



INSTITUT D'ECONOMIE ET
DE POLITIQUE DE L'ENERGIE

CAHIER DE RECHERCHE N° 20

**La constitutionalisation du régime juridique international
des investissements pétroliers
et la (re)construction du marché mondial**

Pierre Noël

septembre 2000

Institut d'économie et de politique de l'énergie

Unité mixte de recherche du Centre National de la Recherche Scientifique et de l'Université Pierre Mendès France (UFR DGES)

IEPE, BP 47, 38040 Grenoble Cedex 09, Tel : 04 76 51 42 40 ; Fax : 04 76 51 45 27

e mail : iepe@upmf-grenoble.fr ; <http://www.upmf-grenoble.fr/iepe>

TABLE DES MATIERES

English Summary.....	5
Présentation et résumé	6
“Derrière la courbe d’offre” : la gouvernance, ou les fondements juridico-institutionnels du marché pétrolier.....	6
L’évolution du régime juridique des contrats d’États : implications possibles pour le marché pétrolier	7
Introduction.....	9
I. — Fondements juridiques du marché de l’accès aux ressources	10
1. La propriété sur les ressources pétrolières : droits exclusifs et transférables	11
2. La régulation des transactions : ordre marchand et ordre constitutionnel.....	12
3. Possibilité d’engagement crédible et stabilité des contrats pétroliers	13
4. Ordre constitutionnel et crédibilité contractuelle	14
II. — Le régime des investissements pétroliers face à l’affirmation de la souveraineté sur les ressources naturelles	15
1. La souveraineté et le contrat : sociologie juridique du contrat d’État.....	15
2. Souveraineté permanente sur les ressources naturelles et nouvel ordre économique international.....	17
3. La “dé-constitutionalisation” du régime des investissements pétroliers	18
4. Après la crise du NOEI, le droit international des investissements à l’épreuve du constitutionalisme libéral : trois hypothèses	23
III. — Vers une régulation para-constitutionnelle des investissements transnationaux et des contrats d’État.....	25
1. Règlement des différends : la soumission des États à des procédures d’arbitrage direct garanties par le droit international.....	25
<i>La convention de Washington et le CIRDI.....</i>	<i>26</i>
<i>L’arbitrage direct dans les traités bilatéraux sur les investissements</i>	<i>28</i>
<i>Les traités multilatéraux sur les investissements et l’arbitrage direct.....</i>	<i>29</i>
<i>Conclusion.....</i>	<i>30</i>
2. Normes d’établissement, de traitement et de protection de l’investissement : vers l’internationalisation du <i>rule of law</i>	30
<i>Strict encadrement des prérogatives étatiques dans le traitement des investissements étrangers</i>	<i>31</i>
<i>Égalité de traitement entre étrangers et nationaux, et clause de la nation la plus favorisée</i>	<i>33</i>

<i>Vers un encadrement de la souveraineté ex ante : la codification des conditions d'octroi des autorisations d'investissement.....</i>	34
Conclusion : le droit international et la construction du marché.....	35
IV. — Portée générale et enjeux pour le système pétrolier international	36
1. L'émergence d'un régime international para-constitutionnel n'est pas le seul facteur de crédibilité et de stabilité contractuelle	36
<i>Crédibilité et stabilité en l'absence d'environnement institutionnel favorable : dispositions contractuelles et rôle de la réputation.....</i>	36
<i>Changements unilatéraux des législations pétrolières et progrès institutionnels.....</i>	37
2. Nouveau régime juridique international et structures du marché pétrolier.....	38
NOTES.....	41
REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES.....	50

ENGLISH SUMMARY

We analyse the new international legal regime for upstream petroleum investments and 'state contracts' in general. In striking contrast to the 'New international economic order' and 'Permanent sovereignty over natural resources' ideologies of the 1960s and 1970s, the emerging regime promotes the sanctification of contractual economic rights; the strict definition of State sovereign prerogatives, and the severe limitation of their conditions of exercise; the internationalisation of the settlement of disputes through direct firm-State arbitration; the integration of national territories in a competitive, transparent, non-discriminative global market for investment. We demonstrate that it is rooted in the principles of liberal constitutionalism, hence promoting the internationalisation of the Rule of Law. Such a legal regime is conducive to the expansion of the market for petroleum rights, as it restores the institutional conditions for credible commitment by the State. It will also accelerate the trend toward the 'commoditization' of hydrocarbon resources. Bilateral investments treaties (especially the United States' BIT program) as well as multilateral/regional instruments both general (draft MAI, MIGA, MERCOSUR, ALENA) and energy-specific (Energy Charter Treaty) are analysed as the main pillars and diffusion mechanisms of the new regime. A final paragraph indicates the way forward: the evaluation of the impact of this new legal regime on the world oil supply curve, especially as it eventually reaches — or not — some of the lowest-cost, biggest-resources countries.

PRESENTATION ET RESUME

“Derrière la courbe d’offre” : la gouvernance, ou les fondements juridico-institutionnels du marché pétrolier

Le rôle du droit et des institutions dans le fonctionnement des marchés, après avoir été longtemps négligé, fait l’objet d’une attention très importante de la part des économistes¹. La notion de “gouvernance” des systèmes économiques est un produit de cette redécouverte. Cette tendance a suscité un profond renouvellement des problématiques et des instruments de la microéconomie ; elle a permis en retour l’émergence d’une nouvelle génération de travaux interdisciplinaires : économie du droit, économie des institutions politiques, économie des coûts de transaction, nouvelle histoire économique, économie politique “constitutionnelle”, etc. ; ces travaux présentent de nombreux points de convergence avec la sociologie économique et la sociologie des organisations.

Jusqu’ici, ce mouvement a très peu touché l’économie politique internationale. Plus encore, ses méthodes et ses hypothèses (d’ailleurs très diverses) restent largement sous-exploitées dans les études pétrolières. Pourtant, la formation de l’offre pétrolière mondiale, la forme et l’intensité de la concurrence — donc, pour une bonne part, le niveau et la dynamique des prix — dépendent très directement du régime de propriété sur les ressources, des modalités juridiques d’accès au sous-sol pour l’industrie pétrolière, de la régulation des contrats entre propriétaires des droits miniers et concessionnaires, etc. — bref : d’une architecture juridico-institutionnelle.

On peut, pour s’en convaincre, prendre un exemple hypothétique. Si les pays du Conseil de coopération du Golfe décidaient, pour une raison quelconque, de privatiser entièrement les droits sur leurs ressources naturelles par voie d’enchères concurrentielles, et de soumettre les contrats pétroliers à une régulation calquée sur la *common law* américaine, l’économie du marché pétrolier mondial en serait immédiatement et profondément bouleversée. Les investissements dans cette région augmenteraient de manière très significative. Les conditions seraient réunies pour que l’offre pétrolière la moins coûteuse couvre une part de la demande beaucoup plus

importante qu'aujourd'hui. En termes économiques, la courbe d'offre serait plus "plate", donc les prix plus bas.

Étudier la gouvernance du marché pétrolier, c'est donc porter son regard *derrière la courbe d'offre*. La plupart des travaux économiques sur le marché pétrolier mondial évacuent de leur objet d'étude les conditions juridico-institutionnelles de formation de l'offre. Le principal motif de cette recherche est de montrer qu'il s'agit au contraire d'un aspect central, qui permet de mieux expliquer les évolutions passées et en cours, et aussi d'identifier certains facteurs déterminants en matière de prospective.

L'évolution du régime juridique des contrats d'États : implications possibles pour le marché pétrolier

Cet article traite de l'évolution du régime juridique international des contrats pétroliers. Il s'agit d'une première étape dans l'étude du nouveau contexte juridico-institutionnel des investissements pétroliers internationaux. La réflexion porte sur l'évolution du droit international des "contrats d'État" (contrats entre un État et une compagnie privée étrangère) dans le domaine des ressources naturelles. Elle est centrée sur la dialectique de la *souveraineté nationale* sur les ressources et du *marché mondial* de l'accès au sous-sol.

On rappelle que le mouvement d'affirmation de la "souveraineté permanente" sur les ressources naturelles avait remis en cause le statut des contrats d'État — au premier rang desquels les concessions pétrolières — en droit international. Le déclin de la protection contre l'expropriation et la nationalisation ; la relativisation du caractère contraignant pour l'État des engagements contractuels avec les personnes privées étrangères ; la stricte soumission des contrats aux législations et aux tribunaux locaux : autant de facteurs qui avaient contribué à ruiner les conditions institutionnelles d'un *engagement crédible* de l'État à l'égard de l'investisseur, précipitant le reflux des investissements d'exploration et production vers les pays présentant de plus fortes garanties constitutionnelles du droit de propriété des étrangers.

On étudie ensuite le mouvement de restructuration du régime des investissements transnationaux, par lequel sont peu à peu restaurées les conditions de fonctionnement d'un marché mondial de l'accès aux ressources. On analyse les dispositions juridiques des traités bilatéraux sur les investissements, en particulier

ceux signés par les États-Unis, et celles contenues dans les instruments multilatéraux généralistes (ALENA, MIGA, AMI, MERCOSUR) ou spécifiquement dédiés au secteur énergétique (Traité sur la Charte de l'énergie). On en conclut que le régime juridique que diffusent ces instruments tend vers une extension internationale de la logique du *rule of law*, propre au constitutionalisme libéral. Il s'agit d'un droit de *construction du marché mondial des investissements*, et non de préservation des souverainetés nationales. Ses principales dispositions sont :

- un très haut degré de sanctification des engagements contractuels pris par l'État ;
- un strict encadrement des prérogatives régulatrices de l'État ou des agences et compagnies publiques agissant en son nom ;
- une possibilité pour l'investisseur de porter directement et unilatéralement les différends avec l'Etat devant les tribunaux arbitraux internationaux ;
- la non-discrimination à l'égard des compagnies sur la base de leur nationalité, y compris parfois dans la phase d'attribution des licences ;
- une définition très large des "droits économiques" associés à l'obtention des licences, permis, autorisations.

