



**Avis 39 (1963)<sup>1</sup>**

## **Projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers**

Assemblée parlementaire

L'Assemblée,

Rappelant ses Recommandations 159 (1958) et 211 (1959), relatives à l'établissement d'un statut des investissements et d'un Fonds de garantie contre les risques politiques, et 317 (1962), relative à la protection des investissements privés étrangers dans les pays en voie de développement ;

Rappelant que, dans sa [Recommandation 317 \(1962\)](#), elle préconisait, entre autres, la conclusion d'une convention multilatérale réaffirmant et codifiant les principes généraux du droit international en matière d'investissements étrangers, et que, à cette occasion, elle recommandait aux gouvernements membres du Conseil de l'Europe de soutenir activement l'action engagée par l'O.C.D.E. en vue de la préparation et de la conclusion d'une telle convention ;

Vu le projet de convention sur la protection des biens étrangers qui, conformément aux instructions données en avril 1960 par le Conseil de l'Organisation de Coopération Economique, a été élaboré par un comité de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques, puis communiqué au Conseil de l'Europe pour avis ;

Notant que le Conseil de l'O.C.D.E. ne s'est pas encore prononcé sur le principe et le contenu de ce projet de convention, mais croyant savoir que, lorsqu'il reprendra l'examen du projet, le Conseil de l'O.C.D.E. le fera sur la base du texte actuel du projet ;

Considérant que des moyens complémentaires au projet de convention de l'O.C.D.E. sont indispensables pour stimuler des investissements privés des pays industrialisés dans les pays en voie de développement, moyens tels que la création d'un mécanisme institutionnel international de garantie contre les risques non commerciaux,

Adopte l'avis ci-après :

### *A. En ce qui concerne les aspects juridiques du projet de convention*

1. L'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe est heureuse de pouvoir formuler ses observations sur le projet de convention de l'O.C.D.E. qui traite de la protection des biens étrangers. L'Assemblée, en effet, s'intéresse vivement à la question de l'encouragement et de la protection des investissements étrangers, et sa commission juridique, en particulier, s'est, à plusieurs reprises déjà, penchée très longuement sur les aspects juridiques du problème, se prononçant notamment pour une convention multilatérale qui réaffirmerait et codifierait les principes généraux du droit international en matière de protection des investissements privés

---

1. Discussion par l'Assemblée le 20 septembre 1963 (13e séance) (voir [Doc. 1648](#) [Doc. 1648](#) et [Doc. 1642](#), projets d'avis présentés par les commissions juridique et économique). Texte adopté par l'Assemblée le 20 septembre 1963 (13e séance).



étrangers. D'ailleurs, dans sa [Recommandation 317](#) du 17 mai 1962, l'Assemblée a préconisé que les gouvernements membres du Conseil de l'Europe soutiennent activement l'action engagée par l'O.C.D.E. en vue de la préparation et de la conclusion d'une telle convention.

### *Les principes reconnus*

2. Le projet de convention sur la protection des biens étrangers a pour objet, aux termes du préambule, de "renforcer la coopération économique internationale fondée sur le droit international", ce qui aura pour effet "de promouvoir les mouvements de capitaux nécessaires à l'activité et au développement économiques". Le projet de convention énonce, en conséquence, quatre grands principes du droit international applicables à la protection des biens étrangers, à savoir :

1. Traitement juste et équitable, sans discrimination (article 1er) ;
2. Respect des engagements assumés à l'égard de biens étrangers : *pacta sunt servanda* (article 2) ;
3. Non-expropriation, si ce n'est pour cause d'utilité publique et selon une procédure légale, et moyennant une indemnité juste et effective (article 3) ;
4. Réparation intégrale pour toute violation de la convention et non-reconnaissance des mesures contraires aux règles (1) et (2).

L'Assemblée approuve ces principes, et estime que leur réaffirmation et leur respect amélioreraient sans aucun doute le climat international des investissements. La convention influera, en particulier, sur les mouvements de capitaux vers les pays en voie de développement qui y adhéreront. Indépendamment de ces principes, la convention prévoit également le règlement arbitral des différends qui s'élèveraient à propos de ses dispositions (article 7).

3. L'Assemblée note que la convention vise à énoncer les règles du droit international coutumier existant en matière de protection des biens étrangers. Il s'agit là évidemment d'un domaine du droit qui a prêté et continue de prêter à de nombreuses controverses, traduisant notamment les intérêts divers des pays exportateurs et des pays importateurs de capitaux.

