liberal Social Order [1966], repr. in *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1967, p. 160-177.
- Johnston, D., *International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*, Tulsa, Pennwell Books, 1994.
- Juillard, Patrick, L'évolution des sources du droit des investissements, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 250, Londres et La Haie, Martinus Nijhoff, 1994, p. 9-216.
- Klein, B. et K. B. Leffler, The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance, *Journal of Political Economy*, vol. 89, n° 4, 1981, p. 615-641.
- Laitos, J. G., Judicial Protection of Private Property in Natural Resources: the American Experience, *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 14, n° 3, 1996, p. 262-297.
- Le Leuch, H., Contractual flexibility in new petroleum investment contracts, in N. Beredjick et Th. Wälde (dir.), *Petroleum Investment Policies in Developing Countries* (1988), p. 81-100.
- Lepage, H., Analyse économique et théorie du droit de propriété, *Droits*, I, 1985, p. 91-105.
- Locke, J., *Traité du gouvernement civil* [1690], éd. S. Goyard-Fabre, GF-Flammarion, 1992.
- Lynch, M.C., Shoulder against shoulder: the evolution of oil industry strategy, *The Journal of Energy and Development*, vol. 19, n° 1, 1995, p. 15-56.
- Lyon, P., The emergence of the third world, in H. Bull et A. Watson (eds.), *The Expansion of the International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 229-237.
- Mead, W.J. et G.G. Pickett, Federal Lease Policy, in S.F. Singer (dir.), *Free Market Energy* (1984).
- Mestre, J.-L., L'expropriation face à la propriété (du Moyen Age au Code civil), *Droits*, I, 1985, p. 51-62.
- Mikesell, R.F., *Foreign Investment in the Petroleum and Mineral Industries*, Baltimore, The Johns Hopkins Press pour Resources for the Future, Inc., 1971.
- Mommer, B., *The Governance of International Oil: the Changing Rules of the Game*, Oxford, Oxford Institute for Energy Studies, 2000.
- Mommer, B., *The New Governance of Venezuelan Oil*, Oxford, Oxford Institute for Energy Studies, 1998.
- Moran, Theodore H., « Managing an oligopoly of would-be sovereigns: the dynamics of joint control and self-control in the international oil industry past, present and future », *International Organization* (vol. 41, n° 4, automne 1987), pp. 575-607.
- Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *Droit International Public*, LGDJ, 6^e éd. 1999.
- Nozick, R., *Anarchy, State and Utopia*, N.Y., Basic Books, 1974.
- Otto, J., Global changes in mining laws agreements and tax systems, *Resources Policy* 24, n° 2, 1998, p. 79-86.
- Otto, J., The Changing Regulatory Framework for Mining Ventures, *J. of Energy and Nat. Res. Law* 14, n° 3, 1996, p. 251-261.

- Penrose, E.T., *The Large International Firm in Developing Countries. The International Petroleum Industry*, Londres, George Allen & Unwin, 1968.
- Rodman, K.A., *Sanctity versus Sovereignty*, N.Y., Columbia Univ. Press, 1988.
- Rodriguez-Padilla, V., *L'impact de la fiscalité sur l'effort d'exploration-production de pétrole*, Thèse, Institut d'Economie et de Politique de l'Energie, Université des sciences sociales, Grenoble II, 1990.
- Rueff, J., *L'ordre social* [1945], rééd. in *Œuvres complètes*, t. iv, Plon, 1981.
- Sacerdoti, G., Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1997 t. 269, Londres et La Haie, Martinus Nijhoff, 1998, p. 251-460.
- Sacerdoti, G., The Sources and Evolution of International Legal Protection for Infrastructure Investment Confronting Political and Regulatory Risk, Papier présenté à la conférence de la Banque Mondiale: *Private Infrastructure for Development: Confronting Political and Regulatory Risk*, Rome, 8-10 sept. 1999. <www.worldbank.org/html/fpd/risk/papers.htm>
- Sally, R., *Classical Liberalism and International Economic Order*, Londres, Routledge, 1995.
- Schrijver, N., *Sovereignty Over Natural Resources. Balancing Rights and Duties*, Cambridge (R.U.), Cambridge Univ. Press, 1997.
- Schwartz, E. et J. Paulsson, Confronting Political and Regulatory Risk Associated with Private Investment in Infrastructure in Developing Countries: The Role of International Dispute Settlement Mechanisms, Papier présenté à la conférence de la Banque Mondiale: *Private Infrastructure for Development: Confronting Political and Regulatory Risk*, Rome, 8-10 sept. 1999. <www.worldbank.org/html/fpd/risk/papers.htm>
- Shihata, I., Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 1, n° 1, 1986.
- Skeet, I., *Opec: Twenty-five Years of Prices and Politics*, Cambridge (R.U.), Cambridge Univ. Press, 1988.
- Stanislaw, J.A., W. Durbin et S. Ruth, Latin America's energy future: the opening door, *Proceedings of the 15th World Petroleum Congress*, N.Y, John Wiley & Sons, 1998.
- Stern, B., *Un nouvel ordre économique international ?*, Economica, 1983.
- Stevens, M. et R. Dolzer, *Bilateral Investment Treaties*, Londres, Kluwer/Nijhoff, 1995.
- Sunstein, C. R., On Property and Constitutionalism, Chicago, The Univ. of Chicago Law School, *Law & Economics Working Paper* n° 3 (2^e série), 1991.
- Taverne, B., *An Introduction to the Regulation of the Petroleum Industry*, Londres, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, 1994.
- Vernon, R., Long-Run Trends in Concession Contracts, *American Society of International Law*, Proceedings of the 61st Annual Meeting, Washington, 1967, p. 81-89.
- Wälde, Th., A requiem for the 'New International Economic Order'. The Rise and Fall of Paradigms in International Economic Law, Dundee (Ecosse), *CEPMLP Working Paper*, 1995.
- Wälde, Th., International Energy Investment, *Energy Law Journal* 17, n° 1, 1996, p. 191-215.
- Wälde, Th., International Investment Under the 1994 Energy Charter Treaty, *Journal of World Trade* 29 (5), 1995, p. 5-72.
- Wälde, Th., International Law of Foreign Investment: Towards Regulation by Multilateral Treaties, *Business Law International* 1, 1999, p. 50-79.
- Wälde, Th., Treaties and Regulatory Risk in Infrastructure Investment, *Journal of World Trade* 34 (2), 2000, p. 1-61.
- Wälde, Th et A. Kolo, Confiscatory Taxation under Customary International Law and Modern Investment Treaties, *CEPMLP Online Journal*, vol. 4, 1999. <www.cepmlp.org/journal/>
- Wälde, Th. et T. Weiler, Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of new NAFTA Precedents, Draft, février 2001.
- Weber, M., *Economie et société* [1922], trad. fr., rééd. Pocket, coll. « Agora », 1995, t. 2.

- Weiler, T., “1999: The Dawning of a New Era in NAFTA Investor – State Dispute Settlement”, <www.naftaclaims.org>, 2000.
- Weiler, T., “2000 in Review: NAFTA Investor-State Dispute Settlement Gains Steam”, <www.naftaclaims.org>, 2001.
- Williamson, O.E., Credible commitments: Using Hostages to Support Exchanges, *American Economic Review* 73 (4), sept. 1983, p. 519-540
- Williamson, O.E., Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, *Journal of Law and Economics* 22, oct. 1979, p. 233-261.

2. Publications officielles

- Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents*, Bruxelles, Secrétariat de la Charte de l’Energie, 1996. Disponible sur le site Internet du Secrétariat à l’adresse : <www.encharter.org>.
- Organization of American States, Trade Unit, *Investment Agreements in the Western Hemisphere: A Compendium*, Washington, Organisation des Etats Américains, 1999. Disponible sur le site Internet de l’OEA : <www.sice.oas.org>.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, Genève et New York, Nations Unies, 1998.
- US Department of State, Bureau of Economic and Business Affairs, *U.S. Bilateral Investment Treaty Program (BITs)*, Washington, 1^{er} novembre 2000. Disponible sur le site Internet du Département d’Etat à l’adresse : <www.state.gov>
- US Department of Energy, Energy Information Administration, *Performance Profiles of Major Energy Producers*, Washington, DOE/EIA, annuel. Disponible sur le site Internet de l’EIA : <www.eia.doe.gov>.

3. Résolutions d’organisations internationales

- Assemblée Gén. des Nations Unies, Résolution 1803 (XVII) du 14 déc. 1962 – Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, reproduit in B. Stern, *Un nouvel ordre économique international*, doc. 15, p. 178-183.
- Assemblée Gén. des Nations Unies, Résolution 3171 (XXVIII) du 17 déc. 1973 – Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, reproduit in B. Stern, *Un nouvel ordre économique international*, doc. 26, p. 228.
- Assemblée Gén. des Nations Unies, Résolution 3201 (S-VI) du 1^{er} mai 1974 – Déclaration concernant l’instauration d’un nouvel ordre économique international, reproduit in B. Stern, *Un nouvel ordre économique international*, doc. 1, p. 3-5.
- Assemblée Gén. des Nations Unies, Résolution 3281 (XXIX) du 12 déc. 1974 – Charte des droits et des devoirs économiques des États, reproduit in B. Stern, *Un nouvel ordre économique international*, doc. 3 et 3-bis, p. 57-69.
- Assemblée Gén. des Nations Unies, Résolution 626 (VII) du 21 déc. 1952 – Droit d’exploiter librement les richesses et ressources naturelles, reproduit in B. Stern, *Un nouvel ordre économique international*, doc. 8, p. 167.
- Organization of the Petroleum Exporting Countries (OPEC), Resolution XVI-90 – Declaratory Statement of Petroleum Policy in Member Countries, in *Resolution of the Sixteenth OPEC Conference*, 24-25 juin 1968.

4. Traités et instruments conventionnels internationaux

Traités bilatéraux sur les investissements signés par les Etats-Unis³³²

Treaty Between the Government of the United States of America and The Government of the Republic of **Argentina** Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (14 novembre 1991).

Treaty Between the Government of the United States of America and The Government of the Republic of **Azerbaijan** For the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (1^{er} août 1997).

Treaty Between the Government of the United States of America and The Government of the Sate of **Bahrain** Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (29 septembre 1999).

Treaty Between the Government of the United States of America and The Government of the Republic of **Bolivia** Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (17 avril 1998).

Treaty Between the United States of America and the Republic of **Cameroon** Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (26 février 1986).

Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of the **Congo** Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (12 février 1990).

Treaty between the United States of America and the Republic of **Ecuador** concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (27 août 1993).

Treaty Between the United States of America and the Arab Republic of **Egypt** Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (11 mars 1996).

Treaty Between the United States of America and the Republic of **Kazakhstan** Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (19 mai 1992).

Treaty Between the United States of America and the Republic of **Kyrgyzstan** Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (19 janvier 1993).

Treaty Between the Government of the United States of America and The Government of the Republic of **Uzbekistan** Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (16 décembre 1994).

Treaty Between the United States of America and the Republic of **Zaire** Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (3 août 1984).

Traités bilatéraux sur les investissements signés par le Canada³³³

Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République d'**Argentine** sur l'encouragement et la protection des investissements (5 novembre 1991).

Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République de l'**Equateur** pour la promotion et la protection réciproques des investissements (29 avril 1996).

Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of **Venezuela** for the Promotion and Protection of Investments (1^{er} juillet 1996).

Modèles nationaux de traités bilatéraux sur les investissements³³⁴

Projet d'accord entre le Gouvernement de la **République Française** et le Gouvernement ____ sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements [non daté].

Treaty between the Federal Republic of **Germany** and ____ concerning the encouragement and reciprocal protection of investments (février 1991).

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of ____ for the promotion and reciprocal protection of investments (juin 1991).

Instruments plurilatéraux et multilatéraux concernant les investissements ou le règlement des différends relatifs aux investissements

Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), Chapitre 11 : Investissement. Disponible sur le site Internet du Service d'Information sur le Commerce Extérieur (Organisation des Etats Américains) <www.sice.oas.org>.

Accord de Partenariat entre les membres du groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autres part, signé à Cotonou de 23 juin 2000. En particulier Partie 4, Titre II, Chap. 7; Annexe II, Chap. 5.

Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (ouverte à signature à Washington le 11 octobre 1985). Disponible sur le site Internet de l'Agence : <www.worldbank.org/miga>

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ouverte à signature à Washington le 18 mars 1965). Disponible sur le site Internet du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI): <www.worldbank.org/icsid>

Energy Charter Treaty (17 décembre 1994). Disponible sur le site Internet du Secrétariat de la Charte de l'Energie : <www.encharter.org>.