Ce nouveau régime juridique international en formation pourrait avoir des conséquences importantes sur les structures du marché pétrolier mondial. L'objectif poursuivi est de créer les conditions d'une libre concurrence entre les compagnies internationales pour l'accès aux ressources et la production ; c'est-à-dire non seulement d'ouvrir les domaines miniers nationaux sur une base concurrentielle, non discriminatoire et transparente, mais peut-être de retirer aux États les instruments d'une administration des productions nationales. Un travail empirique sur un certain nombre de législations et de contrats devra préciser, ultérieurement, l'impact potentiel de ce nouveau régime juridique sur la gestion des secteurs pétroliers nationaux, donc sur les modalités effectives de formation de l'offre mondiale.

INTRODUCTION

Les développements qui suivent s'intéressent à la régulation du marché mondial de l'accès aux ressources naturelles et en particulier pétrolières ou, plus précisément, du marché de l'accès au sous-sol potentiellement pétrolifère. Ce "marché" correspond à l'ensemble des transactions portant sur les droits d'exploration, de production et de disposition sur les ressources d'hydrocarbures contenues dans le sous-sol de la planète.

Ces droits constituent, pour l'industrie pétrolière, un facteur de production singulier, à plusieurs titres² : tout d'abord il est absolument indispensable — pas de production sans accès au sous-sol susceptible de renfermer des ressources ; une fois acquis, il est extrêmement peu substituable³ ; enfin, il ne s'obtient qu'auprès d'États souverains ou de personnes publiques agissant en leur nom — à l'exception notable des droits d'accès au sous-sol privé aux États-Unis. Cette dernière caractéristique — la propriété publique des ressources d'hydrocarbures dans la quasi-totalité des pays du monde — est centrale dans les analyses qui suivent. Elle pose le problème des relations commerciales contractuelles entre États souverains et personnes privées, notamment lorsqu'elles sont ressortissantes d'autres États.

Le droit international des investissements dans le secteur des ressources naturelles a connu une histoire mouvementée au cours de la seconde moitié du XX^e siècle. L'affirmation de la souveraineté nationale sur les ressources était au cœur de la recherche d'un *nouvel ordre économique international* (NOEI) traduisant, sur le terrain juridique, la volonté des pays du tiers-monde de retrouver la maîtrise de leur destin économique. Depuis la fin des années quatre-vingt, le climat politique autour de ces problèmes semble beaucoup moins tendu ; l'intensité du débat juridique a décliné parallèlement et les clivages théoriques ou doctrinaux tendent à s'estomper⁴. Toutefois, la *pratique* juridique a plutôt, sur cette dernière période, tendance à s'intensifier, accompagnant la forte expansion des investissements transnationaux : de nouvelles modalités contractuelles apparaissent ; de très nombreuses législations nationales sont révisées ; des dizaines de traités bilatéraux d'investissement sont signés ; d'importantes négociations multilatérales sont conduites, débouchant pour certaines sur des traités. Cette activité dessine une

tendance très nette à la recherche d'un climat politique et de dispositifs juridiques favorables aux investissements transnationaux, en rupture avec la défiance des décennies passées. Si le droit international — et en particulier le droit international économique — naît de la double nécessité de garantir l'autonomie et d'organiser l'interdépendance⁵, on est certainement en présence d'un mouvement de balancier qui, après des années dominées par le premier terme de cette dialectique, consacre aujourd'hui la primauté du second.

On voudrait ici proposer une interprétation de la dynamique du régime international des investissements pétroliers, centrée sur les rapports de la souveraineté et de l'ordre constitutionnel. On étudiera tout d'abord, au plan théorique, les conditions de possibilité institutionnelles d'un marché de l'accès aux ressources : le transfert des droits d'accès au sous-sol n'est possible que si le propriétaire peut s'engager de manière *crédible* dans le contrat ; dans le cadre d'un ordre juridique à *fondement constitutionnel*, l'égale soumission au droit des parties au contrat garantit cette condition. On verra ensuite que l'affirmation de la "souveraineté permanente" sur les ressources naturelles menaçait cette crédibilité dans le cadre des contrats pétroliers internationaux. L'évolution récente peut alors s'analyser comme un effort de "para-constitutionnalisation" du régime pétrolier international, grâce auquel les États propriétaires de ressources se placent en position d'engagement contractuel crédible à l'égard des investisseurs. En d'autres termes, le régime juridique en voie de formation traduit un effort de *construction du marché mondial*, passant nécessairement par le strict encadrement des souverainetés nationales.

I. — FONDEMENTS JURIDIQUES DU MARCHÉ DE L'ACCÈS AUX RESSOURCES

1. La propriété sur les ressources pétrolières : droits exclusifs et transférables

De manière générale, la possibilité des échanges marchands est conditionnée à l'existence de droits de propriété *exclusifs et aliénables* sur les biens et services⁶. Les ressources contenues par le sous-sol de la plupart des terres émergées, ainsi que des plateaux continentaux, connaissent un tel régime de propriété⁷.

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 Etats-Unis d'Amérique, l'autre s'étendant au reste du monde dans son intégralité. Aux Etats-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 terre⁸. Toutefois, l'Etat 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 (ressources offshore). Dans tous les autres pays, les droits sur la ressource en terre reviennent à l'Etat, quelle que soit la propriété des droits sur la surface⁹.

Dans le premier cas, 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'Etat, 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 Etats-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*¹⁰), 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 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 mondial, le découpage de la surface planétaire en juridictions territoriales exclusives transforme radicalement le tableau esquissé jusqu'ici : *du point de vue sociologique*, 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"¹¹, 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 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 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.

2. La régulation des transactions : ordre marchand et ordre constitutionnel

La "fonction économique" du droit de propriété est de résoudre un problème d'action collective¹² : 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 contrats¹³ : la propriété est un droit de disposition consacré socialement et adossé à un pouvoir de contrainte¹⁴ ; 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 atteinte¹⁵ ; du moins l'exercice du droit d'expropriation, s'il n'est pas totalement prohibé¹⁶, doit-il être strictement codifié et soumis à l'appréciation du juge, dont les décisions s'imposent au pouvoir politique¹⁷. Autrement dit, cette autorité ne saurait être extérieure à l'ordre juridique mais doit au contraire lui être soumise ; celui-ci doit définir précisément l'étendue et les conditions d'exercice du pouvoir de contrainte et donc sanctifier 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*¹⁸. Notons bien que l'existence formelle d'une constitution ne suffit pas à établir un tel ordre : encore faut-il que cette constitution soit *effectivement* ordonnée à la limitation du pouvoir politique et à la protection du droit individuel de propriété — c'est-à-dire à la promotion du *rule of law*, "idéal politique" sous-jacent au constitutionalisme libéral¹⁹.

3. Possibilité d'engagement crédible et stabilité des contrats pétroliers

Le problème de la stabilisation — ou de la sanctification — 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"²⁰.

Ex ante, les deux parties à un contrat libre ont — sans quoi elles ne le signeraient pas — intérêt à s'engager l'une envers l'autre ; 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 supporteraient 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 aient effectivement lieu,

condition d'éventuels revenus à se partager. Mais dès que des découvertes sont faites — et d'autant plus qu'elles sont importantes — la structure du contrat devient immédiatement très instable²¹. En effet, le partage des revenus — mais aussi la durée de la concession, et de manière générale les conditions économiques du transfert des droits — sur lequel s'étaient accordées les parties paraît *nécessairement* injuste au propriétaire de la terre ; de fait, un industriel prescient eût effectivement accepté beaucoup moins : l'affaire resterait profitable avec un partage nettement plus favorable au propriétaire²². Or, en cas de "renégociation" forcée, conduite sous la menace du retrait des droits d'accès au sous-sol, les sommes très importantes "enfouies" dans le sol par l'industriel — les économistes parlent de "*sunk investments*" — rendraient sa position extrêmement défavorable.

En conséquence, la signature d'un contrat pétrolier sera certainement conditionnée à la capacité d'engagement *crédible* du propriétaire de la terre à l'égard de l'industriel.

4. Ordre constitutionnel et crédibilité contractuelle

De manière générale, il semble que cette crédibilité soit largement un produit de l'environnement institutionnel, en particulier du degré de soumission des co-contractants à un ordre juridique constitutionnel consacrant la propriété privée et les contrats²³. Les parties s'engagent d'autant plus sûrement qu'elles savent pouvoir compter, en cas de différend au cours de l'exécution du contrat, sur un appareil judiciaire fiable, indépendant et dont les décisions seront effectivement appliquées.

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 relèvent du droit privé, et le reste du monde où les droits s'acquièrent par des contrats d'État. 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 — clé de voûte d'un ordre juridique au sein duquel les co-contractants sont des égaux. Ce "règne du droit" (*rule of law*) s'étend également aux contrats avec l'État, pour l'accès au sous-sol des terres fédérales américaines et des provinces offshore : en régime de *common law* l'État, en tant que propriétaire terrien, bénéficie dans l'ordre juridique 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 commercial commun²⁴. Dans un tel

environnement institutionnel, ce qui rend crédible le propriétaire de la terre — personne privée ou agence fédérale — au moment où il s’engage, c’est la sanctification constitutionnelle du contrat librement négocié, attestée par une pratique judiciaire adossée à un pouvoir administratif de contrainte. Ces conditions, caractéristiques du *rule of law*, sont très favorables à l’engagement contractuel en vue de l’exploration et de la production pétrolières, car elles “absorbent” l’incertitude, source de coûts de transaction.

C’est dans un tout autre contexte institutionnel que sont signés les contrats d’État — entre une personne privée et un État souverain — par lesquels l’industrie pétrolière accède aux ressources dans tous les autres pays. Il conviendrait là encore de distinguer entre les pays, mais un trait majeur caractérise la situation dans son ensemble : le faible degré de constitutionalité de l’ordre juridique au sein duquel sont généralement conduites les transactions, fondé sur le droit international moderne régulant les investissements dans les ressources naturelles. En conséquence, la crédibilité des États propriétaires de ressources est *a priori* moins assurée et les industriels font face à un risque contractuel plus important.

Les sections qui suivent analysent l’évolution historique de l’environnement juridique des contrats pétroliers internationaux, du point de vue de la dialectique de la souveraineté sur les ressources et du constitutionalisme.