Des formes nouvelles - ou relativement nouvelles - d'expropriation, telles que la nationalisation ou des mesures de confiscation déguisées en prélèvements fiscaux, ont fait leur apparition et suscité, même parmi les juristes internationaux occidentaux, une divergence d'opinions qui témoigne bien de la complexité du problème. Sans doute certains principes sont-ils universellement reconnus - la maxime *pacta sunt servanda*, l'indemnisation obligatoire et adéquate des étrangers dépossédés, l'interdiction de tout traitement discriminatoire - mais des opinions différentes et souvent opposées sont professées sur d'autres questions aussi importantes que celles-ci : quelle portée juridique faut-il attribuer - si tant est qu'elle en ait une - à la distinction entre expropriation et nationalisation ? Certaines mesures administratives par lesquelles les Etats portent atteinte aux droits de propriété privée, y compris les impositions ayant le caractère de confiscation, doivent-elles, et dans quelles circonstances, être considérées comme constituant une expropriation de fait ? Quels sont les critères à respecter par l'Etat qui procède à l'expropriation pour que celle-ci puisse être considérée comme licite ? Existe-t-il des situations - telles que la nationalisation de certains secteurs de l'économie - dans lesquelles une indemnisation partielle peut se justifier ? Quel est l'effet juridique des accords d'indemnisation globale ? Un traitement différent des nationaux et des étrangers a-t-il toujours un caractère discriminatoire ? etc. A titre d'illustration, un différend sur ce que l'on appelle l'"expropriation larvée" (par exemple l'augmentation progressive au cours des années des impôts frappant un produit déterminé) ne peut être réglé purement et simplement en se rapportant à un principe général de droit. Une imposition aussi lourde peut fort bien être regardée par l'investisseur comme équivalant pratiquement à une expropriation ; et pourtant il n'est nullement certain que, dans certaines circonstances de nécessité économique ou financière, l'action du pays d'investissement doive nécessairement être considérée comme ayant le caractère d'une mesure de confiscation

4. Eu égard à ces faits, la codification de certains principes directeurs du droit international coutumier au moyen d'une convention réaffirmant ces principes doit être considérée comme un pas en avant, en particulier lorsqu'une telle réaffirmation s'accompagne d'un système de règlement judiciaire des différends qui pourraient surgir quant à la portée de ces principes dans leur application à des cas particuliers. Un avantage supplémentaire d'un règlement judiciaire réside dans le fait que la jurisprudence du tribunal arbitral contribuera à remodeler et à développer les principes généraux en fonction de la situation actuelle

5. L'Assemblée note que l'application des principes réaffirmés dans la convention est limitée aux biens des ressortissants des parties contractantes. On rencontre cette restriction tout au long de la convention : à l'article 1er, pour le régime des biens étrangers ; à l'article 2, pour le respect des engagements ; à l'article 3,

pour la liberté des transferts ; et à l'article 7, pour le règlement arbitral des différends. Cette différenciation que la convention établit entre ressortissants des parties contractantes et ressortissants des autres Etats est, cependant, plus apparente que réelle. Il va sans dire que les parties contractantes demeureront liées par les principes du droit international coutumier selon lesquels elles doivent étendre à tous les étrangers la protection accordée aux biens étrangers

Il s'agit donc moins d'une question de fond que d'une question de politique. En fait, si la convention était rendue applicable aux biens étrangers en général, les pays importateurs de capitaux hésiteraient à y adhérer parce que, en l'absence d'un engagement réciproque de la part de l'Etat national du particulier en cause, ils ne souhaiteraient pas ouvrir aux ressortissants de parties non contractantes les recours prévus par la convention dont ces ressortissants ne bénéficieraient pas autrement

6. La convention doit être considérée essentiellement comme un engagement des parties d'appliquer inter se certains principes fondamentaux du droit international et de soumettre à un règlement arbitral les différends qui surgiraient entre elles. Comme nous l'avons déjà relevé, cela ne limite pas, et ne saurait limiter, la portée des règles reconnues du droit international, et l'Assemblée peut donc marquer son accord sur cet aspect particulier de la convention.

#### *Le règlement arbitral des différends*

7. L'Assemblée a examiné les dispositions du projet de convention relatives à l'arbitrage qui figurent à l'article 7 et dans l'annexe concernant le statut du tribunal arbitral

Il est heureux que le projet de convention prévoie une procédure d'arbitrage ; en effet, l'efficacité de la protection internationale des biens étrangers dépend en fin de compte d'un arbitrage impartial des différends, et d'aucuns estiment même qu'un système d'arbitrage adéquat suffirait à lui seul à améliorer le climat des investissements.

8. Le projet de convention prescrit la compétence obligatoire d'un tribunal arbitral spécialement institué conformément aux dispositions de l'annexe, à moins que les parties au différend n'aient décidé d'un commun accord de soumettre celui-ci à tout autre tribunal international. Toutefois, la compétence obligatoire du tribunal arbitral ne s'applique qu'aux différends entre parties (c'est-à-dire entre Etats) et uniquement à ceux qui concernent l'interprétation ou l'application de la convention. C'est là le genre de clause qui figure normalement dans les traités internationaux, mais il est regrettable que le champ des questions susceptibles d'être tranchées par le tribunal arbitral se trouve limité du fait que le projet de convention élude certains points intéressants dans le contexte des investissements étrangers. A ce propos, l'Assemblée note avec regret que le libre transfert des revenus courants des biens investis n'est pas traité dans la convention comme une obligation.

