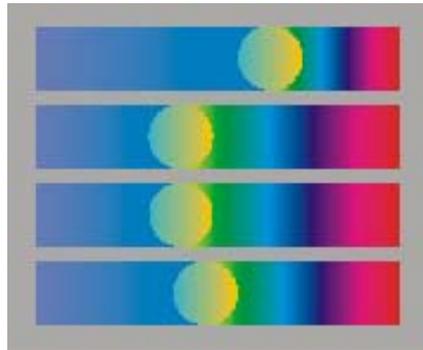


**CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE
ET LE DÉVELOPPEMENT**

**LA PROTECTION DE LA SÉCURITÉ
NATIONALE DANS LES ACCORDS
INTERNATIONAUX
D'INVESTISSEMENT (AII)**

**Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement
international au service du développement**



**NATIONS UNIES
New York et Genève, 2009**

**CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE
ET LE DÉVELOPPEMENT**

**LA PROTECTION DE LA SÉCURITÉ
NATIONALE DANS LES ACCORDS
INTERNATIONAUX
D'INVESTISSEMENT (AII)**

**Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement
international au service du développement**



**NATIONS UNIES
New York et Genève, 2009**

NOTE

C'est la CNUCED qui, au sein du système des Nations Unies, est responsable de toutes les activités relatives à l'investissement et à la technologie. S'appuyant sur trente ans d'expérience en ces domaines, elle s'emploie, par l'intermédiaire de sa Division de l'investissement et des entreprises, à faire mieux comprendre un certain nombre de questions clefs. La Division de l'investissement et des entreprises aide en outre les pays en développement à attirer l'investissement étranger, à en tirer parti et à améliorer leurs capacités de production et leur compétitivité internationale. Elle met l'accent sur une approche intégrée de l'investissement, de l'entreprise et du développement.

Dans la présente étude, le terme «pays» s'entend également, selon qu'il convient, de territoires ou de zones; les appellations employées et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites. En outre, les désignations de groupes de pays ne sont utilisées que pour des raisons de commodité statistique ou analytique et n'expriment pas nécessairement de jugement quant au degré de développement atteint par un pays ou une zone donnée.

Les signes typographiques ci-après ont été utilisés dans les tableaux:

Deux points (..) signifient que les données ne sont pas disponibles ou ne sont pas fournies séparément.

Dans le cas où aucune donnée n'était disponible pour l'ensemble des éléments composant une ligne d'un tableau, celle-ci a été omise.

Un tiret (–) signifie que l'élément considéré est égal à zéro ou que sa valeur est négligeable.

Tout blanc laissé dans un tableau indique que l'élément considéré n'est pas applicable.

Une barre oblique (/) entre deux années, par exemple 1994/95, indique qu'il s'agit d'un exercice financier.

Le trait d'union (-) entre deux années, par exemple 1994-1995, indique qu'il s'agit de la période tout entière, y compris la première et la dernière année.

Sauf indication contraire, le terme «dollar» (\$) s'entend du dollar des États-Unis d'Amérique.

Sauf indication contraire, les taux annuels de croissance ou de variation sont des taux annuels composés.

Les chiffres ayant été arrondis, leur somme et celle des pourcentages figurant dans les tableaux ne correspondent pas nécessairement aux totaux indiqués.

Le texte de la présente étude peut être cité sans autorisation sous réserve qu'il soit fait mention de la source.

UNCTAD/DIAE/IA/2008/5

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente F.09.II.D.12

ISBN 978-92-1-212369-1

ISSN 1819-5296

Copyright © United Nations, 2009
Tous droits réservés
Imprimé en Suisse

**Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement
international au service du développement**

PRÉFACE

Le secrétariat de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) administre un programme concernant les accords internationaux d'investissement. Ce programme a pour but d'aider les pays en développement à participer aussi efficacement que possible à la définition de règles en ce domaine. Il comprend trois volets: recherche et développement sur les politiques, y compris la rédaction d'études ciblées; renforcement des capacités des ressources humaines et développement institutionnel, au moyen notamment de séminaires nationaux, de colloques régionaux et de cours de formation; et soutien à la recherche d'un consensus intergouvernemental.

La présente publication s'inscrit dans le cadre d'une nouvelle série intitulée *Études sur les politiques d'investissement international au service du développement*, qui prolonge et développe la série des *Études sur des questions concernant les accords internationaux d'investissement*. Comme celle qui l'a précédée, cette nouvelle série s'adresse aux responsables gouvernementaux, aux dirigeants d'entreprise, aux représentants d'organisations non gouvernementales, aux agents d'organisations internationales et aux chercheurs.

Cette série vise à présenter une analyse équilibrée des questions qui peuvent se poser dans le contexte des travaux internationaux sur la définition de règles en matière d'investissement et sur leur incidence sur le développement. Elle a pour but de contribuer à une meilleure intelligence de questions techniques délicates et de leur interaction, et d'idées novatrices qui pourraient aider à renforcer la dimension développement des accords internationaux d'investissement.

Cette série est l'œuvre d'une équipe dirigée par James Zhan, dont les membres sont Amare Bekele, Anna Joubin-Bret, Hamed El-Kady, Joachim Karl, Jan Knoerich, Ventzislav Kotetzov, Marie-Estelle Rey, Elisabeth Tuerk et Jörg Weber. John Kline, Peter Muchlinski, Antonio Parra, Patrick Robinson, Karl P. Sauvant, Pierre Sauvé, M. Sornarajah et Kenneth Vandavelde ont participé au comité de lecture.

L'étude a été rédigée par Joachim Karl. Amare Bekele, Hamed El-Kady, Michael Gindler, Elisabeth Tuerk et Jörg Weber ont apporté d'importantes contributions. Les auteurs ont également bénéficié d'observations formulées par Gabriel Bottini, Rudolf Dolzer, Anna Joubin-Bret, Patrick Robinson, Ignacio Torterola et James Zhan. Sandra Boigontier a fait fonction d'assistante de recherche et Teresita Ventura s'est chargée de la PAO.

L'étude propose une analyse opportune d'un aspect crucial de la dimension développement des accords internationaux d'investissement, conformément au mandat renouvelé de la CNUCED relatif aux accords internationaux d'investissement, tel qu'il émane de l'Accord d'Accra (par. 151).

Le Secrétaire général de la CNUCED



Supachai Panitchpakdi

Juin 2009

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
PRÉFACE	v
RÉSUMÉ	xv
INTRODUCTION	1
I. EXPOSÉ DE LA QUESTION	7
A. Le concept changeant de sécurité nationale – de mesures visant à contrecarrer des menaces militaires à des mesures visant à maîtriser une crise économique ou à protéger des secteurs stratégiques ..	7
1. Crise économique	8
2. Protection des secteurs stratégiques	11
a) Définition des «secteurs stratégiques»	16
b) Contre qui la protection est-elle recherchée?	19
c) Seuil à partir duquel peuvent être invoqués des intérêts de sécurité nationale	27
B. Le rôle des AII	28
1. Nécessité d'établir un équilibre entre des intérêts opposés	28
2. La distinction entre les phases de préétablissement et de postétablissement d'un investissement	30
a) Les intérêts de sécurité nationale et l'entrée d'investisseurs étrangers.....	31
b) Les intérêts de sécurité nationale et le traitement des investisseurs étrangers dans la phase de postétablissement.....	33

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Page</i>
I.B. (suite)	
3. Les intérêts au titre de la sécurité nationale et la clause dite «du refus d'avantages»	35
4. Les accords internationaux d'investissement et le droit international coutumier.....	37
C. Principales questions concernant la protection des intérêts de sécurité nationale.....	40
1. Le degré d'autonomie des Parties contractantes en ce qui concerne le recours à une exception de sécurité	41
a) Clauses discrétionnaires	42
b) Clauses non discrétionnaires	44
2. Les effets d'une exception liée à la sécurité.....	46
3. Les fonds souverains en tant qu'investisseurs protégés.....	47
D. Jurisprudence internationale et sécurité nationale.....	48
1. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements	49
a) Lien entre l'exception conventionnelle et le moyen de défense du droit international coutumier fondé sur l'état de nécessité.....	50
b) Une crise économique est couverte par la clause d'exception	53
c) Exception discrétionnaire?	53

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Página</i>
I.D. (suite)	
d) Indemnisation.....	54
2. Organisation mondiale du commerce/Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.....	55
a) Interprétation des expressions «moralité publique» et «ordre public»	56
b) Nécessité de la mesure.....	57
c) Caractère discrétionnaire	58
3. Cour européenne de justice.....	60
4. Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)...	64
5. Conclusion.....	64
II. INVENTAIRE ET ANALYSE.....	77
A. Utilisation de l'expression «intérêts essentiels de sécurité» et d'expressions voisines dans les AII.....	79
1. «Intérêts essentiels de sécurité» et «sécurité nationale».....	79
2. Autres expressions utilisées	80
a) Ordre public	80
b) Extrême urgence	82
c) Moralité publique.....	83
d) Paix et/ou sécurité internationale	84
e) Mesures concernant la production, le commerce et la mise au point d'armes et autre matériel de défense.....	86

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Page</i>
II.A. (suite)	
B. Conditions auxquelles est subordonné le recours à une exception de sécurité dans les AII	88
1. Pas de discrimination arbitraire ou injustifiable.....	88
2. Restriction déguisée à l'investissement ou au commerce	90
3. Établissement d'une liste des cas dans lesquels il peut y avoir une menace aux «intérêts essentiels de sécurité».....	91
4. Conformité avec d'autres règles internationales	96
5. Caractère de la réponse du pays d'accueil.....	97
a) Clauses discrétionnaires	97
b) La nécessité comme condition objective préalable.....	99
c) Pas de référence à la «nécessité».....	101
d) Exclusion du contrôle juridictionnel	102
C. Le lien entre des exceptions liées à la sécurité et des dispositions spécifiques d'un AII	103
1. Une clause d'exception spécifique à la place d'une clause générale.....	103
a) Le droit d'établissement	103
b) Non-discrimination.....	104
c) Transfert de fonds.....	106
d) Règlement des différends entre un investisseur et l'État.....	107

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Page</i>
II.C. (suite)	
2. Exception spécifique de sécurité en plus d'une clause générale	108
a) Transparence	109
b) Entrée de visiteurs commerciaux	111
D. Non-applicabilité d'une exception au titre de la sécurité nationale à certaines dispositions d'un AII	112
III. INTERACTION AVEC D'AUTRES QUESTIONS ET CONCEPTS	119
IV. PRINCIPALES OPTIONS CONCERNANT LA PROTECTION DE LA SÉCURITÉ NATIONALE DANS LES AII	127
A. Pas d'exception liée à la sécurité nationale.....	127
B. Clarification de l'expression «intérêts essentiels de sécurité»	130
C. Caractère nécessaire de la réponse du pays d'accueil ..	133
1. Clause discrétionnaire	134
2. Clause non discrétionnaire	135
D. Moyens supplémentaires de limiter le champ d'application d'une exception liée à la sécurité	138
1. Introduction d'une disposition contraignante concernant la «bonne foi»	138
2. L'exception au titre de la sécurité nationale ne peut être invoquée qu'à l'égard de certaines dispositions d'un AII.....	139

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Page</i>
IV.D. (suite)	
3. Non-applicabilité de l'exception au titre de la sécurité nationale à certaines dispositions d'un AII.....	140
4. Examen périodique de la mesure.....	141
CONCLUSION.....	143
BIBLIOGRAPHIE.....	147
PUBLICATIONS DE LA CNUCED SUR LES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES (STN) ET L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER DIRECT (IED).....	149
QUESTIONNAIRE.....	161
<i>Encadrés</i>	
1. Projets de prise de contrôle par des intérêts étrangers – projets récents ayant subi le contre-coup de considérations liées à des intérêts au titre de la sécurité nationale ou perçus comme tels.....	11
2. Lignes directrices de l'OCDE sur les politiques d'investissement relatives à la sécurité nationale	24
<i>Tableaux</i>	
1. Interaction entre les questions et concepts.....	119
2. Principales options pour la formulation des exceptions liées à la sécurité dans les AII	131

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

ABI	Accord bilatéral d'investissement
AELE	Association européenne de libre-échange
AGCS	Accord général sur le commerce des services
AII	Accord international d'investissement
ALE	Accord de libre-échange
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain (Canada, Mexique, États-Unis)
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
CDI	Commission du droit international
CE	Communauté européenne
CEJ	Cour européenne de justice
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNOOC	China National Offshore Oil Corporation
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
FMI	Fonds monétaire international
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
IED	Investissement étranger direct
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OMC	Organisation mondiale du commerce
UE	Union européenne

RÉSUMÉ

Après près de trente ans d'un soutien pratiquement sans équivoque en faveur de la libéralisation de l'investissement, beaucoup de pays ont commencé à revoir ces politiques, et certains ont adopté des ajustements, exerçant ainsi leur droit de réglementer l'investissement étranger afin d'atteindre leurs objectifs de politique nationale. L'un des principaux domaines où une approche plus restrictive de l'investissement étranger est devenue manifeste, concerne la sécurité nationale et la protection de secteurs stratégiques et d'infrastructures essentielles¹. Certes, les préoccupations de sécurité nationale liées à l'investissement ne sont rien de nouveau et doivent même poser un problème au pays le plus libéral, mais il y a eu ces dernières années des cas de plus en plus fréquents dans lesquels des investisseurs étrangers ont été écartés pour des motifs de sécurité nationale ou soumis à d'autres mesures restrictives après l'établissement. Le plus souvent, les préoccupations de sécurité ont été invoquées dans le cas d'investissements envisagés dans des secteurs dits stratégiques et des infrastructures essentielles. Le problème a donc des conséquences qui ne se limitent pas aux activités liées à la défense, pour lesquelles l'exception au titre de la sécurité nationale a été initialement conçue.

Plusieurs raisons peuvent expliquer cette évolution:

- Premièrement, les menaces à la sécurité nationale, réelles ou perçues, sont devenues plus nombreuses. Bien que la guerre froide ait pris fin, il y a aujourd'hui beaucoup plus de conflits locaux et régionaux, et aussi beaucoup plus d'attaques terroristes qui peuvent apparemment frapper au hasard. La perception globale du risque en est fortement accrue. Les politiques relatives à l'investissement étranger ne peuvent pas ne pas tenir compte de cette évolution, car il peut y avoir davantage de cas dans lesquels l'investisseur vient d'un pays considéré comme un adversaire réel ou potentiel, ou dans

lesquels les investisseurs eux-mêmes sont considérés comme une menace potentielle pour la sécurité.

- Deuxièmement, l'énorme vague de privatisations à laquelle on a assisté au cours des dernières décennies a eu un effet inattendu, beaucoup de pays se sentant aujourd'hui plus exposés à des risques de sécurité qu'ils ne l'étaient dans le passé. De toute évidence, le contrôle par des intérêts étrangers de secteurs nationaux d'une importance vitale – tels que l'énergie, les télécommunications, le transport ou l'eau – est perçu comme un phénomène pouvant avoir des conséquences pour la sécurité nationale. Tant que ces secteurs stratégiques étaient la propriété de l'État, les gouvernements n'avaient pas à craindre de les voir tomber sous une influence étrangère. Maintenant que des pans considérables de ces secteurs ont été privatisés dans beaucoup de pays, l'éventualité d'une prise de contrôle par des intérêts étrangers est devenue une réalité.
- Troisièmement, certains pays considèrent qu'ils ont besoin d'exercer un contrôle plus strict sur leurs ressources naturelles. En conséquence, ils ont appliqué de nouvelles restrictions qui visent les investisseurs étrangers dans les industries extractives, ou ils ont exigé la renégociation de contrats d'investissement existants. Les considérations de sécurité nationale ont souvent joué un rôle important dans ces politiques.
- Quatrièmement, les pays peuvent estimer que le contrôle – intégral ou majoritaire – de secteurs stratégiques par des intérêts nationaux est un facteur crucial pour leur compétitivité. Pour les pays en développement, la question de la compétitivité comporte aussi une importante dimension développement. Étant donné qu'une érosion de la compétitivité économique et un déficit de développement économique et social peuvent générer une crise économique et sociale grave, il y a un rapport avec les préoccupations de sécurité nationale liées à l'investissement étranger.

-
- Cinquièmement, l'expansion et le rôle plus actif des entreprises d'État et des fonds souverains – plus spécialement de ceux de pays en développement – ont encore renforcé les préoccupations de sécurité nationale liées à l'investissement étranger. On redoute que leur pouvoir financier considérable ne les mette en mesure d'acheter n'importe quelle entreprise qu'ils jugeraient bon d'acquérir. De surcroît, vu que ces firmes et ces fonds appartiennent à l'État, on a soutenu qu'ils ne poursuivraient pas seulement des objectifs économiques, mais qu'ils auraient aussi des visées politiques.

Indépendamment de la question des secteurs stratégiques, les intérêts de sécurité nationale ont été invoqués ces dernières années à propos de la crise économique. Tel a été le cas, en particulier, durant la crise économique que l'Argentine a connue au début du siècle. Afin de combattre la crise, le Gouvernement argentin a pris un certain nombre de mesures qui apportaient des restrictions aux opérations des investisseurs étrangers, notamment des restrictions qui limitaient les transferts. Ces mesures touchaient donc des investisseurs déjà établis dans le pays, alors que les restrictions à l'investissement destinées à protéger des secteurs stratégiques concernent généralement l'entrée des investisseurs étrangers. L'Argentine soutenait que ces mesures étaient nécessaires pour protéger sa sécurité intérieure face à des troubles internes et à un climat généralisé de tensions sociales. Étant donné qu'une crise économique grave peut toucher n'importe quel pays – et plus particulièrement des pays en développement – le problème ne se limite aucunement à la situation qui a prévalu en Argentine.

Il y a une importante différence entre les intérêts de sécurité nationale invoqués, d'une part, dans le cas de secteurs stratégiques et, de l'autre, dans le contexte d'une crise économique, à savoir que les mesures prises par le pays d'accueil ont généralement le caractère d'une mesure de précaution dans le premier cas, alors qu'il s'agit d'une mesure réactive dans le second. Les gouvernements prennent des mesures pour protéger les secteurs stratégiques avant qu'un

dommage quelconque ne se soit produit. En revanche, un pays doit déjà se trouver dans une situation de crise économique avant que puissent être adoptées des mesures basées sur des considérations de sécurité nationale.

Si l'on se place dans la perspective d'un pays d'accueil, les impératifs de sécurité nationale ont donc de l'importance aussi bien pour les pays développés que pour les pays en développement. Les pays développés ont été les plus enclins à se référer à leurs intérêts de sécurité nationale lors de tentatives de prise de contrôle de leurs entreprises stratégiques par des investisseurs étrangers. Les pays en développement, en particulier, peuvent estimer nécessaire de le faire dans des périodes de crise économique.

On en arrive ainsi au rôle des accords internationaux d'investissement (AII) dans des situations où des restrictions sont imposées à l'investissement pour des considérations de sécurité nationale. En imposant aux Parties contractantes des obligations concernant le traitement des investisseurs étrangers, les AII imposent certaines limites au droit souverain de chaque pays de réglementer l'investissement étranger sur son territoire, y compris à sa réglementation fondée sur la sécurité nationale. Il y a donc un conflit potentiel entre l'objectif de la protection de l'investissement d'une part, et la prise en compte des préoccupations de sécurité des Parties contractantes de l'autre. Cependant, de nombreux AII dispensent expressément les Parties contractantes de la totalité ou d'une partie de leurs obligations conventionnelles dans les cas où un investissement pose une menace à la sécurité nationale. Pour les gouvernements, le défi consiste donc à trouver un équilibre approprié – à assurer un niveau suffisant de protection de leurs intérêts de sécurité nationale tout en assurant en même temps une protection de l'investissement qui soit encore suffisamment forte pour que le pays reste attractif pour l'investisseur étranger.

Le problème consistant à trouver un équilibre entre les droits et les obligations ainsi qu'entre les intérêts des investisseurs étrangers et ceux des pays d'accueil se pose avec plus d'acuité à mesure que se

renforcent les politiques destinées à protéger les secteurs stratégiques. Lorsque des pays de plus en plus nombreux justifient la protection des entreprises de ces secteurs en invoquant des considérations de sécurité nationale, les exceptions de sécurité inscrites dans les AII, dont on pensait initialement qu'elles avaient pour cible des menaces militaires et des problèmes connexes, prennent une dimension nouvelle et leur champ d'application s'élargit considérablement. De même, la crise économique mondiale a frappé de nombreux pays en développement – à des degrés divers – et personne ne peut exclure la possibilité qu'elle s'aggrave encore et débouche sur une situation d'urgence dans un nombre croissant de ces pays. De plus, une exception de sécurité peut avoir d'énormes répercussions – en exonérant la Partie contractante de toutes ses obligations au regard de l'AII.

Toutes ces considérations ont d'importantes conséquences. Premièrement, les pays qui ont conclu des AII ne comportant pas d'exception au titre de la sécurité nationale peuvent estimer nécessaire d'en avoir une, afin de préserver leur liberté d'adopter une réglementation sur les secteurs stratégiques ou face à une crise économique. Deuxièmement, les pays qui ont accepté une exception au titre de la sécurité nationale dans leur AII peuvent se demander si cette exception est assez large pour couvrir les restrictions à l'investissement étranger destinées à protéger des secteurs stratégiques ou à faire face à la crise économique. D'un autre côté, les investisseurs étrangers et leur pays d'origine peuvent avoir exactement la préoccupation inverse. Ils avaient peut-être cru que la portée d'une exception au titre de la sécurité nationale serait limitée aux questions en rapport avec la défense, alors qu'ils peuvent se trouver confrontés à une situation où la clause produit des effets beaucoup plus larges et inattendus. Troisièmement, il y a la question de savoir si ce nouveau contexte exige que des ajustements soient apportés aux AII quant aux conditions en vertu desquelles l'exception peut être invoquée. Il semble probable qu'en réponse à une menace à la sécurité nationale les Parties contractantes puissent se réserver un plus large pouvoir discrétionnaire en cas de menace militaire ou autre situation d'urgence que dans des situations où sont en question des intérêts politiques et

économiques et des enjeux de compétitivité liés à la protection de secteurs stratégiques qui ne connaissent pas de réelle situation de crise.

L'examen entrepris pour la présente étude indique qu'il n'y a jusqu'à présent qu'une minorité d'AII qui comportent, sous une forme ou une autre, une exception au titre de la sécurité nationale et que de telles clauses sont plus fréquentes dans les accords concernant l'entrée d'investissements étrangers que dans les traités limités à la phase postérieure à l'établissement. Cela peut s'expliquer par le fait que les préoccupations de sécurité nationale en rapport avec l'investissement étranger concernent surtout la question de l'admission.

Les pays ont adopté diverses approches en ce qui concerne le libellé de la clause d'exception au titre de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement. Il y a des différences quant à l'expression utilisée (par exemple, sécurité nationale, intérêts essentiels de sécurité, paix et sécurité internationales, ou ordre public), quant aux conditions en vertu desquelles l'exception peut être invoquée et quant au degré d'autonomie que les Parties contractantes se réservent pour déterminer s'il existe une menace à la sécurité nationale et comment y répondre. Les pays qui envisagent d'insérer une exception au titre de la sécurité nationale dans les AII sont donc confrontés à des choix d'une importance cruciale.

En ce qui concerne le libellé et les conditions d'application de la clause, il est difficile de discerner une tendance prédominante. Beaucoup dépend de l'interprétation plus ou moins large ou plus ou moins restreinte que les Parties contractantes donnent de la «sécurité nationale» et des termes et expressions connexes dans leur système juridique interne, et du point de savoir si elles cherchent surtout une protection contre les «risques classiques» auxquels est exposée la sécurité nationale, ou une protection dans un sens plus large. Dans ce contexte, il est important de noter que la tendance au renforcement de la protection des secteurs stratégiques au niveau national ne s'est pas (encore) traduite par une politique systématique consistant à réclamer une clause expresse à cet effet dans les accords internationaux

d'investissement. Une explication pourrait être que la plupart des AII ne créent pas d'obligations en ce qui concerne l'entrée des investisseurs étrangers alors que – comme on l'a déjà noté – la protection des secteurs stratégiques est d'abord un problème d'admission. Une autre explication pourrait être, soit que les Parties contractantes à l'AII ne souhaitent pas une telle exception, soit qu'elles considèrent qu'une clause «normale» au titre de la sécurité nationale est suffisante pour s'appliquer également aux secteurs stratégiques. En revanche, divers AII mentionnent expressément la protection de l'ordre public ou les troubles internes graves, ce qui semble s'appliquer aux situations de crise économique grave.

De même, il est difficile de discerner une tendance dominante en ce qui concerne l'autre question cruciale – le point de savoir si l'exception au titre de la sécurité nationale devrait être de nature discrétionnaire ou pas. De toute évidence, la première solution confère aux Parties contractantes davantage de pouvoir d'appréciation dans l'application de la clause – approche qui n'est pas nécessairement la plus appropriée quand il s'agit de protéger des secteurs stratégiques. Cependant, comme il est expliqué à la section I.C.1, les différences entre les deux options pourraient être moins tranchées qu'il n'y paraît de prime abord.

La clause dite du «refus d'avantages», que l'on peut rencontrer dans certains AII, est étroitement liée à l'exception au titre de la sécurité nationale. Une telle clause donne généralement aux Parties contractantes le droit de refuser à un investissement les avantages prévus par le traité si l'investissement est sous le contrôle d'investisseurs d'un État tiers avec lequel la Partie contractante auteur du refus d'avantages n'entretient pas de relations diplomatiques. Cette clause peut donc être aussi utilisée pour refuser à des investisseurs étrangers l'accès à des secteurs stratégiquement sensibles, bien que les conditions auxquelles est subordonnée une telle action – l'absence de relations diplomatiques avec l'État d'origine de l'investisseur exerçant le contrôle – soient beaucoup plus restrictives que dans le cas d'une clause au titre de la sécurité nationale.

À la lumière de l'évolution récente, les négociateurs d'accords internationaux d'investissement voudront peut-être accorder davantage d'attention à la possibilité d'étendre aux secteurs stratégiques et aux crises économiques la portée des exceptions au titre de la sécurité nationale et autres concepts connexes. Ils doivent se demander s'ils ont besoin d'une exception de sécurité qui soit une exception large et non définie leur donnant le maximum de pouvoir discrétionnaire, ou s'ils préfèrent une clause plus limitée offrant une meilleure sécurité juridique et davantage de prévisibilité. Dans le dernier cas, les Parties contractantes à un AII ont diverses options pour mieux clarifier la portée d'une exception au titre de la sécurité nationale et les conditions en vertu desquelles l'exception s'applique. Entre autres, ils peuvent cerner avec davantage de précision le sens de l'expression «sécurité nationale» et les situations dans lesquelles la clause d'exception devrait s'appliquer. En outre, on pourrait envisager des conditions préalables supplémentaires pour invoquer l'exception, notamment une exigence expresse de bonne foi en ce qui concerne l'utilisation de la clause, et un examen périodique aux fins de déterminer si la nécessité persiste de maintenir la restriction à l'investissement fondée sur la sécurité. Toutes ces options permettraient d'éviter que la question des exceptions au titre de la sécurité nationale se résume à un choix tranché entre «tout noir ou tout blanc» et faciliteraient l'adoption de solutions plus différenciées assurant un juste équilibre entre les intérêts des Parties contractantes et des investisseurs étrangers.

Note

¹ On peut faire une distinction entre «secteurs stratégiques» et «infrastructures essentielles». Si la première expression se réfère à tous les secteurs qu'un État considère d'une importance cruciale pour le développement économique du pays, la seconde expression est limitée au secteur infrastructurel, qui est important non seulement pour des raisons économiques mais aussi pour le bien-être de la société (par exemple pour l'accès à l'eau et à l'assainissement). Les deux expressions ne sont donc pas identiques, mais dans le présent document l'expression «secteurs stratégiques» est utilisée dans les deux sens afin de «faciliter» la lecture.

INTRODUCTION

Une tendance est apparue récemment qui consiste à invoquer des considérations de sécurité nationale dans un contexte économique. Un certain nombre de récentes décisions arbitrales rendues à l'occasion de la crise économique de l'Argentine dans les premières années du nouveau Millénaire portaient sur la question de savoir si cette situation constituait une menace à la sécurité nationale du pays et justifiait donc l'imposition de restrictions aux investisseurs étrangers¹. N'importe quel pays peut être éventuellement frappé par une crise économique ou financière grave. Les pays en développement sont particulièrement exposés, comme le montrent de nombreux exemples passés et présents. Tout récemment, les crises que l'on a connues dans les secteurs de l'alimentation et de l'énergie ont provoqué des émeutes et autres formes de violence en plusieurs points de la planète. Il est donc possible qu'il y ait à l'avenir encore davantage de pays qui se sentent obligés d'adopter des mesures d'urgence, et que ces interventions comportent des restrictions visant l'investissement étranger.

Aussi importantes que puissent être ces mesures d'urgence du point de vue du pays d'accueil, elles peuvent causer un préjudice considérable aux investisseurs étrangers et risquent d'avoir un effet négatif sur le climat de l'investissement. Elles pourraient même exacerber la crise, à court terme du moins, si des capitaux étrangers hautement nécessaires fuient le pays et s'il n'y a plus d'entrées d'argent frais. Les mesures d'urgence adoptées dans des périodes de crise économique peuvent donc être à double tranchant, et il pourrait être d'une importance cruciale d'éviter des réactions excessives de la part des gouvernements.

De plus, des pays de plus en plus nombreux se montrent hésitants, voire hostiles, quand il s'agit d'autoriser des investisseurs étrangers à acquérir des sociétés considérées comme des entreprises d'importance stratégique. Bien souvent, il y a à la base de ces politiques un panaché de considérations politiques et économiques – par exemple le désir de

garder le contrôle des ressources naturelles nationales ou d'infrastructures essentielles, et la conviction qu'une prise de contrôle par des intérêts étrangers pourrait compromettre les efforts faits par le gouvernement pour renforcer la compétitivité et améliorer les perspectives de développement d'un pays. En particulier, les investissements de fonds souverains étrangers et le risque potentiel que leurs décisions d'investissement ne soient pas exemptes de considérations politiques ont amené à réclamer une surveillance plus stricte de leurs activités. Dans quelques cas, ces préoccupations n'ont pas seulement influencé la réalisation de nouveaux investissements dans le pays d'accueil, elles se sont aussi traduites par le désinvestissement forcé d'investissements existants ou par des amendements apportés à leurs modalités de fonctionnement.