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

1. La souveraineté et le contrat : sociologie juridique 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 supérieur²⁵” ; 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 traités²⁶. Considérons maintenant un contrat commercial privé. Les parties sont “souveraines” sur leur domaine de propriété ;

elles s'accordent sur une formule de réciprocité — le plus souvent un prix, qui est un cas particulier de taux d'échange — 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 bien²⁷, 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*²⁸. 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 souveraineté²⁹.” 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 d'ailleurs rappeler ses engagements à celui qui serait tenté de conserver sa souveraineté sur les droits qu'il a aliénés par un contrat valide.

Le parallèle entre traité et contrat privé est basé sur une définition sociologique de la souveraineté, telle qu'on puisse considérer la personne comme “souveraine” sur sa propriété. Dans un ordre juridique constitutionnel on ne parle pas de souveraineté des personnes, mais la réalité sociologique que désigne cette expression est consacrée juridiquement. En droit international, la souveraineté désigne une qualité juridique qui n'est reconnue qu'à l'État et qui le distingue de tout autre “acteur”, faisant de lui l'unique sujet de droit. Bien sûr, l'État est aussi souverain au sens sociologique ; mais la distinction juridique n'est pas fondée sur une distinction sociologique : une entreprise transnationale (ou toute autre personne privée) est souveraine sur son domaine de droit. Or on réserve — arbitrairement, pourrait-on dire, ou par définition — la souveraineté comme qualité juridiquement consacrée au seul acteur étatique.

Dès lors, se pose la question des engagements entre un État et une personne dépourvue de la souveraineté : contrat passé entre *inégaux*, le “contrat d'État³⁰” est-il contraignant ? Précisément, l'État souverain peut-il être tenu, en droit international, par ses engagements vis-à-vis d'une personne privée ? Le contrat par lequel concède des droits à une entreprise transnationale aliène-t-il sa souveraineté sur les droits en question ? La réponse apportée à ce problème juridique du contrat d'État détermine la possibilité même d'un marché international de l'accès aux ressources

pétrolières. Nous avons vu que l'idéal du constitutionalisme libéral était de consacrer la "loi des parties", y compris lorsque l'État est partie au contrat ; à cette aune, l'évolution du régime juridique des contrats d'État après 1945 s'apparente à un processus de "dé-constitutionalisation".

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

L'affirmation de la "souveraineté permanente sur les ressources naturelles" était une dimension tout à fait centrale dans la revendication d'un "nouvel ordre économique international" — elle en formait le cœur même³¹. 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 affirmation³². 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-dix³³.

L'ordre "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, le droit positif 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 trouvaient³⁴." Plus généralement, les États occidentaux exigeaient pour leurs ressortissants investissant à l'étranger 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 développés³⁵. Dans le cadre de cette norme, le droit de nationaliser était strictement encadré par la doctrine Hull³⁶ selon laquelle la nationalisation devait être motivée par un intérêt public, non discriminatoire, et donner lieu à compensation "rapide, adéquate et effective". Les relations entre l'État et l'investisseur devaient respecter le "*due process of law*", excluant tout arbitraire. Enfin, le règlement des différends relevait certes des tribunaux locaux, mais avec possibilité d'appel direct auprès d'une juridiction internationale. Cette garantie conférait au régime des investissements étrangers un caractère constitutionnel, au sens où nous l'avons évoqué. Mais il

convient de noter que, dans le cas des concessions pétrolières, cette protection par le droit international se doublait d'une sécurisation *de facto* dans le cadre du rapport de puissance extrêmement asymétrique entre l'État dont était originaire la compagnie et l'entité politique dans laquelle elle opérait : la pratique du "recours diplomatique" était systématique, tant dans le cadre des procédures judiciaires qu'en dehors d'elles.

Avant la seconde guerre mondiale, les nationalisations soviétiques et surtout mexicaines (1938), constituèrent les premières remises en question de cet ordre juridique³⁷. Mais c'est après 1945, dans le contexte de décolonisation et d'émergence des "jeunes nations", que pris forme un véritable mouvement de contestation radicale des fondements juridiques d'un ordre économique perçu comme structurellement inégalitaire. La souveraineté politique, à laquelle beaucoup étaient entrain d'accéder et que symbolisait leur adhésion à l'Organisation des Nations Unies — symbole de "l'égalité souveraine" des États — ne pouvait être que tronquée, ou formelle, tant que les peuples n'auraient pas accédé à la maîtrise de leur destin matériel par une pleine "souveraineté économique"³⁸. 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 de la pleine souveraineté de l'État sur les 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'allèrent se concentrer les offensives des pays du Tiers-monde sur le terrain juridique³⁹.

3. La "dé-constitutionalisation" du régime des investissements pétroliers

L'affirmation de la souveraineté sur les ressources naturelles s'est exprimée juridiquement, pour l'essentiel, dans une série de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. 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"⁴⁰. 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 nations⁴¹.

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 naturelles⁴²." 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 international⁴³ — ce qu'allait 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 international⁴⁴. 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 international⁴⁵." 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'étrangers⁴⁶” ; 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 international⁴⁷.” 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 intéressées⁴⁸”.

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'explicitier une compétence impliquée dans celles que le droit international reconnaît à l'État⁴⁹.

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 étrangers⁵⁰. 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 différend⁵¹ ; 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 résolution de l'ONU en durcissant nettement le sens et les implications sur 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 — n'étaient pas intangibles mais qu'ils devaient être adaptés “sur la base du principe de l'évolution des circonstances⁵².” 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 prévoit⁵³. De même, les pays latino-américains défendaient depuis longtemps la “doctrine Calvo” selon laquelle le droit et les tribunaux nationaux sont seuls applicables et compétents pour réguler les relations contractuelles entre l’État et les investisseurs étrangers, à l’abri de toute influence et intervention extérieure⁵⁴. 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 latine⁵⁵.

Une telle conception de la souveraineté sur les ressources naturelles, porteuse d’un degré beaucoup plus important de “dé-constitutionalisation” du régime 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), 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 :

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 ordre⁵⁶.

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 leur activités, sur la base de la souveraineté entière de ces pays ; [...]⁵⁷

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 disposer⁵⁸." 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, appliquées par les seuls tribunaux nationaux⁵⁹ ; 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 1962⁶⁰ : 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 public⁶¹.

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-même⁶² — et 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 de 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 international : alors l’environnement institutionnel est tel qu’il est impossible pour l’État de s’engager de manière crédible. Dans un ordre entièrement dé-constitutionalisé, il est très difficile d’envisager des transactions marchandes, surtout lorsqu’elles supposent l’exécution d’un contrat complexe, long et structurellement instable.

4. Après la crise du NOEL, le droit international des investissements à l’épreuve du constitutionalisme libéral : trois hypothèques

La conception absolue de la souveraineté de l’État sur ses ressources naturelles a connu un destin contrasté : globalement rejetée par la doctrine, qui considère qu’elle n’est pas assez consensuelle pour représenter une nouvelle norme coutumière, et par la jurisprudence qui a également contesté la valeur juridique des résolutions les plus radicales, le processus évoqué ci-devant a cependant contribué à renverser définitivement le régime traditionnel des investissements transnationaux. La simple application de la doctrine des droits acquis, qui marquait encore la jurisprudence des années cinquante et soixante, n’est plus concevable⁶³ ; c’est bien le *principe de souveraineté* qui, aujourd’hui, est au fondement du droit international des investissements, *qui est ainsi pleinement intégré à la logique du droit international public*⁶⁴. 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”, revers 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. Plusieurs conditions semblent *a priori* difficiles à réunir. 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 ; en termes juridiques, il faut que le contrat soit *enté* dans l'ordre international et non seulement dans l'ordre interne de l'État contractant. 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 conférer⁶⁵. Jadis, l'internationalisation du contrat par des clauses spécifiques permettait de "rendre pertinents, pour l'appréciation de la validité internationale des actes qui viendraient en modifier la portée [du contrat], des principes généraux du droit tels que celui du respect des conventions (*pacta sunt servanda*)"⁶⁶ ; en acceptant de telles clauses, l'État faisait de son cocontractant une "personne apte à s'engager internationalement et à conclure un contrat directement enté dans l'ordre juridique international"⁶⁷. L'évolution étudiée ci-devant a fragilisé, sans doute de manière irréversible, les certitudes attachées à ces clauses d'internationalisation — au moins en ce qui concerne les contrats pétroliers⁶⁸.

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 titulaires⁶⁹. 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 redressement"⁷⁰ ; 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 diplomatique"⁷¹.

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 internes"⁷².

Parmi ces trois hypothèses, les deux premières touchent à l'inégalité de statut — apparemment irréductible une fois étendue aux relations économiques la prédominance 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 hypothèques, 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 — en particulier des traités — par lesquels les États signataires s’imposeraient une régulation des contrats d’État dérogeant à la logique du droit international public et se rapprochant d’une logique de *rule of law*. C’est effectivement la voie qui semble se dessiner dans le mouvement que nous analysons maintenant.

III. — VERS UNE REGULATION PARA-CONSTITUTIONNELLE DES INVESTISSEMENTS TRANSNATIONAUX ET DES CONTRATS D’ÉTAT

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 : il s’accompagne en fait d’une nouvelle et profonde transformation du régime des investissements. L’objectif de cette section est de montrer que l’évolution en cours, notamment dans ses développements les plus récents, tend à transposer au plan international une régulation informée par les principes du constitutionalisme libéral, propice au développement du marché mondial de l’accès aux ressources. On le montre à propos des deux principales hypothèques identifiées précédemment : le dépassement de l’inégalité de statut, en droit international, des parties aux contrats d’État par le développement de l’arbitrage direct devant un organe international ; le retour d’un haut degré de protection de l’investissement associé à l’internationalisation d’un “droit des contrats” à fondement constitutionnel.