9. La compétence du tribunal arbitral n'est plus obligatoire quand il s'agit d'une action intentée par un ressortissant d'une partie contre une autre partie. Elle dépend alors du point de savoir si la partie mise en cause a accepté la clause facultative contenue à l'alinéa (b) (i) de l'article 7. En outre, l'acceptation de la compétence du tribunal peut, en l'occurrence, être limitée dans le temps, au fond et quant aux catégories de ressortissants admis à en bénéficier.

La distinction ainsi établie entre les différends opposant des parties d'une part, et les différends opposant une partie et un ressortissant d'autre part, n'est pas sans analogie avec celle qui a été faite dans la Convention européenne des Droits de l'Homme entre les requêtes étatiques (compétence obligatoire de la Commission européenne des Droits de l'Homme) et les requêtes individuelles (compétence facultative).

10. Compte tenu de l'état actuel du droit international, ainsi que d'autres considérations d'ordre pratique, il est sans doute souhaitable de laisser, dans une certaine mesure, à la discrétion des parties contractantes l'acceptation de la compétence du tribunal arbitral à l'égard des actions intentées par des particuliers. L'Assemblée estime, néanmoins, que le système d'arbitrage institué par le projet de convention risque fort d'aboutir, dans la pratique, à une limitation réelle du fonctionnement du tribunal arbitral.

Nous avons déjà relevé que, s'agissant d'actions introduites par des particuliers, les parties peuvent récuser complètement la compétence du tribunal arbitral et que même leur acceptation de cette compétence peut être limitée dans le temps, au fond et quant aux catégories de ressortissants admis à en bénéficier ; les parties peuvent ainsi limiter leur déclaration à une action déterminée et, de surcroît, si elles le désirent, "imposer comme condition préalable à l'introduction d'une action que l'intéressé ait d'abord épuisé les possibilités de réparation qui peuvent lui être ouvertes aux termes, par exemple, du Protocole à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme".<sup>2</sup>

11. L'Assemblée doute qu'il soit judicieux de prévoir de telles limitations et la possibilité d'imposer des conditions préalables de cet ordre

On ne voit guère pourquoi, dans un domaine du droit où le principe de la non-discrimination constitue si souvent la pierre de touche de la légitimité, le projet de convention devrait permettre d'établir une discrimination, en matière de protection des biens étrangers, entre les ressortissants d'une partie contractante et ceux d'une autre partie. Une semblable différenciation pourrait éventuellement se justifier par des raisons de réciprocité ; de l'avis de l'Assemblée, il serait préférable de l'indiquer nettement.

On peut aussi se demander s'il serait admissible en droit qu'un particulier dont la cause aurait été jugée mal fondée, par exemple par la Cour européenne des Droits de l'Homme<sup>3</sup>, puisse saisir de la même affaire le tribunal arbitral dont la compétence aurait été acceptée par l'Etat défendeur en cause. De toute façon, l'Assemblée éprouve quelque difficulté à appuyer l'idée selon laquelle toutes les voies de recours "internationales" existantes devraient avoir été épuisées si tel était le désir de la partie en cause

12. Il ne faut jamais perdre de vue qu'en des matières comme celles dont traite la convention, l'arbitrage constitue un élément essentiel et que la réalisation d'investissements dépendra dans une large mesure de l'efficacité du système d'arbitrage. Dans la pratique, on ne peut trop s'en remettre à l'usage que feront les Etats de leur droit d'intervention. Aux yeux de l'investisseur, le simple fait que l'Etat peut prendre en main la cause de son ressortissant ne suffit pas et ne constitue pas une garantie valable. Beaucoup dépend donc de l'octroi au particulier de la possibilité réelle de saisir un tribunal arbitral au cas où l'Etat dont il est ressortissant n'entamerait pas une procédure en son nom. Si l'on envisage la question sous ce jour, il apparaît peu indiqué que les parties contractantes disposent des larges possibilités que leur offre la convention de réduire la portée de leurs déclarations d'acceptation. Sans doute, ces possibilités peuvent-elles faciliter l'adhésion des Etats à la convention, mais en y recourant les parties contractantes risquent d'aller à l'encontre du but même de la convention qui est, en dernière analyse, de promouvoir les mouvements de capitaux.

L'Assemblée se rend compte toutefois que, dans la pratique, il y aura probablement une corrélation entre la mesure dans laquelle une partie acceptera la compétence du tribunal arbitral et le volume des investissements opérés sur le territoire de cette partie. On peut donc espérer que la communauté d'intérêts qui lie, à certains égards, l'Etat et l'investisseur étranger incitera les Etats à ne pas se prévaloir des réserves concernant la compétence du tribunal arbitral dans les actions introduites par des particuliers.