Les changements importants qui se produisent actuellement dans le profil des flux internationaux d'investissement pourraient encore renforcer ces tendances. À mesure que les économies émergentes deviennent de puissants acteurs économiques et politiques, elles investissent davantage dans des pays étrangers. Les flux d'investissement qui étaient auparavant à sens unique – à partir de pays développés vers des pays en développement – donnent lieu de plus en plus à une intense circulation dans les deux sens. Ce phénomène marque le début d'une nouvelle phase de la mondialisation dans laquelle les investisseurs de pays émergents (comme le Brésil, la Chine, l'Inde, la Fédération de Russie et l'Afrique du Sud) jouent un rôle de plus en plus dynamique.

Comment les pays développés réagiront-ils à ces changements dans les rapports de force? Vont-ils accueillir sans condition aucune des flux nettement plus importants d'investissements en provenance des économies émergentes? Ou vont-ils adopter une attitude plus restrictive? En particulier, lorsqu'il s'agit d'investissements provenant de fonds souverains, l'évolution récente observée dans différents pays développés conduit à des conclusions nuancées. Bien que les pays développés, en général, soient restés jusqu'à présent ouverts à ces investissements, on ne peut pas exclure la possibilité qu'ils adoptent

une attitude plus défensive en raison de la crise économique et de ses séquelles. En effet, des tendances protectionnistes sont déjà visibles, et elles peuvent même s'intensifier encore à mesure que l'économie mondiale se redresse et que les fonds publics commencent à se retirer de sociétés phares renflouées pendant la crise. Étant donné que le pouvoir économique et financier des fonds souverains se renforce, ils pourraient chercher à prendre le contrôle de firmes stratégiques dans lesquelles ils détiennent des participations. En conséquence, le risque existe qu'un cocktail d'arguments politiques et de réactions psychologiques l'emporte sur le raisonnement économique.

Il y a aussi un risque plus sérieux. Si la protection des secteurs stratégiques faisait tache d'huile entre les pays, cela pourrait avoir de graves répercussions sur la croissance économique, empêcher une allocation optimale des ressources, et entraîner une forte distorsion de l'investissement. Les conséquences économiques pourraient être d'autant plus sérieuses que, dans la plupart des pays, les secteurs stratégiques sont parmi les secteurs les plus importants et les plus intéressants – non seulement du point de vue du pays d'accueil, mais souvent aussi dans la perspective du pays d'origine de l'investisseur. Si ce dernier se voit interdire d'effectuer un investissement à l'étranger, cela peut aussi avoir de sérieuses répercussions sur les stratégies de développement du pays d'origine².

Incontestablement, c'est le droit souverain des pays d'accueil de réglementer l'investissement étranger, et ce droit comporte la possibilité d'imposer des restrictions pour des raisons liées à la sécurité nationale. Il appartient aussi aux pays d'accueil de décider comment ils définissent la «sécurité nationale» et dans quelles circonstances ils considèrent que cet intérêt est menacé. Cela leur confère un énorme pouvoir discrétionnaire de décider si tel ou tel investissement étranger met ou non en danger leur sécurité nationale, et comment y réagir. D'un autre côté, une société étrangère qui envisage de faire un investissement à l'étranger demande de la sécurité et de la clarté juridique quant aux conditions de l'investissement dans le pays d'accueil. Une politique des pays

d'accueil en matière d'investissement étranger qui serait basée sur un vague concept de sécurité nationale peut donc avoir un effet dissuasif sur les investisseurs étrangers, indépendamment du point de savoir si elle serait effectivement appliquée dans un cas spécifique.

La présente étude examine quel rôle les accords internationaux d'investissement (AII) peuvent jouer dans ce contexte, et quelles approches ces traités ont adoptées en ce qui concerne les exceptions au titre de la sécurité nationale. De telles exceptions ont été incorporées à la plupart des récents accords de libre-échange (ALE) comportant des dispositions relatives à l'investissement, et dans 12 % des accords bilatéraux d'investissement (ABI) passés en revue³. La question de la sécurité nationale pourrait prendre davantage d'importance dans les futures négociations pour la conclusion d'AII, vu le nombre croissant d'États qui adoptent, ou envisagent d'adopter, une législation nationale visant à restreindre pour des motifs de sécurité nationale les prises de contrôle par des intérêts étrangers, et à assurer un contrôle plus strict de l'État sur des secteurs stratégiques comme les ressources naturelles et les industries extractives (CNUCED, 2008).

Les AII imposent certaines limites aux Parties contractantes en ce qui concerne la réglementation de l'investissement étranger sur leur territoire. Il s'ensuit qu'ils pourraient aussi limiter le droit d'un pays d'imposer des restrictions à l'investissement étranger pour des considérations de sécurité nationale. Cependant, dans la mesure où des AII comportent une telle exception, il se pourrait que les contraintes que ces AII imposent aux gouvernements ne soient plus applicables. Les décideurs et les investisseurs étrangers doivent donc être, les premiers comme les seconds, au courant des diverses interactions entre les politiques en matière de sécurité nationale, la conclusion des AII et les exceptions au titre de la sécurité nationale dans le traité d'investissement.

Manifestement, il y a un conflit potentiel entre l'objectif général de ces traités, qui consiste à promouvoir et protéger l'investissement étranger, et le désir légitime des pays d'accueil de sauvegarder leurs

intérêts de sécurité nationale. Un débat sur le «juste» équilibre entre ces objectifs potentiellement contradictoires des AII devient d'autant plus nécessaire que la protection des secteurs stratégiques, ainsi que les mesures d'urgence adoptées dans les périodes de crise économique, ajoutent de nouveaux éléments importants au sens potentiel de l'expression «sécurité nationale», et pourraient donc modifier l'équilibre en faveur d'une souveraineté accrue de l'État au détriment de la protection de l'investissement.

En examinant le rôle des AII dans ce contexte, la présente étude tente d'apporter une réponse aux questions suivantes:

- Dans quelle mesure les AII comportent-ils des règles spécifiques relatives à la sécurité nationale?
- Quel est le concept de «sécurité nationale» qu'utilisent les AII?
- Quelle est l'approche adoptée par les AII en ce qui concerne le droit des Parties contractantes d'invoquer une exception au titre de la sécurité nationale?
- Jusqu'où s'étendent les effets juridiques d'une exception au titre de la sécurité nationale?
- Quelles sont les options disponibles pour les négociateurs en matière d'exceptions au titre de la sécurité nationale, et serait-il utile de faire une distinction entre différents types de menace?
- Quel est le rôle de l'arbitrage international dans ce contexte et, en particulier, quelle interprétation les juridictions arbitrales ont-elles donnée du concept de sécurité nationale?

L'étude s'articule autour des grandes lignes définies par la série de publications de la CNUCED sur les problèmes posés par les accords internationaux d'investissement⁴. Elle est donc structurée comme suit:

- Exposé de la question de la sécurité nationale dans le contexte des AII, y compris un examen de l'évolution récente observée dans les législations nationales et les décisions administratives;

- Inventaire des exceptions au titre de la sécurité nationale dans les AII, notamment dans les traités bilatéraux d'investissement, les accords régionaux et les accords de libre-échange;
- Interaction des exceptions au titre de la sécurité nationale avec d'autres problèmes et concepts dans les AII;
- Options à la disposition des négociateurs d'AII en ce qui concerne les exceptions au titre de la sécurité nationale dans ces accords.

Notes

¹ Voir la section I.D.1.

² Pour une analyse du problème, voir CNUCED (2006).

³ Des exceptions au titre de la sécurité sont incorporées systématiquement aux accords bilatéraux d'investissement (ABI) conclus par l'Allemagne, l'Inde, la Belgique-Luxembourg, le Canada, les États-Unis et, dans une moindre mesure, par le Mexique. Ces exceptions apparaissent parfois sous un nom différent, par exemple, «intérêts essentiels de sécurité» ou «ordre public». Le texte de tous les AII mentionnés dans la présente étude peut être consulté à l'adresse <http://www.unctad.org/ia>.

⁴ Voir <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2322&lang=1>.

I. EXPOSÉ DE LA QUESTION

Quatre questions fondamentales viennent à l'esprit quand on examine le problème que pose une exception au titre de la sécurité nationale dans les AII:

- A. Quel est le point central du débat actuel sur l'investissement étranger et la sécurité nationale?
- B. Quel rôle les AII jouent-ils dans ce débat?
- C. Quels sont les principaux problèmes de fond qui se posent lors de la négociation d'une exception au titre de la sécurité nationale dans les AII?
- D. Comment la jurisprudence internationale a-t-elle évolué dans ce domaine?

A. Le concept changeant de sécurité nationale – de mesures visant à contrecarrer des menaces militaires à des mesures visant à maîtriser une crise économique ou à protéger des secteurs stratégiques

Le concept de «sécurité nationale» est un concept large et potentiellement ambigu. D'après la définition qu'en donne l'*Oxford English Dictionary* l'expression se réfère à la «sécurité d'une nation et à la protection de sa population, de ses institutions, plus spécialement contre une menace militaire, ou contre l'espionnage, le terrorisme, etc.». Cette définition n'est exhaustive ni en ce qui concerne l'objet de la protection ni en ce qui concerne l'origine de la menace. S'il est donc clair que la sécurité de la nation et de la population est au cœur de la disposition, on pourrait logiquement soutenir que la protection de la santé de la population ou la protection de l'environnement entre également dans son champ d'application, ainsi que les menaces visant le système général – politique, économique et financier – d'un pays, y compris l'infrastructure nationale et les traditions culturelles. De même, des causes très diverses peuvent être à l'origine d'une menace

à la sécurité nationale. En plus des cas susmentionnés de menace militaire, d'espionnage et de terrorisme, il peut y avoir des risques résultant, par exemple, de la propagation de maladies, de catastrophes naturelles, de désordres civils, de crises économiques graves ou de tentatives de prise de contrôle d'entreprises nationales d'une importance cruciale par des intérêts étrangers. Le concept de sécurité nationale étant un concept mouvant, il s'ensuit qu'il peut y avoir à l'avenir de nouvelles menaces à la sécurité nationale qui sont aujourd'hui inconnues.

1. Crise économique

Deux questions importantes sont apparues ces dernières années en ce qui concerne les préoccupations de sécurité nationale dans le contexte de l'investissement étranger. L'une a trait au rapport entre crise économique et sécurité nationale. Il y a eu sur la question de l'investissement plusieurs différends récents qui portaient sur le point de savoir si la crise économique qui a frappé l'Argentine au début du nouveau Millénaire constituait une menace à la sécurité nationale du pays et si cela pouvait être un moyen de défense valable contre les prétentions d'un investisseur affirmant que l'Argentine avait violé les obligations auxquelles elle était tenue en vertu de l'ABI qu'elle avait conclu avec les États-Unis d'Amérique¹.

Toutes les juridictions ont été d'accord pour estimer que l'article 11 de l'ABI visait aussi les situations de crise économique et ne s'appliquait donc pas seulement aux menaces militaires et politiques. Par exemple, dans l'affaire *Gas Transmission*, la juridiction a dit qu'«il n'y avait rien ni dans le contexte du droit international coutumier ni dans l'objet ou dans le but du Traité qui pût, à lui seul, exclure les crises économiques majeures du champ d'application de l'article 11»². De plus «si le concept d'intérêts essentiels de sécurité devait se limiter aux préoccupations immédiates de sécurité politique et nationale, plus particulièrement à celles ayant un caractère international, et devait exclure d'autres intérêts, par exemple des situations d'urgence économique majeure, cela pourrait avoir pour résultat une interprétation déséquilibrée de l'article 11»³.

De même, dans l'affaire *LG&E*, la juridiction a rejeté l'idée que l'article 11 était uniquement applicable dans des circonstances constituant une action militaire et une guerre. À son avis, conclure qu'une crise économique grave ne pouvait pas constituer un problème de sécurité nationale, c'était «minimiser le chaos que l'économie pouvait provoquer dans la vie d'une population entière et l'aptitude du gouvernement à gouverner»⁴. Dans l'affaire *Continental casualty*, la juridiction a rappelé que «le droit international ne méconnaissait pas la nécessité pour les États d'être en mesure d'exercer leur souveraineté dans l'intérêt de leur population à l'abri de menaces tant internes qu'externes visant leur sécurité et le maintien d'un ordre intérieur paisible»⁵. Quand les fondements économiques d'un État étaient assiégés, la sévérité de l'impact pouvait être éventuellement égale à celle de n'importe quelle invasion militaire. En conséquence, bien qu'elles aient utilisé des approches interprétatives différentes, les juridictions étaient arrivées à la même conclusion, c'est-à-dire que, par principe, l'expression «intérêts essentiels de sécurité» s'appliquait également aux crises économiques graves.

Malgré ce résultat, il y a eu néanmoins des divergences entre les juridictions dans leur évaluation du niveau de gravité de la crise économique argentine. Alors que dans l'affaire *CMS* la juridiction a dit que «la crise économique était grave mais ne se traduisait pas par un effondrement économique et social total»⁶, dans l'affaire *LG&E* la juridiction a estimé que «du 1^{er} décembre 2001 au 20 avril 2003 l'Argentine avait connu une période de crise pendant laquelle il était nécessaire de prendre des mesures afin de préserver l'ordre public et de protéger ses intérêts essentiels de sécurité»⁷. Dans l'affaire *Continental Casualty*, la juridiction, sans délimiter la période de la crise, a conclu que pour invoquer la clause de sécurité nationale «il n'est pas nécessaire que la situation ait déjà créé des conditions imposant la suspension des garanties constitutionnelles et des libertés fondamentales»⁸.

Selon la juridiction saisie de l'affaire *CMS*, seule une crise économique mettant en péril l'existence d'un État serait d'une

ampleur suffisante pour satisfaire aux dispositions de l'article 11 de l'ABI. Elle a nié qu'il existait une telle situation. De même, dans les affaires *Enron* et *Sempra*, les juridictions ont estimé que la crise argentine était grave. Pourtant, elles ont jugé, elles aussi, que l'argument selon lequel «une telle situation compromettrait l'existence même de l'État et son indépendance et pouvait donc être considérée comme une situation mettant en jeu un intérêt essentiel de l'État n'était pas convaincant»⁹.

Au contraire, dans l'affaire *LG&E*, la juridiction a examiné les principaux indicateurs économiques et conclu que toutes ces conditions dévastatrices prises ensemble déclenchaient les mesures de protection autorisées en vertu de l'article 11 du Traité afin de maintenir l'ordre et de maîtriser les désordres civils¹⁰. Elle a constaté que «les crises extrêmement graves des secteurs économiques, politiques et sociaux atteignaient un paroxysme et convergeaient en décembre 2001, menaçant de provoquer l'effondrement total du Gouvernement et de l'État argentin»¹¹. De même, dans l'affaire *Continental Casualty*, la juridiction est parvenue à la conclusion que «la crise provoquait l'abandon soudain et chaotique du principe cardinal de la vie économique du pays»¹². Il y avait donc des divergences entre les juridictions quant à leur interprétation de la base factuelle de l'affaire.

Pour conclure, lorsqu'un AII comporte une exception au titre de la sécurité nationale, les Parties contractantes peuvent être relativement certaines que, dans l'éventualité d'une crise économique, cette clause est, en principe, applicable. Cependant, elles ont peut-être moins de certitude quant au degré de gravité que doit avoir la crise pour que l'exception au titre de la sécurité nationale soit pertinente. Cela pourrait avoir des conséquences sur le libellé des exceptions au titre de la sécurité nationale dans les futurs accords internationaux d'investissement¹³.

2. Protection des secteurs stratégiques

La deuxième question que soulèvent les préoccupations de sécurité nationale a trait au contrôle par des intérêts étrangers de secteurs nationaux et d'entreprises nationales que le pays d'accueil considère comme des secteurs et des entreprises d'importance stratégique. Les cas dans lesquels des firmes étrangères ont été écartées ou soumises à d'autres formes de restrictions parce qu'elles cherchaient à investir dans des secteurs ou des entreprises d'importance stratégique sont aujourd'hui beaucoup plus fréquents que les cas dans lesquels l'accès a été refusé pour des motifs de sécurité nationale tels qu'ils sont définis dans un sens étroit (voir encadré 1). Dans la plupart des cas, ces mesures ont rendu plus difficiles les opérations des investisseurs étrangers. De telles mesures comprennent de nouvelles restrictions aux prises de contrôle par des intérêts étrangers, la nationalisation du secteur pétrolier et autres secteurs sensibles, la renégociation des contrats de concession conclus avec des investisseurs étrangers, et l'adoption de nouvelles listes de secteurs dans lesquels des limites seraient imposées à l'investissement étranger direct (IED) entrant.

Encadré 1

Projets de prise de contrôle par des intérêts étrangers – projets récents ayant subi le contre-coup de considérations liées à des intérêts au titre de la sécurité nationale ou perçus comme tels

Le nombre de cas où des gouvernements ont bloqué, pour des raisons liées à la sécurité nationale, des investissements étrangers dans des secteurs ou des entreprises clefs du pays a augmenté ces dernières années. Les inquiétudes ont été particulièrement vives lorsque les sociétés auteurs du projet d'acquisition avaient des liens étroits avec les gouvernements de leur pays d'origine. Les secteurs les plus touchés étaient notamment le pétrole et le gaz, et autres segments des industries extractives, ainsi que les technologies de l'information et de la communication et autres

services d'infrastructure (CNUCED, 2006). On trouvera ci-après quelques exemples:

L'un des premiers cas qui a fortement retenu l'attention concernait la China Offshore Oil Corporation (CNOOC), société pétrolière chinoise appartenant à l'État, qui avait annoncé en 2005 son intention d'acquérir Unocal, qui était, par ordre d'importance, la neuvième société pétrolière des États-Unis. Le projet d'acquisition a suscité des inquiétudes qui concernaient la sécurité nationale, des conditions de concurrence supposées déloyales et le risque de fuites technologiques. Après une intervention du Congrès des États-Unis, CNOOC a retiré son offre et Unocal a finalement fusionné avec la société Chevron, qui a son siège social aux États-Unis (CNUCED, 2006).

En mars 2006, le Congrès des États-Unis a bloqué le projet d'acquisition d'une société britannique, Peninsular and Oriental (P&O), par Dubai Ports World. L'opération envisagée aurait placé six ports des États-Unis, y compris ceux de New-York et de Philadelphie, sous le contrôle de Dubai Ports World (Singh, 2007).

En Europe, le Gouvernement espagnol a réussi en 2005 à empêcher l'acquisition de la compagnie espagnole d'électricité Endesa par l'entreprise allemande E.ON. Dans la même veine, le Gouvernement français s'est opposé à l'acquisition de Suez par la firme italienne ENEL. Ce résultat a été obtenu en favorisant la fusion de Gaz de France et de Suez, ce qui a créé un «champion national».

L'offre d'un montant de 22,7 milliards de dollars lancée en 2005 par Mittal Steel pour l'acquisition de la société luxembourgeoise Arcelor s'est heurtée à une résistance politique de la part des Gouvernements français, luxembourgeois et espagnol. Arcelor, société enregistrée au Luxembourg, était une société européenne du secteur de la sidérurgie, créée en 2001 à la suite de la fusion de la société espagnole Arcelaria, de la société

française Usinor et de la société luxembourgeoise Arbed. Comme l'offre faite par Mittal était financièrement intéressante, la majorité des actionnaires d'Arcelor n'a pas tenu compte des préoccupations des gouvernements et a approuvé l'acquisition en juin 2006 (Singh, 2007).

Des préoccupations de sécurité liées à l'investissement étranger sont également apparues sur certains marchés émergents. La Chine, par exemple, a soumis à un examen poussé les projets de prise de contrôle de certaines entreprises nationales d'importance stratégique par des intérêts étrangers (Sauvant, 2006). Des préoccupations de sécurité nationale ont été exprimées récemment au sujet de secteurs ou d'entreprises qui ne seraient pas partout considérés comme présentant des risques de sécurité. Par exemple, des préoccupations de sécurité sont à l'origine de la décision prise en novembre 2005 par le Gouvernement indien de s'opposer à l'offre lancée par la société Hutchison Whampoa de Hong Kong (Chine) pour l'acquisition d'un terminal à conteneurs du port de Mumbai (CNUCED, 2006).

L'investissement étranger dans le secteur de l'énergie – en particulier dans le pétrole et le gaz – a été particulièrement exposé à des préoccupations de sécurité nationale au cours des dernières années. Plusieurs pays ont adopté de nouvelles restrictions à l'investissement étranger ou, sinon, ont cherché à modifier le régime contractuel des activités des sociétés concernées. En Fédération de Russie, par exemple, des sociétés pétrolières ont dû céder le contrôle de grands projets qu'elles avaient acquis dans les années 1990. Les exemples les plus notables sont la vente par Royal Dutch Shell d'une participation majoritaire dans le projet Sakhaline-2, et la vente par British Petroleum de sa participation dans le gisement gazier de Kovykta. Dans les deux cas, l'acheteur était le monopole gazier russe Gazprom, qui est contrôlé par l'État.

Plusieurs pays latino-américains ont renégocié des contrats d'investissement conclus avec des investisseurs étrangers dans des secteurs stratégiques, avec pour objectif de parvenir à un meilleur équilibre entre la société étrangère et le pays d'accueil. En Bolivie, toutes les transnationales étrangères du secteur pétrolier ont accepté de transformer leurs contrats relatifs au partage de la production en contrats d'exploitation, et de transférer le contrôle des ventes à Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos, société pétrolière bolivienne contrôlée par l'État, comme stipulé dans le décret de mai 2006 sur la nationalisation des ressources pétrolières et gazières. De plus, le Gouvernement est parvenu en 2007 à un accord avec la société brésilienne Petrobras aux fins de renationaliser deux raffineries de pétrole que la société Petrobras avait acquises en 1999. Le Gouvernement s'apprête également à prendre le contrôle d'Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel) – actuellement contrôlée par Telecom Italia – qui a été nationalisée en 1996 (CNUCED, 2007a). En Équateur, une loi de 2007 autorise l'État à imposer au taux de 60 % les bénéfices pétroliers des sociétés étrangères si le prix du pétrole dépasse certains niveaux repères (Singh, 2007). En 2007, la République bolivarienne du Venezuela a adopté un décret conférant à la société d'État PDVSA une part majoritaire, avec une option lui permettant d'acquérir le contrôle du capital de quatre autres sociétés dans le riche bassin pétrolier de l'Orénoque. La République bolivarienne du Venezuela a aussi fait passer d'autres secteurs sous le contrôle de l'État, notamment les télécommunications, l'électricité, et les industries extractives hors combustibles. En ce qui concerne les industries extractives hors combustibles, l'Assemblée nationale a approuvé en 2006 un projet de loi sur la réforme de la loi relative aux industries extractives (CNUCED, 2007a).

Source: CNUCED.

S'il peut y avoir des différences entre les termes utilisés pour désigner les activités en question – on peut parler, par exemple, d'«infrastructures stratégiques», de «secteurs vitaux», ou de «champions nationaux» – l'objectif est toujours le même: être en mesure d'empêcher des sociétés étrangères d'investir dans des secteurs dont on considère qu'ils ont une importance critique pour une société, ou – lorsqu'un tel investissement a déjà eu lieu – avoir le droit de mettre fin à cet investissement ou de le soumettre à d'autres restrictions¹⁴.

Il y a plusieurs raisons qui expliquent pourquoi la protection des secteurs stratégiques a attiré autant d'attention. L'une a trait à la privatisation. Tant que les entreprises stratégiques – notamment dans les secteurs infrastructurels – appartenaient à l'État il n'y avait pas de risque qu'elles puissent tomber sous un contrôle étranger. Les investisseurs, qu'il s'agisse de nationaux ou d'étrangers, n'avaient simplement pas le droit d'investir dans ces secteurs d'activité. À présent que la privatisation s'étend à des secteurs stratégiques dans beaucoup de pays, les investisseurs étrangers ont désormais la possibilité d'acquérir des participations dans ces secteurs. Dans beaucoup de pays, cependant, les voix qui disent que cela ne devrait pas être autorisé le disent plus fort, ou tout au moins disent qu'il devrait y avoir des sauvegardes afin de limiter l'influence étrangère dans ces secteurs.

De plus, il y a dans beaucoup de pays en développement un certain mécontentement au sujet des opérations de privatisation qui ont eu lieu dans le passé. Des voix se sont fait entendre qui déploraient que les contrats de privatisation aient été trop favorables aux intérêts étrangers et estimaient que leur renégociation serait nécessaire pour réaliser un meilleur équilibre entre les intérêts en jeu. Dans la plupart des cas, ces contrats d'investissement concernent des secteurs stratégiques comme l'énergie ou la distribution d'eau¹⁵.

En outre la tendance récente à l'augmentation de la demande mondiale d'énergie et d'autres produits de base a confirmé l'importance considérable de ces secteurs d'activité comme moyen

permettant aux pays d'accueil de générer des recettes substantielles et de renforcer leur poids politique et économique. Bien que la demande soit aujourd'hui déprimée, il n'est pas surprenant que ces pays soient plus désireux que jamais d'affirmer leur autorité sur ces secteurs d'activité et considèrent que ce contrôle est une question d'intérêt national.

Les questions suivantes sont particulièrement pertinentes dans le débat actuel:

a) Définition des «secteurs stratégiques»

En l'absence de consensus international sur le sens et la portée de cette expression, chaque pays a sa propre définition de ce qu'il entend par entreprises ou «secteurs stratégiques». Bien que plusieurs conventions internationales aient tenté de clarifier l'expression «sécurité nationale», il n'existe aucune clarification analogue de l'expression «secteurs stratégiques». Souvent, il n'y a pas de distinction claire entre les deux concepts, c'est-à-dire que les pays protègent leurs secteurs stratégiques parce qu'ils l'estiment nécessaire pour leur sécurité nationale. En conséquence, il y a de grandes incertitudes quant aux conditions en vertu desquelles la législation nationale des pays d'accueil permet de bloquer l'entrée d'investisseurs étrangers ou d'intervenir de toute autre manière dans la conduite de leurs opérations.

Un éventail potentiellement large de secteurs peut être considéré comme «stratégiquement important». Une importante catégorie est celle de l'infrastructure nationale, y compris les télécommunications, le transport, l'énergie et la distribution d'eau. L'agriculture peut être un autre secteur qu'un pays considère crucial pour sa survie. De plus, il peut y avoir dans tel ou tel pays des secteurs d'activité spécifiques qui ont une aussi grande importance pour l'économie nationale et que le pays en question considère comme des secteurs stratégiques. Par exemple, un pays peut être tributaire d'un secteur spécifique ou même d'une société spécifique pour générer des recettes en devises, ou il

peut considérer qu'un autre secteur est d'une importance cruciale pour son développement technologique ultérieur.

Les pays d'accueil et les investisseurs étrangers ont des intérêts potentiellement divergents en ce qui concerne la définition des secteurs «stratégiques». Les pays d'accueil pourraient préférer un concept relativement large qui laisse au gouvernement suffisamment de pouvoir discrétionnaire pour désigner des secteurs stratégiques, y compris pour ajouter à la liste ou y supprimer telle ou telle activité. En revanche, il est plus probable que les investisseurs aient intérêt à ce que la définition des secteurs «stratégiques» – si on ne peut pas éviter d'avoir une telle définition – soit aussi restreinte que possible, et à ce que soient établis des critères pour déterminer si une entreprise est «d'importance stratégique» ou non.

On peut distinguer au niveau national deux concepts fondamentaux en ce qui concerne la définition des secteurs qui sont des secteurs sensibles pour des considérations de sécurité nationale ou qui ont une importance stratégique. Une approche consiste essentiellement à laisser ces expressions sans définition, ce qui donne le maximum de pouvoir discrétionnaire aux autorités nationales pour appliquer le concept dans un cas concret. À l'autre extrémité, il y a la méthode consistant pour un pays à établir une liste exhaustive de secteurs ou d'activités qu'il considère comme pertinents au regard des préoccupations de sécurité nationale. Cette dernière technique est évidemment beaucoup plus transparente et offre beaucoup plus de clarté. Dans le même temps, cependant, la marge de manœuvre dont un gouvernement dispose en vertu de cette option est aussi beaucoup plus étroite (voir aussi la section IV.C).

Il y a aussi, dans la pratique des États, d'importantes divergences qui concernent les questions procédurales. Alors que dans certains pays les sociétés étrangères sont tenues de demander l'autorisation de procéder à un investissement prévu, d'autres pays laissent à l'entreprise étrangère le soin de décider, selon son appréciation, si elle veut informer les autorités nationales de l'acquisition envisagée. Cependant, le pays d'accueil a le droit de refuser rétrospectivement

l'autorisation de l'acquisition si ces informations n'ont pas été communiquées avant l'investissement.

La nécessité de protéger les secteurs stratégiques est une nécessité ressentie par beaucoup de pays, indépendamment de leur niveau de développement. En ce qui concerne la protection des entreprises stratégiques, on pourrait supposer que ce sont surtout des pays en développement qui recourent à des mesures de ce type comme moyen d'intervention pour promouvoir des champions nationaux et atteindre leurs objectifs de développement. Cependant, les pays développés sont de plus en plus nombreux à suivre cette voie. En fait, la plupart des discussions récentes sur les préoccupations de sécurité nationale dans le contexte de l'investissement étranger et sur la nécessité ressentie de protéger l'investissement ont eu lieu dans des pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et non dans des pays en développement.

Étant donné que le rôle des économies émergentes en tant qu'exportateurs de capitaux va probablement se renforcer de façon substantielle dans les années à venir, on peut s'attendre que ce débat gagne encore en intensité. Les pays développés ont besoin de s'adapter aux profonds changements induits par le processus de mondialisation à la suite duquel leurs sociétés transnationales ne sont plus les seuls acteurs sur la scène mondiale dans le domaine de l'investissement étranger. Il y a de plus en plus d'entreprises de pays en développement qui sont en train d'atteindre la capacité voulue pour faire des investissements substantiels à l'étranger et concurrencer avec succès leurs homologues des pays de l'OCDE, bien que le volume total des investissements étrangers provenant de pays en développement soit encore minime comparé à celui des investissements des pays développés¹⁶.