1. Règlement des différends : la soumission des États à des procédures d’arbitrage direct garanties par le droit international

Comme nous l’avons souligné plus haut, l’impossibilité pour la compagnie de contester les agissements de l’État propriétaire des ressources, ou de l’entité agissant

en son nom, si ce n'est devant les tribunaux internes relevant de cet État est problématique du point de vue de la protection des droits de l'investisseur. Quant à la "prise en charge" diplomatique de sa cause dans le cadre du contentieux interétatique traditionnel, elle pose des problèmes politiques considérables⁷³. C'est pour échapper à cette difficulté qu'a été créée, sous les auspices de la Banque mondiale, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI/ICSID), institué par la convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (18 mars 1965). Le CIRDI est une institution relativement ancienne qui, restée longtemps en relatif sommeil⁷⁴, est en passe d'acquiescer une place centrale dans le régime des investissements transnationaux. Sa fonction est de fournir un cadre juridique, des procédures et des infrastructures au service de la conciliation et de l'arbitrage direct entre États et personnes privées ressortissantes d'autres États.

La convention de Washington et le CIRDI

Toute personne physique ou morale ressortissante d'un État partie à la convention, ayant contracté avec un autre État signataire⁷⁵, peut soumettre directement tout différend avec ledit État (ou avec une agence ou subdivision désignée au CIRDI par l'État) à l'arbitrage international, à la condition que les deux parties (État et compagnie) aient donné leur accord écrit pour soumettre au Centre les différends relatifs au contrat⁷⁶. Ainsi, l'arbitrage dans le cadre du 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 règlement⁷⁷." Aux termes de l'article 27, les États signataires renoncent à exercer la protection diplomatique au profit de leurs nationaux engagés dans un différend avec un autre État signataire soumis au Centre, sauf en cas de non respect par l'État d'une sentence arbitrale : le règlement du différend est soustrait aux contraintes du jeu interétatique.

Quant au droit applicable, la convention prévoit que le tribunal arbitral doit décider conformément aux règles de droit sur lesquelles se sont entendues les parties et, à défaut, appliquer le droit de l'État partie au différend *et* toute règle de droit international applicable (article 42).

La principale raison du fort développement de l'arbitrage dans le cadre du CIRDI tient sans doute aux garanties attachées à la reconnaissance internationale et à l'application des sentences. L'arbitrage entre États et compagnies est une pratique

ancienne prévue par de nombreux contrats d'État, y compris les contrats pétroliers ; le cadre le plus souvent mentionné dans les contrats est celui de la Chambre de commerce internationale de Paris. Mais il s'agit alors d'un cas particulier — du fait que l'une des parties est un État — de l'arbitrage commercial international privé ; les tribunaux formés dans ce cadre 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-même"⁷⁸. Concrètement, l'arbitrage direct effectué dans le cadre du CIRDI est le seul à présenter des garanties solides de reconnaissance internationale de la sentence, donc de son application effective et rapide. La convention de New York de 1958 qui régit l'arbitrage commercial et compte 120 parties, stipule que les parties doivent reconnaître les sentences arbitrales et les appliquer comme des jugements rendus par un tribunal national, sous réserve qu'elle ne soit pas contraire à une "politique publique"; dans le cas des contrats d'État, cette clause a fourni, ainsi que l'invocation de l'immunité souveraine, matière à refus de reconnaître et d'appliquer de nombreuses sentences arbitrales : c'est certainement la raison de l'engouement tardif mais grandissant pour l'arbitrage dans le cadre du CIRDI⁷⁹.

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 suffit à une partie à un différend (notamment un investisseur) qui chercherait à faire reconnaître ou appliquer la sentence sur le territoire d'un quelconque État signataire, de fournir à une juridiction désignée par celui-ci une copie certifiée de la sentence (art. 54-2). Un État signataire qui, invoquant par exemple l'immunité souveraine, dérogerait à ces obligations se mettrait en infraction évidente au regard du droit international, encourageant un recours devant la Cour internationale de justice de la part de l'État dont l'investisseur lésé est ressortissant (art ; 64), donc des sanctions internationales. Ce qui était un cas limite et très particulier dans le cadre de l'arbitrage commercial régi par la convention de New York est l'unique objet de la convention de Washington : même si cette dernière laisse aux législations nationales la question de l'immunité (art. 55), il est impossible à un État signataire, sauf à renier

un engagement international explicite, d'entraver l'application d'une sentence arbitrale rendue dans le cadre du CIRDI.

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 pétrolières⁸⁰. 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 international. Remarquons que cette avancée dans le sens de la "constitutionnalisation" 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, *et* sur l'acceptation contractuelle ou législative du recours au CIRDI.

L'arbitrage direct dans les traités bilatéraux sur les investissements

Dans les 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 des contrats d'État⁸¹. Il s'agit d'un mouvement de grande ampleur, qui concerne un grand nombre de pays industrialisés et en développement ; toutefois, l'impulsion est venue du programme de TBI lancé par l'administration Reagan au début des années quatre-vingt — ayant conduit à la signature de 37 traités, dont 27 au cours de la dernière décennie — relayé entre autres par la nouvelle génération de TBI britanniques — 47 traités depuis 1990⁸². Ces deux pays représentant une part très significative des exportations de "capitaux pétroliers" et ayant signé des traités bilatéraux avec un nombre important de pays propriétaires de ressources, ce mouvement est d'une grande importance pour l'évolution du régime des investissements pétroliers.

Avec les TBI modernes, on franchit un pas supplémentaire dans le sens de la "constitutionnalisation" en ce qui concerne le recours à l'arbitrage direct dans les contrats d'État. Le recours à l'arbitrage pour le règlement des différends entre État "hôte" et compagnie est en effet prévu par tous les TBI modernes ; or la signature du traité vaut, pour chaque État signataire, consentement écrit au recours à l'arbitrage direct : en conséquence, *même s'il n'y a pas de clause d'arbitrage dans le contrat*, l'investisseur peut emmener l'État devant un tribunal arbitral⁸³. De fait, ces

traités bilatéraux confèrent à l'investisseur le pouvoir de décider *unilatéralement* l'engagement d'une procédure en arbitrage — tout comme une constitution libérale octroi à l'individu le pouvoir de faire respecter ses droits contre les empiètements de la puissance publique. Dans les termes d'un éminent spécialiste, il s'agit là d'une "innovation substantielle par rapport au droit international classique"⁸⁴.

En outre, les TBI modernes rendent l'arbitrage direct plus ou moins exclusif de toute autre voie de résolution, limitant voire abolissant — c'est le cas du modèle américain — l'obligation traditionnelle d'épuisement des voies de recours nationales comme préalable au recours à l'arbitrage international⁸⁵.

L'arbitrage dans le cadre du CIRDI est toujours mentionné dans les TBI récents — quand l'un ou l'autre des États n'est pas partie à la Convention, le recours au "mécanisme supplémentaire" permet d'envisager le recours au Centre — comme voie exclusive ou le plus souvent comme possibilité parmi d'autres⁸⁶. Dans tous les cas, les traités stipulent que les parties se considèrent tenues par les sentences arbitrales⁸⁷ : tout comme la Convention CIRDI, ils renforcent la garantie des investisseurs en ce qui concerne la reconnaissance et l'application de la sentence.

Les traités multilatéraux sur les investissements et l'arbitrage direct

L'élément le plus novateur du mouvement de restructuration du régime des investissements transnationaux et des contrats d'État est peut-être l'apparition ou la relance, au cours des dix dernières années, d'efforts en vue de la signature de traités multilatéraux sur les investissements. Certes, les négociations conduites à l'OCDE en vue d'un accord multilatéral sur les investissements ont échoué ; mais deux traités au moins doivent ici être mentionnés, l'un régional, l'autre sectoriel : l'ALENA, dont le chapitre XI traite des investissements, et surtout le Traité sur la charte européenne de l'énergie (TCE) de 1994, spécifiquement dédié aux investissements énergétiques et donc d'une importance particulière pour le régime des contrats pétroliers⁸⁸.

En ce qui concerne le recours à l'arbitrage direct firme-Etat, le chapitre XI de l'ALENA reprend les dispositions des traités bilatéraux américains⁸⁹. Les TBI modernes, en particulier les modèles britanniques et américains, ont également fortement inspiré l'article 26 du TCE — comme d'ailleurs l'ensemble du Traité⁹⁰ — relatif au règlement des différends entre États signataires et investisseurs. Le point central, dans les traités bilatéraux comme dans le Traité sur la charte, 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 : la signature du Traité vaut accord écrit de l'État pour la soumission à l'arbitrage de *tous* les différends relatifs aux investissements couverts par le Traité⁹¹.

La définition implicite du différend pouvant être soumis à l'arbitrage dans le TCE est plus large que celle qui figure, plus explicitement, dans les TBI américains ; en conséquence, le TCE a une portée constitutionnelle supérieure, puisqu'un investisseur peut, le cas échéant, contester devant un tribunal arbitral des évolutions législatives ou des décisions de justice qui restent "inaccessibles" aux termes d'un TBI américain⁹².

Quant au droit applicable, l'article 26 (6) du TCE prévoit que le tribunal arbitral devra trancher sur la base du Traité et des "règles et principes du droit international applicables" — une formulation identique à celle de l'article 1131 (1) de l'ALENA⁹³.

Conclusion

Même si elle s'incarne dans un ensemble d'instruments divers et nombreux, l'évolution récente du régime des contrats d'État en ce qui concerne le règlement des différends et le droit applicable est très homogène : elle va clairement dans le sens d'une régulation plus conforme aux principes du constitutionalisme libéral. Deux idées l'animent : d'une part ouvrir à l'investisseur la possibilité d'en appeler directement au droit, devant un organe international qui présente de solides garanties d'indépendance et d'effectivité de son jugement — ce qui revient à annuler de fait l'inégalité de statut entre États et personnes privées, qui pesait lourdement sur la régulation des contrats d'États⁹⁴ ; d'autre part affirmer que les lois de l'État contractant ne peuvent réguler seules la relation contractuelle que si les parties en ont décidé ainsi ou si ces lois sont compatibles avec les principes et règles pertinents du droit international.

2. Normes d'établissement, de traitement et de protection de l'investissement : vers l'internationalisation du *rule of law*

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 (...).⁹⁵

Scepticisme motivé à juste titre par la logique du droit international public, ensemble de règles encadrant la capacité d'action *a priori* illimitée des États souverains. Un droit des contrats régule, quant à lui, les engagements entre personnes *également soumises à un ordre juridique*, selon les principes de cet ordre. C'est peut-être néanmoins sur cette voie que nous introduisent les récents traités bilatéraux et multilatéraux sur les investissements, qui tendraient ainsi à internationaliser la logique du *rule of law* propre aux ordres juridiques fondés sur les principes du constitutionalisme libéral.