13. En outre, il conviendrait, de l'avis de l'Assemblée, d'omettre la disposition du paragraphe (d) de l'article 7, selon laquelle l'Etat du ressortissant qui a saisi le tribunal arbitral peut prendre sa cause en main. Un particulier ne peut introduire une action que si la partie dont il est ressortissant a fait connaître qu'elle n'entamera pas la procédure prévue au paragraphe (a) de l'article 7 ou si, dans les six mois suivant la réception d'une requête écrite présentée par son ressortissant pour qu'elle entame une telle procédure, elle n'y a pas donné suite (voir article 7, paragraphe (b) (ii)). Cette disposition suffit amplement pour qu'un Etat puisse exercer son droit de protection diplomatique, et il n'est pas souhaitable qu'une fois le tribunal arbitral saisi de l'action introduite par le particulier, l'Etat dont celui-ci est ressortissant puisse intervenir, pour des raisons politiques par exemple ; à moins, bien entendu, que le particulier ne s'oppose pas à ce que l'Etat dont il est ressortissant, prenne sa cause en main.

14. Pour ces motifs, tout en marquant son accord sur le système d'arbitrage prévu à l'article 7 du projet de convention, l'Assemblée se permet de présenter les suggestions suivantes :

1. Si l'on veut maintenir la possibilité d'une différenciation entre les ressortissants des parties contractantes quant à la faculté de saisir le tribunal arbitral, il faudrait fonder cette différenciation sur la réciprocité.
2. L'épuisement des voies de recours internationales ne devrait pas pouvoir être imposé comme condition préalable à la saisine du tribunal arbitral par un particulier, comme le prévoit le commentaire de la convention (page 37, paragraphe 7 (b) et page 38, paragraphe 10). Il peut évidemment exister des voies de recours parallèles, mais l'utilisation de l'une d'entre elles devrait exclure l'introduction d'une action ultérieure devant une autre instance judiciaire internationale si l'objet des deux actions est essentiellement le même (*res judicata*).

---

2. Voir Projet de convention sur la protection des biens étrangers (O.C.D.E., Paris, décembre 1962), "Notes et commentaires relatifs à l'article 7", paragraphe 7 (b), page 37.

3. Article 52 de la Convention européenne des Droits de l'Homme : "L'arrêt de la Cour est définitif."

3. Pour les motifs exposés au paragraphe 13, l'article 7 (d) de la convention devrait soit être supprimé, soit contenir une disposition additionnelle stipulant qu'un Etat peut seulement prendre en main la cause de son ressortissant si celui-ci ne s'y oppose pas

#### *Epuisement des voies de recours internes*

15. Il conviendrait d'examiner s'il y a lieu de maintenir la règle selon laquelle les voies de recours internes doivent être épuisées pour qu'une action puisse être introduite devant le tribunal arbitral. La soumission à l'arbitrage exclut généralement l'utilisation des voies de recours internes, notamment lorsque l'acte illicite a été commis par le gouvernement ou par ses agents, et l'arbitrage devient alors l'unique recours agréé. C'est notamment le cas lorsqu'un investissement est réglé par un contrat entre le pays importateur de capitaux et l'investisseur, contenant une clause selon laquelle les différends auxquelles ses modalités pourraient donner lieu seront soumis à l'arbitrage. On pourrait peut-être suggérer que la règle relative aux voies de recours internes soit considérée comme non applicable sauf déclaration expresse d'une partie à l'effet contraire

#### *Observations supplémentaires*

16. Le paragraphe (c) de l'article 9 du projet de convention stipule qu'"...aucune action ne peut être intentée aux termes de la présente Convention à l'égard des intérêts d'un membre d'une société : ... (ii) lorsque la société est ressortissant de la partie qui a pris les mesures affectant des biens, si les intérêts du membre de la société ne résultent pas d'un investissement de fonds étrangers faits par lui ou par ceux dont il tient ses droits, et ne représentent, à l'époque où lesdites mesures ont été prises, ni un investissement de fonds étrangers fait par lui ou par ceux dont il tient ses droits, ni un investissement de fonds versés à titre d'indemnité ou de dommages conformément aux dispositions de la présente Convention". (C'est nous qui soulignons).

Des difficultés risquent de surgir à propos du mot "représentent", car il ne sera pas toujours clair à quel investissement on se réfère. Par exemple, si une somme de 100.000 livres est investie dans une usine qui fait un bénéfice annuel de 10.000 livres, lequel est réinvesti intégralement, la valeur accrue qui est obtenue au bout de dix ans "représente"-t-elle un investissement de fonds étrangers ?