Les voix qui s'élèvent dans les pays développés pour réclamer la protection de leurs secteurs stratégiques sont une réaction essentiellement défensive à ces mutations historiques. On verra si ces revendications se font encore plus pressantes à l'avenir ou si l'on revient à des politiques plus proches du laissez-faire une fois que la

phase actuelle d'adaptation et la crise économique mondiale auront pris fin.

b) Contre qui la protection est-elle recherchée?

- **La nationalité de l'investisseur étranger**

Si le simple fait que l'investisseur vient d'un pays étranger pouvait déjà être suffisant pour susciter des inquiétudes au sujet de la sécurité nationale, ces préoccupations pourraient être encore plus fortes si l'investisseur a la nationalité d'un pays perçu comme un pays hostile ou avec lequel les relations politiques sont en tout cas inamicales. Par exemple, il est peu probable qu'un pays d'accueil autorise l'acquisition d'une société de haute technologie s'il y a un risque que l'investisseur étranger – et son pays d'origine – utilise cette technologie pour mettre au point des armes ou des matériels à usage militaire susceptibles d'être utilisés contre lui. En revanche, il n'y aurait sans doute aucune crainte de ce genre si l'investisseur venait d'un pays avec lequel le pays d'accueil entretiendrait de bonnes relations, ou même qui serait un allié militaire.

Les investissements dans des entreprises stratégiques, y compris dans l'infrastructure du pays d'accueil, pourraient susciter des craintes analogues. Le pays ne souhaiterait sans doute pas que des segments vitaux de son économie (par exemple, les transports, les télécommunications, l'énergie ou l'eau) tombent entre les mains d'étrangers s'il craignait que les étrangers puissent un jour abuser de leur emprise sur ces actifs à des fins hostiles.

Toutefois, les pays d'accueil pourraient être déjà enclins à rejeter l'investissement étranger dans ces secteurs pour des raisons moins dramatiques. La fierté nationale peut être déjà un motif suffisant pour s'opposer à la présence d'investisseurs étrangers dans des entreprises nationales qui sont des entreprises «phares». Les pays d'accueil souhaitent peut-être que ces entreprises restent à l'abri de toute influence étrangère, même si les investisseurs viennent d'un pays ami.

- **Fonds souverains**

La plupart des récents débats sur la protection des secteurs stratégiques ont eu lieu à propos de fonds souverains, ce qui peut s'expliquer par le fait que ces fonds ont acquis une importance considérable ces dernières années. Les fonds souverains ne sont pourtant pas un phénomène nouveau. La «Caisse des dépôts et consignations», établissement français fondé en 1816, en offre un premier exemple. Bon nombre de ces fonds ont été créés avant 1980, ce qui était une conséquence de l'accumulation de recettes pétrolières dans les années 1970. Deux des fonds souverains les plus importants ont été créés il y a plus de vingt-cinq ans – l'office d'investissement d'Abou Dhabi en 1976 et la Société d'investissement de l'État de Singapour en 1981. Grâce surtout à l'augmentation considérable des recettes pétrolières, le nombre de fonds souverains a doublé, passant de 20 à 40 entre les années 2000 et 2005. Ce sont aujourd'hui de puissants agents économiques actifs dans le monde entier, et la plupart d'entre eux sont concentrés en Asie et dans la région arabe. L'Office d'investissement d'Abou Dhabi, créé en 1976, se classe actuellement en tête des fonds souverains, suivi de la Norvège, de Singapour, du Koweït et de la Chine.

D'après les estimations les fonds souverains gèrent des actifs s'élevant à quelque 5 000 milliards de dollars, ce qui équivaut à plus de la moitié des réserves mondiales officielles en devises. On s'attend que ce montant augmente encore pour atteindre 10 000 milliards de dollars d'ici à 2012¹⁷. Cependant, comparés aux fonds de pension (qui détiennent 22 500 milliards d'actifs) ou aux compagnies d'assurance (qui détiennent 16 500 milliards d'actifs), les actifs sous gestion des fonds souverains sont encore relativement modestes. En outre, l'IED des fonds souverains n'était que de 10 milliards de dollars en 2007, ce qui représente 0,2 % seulement du total de leurs actifs et 0,6 % seulement du total des flux d'IED (ibid., p. 21).

Un fonds souverain peut se définir comme étant un fonds appartenant à l'État ou au gouvernement et composé d'actifs financiers – actions, obligations, biens immobiliers, or, devises et

autres supports d'investissement. Essentiellement, ce sont là les actifs financiers dont les pays disposent aux fins d'investissement. Cependant, il n'y a pas de modèle uniforme de fonds souverains; il peut y avoir de grandes différences entre les fonds souverains, du point de vue de leurs actifs financiers, de leur lien avec l'État ou le gouvernement, de leurs stratégies d'investissement et de leurs objectifs opérationnels. La plupart de ces fonds sont constitués de réserves de change accumulées, générées par des excédents budgétaires ou des excédents de compte courant (Hoegge, 2007). La plupart des fonds souverains tirent leurs moyens financiers de recettes provenant des ressources naturelles, mais une part de leurs recettes est aussi le produit de privatisations.

Les fonds souverains servent aux gouvernements de véhicule d'investissement qu'ils utilisent pour maximiser le rendement de leurs réserves monétaires en investissant dans des actions et autres actifs à l'étranger. Les États gèrent ces actifs séparément des réserves officielles des autorités monétaires (la Banque centrale et les services du Ministère des finances ayant des fonctions liées à la gestion des réserves).

Les fonds souverains peuvent avoir une incidence positive sur l'économie des pays d'accueil puisqu'ils apportent des capitaux hautement nécessaires et peuvent se permettre de se montrer patients jusqu'à ce que des profits se concrétisent. Suite à la récente crise financière provoquée par le marché des crédits subprime sur le marché hypothécaire des États-Unis, les fonds souverains, par exemple, de Singapour et d'Abou Dhabi, ont injecté des capitaux dans des banques occidentales touchées. Ce type d'investissement dans des établissements financiers occidentaux (et d'autres secteurs touchés par la crise) va sans doute prendre encore davantage d'ampleur en 2008 et en 2009.

D'un autre côté, des inquiétudes ont été exprimées quant à la possibilité que les fonds souverains, dans certains scénarios futurs, agissent autrement que ne le feraient des sociétés privées et cherchent à utiliser leur pouvoir économique à des fins politiques. Ces craintes

traduisent l'idée que le comportement commercial des entités d'État étrangères ne serait pas exclusivement basé sur des critères économiques puisque ces entités sont étroitement liées aux centres du pouvoir politique dans leurs pays d'origine. On a soutenu que les fonds souverains étaient, par nature, différents des investisseurs privés, étant donné que des entités appartenant entièrement à l'État peuvent avoir des intérêts qui l'emportent sur la maximisation du profit (ibid., p. 24 à 26)¹⁸.

Une autre préoccupation majeure est liée au fait que les fonds souverains ont des secteurs stratégiques sur leurs listes d'achats. Les secteurs ciblés comprennent l'énergie, les services financiers, les technologies étrangères, la recherche-développement (R-D), ainsi que des marques commerciales prestigieuses d'économies développées (Casarini, 2007)¹⁹.

Ce qui est perçu comme un manque de transparence et de responsabilisation des fonds souverains a aussi contribué au malaise²⁰. Le manque de transparence entretient les soupçons. Il y a très peu de fonds souverains qui publient des informations détaillées sur leurs actifs, leurs engagements ou leurs stratégies d'investissement.

Plusieurs suggestions ont été avancées pour répondre aux inquiétudes suscitées par les fonds souverains. Il s'agirait, par exemple, de veiller à ce que les investissements soient réalisés dans des conditions de libre concurrence, d'assurer davantage de transparence et de faire appel à des gestionnaires indépendants auxquels serait confiée la gestion des actifs. Selon une autre proposition, les fonds souverains devraient élaborer un code de conduite conjointement avec les gouvernements de pays développés. Il a été aussi fait référence au Fonds d'État norvégien, cité comme l'un des rares exemples d'organisme de ce type dont les activités d'investissement sont subordonnées à un code d'éthique. En octobre 2007, le Groupe des sept (le G-7) a suggéré que soient définies des règles qui serviraient de lignes directrices pour les investissements internationaux des fonds d'État afin d'améliorer la surveillance de leurs opérations. Ces initiatives ont pour but de sélectionner les

meilleures pratiques à suivre par les fonds souverains dans des domaines comme la structure institutionnelle, la gestion du risque, la transparence et la responsabilisation. Le Groupe a demandé au Fonds monétaire international (FMI), à la Banque mondiale et à l'OCDE d'examiner la question. En avril 2008, l'OCDE a adopté des lignes directrices sur les politiques d'investissement des pays d'accueil relatives à la sécurité nationale (voir l'encadré 2). La Commission européenne aussi a des activités dans ce domaine. En septembre 2008, un groupe de travail du FMI chargé d'élaborer un code de conduite à l'intention des fonds souverains a approuvé un projet sous le titre «Principes de Santiago». On pense que ce code devrait contribuer à améliorer la transparence, en particulier en ce qui concerne les structures fonctionnelles et les stratégies d'investissement des fonds souverains. Au moment où était rédigé le présent document, le contenu de ces principes n'avait pas encore été rendu public.

Un code de conduite pourrait traiter toute une gamme de questions, en particulier énoncer des règles sur la séparation des fonctions entre les différentes structures du fonds, de telle sorte que les décisions d'investissement soient prises indépendamment des acteurs politiques. Il pourrait aussi recommander que soit rendue publique une politique d'investissement définissant les grands objectifs du fonds, son autonomie opérationnelle dans la poursuite de ses objectifs et l'obligation de divulguer les principes généraux régissant ses relations avec l'État dont il relève. Les dispositions relatives à la transparence pourraient prévoir la publication annuelle des positions d'investissement et de la répartition des avoirs, ainsi que la publication d'informations sur l'utilisation des emprunts et des devises. Le code pourrait aussi comporter des règles concernant la publication d'informations sur la taille et l'origine des ressources du fonds et la façon dont il exerce les droits de vote afférents aux actions qu'il détient.

Encadré 2

Lignes directrices de l'OCDE sur les politiques d'investissement relatives à la sécurité nationale

Les pays de l'OCDE ont réaffirmé qu'ils accueilleraient volontiers les investissements provenant de fonds souverains et qu'ils y voyaient une force positive pour le développement et la stabilité financière mondiale. Dans ce contexte, ils ont approuvé des lignes directrices élaborées sous les auspices du Comité de l'investissement de l'OCDE afin d'assurer que les mesures relatives à l'investissement visant à sauvegarder la sécurité nationale ne soient pas, en fait, du protectionnisme déguisé. Le Comité de l'investissement de l'OCDE a établi un rapport sur les politiques d'investissement des pays d'accueil relatives à la sécurité nationale. Le rapport a été approuvé par les gouvernements le 4 avril 2008.

Les lignes directrices reposent sur les principes d'une politique d'investissement basée sur la non-discrimination, la transparence et la libéralisation. Plus précisément, elles réaffirment que les gouvernements devraient recourir aux mesures d'application générale qui traitent de manière analogue les investisseurs se trouvant dans des situations analogues. Si un tel traitement n'est pas compatible avec la protection de la sécurité nationale, des mesures peuvent être prises au sujet d'investissements spécifiques.

Les lignes directrices insistent aussi sur l'importance de la transparence dans la pratique réglementaire. Par exemple, la législation devrait être codifiée et rendue accessible au public, les autorités devraient chercher à connaître l'avis des parties intéressées lorsqu'il est envisagé d'apporter des changements aux politiques d'investissement, et des délais stricts devraient s'appliquer aux procédures d'examen des investissements étrangers.

Il est aussi précisé que les restrictions à l'investissement ne devraient pas être excessives et ne devraient pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour la protection de la sécurité nationale. Les lignes directrices soulignent que les préoccupations de sécurité nationale relèvent de l'appréciation des gouvernements eux-mêmes et qu'il appartient à ces derniers de décider ce qui est nécessaire pour protéger la sécurité nationale. Cependant, ces mesures de restriction de l'investissement devraient être ciblées et d'une ampleur correspondant aux risques spécifiques d'une opération d'investissement particulière. Elles ne devraient s'appliquer qu'en dernier ressort lorsque d'autres mesures ne peuvent pas être utilisées pour éliminer les préoccupations de sécurité nationale.

Afin de protéger les droits des investisseurs étrangers, les lignes directrices mettent l'accent sur l'obligation de rendre compte, à laquelle sont tenues les autorités qui appliquent la mesure restrictive. En engageant des procédures administratives ou une action en justice, les investisseurs étrangers peuvent chercher à obtenir une révision des décisions de restreindre les investissements étrangers. Il s'agit de garantir la prévisibilité, le respect de l'obligation de rendre compte et l'équité dans l'application des restrictions à l'investissement.

Source: CNUCED, sur la base des Lignes directrices de l'OCDE sur les politiques d'investissement des pays d'accueil relatives à la sécurité nationale. À consulter à l'adresse: <http://www.oecd.org>.

Il a été également suggéré que les caractéristiques particulières des fonds souverains suffisaient à justifier qu'ils fassent l'objet d'un traitement différent de celui appliqué à l'investissement étranger qui est habituellement contrôlé par des intérêts privés. On pourrait donc imaginer d'instituer pour les fonds souverains un régime spécial en vertu duquel ils seraient exclus de la définition de l'«investissement»

adoptée dans les AII, tout en étant néanmoins visés par les accords dans certaines circonstances spécifiées. Par exemple, les différends les concernant ne seraient pas traités comme des différends entre un investisseur et un État, mais comme des différends entre États.

Jusqu'à présent, les craintes qui viennent d'être évoquées au sujet des fonds souverains ne se sont pas concrétisées. Il n'y a pas de cas connus dans lesquels des fonds souverains se seraient mués en agents politiques et auraient constitué, en quoi que ce soit, une menace à la sécurité nationale. Fait important, les fonds souverains ne sont intervenus jusqu'à présent qu'en tant qu'investisseurs financiers et n'ont pas cherché à prendre le contrôle de sociétés dans lesquelles ils détiennent des participations.

Au demeurant, il ne faudrait pas oublier que les fonds souverains – comme tout autre investisseur étranger – sont soumis à la législation du pays d'accueil dans lequel leur investissement est effectué. Ces fonds ne peuvent donc pas simplement se comporter comme bon leur semble. Si les pays d'accueil estiment que ces fonds ont un comportement qui n'est pas souhaitable, ils ont toujours la possibilité de prendre des mesures correctives. Dans ce cas, cependant, les pays d'accueil risquent une confrontation avec l'État étranger concerné et, par conséquent, un incident politique. La situation n'est donc pas la même que la situation dans laquelle on se trouve quand il s'agit de régler le comportement d'investisseurs privés, où le risque d'un conflit politique avec le pays d'origine est plus limité. Cela pourrait avoir d'importantes conséquences dans le cas où un différend relatif à l'investissement serait un différend dans lequel seraient impliqués des fonds souverains. Lorsque l'investisseur est un investisseur privé, ce type de différend est généralement résolu dans le cadre des procédures de règlement des différends applicables entre l'investisseur et l'État. Cependant, lorsque des fonds souverains sont impliqués, on pourrait soutenir que les règles applicables sont les règles qui régissent le règlement des différends entre États.

c) Seuil à partir duquel peuvent être invoqués des intérêts de sécurité nationale

La question se pose de savoir quel niveau doit atteindre la participation d'investisseurs étrangers dans une entreprise nationale pour qu'elle puisse être considérée comme présentant un risque pour les politiques stratégiques du pays d'accueil et/ou pour sa sécurité nationale. Est-il nécessaire que l'investisseur étranger devienne le propriétaire de la société nationale et, sinon, à partir de quel point peut-on supposer que l'investisseur étranger a pris en fait le contrôle de la firme nationale? Il n'y a pas de consensus international sur cette question, chaque pays ayant défini des repères différents. Ils se situent dans une fourchette allant d'une participation de 25 % seulement à l'acquisition d'une participation majoritaire.

Dans ce contexte, le projet de l'OCDE lancé en 2006 sous le titre Liberté de l'investissement, Sécurité nationale et Secteurs stratégiques a pour but d'établir des lignes directrices communes applicables aux considérations de sécurité nationale en rapport avec l'investissement étranger. Les trois aspects politiques qui sont apparus au premier plan sont: i) la transparence/la prévisibilité; ii) la proportionnalité dans la réglementation; et iii) la responsabilisation. Plus précisément, il faudrait veiller à ce que les objectifs et les pratiques réglementaires soient aussi transparents que possible de façon à améliorer la prévisibilité des résultats tout en protégeant la confidentialité de l'information sensible. En ce qui concerne la proportionnalité de la réglementation, les restrictions à l'investissement ne devraient pas être plus sévères que ce qui est nécessaire pour protéger la sécurité nationale, et devraient être évitées quand il existe d'autres mesures adéquates et appropriées pour répondre à une préoccupation de sécurité nationale. En ce qui concerne la responsabilisation, le projet de l'OCDE préconise des procédures de supervision parlementaire, un contrôle juridictionnel, des évaluations d'impact périodiques, et des dispositions exigeant que les décisions de bloquer un investissement soient prises à des niveaux élevés de l'administration publique²¹.

B. Le rôle des AII

1. Nécessité d'établir un équilibre entre des intérêts opposés

Les pays d'accueil et les investisseurs étrangers ont des intérêts potentiellement opposés quand on en vient à des considérations de sécurité nationale en rapport avec l'investissement étranger. Les pays d'accueil ont le droit de réglementer, et ont tendance à rechercher le maximum de liberté de réagir à ce qu'ils perçoivent comme une menace à leur sécurité nationale. Les investisseurs étrangers, en revanche, ont besoin du plus haut niveau de protection et de prévisibilité quand ils investissent dans un pays d'accueil. Les AII doivent donc répondre à un double objectif: d'une part, ils doivent offrir aux investisseurs étrangers une protection appropriée afin qu'ils se sentent attirés vers le pays d'accueil et, de l'autre, ils doivent donner aux Parties contractantes des assurances suffisantes pour qu'elles aient le sentiment qu'elles restent capables de réglementer l'investissement étranger pour des raisons de sécurité nationale. Comment, dans ces conditions, les AII doivent-ils établir un équilibre entre la promotion et la protection des investisseurs étrangers et la sauvegarde des intérêts de sécurité nationale?

On peut supposer que les préoccupations de sécurité nationale l'emportent en général sur les intérêts d'investisseurs étrangers soucieux de protéger leur investissement au moyen d'un AII. Cependant, l'évolution récente qui élargit la portée du concept de sécurité nationale au-delà des menaces militaires en y englobant les préoccupations économiques soulève de nouvelles questions au sujet du «juste» équilibre entre la protection des investissements et la sauvegarde des intérêts de l'État. Initialement apparu pendant la guerre froide en tant qu'instrument destiné à décourager les investissements d'ennemis réels ou potentiels et à les empêcher de gagner l'accès à des technologies présentant un intérêt militaire, le concept a maintenant une portée beaucoup plus large. Certes, force est de reconnaître la souveraineté d'un pays dans des domaines touchant à la guerre et à la paix, mais la prédominance des intérêts de l'État devient beaucoup plus problématique quand il s'agit de la défense de

secteurs stratégiques où la ligne de démarcation avec le protectionnisme économique peut souvent sembler floue. En ce qui concerne la crise économique, on ne voit pas non plus clairement quel doit être le degré de gravité d'une crise pour qu'elle constitue une raison valable d'imposer des restrictions à l'investissement.

Cette situation a plusieurs conséquences. Premièrement, des pays qui n'ont pas encore incorporé une exception de sécurité dans leur AII, parce qu'ils pensaient que sa portée se limiterait à des menaces militaires et à des événements comparables et qu'ils s'estimaient en mesure de faire face à de telles situations sans enfreindre l'accord, pourraient maintenant souhaiter qu'il y ait dans l'accord une exception de sécurité pour être mieux à même d'adopter des mesures pour la protection de leurs secteurs stratégiques ou de réagir à des crises économiques. Au contraire, les pays qui n'ont accepté qu'avec réticence une exception au titre de la sécurité nationale parce qu'ils n'en voyaient la nécessité que dans le cas improbable d'une menace militaire ou d'une situation d'urgence analogue pourraient se voir maintenant confrontés à des situations où l'autre Partie contractante donne à l'exception un sens beaucoup plus large et cherche à s'en prévaloir pour protéger ses secteurs stratégiques ou à l'invoquer en cas de crise économique.

De plus, si le champ d'application potentiel de l'exception au titre de la sécurité nationale est étendu à des entreprises d'importance stratégique et à une crise économique, de nouvelles questions pourraient se poser quant aux conditions en vertu desquelles la clause peut être invoquée. Plus large est la portée de la disposition, plus les investisseurs étrangers pourraient être tentés de soutenir que cet élargissement doit être contrebalancé par des sauvegardes restreignant le pouvoir discrétionnaire, sans cela illimité, des Parties contractantes. Cela serait encore plus important si l'exception de sécurité avait pour effet d'exonérer la Partie contractante concernée de toute obligation qu'elle aurait assumée en vertu de l'AII.

2. La distinction entre les phases de préétablissement et de postétablissement d'un investissement

C'est seulement dans la mesure où l'accord impose des obligations aux Parties contractantes que les pays d'accueil doivent s'inquiéter du fait qu'un AII limite leur liberté de restreindre l'investissement étranger pour des raisons de sécurité nationale. Ici, il faut faire une distinction cruciale entre les AII qui concernent exclusivement la phase de postétablissement et ceux qui s'appliquent aussi à la phase de préétablissement.

Le point de savoir si un AII s'applique à une situation dans laquelle un pays d'accueil impose des restrictions aux investisseurs étrangers pour des raisons de sécurité nationale dépend de deux variables: premièrement, la restriction s'applique-t-elle à l'établissement des investisseurs étrangers ou à leur traitement après l'établissement, et deuxièmement, l'AII pertinent s'applique-il uniquement au traitement après l'établissement ou s'étend-il à la phase de préétablissement?

Les seules situations dans lesquelles un AII ne serait pas pertinent sont celles dans lesquelles une restriction à l'investissement basée sur des considérations de sécurité nationale concerne l'entrée des investisseurs étrangers et dans lesquelles l'AII applicable est limité à la phase de postétablissement d'un investissement. C'est le scénario typique lorsque des projets d'acquisition de secteurs ou d'entreprises stratégiques par des intérêts étrangers suscitent des préoccupations au titre de la sécurité nationale. Les pays qui concluent des AII dont la portée se limite à la phase de postétablissement conservent donc une totale flexibilité pour imposer à des investisseurs étrangers dans des secteurs stratégiques des restrictions liées à la sécurité, pour autant qu'ils n'adoptent pas des mesures visant des investisseurs déjà établis. La situation est différente, cependant, s'il s'agit de mesures prises en réaction à une crise économique. Ici, le cas typique est celui d'un pays d'accueil qui prend des mesures contre des investisseurs établis. En conséquence, ces mesures entrent dans le champ d'application des AII couvrant la phase de postétablissement.

a) Les intérêts de sécurité nationale et l'entrée d'investisseurs étrangers

C'est surtout dans le contexte de l'établissement d'investisseurs étrangers que les considérations de sécurité nationale deviennent pertinentes, que l'établissement se fasse sous forme d'investissements pour la création de nouvelles capacités, ou sous forme de fusions-acquisitions. D'un autre côté, la plupart des AII ne s'appliquent pas à la phase de préétablissement, c'est-à-dire qu'ils n'imposent pas aux Parties contractantes d'obligations contraignantes en ce qui concerne l'admission de l'investissement étranger. Ces AII n'empêchent donc pas les Parties contractantes de refuser l'accès à des investisseurs étrangers pour des raisons de sécurité nationale.

Nonobstant cette approche générale, la plupart des AII entrant dans cette catégorie ne restent pas complètement muets au sujet de l'entrée des investisseurs étrangers. Ils comportent en général un engagement politique de créer des conditions favorables à l'investissement étranger provenant de l'autre Partie contractante et peuvent en outre stipuler que cet investissement sera admis conformément à la législation du pays d'accueil. Une mesure rejetant l'investissement étranger pour des raisons de sécurité nationale pourrait donc être contestée parce qu'incompatible avec l'objectif général de l'accord, qui consiste à créer un environnement accueillant pour les étrangers. Le point de savoir si ces allégations seraient justifiées dépend en grande partie des circonstances de l'espèce, en particulier, de l'interprétation, très large ou très stricte, que le pays d'accueil donne de la notion de «sécurité nationale». Cependant, même la politique la plus restrictive d'un pays d'accueil ne pourrait, en aucune circonstance, constituer une violation du traité.

La situation peut être différente dans le cas de la minorité d'AII qui s'appliquent à la phase de préétablissement, c'est-à-dire ceux qui comportent des obligations contraignantes concernant l'entrée des investisseurs étrangers. Les traités entrant dans cette catégorie soumettent généralement les Parties contractantes au principe de non-discrimination, c'est-à-dire qu'ils accordent aux investisseurs

étrangers le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée pour ce qui est de leur établissement dans le pays d'accueil. Dans ce cas, théoriquement du moins, le rejet d'un investisseur étranger pour des raisons de sécurité nationale pourrait constituer une violation de la norme de non-discrimination.

Cependant, l'exception de sécurité nationale ne serait pas, selon toute probabilité, la seule protection possible du pays d'accueil dans le cas de restrictions à l'entrée. Il se peut que le recours à ce moyen de défense ne soit pas nécessaire si le principe de non-discrimination ne s'applique pas, parce que le pays d'accueil a exclu le secteur ou l'activité spécifique en question du champ d'application de l'accord. S'agissant de secteurs ou d'activités sensibles du point de vue de la sécurité, il est peu probable qu'un pays d'accueil accorde un droit d'établissement à des investisseurs étrangers. En l'absence de ce droit, il ne serait donc pas nécessaire d'invoquer une exception au titre de la sécurité nationale pour bloquer l'entrée d'investisseurs étrangers.

La situation peut, cependant, être différente dans le cas de secteurs ou d'activités qui – sans être directement sensibles pour des raisons de sécurité nationale – sont néanmoins d'une importance stratégique pour le pays d'accueil. La détermination des secteurs ou des activités ayant une importance stratégique se prête davantage à des appréciations subjectives que l'expression, assez strictement définie, «sécurité nationale». De même, il est probable que le classement de secteurs ou d'activités dans les catégories d'une importance stratégique évolue avec le temps, par exemple suite à la venue au pouvoir d'un nouveau gouvernement et aux changements qui en résultent dans les politiques économiques. C'est ainsi qu'un secteur ou une activité qui n'est pas considéré comme étant d'une importance stratégique au moment où l'AII est conclu, peut être classé comme stratégiquement important à un stade ultérieur. En conséquence, si les Parties contractantes ont accordé dans l'AII un droit d'établissement pour telle activité ou tel secteur, elles manqueraient à leurs obligations conventionnelles si elles refusaient ensuite l'accès à des investisseurs étrangers, à moins

que le traité ne comporte une exception au titre de la sécurité nationale qui soit suffisamment large pour couvrir l'activité ou le secteur en jeu.

La plupart des AII n'ont qu'une importance limitée pour ce qui est des restrictions à l'entrée d'investisseurs étrangers basées sur des considérations de sécurité nationale, puisqu'ils ne couvrent pas la phase de préétablissement d'un investissement. Même la minorité d'AII accordant des droits d'établissement pourraient n'être que partiellement pertinents, parce qu'il est probable qu'ils excluent expressément des obligations des Parties contractantes dans la phase de préétablissement les secteurs ou les activités intéressant la sécurité nationale. Ce qui reste, ce sont donc essentiellement les restrictions à l'entrée visant des secteurs d'importance stratégique qui ne font pas l'objet de réserves portant sur un secteur spécifique. Si la pertinence des AII en ce qui concerne les restrictions à l'entrée d'investisseurs étrangers fondées sur des considérations de sécurité est aujourd'hui relativement limitée, la situation pourrait changer à mesure que sont conclus des accords de libre-échange de plus en plus nombreux comportant des dispositions sur les droits d'établissement des investisseurs étrangers.

b) Les intérêts de sécurité nationale et le traitement des investisseurs étrangers dans la phase de postétablissement

C'est surtout à propos de l'établissement d'investisseurs étrangers que peuvent surgir des préoccupations de sécurité nationale en rapport avec des secteurs stratégiques, mais les mesures prises en période de crise économique touchent surtout des investissements déjà établis. De plus, ces derniers peuvent être aussi la cible de restrictions à l'investissement adoptées en faveur de secteurs nationaux d'importance stratégique tels que le secteur énergétique, les télécommunications ou la distribution d'eau. Par exemple, il y a eu récemment plusieurs cas dans lesquels des gouvernements ont exigé que des investisseurs étrangers établis renégocient des contrats d'investissement existants ou renoncent entièrement à leur investissement.

- **Imposition d'autres mesures d'urgence**

Les considérations de sécurité nationale peuvent avoir une incidence sur toute sorte d'investissements étrangers établis, indépendamment du secteur ou de l'activité spécifique concerné. Cela est apparu clairement, par exemple, dans le contexte de la crise financière argentine de 2001, quand le Gouvernement argentin a adopté un certain nombre de mesures d'urgence afin de stabiliser l'économie. Ces mesures n'étaient pas particulièrement ciblées sur des sociétés actives dans des secteurs liés à la sécurité, elles visaient plutôt des investisseurs dans les secteurs les plus divers. Confronté à des plaintes selon lesquelles ces mesures violaient les obligations de l'Argentine découlant d'AII en vigueur, le pays a soutenu que ces mesures étaient justifiées pour des raisons d'urgence nationale²². À la suite des mesures d'urgence adoptées par l'Argentine, le pays a été mis en cause dans plus de 44 différends directement liés à la crise, dans lesquels l'État était opposé à des investisseurs.

Les mesures d'urgence adoptées en période de crise financière peuvent comporter des restrictions au transfert de capitaux et peuvent donc contrevenir aux dispositions d'un AII relatives à la liberté des transferts de capitaux. Elles peuvent aussi contrevenir à d'autres dispositions des AII, à celles notamment qui ont trait à l'expropriation, au principe de non-discrimination, à la règle du traitement juste et équitable et à l'obligation d'accorder pleine et entière protection et sécurité²³. En cas de manquement d'un pays d'accueil à ces normes des AII, la question se pose de savoir si une telle violation peut être excusée en invoquant une exception de sécurité nationale prévue dans l'accord.