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 en provenance des États signataires. Ces normes de traitement consistent, pour l'essentiel, en une explicitation, une précision et parfois une codification des principes contenus dans le droit international coutumier, introduisant plus de prédictibilité dans l'appréhension juridique des situations ; elles peuvent aussi contenir des dispositions spécifiques aux traités, renforçant les devoirs de l'État à l'égard des investisseurs⁹⁶.

Les TBI récents comme les IMI sont, dans une large mesure, des instruments de réduction du "risque politique". Ils réaffirment que les parties 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"⁹⁷. 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. C'est une compréhension restrictive de ce droit qui est retenue par tous ces traités, puisque la doctrine Hull y est reprise intégralement (raison d'intérêt public ; non discrimination ; versement d'une compensation rapide, adéquate et effective)⁹⁸ ; s'y ajoute l'exigence du respect du *due process of law*. 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.

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. Dans certains cas, une mesure fiscale 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'expropriation."⁹⁹ La définition des investissements dans les traités envisagés ici est généralement très large. 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"¹⁰⁰. En cela, l'évolution du régime des investissements s'inscrit dans un mouvement global : la jurisprudence constitutionnelle américaine, comme celle basée sur la Convention européenne des droits de l'homme, interprètent de plus en plus largement le droit de propriété. La conséquence de ce mouvement est d'étendre l'encadrement de l'action de l'État aux prérogatives de réglementation : sans porter atteinte à la propriété formelle d'un investisseur, l'État peut ruiner, par l'introduction ou la modification d'une réglementation (sur le travail, l'environnement, etc.), les espérances légitimes de gains qui y étaient originellement attachées — action qui peut être reconnue comme équivalant à une expropriation, sujette à indemnisation¹⁰¹. Il s'agit là d'une inflexion majeure dans la définition de la responsabilité internationale de l'État : 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 logique du *rule of law* l'emporte sur celle du droit international public.

Le Traité sur la charte de l'énergie prévoit que les États parties s'engagent à respecter tout engagement pris à l'égard des investisseurs d'autres parties¹⁰². Cette

disposition semble constituer une prise de position dans le débat juridique ouvert par les bouleversements des décennies soixante et soixante-dix (cf. section II, *supra*) : dans la régulation d'un contrat d'État, la loi des parties l'emporte sur les droits attachés à la souveraineté permanente de l'État¹⁰³. Il s'agirait donc d'une sorte de "méta-clause de stabilisation" qui, si elle ne résout pas les ambiguïtés du droit international, augmente la sécurité des engagements pris par un État y ayant souscrit. 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.

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'exportation¹⁰⁴ ; ou encore la garantie pour l'investisseur d'une totale liberté de transferts de capitaux avec l'étranger. Un point important dans le cadre du régime 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 réglementaires¹⁰⁵.

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 international des investissements, est celle qui prévoit 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. Ces clauses dites du "traitement national" et de la "nation la plus favorisée" (TN-NPF) sont présentes dans les TIB, l'ECT, l'ALENA, entre autres¹⁰⁶.

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 n'est pas lié à une convergence d'intérêts entre deux États, mais à la souscription de chaque État signataire à une norme incarnant le respect du droit de propriété et des contrats comme option politique fondamentale¹⁰⁷ : le *rule of law* n'est pas autre chose que cette option.

Vers un encadrement de la souveraineté ex ante : la codification des conditions d'octroi des autorisations d'investissement

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 national¹⁰⁸. Si le nouveau régime des investissements tend à encadrer strictement la souveraineté “en aval” de l'investissement — ce qui précède l'a bien montré —, 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. L'internationalisation de celle-ci exigerait le *libre accès* des investisseurs étrangers au territoire national : certaines dispositions incluses dans les traités ouvrent des possibilités d'évolution dans ce sens.

Les traités bilatéraux américains les plus récents étendent le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée à l'admission des investissements¹⁰⁹. Dans le cas de l'accès aux ressources pétrolières, cela signifie que l'État signataire qui met des droits sur le marché, doit les attribuer selon une procédure qui traite de manière identique les compagnies nationales et les firmes américaines.

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 venir¹¹⁰. Mais le Traité invite 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”¹¹¹. Les parties sont également invitées à s'engager de manière unilatérale sur la voie du traitement national ou NPF, sur tout ou partie des domaines couverts par le Traité — engagement qui serait alors consacré par le Traité¹¹². Même si ces dispositions relèvent du “*soft-law*”¹¹³, 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 pétroliers indifférentes à la nationalité des concurrents¹¹⁴.

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 quant au degré d'ouverture de son sous-sol et au choix des surfaces à mettre sur le

marché : l'ECT comme la directive européenne sur l'octroi des permis réaffirment explicitement ce droit souverain¹¹⁵.

Conclusion : le droit international et la construction du marché

Les différents instruments conventionnels relatifs aux investissements, mais aussi la jurisprudence qu'ils suscitent, font émerger un corps de règles indépendant des ordres internes, base d'une régulation transnationale des contrats d'État. Ce "droit international des contrats" en formation tend à généraliser une logique juridique qui n'est pas celle du droit international, mais celle d'un droit économique inspiré par le *rule of law*. Les deux rôles de l'État, propriétaire contractant d'une part et "réglementeur" d'autre part, y sont clairement distingués. Dans l'exercice du premier, le statut juridique de l'État ne diffère plus radicalement de celui de la compagnie ; quant à l'exercice du second, il est encadré par des normes consacrant les droits économiques des investisseurs. En dehors de quelques situations de plus en plus précisément définies, c'est le droit des personnes à contracter et à disposer librement de leur propriété qui prime sur le droit des États à contrôler souverainement leur espace économique national. L'"horizon régulateur" du nouveau régime des investissements est bien le constitutionalisme libéral.

On peut penser qu'il ne s'agit que d'un déplacement du "lieu" d'exercice de la souveraineté. L'engagement par lequel l'État se lie les mains peut être vu comme une expression de sa souveraineté, tout comme une assemblée constituante fixe souverainement les bornes de sa propre souveraineté¹¹⁶. La logique du droit international serait donc sauve, quand bien même serait-elle mise au service d'un ordre juridique dont les principes lui sont largement étrangers.

Il importe moins ici de trancher ce problème formel que de souligner le sens de l'évolution observée. Le droit international économique ne vise plus à *organiser l'interpénétration* d'économies nationales auxquelles est reconnu, a priori, un droit à l'autonomie, mais à *construire un espace marchand intégré*¹¹⁷. Les instruments juridiques multilatéraux ne confèrent pas aux États les moyens d'une maîtrise collective des destins économiques ; ils organisent au contraire le *lâcher prise* du pouvoir politique à l'égard des dynamiques économiques, conformément à l'idéal du constitutionalisme libéral. Il convient donc de bien noter le glissement *normatif* dont témoignent les analyses qui précèdent : on passe de la reconnaissance et de la codification du droit de contraindre les personnes au nom d'une collectivité politique

autonome, à la sanctification du droit individuel de contracter et de disposer de sa propriété au-delà des frontières nationales.

Le nouveau régime juridique des investissements transnationaux et des contrats d'État consacre la propriété privée et les engagements contractuels ; il permet à l'investisseur de faire valoir ses droits contre l'État directement auprès d'organes internationaux ; lesquels disposent d'une ébauche de droit des contrats (appelé à se renforcer avec la jurisprudence) pour qualifier juridiquement les situations. Sous un tel régime, l'État propriétaire de ressources est en position d'engagement crédible face à l'investisseur.

IV. — PORTEE GENERALE ET ENJEUX POUR LE SYSTEME PETROLIER INTERNATIONAL

Cette section présente rapidement deux orientations pour la poursuite de cette recherche. On relativise tout d'abord les aspects étudiés jusqu'ici en évoquant les autres facteurs de crédibilité des États "hôtes" et de stabilité contractuelle. On pose ensuite la question des effets concrets de la restructuration du régime juridique des contrats pétroliers sur le fonctionnement du marché.

1. L'émergence d'un régime international para-constitutionnel n'est pas le seul facteur de crédibilité et de stabilité contractuelle

*Crédibilité et stabilité en l'absence d'environnement institutionnel favorable :
dispositions contractuelles et rôle de la réputation*

Le mouvement d'affirmation de la souveraineté sur les ressources naturelles n'a pas fait disparaître le marché de l'accès aux ressources. Toutefois, celui-ci s'est fortement concentré, à partir du début des années soixante-dix, sur les pays présentant un degré élevé de garantie constitutionnelle des droits des investisseurs (essentiellement, les pays de l'OCDE). A partir du milieu des années quatre-vingt et surtout après 1990, le marché est redevenu très dynamique, y compris dans les pays où le climat d'investissement s'était fortement dégradé au cours des années soixante-

dix. Le mouvement de “constitutionnalisation” que nous avons étudié n’y est certainement pas étranger. Toutefois, l’environnement institutionnel n’est pas le seul facteur déterminant la crédibilité des États contractants et la stabilité des engagements : lorsqu’il fait défaut, il est possible d’introduire dans le contrat même des dispositifs de stabilisation.

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 revenus¹¹⁸. 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.

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 défection¹¹⁹. 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’investisseur¹²⁰.

Enfin, et quoi qu’il en soit du droit international, on peut penser que la recherche et la préservation, par les États propriétaires, de leur *réputation*, constituent 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 opportunistes¹²¹.

Changements unilatéraux des législations pétrolières et progrès institutionnels

D’autre part, la production de normes et de règles internationales d’encadrement de la souveraineté n’est pas la seule voie par laquelle s’opère la

transformation de l'environnement institutionnel du marché de l'accès au sous-sol pétrolifère. Il ne faut pas négliger le rôle décisif dans ce processus des changements unilatéraux de constitutions nationales et de législations pétrolières, destinées à ouvrir ou rouvrir le sous-sol national aux investisseurs étrangers, et à leur offrir un degré suffisant de sécurité contractuelle¹²². D'autre part, depuis les années soixante-dix, de nombreux pays en développement ont connu des progrès institutionnels importants, en particulier au plan du système juridique, qui rendent les juridictions nationales plus crédibles et plus sûres pour trancher les différends entre l'État et les investisseurs étrangers.