#### *B. En ce qui concerne les aspects économiques du projet de convention*

1. Il convient de féliciter l'O.C.D.E. pour le projet de convention, qui représente un effort considérable de la part des experts gouvernementaux au sein de l'O.C.D.E. et de son prédécesseur, l'O.E.C.E. Tel qu'il se présente, le projet de convention de l'O.C.D.E. marque un pas important vers l'adoption par la communauté internationale d'un code de bonne conduite en ce qui concerne le traitement des biens étrangers. Tout instrument susceptible de contribuer à préciser un peu plus la portée et le contenu des principes généraux du droit international et à en imprégner la législation et les accords internationaux constitue une oeuvre utile dont il faut se féliciter

2. La commission juridique ayant formulé un certain nombre d'observations très pertinentes sur le projet de convention en vue de l'améliorer sur divers points, et notamment de rendre moins lourde et plus efficace la procédure arbitrale qui constitue un de ses éléments les plus intéressants, la commission économique a spécialement porté son attention sur la question de savoir dans quelle mesure le projet de convention de l'O.C.D.E. est susceptible d'accroître effectivement le courant d'investissements privés vers les pays en voie de développement. Comme en témoigne le préambule, c'est là manifestement un des buts du projet de convention de l'O.C.D.E. et, de l'avis de l'Assemblée, le problème de la promotion de nouveaux investissements privés dans les pays en voie de développement est, pour les raisons économiques et politiques que nous connaissons, de la plus haute importance.

3. La portée d'une convention du type élaboré par l'O.C.D.E. - qui tente de codifier un certain nombre de principes généraux de la coutume et de la jurisprudence internationales, et de formuler les règles qui en découlent - sera certainement très favorable dans la mesure où elle fixe les bases du droit. Sur le plan pratique cependant, une convention de ce genre ne suffit pas à elle seule pour vaincre les réticences des investisseurs. Il ne suffit pas de déterminer les principes généraux du droit. Il faut ensuite mettre en place les mécanismes qui en assurent l'application.

4. Cependant, le projet de convention de l'O.C.D.E. apparaît comme la première étape indispensable qui permettra l'édification d'un système qui accorde la sécurité aux investissements étrangers et qui, par voie de conséquence, en accroîtra le volume

5. Le projet de convention reprend en les précisant des notions de droit généralement admises. Son texte même paraît de nature à rallier l'adhésion de nombreux pays en voie de développement, car il est établi en évitant tout ce qui pourrait inquiéter les souverainetés nationales. C'est ainsi que le projet reconnaît le droit de nationalisation moyennant indemnité, et qu'il reconnaît également à toute partie contractante le droit d'autoriser ou d'interdire l'investissement de capitaux, sur son territoire, par les nationaux d'une autre partie

6. Le projet de convention reprend en les précisant des notions de droit généralement admises. Son texte même paraît de nature à rallier l'adhésion de nombreux pays en voie de développement, car il est établi en évitant tout ce qui pourrait inquiéter les souverainetés nationales. C'est ainsi que le projet reconnaît le droit de nationalisation moyennant indemnité, et qu'il reconnaît également à toute partie contractante le droit d'autoriser ou d'interdire l'investissement de capitaux, sur son territoire, par les nationaux d'une autre partie

7. En ce qui concerne les investisseurs éventuels, les dispositions prévues, aussi bien en ce qui concerne le transfert des revenus et capitaux qu'en ce qui concerne l'arbitrage, leur apparaîtront comme des déclarations de principe, utiles certes quoique d'une portée limitée

8. Le projet préparé constitue une très importante déclaration d'intentions et de principes, et son adoption est souhaitable. Cependant, un accroissement substantiel des investissements privés vers les pays en voie de développement ne sera obtenu que lorsqu'auront été conclus, sur la base des principes contenus dans le projet, des accords organisant un système efficace de sécurité pour les investissements

#### *Autres moyens de promouvoir les investissements privés dans les pays en voie de développement*

8. Il faut bien se rendre compte, en abordant la question des moyens à mettre en oeuvre, que le problème se pose d'une façon très différente aujourd'hui, par comparaison à l'avant-guerre. Aujourd'hui, la situation est conditionnée par le fait de la décolonisation. Celle-ci a pour effet d'accroître les risques politiques que doivent affronter les investisseurs étrangers. En même temps - et ce n'est qu'un autre aspect du problème - les pays neufs n'ont pas encore pu asseoir leur crédit international sur des bases politiques et économiques solides. Cette dernière circonstance explique pourquoi ces pays ne peuvent pas recourir aux émissions publiques d'emprunts sur les marchés de capitaux, et pourquoi l'assistance financière d'Etat à Etat et l'aide publique multilatérale par le truchement des organismes internationaux ont dû être développées. Devant les besoins croissants des pays neufs, cette aide publique, indispensable à l'heure actuelle, ne peut toutefois pas remplacer les investissements privés. Surtout, elle ne peut pas rendre aussi efficacement les mêmes services aux pays neufs que le peuvent les investissements privés qui, en apportant capitaux et devises, fournissent, en plus, des techniciens et l'esprit d'entreprise qui sont également nécessaires.