- **Désinvestissement forcé**

Il peut arriver qu'après que l'investissement a été effectué le pays d'accueil s'aperçoive que l'investissement concerne des activités qui sont des activités sensibles du point de vue de la sécurité. Un autre scénario possible est celui d'un investissement réalisé dans une activité ou un secteur qui n'était pas considéré comme présentant un

intérêt pour la sécurité au moment où l'investissement a été réalisé, mais qui a été ensuite considéré comme tel par le pays d'accueil. De même, il peut aussi arriver qu'après l'établissement le pays d'accueil déclare le secteur économique concerné comme étant un secteur d'importance stratégique et souhaite le réserver à des entreprises nationales.

Si un pays d'accueil conclut qu'un investissement établi constitue une menace pour la sécurité nationale, il peut souhaiter priver l'investisseur étranger de cet investissement, soit en décidant sa fermeture soit en obligeant l'investisseur étranger à le vendre à une entreprise nationale. Il peut aussi exiger la renégociation d'un contrat d'investissement en vigueur. Cela pose la question de savoir si, dans de telles situations, le pays d'accueil serait tenu d'indemniser l'investisseur étranger en vertu des règles applicables à l'expropriation ou de la clause générale d'un AII. Cela dépend, entre autres choses, du point de savoir si l'AII pertinent prévoit une exception au titre de la sécurité nationale qui exonère le pays d'accueil de l'obligation de verser une indemnisation dans de telles circonstances (voir la section II.D).

3. Les intérêts au titre de la sécurité nationale et la clause dite «du refus d'avantages»

Plusieurs AII comportent une clause dite de «refus d'avantages» qui donne aux Parties contractantes le droit de refuser à des investissements les avantages prévus par le traité, sous réserve de certaines conditions. L'une de ces conditions a trait à la question des relations diplomatiques. En conséquence, la Partie contractante qui refuse a le droit de retirer à un investissement les avantages prévus par l'AII si cet investissement se trouve sous le contrôle d'investisseurs d'un pays tiers avec lequel la partie auteur du refus n'entretient pas de relations diplomatiques. Donc, si le pays d'accueil a des préoccupations de sécurité au sujet d'un investissement étranger spécifique, ces préoccupations peuvent justifier le refus d'avantages dès lors que ces préoccupations résultent de l'absence de relations diplomatiques avec le pays tiers. De plus, certains AII permettent

aussi au pays d'accueil d'invoquer la clause du refus d'avantages si les transactions avec l'État tiers font l'objet d'une interdiction générale dans le pays d'accueil, notamment dans le cas d'un embargo politique ou économique.

Par exemple, le Traité sur la Charte de l'énergie²⁴ comporte une clause du refus d'avantages qui se lit comme suit:

Article 17

Non-application de la partie III dans certaines circonstances

Chaque Partie contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice de la présente partie:

...

2) *À un investissement si la Partie contractante qui refuse établit qu'il s'agit d'un investissement d'un investisseur d'un État tiers avec lequel ou à l'égard duquel elle:*

- a) N'entretient pas de relations diplomatiques, ou*
- b) Adopte ou maintient des mesures qui:*
 - i) Interdisent des transactions avec les investisseurs de cet État, ou*
 - ii) Seraient enfreintes ou contournées si les avantages prévus dans la présente partie étaient accordés aux investisseurs de cet État ou à leurs investissements.*

On peut trouver un libellé analogue dans l'ABI de 2005 entre les États-Unis et l'Uruguay ou dans l'ABI de 2006 entre le Canada et le Pérou, bien que ce dernier ne mentionne pas l'absence de relations diplomatiques parmi les motifs permettant d'invoquer la clause du refus d'avantages.

Il découle de ce qui précède qu'une clause du refus d'avantages a un champ d'application plus restreint qu'une exception au titre de la sécurité nationale. Outre que l'absence de relations diplomatiques ou

l'existence d'un embargo économique sont une situation rare, pour que la clause du refus d'avantages puisse s'appliquer il faut que ces scénarios existent à l'égard d'un pays tiers qui est le pays d'origine de l'investisseur ayant le contrôle de l'investissement. Au contraire, une exception au titre de la sécurité nationale pourrait s'appliquer dans tous les cas dans lesquels le pays d'accueil éprouve des inquiétudes quant à l'incidence d'un investissement étranger sur sa sécurité nationale – indépendamment de l'état des relations diplomatiques ou de l'existence d'un embargo.

4. Les accords internationaux d'investissement et le droit international coutumier

Si les préoccupations liées à la sécurité nationale sont prises en compte dans les AII au moyen d'une clause d'exception, le traité devient le principal étalon à utiliser pour déterminer la légalité – ou l'illégalité – des mesures adoptées par un pays d'accueil visant à restreindre l'investissement étranger pour des raisons de sécurité nationale. Cependant, même en l'absence d'une exception au titre de la sécurité nationale dans l'AII, le pays d'accueil peut être néanmoins capable de justifier la mesure en se réclamant des règles du droit international coutumier. Ces règles restent applicables dans le cas où un AII reste muet sur la question de la sécurité nationale. Dans le même temps, il est important de savoir dans quelle mesure le droit international coutumier exempte les États d'une obligation internationale lorsqu'ils imposent des restrictions à l'investissement étranger pour des raisons de sécurité nationale. Ou, en d'autres termes, une excuse fondée sur le droit international coutumier aurait-elle les mêmes effets juridiques qu'une clause d'exception expresse?

Le droit international coutumier offre aux États une certaine souplesse juridique dans des circonstances exceptionnelles. Ces situations comprennent la force majeure, la détresse et l'état de nécessité, chacune de ces situations pouvant exonérer un État de sa responsabilité internationale. La force majeure peut être invoquée lorsque se produisent des «faits fortuits» échappant au pouvoir de l'État qui le mettent dans l'impossibilité de s'acquitter de ses

obligations juridiques. Il y a détresse lorsqu'un État n'a pas d'autre moyen de sauver une vie dont il a la garde que de violer une règle juridique. Il y a état de nécessité lorsqu'un État n'a pas à sa disposition d'autres moyens de préserver un intérêt essentiel et peut le faire sans léser un intérêt essentiel d'un autre État (Burke-White et von Staden, 2007). C'est ce dernier moyen de défense qui est particulièrement pertinent dans le présent contexte.

Il importe de noter que le moyen de défense fondé sur l'état de nécessité, qui est un moyen de défense tiré du droit coutumier, ne s'applique que dans d'étroites limites. Selon la Commission du droit international (CDI), la mesure adoptée doit être «le seul moyen pour l'État de sauvegarder un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent», et il est impératif que la mesure «ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel» d'un autre État²⁵.

Les menaces à la sécurité nationale entrent dans le champ d'application de l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait illicite au regard du droit international, adopté par la CDI à sa cinquante-troisième session (2001)²⁶, qui dispose que:

Article 25

État de nécessité

1. L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait:

a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et

b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité:

a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou

b) Si l'État a contribué à la survenance de cette situation²⁷.

La Cour internationale de Justice a confirmé cette interprétation de l'état de nécessité dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, en disant que le moyen de défense était irrecevable parce que d'autres moyens étaient à la disposition de la Hongrie pour remédier à la situation²⁸. Un fait n'est donc nécessaire aux fins du moyen de défense fondé sur l'état de nécessité que si c'est le *seul* moyen de garantir un intérêt essentiel de l'État. Une variante de cette approche a été appliquée par la jurisprudence de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Par exemple, quand il s'est prononcé sur le point de savoir si une interdiction de l'importation de cigarettes serait nécessaire pour protéger la santé humaine, un Groupe spécial du GATT a jugé que la mesure pertinente ne pourrait être justifiée que si c'était *le moyen le moins restrictif* d'atteindre l'objectif politique légitime²⁹.

Le droit international coutumier fournit donc aux États une justification leur permettant de déroger aux obligations découlant d'un AII, quand bien même cela n'est pas expressément mentionné dans le traité. Par conséquent, les parties à un AII ne peuvent pas être tenues pour responsables d'une violation du traité quand l'adoption de mesures pour la protection de leurs intérêts nationaux ou essentiels est autorisée en vertu du droit international coutumier. Les États peuvent donc avoir un double niveau de justification pour invoquer l'exception au titre de la sécurité nationale: le droit international coutumier et le droit international des traités. Il y a une importante distinction à faire entre les deux approches, à savoir que le droit international coutumier exonère l'État de sa responsabilité après la violation effective d'une obligation juridique, alors que les exceptions au titre de la sécurité nationale incorporées aux AII empêchent une violation du traité a priori. En incorporant des clauses de sécurité nationale dans leurs AII, les États ont créé «un mécanisme juridique basé sur le traité afin de

répartir les risques entre eux-mêmes et les investisseurs dans des circonstances exceptionnelles, ce qui ne se confond pas, mais coexiste, avec les moyens de défense à part cela disponibles dans le droit international coutumier» (Burke-White et von Staden, 2007).

Comparé aux exceptions au titre de la sécurité nationale incorporées aux AII, le moyen de défense fondé sur l'état de nécessité, tel que ce moyen de défense existe en droit international coutumier, élimine donc, en général, la responsabilité internationale pour une gamme plus étroite de mesures prises par l'État. Le droit international coutumier ne peut donc pas être un moyen de rechange équivalant à une exception expresse de sécurité énoncée dans un traité et s'y substituer. Par exemple, il est douteux que le droit international coutumier puisse fournir une excuse pour la protection de secteurs stratégiques. On pourrait soutenir que le droit coutumier relatif à l'état de nécessité couvre les crises économiques qui provoquent des bouleversements sociaux ou qui ont des répercussions sur les droits fondamentaux de la population. La protection de secteurs stratégiques ne pourrait donc être justifiée sur la base du droit international coutumier que si elle avait lieu dans le contexte d'une telle crise. De surcroît, on ne voit pas clairement dans quelle mesure le droit international coutumier pourrait justifier des restrictions à l'entrée d'investisseurs étrangers, même dans des secteurs économiques qui sont directement liés à la sécurité nationale. Comme il a déjà été mentionné, de telles restrictions ne seraient défendables que s'il n'y avait pas d'autre moyen disponible – tel que des mesures de vérification après l'établissement – pour atteindre l'objectif visé.

C. Principales questions concernant la protection des intérêts de sécurité nationale

Une fois que les négociateurs d'un AII se sont mis d'accord sur l'idée d'une exception au titre de la sécurité nationale, plusieurs questions cruciales se posent sur le point de savoir à quoi devrait ressembler cette exception. Comme il sera expliqué plus en détail au chapitre suivant, il y a plusieurs options quant à la façon de définir la «sécurité nationale» et de formuler les conditions en vertu desquelles

peut être invoquée l'exception au titre de la sécurité nationale. À une extrémité, il y a une approche qui laisse aux Parties contractantes une entière liberté de décider s'il existe une menace à la sécurité nationale et comment y répondre. À l'autre extrémité, il y a une politique qui subordonne l'invocation de l'exception au titre de la sécurité nationale à un certain nombre de conditions et autorise un contrôle juridictionnel en profondeur de la mesure adoptée.

Une question connexe concerne les effets possibles d'une exception au titre de la sécurité nationale figurant dans un AII. Cette exception exempterait-elle les Parties contractantes respectives de la totalité ou d'une partie de leurs obligations découlant de l'accord, ou bien y a-t-il certains engagements fondamentaux qui doivent être respectés en toutes circonstances?

Une autre question préliminaire a trait aux investissements des fonds souverains. Étant donné que dans ce cas l'investisseur est un État, on peut se demander si les AII s'appliquent à ce type d'activité d'investissement.

1. Le degré d'autonomie des Parties contractantes en ce qui concerne le recours à une exception de sécurité

Une question clef se pose au sujet de l'application des exceptions au titre de la sécurité nationale figurant dans les AII: dans quelle mesure les juridictions arbitrales doivent-elles respecter la détermination initiale des autorités du pays d'accueil sur le point de savoir si un investissement constitue ou non une menace pour la sécurité nationale? La protection que les AII peuvent offrir en pareilles circonstances aux investisseurs étrangers est d'autant plus limitée que la marge d'appréciation réservée au pays d'accueil est plus grande et plus élevé le degré de flexibilité laissé aux Parties contractantes en matière de réglementation.

Les pays se trouvent confrontés à un grave défi quand ils invoquent des exceptions au titre de la sécurité nationale, car ils doivent veiller à ce que la mesure ne soit pas interprétée ou perçue par les investisseurs étrangers comme une mesure protectionniste, ou comme une excuse

pour déroger à des obligations découlant des AII. Une question délicate se pose: comment déterminer si une mesure prise par un pays d'accueil a été ou non adoptée en réponse à une menace «réelle» ou pas? Au demeurant, comment peut-il être établi que la mesure adoptée par les pouvoirs publics était appropriée et n'était pas disproportionnée ou abusive? Finalement, il y a la nécessité de veiller à ce que ces mesures, dans le cas d'une crise menaçant la sécurité nationale, ne soient pas adoptées d'une manière discriminatoire.

Une question importante dans ce contexte concerne le point de savoir si la nature de la menace perçue comme mettant en péril la sécurité nationale devrait être différente selon le degré de pouvoir discrétionnaire dont les Parties contractantes disposent en vertu de l'AII. On pourrait soutenir qu'un plus haut niveau d'autonomie est justifié quand il s'agit de réagir à des menaces militaires ou autres situations d'urgence, tandis que le pouvoir discrétionnaire du pays d'accueil devrait être plus limité quand on a affaire à des restrictions à l'investissement qui se situent dans un tout autre contexte.

On peut distinguer dans la pratique des AII deux modes d'approche, en ce sens que l'exception au titre de la sécurité nationale peut être de nature discrétionnaire ou non.

a) Clauses discrétionnaires

Dans beaucoup d'AII, la détermination sur le point de savoir quand il y a une menace à la sécurité nationale et comment y réagir est laissée à la discrétion des Parties contractantes. Selon la formulation type, le traité n'empêche pas une Partie contractante de prendre telles mesures qu'elle estimera nécessaires pour la protection de sa sécurité nationale. Lorsque les AII comportent une telle clause, il est, en principe, interdit aux juridictions arbitrales de soumettre la mesure en question à un contrôle juridictionnel.

Le vaste pouvoir discrétionnaire des pays d'accueil se manifeste non seulement en ce qui concerne la désignation des secteurs qu'ils considèrent comme sensibles pour leur sécurité nationale, ou la détermination sur le point de savoir s'il y a une crise économique. La

nature discrétionnaire du concept devient également évidente en ce qui concerne la mesure concrète que le pays d'accueil considère nécessaire en réponse à la menace perçue comme mettant en péril sa sécurité nationale. En vertu d'une clause discrétionnaire, déterminer si l'investissement envisagé pose une menace à la sécurité nationale et comment y réagir est la prérogative exclusive du pays d'accueil.

L'ampleur et l'opacité de l'expression «sécurité nationale» permet aux pays d'accueil d'imposer des restrictions à l'investissement étranger pour de nombreuses raisons. Les restrictions peuvent s'appliquer à un nombre potentiellement énorme de secteurs ou d'activités économiques, et à des investisseurs étrangers de nombreuses nationalités.

D'un autre côté, on a soutenu que la nature discrétionnaire d'une exception au titre de la sécurité nationale dans les AII ne mettait pas entièrement à l'abri d'un contrôle juridictionnel. Les États restent soumis à l'obligation générale énoncée dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, aux termes de laquelle ils sont tenus de s'acquitter de leurs engagements de bonne foi (art. 26). Par conséquent, lorsqu'un État qui se réclame de la clause ne le fait pas de bonne foi, le pays devient responsable en vertu du traité. Toutefois, il semble qu'il serait difficile d'établir sur cette base une violation du traité. Un exemple pourrait être un comportement contradictoire de la part d'un État, notamment dans une situation où un État invoque une menace à la sécurité nationale comme moyen de défense dans une procédure à l'occasion d'un différend portant sur un investissement, alors qu'il peut être montré que dans son évaluation interne il nie l'existence d'une telle menace.

Bien que la bonne foi ait été depuis longtemps un principe cardinal du droit international, le sens précis de ce concept n'est pas très clair³⁰. En ce qui concerne l'évaluation de la bonne foi dans le contexte de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (art. 300), la Commission baleinière internationale a conclu que la bonne foi nécessitait «de la loyauté, une attitude raisonnable, de l'intégrité et de l'honnêteté dans un comportement international»³¹. La

jurisprudence existante étant peu abondante, il appartient aux juridictions arbitrales d'élaborer leurs propres interprétations de cette norme. Il a été suggéré que le principe de la bonne foi devrait comporter deux éléments: premièrement, le point de savoir si l'État a agi de manière honnête et loyale, et deuxièmement, s'il y a une base rationnelle pour recourir à l'exception au titre de la sécurité nationale (Burke-White et von Staden, 2007). Ainsi, pour qu'une exception au titre de la sécurité nationale soit invoquée de bonne foi, la question qu'une juridiction doit poser est la suivante: une personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'État aurait-elle pu conclure qu'il existait une menace à la sécurité nationale suffisante pour justifier les mesures adoptées?

Il résulte de ce qui précède que la présence dans les AII d'une exception discrétionnaire au titre de la sécurité nationale n'exempte pas entièrement les Parties contractantes de leur responsabilité internationale quand elles invoquent cette clause au sujet de restrictions imposées à un investissement étranger. L'exigence de la bonne foi offre aux juridictions arbitrales un critère commode pour juger de la légalité de la mesure. Cela permet aux juridictions de distinguer entre, d'une part, les préoccupations de sécurité nationale justifiées et, de l'autre, les mesures constituant une forme de protectionnisme déguisé. De plus, étant soumises au critère de la bonne foi, les Parties contractantes pourraient avoir plus de mal à justifier la protection de secteurs stratégiques en vertu d'une clause relative à la sécurité nationale.

b) Clauses non discrétionnaires

Il y a des AII qui ne spécifient aucun degré de déférence à accorder aux Parties contractantes quand elles invoquent l'exception au titre de la sécurité nationale. Dans ce cas – en l'absence d'éléments non textuels indiquant que les parties considéraient l'exception au titre de la sécurité nationale comme une exception discrétionnaire³², les arbitres sont – en général – autorisés à examiner la légalité de la mesure et à établir leur propre opinion sur le point de savoir si une telle mesure peut être justifiée pour des raisons de sécurité nationale.

Un tel examen comporte une évaluation visant à déterminer si oui ou non il y a eu une menace à la sécurité nationale, et si la mesure adoptée par l'État a été une réponse raisonnable à cette menace.

Cependant, comme dans le cas d'une exception discrétionnaire au titre de la sécurité nationale, ce résultat est subordonné à certaines réserves. Le fait qu'une telle clause n'est pas discrétionnaire ne se traduit pas automatiquement par une présomption en faveur d'un examen complet, les arbitres pouvant fort bien remplacer l'évaluation d'une situation faite par un État et les mesures prises par cet État pour y remédier par leur propre évaluation et leurs propres mesures. Les objectifs admissibles de l'AII ou le libellé spécifique utilisé pour définir le lien exigé entre la menace perçue et la réponse à cette menace peuvent indiquer ou même nécessiter un plus faible niveau de contrôle accordant une plus grande déférence à l'évaluation faite par l'État lui-même (Burke-White et von Staden, 2007).

Par sa nature même, le concept de sécurité nationale ne se prête pas à une interprétation qui l'isolerait entièrement du contexte national. Le concept perdrait son sens et son but si une tierce partie avait le pouvoir d'imposer à un État qui se sent menacé sa propre opinion quant à la réalité d'une telle menace et quant aux mesures que cet État est autorisé à prendre, le cas échéant, pour y répondre. Il est beaucoup plus difficile de soumettre des concepts politiques hautement sensibles tels que la sécurité nationale au même degré de contrôle juridictionnel que des termes juridiques plus techniques comme la clause de la nation la plus favorisée ou les normes d'indemnisation. En conséquence, il a été soutenu qu'il était contestable qu'une juridiction statuant en contentieux puisse passer outre à l'argument d'un État affirmant qu'un différend met en jeu sa sécurité³³.

Une telle opinion reviendrait à reconnaître qu'une situation dans laquelle est invoquée une exception au titre de la sécurité nationale est susceptible d'une large gamme d'évaluations. Ce serait admettre que les pays peuvent avoir des avis différents sur le point de savoir quelle est l'intensité nécessaire d'une menace pour déclencher la clause d'exception, et qu'il peut y avoir une fourchette de réactions

adéquates possibles à cette menace. La tâche principale de la juridiction arbitrale consisterait donc à déterminer les limites appropriées de la marge d'appréciation et, par conséquent, de la liberté d'action de l'État défendeur (Burke-White et von Staden, 2007).

Ces limites peuvent varier d'un cas à un autre. Les principaux déterminants sont le libellé utilisé dans le traité et le contexte dans lequel il a été négocié. Il a été suggéré que la déférence serait minimale à l'égard des situations dans lesquelles on peut avoir accès à des normes objectives pour évaluer la finalité admissible de la mesure et le lien nécessaire, et maximale lorsque de telles normes font défaut³⁴. En conséquence, un examen juridictionnel de mesures visant à protéger des secteurs stratégiques pourrait être moins problématique que ce n'est le cas lorsqu'une menace militaire est en jeu.

Vu les incertitudes qui entourent l'interprétation des exceptions non discrétionnaires au titre de la sécurité nationale, il n'est pas surprenant que la jurisprudence récente n'ait pas toujours été cohérente. C'est ce qu'illustrent plusieurs décisions arbitrales concernant la légalité de mesures d'urgence prises par l'Argentine en réponse à la crise économique qu'elle a connue au début du XXI^e siècle³⁵. Dans ces décisions, les juridictions devaient déterminer si les mesures d'urgence étaient couvertes par l'exception au titre de la sécurité nationale figurant dans l'ABI de 1991 entre l'Argentine et les États-Unis. Alors que dans les affaires *CMS c. Argentine*³⁶, *Enron c. Argentine*³⁷ et *Sempra c. Argentine*³⁸, les juridictions arbitrales ont jugé que l'exception était inapplicable, dans les affaires *LG&E c. Argentine*³⁹ et *Continental Casualty*⁴⁰ elles ont abouti à la conclusion opposée.

2. Les effets d'une exception liée à la sécurité

L'importance d'une exception au titre de la sécurité nationale pour les pays d'accueil et pour les investisseurs étrangers dépend aussi de l'étendue des effets juridiques de cette exception. Comme il sera expliqué plus loin au chapitre IV, il existe à cet égard différentes options dans les AII. Les Parties contractantes qui invoquent

l'exception peuvent être entièrement exemptées de toute obligation au titre de l'AII, ou bien elles peuvent rester liées par certains engagements fondamentaux, par exemple, dans le cas d'une expropriation. Une autre approche consiste à limiter à certaines dispositions de l'AII l'applicabilité de l'exception au titre de la sécurité nationale, de sorte qu'elle ne peut pas être invoquée à propos des autres dispositions de l'Accord.

3. Les fonds souverains en tant qu'investisseurs protégés

La plupart des AII ne précisent pas si les fonds d'État sont ou non couverts par le terme «investisseurs». Le terme «investisseur» s'entend généralement des personnes physiques et des entités juridiques. Cette dernière expression est généralement interprétée comme désignant tout type d'entité juridique constituée ou organisée conformément à la législation applicable d'une partie. Cela signifie que, sauf dispositions contraires de l'AII, les entreprises d'État ou l'État lui-même sont généralement protégés en vertu de l'AII. Certains AII comportent même des dispositions plus détaillées précisant que les institutions publiques et les établissements d'État sont protégés en vertu du traité. C'est le cas, par exemple, des ABI conclus par l'Arabie saoudite. On trouve une formulation typique de cette approche dans l'ABI de 2000 entre l'Arabie saoudite et la Malaisie.

Article 1

Définitions

3. Le terme «investisseur» désigne:

a) En ce qui concerne la Malaisie:

- i) Toute personne physique possédant la nationalité de la Malaisie conformément à sa législation; ou*
- ii) Toute société anonyme, société en commandite, fiducie, coentreprise, association ou entreprise dûment constituée conformément à sa législation applicable;*

b) En ce qui concerne le Royaume d'Arabie saoudite:

- i) *Les personnes physiques possédant la nationalité du Royaume d'Arabie saoudite conformément à la législation du Royaume d'Arabie saoudite;*
- ii) *Toute entité juridique constituée conformément à la législation du Royaume d'Arabie saoudite et ayant son siège sur son territoire, telle que les sociétés anonymes, entreprises, coopératives, bureaux, établissements, fonds, organisations, associations commerciales et autres entités analogues, qu'elles soient ou non à responsabilité limitée;*
- iii) *Le Gouvernement du Royaume d'Arabie saoudite et ses institutions et ses autorités financières telles que la Saudi Arabian Monetary Agency, les fonds publics et autres institutions publiques analogues existant en Arabie saoudite.* (Pas d'italique dans l'original)

D. Jurisprudence internationale et sécurité nationale

Comme on le verra plus loin, les exceptions au titre de la sécurité nationale sont souvent formulées d'une manière très large et peuvent donc être quelque peu nébuleuses. La question se pose donc de savoir si la jurisprudence internationale (par exemple les décisions des juridictions arbitrales du CIRDI, de l'ALENA, du GATT ou de l'OMC, les arrêts de la CEJ ou de la CIJ) peut servir de références pour clarifier le sens et le contenu de ces expressions, afin qu'il y ait davantage de cohérence et de prévisibilité dans leur application, ou pour donner des repères aux partenaires négociant la conclusion d'un AII lorsqu'ils souhaitent que le libellé de la clause relative à l'exception soit plus détaillé.

Le corpus de décisions jurisprudentielles disponibles pour une telle analyse est relativement mince. Bien que les considérations de sécurité soient souvent utilisées comme motif par les États pour justifier une dérogation à des obligations conventionnelles, cette justification a rarement fait l'objet d'un examen juridictionnel dans le contexte des AII, sauf en ce qui concerne les exemptions prévues dans le Traité sur l'Union européenne. Il semble donc que la jurisprudence ne puisse pas

encore fournir une base solide dans ce domaine. Au contraire, étant donné les divergences dans leurs modes d'approche et dans leurs constatations sur des éléments factuels pratiquement identiques, les différentes juridictions du CIRDI sont arrivées à des conclusions très différentes. En conséquence, des incertitudes considérables subsistent quant à l'applicabilité, et quant aux conditions de fond requises, des exceptions au titre de la sécurité nationale dans une procédure d'arbitrage.

1. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

Les décisions arbitrales rendues dans le cadre de la Convention du CIRDI au sujet de clauses d'ABI relatives à la sécurité nationale ne constituent qu'une jurisprudence très limitée. Comme il a déjà été mentionné, cinq décisions ont été rendues au cours des dernières années, et toutes concernaient des plaintes déposées contre l'Argentine par des sociétés des États-Unis à la suite de mesures adoptées par le Gouvernement argentin en réponse à la grave crise économique de 2001-2002⁴¹. Les plaignants soutenaient que ces mesures avaient porté préjudice à leurs investissements dans les secteurs argentins du gaz et de l'assurance et avaient violé l'ABI entre les États-Unis et l'Argentine. On s'attend à ce qu'un nombre considérable de décisions soient rendues dans le proche avenir au sujet de questions analogues dans le contexte de cette crise⁴².

Dans toutes les affaires qui ont été menées à leur terme, la question qui se trouvait au cœur du différend portait sur le point de savoir si les mesures d'urgence prises par l'Argentine dans une période de crise économique i) entraient dans le champ d'application de l'exception au titre de la sécurité nationale prévue dans l'ABI entre les États-Unis et l'Argentine, ou ii) pouvaient se justifier en droit international coutumier en invoquant comme moyen de défense l'état de nécessité. Il y a eu seulement deux affaires dans lesquelles la juridiction a estimé que les mesures prises étaient justifiées pendant une certaine période de temps en vertu de la clause du traité, d'où il résultait que l'Argentine ne pouvait pas être tenue pour responsable des pertes

subies par le plaignant pendant cette période⁴³. Au contraire, les autres juridictions n'ont pas accepté le moyen de défense invoqué par l'Argentine, et ont jugé que l'Argentine était tenue de verser une indemnisation. Selon la formule utilisée par une de ces juridictions, on peut craindre que «*n'importe quel État ne puisse invoquer l'état de nécessité pour éluder ses obligations internationales. Cela irait certainement à l'encontre de la stabilité et de la prévisibilité juridique*»⁴⁴.

L'article XI, qui est l'article pertinent de l'ABI entre l'Argentine et les États-Unis invoqué par l'Argentine dans l'affaire susmentionnée, se lit comme suit:

*Le présent Accord n'empêche pas l'application par l'une ou l'autre des parties de mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public, l'exécution de ses obligations en ce qui concerne le maintien ou le rétablissement de la paix ou de la sécurité internationale, ou la protection de ses propres intérêts essentiels de sécurité*⁴⁵.

a) Lien entre l'exception conventionnelle et le moyen de défense du droit international coutumier fondé sur l'état de nécessité

La première question examinée par les juridictions concerne le lien entre la clause conventionnelle et le moyen de défense du droit international coutumier fondé sur l'état de nécessité, qui était également invoqué par l'Argentine. À cet égard, les juridictions se sont référées à l'article 25 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, qui est généralement accepté en tant que codification du droit international coutumier⁴⁶.

À l'exception des juridictions saisies des affaires *LG&E* et *Continental Casualty*, aucune juridiction n'a établi de distinction stricte entre l'article XI de l'Accord bilatéral d'investissement et l'état de nécessité dans le contexte du droit international coutumier. En fait, ces juridictions transposent dans l'article XI du traité bilatéral d'investissement les conditions énoncées à l'article 25 du projet

d'articles de la CDI, les confondant ainsi dans un moyen de défense unique, insécable. Par exemple, dans l'affaire *Sempra*, la juridiction arbitrale a dit que:

*Cette juridiction est convaincue que la disposition conventionnelle est inséparable de la norme du droit international coutumier pour ce qui est de la définition de l'état de nécessité et des conditions de son application, étant donné que c'est dans le contexte du droit international coutumier que ces éléments ont été définis. De même, le traité ne comporte pas de définition qui concerne soit le maintien de la paix et de la sécurité internationales, soit les conditions de sa mise en œuvre*⁴⁷.