Protocolo de Colonia para la promocion y proteccion reciproca de inversiones en el MERCOSUR (17 janvier 1994). Disponible sur le site Internet du Service d'Information sur le Commerce Extérieur (Organisation des Etats Américains) <www.sice.oas.org>.

5. Documents législatifs et réglementaires

Union européenne

Directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures, *Journal Officiel des Communautés Européennes* n° L164 du 30 juin 1994, p. 3-8.

Afrique

Angola, Law dated 28 Sept. 1978, Regulating Petroleum Activities in Angola.

Angola, Constitutional Law, August 1992.

Côte d'Ivoire, Loi 96-669 du 29 août 1996, contenant le Code pétrolier.

Guinée Equatoriale, Décret-loi n° 7/1981 du 16 juin 1981, relatif aux hydrocarbures.

Amérique latine

Brésil, Law n° 9.478, 6 août 1997.

Brésil, Arbitration Act, 29 septembre 1996.

Brésil, Initial Tender Protocol (pre-Edital de Licitações) for the Contracting of Oil and Gas Exploration, Development and Production Activities, 14 décembre 2000.

Caspienne – Asie centrale

Turkmenistan, Petroleum Law (1996).

6. Contrats pétroliers et contrats types

Afrique

Angola, Petroleum exploration and Production Sharing Agreement Between SONANGOL and [compagnie pétrolière internationale], 4 janvier 1980.

Angola, Model Production Sharing Contract Between SONANGOL and Contractor, 1986.
Angola, Model Production Sharing Agreement for Deep Water Blocks Between SONANGOL and International Companies, 1991.
Angola, Model Production Sharing Contract for Deep Water Blocks, 1992.
Angola, Model Production Sharing Agreement Between SONANGOL and Contractor, 1997.
Cameroun, Modèle de contrat d'association, Bassin de Douala, 1995.
Côte d'Ivoire, Contrat de partage de production entre PETROCI et [compagnie américaine], 1992.
Gabon, Contrat de partage de production entre la République du Gabon et [compagnie indépendante américaine], 27 mai 1997.
Guinée Equatoriale, Contrat type n° 050282, en vue de l'exploration et de l'exploitation pétrolières, 1982.
Guinée Equatoriale, Contrat de partage de production entre la République de Guinée Equatoriale et [société étrangère], 1992.
Guinée Equatoriale, Modèle de contrat de partage de production (annexé au Décret 148), 2 novembre 1998.
Nigerian National Petroleum Corporation, Pro-forma/Draft Service Contract, juillet 1979.
Nigerian National Petroleum Corporation, Model Offshore Production Sharing Contract Between NNPC and Contractor, 1993.

Amérique latine

Brésil, Model Concession Contract for Exploration, Development and Production of Oil and/or Gas, 1998.

Caspienne – Asie centrale

Turkmenistan, Model Production Sharing Agreement for Petroleum Exploration and Production in Turkmenistan, 20 mars 1997.

NOTES

1. Que ce soit en vertu d'un droit de propriété privé sur la terre — comme aux États-Unis — ou de l'exercice d'une souveraineté publique sur l'ensemble des ressources naturelles d'un territoire national.
2. La contrepartie à la cession de ces droits consiste généralement en différents versements, en partie fixes en partie variables, de l'industriel au propriétaire — mais on peut imaginer toutes sortes de compensations possibles. L'ensemble de ces contreparties définit ce qu'il faut bien appeler le « prix » de l'accès au sous-sol potentiellement ou effectivement pétrolifère.
3. On emploiera parfois, par commodité, *marché de l'accès aux ressources* même si, dans de nombreux cas, la présence de ressources n'est pas avérée au moment de la signature du contrat — une des raisons pour lesquelles le propriétaire passe contrat avec un industriel est précisément qu'il veut savoir si son sous-sol contient ou non des dépôts d'hydrocarbures.
4. Il peut y avoir des restrictions à ce droit, en particulier dans les contrats internationaux.
5. Les seules exceptions notables concernent le pétrole russe après 1917 et mexicain après 1938, c'est-à-dire les deux épisodes de nationalisation antérieurs à 1970. La nationalisation iranienne de 1951 ne fut pas formellement remise en cause par l'accord de 1954, mais celui-ci ne confère pas à la compagnie nationale le contrôle des décisions d'investissement et de production.
6. L'ère de la « proration » ne prit fin qu'au début des années 1970.
7. Nous renvoyons aux travaux classiques de M. Adelman et E. Penrose, ainsi qu'à l'article de Th. Moran, « Managing an oligopoly of would-be sovereigns: The dynamics of joint control and self-control in the international oil industry past, present, and future » (1987).
8. Il faut aussi noter la tendance des États à offrir des concessions beaucoup moins vastes, et surtout à proposer à de nouveaux concurrents les surfaces que les compagnies historiques ont été contraintes de restituer périodiquement après l'introduction des clauses dites de *relinquishment*. Voir H. Cattam, *The Evolution of Oil Concessions in the Middle East and North Africa* (1967), p. 108 et suiv.
9. Voir B. Mommer, *The Governance of International Oil: the Changing Rules of the Game* (2000).
10. Voir M. Adelman, « Crude oil supply curves » (1998).
11. Voir les travaux classiques de E. Penrose, *The Large International Firm in Developing Countries: The International Petroleum Industry* (1968), et M. Adelman, *The World Petroleum Market* (1972), p. 82-89.
12. Voir L. Turner, *Oil Companies in the International System* (1978), p. 125 et suiv.
13. Cette réorientation relative avait commencé dès les années soixante, en raison de la détérioration du climat d'investissement dans les pays de l'OPEP, et tout simplement de la rentabilité de certains projets dans les nouvelles provinces, par exemple en Mer du Nord ou en Alaska.
14. Voir p. 19 et suiv.
15. P. Odell et K. Rosing, *The Future of Oil* (1980), p. 255-256. Ce livre original présente l'intérêt de combiner, dans une étude prospective de l'offre pétrolière, une approche économique modélisée avec une enquête sur les représentations des acteurs, et une analyse des dimensions institutionnelles du système pétrolier.
16. *Ibid.*, p. 256.
17. Formellement, il ne reste que trois pays qui refusent toute implication des investisseurs étrangers : le Mexique, l'Arabie Saoudite et l'Irak (ce dernier souhaitant s'ouvrir mais ne pouvant le faire en raison des sanctions imposées

- par les Nations Unies). Toutefois, l'ouverture reste très limitée dans de nombreux pays, notamment au Moyen-Orient et en Afrique du nord.
18. Au sein d'une littérature très importante, ce consensus se reflète notamment dans la plupart des articles publiés dans les volumes suivants : *The Energy Journal*, Special Tax Issue (1985) ; K. Khan (ed.), *Petroleum Resources and Development* (1987) ; N. Beredjick et T. Wälde (eds.) *Petroleum Investment Policies* (1988). Voir également R. Mickesell, *Petroleum Companies Operations and Agreements in the Developing Countries*, chap. 4 et 5, p. 20 s., et P. L. Eckbo, « Worldwide petroleum taxation: the pressure for revision » (1987).
 19. Dans les termes de Thomas Wälde, « The world market for petroleum rights is converted from a seller's to a buyer's market » — Wälde, « Investment policies in the international petroleum industry: responses to the current crisis » (1987), p. 31. La tendance est d'ailleurs identique dans les industries minières ; voir T. Wälde, « Third World mineral development in crisis » (1985), p. 3-5, 31-33.
 20. Sur ce déclin, voir T. Wälde, « A requiem for the "New International Economic Order" » (1995), p. 34 et suiv.
 21. Prétention qu'il est tentant, rétrospectivement, de juger absurde, mais qui donnait sa raison d'être au programme de financement et d'assistance publics au développement pétrolier du tiers-monde, que souhaitait mettre en place l'Assemblée Générale des Nations Unies. D'éminents juristes l'ont d'ailleurs reprise à leur compte. Pour un exemple paradigmatique, où l'exercice de la souveraineté est associé au « droit » de s'affranchir des mécanismes marchands, et ce y compris pour la fixation des prix et la commercialisation du brut, voir B. Bollecker-Stern, « Problèmes récents du droit pétrolier » (1978), *passim* ; du même auteur, « L'O.P.E.P. et la crise de l'énergie » (1976), not. p. 60 et suiv.
 22. Sur les principes promus par la Banque dans son action de conseil juridique, voir W. Onorato, *Legislative Frameworks Used to Foster Petroleum Development* (1995).
 23. « Given the scarcity of investment funds in general, a distinct re-orientation of technical cooperation requests by governments towards promotion of investment can be observed. In response, DTCD [Département de la coopération technique pour le développement, ONU] has pioneered an investment promotion model. » N. Beredjick, « Technical cooperation in response to the evolving situation of the international petroleum industry », p. 4. (L'auteur était à l'époque le directeur de la division Énergie et ressources naturelles du DTCD.)
 24. Le Département de l'énergie américain estime que le taux de taxation effectif (pour les activités d'exploration et production) supporté par les compagnies pétrolières américaines à l'étranger, a baissé de 20 points de pourcentage en moyenne entre le début des années quatre-vingt et 1997 (passant de 70 à 50%). Voir US DOE, *Performance Profiles of Major Energy Producers 1997* (1999), p. 49-50. Notons que joue ici un « effet de structure », lié à la place prépondérante qu'a prise la Mer du Nord, province à très faible niveau de taxation, dans les investissements extérieurs des compagnies américaines après 1983. (Cf. *infra*.)
 25. Pour mesurer la progression de ce mouvement d'adaptation à partir de 1985, on se reportera aux synthèses de T. Wälde : « Investment policies... » (1987) ; « Recent development in negotiating international petroleum agreements » (1992) ; « International petroleum investment and policies » (1994) ; « International energy investment » (1996).
 26. Voir en particulier les contributions de Ch. Blitzer *et al.*, in *The Energy Journal*, Special Tax Issue (p. 59-72), également in K. Khan, *Petroleum Resources and Development* (p. 172-182) ; les articles de P. Van Meurs et de H. Le Leuch, dans N. Beredjick et T. Wälde, *Petroleum Investment Policies* (respectivement p. 47-79 et 81-100) ; V. Rodriguez-Padilla, « Fiscalité pétrolière et risque » (1992), not. p. 92-97 ; A. Kemp, « Petroleum policies in developing countries » (1992), p. 106 et suiv. Alexander Kemp, « International petroleum taxation in the 1990s » (1994), constate les évolutions positives dans le sens de régimes fiscaux plus progressifs, de même que les experts de l'Institut Français du Pétrole, « La fiscalité et les contrats pétroliers en exploration et production : vers une meilleure adaptation au marché » (1999), p. 3-5.
 27. La fiscalité progressive réduit toutefois un autre risque : celui de voir la compagnie geler l'exploitation, voire l'abandonner, en raison de la détérioration de la rentabilité ; et encore le risque que le sous-sol reste inexploré et/ou inexploité, faute d'investisseur prêt à... en prendre le risque. En d'autres termes, il existe un niveau théorique « optimal » de risque à assumer pour l'État, qui maximise la valeur de ses ressources : en deçà, il y aura sous-investissement, au-delà, il abdique inutilement une part de ses recettes fiscales potentielles. Voir V. Rodriguez-Padilla, « Fiscalité pétrolière et risque », p. 92 et s.
 28. Voir quatrième section, p. 67.
 29. Voir p. et suiv.