9. Il faut reconnaître que l'effort que les gouvernements et l'opinion publique demandent aux investisseurs est fondé sur des considérations politiques très valables et partagées par notre Assemblée. Car il est évident que la prise de risque qui leur est proposée n'est pas à la mesure de la chance de profit qui peut réellement être attendue par eux, d'autant plus que les investissements dans les pays industrialisés offrent généralement des possibilités de profit plus importantes que les investissements dans les pays neufs. L'accroissement des investissements privés dans les pays en voie de développement ne peut être assuré que par un effort conjoint des autorités publiques de nos pays et des pays en voie de développement, effort tendant à faciliter et à encourager l'investissement à l'étranger.

10. Il semble que la meilleure manière d'aborder le problème consiste à rechercher sa solution dans un contexte technique, celui de l'assurance des investissements contre les risques non commerciaux. Celle-ci offre en effet l'avantage, du point de vue des pays en voie de développement, de ne pas comporter d'engagements politiques. En même temps, elle permet de rencontrer le principal souci de l'investisseur, qui est de savoir que, s'il subit un dommage par suite de facteurs non commerciaux, il obtiendra effectivement et rapidement réparation.

#### *Un Fonds de garantie multilatérale contre les risques politiques*

11. Cette approche était celle préconisée par la commission économique dans le rapport sur un statut des investissements et un Fonds de garantie contre les risques politiques ([Doc. 1027](#), de septembre 1959) ; la [Recommandation 211 \(1959\)](#) s'y rapportant fut unanimement approuvée par l'Assemblée. Il y a lieu de rappeler que, si les recommandations de l'Assemblée s'inspiraient en partie d'un régime national de garantie aux investissements privés, celui des Etats-Unis, elles avaient l'originalité de proposer une application multilatérale du principe d'un régime d'assurance. En raison de cette originalité peut-être, cette approche n'a pas jusqu'à ce jour été retenue par les gouvernements. Par contre, elle a incontestablement fait du chemin dans les milieux des affaires, et nous nous trouvons aujourd'hui en présence d'une série de projets qui sont autant de variantes sur le thème d'un régime multilatéral de garantie aux investissements

12. Malgré leur grand intérêt, l'Assemblée ne se propose pas d'examiner dans le détail tous ces projets qui se trouvent résumés dans une étude du Secrétariat de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement<sup>4</sup> rédigée à la demande du Groupe d'assistance au développement de l'O.C.D.E. Par contre, il semble opportun de résumer brièvement l'analyse de la question qui figure dans cette étude et qui repose, entre autres, sur une enquête faite auprès des milieux pavés intéressés conjointement par la B.I.R.D. et la Chambre de commerce internationale<sup>5</sup>.

13. Il est à remarquer que le Secrétariat de la B.I.R.D. s'est abstenu de toute conclusion quant à savoir si un régime multilatéral d'assurance aboutirait à améliorer le climat d'investissement ou non, estimant que seule une expérience pratique pouvait en faire la démonstration. De même, il est souligné dans la préface de l'étude que les avis qui y sont exprimés n'engagent aucunement ni les Directeurs exécutifs de la Banque, ni ses gouvernements membres. Les observations qui suivent sont donc de la seule responsabilité de l'Assemblée.

14. En premier lieu, il semble bien établi que l'institution d'un régime d'assurance multilatéral soit une entreprise réalisable du point de vue technique et qui pourrait fonctionner efficacement. D'autre part, il ressort de l'enquête mentionnée ci-dessus que les milieux d'affaires intéressés sont dans leur majorité en faveur d'un régime multilatéral et d'avis qu'il pourrait, s'il était créé, contribuer à promouvoir un accroissement des investissements privés dans les pays sous-développés. Ce qui plus est, il apparaît qu'en dépit des difficultés inhérentes au multilatéralisme, un tel régime présente des avantages certains sur l'alternative qui consiste à multiplier les régimes nationaux d'assurance à l'investissement. Non seulement les problèmes administratifs posés par un tel réseau d'accords bilatéraux seraient en pratique intolérables, mais la formule du régime national ne semble elle-même fructueuse, voire viable, que dans le cas des pays "gros investisseurs", en fait ou en puissance.

15. Un régime multilatéral aurait sur un réseau d'accords bilatéraux pour autre avantage de ne pas susciter de concurrence entre régimes nationaux et de tendre à harmoniser les conditions qui régissent les investissements dont la diversité risquerait autrement d'être perpétuée.

16. En ce qui concerne les principaux points d'un régime multilatéral, l'étude de la B.I.R.D. a amené l'Assemblée à faire les observations suivantes :

1. Les risques à couvrir devraient être ceux énumérés dans le rapport de la commission économique cité plus haut (*Doc. 1027*), c'est-à-dire
  1. défaut et retard de transferts ;
  2. pertes indues du bailleur de fonds résultant de la dépossession (nationalisation, expropriation), ou d'une spoliation totale ou partielle ;
  3. pertes du bailleur de fonds résultant d'une destruction totale ou partielle de l'investissement par fait de guerre, d'insurrection, d'émeute ou de guerre civile.