Ce double mouvement est d'ailleurs complémentaire des développements proprement internationaux étudiés plus haut. Comme le souligne Th. Wälde, la signature par un État d'un traité bilatéral sur les investissements avec un grand pays industrialisé, ou son adhésion à un accord multilatéral, n'est pas suffisante en soi pour modifier significativement le niveau du risque politique perçu par les investisseurs potentiels¹²³ ; en revanche, un État ayant engagé au plan interne, de manière unilatérale, une modification constitutionnelle et législative destinée à attirer les capitaux étrangers souhaitera consolider cette évolution, la rendre plus irréversible et aussi plus visible en adhérant à des instruments internationaux de promotion et de protection des investissements.

2. Nouveau régime juridique international et structures du marché pétrolier

Les implications du mouvement étudié dans ce rapport sur le fonctionnement concret du système pétrolier international sont difficiles à appréhender. On signalera ici les points qui nous semblent devoir être étudiés de manière approfondie pour pouvoir répondre à cette question.

Tout d'abord, il faut noter que la *régulation juridique* et les *conditions économiques* des concessions sont deux choses distinctes : un très haut degré de sanctification des contrats n'implique pas nécessairement l'octroi de conditions économiques favorables et une diminution des revenus unitaires perçus par l'État concédant¹²⁴. Quel que soit le degré d'extension du nouveau régime juridique international, les provinces les plus "prospectives" géologiquement devraient conserver des termes fiscaux relativement durs ; on peut même penser que l'obtention d'une sécurité contractuelle et institutionnelle plus grande se fera, dans les zones les plus prometteuses, au prix de conditions économiques globalement plus

sévères. A priori, nous ne partageons pas l'analyse qui consiste à amalgamer, sous le terme de "libéralisation", réforme de l'environnement institutionnel et assouplissement des termes économiques des contrats¹²⁵. L'extension de la concurrence entre provinces et entre États, favorisée par l'imposition progressive d'un régime juridique libéral, devrait plutôt — c'est notre hypothèse — conduire à une très grande diversification des conditions fiscales, de plus en plus finement indexées sur la profitabilité espérée ou effective des projets.

Par ailleurs, rien dans les traités actuels ne va dans le sens d'une privatisation des droits sur les ressources en terre ; une telle évolution retirerait beaucoup plus complètement aux États le contrôle sur l'insertion des ressources nationales dans l'économie mondiale, donc la dynamique du marché. Rien non plus ne limite la souveraineté de l'État propriétaire des ressources quant au volume et à la nature des droits (nombre, surface et localisation des "blocs") qu'il entend mettre sur le marché¹²⁶.

Cependant, la redéfinition du régime juridique des contrats d'État pourrait avoir des conséquences réelles sur les conditions de formation de l'offre pétrolière mondiale. On peut relever trois points en particulier :

- Une généralisation de la non-discrimination et du traitement national lors de l'octroi des permis pourrait remettre en cause la possibilité pour un État de réserver tout ou partie de l'accès à son domaine minier à une compagnie nationale, instrument d'une politique d'administration de la production ;
- Dans le même sens, la conception de plus en plus étendue de la "propriété" et de "l'investissement" dans les traités pourrait rendre illégales les clauses par lesquelles l'État se réserve le droit de contraindre le niveau de production du concessionnaire, dans le cadre de l'administration de la production nationale. Toutefois, cette restriction juridique ne serait pertinente que si les compagnies internationales jugeaient qu'elles ont intérêt à voir disparaître ses clauses, ce qui n'est pas du tout évident ;
- Enfin — mais c'est là davantage un problème de droit commercial, aux frontières de notre sujet — c'est peut-être la possibilité même du cartel pétrolier international qui pourrait être remise en question. Les accords internationaux sont certes consacrés par le droit international, depuis la charte de la Havane, comme une modalité à part entière de "régulation" des marchés de produits de base¹²⁷ ; mais on voit mal comment le système OPEP pourrait perdurer dans un ordre économique

marqué par l'extension du *rule of law*, le retrait de l'État au profit de juridictions et de réglementations transnationales, et la substitution des préoccupations de concurrence, de transparence et de droit de propriété aux anciennes préoccupations de contrôle national et d'administration internationale des flux.

Aussi, la “constitutionnalisation” du régime international des investissements pétroliers est-elle porteuse d'une possibilité de fragilisation du système par lequel, depuis le début des années soixante-dix, les ressources les moins coûteuses sont systématiquement retirées de l'offre mondiale ; porteuse donc, en termes économiques, d'un “aplatissement” de la courbe d'offre. Toutefois, l'actualisation de cette possibilité est conditionnée à l'extension du nouveau régime à tous les grands pays pétroliers, et en particuliers aux pays membre de l'OPEP. Une telle évolution est-elle possible ? L'insertion directe et rapide via la signature de traités bilatéraux avec les États-Unis, la Grande Bretagne et les autres exportateurs importants de “capitaux pétroliers”, a fortiori via l'accession de ces pays aux instruments multilatéraux existants, semble très peu probable¹²⁸.

A plus long terme, l'évolution semble plus ouverte. La concurrence pour les capitaux privés en exploration et production devrait jouer en faveur de l'extension du régime ; si les États offrant un très haut degré de protection de l'investissement et une régulation inspirée du *rule of law* attirent significativement plus d'investissements que les autres, les pays encore réticents seront incités à aligner leurs conditions non seulement économiques, mais juridiques et institutionnelles. Le facteur décisif sera sans doute la capacité des pays les plus richement dotés géologiquement de financer leurs plans d'extension de capacités de production : un retour massif des investisseurs privés internationaux s'accompagnerait certainement, d'une manière ou d'une autre, d'une insertion plus ou moins complète dans le régime juridique libéral dont nous avons présenté la genèse, les contours et les principaux vecteurs de diffusion existants.

NOTES

1. Voir par exemple R. Coase, *The Firm, the Market and the Law* (1988).
2. Comme le souligne R. Coase à la fin de son célèbre article de 1960, un facteur de production n'est pas tant une "entité physique que l'entrepreneur acquiert et utilise [qu'un] droit d'exercer certaines activités concrètes." Voir R. COASE, *Le problème du coût social* (1960), p. 132-133 (trad. M. Bloch). Notre problème particulier illustre parfaitement l'affirmation de R. Coase : les contrats pétroliers portent toujours sur des *droits* à exercer certaines activités, *précisément définies* en qualité et dans le temps.
3. Toutefois, le capital incorporé dans le progrès technologique (qu'il s'applique aux techniques d'exploration et production ou aux procédés de raffinage) est un substitut, *relatif mais réel*, à l'accès aux terres pétrolifères. Voir J. BOURDIEU, *Anticipations et ressources finies* (1996), p. 62.
4. Voir Th. WÄLDE, *A Requiem for the New International Economic Order* (1995), *passim*.
5. Voir R.-J. DUPUY, *Le droit international* (1963), p. 15-20 ; D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique* (1998), p. 9-11.
6. Pour une élaboration minutieuse de ce point, voir J. RUEFF, *L'ordre social* (1945) ; également H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights* (1967) p. 348-349.
7. Ce n'est pas le cas pour le sous-sol du continent antarctique ou celui des hauts fonds marins ; ni pour certaines zones sous souveraineté nationale, soustraites aux activités minières en vertu de la réglementation, comme la réserve arctique d'Alaska — pour prendre un exemple américain contesté par les milieux pétroliers.
8. 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.
9. Aux Pays Bas, le propriétaire de la terre est propriétaire des ressources en place, mais l'Etat a le monopole de l'octroi des droits d'explorer, de forer et de disposer ; en Allemagne, les ressources en terre n'appartiennent à personne, mais l'Etat dispose d'un monopole sur l'octroi des concessions, auxquelles sont attachées des droits exclusifs. Voir B. TAVERNE, *An Introduction to the Regulation of the Petroleum Industry* (1994), p. 11-12.
10. Terme désignant le titre de propriété sur les droits pétroliers aux Etats-Unis. Le détenteur des droits acquis auprès du propriétaire de la surface étant libre de les céder à nouveau 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>.
11. DEMSETZ, p. 347.
12. C'est la thèse centrale de 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.
13. Trois tâches qui composent ce que J. Locke appelait la fonction de *conservation de la propriété*, "la plus grande et la principale que se proposent les hommes, lorsqu'ils s'unissent en communauté et se soumettent à un gouvernement". J. LOCKE, [*Second*] *Traité du gouvernement civil* (1690), chap. IX, § 124-126 (trad. D. Mazel).