Cependant, le comité de révision qui a annulé la décision rendue dans l'affaire *Sempra* a jugé cette approche erronée à deux égards. Une erreur avait trait aux différentes conditions auxquelles étaient soumises ces dispositions, et l'autre à la relation qu'il y avait entre elles et à la séquence selon laquelle elles devaient s'appliquer.

Tout d'abord, le comité a noté que la juridiction avait assimilé «la condition nécessaire pour la mise en œuvre de l'article XI de l'ABI aux conditions relatives à l'état de nécessité dans le contexte du droit international coutumier»⁴⁸. Il a critiqué la juridiction pour avoir présumé que l'article XI de l'ABI et l'article 25 du projet d'articles de la CDI se situaient sur le même plan, sans avoir cherché à analyser le lien entre la disposition conventionnelle et la règle du droit international coutumier. Le comité a fait observer que les conditions prévues à l'article XI du traité bilatéral d'investissement n'étaient pas les mêmes que les conditions exigées par le droit international coutumier à l'article 25 du projet d'articles de la CDI; en fait, il y avait entre elles des différences fondamentales.

Deuxièmement, le comité a estimé que dans l'affaire *CMS* la juridiction arbitrale avait commis une autre erreur juridique, car elle n'avait pas considéré que l'excuse fondée sur le droit international coutumier n'était que subsidiaire par rapport à l'exclusion fondée sur l'article XI. Il a fait observer que l'article 25 du projet d'articles de la

CDI n'était une excuse pertinente qu'une fois qu'il avait été décidé qu'il y aurait eu dans le cas contraire une violation d'obligations fondamentales. En revanche, si c'était l'article XI de l'ABI qui s'appliquait, les obligations fondamentales découlant du traité n'étaient pas applicables.

Nonobstant ces erreurs constatées par le Comité, il n'a pas pu annuler la décision en raison des limites imposées à sa compétence par la Convention du CIRDI, puisqu'il n'y avait pas eu d'excès de pouvoir manifeste⁴⁹. «Bien qu'elle l'ait appliqué d'une manière cryptique et fautive», en fin de compte, la juridiction saisie de l'affaire *CMS* avait appliqué l'article XI de l'ABI.

Les conclusions du comité de révision dans l'affaire *CMS* sont compatibles avec l'approche adoptée par la juridiction dans l'affaire *LG&E*. Cette juridiction a appliqué l'article XI de l'ABI sans y mêler les dispositions de l'article 25 du projet d'articles de la CDI⁵⁰. Dans l'affaire *LG&E*, la juridiction a d'abord appliqué l'article XI de l'ABI, et ne s'est référée à l'article 25 du projet d'articles de la CDI qu'à titre d'argument supplémentaire et distinct mettant en relief ses conclusions, «non pas comme une simple réaffirmation textuelle du moyen de défense préexistant de droit coutumier fondé sur l'état de nécessité»⁵¹. De même, dans l'affaire *Continental Casualty*, la juridiction a souligné la différence entre l'exception établie par l'article XI de l'ABI et le critère plus sévère exigé pour que l'illicéité d'un fait soit reconnue en vertu du droit international coutumier⁵².

Il est impossible de dire si les juridictions suivront à l'avenir le raisonnement tenu par le comité de révision dans l'affaire *CMS* et par les juridictions dans les affaires *LG&E* et *Continental Casualty*. Cependant, comme l'a fait observer un commentateur, «étant donné la clarté de la décision du Comité et les arguments de fond qui la sous-tendent ... il est probable qu'elle ait un effet de persuasion qui se fera sentir dans les affaires encore pendantes»⁵³.

b) Une crise économique est couverte par la clause d'exception

Toutes les juridictions sont parvenues à la conclusion qu'une crise économique justifiait le recours à une exception au titre de la sécurité nationale. Il y a cependant des divergences entre les juridictions quant au degré de gravité de la crise considéré comme nécessaire pour pouvoir se réclamer de la clause⁵⁴.

c) Exception discrétionnaire?

Comme il a été expliqué plus haut, le point de savoir si une exception au titre de la sécurité nationale figurant dans un accord international d'investissement est ou non discrétionnaire est une question cruciale⁵⁵. Dans les affaires qui concernent l'Argentine, toutes les juridictions ont longuement examiné cette question à propos de l'article XI de l'ABI entre l'Argentine et les États-Unis et toutes ont refusé d'en reconnaître le caractère discrétionnaire.

Le libellé de l'article XI de l'ABI, dans le texte cité précédemment, autorise les parties à prendre les «mesures nécessaires» – non pas les mesures qu'une partie estimera nécessaires. En appliquant une approche textuelle, et en comparant l'article XI de l'ABI avec des dispositions utilisant un libellé différent, telles que l'article XXI du GATT, la juridiction a fait observer, dans l'affaire *CMS*, que lorsque les États entendaient créer pour eux-mêmes un droit de déterminer unilatéralement la légitimité de mesures extraordinaires ayant pour conséquence la non-conformité avec des obligations assumées en vertu d'un traité, ils le faisaient expressément⁵⁶. L'article XXI b) du GATT stipule qu'aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée comme empêchant une Partie contractante de prendre toutes mesures *qu'elle estimera nécessaires* pour la protection de sa sécurité nationale. De plus, la juridiction arbitrale s'est référée aux arrêts rendus par la CIJ dans l'affaire *Nicaragua*⁵⁷ et dans l'affaire *Plateformes pétrolières*⁵⁸. Dans ces deux affaires, la CIJ avait jugé que les exceptions au titre de la sécurité nationale contenues dans les traités entre les États-Unis et le Nicaragua et l'Iran, respectivement, n'étaient pas discrétionnaires, mais susceptibles d'un contrôle

juridictionnel. Son interprétation reposait sur le libellé des dispositions du traité qui, contrairement à l'article XXI du GATT, ne comportaient pas les mots «toutes mesures qu'elle estimera nécessaires». De plus, la juridiction s'est référée à l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*⁵⁹, dans laquelle la CIJ a jugé – au sujet du moyen de défense du droit international coutumier fondé sur l'état de nécessité – que «l'état de nécessité ne peut être invoqué qu'à certaines conditions, et l'État concerné n'est pas seul juge de la réunion de ces conditions».

Dans l'affaire *LG&E*, au contraire, la juridiction a fondé sa conclusion sur l'interprétation que les parties avaient donnée du traité au moment de sa signature. Selon cette juridiction, les États-Unis n'avaient commencé à considérer que l'application de la clause d'exception était de nature discrétionnaire qu'à partir de la ratification de l'ABI entre la Fédération de Russie et les États-Unis⁶⁰. Dans les affaires *Enron* et *Sempra*, les juridictions ont utilisé les deux arguments à l'appui de leur conclusion⁶¹. Enfin, dans l'affaire *Continental Casualty*, la juridiction a fondé sa décision sur le libellé de la clause et n'a trouvé aucun élément de preuve indiquant que, malgré le libellé utilisé, les Parties contractantes auraient considéré la clause comme étant discrétionnaire⁶².

d) Indemnisation

La quatrième question qui doit retenir l'attention dans ce contexte, c'est celle de l'indemnisation. La juridiction saisie de l'affaire *CMS* a, dans une remarque incidente, déduit de l'article 27 b) du projet d'articles de la CDI que l'invocation de l'état de nécessité pouvait annuler l'illicéité de la mesure en jeu, mais n'excluait pas l'obligation d'indemniser le détenteur du droit qui avait été sacrifié⁶³.

Ici encore, la juridiction saisie de l'affaire *LG&E* a adopté une position différente. Elle a dit que ni l'article 27 du projet d'articles de la CDI ni l'article XI de l'ABI ne précisait si une indemnisation devait être versée à la partie ayant subi des pertes pendant la période à laquelle s'appliquait l'état de nécessité. Néanmoins, et conformément

à sa conclusion selon laquelle l'article XI de l'ABI exonérait l'Argentine de sa responsabilité, la juridiction a décidé que les dommages qui s'étaient produits pendant la période correspondant à l'état de nécessité devaient être supportés par l'investisseur⁶⁴.

De même, dans l'affaire *CMS*, le Comité de révision a estimé que la juridiction saisie de l'affaire aurait dû examiner la question de l'indemnisation dans le contexte de l'article XI de l'ABI avant d'invoquer l'article 27 b) du projet d'articles de la CDI. Pour le Comité, il était clair qu'étant donné que l'article XI excluait l'applicabilité des dispositions de fond de l'ABI, il ne pouvait pas y avoir d'obligation de verser une indemnisation pendant cette période⁶⁵.

2. Organisation mondiale du commerce/Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce

Bien que les décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel du GATT et de l'OMC ne concernent pas directement les accords internationaux d'investissement et ne portent pas directement sur la question de la sécurité nationale, elles aident néanmoins à mieux comprendre le concept d'état de nécessité et la nature des clauses discrétionnaires. En dernière analyse, les problèmes clefs et les questions juridiques sont analogues, dans le contexte des traités bilatéraux d'investissement et des accords de libre-échange.

Dans ce contexte, les dispositions pertinentes des accords de l'OMC comprennent l'article XXI du GATT et l'article XIV *bis* de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)⁶⁶. En ce qui concerne ce dernier, un Groupe spécial, puis l'Organe d'appel, ont interprété les expressions «moralité publique» et «ordre public». Ils se sont aussi prononcés sur le point de savoir à quel moment une mesure prise aux fins de protéger l'ordre public et la moralité publique pouvait être considérée comme nécessaire. En ce qui concerne l'article XXI du GATT, la question de savoir si cette disposition était discrétionnaire avait été soulevée dans des affaires déjà anciennes.

**a) Interprétation des expressions «moralité publique»
et «ordre public»**

Dans l'affaire *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*, les États-Unis d'Amérique ont invoqué l'article XIV du GATT pour justifier une série de lois d'États et de lois fédérales au sujet desquelles Antigua soutenait qu'elles imposaient une «prohibition totale de la fourniture transfrontière de services de jeux et paris». Le Groupe spécial chargé de l'affaire a été le premier à interpréter les expressions «moralité publique» et «ordre public» figurant à l'article XIV a) de l'AGCS. Dans son interprétation, il a tout d'abord reconnu les sensibilités liées à l'interprétation de ces expressions et noté que la teneur de ces concepts pour les membres pouvait varier dans le temps et l'espace, en fonction d'une série de facteurs, y compris les valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes⁶⁷. En conséquence, et conformément aux décisions antérieures de l'Organe d'appel au sujet de concepts sociétaux analogues, le Groupe spécial a considéré qu'il conviendrait d'accorder aux membres une certaine latitude pour définir et appliquer pour eux-mêmes les concepts de «moralité publique» et «d'ordre public» sur leurs territoires respectifs, selon leurs propres systèmes et échelles de valeurs.

Le Groupe spécial a ensuite entrepris d'interpréter les différents éléments constitutifs des deux expressions. Il a conclu que la «moralité publique» et l'«ordre public» étaient deux concepts distincts qui visent à protéger des valeurs dans une grande mesure semblable, entre lesquelles un certain chevauchement pouvait exister. Cependant, les mesures prises pour protéger l'une ou l'autre devaient «viser à protéger les intérêts du peuple au sein d'une collectivité ou d'une nation dans son ensemble». Tel était le sens de «public».

En se référant au sens ordinaire des termes «moralité» et «ordre», le Groupe spécial a ensuite défini l'expression «moralité publique» en disant qu'elle désignait les normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom. De l'avis du Groupe spécial, l'expression «ordre public», compte tenu

également de la note de bas de page n° 5 relative à l'article XIV de l'AGCS – se réfère à la préservation des intérêts fondamentaux d'une société, tels qu'ils sont reflétés dans sa politique publique et sa législation. Les intérêts fondamentaux peuvent concerner des normes de droit, de sécurité et de moralité⁶⁸.

À la lumière de cette interprétation, le Groupe spécial a estimé que les mesures en question entraient dans le cadre de ces définitions car elles avaient été imposées par les États-Unis en raison de leurs préoccupations touchant au blanchiment d'argent, au crime organisé, à la fraude, à la pratique du jeu par les mineurs et au jeu pathologique. L'Organe d'appel a ensuite confirmé cette conclusion du Groupe spécial⁶⁹.

b) Nécessité de la mesure

En ce qui concerne la prescription de l'article XIV a) de l'AGCS exigeant que les mesures prises pour protéger l'ordre public ou la moralité publique soient «nécessaires», le Groupe spécial s'est référé aux décisions antérieures adoptées par l'Organe d'appel dans les affaires *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf* et *CE - Amiante*, dans lesquelles il avait défini les paramètres du critère de nécessité dans le contexte de dispositions analogues du GATT⁷⁰. À la lumière de ces décisions, le Groupe spécial a établi les principes directeurs suivants relatifs au critère de soupesage et de mise en balance: a) l'importance des intérêts ou des valeurs que la mesure contestée est censée protéger; b) la mesure suivant laquelle la mesure contestée favorise la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit; et c) l'incidence de la mesure contestée sur le commerce⁷¹. Élément important, le Groupe spécial a souligné qu'en ce qui concerne le critère de l'incidence sur le commerce, l'Organe d'appel avait également indiqué que le point de savoir s'il existait une autre mesure compatible avec les règles de l'OMC qui soit raisonnablement disponible devait être pris en considération pour l'application de cette prescription. Le Groupe spécial a conclu que les États-Unis n'avaient pas démontré que cette prescription avait été respectée. En rejetant l'invitation d'Antigua à engager des consultations et/ou des

négociations bilatérales ou multilatérales, les États-Unis «n'ont pas suivi de bonne foi une procédure qu'ils auraient pu utiliser pour explorer la possibilité de trouver une autre mesure compatible avec les règles de l'OMC et raisonnablement disponible»⁷².

L'Organe d'appel a infirmé cette conclusion du Groupe spécial et jugé que les mesures prises par les États-Unis étaient nécessaires. Dans ce contexte, il a fourni des précisions sur les aspects procéduraux du critère de nécessité. Il a souligné que s'il incombait, en dernière analyse, à une partie défenderesse de montrer la nécessité d'une mesure, il ne lui incombait pas de montrer, d'emblée, qu'il n'y avait pas de mesures de rechange raisonnablement disponibles pour atteindre ses objectifs⁷³. Cependant une partie défenderesse était tenue de montrer qu'une mesure invoquée par une partie plaignante n'était pas une mesure de rechange raisonnable. Contrairement au Groupe spécial, l'Organe d'appel n'a pas considéré que les consultations proposées par Antigua constituaient une mesure de rechange raisonnable, parce que les consultations étaient, par définition, un processus dont les résultats étaient incertains et ne se prêtaient donc pas à une comparaison avec les mesures contestées en l'espèce. En conséquence, Antigua n'ayant pas proposé de mesure compatible avec les règles de l'OMC, la législation adoptée par les États-Unis était nécessaire. Toutefois, l'Organe d'appel a confirmé (en partie) la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les mesures étaient incompatibles avec les prescriptions de l'article XIV de l'AGCS, attendu que les États-Unis n'avaient pas montré que les prohibitions énoncées dans ces mesures s'appliquaient à la fois aux fournisseurs étrangers et nationaux de services de paris à distance sur les courses de chevaux⁷⁴.

c) Caractère discrétionnaire

La question de savoir si une exception de sécurité telle que l'article XXI du GATT ne doit pas, malgré son libellé – «... qu'elle estimera nécessaires» – être considérée comme étant de nature *entièrement* discrétionnaire s'est posée dans un différend déjà ancien entre la Tchécoslovaquie et les États-Unis, qui concernait une

interdiction à l'importation imposée par ces derniers pour des considérations de sécurité nationale. Selon une opinion avancée au cours des débats entre les délégués des Parties contractantes – auxquels il incombait alors de régler le différend – l'interdiction semblerait justifiée «car en dernier lieu chaque pays doit être juge dans les affaires concernant sa propre sécurité»⁷⁵. Dans le même temps, les Parties contractantes devaient bien se garder de ne pas prendre de mesures qui auraient pour effet de saper les bases de l'Accord général. Les Parties contractantes ont rejeté la plainte de la Tchécoslovaquie. À la lumière des débats qui ont eu lieu entre les délégués, débats au cours desquels a été invoqué l'article XXI du GATT, on pourrait soutenir que les Parties contractantes avaient examiné la question de leur compétence formelle au sujet d'un moyen de défense invoquée en vertu de l'article XXI⁷⁶.

Les États-Unis ont aussi invoqué l'article XXI du GATT au sujet d'une plainte du Nicaragua, qui soutenait qu'un décret présidentiel pris par le Président Reagan interdisant tout commerce avec le Nicaragua violait les obligations des États-Unis au titre du GATT. Le mandat du Groupe spécial chargé de l'affaire, qui devait être alors approuvé par les deux parties pour qu'un groupe spécial puisse être établi, lui interdisait expressément d'examiner la validité de ce moyen de défense. Le Groupe spécial a néanmoins saisi cette occasion de soulever des «questions plus générales».

«S'il était admis que l'interprétation de l'article XXI était entièrement réservée aux Parties contractantes qui l'invoquent, comment les Parties contractantes pourraient-elles avoir l'assurance que cette exception générale à toutes les obligations assumées au titre de l'Accord général ne soit pas invoquée d'une manière excessive et à des fins autres que celles qui sont énoncées dans cette disposition? Si les Parties contractantes donnent pour tâche à un groupe spécial d'examiner une affaire dans laquelle est invoqué l'article XXI sans l'autoriser à examiner la justification de ce recours à cet article, limitent-elles le droit de la Partie

contractante lésée à ce que sa plainte soit examinée conformément à l'article XXIII:2⁷⁷?».

Il y a donc une bonne raison de penser que des mesures prises en vertu de l'article XXI du GATT peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Les arguments en faveur d'un contrôle possible sont d'autant plus forts aujourd'hui qu'il y a une possibilité accrue de soumettre le processus à un contrôle juridictionnel en vertu du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC. Les différends doivent donc être réglés en utilisant «les règles coutumières d'interprétation du droit international public» qui comprennent la bonne foi (art. 3.2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC)⁷⁸.

3. Cour européenne de justice

C'est essentiellement dans le contexte de la privatisation d'entreprises publiques du secteur infrastructurel que la Cour européenne de justice (CEJ) a eu à examiner les clauses d'exception de sécurité prévues dans le Traité sur l'Union européenne⁷⁹. Dans les procédures en manquement engagées par la Commission européenne, la CEJ n'a jusqu'à présent accepté qu'une seule fois le moyen de défense invoqué par un État membre.

À la fin des années 1990, plusieurs États membres ont adopté une législation visant à limiter l'investissement étranger dans ce type d'entreprise, au moyen notamment de mesures telles que les procédures d'autorisation préalable et les droits de veto attribués à l'État sous forme de «participation de blocage» dans l'entreprise concernée.

Par exemple, les mesures adoptées par le Portugal limitaient la possibilité pour les nationaux d'autres États membres d'acquérir plus qu'un nombre déterminé d'actions dans certaines entreprises du secteur bancaire et des secteurs de l'assurance, de l'énergie et des transports. De plus, une autorisation préalable était nécessaire dès lors qu'était franchi un seuil déterminé d'actions, ou de droits de vote. La France a institué une procédure analogue pour une société

l'approvisionnement en produits pétroliers. Au demeurant, elle a institué un droit pour l'État de s'opposer à toute décision de transférer des actifs de cette société, ou de les utiliser à titre de garantie (a posteriori). La Belgique aussi a mis en place une procédure de cette nature, qui était limitée aux décisions concernant les actifs stratégiques d'entreprises susceptibles d'être utilisés comme éléments d'infrastructure essentiels pour l'acheminement de produits énergétiques à l'intérieur du pays. Selon la législation belge, le ministre compétent pouvait opposer son veto s'il estimait que l'opération en question avait un effet préjudiciable sur l'intérêt national dans le secteur énergétique.

Dans ses arrêts, la CEJ a estimé que ces mesures constituaient une restriction à la libre circulation des capitaux et, en conséquence, également à la liberté d'établissement. Au sujet d'une justification possible d'une telle restriction et conformément à des décisions antérieures, elle a considéré que la libre circulation des capitaux ne pouvait être soumise à des restrictions que dans certaines conditions strictes. Premièrement, les restrictions devaient être justifiées par des raisons visées dans le Traité⁸⁰ ou par des raisons impérieuses d'intérêt général et applicables à toute personne et entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État membre d'accueil. Deuxièmement, la réglementation nationale devait être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuivait, et troisièmement, elle ne devait pas aller au-delà de ce qui était nécessaire pour qu'il soit atteint, afin de satisfaire au critère de proportionnalité⁸¹. La même norme était applicable à la liberté d'établissement en vertu de l'article 46 du Traité.

En ce qui concerne le régime de l'autorisation administrative préalable visé en l'espèce, la Cour a rappelé que ce régime devait être proportionnel au but poursuivi de manière telle que le même objectif ne saurait être atteint par des mesures moins restrictives, notamment par un système de déclarations a posteriori. De plus, il devait être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance des entreprises concernées, et toute personne frappée par une

mesure restrictive de ce type devait pouvoir disposer d'une voie de recours⁸².

Compte tenu de ces considérations, la Cour a jugé que les mesures prises par le Portugal contrevenaient à ces critères. Les objectifs économiques poursuivis par les mesures en question, à savoir le choix d'un partenaire stratégique, le renforcement de la structure concurrentielle du marché en cause, ainsi que la modernisation et le renforcement de l'efficacité des moyens de production, ne pouvaient pas justifier des restrictions à la liberté fondamentale concernée. «Il est de jurisprudence constante que des motifs de nature économique ne sauraient servir de justification à des entraves prohibées par le Traité.»⁸³.

Au contraire, la France avait justifié les mesures contestées en invoquant la nécessité d'assurer la sécurité des approvisionnements en produits pétroliers en cas de crise. En l'espèce, la Cour a jugé que cet objectif relevait incontestablement d'un intérêt public légitime, étant donné que l'objectif d'assurer, en tout temps, un approvisionnement minimal en produits pétroliers pouvait justifier une restriction pour des raisons de sécurité publique en vertu du Traité⁸⁴. De même, dans l'affaire *Commission c. Espagne*, la Cour a expressément dit que l'objectif consistant à assurer en cas de crise la sécurité des télécommunications, de l'approvisionnement en électricité et en produits pétroliers ou la fourniture de tels services dans un État membre pourrait constituer une raison de sécurité publique⁸⁵. Cependant, la Cour donne de cette dérogation une interprétation stricte, de sorte que la portée de cette exception ne peut être déterminée unilatéralement sans contrôle des institutions communautaires. «Ainsi, la sécurité publique ne peut être invoquée **qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société.**»⁸⁶ (Pas de caractères gras dans l'original)

Dans ce contexte, la Cour a jugé que le régime instauré par la France était contraire au principe de la certitude juridique, car les investisseurs concernés n'avaient reçu aucune indication quant aux circonstances spécifiques et objectives dans lesquelles une autorisation préalable serait accordée ou refusée. Un pouvoir discrétionnaire aussi large constituait une atteinte grave à la libre circulation des capitaux. Le pouvoir discrétionnaire d'exercer le droit d'opposition a posteriori n'étant, lui non plus, limité par aucune condition, les mêmes considérations s'appliquaient. En conséquence, la Cour a dit que «vu l'absence de critères objectifs et précis dans la structure du régime établi, la réglementation en cause va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif indiqué»⁸⁷.

De même que la législation française, les mesures adoptées par la Belgique avaient pour objectif d'assurer la sécurité des approvisionnements énergétiques en cas de crise, et constituaient donc une question de sécurité publique pouvant justifier un obstacle à la libre circulation des biens et des capitaux. Contrairement au régime français, la législation qui était en place en Belgique comportait un certain nombre de limitations que les autorités compétentes étaient tenues de respecter. Par exemple, des délais stricts étaient établis, le régime était limité à certaines décisions concernant les actifs stratégiques des sociétés en cause, et une intervention n'était admissible que s'il existait un risque que les objectifs de la politique énergétique puissent être compromis. Au demeurant, une telle intervention devait être appuyée par un exposé formel des motifs qui y avaient conduit, et pouvait faire l'objet d'un recours effectif devant les tribunaux. C'est au vu de ces limitations que la Cour a jugé que le régime en cause «donne à l'État membre la possibilité d'intervenir afin d'assurer, dans une situation donnée, le respect des obligations de service public qui incombent à la SNTC et à Distrigaz, tout en respectant les exigences de sécurité juridique»⁸⁸. La Commission n'avait pas pu montrer que des mesures moins restrictives auraient permis d'atteindre l'objectif poursuivi. En conséquence, la Cour a jugé que la législation belge était justifiée par l'objectif consistant à

assurer la sécurité des approvisionnements énergétiques en cas de crise⁸⁹.

4. Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)

À ce jour, il ne semble pas qu'il y ait une jurisprudence concernant l'article 2102 de l'Accord de libre-échange nord-américain, qui énonce une exception au titre de la sécurité nationale. De plus, pour ce qui est de l'investissement étranger, il semble peu probable qu'une juridiction de l'ALENA examine une mesure prise par une partie pour des raisons de sécurité nationale ou interdisant un investissement d'un investisseur ou imposant des restrictions à cet investissement. Aux termes de l'article 1138.1 de l'ALENA, une décision prise par une partie au titre de l'article 1138.1 d'interdire ou de restreindre l'acquisition d'un investissement sur son territoire par un investisseur d'une autre partie, ou un investissement de cet investisseur, est exonérée de la procédure de règlement des différends. Ainsi, à cet égard, les investisseurs affectés par de telles mesures ne disposent pas de recours juridique leur permettant de les soumettre à un contrôle juridictionnel.

5. Conclusion

En résumé, on peut constater que les décisions rendues par les juridictions arbitrales du CIRDI au sujet de clauses instituant une exception au titre de la sécurité nationale n'ont pas encore établi d'approche commune. En gros, au vu des décisions de la juridiction dans l'affaire *LG&E*, du comité de révision dans l'affaire *CMS* et de la juridiction dans l'affaire *Continental Casualty* d'une part, et des décisions rendues par les juridictions dans les affaires *Sempra* et *Enron*, de l'autre, on constate que deux approches opposées ont été adoptées⁹⁰.

Un large accord semble néanmoins exister sur deux points importants. Premièrement, la portée d'une exception au titre de la sécurité nationale peut s'étendre à des situations de crise économique grave, même si l'on ne voit pas clairement quelle doit être l'ampleur de la crise pour qu'elle soit considérée comme suffisante.

Deuxièmement, toutes les juridictions arbitrales ont conclu qu'un moyen de défense basé sur une clause telle que celle figurant dans le traité international d'investissement entre l'Argentine et les États-Unis était susceptible d'un contrôle juridictionnel et n'était pas discrétionnaire.

Si l'on se place dans une perspective plus large pour y inclure les décisions de la CEJ et des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel du GATT et de l'OMC sur les clauses relatives à la sécurité nationale, on peut constater certaines similitudes et dégager quelques bases d'interprétation.

Premièrement, en ce qui concerne le contrôle juridictionnel, toutes les juridictions arbitrales et tous les tribunaux mentionnés plus haut ont affirmé qu'ils avaient compétence – du moins en principe – pour connaître des mesures adoptées pour des considérations de sécurité nationale. Il semble donc qu'une juridiction ne soit pas, en règle générale, empêchée d'examiner de telles mesures. Lorsqu'une clause est considérée comme étant une clause discrétionnaire, dans le cas, par exemple, de l'article XXI du GATT dont le libellé est à cet égard un puissant indicateur, le contrôle se limite à l'examen d'un critère de bonne foi. Il y a une importante exception à cette règle, l'article 1138 1) de l'ALENA, puisque cet article exonère de la procédure de règlement des différends les mesures prises au titre de la sécurité nationale qui affectent l'investissement.

Deuxièmement, quand sont invoquées des clauses non discrétionnaires, chaque État dispose d'une certaine marge d'appréciation pour décider quel est l'intérêt qu'il considère comme étant d'une importance fondamentale et le degré de protection qu'il entend lui accorder. Cependant, comme il a été indiqué à propos de l'article XIV de l'AGCS et des articles 46 et 58 du Traité sur l'Union européenne, seules les mesures qui sont objectivement nécessaires peuvent être adoptées. En général, l'Organe d'appel de l'OMC et la CEJ demandent dans ce contexte s'il y a ou non d'autres mesures raisonnablement disponibles qui sont moins restrictives. À cet égard, l'Union européenne (UE) – communauté homogène ayant atteint un

haut niveau d'intégration – applique des conditions strictes. En revanche, dans l'affaire *LGC&E*, la juridiction, dans l'interprétation qu'elle a donnée de l'article XI de l'ABI entre l'Argentine et les États-Unis, n'a pas établi de conditions claires relatives à la nécessité. Elle a pourtant dit qu'un État avait la liberté de choisir entre plusieurs réponses⁹¹. Ainsi, il apparaît que la juridiction a aussi appliqué un critère de soupesage et mise en balance, et constaté que la gravité de la crise justifiait clairement les mesures adoptées.

Troisièmement, un groupe spécial et l'Organe d'appel de l'OMC ont tout récemment donné pour la première fois une interprétation des expressions «moralité publique» et «ordre public» employées à l'article XIV a) de l'AGCS. Il y a certaines similitudes avec l'interprétation que la CEJ a donnée d'expressions analogues employées dans le Traité de l'AGCS sur l'Union européenne, qui exige qu'il y ait une menace véritable et suffisamment grave à un intérêt fondamental de la société pour que puisse être invoquée l'exception prévue par le Traité sur l'UE pour des raisons de sécurité nationale.

Néanmoins, la jurisprudence dans ce domaine n'en est encore qu'à ses débuts, et il est impossible de prévoir comment les juridictions se prononceront, à l'avenir, sur ces importantes questions. En particulier, il semble qu'il y ait une jurisprudence très limitée sur la question des secteurs stratégiques, et la jurisprudence existante concerne le cas particulier de l'intégration régionale. Pour les parties à un AII qui souhaitent réduire les risques inhérents à l'imprévisibilité de l'interprétation d'une clause d'exception au titre de la sécurité nationale, un moyen possible consisterait à définir leur interprétation mutuelle de la portée et des conséquences futures de cette exception, par exemple, en ce qui concerne l'indemnisation. Quelques pays ont déjà adopté une telle stratégie pour d'autres dispositions fondamentales d'un traité, par exemple en ce qui concerne le traitement juste et équitable et l'expropriation (CNUCED, 2007b). Cependant, il faut garder à l'esprit qu'un tel mode d'approche limite la flexibilité des parties en matière de réglementation dans un domaine

politiquement aussi sensible que celui de la sécurité nationale. La réponse à la question de savoir s'il conviendrait d'adopter une telle stratégie – et comment elle devrait être adoptée – dépend d'un certain nombre de facteurs qui doivent être mis en balance selon les préférences de chaque État (voir *infra* le chapitre IV de la présente étude).