Les réponses à l'enquêtes, de même que la teneur de certains des autres projets, indiquent que cette liste des risques politiques à couvrir rencontrerait une approbation assez générale des milieux intéressés.

1. L'investisseur aurait la faculté de s'assurer contre un, plusieurs ou tous ces risques. La prime à verser serait fonction des risques couverts.
2. La fraction de la perte établie de l'investisseur susceptible d'être indemnisée devrait être limitée à 80 à 90 % du montant global de l'investissement au moment de la signature du contrat. Ce principe semble être généralement admis.
  1. L'assurance ne serait donnée que pour les investissements nouveaux et les réinvestissements. Ce principe, si contesté au moment où il a été préconisé pour la première fois par l'Assemblée, semble être maintenant généralement accepté par les milieux intéressés.
  2. La garantie serait donnée par l'organe de gestion sous la forme d'un contrat précisant la nature et l'étendue des risques couverts ; l'organe de gestion du système serait compétent pour reconnaître le sinistre et l'indemniser ; ce faisant, il serait subrogé aux droits de l'investisseur sinistré. Celui-ci n'interviendrait pas dans la procédure de règlement du différend.
  3. Les contrats d'assurance devront être garantis par des fonds constitués par les primes versées par les investisseurs et de contributions gouvernementales

---

4. Assurance multilatérale des investissements, Washington, D.C., mars 1962. L'annexe B du rapport présente une analyse des divers projets existants y compris le projet du Conseil de l'Europe.

5. L'annexe C du rapport contient une analyse des réponses obtenues au cours de cette enquête.

4. Il est ainsi généralement admis que l'institution d'un régime multilatéral d'assurance et la gestion de ce régime exigent la création d'une organisation internationale. De même, une grande partie des milieux intéressés semblent avoir accepté la thèse préconisée par l'Assemblée selon laquelle le régime ne devra fonctionner qu'en faveur des Membres de l'organisation, ce qui revient à dire que tant les pays investisseurs que les pays d'investissement désirent en bénéficier devront participer à l'organisation.

17. Cette dernière condition s'explique par les deux considérations suivantes. D'une part, la participation financière à un Fonds de garantie tendrait à créer la solidarité d'intérêt indispensable au bon fonctionnement de l'entreprise. D'autre part, la participation des pays recevant les investissements est nécessaire pour leur permettre d'exercer un droit de contrôle sur les investissements qui leur seraient proposés dans le cadre du régime d'assurance. Le système doit garantir seulement les investissements réalisés avec l'accord des pays intéressés, afin de mettre en cause leur responsabilité éventuelle. En cas de "sinistre", la responsabilité première de l'indemnisation incombe au pays de l'investissement, mais, si nécessaire, la responsabilité solidaire des pays participant au régime d'assurance devra entrer en jeu. En effet, cela paraît être une condition vitale tant pour assurer une intégration rationnelle des investissements dans les programmes de développement de ces pays que pour écarter leurs craintes quant à l'emprise, même imaginaire, des investissements étrangers sur leur économie.

18. Le bon fonctionnement d'un régime d'assurance contre les risques non commerciaux suppose le recours à l'arbitrage obligatoire pour tout litige concernant la réalité du sinistre et le montant des dommages à indemniser.

19. Pour résumer la philosophie des recommandations de l'Assemblée - qui semblent maintenant beaucoup plus largement comprises qu'il y a quelques années - il faut admettre que l'investissement étranger doit être régi en premier lieu par la législation et la réglementation du pays de l'investissement en vigueur au moment où il est réalisé, puis par les accords particuliers entre le gouvernement du pays en cause et l'investisseur étranger. Compte tenu du statut initial de chaque investissement, le tribunal arbitral à instituer devra avoir le pouvoir de statuer en fonction des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ou à défaut - et à condition que les parties soient d'accord - *ex aequo et bono*. C'est donc en fonction du statut initial de chaque investissement, déterminé comme il est dit ci-dessus, que devra être appréciée, le cas échéant, la question de savoir si ce statut a subi une atteinte causant un dommage injustifié à l'investisseur.

20. Il convient d'ajouter que la réalisation d'un régime d'assurance contre les risques non commerciaux du genre esquissé serait facilitée si elle intervenait sur une base régionale, ainsi que l'Assemblée Consultative l'avait proposé à l'occasion de ses travaux sur le développement de l'Afrique. En effet, il est naturel que dans un groupe de pays qui coopèrent entre eux pour leur intérêt mutuel il se crée une certaine concordance de vues et une certaine solidarité, qui sont susceptibles de simplifier le problème. Les chances de réussite sont encore accrues s'il existe entre un tel groupe régional demandeur d'investissements et un groupe de pays "investisseurs" des relations particulièrement développées comme c'est le cas par exemple entre la Communauté Economique Européenne et les pays associés et, d'une façon générale entre l'Europe et l'Afrique.