14. Voir M. WEBER, *Economie et Société* (1922) t. 2, chap. 1, *passim*.
15. Parmi une littérature abondante, voir C. SUNSTEIN, *On Property and Constitutionalism* (1991) ; J. ELSTER, *The Impact of Constitutions on Economic Performance* (1995).
16. Certains suggèrent qu'il devrait l'être : voir par exemple SUNSTEIN, p. 7. On constate cependant que, y compris dans les pays de longue tradition libérale, "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.
17. Dans le domaine qui nous intéresse, il existe aux Etats-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).
18. L'œuvre d'un Friedrich Hayek est largement consacrée à établir ce point : l'ordre de marché, et plus généralement l'ordre spontané qui préside à la cohésion des sociétés libres, repose sur un strict encadrement des prérogatives de la puissance publique — il est un ordre à fondement constitutionnel ; voir par exemple F. HAYEK, *The Principles of a Liberal Social Order* (1966).
19. Voir F. HAYEK, *The Political Ideal of the Rule of Law* (1955), p. 29-33 ; également R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (1974).
20. 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).
21. 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".
22. Mais pas nécessairement la compagnie pétrolière dans son ensemble, qui doit compenser ses (nombreux) échecs par des profits importants sur les opérations couronnées de succès.
23. Voir ELSTER, p. 216 : "a legal system that underwrites contracts makes promises credible." Egalement SUNSTEIN, p. 7, qui évoque la "sécurisation des anticipations" (*protection of expectations*), procurée par l'ordre constitutionnel, comme facteur favorisant les investissements. Et encore LEPAGE, 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.
24. Sur la régulation juridique des rapports entre l'Etat et les personnes privées aux Etats-Unis, au plan général et dans une optique comparatiste avec le droit administratif français, voir L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat* (1985), chap. IV.
25. D. ALLAND, *L'ordre juridique international* (2000), p. 22.
26. *Ibid.*

27. 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.
28. 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.
29. ALLAND, *L'ordre...*, p. 22.
30. L'expression "*state contract*" (contrat d'Etat) s'applique aux contrats passés entre un Etat et une personne privée ressortissante d'un autre Etat ; le terme est apparu pour qualifier les contrats d'investissement dans l'exploration et la production de ressources naturelles, notamment les contrats pétroliers.
31. Voir M. BETTATI, *Le nouvel ordre économique international* (1983), Chap. 1, p. 16 suiv.
32. *Ibid.*, Introduction.
33. Pour une bonne 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).
34. BETTATI, p. 17.
35. Voir N. SCHRIJVER, *Sovereignty Over Natural Resources* (1997), p. 175 suiv.
36. Du nom du Secrétaire d'Etat américain lors de l'affaire qui suivit la nationalisation du pétrole mexicain en 1938.
37. 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 Etats américain et britannique, elles furent finalement acceptées ces derniers moyennant compensations aux compagnies expropriées. Comme le note B. Mommer, "From then on and until the 1970s Mexican oil was a world apart" ; voir B. MOMMER, *The Governance of International Oil* (2000), p. 8.
38. Sur "l'enrichissement" de la souveraineté juridique 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.
39. Dans le cas du pétrole, l'émergence d'une contestation radicale du régime juridique des contrats d'Etat 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'Etat 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'Etat : toutes avaient été introduites au cours des décennies cinquante et soixante, transformant radicalement 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 "Etats hôtes" avaient obtenu, en usant de leur position de négociation très favorable une fois les "*sunk investments*" effectués, et sans en passer par le contentieux, un "rééquilibrage" très significatif de leurs relations avec les compagnies. Voir H. CATTAN, *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 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.

40. ASS. GALE 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.”

41. *Ibid.*

42. *Ibid.*

43. 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.

44. Si ce n’est une formule du préambule qui prête à confusion, parlant de “droit *inaliénable* qu’a tout Etat de disposer librement de ses richesses et de ses ressources naturelles, conformément à ses intérêts nationaux” (souligné par nous). Précisément, la possibilité de contracter avec un Etat (comme avec une personne privée) repose sur l’aliénabilité de ses droits de disposition sur sa propriété — et la sanctification juridique de leur aliénation contractuelle.

45. Ass. Gale des Nations Unies, Résol. 1803 (xvii), I, 3.

46. *Ibid.*, I, 4.

47. *Ibid.*

48. *Ibid.*

49. J. COMBACAU, *La crise de l’énergie au regard du droit international* (1976), p. 21.

50. Ce qui explique certainement que seuls deux Etats aient voté contre, 12 s’abstenant.

51. “Nous considérons les accords signé entre des compagnies et des Etats souverains comme de simples contrats, régis et protégés par les lois nationales de ces Etats 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 Etats, 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’Etat 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 Etats doivent être respectés, sans souligner en même temps le droit imprescriptible des Etats souverains”.

52. OPEP, résolution XVI.90, 1968, citée par MOMMER, *The Governance...*, p. 13 ; voir également I. SKEET, *Opec* (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*.

53. *Ibid.*

54. Sur la doctrine Calvo, voir SCHRIJVER, p. 177-178.

55. *Ibid.*, p. 197-198.

56. ASS. GALE DES NATIONS UNIES, Résol. 3171 (xxviii), 3.

57. ASS. GALE DES NATIONS UNIES, Résol. 3201 (s-vi), 4, e, g.

58. ASS. GALE DES NATIONS UNIES, Résol. 3281 (XXIX), Chap. II, Art. 2, 1.

59. *Ibid.*, Chap. II, Art. 2, 2, *a-c*.
60. Parmi les manuels que nous avons consultés, celui de J. Combacau et S. Sur est le seul à affirmer clairement que les énoncés des résolutions 1803 et 3281 “sont incompatibles”, la seconde “[répudiant] l’essentiel des règles traditionnelles”. Voir J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public* (1999), p. 375.
61. 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 pouvoir nouveaux.” Voir 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 Etats, 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 des devoirs économiques des Etats, repr. in B. STERN, *Un nouvel ordre...*, doc. 3bis, p. 68.
62. Dans les termes de J. Combacau et S. Sur, sont alors confondues dans le même chef “les qualités de contractant et de maître de l’ordre juridique qui régit le contrat” ; voir COMBACAU et SUR, p. 313.
63. A 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 CARREAU et JUILLARD, *Dr. int. écon.*, p. 536.
64. Voir CARREAU et JUILLARD, p. 419 suiv. ; COMBACAU et SUR, p. 376-377 ; NGUYEN QUOC DINH *et al.*, p. 666.
65. Le fait que la doctrine dénie *a priori* tout caractère d’accord international aux contrats d’Etat — contre la position défendue au cours des décennies soixante et soixante-dix par certains juristes occidentaux, notamment américains — témoigne de l’efficacité du combat pour l’affirmation du principe de souveraineté en matière économique. Voir G. ABI-SAAB, *The International law of multinational corporations* (1971), *passim*.
66. Voir COMBACAU et SUR, p. 377.
67. *Ibid.*, p. 313. Le fait que la doctrine dénie *a priori* tout caractère d’accord international aux contrats d’Etat — contre la position défendue au cours des décennies soixante et soixante-dix par certains juristes occidentaux, notamment américains — témoigne de l’efficacité du combat pour l’affirmation du principe de souveraineté en matière économique. Voir G. ABI-SAAB, *The International law of multinational corporations* (1971), *passim*.
68. 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 — révélateurs de l’effondrement des bases de l’ordre ancien. Egalement G. SACERDOTI, *The Sources and Evolution of International Legal Protection for Infrastructure Investment Confronting Political and Regulatory Risk* (1999), p. 5.
69. COMBACAU et SUR, p. 313, 317 et suiv.

70. *Ibid.*, p. 319.
71. *Ibid.*
72. *Ibid.*, p. 314.
73. Voir Th. WÄLDE, *Treaties and Regulatory Risk in Infrastructure Investment* (2000), p. 14-15. L'Etat 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 globaux ; pour l'exemple de la politique des Etats-Unis à l'égard des expropriations subies par les multinationales américaines, voir K. RODMAN, *Sanctity versus Sovereignty* (1988), not. p. 321-340.
74. 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 <www.worldbank.org/icsid/cases/>.
75. Aux termes du document dit "additional facility" annexé à la convention, le Centre peut prendre en charge des cas où soit l'Etat contractant, soit l'Etat dont la firme est ressortissante n'est pas partie à la convention.
76. Convention de Washington, art. 25. Voir <www.worldbank.org/icsid/basicdoc/9.htm> (texte anglais seulement). L'accord écrit de l'Etat peut être stipulé dans le contrat, mais aussi dans une loi nationale sur l'investissement ou dans un traité bilatéral ou multilatéral auquel l'Etat est partie (sur ces traités, cf. *infra*).
77. COMBACAU et SUR, p. 603.
78. *Ibid.*, p ; 604.
79. 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 SACERDOTI, *Sources and Evolution*, p. 24. En matière pétrolière, cette difficulté à faire appliquer une sentence arbitrale contre un Etat invoquant son immunité souveraine est illustrée par l'affaire Liamco : trois ans après avoir obtenu un jugement favorable contre l'Etat libyen, la compagnie n'avait toujours pas réussi à le faire appliquer ; voir BLINN *et al.*, *International Petroleum*, p. 319-320.
80. BLINN *et al.*, p. 320.
81. Sur l'ensemble de la question, voir par exemple M. STEVENS et R. DOLZER, *Bilateral Investment Treaties* (1995) ; G. SACERDOTI, *Bilateral and Multilateral Instruments on Investment Protection* (1997) ; et la bibliographie exhaustive régulièrement mise à jour par le Secrétariat du CIRDI : <www.worldbank/icsid/pubs/treatbibl/main.htm>.
82. Pour une liste de tous les TIB en vigueur, voir <www.worldbank/icsid/treaties/treaties.htm> ; sur le programme américain, voir le document officiel de présentation du Département d'Etat, disponible à l'adresse <www.state.gov/www/issues/economic/ifd_bitprogram.html>. Pour des références développant des analyses critiques, cf. *infra*.
83. Le traité Etats-Unis – Azerbaïdjan (1997) stipule (art. IX 3-b) : "Each Party hereby consents to the submission of any investment dispute for settlement by binding arbitration in accordance with the choice of the national or company (...) or the mutual agreement of both parties to the dispute (...)." En l'absence d'accord préalable entre les parties sur un mode de résolution, le choix en revient au seul investisseur.
84. SACERDOTI, *Sources and Evolution*, p. 25.