30. En 1983 la royauté de 12,5% est supprimée pour les champs dont le « programme de développement » a été approuvé par le ministère après le 1er avril 1982. (L'exemption de royauté ne concerna dans un premier temps que les champs situés au-delà de 55° nord de latitude.) D'autre part — et toujours pour les nouveaux champs — le mode de calcul de la Petroleum Revenue Tax (PRT) est modifié. Les compagnies peuvent désormais déduire du montant imposable la valeur d'une part de la production doublée par rapport à la situation antérieure, et portée à 10 Mt cumulées par champs. Cette mesure peut être considérée comme un soutien significatif à la rentabilité des petits champs, donc comme un facteur de réduction du risque économique pour l'investisseur en exploration (la probabilité de découvrir des champs de petite taille est très forte, et elle augmente au fur et à mesure que la province devient plus « mature »). Enfin, les compagnies sont désormais autorisées à déduire du montant soumis à la PRT pour un champ, les dépenses d'exploration infructueuses effectuées sur d'autres champs, et les dépenses d'exploration des nouveaux champs. Cette dernière mesure constitue une très forte incitation à effectuer des dépenses d'exploration; (financée par le Trésor sous forme de manque à gagner fiscal).
- L'exemption de royauté est étendue à tous les nouveaux champs en 1989. A partir de 1987, 10% des dépenses de développement (en plus de la totalité des dépenses d'exploration) deviennent déductibles des revenus soumis à la PRT. Enfin, en 1993, la PRT est supprimée pour les nouveaux champs, et son taux passe de 75% à 50% pour les champs qui y restent soumis. A partir de 1993, les compagnies investissant dans l'exploration savent qu'en cas de succès, elles ne paieraient *que l'impôt sur les sociétés* : cette banalisation totale des activités pétrolières sur le plan fiscal (qui se traduit aussi par un partage des profits extrêmement favorable aux compagnies) n'a pas d'équivalent au monde. Pour faire bonne mesure, le taux de l'impôt sur les sociétés passe à 30% en 1998, contre 33% précédemment. Sur l'évolution de la fiscalité britannique, une synthèse précise est donnée par B. Taverne, *An Introduction to the Regulation of the Petroleum Industry* (1994), p. 55 et suiv. ; voir également le panorama historique et critique de P. Wright et I. Rutledge, « Taxing petroleum » (2000), not. p. 6-7.
31. United Kingdom Offshore Operators' Association (UKOOA).
32. C. Harvie, *Fool's Gold. The Story of North Sea Oil* (1995), p. 300. Pour le point de vue (très critique) d'un expert de B.P. sur la fiscalité britannique telle qu'en 1981 (c'est-à-dire avant le mouvement de libéralisation), voir J. Mitchell, « Taxation of oil and gas revenues: the United Kingdom » (1982), *passim*.
33. Voir Petroconsultants, *Annual Review of Petroleum Fiscal Regimes* (1998). Le Royaume-Uni est classé en seconde position pour chacun des critères de rentabilité étudiés par Petroconsultants ; seule l'Irlande — qui n'est pour l'heure qu'un pays pétrolier *potentiel* — a un régime fiscal plus favorable. Notons que les contrats octroyés par le Venezuela pour le développement des huiles extra lourdes de la ceinture de l'Orénoque prévoient des niveaux de taxation très proches de ceux de l'offshore britannique (source : TotalFinaElf).
34. Voir les calculs de Paul Eckbo, « Worldwide petroleum taxation... », p. 214 s. L'auteur (qui écrit en 1987) estime que les compagnies actives dans l'offshore britannique sont en mesure de forer cinq fois plus de puits d'exploration que s'il n'existait aucun impôt ; il conclut : « The British are willing to “buy” activity by subsidizing offshore exploration and development. » (p. 231). Voir également I. Rutledge et P. Wright, « Profitability and taxation in the UKCS [plateau continental britannique] oil and gas industry: analysing the distribution of rewards between company and country » (1998), p. 800 s.
35. Sur la combinaison des facteurs technologique et fiscal dans le « renouveau » de la production britannique après 1990, voir S. Martin, *Tax or Technology? The Revival of UK North Sea Oil* (1997).
36. Encore faudrait-il faire l'histoire de cette politique fiscale en la replaçant dans son contexte international, en particulier américano-britannique — objet d'une recherche qui, à notre connaissance, reste à réaliser.
37. T. Wälde et G. Ndi notent que le processus d'ouverture et de libéralisation des régimes pétroliers nationaux n'est pas en lui-même facteur de stabilité, et que le risque d'un « retour de bâton » est réel faute de cadre légal international. « As the petroleum industry prepares to enter this new phase, international regulation of the industry, and of the transnational investment process in general, is becoming ever more of a necessity. This is in view mainly of the prevailing uncertainty and confusion surrounding the precise status of the norms and principles of international law which purport to govern transnational economic relations. (...) it is necessary for the long-term stability of essential investment conditions that a framework of uniform and widely accepted principles governing foreign investment protection in general should be evolved. » — Wälde et Ndi, « International petroleum investment and policies », p. 28.
38. Une synthèse de certains résultats, ainsi que les données sur dix ans, sont présentés annuellement dans le rapport de l'Energy Information Administration (DOE/EIA), *Performance Profiles of Major Energy Producers* ; les données pour l'ensemble de la période sont disponibles à l'adresse Internet <www.eia.doe.gov>.
39. Il s'agit, bien sûr, essentiellement de la Mer du Nord.

40. Dans la base de données FRS, le monde est divisé en 8 régions : États-Unis, Canada, Europe OCDE, Europe de l'est et ex-URSS, Afrique, Moyen-Orient, Autres hémisphère oriental, Autres hémisphère occidental. Pour obtenir la catégorie « hors OCDE », nous additionnons les 5 dernières régions. Si cela était possible, il faudrait retirer l'Australie et la Nouvelle Zélande de la catégorie « Autres hémisphère oriental », ainsi que le Mexique (nouveau membre de l'OCDE) de « Autres hémisphère occidental ». Mais les montants d'investissement concernés sont très modestes en Australie et nuls au Mexique (où il n'y a pas d'investissements étrangers dans l'amont pétrolier) : l'image globale n'est donc pas affectée par cette imprécision.
41. Pour une analyse critique du mouvement de « recentrage » des investissements amont sur les États-Unis jusqu'au milieu des années quatre-vingt, voir M. Lynch, « Shoulder against shoulder: the evolution of oil industry strategy » (1995).
42. La forte augmentation des dépenses d'exploration dans les pays en développement non membres de l'OPEP après 1974 a produit des résultats très moyens en termes de réserves développées. Une étude publiée en 1983 portant sur 31 pays en développement importateurs de pétrole estimait que « only one small commercial field can be expected from every 25 wildcats [puits d'exploration] drilled. (...) the geological risk is high and the rewards, measured in terms of production developed, are small. The dismal figures would have been worse if data from Egypt and Oman, responsible for about 30 per cent of the production in the group of 31 countries had been excluded. » Voir « Petroleum exploration in the developing countries, 1956-1982, *Oil and Energy Trends*, Vol. 8, n° 10, 14 octobre 1983, p. 1-4.
43. Essentiellement en raison du « boom » de l'offshore profond dans le Golfe du Mexique, et du renouveau de l'activité d'exploration en Alaska. Le premier a été favorisé par le *Deepwater Royalty Relief Act* de 1995 et la politique très active du gouvernement fédéral en matière d'offre de permis offshore (elle-même motivée par les progrès technologiques en offshore profond) ; quant au renouveau de l'Alaska, il doit beaucoup à la levée de l'interdiction d'exporter le « North Slope » (brut produit dans cette région). Ces mesures sont très représentatives de la politique pétrolière américaine des années quatre-vingt-dix. Sur le redressement de l'activité d'exploration aux États-Unis à partir de 1993, et plus encore après 1995, voir DOE/EIA, *Performance Profiles of Major Energy Producers 1995* (1997), p. 29-30 ; *Perf. Prof. 1996* (1998) p. 12-13, 29-30.
44. Ces deux tendances sont également à l'œuvre dans les industries minières, comme le note James Otto : « Two important investment trends occurred in the 1990s (...). First, the amount of money invested in exploration has increased dramatically. Secondly, the patterns of where this money was spent has shifted toward Australia and developing countries with high geological potential. (...) During the 1970s and 1980s, the U.S., Canada and Australia attracted the majority of exploration investment. In the 1990s (...) the most dramatic increases occurred in mineral-rich developing countries. » — J. Otto, « Global changes in mining laws, agreements and tax systems » (1998), p. 79.
45. Pour une élaboration minutieuse de ce point (déjà traité par M. Weber), voir J. Rueff, *L'ordre social* (1945), p. 525-527, et le chapitre dans son ensemble ; également H. Demsetz, « Toward a theory of property rights » (1967) p. 348-349. Remarquons que cette condition vaut non seulement pour l'échange marchand, mais aussi pour le don.
46. L'allocation des droits sur les ressources sous-marines est définie par deux instruments juridiques internationaux, la Convention sur le plateau continental (1958) et la Convention sur le droit de la mer (1982).
47. Sur la formation du régime pétrolier américain, voir R. Bradley, *Oil, Gas, and Government* (1996), p. 59 et suiv. Pour une présentation générale, voir J. Devaux-Charbonnel, *Droit minier des hydrocarbures* (1987), p. 25-46.
48. Terme désignant le titre de propriété sur les droits pétroliers aux États-Unis. Le détenteur de droits acquis auprès du propriétaire de la surface étant libre de les céder à un tiers, il existe un marché secondaire très actif. On trouve même sur Internet des bourses aux droits pétroliers ; voir par exemple : <www.oilexchange.com>.
49. H. Demsetz, « Toward a theory... », p. 347.
50. C'est la thèse centrale de l'article cité de H. Demsetz, article fondateur de l'économie des droits de propriété. Voir également H. Lepage, « Analyse économique et théorie du droit de propriété » (1985), p. 94-96.
51. Trois tâches qui forment ce que J. Locke appelle la *fonction de conservation de la propriété*.
52. Voir M. Weber, *Economie et Société* (1971) t. 2, chap. 1, *passim*.
53. Parmi une littérature abondante, voir C. Sunstein, « On property and constitutionalism » (1991) ; J. Elster, « The impact of constitutions on economic performance » (1995).
54. On constate, y compris dans les pays de longue tradition libérale, que « L'admission de l'expropriation pour cause d'utilité publique suit traditionnellement [dans les textes] la proclamation du principe de l'inviolabilité de la propriété privée » — le travail jurisprudentiel sur les conditions de conciliation de ces deux principes opposés

- témoignant de « l'insertion des rapports entre les titulaires de la puissance publique et leurs sujets dans le cadre du droit » ; voir J.-L. Mestre, « L'expropriation face à la propriété » (1985), p. 51, 62.
55. Dans le domaine qui nous intéresse, il existe aux États-Unis une importante jurisprudence sur les conditions de légalité — et en particulier de constitutionnalité — des violations par la puissance publique du droit de propriété sur les ressources naturelles ; voir l'étude de J. Laitos, « Judicial protection of private property in natural resources: the American experience » (1996).
 56. L'hypothèse de la « nouvelle économie institutionnelle » est que la forme contractuelle (plus généralement la « structure de gouvernance » des transactions) dépend du niveau des *coûts de transaction*, qui lui-même dépend de la fréquence de la relation transactionnelle entre les deux parties et de la présence d'actifs spécifiques à cette relation. On a donc un continuum qui va de la transaction « spot » à l'intégration des deux parties dans une structure hiérarchique unique, en passant par des formes intermédiaires dites « hybrides ». Voir O. Williamson, « Transaction-cost economics: the governance of contractual relations » (1979). Également E. Brousseau, *L'économie des contrats*.
 57. Voir M. Adelman, *The World Petroleum Market* (1972), p. 42, où l'auteur parle, à propos de ce moment critique, de « grande scission (*great divide*) de l'industrie pétrolière ».
 58. Au sens de l'économie publique.
 59. Voir J. Elster, « The impact of constitutions... », p. 216 : « a legal system that underwrites contracts makes promises credible. » Également Sunstein, « On property... », p. 7, qui évoque la « sécurisation des anticipations » (*protection of expectations*), procurée par l'ordre constitutionnel, comme facteur favorisant les investissements. Et encore H. Lepage, « Analyse économique... », p. 102-103, pour qui la doctrine juridique de la « loi des parties » a permis l'essor de « l'économie de contrats » qu'est l'économie industrielle moderne.
 60. Sur la régulation juridique des rapports entre l'État et les personnes privées aux États-Unis, au plan général et dans une optique comparatiste avec le droit administratif français, voir L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État* (1985), chap. IV.
 61. Sur ces mécanismes, voir H. LE LEUCH, *Contractual flexibility in new petroleum investment contracts* (1988), *passim* ; D. JOHNSTON, *International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts* (1994), p. 90-102.
 62. Voir O. WILLIAMSON, *Credible commitments: Using Hostages to Support Exchanges* (1983).
 63. Voir B. MOMMER, *The New Governance of Venezuelan Oil* (1998), p. 46 et suiv., qui analyse les nouveaux contrats vénézuéliens.
 64. Voir par exemple B. KLEIN et K. LEFFLER, *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance* (1981).
 65. D. Alland, « L'ordre juridique international » (2000), p. 22.
 66. *Ibid.*
 67. Ou plutôt, si l'on suit R. Coase, sur un « panier de droits » qui peut inclure le droit de consommer le bien, d'en jouir sur une période donnée, d'en faire telle utilisation précise, etc. Les contrats pétroliers ne portent pas sur des biens, mais sur des droits d'accéder au sous-sol en vue d'explorer et/ou de produire et/ou de disposer de ressources d'hydrocarbures.
 68. Pour D. Alland, « le traité est en bien des aspects comparable au contrat du droit interne. » Voir D. Alland, « Droit des traités », (2000), p. 215.
 69. Alland, « L'ordre... », p. 22.
 70. L'expression « *state contract* » (contrat d'État) s'applique aux contrats passés entre un État et une personne privée ressortissante d'un autre État. Le terme est apparu pour qualifier les contrats d'investissement dans l'exploration et la production de ressources naturelles, notamment les contrats pétroliers.
 71. Pour une vision d'ensemble du problème, voir J.-F. Lalive, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents » (1983) ; G. Sacerdoti, « State contracts and international law: a reappraisal » (1986).
 72. Voir par exemple (en français) : M. Bettati, *Le nouvel ordre économique international* (1983), Chap. 1, p. 16 suiv. ; B. Stern, *Un nouvel ordre économique international ?* (1983), Introduction.
 73. Voir M. Bettati, Introduction.
 74. Pour une analyse du contexte global dans lequel s'enracinait la revendication d'un nouvel ordre économique international, en particulier sur le rôle de la décolonisation et de la détente est-ouest dans leur rapport à