Notes

¹ Les affaires pertinentes sont les affaires suivantes: *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/08, décision du 12 mai 2005; *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, décision du 3 octobre 2006; *Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/03, décision du 22 mai 2007; *Sempra Energy International c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, décision du 28 septembre 2007; *Continental Casualty Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9A, décision du 5 septembre 2008. Voir aussi le chapitre I.D.1 du présent document.

² *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/08, 12 mai 2005, par. 359.

³ *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/08, 12 mai 2005, par. 360.

⁴ *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, 3 octobre 2006, par. 238.

⁵ *Continental Casualty Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9A, décision du 5 septembre 2008, par. 175.

⁶ *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/08, 12 mai 2005 par. 355.

⁷ *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, 3 octobre 2006, par. 226.

⁸ *Continental Casualty Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9A, décision du 5 septembre 2008, par. 180.

⁹ *Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/03, 22 mai 2007, par. 306; *Sempra Energy International c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, 28 septembre 2007, par. 348.

¹⁰ *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, 3 octobre 2006, par. 231 à 237.

¹¹ *Ibid.*, par. 231.

¹² *Continental Casualty Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9A, décision du 5 septembre 2008, par. 180.

¹³ Voir le chapitre IV du présent document.

¹⁴ Le seuil de ce qui est considéré comme «critique» peut varier d'un pays à un autre. Voir le récapitulatif dans «National security approaches to foreign investment in "critical" infrastructure». OCDE. Doc. n° DAF/INC/WD(2007) 21/REV1. 3 mars 2008.

¹⁵ Voir l'analyse dans CNUCED (2008), chap. IV et V.

¹⁶ Voir CNUCED (2008 et 2006).

¹⁷ Wharton School, Université de Pennsylvanie (2007). «A closer look at sovereign wealth funds: secretive, powerful, unregulated and huge». Disponible à l'adresse <http://knowledge.wharton.upenn.edu/category.cfm?cid=1>.

¹⁸ Un autre argument avancé contre les fonds d'État étrangers, c'est que leurs investissements peuvent conduire à une «nationalisation» d'entreprises nationales. Cela irait à l'encontre des économies de marché qui reposent sur l'entreprise privée. Une telle «nationalisation» serait particulièrement regrettable si elle touchait des entreprises qui n'avaient été que récemment privatisées, en dépit, peut-être, d'une forte opposition intérieure. Il convient de souligner que le terme «nationalisation» peut être trompeur dans ce contexte. On entend généralement par «nationalisation» le transfert de propriété d'un investissement au pays d'accueil, alors que dans le cas des

fonds souverains la propriété est transférée à une entité publique étrangère dans le pays d'accueil. Il y a des différences considérables entre les deux scénarios puisque, dans le premier cas, le pays d'accueil devient le propriétaire souverain du bien, alors que dans le second le fonds souverain reste soumis aux lois et règlements du pays d'accueil.

¹⁹ D'un autre côté, on a aussi soutenu que l'investissement étranger des fonds souverains créait plus de risques pour les fonds eux-mêmes que pour les pays d'accueil dans lesquels ils investissent. Les fonds souverains seraient dans une position plus faible que les pays d'accueil parce qu'ils pourraient se trouver dans une situation où ils deviendraient les «otages» du pays d'accueil. Ils n'acquerraient qu'un droit juridique sur les actifs dans lesquels ils investissent, alors que le pays d'accueil pourrait, s'il le voulait, exercer un contrôle physique sur ces actifs. En cas de conflit entre les fonds et l'État d'accueil, le fait que les fonds détiennent des droits de propriété dans la société dans laquelle ils ont investi leur serait de peu de secours, car le pays d'accueil ne tiendrait peut-être pas compte de ces droits et pourrait saisir les actifs. Un exemple d'une telle situation pourrait être le gel des comptes bancaires de créanciers étrangers par le pays d'accueil, ou la menace d'une expropriation si l'investisseur étranger ne se conduisait pas comme le souhaite le pays d'accueil. Les fonds souverains seraient donc exposés à un plus haut degré de risque que les pays d'accueil. Voir *Neue Zürcher Zeitung*, 26 février 2008, p. 27.

²⁰ Les fonds les plus transparents – en ce qui concerne leur taille, la composition de leur portefeuille et le retour sur investissement sont les fonds de la Norvège, Temasek, et les fonds de l'Alaska, de la Malaisie, de l'Azerbaïdjan et d'Alberta (Canada). Les moins transparents sont les fonds des Émirats arabes unis, du Koweït, de la Chine, du Qatar, de Brunéi, de la République bolivarienne du Venezuela, de Taiwan province de Chine, et d'Oman. Voir: Truman (2007).

²¹ OCDE Doc. n° DAF/INV(2008)5. 12 mars 2008.

²² Voir sect. I.D.1 du présent document.

²³ Voir plusieurs affaires en rapport avec les crises financières qu'a connues l'Argentine, sect. I.D du présent document.

²⁴ Le Traité sur la Charte de l'énergie et le Protocole de la Charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux ont été signés en

décembre 1994 et sont entrés en vigueur en avril 1998. À ce jour, 51 États, ainsi que la Communauté européenne et Euratom, ont signé le Traité ou y ont adhéré (il y a donc 53 Parties au Traité).

²⁵ Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, avec commentaires. *Documents officiels de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, cinquante-sixième session, Supplément n° 10*, chap. 4, Document des Nations Unies A/56/10, art. 24 et 25. Disponible à l'adresse <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english>.

²⁶ Voir aussi la Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 60 et 62.

²⁷ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Document des Nations Unies A/RES/56/83 (2001).

²⁸ 1997. Cour internationale de Justice 7, p. 51, 52 et 55.

²⁹ Rapport du Groupe spécial, Thaïlande: Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes, 75, DS10/R. 5 octobre 1990. GATT B.I.S.D. (trente-septième Supplément) à 200, 222 (1990).

³⁰ O'Connor, J. *Good Faith in International Law*. 1991d.

³¹ Commission baleinière internationale. Résolution 2001-01 (2001). Disponible à l'adresse: <http://www.iwcoffice.org/meetings>.

³² Pour une analyse, voir Bottini (2008).

³³ Lauterpacht, H. *The Function of Law in the International Community*, 1933, p.188.

³⁴ À cet égard, voir en particulier la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Sur ce point: Mahoney, P. *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*. 11 *Human Rights. L.J.* 57, 78-80 (1990); Macdonald, Ronald St. John. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. I-2 *Collected courses of the Academy of European Law* 95, 139-156 (Andrew Clapham, Frank Emmert, ed., 1990).

³⁵ La question de l'exception relative à des intérêts essentiels de sécurité dans le contexte d'une crise économique n'a jusqu'à présent été soulevée que dans les affaires mettant en cause l'Argentine.

³⁶ *CMS Gas Transmission Co. c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/8 (2005).

³⁷ *Enron Corp. Ponderosa Assets c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/3 (2007).

³⁸ *Sempra Energy International c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16 (28 septembre 2007).

³⁹ *LG&E Energie Corporation et consorts c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/01 (2006).

⁴⁰ *Continental Casualty Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9A, décision du 5 septembre 2008.

⁴¹ Les affaires pertinentes sont mentionnées dans la note de bas de page 6.

⁴² En septembre 2008, il y avait 33 affaires pendantes contre l'Argentine en vertu de la Convention du CIRDI, et la plupart d'entre elles concernaient des mesures prises à la suite de la crise financière.

⁴³ Dans l'une de ces affaires (*Continental Casualty c. la République d'Argentine*), la juridiction arbitrale a conclu que les mesures prises par l'Argentine étaient toutes, sauf une, couvertes par l'exception au titre de la sécurité nationale.

⁴⁴ *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/08, 12 mai 2005, par. 317.

⁴⁵ Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République d'Argentine concernant l'encouragement et la protection réciproque de l'investissement, signé le 14 novembre 1991 et entré en vigueur le 20 octobre 1994. Disponible à l'adresse http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx.

⁴⁶ Commission du droit international. Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, avec commentaires. Disponible à l'adresse http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf. Le texte de cet article est reproduit au chapitre I.B.3.

⁴⁷ *Sempra Energy International c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, 28 septembre 2007, par. 376.

⁴⁸ *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/08, 12) procédure en annulation). Décision du Comité ad hoc sur la demande d'annulation présentée par la République d'Argentine, 25 septembre 2007, par. 128 à 131.

⁴⁹ *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/08, 12) procédure en annulation). Décision du Comité ad hoc sur la demande d'annulation présentée par la République d'Argentine, 25 septembre 2007, par. 136.

⁵⁰ *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, 3 octobre 2006, par. 245: «Tout en considérant que les protections offertes par l'article XI ont été déclenchées dans la présente affaire et sont suffisantes pour exonérer l'Argentine de sa responsabilité, la juridiction reconnaît qu'il a été satisfait aux normes relatives à l'état de nécessité tel qu'il existe en droit international (comme il ressort de l'article 25 du projet d'article de la CDI sur la responsabilité de l'État), ce qui conforte la conclusion du Tribunal.».

⁵¹ Burke-White W. and von Staden A. Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures provision in bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*. 48 (2).

⁵² *Continental Casualty Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9A, décision du 5 septembre 2008, par. 160 à 168.

⁵³ Kurtz, Jürgen T. *ICSID Annulment Committee Rules on the Relationship between Customary and Treaty Exceptions on Necessity in Situations of Financial Crisis*. ASIL Insight, International Economic Law Edition, 20 décembre, 2007, vol. 11, Issue 30. Disponible à l'adresse: <http://www.asil.org/insights/2007/12/insights071220.html>.

⁵⁴ Voir chap. I.A.1.

⁵⁵ Voir chap. IV.B.1.

⁵⁶ *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/08, 12 mai 2005, par. 370.

⁵⁷ Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (*Nicaragua c. États-Unis*), Examen au fond, 1986 CIJ 14, 116.

⁵⁸ Plateformes pétrolières (*Iran (République islamique d') c. États-Unis*) 1996 CIJ 803, 20.

⁵⁹ Affaire concernant le projet *Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, 1997 CIJ 7.

⁶⁰ *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, 3 octobre 2006, par. 213.

⁶¹ *Enron Corporation Ponderosa Assets L.P c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/03, 22 mai 2007, par. 335 à 339; *Sempra Energy International c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, 28 septembre 2007, par. 379 à 388.

⁶² *Continental Casualty Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9A, décision du 5 septembre 2008, par. 187.

⁶³ *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/08, 12 mai 2005, par. 388. L'article 27 b) du projet d'article de la CDI se lit comme suit: «L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice ...; b) de la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question.».

⁶⁴ *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, 3 octobre 2006, par. 264.

⁶⁵ *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/08, 12), procédure en annulation. Décision du Comité ad hoc sur la demande d'annulation présentée par la République d'Argentine, 25 septembre 2007, par. 146.

⁶⁶ L'article XIV a) de l'AGCS est reproduit à la section II.A de la présente étude. L'article XXI du GATT se lit comme suit: «Article XXI – Exceptions concernant la sécurité: Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée: a) comme imposant à une Partie contractante l'obligation de fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité; b) ou comme empêchant une Partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité: i) se rapportant aux matières fissiles ou aux matières

qui servent à leur fabrication; ii) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles et matériel destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées; iii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale; c) ou comme empêchant une Partie contractante de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

⁶⁷ *États-Unis – Mesures affectant l'offre transfrontière de services de jeux et paris*. Rapport du Groupe spécial, WT/DS285/R (10 novembre 2004), par. 6.461 et suiv.

⁶⁸ La note de bas de page n° 5 relative à cet article se lit comme suit: «L'exception concernant l'ordre public ne peut être invoquée que dans les cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société.».

⁶⁹ *États-Unis – Mesures affectant l'offre transfrontière de services de jeux et paris*. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS285/AB/R (7 avril 2005), par. 299.

⁷⁰ Pour une analyse de la jurisprudence sur l'état de nécessité, voir Neumann et Tuerk, 2003.

⁷¹ *États-Unis – Mesures affectant l'offre transfrontière de services de jeux et paris*. Rapport du Groupe spécial, WT/DS285/R (10 novembre 2004), par. 6.477.

⁷² *États-Unis – Mesures affectant l'offre transfrontière de services de jeux et paris*. Rapport du Groupe spécial, WT/DS285/R (10 novembre 2004), par. 6.531.

⁷³ *États-Unis – Mesures affectant l'offre transfrontière de services de jeux et paris*. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS285/AB/R (7 avril 2005) par. 309.

⁷⁴ *États-Unis – Mesures affectant l'offre transfrontière de services de jeux et paris*. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS285/AB/R (7 avril 2005) par. 372.

⁷⁵ Parties contractantes, troisième session, compte rendu analytique de la vingt-deuxième réunion, demande du Gouvernement de la Tchécoslovaquie

concernant une décision au titre de l'article XXIII sur le point de savoir si le Gouvernement des États-Unis d'Amérique s'est ou non acquitté de ses obligations au titre de l'Accord par la façon dont il a géré la question des licences d'exportation, GATT/CP.3/SR.22 (8 juin 1949), p. 7.

⁷⁶ Voir Hannes L. Schloemann et Stefan Ohloff, «Constitutionalizing». *Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence*, 93 *AJIL* (1999), 424, 432; Susan Rose-Ackerman and Benjamin Billa, *Treaties and National Security*, Yale Law School, p. 18.

⁷⁷ *États-Unis – Mesures commerciales affectant le Nicaragua*. Rapport du Groupe spécial, document du GATT L/6053, 13 octobre 1986, par. 5.17.

⁷⁸ Susan Rose-Ackerman et Benjamin Billa, *Treaties and National Security*, Yale Law School, p. 21.

⁷⁹ Les clauses pertinentes sont les articles 46 et 58 du Traité sur l'UE reproduits au chapitre II C.2.

⁸⁰ Notamment l'article 58 1) b). Le texte est reproduit au chapitre II C.2.

⁸¹ Affaire C-503/99 *Commission c. Belgique* [2002] ECR I-4809, par. 45; affaire *Commission c. France* [2002] ECR I-4781, par. 45; affaire C-367/98 *Commission c. Portugal*, par. 49.

⁸² Affaire C-483/99 *Commission c. France* [2002] ECR I-4781, par. 46; affaire C-367/98 *Commission c. Portugal*, par. 50.

⁸³ Affaire C-367/98 *Commission c. Portugal* par. 52.

⁸⁴ Affaire C-483/99 *Commission c. France* [2002] ECR I-4781, par. 47. Dans ce contexte, la Cour rappelle sa décision rendue dans l'affaire C-72/83 *Campus Oil* [1984] ECR 2727, par. 35, dans laquelle elle a conclu que «Étant donné la gravité des conséquences qu'une interruption des approvisionnements en produits pétroliers peut avoir pour l'existence d'un pays, l'objectif d'assurer, en tout temps, un approvisionnement minimal en produits pétroliers, doit être considéré comme transcendant les considérations purement économiques et donc capable de constituer un objectif relevant du concept de sécurité publique.».

⁸⁵ Affaire C-463/00 *Commission c. Espagne* [2003] ECR I-4581, par. 71.

⁸⁶ Affaire C-483/99 *Commission c. France* [2002] ECR I-4781, par. 48. Voir aussi l'affaire C-503/99 *Commission c. Belgique* [2002] ECR I-4809, par. 47; affaire C-463/00 *Commission c. Espagne* [2003] ECR I-4581, par. 72.

⁸⁷ Affaire C-483/99 *Commission c. France* [2002] ECR I-44781, par. 53.

⁸⁸ Affaire C-503/99 *Commission c. Belgique* [2002] ECR I-4809, par. 52.

⁸⁹ Affaire C-503/99 *Commission c. Belgique* [2002] ECR I-4809, par. 55. Voir aussi affaire C-463/00 *Commission c. Espagne* [2003] ECR I-4581, paragraphe 74 et suivants, où la CEJ a constaté qu'une trop grande latitude était accordée aux autorités administratives espagnoles d'exercer leur droit d'approuver ou de refuser certaines acquisitions de participations.

⁹⁰ C'est également l'opinion de la doctrine. Voir Burke-White W. et von Staden A. Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures provision in bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*. 48 (2): 70.

⁹¹ *LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, 3 octobre 2006, par. 239 à 241.

II. INVENTAIRE ET ANALYSE

La présente section passe en revue les différentes formules que les pays ont choisi d'utiliser dans les AII pour rédiger les exceptions au titre de la sécurité nationale. Comme on le verra, le libellé varie considérablement. Si les exceptions au titre de la sécurité nationale figurant dans certains accords sont des exceptions larges, dont l'objectif est de laisser à l'État le maximum de pouvoir discrétionnaire pour interpréter ce qui constitue une menace à la sécurité nationale et quelles mesures prendre face à cette menace, d'autres accords ont adopté une approche plus restrictive en établissant la liste des conditions en vertu desquelles peut être invoquée la clause de sécurité nationale. Ces conditions concernent, par exemple, la non-discrimination à respecter dans l'application des mesures, ou autorisent à n'invoquer l'exception que pour des secteurs spécifiques tels que les activités économiques en rapport avec la défense ou avec les ventes d'armes et de munitions. Dans quelques AII, l'exception au titre de la sécurité nationale ne s'applique qu'à des dispositions spécifiques plutôt qu'à la totalité de l'Accord (notamment les différends entre un investisseur et un État ou l'expropriation). Certains AII emploient d'autres expressions que l'expression «sécurité nationale», et autorisent des dérogations aux obligations découlant de l'Accord dans certaines situations de crise comme la guerre, les catastrophes naturelles, une crise financière, les actes de terrorisme ou les maladies pandémiques. La formulation de chaque exception au titre de la sécurité nationale traduit l'étendue du pouvoir discrétionnaire que les Parties contractantes souhaitent se réserver quand elles sont confrontées à une menace à la sécurité.

Comme on le verra, les négociateurs et les décideurs ont le choix entre diverses options pour se protéger en cas de crise grave pouvant menacer leur sécurité nationale ou essentielle. Trois grandes options se dégagent d'un inventaire des AII. Premièrement, les Parties contractantes peuvent décider d'exclure entièrement l'exception de l'Accord. Dans ce cas, des exceptions au titre de la sécurité nationale peuvent encore être invoquées, mais uniquement en se référant au

droit international coutumier. Une deuxième option consiste à choisir une approche restrictive, les parties établissant la liste des conditions en vertu desquelles l'exception peut être invoquée. Avec cette approche, les parties peuvent encore restreindre le champ d'application de la disposition en évitant d'utiliser un libellé autorisant une application discrétionnaire. Enfin, et contrairement à la deuxième approche, les parties peuvent souhaiter se réserver une plus grande flexibilité et un plus large pouvoir d'appréciation en optant pour la clause discrétionnaire «les mesures qu'*elles estiment nécessaires*» et en évitant d'établir une liste des conditions en vertu desquelles l'exception peut être invoquée.

Si des exceptions au titre de la «sécurité nationale» ne figurent que dans 12 % des ABI passés en revue, la plupart des accords de libre-échange (ALE) récents comportant des dispositions relatives à l'investissement énoncent une telle exception. La plupart des ABI comportant une exception au titre de la sécurité nationale ont été conclus par un petit groupe de pays¹. Il est intéressant de noter que ces exceptions figurent dans des ABI indépendamment du point de savoir si le traité se limite à la phase de postétablissement ou s'applique également à l'entrée d'investisseurs étrangers.

La question de la sécurité nationale pourrait prendre davantage d'importance dans la négociation des futurs AII car des États de plus en plus nombreux adoptent ou envisagent d'adopter une législation nationale visant à restreindre pour des considérations de sécurité nationale les prises de contrôle par des intérêts étrangers et à assurer un contrôle plus strict de l'État sur des secteurs stratégiques comme les ressources naturelles et les industries extractives. De plus, beaucoup de pays en développement restent confrontés au risque d'une crise économique grave, et même les pays développés ne sont pas à l'abri de cette menace.

A. Utilisation de l'expression «intérêts essentiels de sécurité» et d'expressions voisines dans les AII

1. «Intérêts essentiels de sécurité» et «sécurité nationale»

La plupart des AII qui comportent une exception de sécurité utilisent les expressions «intérêts essentiels de sécurité» ou «sécurité nationale» pour décrire une situation dans laquelle l'exception peut être invoquée. L'Accord de coopération économique de 2005 entre l'Inde et Singapour offre un exemple de la première option.

Article 6.12

Exceptions de sécurité

1. Aucune disposition du présent chapitre ne sera interprétée:

*a) Comme obligeant une Partie à fournir des renseignements dont elle considère que la divulgation est contraire à ses **intérêts essentiels de sécurité**; ou*

*b) Empêchant une Partie de prendre toute mesure qu'elle estime nécessaire pour la protection de ses **intérêts essentiels de sécurité**. (Pas de caractères gras dans l'original)*

D'un autre côté, l'ABI de 1995 conclu entre la Hongrie et la Fédération de Russie se réfère – entre autres situations de crise – à la «sécurité nationale».

Article 2

Promotion des investissements et leur protection réciproque

*3. Le présent Accord n'empêche pas l'application par l'autre Partie contractante de mesures nécessaires pour le maintien de la défense, de la **sécurité nationale** et de l'ordre public, la protection de l'environnement, de la moralité et de la santé publique. (Pas de caractères gras dans l'original)*

Les expressions «intérêts essentiels de sécurité» et «sécurité nationale» visent-elles le même type de situations, ou y-a-t-il entre elles une différence substantielle? On pourrait soutenir que l'expression «intérêts essentiels de sécurité» – du fait qu'elle comporte le terme «essentiels» – est plus restreinte que l'expression plus générale «sécurité nationale». Cependant il est loin d'être évident que les Parties contractantes, en choisissant l'une ou l'autre de ces variantes, aient eu effectivement l'intention d'introduire une telle distinction. C'est donc essentiellement aux juridictions arbitrales qu'il appartient de fournir davantage de précisions pour clarifier ces expressions.

2. Autres expressions utilisées

a) Ordre public

Une autre approche consiste à se référer à l'«ordre public» comme condition à laquelle est subordonné le recours à l'exception de sécurité. L'ABI de 2005 entre la Belgique-Luxembourg et le Guatemala est un exemple pertinent:

Article 3

Protection des investissements

*1. Tous les investissements, directs ou indirects effectués par des investisseurs de l'une des Parties contractantes, jouiront sur le territoire de l'autre Partie contractante, d'un traitement juste et équitable. Sous réserve des mesures nécessaires **au maintien de l'ordre public**, ces investissements jouiront d'une sécurité et d'une protection constante, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, en droit ou en fait, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation desdits investissements. (Pas de caractères gras dans l'original)*

Comme il est expliqué à la section I.D de la présente étude, le sens du concept d'«ordre public» est sujet à interprétation, et il n'y a actuellement qu'une jurisprudence internationale limitée qui pourrait aider à préciser le sens de cette expression. Il y a aussi la question de

savoir quel est le rapport entre l'«ordre public» et la «sécurité nationale», c'est-à-dire de savoir si une exception relative à l'ordre public s'applique à tout type de menace à la sécurité nationale, ou si elle vise plutôt les troubles de l'ordre juridique interne.

L'ABI de 2002 entre la République de Corée et le Japon précise plus en détail ce qu'il faut entendre par «ordre public». L'Accord dispose que l'exception ne peut être invoquée que s'il y a une menace véritable et suffisamment grave, visant l'un des intérêts fondamentaux de la société:

Article 16

Protection des investissements

1. Nonobstant toute autre disposition du présent Accord ... chaque Partie contractante peut:

a) Prendre toute mesure qu'elle estime nécessaire pour la protection de ses intérêts essentiels de sécurité;

i) Appliquée en temps de guerre ou de conflit armé ou d'autres situations d'urgence dans cette Partie contractante ou dans les relations internationales; ou

ii) Concernant la mise en œuvre de politiques nationales ou d'accords internationaux relatifs à la non-prolifération des armements;

b) Prendre toute mesure en application de ses obligations découlant de la Charte des Nations Unies pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales;

c) Prendre toute mesure nécessaire pour protéger la vie ou la santé humaine, animale ou végétale; ou

d) Prendre toute mesure nécessaire pour le maintien de l'ordre public. Les exceptions au titre de l'ordre public ne peuvent être invoquées que lorsqu'il existe une menace véritable et suffisamment grave visant l'un des intérêts fondamentaux de la société. (Pas de caractères gras dans l'original)

De même que d'autres exemples déjà cités, cette disposition établit elle aussi une importante distinction quant à sa nature discrétionnaire. Alors qu'en ce qui concerne la protection d'intérêts essentiels de sécurité, chaque Partie contractante a le droit de déterminer elle-même quelle mesure elle estime nécessaire pour répondre à la menace, seule une mesure qui est *objectivement nécessaire* est autorisée pour le maintien de l'ordre public.

L'exemple ci-dessus est également intéressant pour une autre raison. La disposition établit expressément une distinction entre les cas où les intérêts essentiels de sécurité d'une Partie contractante sont en jeu et ceux où il y a une menace à l'ordre public. Cela signifie que les Parties contractantes à l'AII ne considèrent pas que les mots «intérêts essentiels de sécurité» et les mots «ordre public» sont synonymes.

L'«ordre public» d'un pays peut être affecté dans le cas d'une crise économique grave qui provoque des troubles civils ou des désordres analogues. Il s'agit aussi de savoir si les mesures prises par une Partie contractante afin de protéger ses secteurs stratégiques pourraient être également justifiées par une exception au titre de l'ordre public. Du moins dans l'exemple ci-dessus, le seuil à partir duquel l'exception peut être invoquée est élevé, étant donné que le pays concerné devrait démontrer qu'une prise de contrôle d'un secteur stratégique par des intérêts étrangers poserait une menace véritable et suffisamment grave à l'un des intérêts fondamentaux de la société.

b) Extrême urgence

Une autre approche consiste à se référer à des «circonstances d'extrême urgence» comme justification complémentaire requise pour invoquer l'exception. La plupart des ABI conclus par l'Inde illustrent ce mode d'approche. On en a un exemple pertinent avec l'ABI de 1997 conclu entre l'Égypte et l'Inde:

Article 11.2

*Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, aucune disposition du présent Accord n'empêche la Partie contractante d'accueil de prendre des mesures pour la protection de ses intérêts essentiels de sécurité ou dans des **circonstances d'extrême urgence** conformément à sa législation, appliquée d'une manière normale et raisonnable sur une base non discriminatoire². (Pas de caractères gras dans l'original)*

Une fois encore, la question se pose de savoir comment distinguer ce concept des scénarios dans lesquels les intérêts essentiels de sécurité d'une partie sont en jeu. En d'autres termes, quand pourrait-il y avoir une situation d'extrême urgence qui n'est pas liée à une menace à des intérêts essentiels de sécurité d'un pays? De tels scénarios de situations d'urgence pourraient comporter des crises financières, économiques ou politiques extrêmement graves, des catastrophes naturelles ou la propagation d'épidémies. La désobéissance civile, les émeutes et événements analogues qui restent en deçà du seuil d'une menace aux intérêts essentiels de sécurité d'un pays pourraient être également visés.

c) Moralité publique

Dans certains AII, les parties se réfèrent aussi à la moralité publique, ce qui élargit considérablement la portée de la clause de sécurité. L'ABI de 1986 entre l'Égypte et les États-Unis comporte une disposition de ce type:

*Article X**Mesures non interdites par le Traité*

1. Le présent Traité n'empêche pas l'application par l'une ou l'autre des Parties ou par une subdivision quelconque desdites Parties, de l'une et de la totalité des mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public et de la moralité publique, l'exécution de ses obligations internationales existantes, la protection de ses propres intérêts de sécurité, ou des mesures que les Parties

estiment appropriées pour s'acquitter de leurs obligations internationales. (Pas de caractères gras dans l'original)

La définition de ce qui constitue une atteinte à la moralité publique dépend, dans une très large mesure, des traditions culturelles et de la religion, qui peuvent présenter des différences considérables entre les pays et les régions. Les Parties contractantes à un AII peuvent donc avoir des opinions divergentes quand il s'agit d'évaluer s'il y a une menace à la moralité publique. Les exceptions pourraient s'appliquer, par exemple, à des secteurs spécifiques comme les médias pour prohiber du matériel pornographique ou autres publications «immorales».

En ce qui concerne chacune des sous-sections ci-dessus – a), b), c) et d) – les Parties contractantes à l'AII doivent décider si elles entendent laisser sans définition l'expression utilisée (c'est-à-dire «ordre public» ou «extrême urgence»), ou si elles préfèrent inclure de plus amples clarifications. Il y a des approches différentes, et le niveau de clarté et de précision varie d'un accord à un autre. Il pourrait être d'autant plus difficile pour les Parties contractantes d'invoquer l'exception que la disposition comporte davantage de précisions, alors qu'une approche plus ouverte laisse une marge d'interprétation considérable de ce qui constitue une condition raisonnable pour invoquer l'exception au titre de la sécurité nationale. D'un autre côté, l'emploi d'une expression large et non définie réduit la clarté et la prévisibilité juridique. Trouver le «juste» équilibre entre la nécessité, d'une part, de préserver pour les Parties contractantes un pouvoir discrétionnaire suffisant et, de l'autre, d'offrir une protection appropriée de l'investissement, peut devenir un défi majeur pour les négociateurs d'AII (voir sect. IV).

d) Paix et/ou sécurité internationale

Certains AII mentionnent les obligations au regard de la paix et de la sécurité internationales comme une justification distincte pour invoquer l'exception de sécurité. Cette disposition permet aux Parties d'invoquer l'exception au titre de la sécurité nationale dans le cas d'un

conflit international où elles ont une obligation de maintenir ou de rétablir la sécurité, même si le conflit ne menace pas directement l'intérêt national des Parties. Une telle disposition élargit donc la portée de l'exception de sécurité.