85. *Ibid.* Le document du Département d'Etat précité stipule : "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." Pour une illustration, voir le traité Etats-Unis – Azerbaïdjan, art. IX.
86. SACERDOTI, p. 26.
87. Traité Etats-Unis – Azerbaïdjan (art. IX-6) : "Any arbitral award rendered pursuant to this Article shall be final and binding on the parties to the dispute. Each Party shall carry out without delay the provisions of any such award and provide in its territory for the enforcement of such award."
88. Le "draft" de l'AMI ne sera pas étudié ici ; toutefois, sa Section D prévoyait, sur la question qui nous occupe, des dispositions tout à fait comparables à celles de l'ALENA et du TCE — inspirées par les mêmes principes.
89. Le texte français de l'ALENA peut être trouvé à l'adresse suivante : <www.nafta-sec-alena.org/french/nafta/nafta.htm>. Pour une analyse des cas d'arbitrage direct dans le cadre de l'ALENA, voir la référence fournie par WÄLDE, *Treaties and Regulatory Risk*, n. 45 p. 17. Ces cas sont suivis attentivement par les mouvements anti-ALENA ; voir par exemple <www.citizen.org/pctrade/nafta/cases/chapter11.htm>.
90. Voir Th. WÄLDE, *International Investment Under the 1994 Energy Charter Treaty (1995)*, p. 14-15 ; l'auteur remarque que le Traité supplée, entre les 50 Etats signataires, plus de 2000 traités bilatéraux.
91. Voir *The Energy Charter Treaty*, art. 26 (2) et (3) ; le texte anglais du Traité est disponible à l'adresse suivante : <www.encharter.org>. Pour une analyse fine de l'article 26, voir WÄLDE, *International Investment*, p. 56-63.
92. WÄLDE, p. 58. L'auteur précise en note (n. 203) que l'objectif des Etats-Unis est de préserver à tout prix les lois fédérales non directement liées à l'investissement, et notamment la législation antitrust, de contestations arbitrales ; il souligne immédiatement combien certaines distinctions peuvent s'avérer difficiles à opérer entre mesures touchant ou non au régime des investissements.
93. Le droit national et le droit choisi contractuellement par les parties au différend ne sont pas mentionnés. Th. Wälde fait remarquer que la convention CIRDI et les autres modalités d'arbitrage ouvertes à l'investisseur aux termes du TCE font primer les règles choisies contractuellement sur le droit national et le droit international ; et ajoute que la plupart voire tous les grands projets ont des clauses de choix du droit applicable. Voir WÄLDE, p. 61.
94. Voir Th. WÄLDE, *International Law of Foreign Investment: Towards Regulation by Multilateral Treaties (1999)*, p. 66-68.
95. COMBACAU et SUR, *Dr. int. pub.*, p. 314.
96. Voir WÄLDE, *International Law*, p. 51-52.
97. 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) ; *idem* ALENA, chap. 11.
98. Voir par exemple ECT, art 13 ; *US – Trinité & Tobago*, art. III-1.
99. 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.

100. Voir par exemple les définitions contenues dans l'ALENA, l'ECT, les TBI américains. Sur ce point, voir WÄLDE et KOLO, p. 3-5.
101. Voir les cas soumis à l'arbitrage dans le cadre de l'ALENA. Sur ces "nouveaux risques politiques" que sont les "risques réglementaires", portant sur les "conditions de rentabilité" des projets, voir WÄLDE, *Treaties and Regulatory Risk*, p. 3-6.
102. 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."
103. Voir WÄLDE, *International Investment*, p. 49.
104. Voir *US – Azerbaïdjan*, art. VI ; ces "*performance requirements*" sont très fréquents dans les contrats pétroliers internationaux : ces clauses ne sont plus légales si l'investissement est couvert par un traité.
105. *US – Azerbaïdjan*, art. XIV-2 ; ECT, art. 22 (3).
106. Dans des annexes attachées aux traités, les Etats détaillent les secteurs pour lesquels ils se réservent le droit de ne pas appliquer le traitement TN-NPF. [Voir réserves mexicaines à l'ALENA]
107. Th. 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 constituent des efforts en direction d'une authentique régulation économique transnationale, lourde d'un idéal et d'une philosophie politiques, repérable entre autres dans la rédaction des préambules, beaucoup plus générale, ambitieuse et programmatique que dans les TBI. Voir WÄLDE, *International Law of Foreign Investment*, p. 52-53.
108. SACERDOTI, p. 12.
109. *US – Azerbaïdjan*, art. II-1 : "With respect to the *establishment* (...) of covered investment, each Party shall accord treatment, etc." (nous soulignons) ; la présentation du Département d'Etat (1999) confirme l'intention d'inclure l'installation dans les domaines couverts 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).
110. ECT, art. 10 (4) : "A supplementary treaty shall, subject to conditions to be laid down therein, oblige each party thereto to accord to Investors of other parties, as regards the Making of Investments in its Area, the Treatment described in paragraph (3)." — 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 CARREAU et JUILLARD, *Dr. int. écon.*, p. 440.
111. ECT, art 10 (5), (a) et (b).
112. ECT, art. 10 (6) (b).
113. Selon l'expression de WÄLDE, *International Investment*, p. 30-37.
114. C'est également l'objectif 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.
115. ECT art. 18 (3) ; Directive 94/22/CE, art. 2-1.
116. Sur ce parallèle entre droit constitutionnel et droit international, voir ALLAND, *L'ordre juridique international*, p. 22.

117. Il paraît abusif — au moins très imprécis — de parler, à propos du Traité sur la charte de l'énergie, de “conditions pour permettre une *coopération à long terme* dans le domaine du commerce et de l'investissement entre l'Europe de l'ouest et l'Europe de l'est” (M. Rexrodt, cité par R. BABADJI, *Le Traité sur la charte européenne de l'énergie* [1996], p. 873, nous soulignons). Le préambule du traité est très explicite quant à l'objectif de construction d'un espace marchand intégré pour les investissements et le commerce en matière énergétique — or ce n'est pas ce que recouvre l'idée de coopération internationale.
118. 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.
119. Voir O. WILLIAMSON, *Credible commitments: Using Hostages to Support Exchanges* (1983).
120. Voir B. MOMMER, *The New Governance of Venezuelan Oil* (1998), p. 46 et suiv., qui analyse les nouveaux contrats vénézuéliens.
121. Voir par exemple B. KLEIN et K. LEFFLER, *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance* (1981).
122. J. Otto estime qu'entre 1985 et 1996, 90 pays ont changé leurs législations minières en vue de promouvoir les investissements étrangers ; voir J. OTTO, *The Changing Regulatory Framework for Mining Ventures* (1996), p. 252 ; du même auteur, *Global changes in mining laws, agreements and tax systems* (1998). Pour la caractérisation d'une tendance similaire dans les législations pétrolières, voir Th. WÄLDE, *International Energy Investment* (1996), p. 197 et suiv.
123. Voir WÄLDE, *Treaties and Regulatory Risk*, p. 11-13.
124. Rappelons qu'au terme de deux décennies d'évolutions et d'ajustement, les concessions pétrolières classiques avaient atteint, à la fin des années soixante, des taux de prélèvements étatiques tout à fait comparables à ceux que l'on connaît aujourd'hui — même si techniquement, la structure des prélèvements était différente, ainsi que le niveau des revenus fiscaux qu'ils généraient, du fait d'un prix du brut beaucoup plus bas qu'aujourd'hui.
125. Sur ce point nous ne suivons pas les analyses de B. Mommer.
126. Certains auteurs suggèrent néanmoins, dans le cas américain, que l'intégralité des droits pétroliers attachés aux terres publiques soient privatisés par voie de mise aux enchères. Voir par exemple W. MEAD et G. PICKETT, *Federal Leasing Policy* (1984) ; BRADLEY, *Oil, Gas, and Government*, p. 303 et suiv. R. Bradley conteste également, sur un plan philosophique, la légitimité de la propriété publique des ressources en terre ; voir *Ibid.*, p. 75-77.
127. Voir les articles 58 et suivants de la Charte de la Havane ; texte repris in STERN, *Un nouvel ordre*, doc. 5.
128. A propos du Traité sur la charte de l'énergie, sur l'incompatibilité de sa philosophie comme de ses dispositions juridiques avec les politiques pétrolières des pays de l'OPEP et de certains pays hors OPEP, voir L. BRAZELL, *Draft Energy Charter Treaty* (1994), p. 340-341.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Lorsque le lieu de publication n'est pas précisé, il s'agit de Paris (France).

- Abi-Saab, G., The International Law of Multinational Corporations: a Critique of American Legal Doctrines, *Annals of International Studies*, 2, 1971.
- Accord de libre-échange nord-américain (ALENA/NAFTA) entre les Etats-Unis, le Canada et le Mexique, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Texte français disponible à l'adresse <<http://www.nafta-sec-alena.org/french/nafta/nafta.htm>>
- 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.
- 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.
- 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.
- Babadji, R., Le traité sur la charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994), *Annuaire français de droit international* XLII, 1996, p. 872-893.
- 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.
- 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.
- 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 S⁶. fr. pour le dr. inter., *La crise de l'énergie au regard du droit international*, Pedone, 1976, p. 3-38.
- Demsetz, H., Toward a theory of property rights, *The American Economic Review* vol. 57, n^o 2, mai 1967.
- Devaux-Charbonnel, J., *Droit minier des hydrocarbures*, Ed. Technip, 1987.
- 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 prospector, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures, *Journal Officiel* n^o L164 du 30 juin 1994, p. 3-8. <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1994/fr_394L0022.html>
- 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.
- Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents* (contient le texte anglais du Traité sur la Charte de l'Énergie de 1994. <www.encharter.org>.
- Hayek, F. A., *The Political Ideal of the Rule of Law*, Le Caire, The Bank of Egypt 50th Anniversary Lectures, 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.
- Klein, B. et K. B. Leffler, The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance, *Journal of Political Economy*, vol. 89, n^o 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^o 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.
- 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.

- 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.
- 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.
- 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.
- Rueff, J., *L'ordre social* [1945], rééd. in *Œuvres complètes*, t. iv, Plon, 1981.
- Sacerdoti, G., Bilateral and Multilateral Instruments on Investment Protection, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 269, 1997, 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>
- 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>
- Skeet, I., *Opec: Twenty-five Years of Prices and Politics*, Cambridge (R.U.), Cambridge Univ. Press, 1988.
- 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.
- 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. <www.state.gov/www/issues/economic/treaty_bit_azerbaijan.html>
- Treaty Between the Government of the United States of America and The Government of the Republic of Trinidad and Tobago Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 26 sept. 1994. <www.state.gov/www/issues/economic/bit_trinidad.pdf>
- US Department of State, Bureau of Economic and Business Affairs, U.S. Bilateral Investment Treaty Program (BITs), 5 mai 1999. <www.state.gov/www/issues/economic/ifd_bitprogram.html>
- 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 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., 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.
- Weber, M., *Economie et société* [1922], trad. fr., rééd. Pocket, coll. "Agora", 1995, t. 2.
- 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.