- l'émergence du mouvement des non-alignés, du Groupe des 77 et de l'OPEP, voir P. Lyon, « The emergence of the third world » (1984).
75. M. Bettati, *Le nouvel ordre...*, p. 17. Voir également R. Higgins, « The taking of property by the State: recent developments in international law » (1982), p. 286-287.
 76. Voir N. Schrijver, *Sovereignty Over Natural Resources* (1997), p. 175 et suiv.
 77. Sur cette transposition à l'origine du droit international des investissements, voir P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », p. 23-24.
 78. Du nom du Secrétaire d'État américain lors de l'affaire qui suivit la nationalisation du pétrole mexicain en 1938.
 79. Ce qui fut relativement rare. Voir J.-F. Lalive, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées », p. 22-23, et les références sur le contentieux antérieur à 1970, données in *ibid.*, note 1, p. 236.
 80. Les nationalisations mexicaines représentent certainement un épisode important. Survenant au terme d'un affrontement de vingt ans entre le gouvernement et les compagnies concessionnaires appuyées diplomatiquement par les États américain et britannique, elles furent finalement acceptées par ces derniers moyennant versement de compensations aux compagnies expropriées. Comme le note B. Mommer, « From then on and until the 1970s Mexican oil was a world apart » — B. Mommer, *The Governance of International Oil* (2000), p. 8.
 81. Sur « l'enrichissement » de la souveraineté politique par la « souveraineté économique » (et en particulier sur les ressources naturelles), sensée lui « donner sa véritable signification », voir B. Stern, *Un nouvel ordre économique international ?* (1983), p. LII-LIII.
 82. Dans le cas du pétrole, l'émergence d'une contestation radicale du régime juridique des contrats d'État ne doit pas masquer les profondes évolutions qu'avaient connues les concessions classiques à partir des années cinquante. Des innovations aussi importantes économiquement que (parmi d'autres) l'impôt sur les bénéfices (en plus des redevances) ; l'obligation de rétrocéder à l'État les surfaces non explorées représentant l'essentiel des surfaces concédées, voire même des parcelles explorées (clauses de « *relinquishment* ») ; l'emploi et la formation des nationaux ; et même les prises de participation progressives de l'État : toutes avaient été introduites au cours des décennies cinquante et soixante, transformant profondément les concessions pétrolières signées au début du siècle ou dans les années trente. L'idée, très répandue, selon laquelle « l'ordre pétrolier » dominé par les « *majors* » — dont le système des concessions classiques était le soubassement — serait resté inchangé des années vingt jusqu'à la « révolution OPEP », est largement erronée : les « États hôtes » avaient obtenu, en usant de leur position de négociation très favorable une fois les « *sunk investments* » effectués, et en évitant la plupart du temps le contentieux formel, un « rééquilibrage » très significatif de leurs relations avec les compagnies. Sur ce point très important, voir H. Cattani, *The Evolution of Oil Concessions in the Middle East and North Africa* (1967), *passim* ; R. Vernon, « Long-run trends in concession contracts » (1967), *passim* ; E. Penrose, *The Large International Firm in Developing Countries* (1968), chap. VII, p. 198 et suiv. ; également M. Adelman, « The multinational corporation in world petroleum » (1970), *passim* ; enfin, les études de cas présentées in R. Mikesell, *Foreign Investment in the Petroleum and Mineral Industries* (1971), 2e partie.
 83. Ass. Générale des Nations Unies, Résol. 626 (VII) : « le droit des peuples d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses et leurs ressources naturelles est inhérent à leur souveraineté et conforme aux buts et principes de la Charte des Nations Unies. »
 84. *Ibid.*, nous soulignons.
 85. *Ibid.*
 86. C'est sans doute la perception de cet enjeu qui conduisit 24 pays à s'abstenir ou à voter contre un texte qui, pris à la lettre, n'a rien de révolutionnaire.
 87. Si ce n'est une formule du préambule qui prête à confusion, parlant de « droit *inaliénable* qu'a tout État de disposer librement de ses richesses et de ses ressources naturelles, conformément à ses intérêts nationaux » (souligné par nous). La possibilité de contracter avec un État (comme avec une personne privée) repose précisément sur l'*aliénabilité* de ses droits, et la sanctification juridique de leur aliénation contractuelle.
 88. Ass. Générale des Nations Unies, Résol. 1803 (XVII), I, 3.
 89. *Ibid.*, I, 4.
 90. *Ibid.*
 91. *Ibid.*
 92. J. Combacau, « La crise de l'énergie au regard du droit international » (1976), p. 21.
 93. Ce qui explique certainement que seuls deux États aient voté contre la résolution 1803, 12 s'abstenant.

94. « Nous considérons les accords signés entre des compagnies et des États souverains comme de simples contrats, régis et protégés par les lois nationales de ces États souverains. Si le terme ‘accords’ figure encore dans la résolution qui vient d’être adoptée et s’il peut viser des accords entre des compagnies et des États, nous persistons à ne voir aucune raison d’en garantir l’observation dans un instrument international. [...] le membre de phrase ‘les voies de recours nationales de l’État qui prend lesdites mesures devront être épuisées’ ne signifie pas que la loi nationale cesse d’être applicable. [...] Il semble assez étrange, et je dirais même assez illogique, d’éprouver le besoin de souligner dans une résolution des Nations Unies, qui est un instrument international, que les contrats entre des compagnies et des États doivent être respectés, sans souligner en même temps le droit imprescriptible des États souverains ». M. Butti (Irak), déclaration lors de l’adoption de la Résolution 1803, Assemblée Générale des Nations Unies, repr. in B. Stern, *Un nouvel ordre...*, doc. 15, p. 182.
95. OPEP, résolution XVI.90, 1968, citée par Mommer, *The Governance...*, p. 13 ; voir également I. Skeet, *Opec : Twenty Five Years of Prices and Politics* (1988), p. 48-50. Là où la doctrine des droits acquis déclinait le principe *pacta sunt servanda*, on est ici dans le registre du principe « concurrent », *rebus sic stantibus*.
96. OPEP, *ibid.*
97. Sur la doctrine Calvo, voir N. Schrijver, « Sovereignty... » p. 177-178.
98. *Ibid.*, p. 197-198.
99. Ass. Générale des Nations Unies, Résol. 3171 (XXVIII), 3.
100. Ass. Générale des Nations Unies, Résol. 3201 (S-VI), 4, e, g.
101. Ass. Générale des Nations Unies, Résol. 3281 (XXIX), Chap. II, Art. 2, 1.
102. *Ibid.*, Chap. II, Art. 2, 2, a-c.
103. Parmi les nombreux manuels de droit international que nous avons consultés, celui de J. Combacau et S. Sur est le seul à affirmer clairement que la résolution 3281 « répudie l’essentiel des règles traditionnelles » et que, de ce fait, les énoncés des résolutions 1803 et 3281 « sont incompatibles » — appréciation qui s’impose avec une certaine évidence au non-juriste, mais que les juristes semblent généralement répugner à poser clairement. Voir J. Combacau et S. Sur, *Droit international public* (1999), p. 375.
104. Ainsi J. Combacau pouvait-il écrire en 1975 que l’une des conséquences de la crise de l’énergie « aura donc été la mutation du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles : naguère à peine plus qu’un truisme, il se présente désormais comme un principe constructif, porteur de pouvoirs nouveaux. » Voir J. Combacau, « La crise de l’énergie... », p. 21. De fait, le président du Groupe de travail chargé d’élaborer la charte des droits et devoirs économiques des États, M. Castañeda, déclarait dans son rapport à l’Assemblée générale que « Le Groupe de travail a cru comprendre que sa tâche ne consistait pas seulement à codifier des règles qui étaient déjà inscrites dans le droit international, mais également à faire un pas en avant – en d’autres termes, à fixer de nouvelles règles pour répondre aux besoins actuels et futurs de la société internationale. » Voir Réserves formulées lors de l’adoption de la charte des droits et devoirs économiques des États, repr. in B. Stern, *Un nouvel ordre...*, doc. 3bis, p. 68.
105. Dans les termes de J. Combacau et S. Sur, on confond alors dans le même chef « les qualités de contractant et de maître de l’ordre juridique qui régit le contrat » ; voir J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, p. 313.
106. « The description of this sovereignty as “permanent” signifies that the territorial State can never lose its legal capacity to change the destination or the method of exploitation of those resources, whatever arrangements have been made for their exploitation and administration. » Ainsi s’exprime E. Jiménez de Aréchaga (ancien président de la Cour internationale de justice), dans un cours professé à l’Académie de droit international : « International law in the past third of a century » (1979) ; cité par I. Brownlie, *Legal Status of Natural Resources in International Law* (1980), p. 269.
107. Certains éminents juristes font exception ; voir par exemple le Cours général de droit international public professé par E. Jiménez de Aréchaga à l’Académie de droit international de La Haye en 1979, qui entérine la conception la plus radicale de la souveraineté sur les ressources naturelles (voir note 106 ci-dessus).
108. Voir Ch. Leben, « L’évolution du droit international des investissements » (2000), p. 15 : l’auteur rappelle que dans toutes les sentences arbitrales consécutives aux nationalisations pétrolières des années soixante-dix, « 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 États, art. 2 §2(c) qui supprime tout renvoi au droit international, ont constamment été rejetées. » Voir également l’analyse détaillée de ces sentences par J.-F. Lalive, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées... », p. 72-162.

109. À propos de deux sentences arbitrales des années vingt affirmant « avec une grande vigueur le principe du respect des droits acquis », D. Carreau et P. Juillard écrivent : « il s'agit de la protohistoire du droit de l'expropriation et de la nationalisation. » Voir D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, p. 536.
110. Voir D. Carreau et P. Juillard, *op. cit.*, p. 419 suiv. ; J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, p. 376-377 ; Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit international public*, p. 666. P. Weil a toujours défendu l'idée selon laquelle le droit international économique ne représente qu'une branche du droit international public, sans spécificité particulière quant à ses principes ; Voir P. Weil, « Le droit international économique » (2000).
111. Prosper Weil fut de ceux qui défendirent très tôt l'idée que les principes du droit international s'appliquent aux contrats d'État ; voir P. Weil, « Droit international et contrats d'État » (1981), p. 351 et suiv. ; également « L'État, l'investisseur étranger et le droit international » (2000), p. 414. L'auteur note par ailleurs que cette théorie (de la soumission des contrats d'État au droit international) « Plutôt mal reçue par la doctrine, (...) a fini par triompher, notamment dans la jurisprudence arbitrale du Centre international de règlement des différends internationaux » (*Écrits de droit international*, p. 3) ; nous reviendrons sur le rôle du CIRDI dans la restructuration du régime juridique des investissements, à la section suivante. A titre d'illustration de la doctrine longtemps dominante qu'évoque P. Weil, voir F.A. Mann, « State contracts and state responsibility », (1960), *passim* ; G. Abi-Saab, « The international law of multinational corporations » (1971), *passim*.
112. Voir J.-F. Lalive, « Contrats entre États ou entreprises étatiques... », p. 47 ; P. Weil, « Droit international et contrats d'État », p. 366 et suiv. ; J. Combacau et S. Sur, *Dr. int. publ.*, p. 377.
113. Combacau et Sur, p. 313.
114. Voir D. Blinn *et al.*, *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements* (1986), p. 305 et suiv. ; on y insiste sur la forte hétérogénéité des célèbres sentences arbitrales rendues à la suite des nationalisations libyennes et koweïtiennes, et les difficultés d'application de certaines d'entre elles, pour montrer les incertitudes de l'internationalisation et le déclin de la garantie fournie par le recours aux principes généraux du droit, révélateur de l'effondrement des bases de l'ordre ancien. Également G. Sacerdoti, « The sources and evolution of international legal protection for infrastructure investment confronting political and regulatory risk » (1999), p. 5.
115. J. Combacau et S. Sur, *Dr. int. publ.*, p. 313, 317 et suiv.
116. *Ibid.*, p. 319.
117. *Ibid.*
118. *Ibid.*, p. 314.
119. Voir Th. Wälde, « Treaties and regulatory risk in infrastructure investment » (2000), p. 14-15. L'État dont la compagnie est ressortissante va mettre en balance la protection de l'investissement avec des considérations politiques plus larges. Selon les circonstances historiques, les droits de l'investisseur peuvent ne pas peser lourd face à la préservation ou à la reconstruction d'équilibres politiques internationaux. Pour une illustration à travers l'exemple de la politique des États-Unis à l'égard des expropriations subies par les multinationales américaines, voir K. Rodman, *Sanctity versus Sovereignty* (1988), not. p. 321-340.
120. Cette évolution concerne aujourd'hui la totalité des « États de nationalité » des compagnies pétrolières transnationales et un très grand nombre d'États propriétaires de ressources d'hydrocarbures. [**Renvoi section diffusion régime**]
121. Voir C. Leben, « L'évolution du droit international des investissements » (2000), p. 9 : « 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. »
122. Voir *infra*, respectivement p. 48 et suiv. (traités bilatéraux), p. 51 et suiv. (instruments multilatéraux).
123. Ci-après dénommée convention de Washington, ou convention CIRDI.
124. Près de 55% des cas réglés dans le cadre du CIRDI (22 cas sur 41, au 8 juillet 2000), ont été enregistrés par le Centre en 1985 ou après ; sur les 75 cas enregistrés par le Centre, 56 (soit 75%) l'ont été au cours des 15 dernières années. Voir CIRDI, « List of concluded cases » et « List of pending cases », disponibles à l'adresse Internet : <www.worldbank.org/icsid/cases/>.
125. Depuis 1978 et l'entrée en vigueur des règles dites du « mécanisme supplémentaire », le Centre peut prendre en charge des cas où soit l'État contractant, soit l'État dont la firme est ressortissante, n'est pas partie à la Convention, et qui échappent donc en principe à sa juridiction.