À cet égard, les AII ont adopté deux approches. Certains accords se réfèrent à la «paix *ou* à la sécurité», tandis que d'autres se réfèrent «à la paix *et* à la sécurité». L'ABI de 2005 conclu entre les États-Unis et l'Uruguay illustre la première approche:

Article 18

Sécurité essentielle

Aucune disposition du présent article ne sera interprétée:

...

*2. Comme interdisant à une Partie d'appliquer les mesures qu'elle estime nécessaires pour l'exécution de ses **obligations au regard du maintien ou du rétablissement de la paix ou de la sécurité internationale**, ou la protection de ses propres intérêts essentiels de sécurité³. (Pas de caractères gras dans l'original)*

La seconde approche est utilisée dans l'Accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération de 2000 entre les États-Unis et le Mexique:

Article 52

Clause de sécurité nationale

Aucune disposition du présent Accord n'empêche une Partie de prendre les mesures:

...

*c) Qu'elle estime essentielles pour sa sécurité dans l'éventualité de troubles internes graves pouvant mettre en péril l'ordre public, d'une guerre ou de tensions internationales graves qui pourraient déboucher sur un conflit armé, ou **pour s'acquitter***

d'obligations qu'elle a souscrites pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales. (Pas de caractères gras dans l'original)

La question se pose de savoir s'il y a une différence substantielle entre les variantes textuelles «et» et «ou». Il semble que la première formule – en exigeant que soit en jeu le maintien à la fois de la paix et de la sécurité internationales – soit plus étroite que la seconde approche, en vertu de laquelle l'exception peut être invoquée si c'est la paix ou la sécurité internationale qui est menacée. En pratique, cependant, il est difficile d'imaginer une situation où cette distinction pourrait devenir pertinente.

Il convient de noter que dans le cas où le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies adopterait une résolution au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, invitant une Partie à un AII à prendre une mesure dans l'intérêt de la paix et de la sécurité internationales, cette Partie ne contreviendrait pas à l'AII si elle agissait en conséquence, même si l'AII ne comportait pas d'exception de sécurité nationale se référant à la paix et à la sécurité internationales. Les déclarations au titre du chapitre VII sont contraignantes pour tous les États, et les obligations découlant de la Charte l'emportent sur les obligations conventionnelles (Art. 103).

e) Mesures concernant la production, le commerce et la mise au point d'armes et autre matériel de défense

Certains AII, outre qu'ils énumèrent les préoccupations de sécurité, comportent une exception spécifique relative à la production, au commerce et à la mise au point d'armes et autre matériel de défense. L'Accord d'association de 2001 entre l'Égypte et l'Union européenne offre à cet égard une illustration:

Article 83

Aucune disposition du présent Accord n'empêche une partie de prendre des mesures:

...

b) Qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions ou de matériel de guerre ou à la recherche, au développement ou à la production indispensables pour assurer sa défense, à condition que ces mesures n'altèrent pas les conditions de concurrence pour les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires;

c) Qu'elle estime essentielles pour assurer sa propre sécurité en cas de troubles internes graves portant atteinte au maintien de la légalité et de l'ordre public, en cas de guerre ou de tension internationale grave menaçant de déboucher sur un conflit armé, ou pour s'acquitter d'obligations qu'elle a acceptées en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales⁴. (Pas de caractères gras dans l'original)

Cette approche est l'approche suivie dans les accords conclus par la Communauté européenne avec les tierces parties. Il convient de noter que le texte ci-dessus établit une distinction quant à la nature discrétionnaire de la disposition. Alors qu'en ce qui concerne la production et le commerce des armes, etc., peut être prise toute mesure ayant objectivement un rapport avec la menace (voir l'alinéa *b* ci-dessus), les Parties contractantes sont libres de procéder à une évaluation objective sur le point de savoir quelles mesures elles estiment essentielles pour répondre à des troubles internes graves et à des conflits internationaux (voir l'alinéa *c* ci-dessus).

D'un autre côté, le pouvoir discrétionnaire des Parties contractantes est limité dans la mesure où la disposition donne une liste exhaustive des cas pouvant constituer une menace à l'ordre interne ou à la paix internationale. La liste est établie d'une façon relativement restrictive et ne comprend pas une situation dans laquelle une Partie contractante cherche à mettre ses secteurs stratégiques à l'abri d'une prise de contrôle par des intérêts étrangers.

B. Conditions auxquelles est subordonné le recours à une exception de sécurité dans les AII

1. Pas de discrimination arbitraire ou injustifiable

Dans leur immense majorité, les AII qui comportent une exception au titre de la «sécurité nationale» subordonnent l'application de la disposition à une condition ou une autre. Une des conditions les plus communes stipule que la mesure ne doit pas être arbitraire ou ne doit pas constituer une discrimination injustifiable. L'Accord de partenariat économique de 2006 entre le Japon et les Philippines en est un exemple:

Article 99

Exceptions générales et de sécurité

1. Sous réserve que de telles mesures ne soient pas appliquées d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable contre l'autre Partie, ou une restriction déguisée aux investissements d'investisseurs de l'autre Partie dans la zone d'une Partie, aucune disposition du présent chapitre autre que l'article 96 [protection contre les troubles] ne sera interprétée comme empêchant une Partie d'adopter ou d'appliquer les mesures:

a) Nécessaires pour protéger la vie ou la santé humaine, animale ou végétale;

b) Nécessaires pour protéger la moralité publique ou pour maintenir l'ordre public;

Note: L'exception d'ordre public ne peut être invoquée que lorsqu'il existe une menace véritable et suffisamment grave à l'un des intérêts fondamentaux de la société.

c) Qu'elle estime nécessaires pour la protection de ses intérêts essentiels de sécurité;

- i) *Appliquées en temps de guerre, ou de conflit armé ou autre situation d'urgence dans cette Partie ou dans les relations internationales; ou*
- ii) *Concernant la mise en œuvre de politiques nationales ou d'accords internationaux pour le respect de la non-prolifération des armements. (Pas de caractères gras dans l'original)*

D'autres AII précisent que les mesures adoptées par les Parties, outre qu'elles s'appliquent sur une base non discriminatoire, devraient être conformes à la législation nationale. L'ABI de 2003 entre la Hongrie et l'Inde offre un exemple:

Article 12

Législation applicable

2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, aucune disposition du présent Accord n'empêche la Partie contractante d'accueil de prendre des mesures pour la protection de ses intérêts essentiels de sécurité; ou dans des circonstances d'extrême urgence conformément à sa législation normalement et raisonnablement appliquée sur une base non discriminatoire. (Pas de caractères gras dans l'original)

En insérant une formule assurant l'application non discriminatoire de l'exception au titre de la «sécurité nationale», les Parties contractantes donnent aux investisseurs étrangers une garantie que l'État d'accueil aura à l'esprit une règle fondamentale de l'état de droit. S'il est vrai que cette condition laisse encore aux Parties contractantes une grande liberté en matière de réglementation, les investisseurs étrangers peuvent au moins être certains que le pays d'accueil sera capable de donner une explication et une justification d'une restriction à l'investissement imposée pour des raisons de sécurité, et que l'application de cette restriction sera indépendante de la nationalité de l'investisseur.

2. Restriction déguisée à l'investissement ou au commerce

Les AII dans lesquels figure la condition exigeant une application non arbitraire stipulent habituellement que l'État d'accueil n'utilisera pas l'exception comme une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement. Les Accords d'investissement de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) adoptent systématiquement cette approche. L'Accord de 1998 relatif à la zone d'investissement de l'ASEAN est un exemple pertinent:

Article 13

Exceptions générales

*Sous réserve de la disposition exigeant que ces mesures ne soient pas appliquées d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays dans lesquels prévalent des conditions analogues, ou **une restriction déguisée aux flux d'investissements**, aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par un État membre de mesures:*

a) Nécessaires pour protéger la sécurité nationale et la moralité publique. (Pas de caractères gras dans l'original)

Si, dans l'exemple ci-dessus, l'accent est mis sur les restrictions à l'investissement, d'autres AII se concentrent sur le commerce. C'est ce qu'illustre l'Accord-cadre de 2003 entre l'ASEAN et la Chine:

Article 10

Exceptions générales

*Sous réserve de la disposition exigeant que ces mesures ne soient pas appliquées d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre ou parmi des Parties dans lesquelles prévalent les mêmes conditions, ou **une restriction déguisée au commerce dans l'ALE Chine-ASEAN**, aucune disposition du présent Accord n'empêche une Partie de*

prendre et d'adopter des mesures pour la protection de sa sécurité nationale. (Pas de caractères gras dans l'original)

Cette approche garantit que l'État d'accueil ne pourra pas utiliser l'exception pour déroger de façon sporadique à son obligation conventionnelle ou pour prendre des mesures protectionnistes sous le prétexte d'une menace à la sécurité. Cette condition peut être particulièrement importante dans le cas où un pays d'accueil cherche à protéger ses secteurs stratégiques contre des prises de contrôle par des intérêts étrangers.

3. Établissement d'une liste des cas dans lesquels il peut y avoir une menace aux «intérêts essentiels de sécurité»

Un certain nombre d'AII limitent le champ d'application de l'exception au titre de la sécurité nationale en énumérant les catégories spécifiques de cas dans lesquels la clause peut être invoquée. Cette approche se rencontre plus fréquemment dans les accords de libre-échange que dans les traités bilatéraux d'investissement. Une explication pourrait être que dans les négociations sur un ABI, les Parties considèrent la protection de l'investissement comme leur objectif principal, tandis que dans les ALE l'approche adoptée est une approche plus globale pouvant éventuellement offrir davantage de possibilités de formuler les exceptions de sécurité de façon qu'elles soient également applicables au commerce. Au demeurant, les ALE comportent souvent des dispositions concernant l'établissement de l'investissement étranger – domaine qui peut être particulièrement sensible du point de vue de la sécurité.

Les catégories de cas figurant dans ces AII sont analogues, mais il y a des différences en ce qui concerne les détails. On peut distinguer trois groupes principaux:

- Les ventes d'armes;
- La guerre et autre situation d'urgence dans les relations internationales;

- Les mesures concernant la non-prolifération des armes nucléaires.

Il convient de noter que chacun de ces cas concerne une situation dans laquelle est en jeu une forme ou une autre de menace militaire ou la production ou la fourniture d'armes et autres équipements militaires. Il s'ensuit que ce type d'exception de sécurité n'est pas applicable à une crise économique ou à la protection de secteurs stratégiques.

L'Accord de libre-échange nord-américain de 1992 offre un exemple de cette approche:

Article 2102

Sécurité nationale

1. Sous réserve des articles 607 (Énergie – Mesures de sécurité nationale) et 1018 (Marchés publics – Exceptions), aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée:

...

b) Comme empêchant une Partie de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité:

- i) Se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles, matériels, services et technologies destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées ou autres forces de sécurité;*
- ii) Appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale; ou*
- iii) Se rapportant à la mise en œuvre de politiques nationales ou d'accords internationaux concernant la non-prolifération des armes nucléaires ou d'autres engins nucléaires explosifs; ou*

c) Comme empêchant une Partie de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales. (Pas de caractères gras dans l'original)

L'Accord général sur le commerce des services (AGCS) de 1994 comporte une disposition analogue:

Article XIV bis

1. Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée:

...

b) Comme empêchant un membre de prendre toutes mesures qu'il estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité:

- i) Se rapportant à la fourniture de services destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées;*
- ii) Se rapportant aux matières fissiles et fusionnables ou aux matières qui servent à leur fabrication;*
- iii) Appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale;*

c) Ou comme empêchant un membre de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales⁵. (Pas de caractères gras dans l'original)

Il y a une variante de cette approche dans laquelle il est précisé que la liste des conditions n'est pas exhaustive et que l'exception au titre de la sécurité nationale peut être également invoquée en vertu de conditions qui ne sont pas expressément mentionnées. L'Accord de 2000 entre la Nouvelle-Zélande et Singapour concernant le resserrement du partenariat économique offre un exemple de cette approche:

*Article 76**Sécurité*

Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée:

a) Comme empêchant l'une ou l'autre Partie de prendre toute mesure qu'elle estimera nécessaire pour la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, y compris mais sans se limiter à de telles mesures, des mesures se rapportant aux ventes d'armes, munitions et matériel de guerre, ainsi qu'à de telles ventes d'autres biens et équipements effectuées directement ou indirectement aux fins d'approvisionner des forces militaires et toute mesure prise en temps de guerre ou autres situations d'urgence dans les relations internes ou internationales. (Pas de caractères gras dans l'original)

Une autre méthode, que l'on trouve parfois dans les AII, consiste à se référer également aux *troubles internes graves*. Dans cette approche, un trouble interne grave affectant le maintien de la légalité et de l'ordre est mentionné dans la liste des cas pouvant constituer une menace à la propre sécurité d'une Partie contractante. Les émeutes constitueraient un exemple d'une telle situation, mais aussi une crise financière et économique grave ayant une incidence sur le maintien de l'ordre. L'Accord d'association de 2001 entre l'UE et l'Égypte illustre cette approche:

Article 83

Aucune disposition du présent Accord n'empêche une partie de prendre des mesures:

...

b) Qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions ou de matériel de guerre ou à la recherche, au développement ou à la production indispensables pour assurer sa défense, à condition que ces mesures n'altèrent pas les conditions de concurrence pour les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires;

c) *Qu'elle estime essentielles pour assurer sa propre sécurité en cas de **troubles internes graves** portant atteinte au maintien de la loi et de l'ordre public, en cas de guerre ou de grave tension internationale menaçant de déboucher sur un conflit armé, ou pour s'acquitter d'obligations qu'elle a acceptées en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales*⁶. (Pas de caractères gras dans l'original)

En vertu de l'approche de la «liste exhaustive», les Parties contractantes ne peuvent prendre des mesures pour des raisons de sécurité nationale que si l'une au moins des conditions énumérées ci-dessus s'applique. Le champ d'application de la disposition étant ainsi limité, la certitude et la prévisibilité juridique se trouvent renforcées puisqu'il devient plus difficile pour les parties d'invoquer la clause. Par exemple, avec l'approche de la liste exhaustive, les parties peuvent être empêchées d'adopter des mesures pour protéger leurs secteurs stratégiques.

L'approche de la liste exhaustive peut être aussi plus restrictive quand se pose la question de savoir jusqu'à quel point une *menace externe* à la sécurité nationale doit être concrète pour que les Parties contractantes puissent invoquer l'exception. Dans les exemples ci-dessus, le recours à la clause n'est autorisé qu'en temps de guerre ou d'autres situations d'urgence. Il faut donc qu'une crise grave se soit déjà produite. L'approche se référant à une menace à la sécurité nationale en général donne au contraire davantage de latitude aux Parties contractantes, y compris pour évaluer à quel point la crise doit être manifeste pour qu'un pays puisse prendre des mesures pour y répondre.

Cependant, même dans le cas d'un accord comportant une liste exhaustive des conditions nécessaires pour invoquer les exceptions de sécurité, les parties ont généralement un degré considérable de flexibilité pour décider comment répondre à la menace. En effet, presque tous les exemples ci-dessus donnent aux parties le pouvoir discrétionnaire souverain de prendre les mesures *qu'elles estimeront* nécessaires. Donc, si la marge d'interprétation est réduite quand il

s'agit du sens à donner à l'expression «intérêts essentiels de sécurité», il n'en va pas de même quand il s'agit de savoir comment les Parties contractantes peuvent répondre à une telle menace. De plus, même en ce qui concerne l'existence d'une menace à la sécurité nationale, l'approche de la liste exhaustive ne réduit pas complètement le pouvoir discrétionnaire des Parties contractantes. Quelques-uns au moins des termes ou expressions utilisés dans les exemples ci-dessus pour clarifier le sens des mots «intérêts essentiels de sécurité» sont eux-mêmes plutôt vagues et susceptibles d'interprétation. Par exemple, les Parties contractantes conservent le pouvoir discrétionnaire d'évaluer ce qu'il faut entendre par «crise ou situation d'urgence dans les relations internationales», s'en remettant à une clarification de ces concepts au cas par cas.

4. Conformité avec d'autres règles internationales

Une autre technique consiste à exiger que toute mesure prise pour la protection de la sécurité nationale soit conforme aux obligations internationales des Parties contractantes. L'Accord-cadre de 2003 entre l'ASEAN et le Japon offre à cet égard un exemple:

Article 8

Exceptions générales

*Sous réserve de la disposition selon laquelle de telles mesures ne sont pas appliquées d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre le Japon et les pays de l'ASEAN où existent les mêmes conditions, ou qui constituerait une restriction déguisée au commerce dans le cadre de l'Accord de partenariat rapproché entre le Japon et l'ASEAN, aucune disposition du présent cadre ne devrait être interprétée comme empêchant le Japon et/ou tout État membre de l'ASEAN d'adopter ou d'appliquer des mesures, **conformément aux règles et disciplines de l'Accord de l'OMC**, pour a) **la protection de la sécurité nationale du Japon et/ou de chaque État membre de l'ASEAN**. (Pas de caractères gras dans l'original)*

Un important effet de cette approche, c'est qu'elle clarifie le lien entre la clause d'exception figurant dans l'AII et les obligations des Parties contractantes énoncées dans d'autres accords internationaux. En général, les exceptions au titre de la sécurité nationale ont pour but d'exempter les Parties contractantes de tout type d'obligation internationale en matière d'investissement. L'exemple ci-dessus montre clairement que les obligations en vigueur au titre de l'OMC restent applicables.

5. Caractère de la réponse du pays d'accueil

Comme il a été expliqué à la section I.C.1, la question probablement la plus importante au sujet d'une clause de sécurité nationale, c'est le point de savoir dans quelle mesure les Parties contractantes sont libres de décider comment elles entendent réagir à ce qui est perçu comme une menace à leurs intérêts essentiels de sécurité. Cela pose aussi la question de la nature discrétionnaire de la clause de sécurité. Il est clair qu'un large pouvoir discrétionnaire à cet égard sert l'intérêt du pays d'accueil, mais cela peut être au détriment de la protection de l'investissement. On peut distinguer quatre grandes approches dans la pratique des AII.

a) Clauses discrétionnaires

Une méthode consiste à s'en remettre entièrement à la discrétion du pays d'accueil, auquel il appartient de décider quel type de mesure il estime nécessaire pour répondre à une menace à la sécurité. C'est la technique qui donne aux Parties contractantes le plus haut degré d'autonomie. La plupart des AII comportant une exception au titre de la sécurité nationale utilisent une formule appropriée pour obtenir ce résultat.

Plusieurs traités bilatéraux d'investissement conclus par les États-Unis offrent des exemples pertinents de ce degré maximum de pouvoir discrétionnaire. Ces traités ne comportent ni limitations ni conditions spécifiques auxquelles serait subordonné le recours à l'exception au titre de la sécurité nationale, hormis la prescription selon laquelle la partie concernée doit considérer la mesure comme

«nécessaire». L'ABI de 2005 entre les États-Unis et l'Uruguay offre un exemple à cet égard:

Article 18

Sécurité essentielle

Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée:

...

2. Comme empêchant une Partie d'appliquer les mesures qu'elle estimera nécessaires pour s'acquitter de ses obligations en ce qui concerne le maintien ou le rétablissement de la paix ou de la sécurité internationale, ou la protection de ses propres intérêts essentiels de sécurité. (Pas de caractères gras dans l'original)

La seule obligation à laquelle les Parties contractantes sont tenues quand les AII utilisent une formule de ce type, c'est de se conformer aux principes généraux de l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, en vertu duquel les États doivent s'acquitter de leurs obligations de «bonne foi»⁷. Cependant, il peut être difficile de juger d'une manière objective si une Partie contractante a ou non invoqué de bonne foi l'exception au titre de la sécurité nationale. Les critiques opposés à l'idée d'insérer des exceptions de nature discrétionnaire dans les AII y voient donc un moyen trop facile d'échapper aux obligations découlant du traité⁸.

Au lieu d'utiliser une exception discrétionnaire au titre de la sécurité nationale, on peut recourir à une variante consistant à en limiter l'applicabilité à des catégories spécifiques de situations. L'Accord de partenariat économique de 2007 entre le Chili et le Japon illustre cette méthode:

Article 193

Exceptions de sécurité

Aucune disposition du présent Accord autre que l'article 76 ne sera interprétée:

...

b) Comme empêchant une Partie de prendre des mesures qu'elle estimera nécessaires pour la protection de ses intérêts essentiels de sécurité:

i) Se rapportant au trafic d'armes, de munitions et d'équipements militaires et au commerce d'autres marchandises et matériels, ou à la fourniture de services directement ou indirectement destinés à l'approvisionnement d'une force militaire;

ii) Appliquées en temps de guerre ou autre situation de grave tension dans les relations internationales; ou

iii) Se rapportant à des matières fissiles ou fusionnables ou aux matières utilisées pour leur fabrication⁹. (Pas de caractères gras dans l'original)

b) La nécessité comme condition objective préalable

Au contraire, la deuxième approche fondamentale exige que la nécessité soit une condition objective préalable pour invoquer la clause. Ce qui compte, ce n'est donc plus l'évaluation subjective faite par le pays d'accueil. L'ABI de 1992 entre la Bulgarie et les États-Unis offre un exemple de cette approche:

Article X

1. Le présent traité n'empêche pas l'application par l'une ou l'autre des Parties des mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public, l'exécution de ses obligations concernant le maintien ou le rétablissement de la paix ou de la sécurité internationale, ou la protection de ses propres intérêts essentiels de sécurité. (Pas de caractères gras dans l'original)

En vertu de l'approche ci-dessus, les juridictions arbitrales auraient le pouvoir de décider si la mesure adoptée par le pays d'accueil concerné était en fait nécessaire pour répondre à la menace ou s'il y aurait eu des moyens moins sévères ayant une incidence plus limitée

sur l'investissement. Cette approche autoriserait donc l'application d'un critère de proportionnalité. Le pouvoir discrétionnaire des Parties contractantes en matière de réglementation se trouverait donc considérablement réduit, mais la sécurité et la prévisibilité juridique seraient renforcées pour l'investisseur étranger.

Cela peut devenir important, par exemple, dans le cas de mesures prises par le pays d'accueil pour protéger ses secteurs stratégiques ou pour réagir à une crise économique. En vertu d'une clause discrétionnaire, il serait difficile de contester une évaluation d'un pays d'accueil concluant que la fermeture de ces secteurs aux étrangers est nécessaire pour protéger ses intérêts essentiels de sécurité. Le point de savoir si des étrangers sont autorisés à investir dans des secteurs considérés comme stratégiques par le pays d'accueil est d'abord une décision politique, et une clause discrétionnaire a précisément pour but de faire en sorte que les considérations politiques l'emportent sur l'examen juridique. Tout ce qu'une juridiction pourrait faire en pareil cas, ce serait examiner si la protection de secteurs stratégiques entre dans le champ d'application d'une exception au titre de la sécurité nationale et si le pays concerné a agi de bonne foi, c'est-à-dire s'il y a des explications raisonnables des motifs pour lesquels le pays considère qu'une prise de contrôle par des intérêts étrangers constitue une menace à la sécurité. Si, cependant, la «nécessité» était un critère objectif, alors il deviendrait plus difficile pour le pays d'accueil de faire prévaloir ses vues, car il lui faudrait prouver qu'il n'avait pas à sa disposition de mesures moins sévères pour protéger ses secteurs stratégiques. De même, s'agissant d'une crise économique, une clause discrétionnaire impliquerait qu'une juridiction devrait se limiter à évaluer si une crise économique remplissait les conditions voulues pour être ou non assimilée à une menace à la sécurité nationale, et si le pays d'accueil avait agi de bonne foi en invoquant la clause. Cependant, la juridiction ne serait pas en position d'examiner si les mesures prises par le pays d'accueil étaient réellement nécessaires pour s'attaquer à la crise.

c) Pas de référence à la «nécessité»

La troisième méthode consiste à renoncer à la prescription exigeant la nécessité et à considérer qu'il est suffisant que la mesure adoptée concerne la sécurité nationale. Cette approche renforce la liberté des Parties contractantes en matière de réglementation; elle les autorise aussi à procéder à une évaluation subjective du type de mesure qu'elles estiment appropriée, tant que la mesure a pour objectif la protection de la sécurité nationale. L'Accord bilatéral d'investissement de 2003 entre la Hongrie et l'Inde est à cet égard pertinent:

*Article 12**Législation applicable*

2. ... *Aucune disposition du présent Accord n'empêche la Partie contractante d'accueil de **prendre des mesures pour la protection de ses intérêts essentiels de sécurité** ou dans des circonstances d'extrême urgence conformément à sa législation normalement et raisonnablement appliquée sur une base non discriminatoire*¹⁰. (Pas de caractères gras dans l'original)

On trouve un autre exemple de cette approche dans l'ABI de 2003 entre le Pérou et Singapour:

*Article 11**Prohibitions et restrictions*

*Les dispositions du présent Accord ne limitent d'aucune manière le droit de l'une ou l'autre des Parties contractantes d'appliquer des prohibitions ou restrictions de quelque nature que ce soit ou de prendre toutes mesures **ayant pour objectif** la protection de ses intérêts essentiels de sécurité, ou la protection de la santé publique ou la prévention de maladies et d'infestations de la faune et de la flore.* (Pas de caractères gras dans l'original)

Bien que les deux exemples ci-dessus établissent des conditions objectives auxquelles est subordonné le recours à l'exception, leur

effet pratique est très proche de celui d'une clause discrétionnaire. C'est uniquement dans des cas extrêmes qu'une juridiction arbitrale parviendra à la conclusion qu'il n'y a aucun rapport quelconque entre la mesure prise par le pays d'accueil et les intérêts de sécurité nationale d'une partie.

d) Exclusion du contrôle juridictionnel

La dernière approche consiste à exclure du contrôle juridictionnel le recours à l'exception au titre de la sécurité nationale. Cette méthode donne aux Parties contractantes le plus haut degré d'autonomie, parce qu'elles n'ont pas à craindre qu'une juridiction arbitrale puisse examiner la légalité de leurs mesures liées à la sécurité et puisse déclarer ces mesures illégales. Cette technique se rencontre extrêmement rarement dans les AII. On en trouve un exemple dans l'Accord de coopération économique globale de 2005 entre la République de l'Inde et la République de Singapour:

Article 6.12

Exceptions de sécurité

4. L'article sera interprété conformément à l'entente des Parties sur la non-justiciabilité des exceptions de sécurité telle qu'elle est énoncée dans leur échange de lettres, qui fera partie intégrante du présent Accord. (Pas de caractères gras dans l'original)

Le point de savoir dans quelle mesure les exceptions discrétionnaires exonèrent les Parties contractantes du contrôle juridictionnel dépend aussi de l'interaction avec d'autres prescriptions auxquelles est subordonné le recours à la clause. Combinée à une large utilisation, sans définition stricte, de l'expression «sécurité nationale» dans les AII, une exception discrétionnaire donne aux Parties contractantes le maximum de pouvoir discrétionnaire qu'elles peuvent éventuellement se réserver dans l'Accord. En revanche, le pouvoir discrétionnaire est réduit si l'exception définit plus en détail l'expression «sécurité nationale» ou énonce d'autres conditions à

remplir pour y avoir recours. De plus, il serait possible de combiner un concept largement défini de «sécurité nationale» avec le caractère non discrétionnaire de la disposition, et, vice-versa, une définition stricte pourrait s'accompagner d'une clause discrétionnaire.

C. Le lien entre des exceptions liées à la sécurité et des dispositions spécifiques d'un AII

1. Une clause d'exception spécifique à la place d'une clause générale

Les exceptions au titre de la sécurité nationale n'exemptent pas toujours les Parties contractantes de toutes les obligations auxquelles elles sont tenues en vertu de l'AII. Parfois, l'exception ne s'applique qu'à des dispositions spécifiques, mais pas à l'ensemble de l'Accord. Dans ce cas, l'exception n'apparaît pas dans un article distinct de l'AII, mais seulement dans un alinéa de la disposition à laquelle elle se réfère (notamment les clauses relatives à l'expropriation ou au règlement des différends entre un investisseur et l'État).

a) Le droit d'établissement

Les AII qui énoncent un droit d'établissement pour les investisseurs étrangers comportent parfois une exception de sécurité spécifique à cet égard. Une telle exception tient compte du fait que si un investissement étranger pose des problèmes de sécurité, ces problèmes concernent la plupart du temps l'admission de l'investissement dans le pays d'accueil. On trouve un exemple de cette approche dans le Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée de 2002).

Chapitre 2

Droit d'établissement

Article 43

Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette

interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre.

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux. (Pas de caractères gras dans l'original)

...

Article 46

1. Les prescriptions du présent chapitre et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. (Pas de caractères gras dans l'original)

Il convient de noter que la disposition utilise l'expression «sécurité publique», mais pas l'expression «sécurité nationale». «Sécurité publique» pourrait être l'expression plus large, car elle peut aussi s'appliquer à des scénarios dans lesquels la menace à la sécurité n'atteint pas le niveau national, mais se limite à un événement local ou régional.

b) Non-discrimination

Une autre possibilité consiste à n'introduire une exception de sécurité que si elle a trait au principe de non-discrimination. En conséquence, certains AII précisent que les mesures prises pour des raisons de sécurité publique et pour des préoccupations analogues n'entrent pas dans le champ d'application des normes relatives au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée. C'est souvent l'approche adoptée dans les traités bilatéraux

d'investissement conclus par l'Allemagne¹¹. L'ABI de 2003 entre la Chine et l'Allemagne offre à cet égard un exemple:

Article 3

Traitement de l'investissement

1. *Les investissements d'investisseurs de chaque Partie contractante se verront accorder à tout moment un traitement juste et équitable sur le territoire de l'autre Partie contractante.*

2. *Chaque Partie contractante accordera aux investissements et aux activités associées à de tels investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante **un traitement non moins favorable que celui accordé aux investissements et activités connexes de ses propres investisseurs.***

3. *Aucune des Parties contractantes ne soumettra les investissements et les activités liées à de tels investissements d'investisseurs de l'autre Partie contractante à **un traitement moins favorable que celui accordé aux investissements et activités connexes d'investisseurs d'un État tiers.*** (Pas de caractères gras dans l'original)

De plus, le Protocole stipule que:

4. *Ad article 3.*

...