#### *Suggestions récentes*

21. Au cours de la 11<sup>e</sup> Table ronde organisée fin mai 1963 à Berlin par l'Association pour l'étude des problèmes de l'Europe et consacrée au problème des investissements privés dans les pays en voie de développement, de nombreuses idées nouvelles et intéressantes ont été avancées ; trois d'entre elles méritent une attention particulière.

22. La première, qui est en quelque sorte une variante ingénieuse de la garantie multilatérale, consisterait à créer un organisme de réassurance international dont seraient membres aussi bien les pays investisseurs que les pays d'investissement, auprès duquel le Fonds national de garantie pourraient se réassurer. Tout en présentant le grand avantage de permettre un examen d'ensemble de projets d'investissements avec les pays receveurs, cette suggestion n'évite pas les complications administratives et autres qui découlent de la nécessité de négocier un réseau complexe et diversifié d'accord bilatéraux.

23. La deuxième, qui n'est nullement contradictoire avec la garantie multilatérale discutée dans la section précédente, consisterait à doubler cette garantie d'une garantie conjointe propre aux pays d'investissement. Ainsi, à côté de la solidarité créée par la garantie multilatérale entre pays investisseurs et pays d'investissement, pourrait se manifester une solidarité propre aux pays en voie de développement dont l'intérêt est de coordonner leurs politiques économiques nationales. Elle permettrait également à ces derniers d'adopter des attitudes communes et de renforcer leur position, et en même temps tendrait à encourager cette autodiscipline en matière de traitement des investissements étrangers qui est indispensable. Cette idée

serait évidemment plus facile à réaliser dans un cadre régional, et c'est là la raison même pour laquelle le régime de la garantie multilatérale pouvait le plus aisément et le plus fructueusement être conçu sur le plan régional. En tout état de cause il s'agit ici d'une idée dont l'initiative doit revenir aux pays d'investissement intéressés, et une telle garantie complémentaire semblerait fort rationnelle de leur propre point de vue

24. Enfin, en dehors des problèmes de garantie multilatérale, une troisième suggestion a été soumise à la Table ronde qui tendrait à résoudre le problème des transferts et en même temps à organiser auprès de la B.I.R.D. le crédit des pays sous-développés par un mécanisme bancaire original. Cette suggestion consiste, tout d'abord, à généraliser la création de banques nationales de développement dans tous les pays intéressés, chacune de ces banques instituant un Fonds recevant tout ou partie des sommes que les entreprises privées étrangères souhaiteraient transférer hors du pays et dont elles demanderaient la contre-valeur en devises. Obtenant ces devises de sa banque centrale, la banque nationale de développement, au lieu de les remettre directement aux entreprises privées, souscrirait des obligations émises par une banque internationale de développement spécialement créée à cet effet, par exemple par la B.I. R.D. ; ces obligations seraient alors remises en contrepartie de leurs dépôts aux entreprises étrangères qui pourraient soit les conserver, soit les négocier en bourse sur le marché international, assurant ainsi, en fait, le transfert de devises. L'intérêt de cette opération pour le pays sous-développé est que la banque internationale serait habilitée à consentir au pays souscripteur d'obligations un prêt au développement approximativement équivalent au montant de la souscription, de sorte que, pratiquement, dans le cas où le prêt serait accordé, la banque nationale de développement conserverait les devises à sa disposition, la condition étant que ces devises soient affectées au développement économique du pays. Ainsi les entreprises privées pourraient, en s'associant au développement économique, exporter librement leurs dividendes et l'amortissement de leur capital sous la forme d'obligations comportant la garantie d'une banque internationale, sans que la balance des paiements du pays sous-développé ait à supporter d'autre charge dans l'immédiat que l'intérêt du prêt consenti et l'écart éventuel entre le montant de la souscription et celui du prêt

25. Ce système, axé sur le crédit international, mérite une étude attentive, car il peut contribuer à résoudre le grave problème des transferts. Son adoption ne supprimerait pas, bien entendu, la nécessité d'un mécanisme multilatéral de garanties.

#### *Remarques finales*

16. L'Assemblée approuve le projet de Convention de l'O.C.D.E. sous réserve de modifications proposées par la commission juridique, une telle approbation signifiant que le projet constitue un progrès vers l'établissement d'un statut général des investissements et permet une certaine harmonisation des jurisprudences qui se développent en cette matière

27. Estimant que la convention, si elle n'est pas suivie d'autres mesures, ne résoudra pas l'aspect proprement économique du problème - qui est d'apporter aux pays qui le désirent des capitaux privés qui pourraient favoriser leur développement - l'Assemblée demande à l'O.C.D.E. :

1. de maintenir la question à son ordre du jour;
2. de réexaminer, entre autres, les études antérieures de l'Assemblée en ce qui concerne notamment un système de garantie qui apparaît comme le complément nécessaire du projet de convention sur la protection des biens étrangers ;
3. de vouloir bien consulter l'Assemblée sur le projet qu'éventuellement elle élaborera en cette matière.