126. A condition toutefois que l'État ait donné son accord écrit (Convention de Washington, art. 25). Cet accord peut être stipulé dans un contrat avec l'investisseur, mais aussi dans une loi nationale sur l'investissement ou encore dans un traité bilatéral ou multilatéral auquel l'État est partie et qui couvre l'investissement concerné. Voir *infra*.
127. J. Combacau et S. Sur, *Dr. int. pub.*, p. 603.
128. Voir A. Broches, « The convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States » (1972), p. 371-380. Certains ont pu parlé de « dépolitisation » du règlement des conflits relatifs aux investissements ; voir I. Shihata, « Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA » (1986).
129. Et encore, cette restriction éventuelle peut être levée par les traités sur les investissements lorsque ceux-ci précisent le droit applicable par le tribunal arbitral. Voir *infra*.
130. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI/UNCITRAL).
131. J. Combacau et S. Sur, p. 604.
132. Sur ce point, voir les travaux de G. Delaume ; par ex. « Sovereign immunity and transnational arbitration » (1987), p. 28 et suiv.
133. Voir E. Schwartz et J. Paulsson, « Confronting Political and Regulatory Risk Associated with Private Investment in Infrastructure in Developing Countries: The Role of International Dispute Settlement Mechanisms » (1999), p. 7-8 ; également G. Sacerdoti, « Sources and evolution... », p. 24.
- En matière pétrolière, cette difficulté à faire appliquer une sentence arbitrale contre un État invoquant son immunité souveraine est illustrée par l'affaire *Liamco* : trois ans après avoir obtenu un jugement favorable contre l'État libyen, la compagnie n'avait toujours pas réussi à le faire appliquer ; voir K. Blinn *et al.*, *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements* (1986), p. 319-320 ; sur les trois grands arbitrages libyens consécutifs aux nationalisations de 1973-74 (qui ont eu lieu dans le cadre de tribunaux *ad hoc*), voir J.-F. Lalive, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents » (1983), p. 83-144.
134. K. Blinn *et al.*, *International Petroleum...*, p. 320. Notons que ces auteurs écrivaient alors que le mouvement ne faisait que s'amorcer ; il s'est considérablement amplifié depuis. Voir également A. Behrens, « Cheaper energy at lower risks in LDCs » (1992), qui souligne le rôle de l'arbitrage CIRDI dans la réduction des risques associés aux investissements pétroliers dans les pays en développement. Et aussi I. Shihata, « The settlement of disputes under oil and gas exploration and development agreements — the relevance of ICSID and the World Bank Group Guidelines » (1994), qui note (p. 502) : « ICSID clauses are being included in petroleum agreements with ever-greater frequency. »
135. Shihata, p. 500-504.
136. La Banque Mondiale a fortement promu, dans le cadre de son activité de conseil juridique auprès des États propriétaires de ressources, l'adhésion à la convention CIRDI, et plus généralement l'acceptation de l'arbitrage direct dans les contrats et législations pétrolières. Voir W. Onorato, *Legislative Frameworks Used to Foster Petroleum Development* (1995), p. 26-27.
137. Sur l'ensemble de la question, voir en particulier M. Stevens et R. Dolzer, *Bilateral Investment Treaties* (1995) ; G. Sacerdoti, « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection » (1997) ; et la bibliographie exhaustive régulièrement mise à jour par le Secrétariat du CIRDI et disponible à l'adresse Internet : <www.worldbank/icsid/>.
138. Toutefois, il existe maintenant un important réseau de TBI entre pays en développement. Voir les références données *infra*, note 139.
139. Voir UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (1998), p. 8-10. Le secrétariat du CIRDI fournit une liste complète des TBI signés aux 1er janvier 1997 (liste malheureusement non mise à jour) ; voir <www.worldbank.org/icsid/>.
140. Voir par exemple P. McKinstry Robin, « The BIT won't bite: the American bilateral investment treaty program » (1984).
141. Sur le programme américain, voir le document officiel de présentation du Département d'État, disponible à l'adresse <www.state.gov/www/issues/economic/ifd_bitprogram.html>. Pour des références développant des analyses critiques, cf. *infra*.
142. G. Sacerdoti, « Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection » (1997), p. 436-437.
143. P. Gann, « The U.S. bilateral investment treaty program » (1985), p. 438. L'auteur a travaillé pour la Division des investissements de l'Office du Représentant américain pour le commerce (*US Trade Representative*) au cours du

- premier mandat de R. Reagan. Voir aussi US Department of State, *U.S. bilateral investment treaty program – Fact Sheet* (2000) : « BITS give U.S. investors the right to submit an investment dispute with the treaty partner's government to international arbitration. There is no requirement to use that country's domestic courts . ».
144. Possibilités offertes par les TBI américains ; voir art. IX 3 a (iii) et (iv) du modèle de 1994, reproduit in UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, p. 287-295.
 145. US Department of State, « Letter of Submittal » [du traité *US – Bolivie* au Président des États-Unis], 24 avril 2000, p. xi. Voir aussi le modèle de TBI américain (1994), art. IX 5.
 146. P. Gann, p. 414.
 147. Voir Convention CIRDI, art. 25 (1).
 148. A l'exception toutefois des différends générés par l'application des lois antitrust et de la législation sur les opérations boursières. Les États-Unis protègent certaines dispositions centrales de leur législation économique ; nul investisseur étranger ne doit pouvoir s'y soustraire en vertu d'un traité.
 149. A titre d'exemple, le traité *US – Cameroun* (1986), stipule (art. VII, 1) :
 « For purposes of this Article, an investment dispute is defined as a dispute involving: (i) the interpretation or application of an investment agreement between one Party and a national or company of the other Party; (ii) the interpretation or application of any investment authorization granted by the foreign investment authorities of one Party to the national or company of the other Party; (iii) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment ».
 Cette formulation est strictement conforme au premier modèle américain. Certains TBI des années quatre-vingt diffèrent légèrement ; cf. *US – Égypte*, 1986, art. VII, 1, qui omet le (i). Le modèle de 1994 propose une formulation plus courte mais substantiellement identique (art. IX, 1).
 150. Tout autre différend entre l'investisseur étranger et l'État (ou une entreprise publique) devant rester de la stricte compétence des tribunaux chinois. Voir le modèle chinois de TBI, reproduit in UNCTAD, *Bilateral...*, p. 247-252, art. 9 ; Sacerdoti, « Bilateral treaties ... », p. 442.
 151. Voir P. Gann, « The U.S. Bilateral... », p. 437 ; pour une critique de l'intransigeance américaine face à la Chine, voir L. Bates, « Bilateral investment treaties: rethinking the U.S. approach » (1988), p. 8 et suiv.
 152. Sacerdoti, p. 441-442 et notes. Voir les modèles français (art. 8), allemand (art. 11) et britannique (art. 8), reproduits in UNCTAD, *Bilateral...*, annexe II.
 153. Premier modèle de TBI américain, art. VII 3 ; voir par exemple *US – Argentine* (1991) ; modèle de 1994, art. IX 3 ; voir par exemple *US – Ouzbékistan* (1994), ce dernier traité ne prévoyant qu'un délai de 3 mois avant la soumission du différend à l'arbitrage.
 154. Voir US Department of State, « Letter of Submittal » [du traité *US – Mozambique* au Président des États-Unis] 1er mai 2000, p. xi.
 155. Voir par exemple *US – Égypte* (1986), art. VII 3 (b) ; *US – Congo* (1990), art. VI 3 (b) ; *US – Rép. Kirghize* (1993), art. VI 4, *US – Azerbaïdjan* (1997), art. IX 4, qui stipulent : « Each Party hereby consents to the submission of any investment dispute for settlement by binding arbitration ».
 156. Voir G. Sacerdoti, « Bilateral treaties... », p. 443.
 157. Sacerdoti, p. 444.
 158. Convention de Washington, art. 42 (1).
 159. La majorité des TBI modernes restent muets sur cette question, renvoyant implicitement aux dispositions des institutions arbitrales, Convention CIRDI, UNCITRAL ou Chambre de commerce internationale. Voir Sacerdoti, p. 445.
 160. Par exemple *US – Argentine* (1991), art. VIII 1.
 161. Convention de Washington, art. 25 (2) b.
 162. *US – Égypte* (1986), art. VII 5 ; *US – Sénégal* (1983), VII 4 ; *US – Bahreïn* (1999), art. IX 8 ; *US – Kazakhstan* (1992), art. VI 8 ; modèle de TBI américain (1994), art. IX 8. Voir Sacerdoti, p. 451-452 ; Gann, « The U.S. Bilateral... », p. 419.
 163. Convention CIRDI, art. 54 ; modèle de TBI américain (1994), art. IX 6. Voir aussi Gann, p. 420, Sacerdoti, p. 448-449.
 164. Sacerdoti, p. 436.

165. G. Sacerdoti estime que la référence systématique à l'arbitrage CIRDI dans les TBI récents et dans d'autres instruments (voir nos développements sur les instruments multilatéraux, *infra*), « may lead to the de facto establishment of an international "jurisdiction" for these disputes at ICSID . » Sacerdoti, p. 453.
166. On verra plus loin (quatrième section, p. 67) que cela est particulièrement net pour les pays d'Amérique latine et les États issus du bloc soviétique.
167. Voir Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), Partie V, Chapitre 11, Section B : « Règlement des différends entre une partie et un investisseur d'une autre partie ». Également, G. Sacerdoti, p. 424-425 ; T. Wälde, « International law of foreign investment: towards regulation by multilateral treaties » (1999), p. 66 et suiv. ; T. Wälde, « Treaties and regulatory risk in infrastructure investment » (2000), p. 16-17.
168. Voir The Energy Charter Treaty, Part V, Article 26 : « Settlement of disputes between an investor and a contracting party ». Également, Sacerdoti, p. 426 ; Wälde, « Treaties... », p. 17-19 ; Wälde, « International investment under the 1994 energy charter treaty » (1995), p. 14-15, 56-63.
169. ALENA, art. 1120 (1) ; TCE, art. 26 (4) a i et ii, 26 (4) b. Dans le cas de l'ALENA, le délai minimal pour la soumission à l'arbitrage est de six mois, contre trois mois pour le TCE (il est compris entre trois et dix-huit mois pour les TBI modernes). L'ALENA requiert en outre que l'investisseur ait subi un préjudice (art. 116 (1)) — condition restrictive qui n'a pas grande portée, peu d'industriels étant prêts à attirer un État à l'arbitrage s'ils n'estiment pas avoir subi un préjudice.
170. ALENA, art. 1122 (1) ; TCE, art. 26 (3) a.
171. ALENA, art. 1122 (2) ; TCE, art. 26 (5) a i.
172. ALENA, *ibid.* ; TCE, art. 26 (5) a ii.
173. TCE, art. 26 (5) a iii.
174. ALENA, *ibid.*
175. ALENA, art. 1117 ; TCE, art. 26 (7).
176. ALENA, art. 1131 (1) ; TCE, art. 26 (6). Th. Wälde fait remarquer que la convention CIRDI fait primer les règles choisies contractuellement sur le droit national et le droit international, et que la plupart voire tous les contrats internationaux comportent des clauses relatives au droit applicable. L'ALENA et le TCE restreignent donc fortement (trop ?) le droit applicable aux contentieux sur les investissements. Voir Th. Wälde, « International investment... », p. 61.
177. ALENA, art. 1130 ; TCE, art. 26 (5) b.
178. ALENA, art. 1130, 1136 ; TCE, *ibid.*
179. ALENA, art. 1136 ; TCE, art. 26 (8). L'ALENA se distingue ici du TCE par l'introduction d'un délai d'application de la sentence.
180. Thomas Wälde souligne le rôle des juristes américains impliqués dans les négociations successives de la décennie quatre-vingt-dix (ALENA, GATT/OMC, TCE, on pourrait ajouter l'AMI) : « [they] have very likely carried out an active import/export trade in legal concepts between the three negotiating conferences. ». Voir T. Wälde, « International law of foreign investment ... », p. 55. Notons que les États-Unis se sont retirés, au dernier moment, de la négociation sur le TCE, pour des raisons sur lesquelles les auteurs divergent, et qui tiennent peut-être à la volonté de protéger certains aspects de la législation économique américaine (cf. *supra*, note 148).
181. Le seul TCE, avec 50 États signataires, supplée plus de 2000 traités bilatéraux.
182. Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de inversiones en el MERCOSUR, art. 1(1).
183. *Ibid.*, art. 9 (2).
184. *Ibid.*, art. 9 (4).
185. *Ibid.*, art. 9 (5).
186. *Ibid.*, art. 9 (6).
187. Protocole de Buenos Aires, section H. Nous n'avons obtenu qu'une traduction anglaise de très mauvaise qualité, fournie par une agence du gouvernement brésilien. Le texte n'est pas disponible sur les sites Internet officiels comme celui de l'Association des États d'Amérique.
188. Notons qu'un tel traité serait conforme à l'idéal libéral classique de libéralisation *unilatérale* des échanges de biens et capitaux. Voir R. Sally, *Classical Liberalism and International Economic Order* (1995).

189. The World Bank, *The World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* (1992). Le texte des *Guidelines* est reproduit in I. Shihata, *The World Bank in a Changing World*, vol. II (1995), p. 635-646.
190. Les *Guidelines* furent rédigés à la demande du Comité de Développement de la Banque et approuvés par lui ; la plupart des États membres y sont représentés, au niveau ministériel.
191. Voir I. Shihata, « The World Bank Group's new guidelines on the treatment of foreign direct investment » (1993), p. 588.
192. Voir I. Shihata, « The settlement of disputes under oil and gas exploration and development agreements — The relevance of ICSID and the World Bank Group Guidelines » (1994), p. 504-508.
193. « To the extent that the practice of States conforms to them in a consistent manner reflecting a general conviction as to their binding character, these Guidelines may over time harden into customary international law . » — I. Shihata, « The settlement ... », p. 498.
194. Voir I. Shihata, « The World Bank Group's new Guidelines ... », p. 589.
195. J. Combacau et S. Sur, *Dr. int. publ.*, p. 314.
196. Pour les TBI, voir par exemple la formulation américaine dans *US – Azerbaïdjan*, art. II (3) *a, b* ; pour les IMI, voir ECT, art. 10 (1) ; ALENA, art. 1105 (1) ; Protocole de Colonia, art. 3. Également G. Sacerdoti, « Bilateral treaties and multilateral instruments », p. 343-350.
197. Voir par exemple ; ECT, art 13 ; *US – Trinité & Tobago*, art. III (1).
198. Voir ALENA, art. 110 (1) ; *Canada – Argentine* (1991), art. 7 (1) ; *US – Russie* (1992), art. III (1).
199. World Bank, *Guidelines* (1992), *Guidelines* IV-2 à IV-6.
200. Sacerdoti, p. 340. Notons qu'aucun traité ne conteste, en lui-même, le droit souverain de nationaliser et d'exproprier ; les exigences qu'ils fixent ou confirment portent sur les conditions de son exercice.
201. G. Sacerdoti, « Sources and evolution... », p. 19. Voir ECT, art. 21 (5) *a* : « Article 13 [Expropriation] shall apply to taxes » ; également *US – Azerbaïdjan*, art. XIII (1). Pour une discussion critique de la protection des traités contre la « fiscalité confiscatoire », voir Th. Wälde et A. Kolo, « Confiscatory taxation under customary international law and modern investment treaties » (1999), not. p. 7-9.
202. Voir Th. Wälde et T. Weiler, « Investment arbitration under the energy charter treaty in the light of new NAFTA precedents » (2001), p. 7 ; sur le *regulatory taking*, voir J. Nedelsky, « American constitutionalism and the paradox of private property » (1988), p. 249 et suiv.
203. Sacerdoti, « Bilateral treaties ... », p. 340. Cet encadrement des prérogatives réglementaires de l'État par des normes internationales a suscité des mouvements de protestation de la part de certains activistes, craignant que le chapitre 11 de l'ALENA ne contraigne l'application (ou le durcissement qu'ils appellent de leurs vœux) des législations environnementales ou du droit du travail.
204. Wälde et Weiler, p. 4-5. Les auteurs notent qu'en vertu de l'article 26 du Traité sur la Charte de l'énergie, la responsabilité juridique de l'État vis-à-vis des investisseurs étrangers s'étend virtuellement à tout acte de réglementation économique touchant au secteur de l'énergie. Thomas Wälde note ailleurs que c'est certainement la raison pour laquelle les États-Unis n'ont pas signé le TCE : l'application de la législation antitrust (et de quelques autres dispositions centrales de la réglementation économique américaine) n'était pas à l'abri d'éventuels recours en arbitrage de la part d'investisseurs étrangers couverts par le TCE.
- Le 25 mai 2001, le premier cas de plainte fondé sur l'article 26 du TCE a été enregistré par le CIRDI ; il s'agit d'un différend entre une compagnie électrique, AES, et l'État hongrois. Par ailleurs, plusieurs sentences arbitrales ont été rendues par des tribunaux CIRDI dans le cadre de l'ALENA, notamment sur des questions de législation environnementale (Canada) ou d'exercice abusif de prérogatives par les autorités régionales (Mexique). D'autres cas sont en cours d'instruction. Voir le site Internet consacré aux différends dans le cadre de l'article 11 de l'ALENA : <www.natfaclaims.com>.
205. Voir par exemple les définitions dans ALENA, art. 11 (39), TCE, art. 1 (6), TBI américain, art. 1. Sur ce point, voir Th. Wälde et A. Kolo, p. 3-5.
206. Voir Th. Wälde, « Treaties and regulatory risk... », p. 3-6.
207. ECT, art. 10 (1), dernière phrase : « Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party. »
208. Th. Wälde, « International investment ... », p. 49.

209. Voir *US – Azerbaïdjan*, art. VI ; TCE, art. 5 ; ALENA, art. 1106. Ces « *performance requirements* » sont des pratiques très fréquentes dans les contrats pétroliers internationaux : elles ne sont plus légales si l'investissement est couvert par un traité représentatif du nouveau régime.
210. *US – Azerbaïdjan*, art. XIV (2) ; ECT, art. 22 (3).
211. « A major objective of our international investment policy is acceptance of the national treatment principle . » — President of the United States, *Statement on International Investment Policy*, 9 sept. 1983, in *The Public Papers of President Ronald W. Reagan*, doc. n° 90983b.
212. Dans des annexes attachées aux traités, les États détaillent les secteurs pour lesquels ils se réservent le droit de ne pas appliquer le traitement TN-NPF.
213. Voir Sacerdoti, « *Bilateral treaties ...* », p. 327.
214. Toutefois, les traités précisent généralement que la clause ne joue pas pour le traitement conféré aux investisseurs étrangers en vertu d'une union économique, d'un accord de libre-échange, d'un marché commun : un État signant un TBI avec le Canada ne peut exiger de ce dernier qu'il étende aux investissements couverts le traitement prévu par l'ALENA. En revanche, l'effet « multilatéralisant » joue à plein dans le cas du TCE. Ainsi, les États riverains de la mer Caspienne ayant signé des TBI avec les États-Unis doivent accorder aux investisseurs américains le traitement prévu par le TCE lorsque celui-ci est supérieur, bien que les États-Unis ne soient partie au TCE.
215. Voir Th. Wälde, « *International law of foreign investment* », p. 52-53.
216. G. Sacerdoti, « *Sources and evolution...* », p. 12.
217. Selon les dispositions de leur article II : « With respect to the *establishment* (...) of covered investment, each Party shall accord treatment, etc. » (nous soulignons) ; la présentation du Département d'État (2000) confirme que la phase d'installation est couverte par les clauses TN-NPF : « U.S. investors are entitled to the better of national treatment or most favored nation treatment *when they seek to initiate investment* and throughout the life of that investment (...) » (nous soulignons). Sur cette spécificité des traités américains par rapport aux autres programmes de TBI (notamment européens), voir G. Sacerdoti, « *Bilateral treaties ...* », p. 328 ; P. Juillard, « *L'évolution des sources du droit des investissements* » (1994), p. 159-165.
218. ALENA, art. 1102 (1).
219. Protocole de Colonia, art. 2 (1).
220. Voir par ex. *Canada – Équateur* (1996), art. II (3) ; *Canada – Venezuela* (1996), art. II (3).
221. K. Vandeveldt insiste sur l'importance du libre accès comme condition d'un régime juridique authentiquement libéral pour les investissements internationaux ; ce qui le conduit à une appréciation assez négative (peut-être trop) sur le caractère libéral du régime actuel. Voir « *Investment liberalization and economic development: the role of bilateral investment treaties* » (1998), p. 510-513 ; du même auteur, « *The political economy of a bilateral investment treaty* » (1998), p. 636.
222. Voir Ch. Leben, « *L'évolution du droit international des investissements* », p. 4 ; Sacerdoti, p. 294.
223. Et qu'appelait de ses vœux l'administration Reagan dès 1983 : « The United States believes that foreign investors should be able to make the same kinds of investment, under the same conditions, as nationals of the host countries. » — *Statement...*, *op. cit.*, p. 5.
224. ECT, art. 10 (4). Cette disposition a fait écrire qu'il s'agissait là d'un « exemple intéressant d'un système conventionnel qui se donne à lui-même les moyens juridiques de son propre renforcement » ; voir D. Carreau et P. Juillard, *Dr. int. écon.*, p. 440. Nous tenons à remercier Thomas Wälde, qui nous a fourni copie d'une version provisoire du « *Traité complémentaire* » (*Supplementary Treaty*), non encore ouvert à signature. Celui-ci prévoit effectivement, en son article 2 (1) (2), l'octroi du TN-NPF dans la phase d'admission.
225. ECT, art 10 (5), (a) et (b).
226. ECT, art. 10 (6) (b).
227. Selon l'expression de Th. Wälde, « *International investment ...* », p. 30-37.
228. Le TCE s'inspire ici de la directive européenne du 30 mai 1994 sur l'octroi des permis d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures ; voir Directive (Parlement et Conseil) 94/22/CE.
229. World Bank, *Guidelines*, Guidelines II-1, II-3. Une version préliminaire des *Guidelines* faisait référence au droit des États de refuser les investissements dont la contribution au développement économique ne serait pas avérée (une disposition conforme à la vision du NOEI). Les États-Unis et les Pays-Bas se sont opposés à cette formulation, au motif qu'elle pourrait servir à justifier, en pratique, n'importe quel type de « filtrage » des investissements

- étrangers. Voir I. Shihata, « New approaches to the legal treatment of entry of foreign investment » (1994), p. 421 ; également, du même auteur, « The World Bank Group's Guidelines... », p. 593, où l'on peut lire : « It is no secret that the U.S. Government and some business associations had reservations on earlier drafts of the Guidelines. »
230. ECT art. 18 (3) ; Directive 94/22/CE, art. 2-1.
231. Voir P. Weil, p. 422 ; *a contrario*, J. Combacau et S. Sur (cités *supra*, p. **Erreur! Signet non défini.**).
232. Pour un avis positif très enthousiaste, voir Ch. Leben, « L'évolution du droit international des investissements » (2000), p. 13-14 ; également P. Weil, « L'État, l'investisseur étranger et le droit international » (2000), p. 421 : « Par leur répétition même, certaines clauses des traités bilatéraux d'investissement peuvent ainsi acquérir valeur coutumière. »
233. Pour l'essentiel, cette jurisprudence se développe sur la base de différends couverts par le chapitre 11 de l'ALENA. Au vu de la très grande proximité des différends traités modernes sur les investissements, c'est l'interprétation de pans entiers du droit applicable aux contrats pétroliers qui a commencé, en 2000 et 2001, d'être précisée par les tribunaux saisis par les investisseurs américains et canadiens dans le cadre de l'ALENA. Sur le développement de la jurisprudence ALENA, voir les synthèses annuelles de l'avocat T. Weiler sur le site <www.naftaclaims.org>.
234. Voir P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements » (1994), p. 26-36.
235. L'idée que le nouveau régime international des investissements traduit un « équilibre » entre les intérêts des États « hôtes » d'une part, ceux des investisseurs et de leurs « États de nationalité » d'autre part, se retrouve sous la plume d'un autre grand professeur français ; voir P. Weil, « L'État, l'investisseur... », p. 422-423.
236. *Ibid.*, p. 33.
237. Contrairement à une idée répandue, elle ne suppose pas que ces régimes soient identiques dans tous les pays (ou encore qu'ils soient « harmonisés »). Au contraire, la liberté des États dans la définition des conditions d'investissement est nécessaire à l'enclenchement du processus de « concurrence institutionnelle », lui-même très favorable à l'efficacité économique globale.
238. *Ibid.*, italiques originaux.
239. *Ibid.* p. 35.
240. Prosper Weil écrit du droit international que « s'il est toujours recommencé, il est aussi toujours le même ». Weil, *Écrits de droit international* (2000), p. 2.
241. Ou peut-être au point de vue du *positivisme juridique*, revendiqué par la plupart des juristes internationalistes (voir par exemple l'introduction au manuel de J. Combacau et S. Sur).
242. Sur l'exemple de la constitution américaine comme instrument de limitation du pouvoir, voir E. Zoller, *Le droit des États-Unis* (2001), p. 55 ; sur le constitutionalisme libéral et la protection du droit de propriété contre les empiètements du pouvoir démocratique, voir J. Nedelsky, « American constitutionalism and the paradox of private property », *passim* ; C. Sunstein, « Constitutions and democracies: an epilogue » (1988), not. p. 342 et suiv. ; Sunstein, « On property and constitutionalism » (1991), p. 8 et suiv.
243. On appelle *judicial review* la pratique du contrôle de constitutionnalité des lois par les tribunaux américains (d'État ou fédéraux), *a posteriori* et sur des cas concrets. Tout juge américain peut, à l'occasion d'une affaire quelconque, déclarer inconstitutionnelle (et donc annuler) une disposition législative ou réglementaire dont l'application viole un droit protégé par la constitution. Sur cette institution centrale au système juridique (et politique) américain, voir E. Zoller, p. 82 et suiv.
244. L'État de droit (*Rechtsstaat*) est une notion « continentale » qui, ayant fait progresser théoriquement l'idée de soumission du pouvoir politico-administratif au droit, a ensuite été invoquée *contre* cet idéal dans la pratique (allemande, puis française) au XIX^e s. Sur cette évolution, voir F. Hayek, *The Political Ideal of the Rule of Law* (1955), p. 15-29. Pour un traitement comparatiste du statut juridique de l'administration dans un pays revendiquant l'État de droit (la France) et un autre qui aspire au *Rule of law* (les États-Unis), voir L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique* (1985), chap. IV, « L'État, la société et le droit ».
245. Dans une perspective libérale, il n'y a pas de rupture entre l'exigence de sécurité des investissements et l'exigence de liberté d'investir : dans les deux cas, il s'agit d'affirmer que la personne a des droits, attachés à sa propre personne, dont elle peut disposer librement et dont la puissance publique doit préserver l'intégrité. Ainsi, la référence à une philosophie des droits économiques d'inspiration lockéenne permet de rendre compte de manière unifiée de la progression du nouveau régime international des investissements. Là où P. Juillard perçoit une rupture fondamentale dans le passage de la sécurité à la liberté comme objectif principal des traités, on peut n'y voir qu'une étape supplémentaire dans la poursuite d'un objectif unique : consacrer les droits économiques des

- personnes privées par le droit international public. Pour une définition de la libéralisation du régime international des investissements qui met l'accent sur le caractère inséparable de la protection et de la liberté, voir. K. Vandeveld, « Investment liberalization and economic development » (1998), p. 503-504.
246. Sur le parallèle entre droit constitutionnel et droit international, voir D. Alland, « L'ordre juridique international » (2000), p. 22. Sur ce « paradoxe de la souveraineté s'auto-limitant », voir S. Holmes, « Precommitment and the paradox of democracy » (1988), p. 196 et suiv.
247. Nous avons développé cet aspect plus haut : voir deuxième section, p. 32.
248. Voir quatrième section, p. 67.
249. Voir E. Zoller, *op. cit.*, p. 46-47. A partir des années trente, la clause de commerce a été « très généreusement interprétée » par la Cour suprême, en sorte qu'elle a « aujourd'hui fait tomber dans les compétences du gouvernement fédéral pratiquement tout ce qui touche à la réglementation et à la régulation de l'économie nationale » (*ibid.*). Pour une critique de cette interprétation extensive (sur laquelle semble revenir la Cour depuis le début des années quatre-vingt-dix), voir R. Epstein, « The proper scope of the commerce power » (1987).
250. Dans le cas des États fédérés américains (comme des États membres de l'Union européenne) cette liberté est bornée par les réglementations fédérales en matière d'environnement, de conditions de travail, etc. Les traités sur les investissements introduisent un fédéralisme très particulier, puisque le « gouvernement » fédéral se limite au seul pouvoir judiciaire. Il s'agit de la situation la plus favorable au développement d'une « concurrence institutionnelle » entre les États.
251. Sur le fédéralisme juridique comme instrument de mise en concurrence des systèmes juridico-politiques, voir J.-L. Migué, *Federalism and Free Trade* (1993), *passim* ; pour une illustration de la même idée à propos du fédéralisme américain, voir R. Epstein, « Exit rights under federalism » (1992), *passim*. L'idée que les traités sur les investissements favorisent la concurrence entre États en rendant crédibles leurs engagements est développée par A. Guzman, « Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties » (1998), p. 669.
252. La *takings clause* dispose : « nor shall private property be taken for public use, without just compensation . »
253. Voir E. Zoller, *op. cit.*, p. 25-26, 86-87.
254. En tout cas le texte de la constitution (y compris les amendements) et la compréhension qu'en a donné la Cour suprême jusque dans les années trente. Il est bien connu que la jurisprudence constitutionnelle a ensuite fait sensiblement évoluer le sens de la « Loi suprême », notamment sur le problème précis qui nous préoccupe (le statut et la protection due au droit de propriété face aux actions de la puissance publique). Il semble qu'un mouvement en sens inverse (tendant à une réaffirmation du primat de la propriété privée) soit aujourd'hui enclenché, sur la portée duquel les analystes divergent.
255. Les contrats pétroliers ayant été au centre des bouleversements associés à l'affirmation de la souveraineté économique des États et du Nouvel ordre économique international, il est logique que les instruments juridiques élaborés comme une réponse (ou une riposte) à ce mouvement, même lorsqu'ils ne sont pas spécifiquement dédiés à la couverture des investissements pétroliers, répondent efficacement aux problèmes apparus dans ce secteur.
256. Voir par exemple le site Internet consacré au cycle d'offre de permis ouvert par le gouvernement turkmène en l'an 2000 : <www.turkmenistan2000.com>. En 1999, le Kazakhstan et l'Azerbaïdjan ont octroyé un total de 10 licences. Cette même année, 23 groupes étaient actifs en exploration en Azerbaïdjan.
257. Voir DOE/EIA, *Oil and Gas Resources of the Fergana Basin: Uzbekistan, Tadzhikistan, and Kirgyzstan* (1995).
258. Toutefois, les traités avec les États-Unis sont muets sur la question du droit applicable, qui est donc renvoyée aux législations nationales et surtout aux clauses contractuelles pertinentes.
259. Model Production Sharing Agreement for Petroleum Exploration and Production in Turkmenistan, March 20, 1997 , art. 29.2.1.
260. Les données utilisées ne sont à jour que jusqu'en 1997 (2001 pour les traités américains) ; le chiffre réel est donc certainement supérieur.
261. Voir US Department of State, « U.S. Bilateral Investment Treaty Program » (1999), p. 1 : sont considérés comme prioritaires en vue de la négociation de TBI « les pays engagés dans des réformes économiques et où nous pensons pouvoir avoir un impact significatif sur l'adoption de politiques libérales concernant le traitement des investissements directs étrangers. »
262. TCE, art. 23 : « (1) Each Contracting Party is fully responsible under this Treaty for the observance of all provisions of the Treaty, and shall take such reasonable measures as may be available to it to ensure such observance by

- regional and local governments and authorities within its Area. (2) The dispute settlement provisions (...) of this Treaty may be invoked in respect of measures affecting the observance of the Treaty by a Contracting Party which have been taken by regional or local governments or authorities within the Area of the Contracting Party . »
263. Voir *US - Russie* (1992), art. XII : « This treaty shall apply to the political subdivisions of the Parties . »
264. Sur ce point, voir la thèse de V. Rodriguez-Padilla, *L'impact de la fiscalité sur l'effort d'exploration-production de pétrole : le cas de l'Afrique de l'ouest* (1990). Toutefois, l'auteur ne semble pas en mesure d'expliquer le relatif désintérêt des compagnies pour la région (les régimes fiscaux ne sont, selon lui, pas en cause, même si des améliorations sont possibles).
265. Voir la synthèse de Ph. Copinschi et J.-P. Favennec, « L'amont pétrolier en Afrique de l'ouest : état des lieux » (1999) ; plus récemment, la note publiée par le Département de l'Énergie américain dans l'édition 2000 des *Performance Profiles of Major Energy Producers*.
266. Voir *USA – Cameroun*, art. IX.
267. Voir V. Rodriguez Padilla, *L'impact...*, p. 210.
268. Voir le modèle de TBI français in UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, p. 253-258.
269. Voir le modèle de TBI britannique in *ibid.*, p. 279-286.
270. Nigerian National Petroleum Corporation, Proforma/Draft Service Contract (juillet 1979). Toutes les références de contrats et de législations pétrolières, pour tous les pays étudiés dans cette section, sont tirées des fascicules Barrows, *Basic Oil Laws and Concession Contracts* (parution irrégulière).
271. Nous soulignons.
272. Cf. *supra*, deuxième section.
273. Model Offshore Production Sharing Contract of 1993 Between NNPC and Contractor.
274. Côte d'Ivoire, Code pétrolier (loi 96-669) du 29 août 1996.
275. Côte d'Ivoire, Contrat de partage de production avec la société [...], art. 31.5. La formulation est remarquable car explicitement unilatérale ; habituellement, la clause de renonciation à l'immunité souveraine en matière de d'application de la sentence arbitrale est habillée par une formule bilatérale de type : « les parties s'engagent... ».
276. Notons toutefois que la Loi constitutionnelle promulguée en août 1992 prévoit que « L'État protège les investissements étrangers et la propriété des étrangers, dans le cadre de la loi » (Part I, art. 11.4). Dans un pays où les institutions juridico-politiques sont très fragiles, une telle disposition constitutionnelle n'équivaut absolument pas à une garantie internationale — d'autant moins qu'elle renvoie à la loi plus qu'elle ne la contraint.
277. Angola, Law Dated 28 Sept. 1978 Regulating Petroleum Activities in Angola.
278. Petroleum Exploration And Production Sharing Agreement Dated 4 January 1980 For Offshore Areas, Between SONANGOL and [...] International petroleum Company.
279. Angola, Model Production Sharing Agreement of 1986.
280. Angola, 1991 Model Production Sharing Agreement For Deep Water Blocks Between SONANOL and International Companies ; Model PSC Agreement For Deep Water Blocks Dated February 1992 ; 1997 Model Production Sharing Agreement.
281. Guinée Équatoriale, Décret-loi n° 7/1981 du 16 juin 1981, relatif aux hydrocarbures.
282. Guinée Équatoriale, Contrat type de 1982 n° 050282, en vue de l'exploration et de l'exploitation pétrolières.
283. La rédaction de cette section du contrat type laisse supposer que l'État avait alors l'ambition de signer la convention.
284. Contrat de partage de production en date du [...] 1992 entre la République de Guinée Équatoriale et [...].
285. GUINEE ÉQUATORIALE, Contrat de partage de production type, novembre 1998 (annexé au Décret 148 du 2 nov. 1998).
286. Nous n'avons pas eu accès à un contrat signé sur la base de ce contrat type, donc n'avons pu vérifier cette hypothèse.
287. Rappelons que le CIRDI est resté longtemps « en sommeil », n'acquérant que récemment un rôle central dans le règlement des différends entre États et investisseurs étrangers. Le fait d'avoir signé très tôt la convention de Washington — c'est le cas de 5 des 7 pays étudiés ici — n'est donc pas significatif d'une adhésion précoce (même partielle) aux principes du régime « para-constitutionnel ».

288. Signalons également, hors des pays retenus, le traité entre le Zaïre (devenu depuis la République démocratique du Congo) et les États-Unis (1984).
289. Accord de Partenariat entre les membres du groupe des États d’Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d’une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d’autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000, Annexe II, Chap. 5. Voir aussi Partie 4, Titre II, chap. 7 : « Appui aux investissements et au développement du secteur privé », dans lequel les États signataires s’engagent à prendre « les mesures et les dispositions propres à créer et à maintenir un climat d’investissement prévisible et sûr et négocient des accords visant à améliorer ce climat » (art. 75b) ; et encore : « ils affirment l’importance de conclure, dans leur intérêt mutuel, des accords de promotion et de protection des investissements qui puissent également constituer la base de systèmes d’assurance et de garantie » (art. 78.1).
290. Nous retenons ici l’Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, l’Équateur, le Pérou et le Venezuela.
291. Cette inscription des contrats d’État dans l’ordre juridique interne avait été théorisée dans ce que l’on a appelé la « doctrine Calvo », du nom d’un juriste argentin du XIXe siècle. Voir nos développements sur ce point *supra*, deuxième section.
292. Sur l’évolution des politiques pétrolières dans la région, voir J. Stanislaw *et al.*, « Latin America’s energy future: the opening door » (1998).
293. Voir I. Shihata, « Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA » (1986).
294. Sur l’abandon par les États d’Amérique latine de la doctrine « souverainiste » en matière d’arbitrage, voir la position de M. Sprague, « A courageous course for Latin America: urging the ratification of ICSID » (1982) ; également R. Layton, « Changing attitudes toward dispute resolution in Latin America » (1993). En 1992, on pouvait encore écrire que les bénéfices liés à la signature de la convention CIRDI, en particulier la réduction de la « prime de risque » appliquée par les investisseurs transnationaux, « does not seem to have been appreciated by most of the Latin American countries, the ones most severely hit by the fall in foreign direct investment during the 1980s » — A. Behrens, « Cheaper energy at lower risks in LDCs », p. 3.
295. Données complètes pour la période 1990-1996, mises à jour pour 1996-1999 pour les TBI entre États appartenant à l’Organisation des États Américains.
296. Voir Organization of American States, Trade Unit, *Investment Agreements in the Western Hemisphere: A Compendium* (1999). <www.sice.oas.org/cp_bits/english99/main.asp>
297. Protocolo de Colonia para la promocion y proteccion reciproca de inversiones en el mercosur (1994).
298. Cet article est identique à l’article 9 du protocole de Colonia.
299. Voir le site officiel du processus de négociation en vue de la ZLEA : <www.ftaa-alca.org>. La nouvelle administration américaine a fait savoir qu’elle entendait accélérer le calendrier de négociation afin de parvenir à un traité dès 2003.
300. **[Renvoi normes de traitement du nouveau régime]**
301. Tout comme pour l’ALENA, les États parties à l’accord sur la ZLEA notifieront certainement de nombreuses exceptions ; à l’instar du Mexique dans l’ALENA, certains pourraient exclure les investissements pétroliers du chapitre sur les investissements.
302. Nous ne savons pas si un ou plusieurs États l’ont ratifié ; ce qui suit montre que, selon toute vraisemblance, tel n’est pas le cas du Brésil.
303. Lei n° 9.478, de 6 de agosto de 1997, art. 43-X.
304. 1998 Model Concession Contract for Exploration, Development and Production of Oil and/or Gas, clause 29.3.
305. Agência Nacional do Petróleo, Initial Tender Protocol (Pré-Edital de Licitações) for the Contracting of Oil and Gas Exploration, Development and Production Activities (14 déc. 2000), 2.8, p. 14. Sur ce point, ce *Protocol* est identique à celui publié en décembre 1999 pour le second « round » d’enchères pétrolières brésiliennes.
306. Loi du 29 septembre 1996 sur l’arbitrage. Nous traduisons à partir de la traduction anglaise *Barrows*. Nous soulignons.
307. En plus du problème des droits inaliénables, d’autres questions se posent que nous ne développerons pas ici :
- La question de la reconnaissance de la sentence arbitrale par les tribunaux brésiliens. La loi sur l’arbitrage précise qu’une sentence arbitrale internationale est reconnue conformément au droit national et aux engagements internationaux. Or, d’une part, le Brésil n’est pas signataire de la Convention pour la reconnaissance et l’exécution

des sentences arbitrales étrangères (1958) ; d'autre part, aux termes de la loi brésilienne elle-même, une sentence rendue sur le sol brésilien (ce qui est obligatoire dans le cas des différends relatifs aux contrats pétroliers brésiliens) n'est pas une sentence étrangère.

• La question du caractère définitif de la sentence arbitrale. Aux termes du contrat type de 1998, la sentence est définitive. Mais la loi sur l'arbitrage prévoit toute une série de cas ouvrant à un appel devant les juridictions nationales, à la fois sur le fond et sur la procédure.

Nous ne sommes pas en mesure de trancher ces incertitudes juridiques. Il nous suffit, dans le cadre de ce travail, de constater qu'une lecture attentive des textes brésiliens révèle le statut assez précaire de l'arbitrage pétrolier dans ce pays, en regard des normes du nouveau régime « para-constitutionnel ».

308. ANP, *Initial Tender Protocol*, art. 2.5.
309. *Ibid.*, art. 2.6. Cette disposition a conduit les compagnies à exiger de l'ANP qu'elle définisse précisément ce qu'est un « bien brésilien » ; l'Agence a donc fixé des seuils de « contenu brésilien » pour différentes catégories de biens et services couramment utilisés par l'industrie pétrolière dans les phases d'exploration et développement. Voir les détails sur le site <www.brazil-round2.com>.
310. De même que l'accord du GATT sur les *Trade-related investment measures*. Peut-être le Brésil a-t-il obtenu une dérogation à cet accord.
311. Notre conviction est que ces clauses ne sont pas conformes au protocole de Colonia. Toutefois, cette appréciation demande à être confirmée par une opinion juridique plus autorisée.
312. La Loi pétrolière de 1997 stipule (art. 40) : « The judgment of the bidding shall identify the most advantageous proposal, according to objective criteria established in the bid announcement, and shall obey principles of legality, impersonality, morality, publicity, and equality between the bidders. » (Nous soulignons).
313. En revanche et à la différence de la question de l'arbitrage, le protocole de Buenos Aires (non entré en vigueur) ne contient aucune disposition sur les « *performance requirements* ».
314. Il faudrait également étudier de près les dispositions relatives au transfert des profits et à la possibilité de détenir des comptes en devises.
315. Conversation entre l'auteur et Th. Wälde, février 2002.
316. Voir le modèle de TBI chinois, art. 9 ; reproduit in UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (1998), p. 247-252. Cette restriction fut une des pierres d'achoppement des négociations entre la Chine et les États-Unis en vue de la signature d'un TBI, les exigences des deux parties en matière d'arbitrage étant incompatibles. Voir P. Gann, « The U.S. bilateral investment treaty program » (1985), p. 437-438.
317. De ce fait, ce traité a donné lieu à une abondante littérature (souvent critique : nous avons déjà signalé l'hostilité et le scepticisme qu'a suscités le programme américain de TBI à ses débuts) ; voir par exemple Abdel-Monelm Riad, « Une analyse critique de la convention égypto-américaine du 29 septembre 1982 concernant l'encouragement et la protection des investissements » (1984) ; R. Delwin, « The bilateral investment treaty: business or politics ? » (1983).
318. Nous n'avons relevé que les traités les plus susceptibles de couvrir des investissements pétroliers. Au total, l'Algérie, l'Égypte, le Maroc et la Tunisie ont signé plus de 40 TBI depuis 1990 (la Libye pour sa part n'est partie à aucun traité sur les investissements).
319. En termes économiques, on dirait que c'est un facteur d'aplatissement de la courbe d'offre : l'augmentation de l'accessibilité des ressources hors OCDE tend à déplacer « vers la droite » le point d'équilibre, donc « vers le bas » le prix d'équilibre. Cf. l'introduction de ce rapport.
320. Le chapitre 11 de l'ALENA ne concerne que des pays de l'OCDE ; le Mexique (qui a d'ailleurs intégré l'OCDE) n'applique pas les dispositions du chapitre 11 aux investissements pétroliers. Quant au protocole de Colonia (MERCOSUR), il est d'une portée limitée car aucun des quatre États concernés n'est un « exportateur de capitaux pétroliers » significatif.
321. Voir troisième section supra, p. 45.
322. Notons toutefois que le Venezuela a émis des réserves lors du Sommet des Amériques d'avril 2001. Voir *The Economist*, « A cautious yes to pan-American trade », 28 avril 2000, p. 57. Cette attitude est cohérente avec l'esprit et la lettre de la nouvelle loi pétrolière promulguée en 2001.

³²³. Ces réflexions s'inscrivent dans le prolongement d'un travail sur l'évolution de la régulation juridique des contrats pétroliers. Je tiens à remercier l'Institut Français de l'Énergie pour le soutien financier apporté à ce projet, réalisé à l'Institut d'Économie et de Politique de l'Énergie (Grenoble).

³²⁴. L'entrée est donc libre sur le marché de la résolution des différends, mais pas sur le marché du droit lui-même : la liberté de choix est restreinte aux droits nationaux.

³²⁵. Signalons également les initiatives de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) : le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976), le règlement de conciliation de la CNUDCI (1980), la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985), et l'aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996). Seule la convention de New York est un instrument conventionnel obligeant les Etats.

³²⁶. Les contrats commerciaux « intertemporels », notamment ceux touchant à la propriété intellectuelle (licences d'utilisation, de fabrication), soulèvent des problèmes proches.

³²⁷. Dans ce mouvement, la revendication d'un contrôle plus direct des Etats sur l'exploitation de leurs ressources naturelles, en particulier pétrolières, a joué un rôle décisif.

³²⁸. On n'évoquera pas ici la réaffirmation, dans les instruments conventionnels, des normes coutumières protégeant les investisseurs étrangers, telles la prohibition des traitements discriminatoires ou la garantie de la sécurité des installations.

³²⁹. A l'exception, toutefois, des traitements accordés dans le cadre d'un accord de libre-échange, d'une union douanière ou d'une union économique.

³³⁰. Créé en 1965, à l'initiative de la Banque Mondiale, par la Convention sur le règlement des différends entre Etats et personnes privées étrangères, le CIRDI est resté en relatif sommeil jusqu'au milieu des années 1980. Les programmes de traités bilatéraux sur les investissements, puis les instruments plurilatéraux, en ont fait un élément central du nouveau régime juridique international. Son activité est en très forte expansion, de même que la liste de ses membres, qui comprend aujourd'hui la plupart des Etats exportateurs et importateurs de capitaux. Entre 1985 et 2000, un grand nombre d'Etats jusqu'alors rétifs au principe de l'arbitrage en matière d'investissement ont signé et ratifié la convention CIRDI; c'est le cas en particulier de nombreux pays d'Amérique latine qui avaient été à la pointe du combat pour le strict recours aux juridictions nationales.

³³¹. Il existe un rapport étroit entre fédéralisme et construction du marché, qu'on ne peut aborder ici.

332. Certains de ces traités sont disponibles *in extenso* sur le site Internet du Département d'Etat, à l'adresse suivante : <www.state.gov/www/issues/economic/bit_treaty.html>. La plupart nous ont été communiqués par le Département d'Etat (Office of Investment Affairs).
333. Ces traités sont disponibles *in extenso* sur le site Internet de l'Organisation des Etats Américains, à l'adresse suivante : <www.sice.oas.org>.
334. Tels que reproduits in UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (New York et Genève, Nations Unies, 1998), Annexe II.