*Sont, en particulier, considérés comme un «traitement moins favorable» au sens de l'article 3, les traitements suivants: un traitement inégal en cas de restrictions visant l'achat de matières premières ou auxiliaires, d'énergie ou de combustibles ou de moyens de production ou d'exploitation de toute nature, ainsi que toutes autres mesures ayant des effets analogues. **Les mesures qui doivent être prises pour des raisons de sécurité et d'ordre public, de santé ou de moralité publique ne sont pas considérées comme un «traitement moins favorable» au sens de l'article 3.*** (Pas de caractères gras dans l'original)

c) Transfert de fonds

Une autre technique consiste à prévoir une exception de sécurité qui s'applique à la disposition de l'AII relative au transfert de fonds. Il faut faire la distinction entre ce type de clause d'exception et la disposition dite de «balance des paiements» que l'on peut trouver dans beaucoup d'AII et qui autorise, dans la situation spécifique d'une crise de balance des paiements, une restriction provisoire aux transferts résultant d'un investissement. Le traité instituant la Communauté européenne offre, une fois encore, un exemple pertinent de ce type d'exception de sécurité:

*Chapitre 4**Capitaux et paiements**Article 56*

1. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites.

Article 58

1. L'article 56 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres:

...

*b) De prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou **de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique.** (Pas de caractères gras dans l'original)*

La question qui se pose est de savoir si la disposition ci-dessus – malgré le fait qu'elle ne vise pas expressément une crise de balance des paiements – serait néanmoins applicable dans une telle situation. Il ne semble pas que ce soit le cas, étant donné que le Traité instituant la Communauté européenne comporte des dispositions distinctes sur ce point (art. 59, 119 et 120).

d) Règlement des différends entre un investisseur et l'État

On trouve dans certains ABI des formules visant à exclure, totalement ou partiellement, le mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et l'État pour les différends concernant les mesures adoptées par les Parties contractantes pour des raisons de sécurité nationale. Dans le champ d'application de cette exclusion, les parties ne peuvent donc pas être tenues pour responsables par des juridictions internationales pour des actions qu'elles ont entreprises ou des mesures qu'elles ont adoptées en vue de défendre leurs intérêts de sécurité.

L'Accord bilatéral d'investissement de 1998 entre le Mexique et les Pays-Bas offre un exemple d'une large approche en ce qui concerne l'exclusion du règlement des différends entre un investisseur et un État. Ce traité exclut le règlement des différends entre un investisseur et l'État pour toute mesure qu'une Partie contractante a prise pour des raisons de sécurité nationale:

Article 12

Exclusions

*Les dispositions de la présente annexe relatives au règlement des différends ne s'appliquent pas **aux résolutions adoptées par une Partie contractante pour des raisons de sécurité nationale.***
(Pas de caractères gras dans l'original)

Une approche moins restrictive consiste à exclure les procédures de règlement des différends entre un investisseur et l'État dans le seul cas où le différend porte sur des mesures concernant l'*acquisition d'une entreprise nationale* par un investisseur étranger. L'Accord

bilatéral d'investissement de 2005 entre l'Islande et le Mexique offre un exemple¹²:

Article 23

Exclusions

Les dispositions du chapitre 2 relatives au règlement des différends ne s'appliqueront pas aux résolutions adoptées par une Partie contractante qui, pour des raisons de sécurité nationale, prohibent ou restreignent l'acquisition sur son territoire par des investisseurs de l'autre Partie contractante, d'un investissement détenu en propriété ou contrôlé par ses nationaux, conformément à la législation de chaque Partie contractante. (Pas de caractères gras dans l'original)

L'approche ci-dessus soulève la question de savoir dans quelle mesure une juridiction arbitrale serait empêchée d'examiner la légalité d'une restriction à l'investissement adoptée pour des raisons de sécurité. On pourrait soutenir qu'il suffirait que la Partie contractante concernée ait déclaré que la mesure est en rapport avec la sécurité. À l'appui de cette opinion, on pourrait faire valoir que la disposition contient la condition «conformément à la législation de chaque Partie contractante» et que cette référence aurait pour but de confirmer le droit souverain des parties de décider elles-mêmes s'il y a un risque pour la sécurité nationale. D'un autre côté, la disposition ne comporte pas le libellé typique d'une clause «discrétaire», ce qui pourrait indiquer que les juridictions arbitrales auraient encore le droit d'examiner si l'interdiction ou la restriction était effectivement liée à la sécurité.

2. Exception spécifique de sécurité en plus d'une clause générale

Il y a aussi des AII qui comportent une clause spécifique d'exception de sécurité relative à certaines questions, en plus de l'exception générale de sécurité figurant dans l'accord.

a) Transparence

Dans la plupart des AII examinés qui comportent une clause générale de sécurité, il y a aussi une disposition qui précise qu'aucune disposition de l'accord n'oblige une Partie contractante à autoriser l'accès à des informations dont la divulgation pourrait être contraire à ses intérêts essentiels de sécurité. Une clause d'exception de ce type peut être particulièrement pertinente si l'AII comporte une obligation expresse de transparence. L'exception ne porte pas sur les restrictions à l'investissement imposées pour des raisons de sécurité, mais affirme seulement les droits des Parties de ne pas donner accès à certaines informations qui pourraient affecter leurs intérêts essentiels de sécurité. L'Accord de libre-échange de 2003 entre l'Australie et Singapour est un exemple pertinent¹³:

*Article 20**Exceptions de sécurité*

Aucune disposition du présent chapitre ne sera interprétée:

a) Comme obligeant une Partie à fournir des informations dont elle estime que la divulgation est contraire à ses intérêts essentiels de sécurité. (Pas de caractères gras dans l'original)

Une autre approche consiste à ne restreindre la divulgation d'informations sensibles que dans *les procédures de règlement des différends entre un investisseur et l'État*. Dans ce cas, la disposition a pour but de limiter la transparence dans les procédures d'arbitrage si la divulgation de telles informations peut constituer une menace à la sécurité nationale d'une Partie contractante. Les Parties ne sont plus tenues de mettre à la disposition du public certaines informations relatives à la déclaration d'intention, à la notification d'arbitrage, aux plaidoiries, aux mémoires et aux conclusions écrites soumises à la juridiction, si la non-divulgation de ces informations est jugée nécessaire pour la protection de leur sécurité nationale. L'Accord de libre-échange de 2007 entre la République de Corée et les États-Unis est un exemple pertinent:

*Article 11.21**Transparence des procédures d'arbitrage*

1. *Sous réserve des paragraphes 2, 3 et 4, le défendeur, après avoir reçu les documents suivants, les transmettra promptement à la Partie non directement concernée et les mettra à la disposition du public:*

a) La déclaration d'intention;

b) La notification d'arbitrage;

c) Les plaidoiries, mémoires et conclusions écrites soumises à la juridiction par une Partie au différend et toute communication écrite soumise conformément à l'article 11.20.4 et 11.20.5 et à l'article 11.25;

d) Les minutes ou les transcriptions des audiences du tribunal, lorsqu'elles sont disponibles; et

e) Les ordonnances, sentences et décisions de la juridiction.

2. *La juridiction tiendra des audiences ouvertes au public et déterminera, après avoir consulté les Parties au différend, les arrangements logistiques appropriés. Cependant, toute Partie au différend qui entend utiliser dans une audience des informations désignées comme informations protégées en avisera la juridiction. La juridiction procédera aux arrangements appropriés pour protéger l'information contre toute divulgation.*

3. *Aucune disposition de la présente section n'oblige un défendeur à divulguer des informations protégées ou à fournir ou rendre accessibles des informations qu'il peut s'abstenir de divulguer conformément à l'article 23.2 (sécurité essentielle) ou à l'article 23.4 (divulgation de l'information).* (Pas de caractères gras dans l'original)

b) Entrée de visiteurs commerciaux

Dans de rares cas, les AII comportent une exception spécifique de «sécurité nationale» concernant l'entrée de nationaux étrangers en rapport avec un investissement. Cette disposition a pour but de réduire le risque que des citoyens indésirables considérés comme dangereux pour la «sécurité nationale» entrent sur le territoire de l'autre Partie contractante en se présentant comme des gens d'affaires. L'exception souligne le pouvoir discrétionnaire des parties en ce qui concerne l'entrée de nationaux étrangers sur leur territoire, même s'il s'agit de visiteurs commerciaux ou d'investisseurs de l'autre Partie. L'Accord de libre-échange de 2005 entre l'Inde et Singapour illustre cette démarche:

*Article 9.3**Principes généraux relatifs à l'entrée à titre temporaire*

1. Chaque Partie autorisera l'entrée à titre temporaire des personnes physiques de l'autre Partie, qui remplissent par cela les conditions voulues pour l'admission à l'entrée en vertu des mesures applicables relatives à la santé et à la sûreté publique et à la sécurité nationale, conformément au présent chapitre [Mouvement des personnes physiques]. (Pas de caractères gras dans l'original)

On trouve une disposition analogue dans l'Accord de libre-échange de 2006 entre Panama et Singapour:

*Annexe 10 A**Mouvement des gens d'affaires**Article 3**Personnes faisant l'objet d'un transfert interne dans une entreprise*

Chaque Partie autorisera l'entrée des nationaux de l'autre Partie faisant l'objet d'un transfert interne dans une entreprise, qui satisfont aux critères requis pour une autorisation

*d'immigration, à moins qu'ait été commise une infraction à l'une des conditions régissant l'entrée à titre temporaire, ou qu'une demande de renouvellement d'une autorisation d'immigration ait été refusée pour **des motifs liés à la sécurité nationale ou à l'ordre public** par la Partie délivrant l'autorisation, selon qu'elle le juge approprié...* (Pas de caractères gras dans l'original)

D. Non-applicabilité d'une exception au titre de la sécurité nationale à certaines dispositions d'un AII

Quelques AII excluent certaines dispositions du champ d'application de l'exception au titre de la «sécurité nationale». Cette approche limite donc le droit des Parties contractantes d'invoquer l'exception de sécurité. Elles sont, en principe, autorisées à recourir à l'exception; cependant cette possibilité est exclue pour certains aspects spécifiques de la protection de l'investissement. Si la technique est différente de l'approche décrite à la section C, l'objectif est analogue – limiter la marge de manœuvre d'un pays et donner davantage de sécurité juridique aux investisseurs étrangers.

Tous les exemples que l'on pourrait trouver dans cette catégorie stipulent que l'exception de sécurité est inapplicable aux dispositions relatives à l'expropriation ou à l'indemnisation des pertes. En conséquence, les Parties peuvent encore exproprier un investisseur étranger pour des raisons de sécurité, mais elles ne peuvent pas se soustraire à leur obligation de verser une indemnisation appropriée. De même, dans les cas où les pertes subies par l'investisseur sont dues à une guerre ou à des désordres civils, l'obligation du pays d'accueil d'appliquer un traitement non discriminatoire en ce qui concerne les paiements qu'il doit effectuer à titre d'indemnisation reste intacte. Le Traité de 1994 sur la Charte de l'énergie offre un exemple à cet égard¹⁴:

*Article 24**Exceptions*

1. Le présent article **ne s'applique pas aux articles 12 (compensation pour perte), 13 (expropriation) et 29 (dispositions provisoires concernant les matières liées au commerce).**

...

3. Les dispositions du présent Traité autres que celles visées au paragraphe 1 ne doivent pas être interprétées comme empêchant une Partie contractante de prendre toute mesure qu'elle estime nécessaire:

a) À la **protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité**, y compris les mesures qui:

i) Concernent l'approvisionnement des établissements militaires en matières et produits énergétiques; ou

ii) Sont prises en temps de guerre, en cas de conflit armé ou dans une autre situation d'urgence survenant dans les relations internationales;

b) À la mise en œuvre des politiques nationales concernant la non-prolifération des armes nucléaires ou autres systèmes nucléaires explosifs, ou nécessaires pour satisfaire aux obligations qui lui incombent en vertu du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, des directives applicables à l'exportation de matières nucléaires et des autres obligations ou arrangements internationaux en matière de non-prolifération des armes nucléaires; ou

c) Au maintien de l'ordre public. (Pas de caractères gras dans l'original)

Adoptant une approche légèrement différente, l'ABI de 2003 entre le Japon et le Viet Nam n'exclut du champ d'application de l'exception de sécurité que l'article relatif à l'indemnisation pour perte:

Article 15

*1. Nonobstant toute autre disposition du présent Accord **autre que les dispositions de l'article 10 [indemnisation]**, chaque Partie contractante peut:*

*a) Prendre toute mesure qu'elle estime nécessaire pour la protection de ses **intérêts essentiels de sécurité**. (Pas de caractères gras dans l'original)*

Certains AII conclus par la Belgique-Luxembourg aboutissent au même résultat, bien qu'avec une technique différente. Ces accords spécifient que les intérêts de sécurité ou les intérêts nationaux sont une justification de l'expropriation ou de la nationalisation d'un investissement étranger. Ces intérêts de sécurité sont donc considérés comme étant l'équivalent de l'utilité publique. La disposition pertinente de l'AII confirme ensuite que les intérêts de sécurité laissent intacte l'obligation de la Partie contractante de verser une indemnisation adéquate. L'Accord bilatéral d'investissement de 2004 entre l'Azerbaïdjan et la Belgique-Luxembourg offre un exemple:

Article 4

Mesures privatives et restrictives de propriété

1. Chacune des Parties contractantes s'engage à ne prendre aucune mesure d'expropriation ou de nationalisation ni aucune autre mesure dont l'effet est de déposséder directement ou indirectement les investisseurs de l'autre Partie contractante des investissements qui leur appartiennent sur son territoire.

2. Si des impératifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national justifient une dérogation au paragraphe 1, les conditions suivantes devront être remplies:

- a) *Les mesures seront prises selon une procédure légale;*
- b) *Elles ne seront ni discriminatoires, ni contraires à un engagement spécifique;*
- c) *Elles seront assorties de dispositions prévoyant le paiement d'une indemnité adéquate et effective.* (Pas de caractères gras dans l'original)

D'autres traités bilatéraux d'investissement conclus par la Belgique-Luxembourg comportent une définition de l'expression «utilité publique». Selon cette définition, l'expression «utilité publique» englobe «la sécurité ou l'intérêt national». On en trouve un exemple dans l'Accord bilatéral d'investissement de 2005 avec le Guatemala:

Article 1

Définitions

7. L'expression «utilité publique» désigne:

- a) *En ce qui concerne le Royaume de Belgique et le Grand-Duché de Luxembourg: l'utilité publique, la **sécurité ou l'intérêt national***¹⁵. (Pas de caractères gras dans l'original)

Dans une veine analogue, l'Accord de libre-échange de 2006 entre la Colombie et les États-Unis explique dans une note de bas de page à l'article 10.7 que l'expression «public purpose» se réfère à un concept du droit international coutumier, et que le droit interne peut exprimer ce concept ou un concept similaire en employant différentes expressions, y compris l'expression «public necessity».

Notes

¹ Des exceptions au titre de la sécurité nationale figurent systématiquement dans les ABI conclus par l'Allemagne, l'Inde, la Belgique-Luxembourg, le Canada, les États-Unis et, dans une moindre mesure, par le Mexique. Ces exceptions apparaissent parfois sous un nom différent tel que «intérêts essentiels de sécurité» ou «ordre public». Tous les AII mentionnés dans le présent document peuvent être consultés à l'adresse <http://www.unctad.org/ia>.

² Voir aussi les ABI conclus par l'Inde avec l'Australie (1999), la Croatie (2001), la République tchèque (1996), la Hongrie (2003), l'Indonésie (1999), le Kazakhstan (1996), Oman (1997), Sri Lanka (1997), la Suède (2000), la Suisse (1997), la Thaïlande (2000), la Turquie (1998) et le Royaume-Uni (1994).

³ Voir aussi l'ABI conclu entre les États-Unis et l'Albanie (1995), et le Traité sur les relations d'affaires et les relations économiques conclu avec la Pologne (1990).

⁴ Voir aussi, par exemple, l'article 87 de l'Accord d'association de 1995 entre l'UE et la Tunisie et l'article 22 de l'Accord de libre-échange de 2007 entre les États de l'AELE et l'Égypte.

⁵ Pour une approche analogue, voir aussi l'article 20 de l'Accord de libre-échange de 2003 entre l'Australie et Singapour.

⁶ Voir aussi, par exemple, l'article 87 de l'Accord d'association de 1995 entre l'UE et la Tunisie et l'article 22 de l'Accord de libre-échange de 2007 entre les États de l'AELE et l'Égypte.

⁷ À consulter à l'adresse http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf.

⁸ Ackerman, Rose, p. 35 (2007).

⁹ Pour une approche analogue, voir également le texte de négociations de l'Accord multilatéral d'investissements du 24 avril 1998.

¹⁰ Voir, par exemple, l'ABI de 1999 entre l'Inde et l'Indonésie.

¹¹ Voir, par exemple, les ABI conclus par l'Allemagne avec la Barbade (1994), Antigua-et-Barbuda (1998), le Botswana (2000), le Mexique (1998), le Nigéria (2000) et Sri Lanka (2000).

¹² Voir aussi l'article 19 de l'ABI de 1998 entre l'Autriche et le Mexique.

¹³ On trouve un autre exemple aux articles 16 et 19 de l'ABI de 2004 entre la Jordanie et Singapour.

¹⁴ Voir aussi le Protocole sur l'énergie de la CEDEAO de 2003.

¹⁵ Voir aussi les ABI conclus par la Belgique-Luxembourg avec la Libye (2004) et le Nicaragua (2005).

III. INTERACTION AVEC D'AUTRES QUESTIONS ET CONCEPTS

Comme l'a montré la section précédente, il peut y avoir des interactions entre les exceptions liées à la sécurité et les concepts analysés dans d'autres publications de la série d'études de la CNUCED sur les questions soulevées par les accords internationaux d'investissement¹. La présente section analyse l'interaction entre ces différents principes. Le tableau 1 indique le niveau d'interaction de l'exception de sécurité nationale avec d'autres dispositions clefs des AII.

Tableau 1

Interaction entre les questions et concepts

Concepts évoqués dans d'autres études	Exceptions au titre de la sécurité nationale
Admission et établissement	++
Règlement des différends	+
Entrée et séjour du personnel clef	+
Traitement juste et équitable	++
Traitement de la nation la plus favorisée et traitement national	++
Contrats d'État	++
Saisie de biens	++
Indemnisation pour perte	++
Transfert de fonds	++
Transfert de technologie	+
Transparence	+

Source: CNUCED.

Légende: + = interaction modérée;
++ = forte interaction.

Admission et établissement

La plupart des AII n'accordent pas aux investisseurs étrangers un droit absolu d'effectuer des investissements dans le pays d'accueil. Ces accords stipulent que les parties admettront les investissements des investisseurs de l'autre partie conformément aux lois et règlements de l'État d'accueil. Dans ce cas, les États d'accueil ont le droit de sélectionner les investissements entrants et de les accepter ou de les rejeter conformément à leur législation nationale. Cette prérogative englobe le droit des Parties contractantes de refuser des investisseurs étrangers pour des raisons liées à la sécurité nationale. Une exception de sécurité distincte insérée dans l'AII pour couvrir cette situation serait donc redondante.

La situation est différente en ce qui concerne la minorité d'AII qui accordent un droit d'établissement. Dans ce cas, l'exception au titre de la sécurité nationale gagne en importance, parce que, sans elle, le pays d'accueil pourrait être obligé d'admettre l'investissement étranger. Tel serait le cas si le pays d'accueil n'avait pas introduit de réserves spécifiques à tel ou tel secteur en ce qui concerne l'activité d'investissement pour laquelle l'entrée est sollicitée. Il y a donc une forte interaction entre un droit d'établissement et l'exception au titre de la sécurité nationale.

Indemnisation pour perte

La plupart des AII comportent une disposition qui a trait à l'indemnisation des investisseurs étrangers pour perte due à une guerre ou à des désordres civils. Cette clause est donc étroitement liée à la question de la sécurité nationale, puisque la guerre et les événements analogues sont la situation classique mettant en jeu la sécurité nationale d'un pays. En outre, une crise économique grave pourrait s'accompagner de bouleversements et autres turbulences internes. Néanmoins, il est difficile d'imaginer qu'une exception au titre de la sécurité nationale figurant dans un AII puisse s'appliquer dans le contexte de la disposition relative à l'indemnisation pour perte. Étant donné que cette dernière clause crée pour les Parties

contractantes des obligations qui concernent expressément une situation mettant en jeu la sécurité nationale, il serait contradictoire de dispenser les Parties de son exécution pour des raisons liées à la sécurité nationale.

Règlement des différends

Le rapport entre une exception au titre de la sécurité nationale et le règlement des différends entre un investisseur et l'État dépend dans une très large mesure de la question de savoir dans quelle mesure l'exception au titre de la sécurité nationale est une exception discrétionnaire. Plus les Parties contractantes se réservent d'autonomie pour décider s'il y a une menace à la sécurité nationale et comment y répondre, moins il reste de place pour le contrôle juridictionnel des mesures liées à la sécurité.

Une autre interaction possible a trait à la transparence dans les procédures d'arbitrage. Certains AII limitent la transparence dans ces procédures si la divulgation d'informations risque de constituer une menace à la sécurité nationale d'une Partie contractante.

Entrée et séjour du personnel clef

Les dispositions sur l'entrée et le séjour du personnel étranger clef qui concernent la délivrance de visas et de permis de travail sont destinées à faciliter la gestion des investissements dans le pays d'accueil. L'immense majorité des AII soumettent aussi bien l'admission que le personnel concerné à la législation du pays d'accueil. Les pays d'accueil ont donc le droit de refuser ce personnel pour des raisons de sécurité nationale. Une exception supplémentaire au titre de la sécurité n'est donc pas strictement nécessaire dans l'AII.

Traitement juste et équitable

Le traitement juste et équitable a au moins deux sens possibles. Premièrement, on pourrait donner à cette expression son sens littéral – à savoir que les bénéficiaires ont droit à la justice et à l'équité, selon l'interprétation de ces termes dans le langage courant. Deuxièmement, l'expression pourrait impliquer que les bénéficiaires ont l'assurance de

recevoir un traitement conforme à la norme internationale minimale applicable aux investisseurs. En cas de crise mettant en jeu la sécurité nationale, les Parties contractantes n'auraient peut-être pas toujours la possibilité de respecter l'une ou l'autre de ces normes. Tel pourrait être plus spécialement le cas dans des périodes de crise économique grave qui nécessitent l'adoption de mesures d'urgence. En revanche, si le pays d'accueil fait état de préoccupations de sécurité nationale dans des circonstances moins dramatiques, par exemple s'il s'agit de protéger ses secteurs stratégiques, il pourrait être plus difficile de justifier le refus d'un traitement juste et équitable.

Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée

La mesure dans laquelle les principes du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée peuvent devenir pertinents dans le contexte de considérations de sécurité nationale dépend en grande partie du point de savoir si ces normes s'appliquent à l'entrée d'un investisseur ou à la phase de postinvestissement. Comme il a été expliqué à la section I.B.2, il n'y a guère d'interaction avec une exception de sécurité si l'AII ne comporte qu'une clause d'admission en vertu de laquelle le pays d'accueil se réserve un total pouvoir discrétionnaire pour décider d'autoriser ou non l'établissement d'investisseurs étrangers. En revanche, il peut y avoir une forte interaction dans les cas où l'AII comporte un droit d'établissement.

En ce qui concerne le traitement après l'établissement, des préoccupations de sécurité nationale peuvent empêcher une Partie contractante d'accorder un traitement non discriminatoire à des investisseurs étrangers. C'est tout à fait évident s'il considère qu'un pays étranger particulier pose un problème de sécurité. En pareil cas, le pays d'accueil souhaiterait peut-être restreindre les activités d'investissement d'investisseurs de ce pays et contreviendrait ainsi à ses obligations en ce qui concerne le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée. Par exemple, il pourrait souhaiter établir pour ces investissements une obligation en matière de communication et de rapports, ou les soumettre à d'autres modes de surveillance qu'il estimerait appropriés. Une exception de sécurité

nationale donnerait aux pays d'accueil la garantie de pouvoir adopter une telle mesure sans nécessairement violer l'AII.

Dans le même temps, l'une des dispositions les plus souvent mentionnées dans les AII comme condition à laquelle est subordonné le recours à l'exception, c'est que la mesure ne doit pas être arbitraire ou constituer une discrimination injustifiable. En vertu de ces AII, la norme de non-discrimination n'est donc pas complètement abolie.

Contrats d'État

Les projets d'investissement étranger peuvent être régis par des contrats d'investissement individuels (contrats d'État) entre l'investisseur étranger et le pays d'accueil. De nombreux AII comportent une disposition exigeant que les Parties contractantes respectent toute obligation qu'elles ont assumée en ce qui concerne les investissements d'investisseurs de l'autre partie. De telles obligations peuvent, en particulier, figurer dans des contrats d'État. En cas de préoccupations liées à la sécurité nationale, un pays d'accueil peut juger nécessaire de modifier les modalités du contrat, ou de l'annuler totalement. Par exemple, un nouveau gouvernement peut adopter une politique en vertu de laquelle il déclare qu'un secteur économique qui était auparavant ouvert aux investisseurs étrangers est un secteur d'importance stratégique et critique pour la sécurité et par conséquent réservé aux entreprises du pays. Si l'investisseur étranger a conduit ses opérations sur la base d'un contrat d'investissement, cela pourrait entraîner l'annulation du contrat par le gouvernement. De même, en cas de crise économique grave, le pays d'accueil ne serait peut-être plus en mesure de respecter toutes ses obligations, par exemple en ce qui concerne la réglementation des changes. Si l'AII comporte une exception au titre de la sécurité nationale qui est assez large pour couvrir ces scénarios, cette exception peut donner à l'État le droit de le faire sans violer l'accord. Sinon, le principe *pacta sunt servanda* s'appliquerait et le pays d'accueil ne pourrait chercher à mettre fin au contrat ou à le renégocier que si se produisait un changement fondamental de circonstances (*clausula rebus sic stantibus*).

Saisie de biens

L'exemple ci-dessus illustre également le rôle que pourrait jouer une exception au titre de la sécurité nationale en liaison avec l'article des AII relatif à l'expropriation. Un désinvestissement forcé pour raison de sécurité nationale – ou toute autre intervention majeure touchant au cœur des droits de propriété de l'investisseur étranger – équivaldrait à une expropriation de l'investisseur, et le pays d'accueil aurait donc à verser une indemnisation. Une exception au titre de la sécurité nationale pourrait exempter le pays d'accueil de cette obligation.

Cependant, comme il a été montré à la section II.D, un certain nombre d'AII excluent du champ d'application de l'exception de sécurité la disposition relative à l'expropriation. Dans ce cas, le pays d'accueil reste tenu d'indemniser l'investisseur étranger, même si le bien a été saisi pour des raisons de sécurité nationale.

Transfert de fonds

La disposition relative aux transferts figurant dans la plupart des AII autorise les investisseurs étrangers à effectuer librement des paiements et autres mouvements de capitaux en rapport avec leurs investissements. Cette disposition garantit qu'un investisseur étranger pourra récolter les avantages économiques d'un investissement réussi. Cependant, en période de crise, un rapatriement soudain et massif de capitaux par les investisseurs étrangers peut entraîner une sérieuse réduction des réserves en devises dans les pays d'accueil, en particulier dans les pays en développement. Ce phénomène peut, à son tour, créer de graves difficultés de balance de paiements. C'est pourquoi de nombreux AII comportent une clause relative à la balance des paiements, qui autorise les Parties contractantes à restreindre provisoirement le transfert de fonds dans une telle situation.

En l'absence d'une clause de balance des paiements dans l'AII, une Partie contractante peut être obligée de recourir à une exception au titre de la sécurité nationale pour pouvoir limiter les transferts sans enfreindre l'AII. Une crise économique grave peut constituer un état d'urgence dans lequel la clause de sécurité s'applique.

Transfert de technologie

Quelques AII comportent une disposition relative au transfert de technologie, en vertu de laquelle les Parties contractantes s'engagent à promouvoir ces transferts. Cependant, si les Parties contractantes estiment que la technologie en question est «sensible», elles souhaiteront peut être restreindre ces transferts.

Les préoccupations que suscite le transfert de technologie «sensible» peuvent s'analyser sous deux angles différents. Dans la perspective des pays d'origine, le partage de technologie ne serait peut-être pas souhaitable si la technologie en question pouvait être utilisée à des fins militaires. Par exemple, les technologies à double usage, qui peuvent être utilisées à la fois à des fins pacifiques et militaires, peuvent être particulièrement sensibles. Il en est ainsi, notamment, de la technologie utilisée pour la production de pesticides, de la technologie de vision nocturne et de la technologie des superordinateurs, qui pourrait servir à la collecte de renseignements ou faciliter la cybercriminalité. Dans la perspective des pays d'accueil, les préoccupations concernent les technologies introduites par des investisseurs étrangers qui pourraient être utilisées, entre autres choses, pour l'espionnage industriel ou militaire. S'il est prévu une exception au titre de la sécurité nationale, les Parties contractantes peuvent être en mesure d'empêcher aussi bien les transferts de technologie entrants que les transferts sortants, sans enfreindre l'article de l'accord relatif à la promotion du transfert de technologie.

Transparence

Les AII comportent parfois une disposition destinée à promouvoir entre les Parties contractantes la transparence et l'échange d'informations sur la législation et la réglementation relative à l'investissement et sur d'autres questions en rapport avec l'investissement. Certains accords comportent une exception à cette obligation, si la communication de ces informations est jugée contraire aux intérêts de «sécurité nationale» des Parties contractantes.

Note

¹ La série d'études de la CNUCED sur les questions soulevées par les accords internationaux d'investissement peut être consultée à l'adresse: <http://www.unctad.org/iaa>.

IV. PRINCIPALES OPTIONS CONCERNANT LA PROTECTION DE LA SÉCURITÉ NATIONALE DANS LES AII

La présente section a pour but d'examiner quelles possibilités les négociateurs d'AII ont à leur disposition pour tenir compte des considérations de sécurité nationale en rapport avec l'investissement étranger. À cet égard, les questions fondamentales portent sur le point de savoir si l'AII devrait ou non comporter une exception au titre de la sécurité nationale et, dans l'affirmative, si une telle clause devrait être discrétionnaire ou non. La réponse dépend, en principe, du poids que les Parties contractantes à l'AII attribuent à leurs intérêts de sécurité nationale par rapport à l'objectif de protection des investissements. Plus elles estimeront nécessaire de défendre dans l'AII leurs préoccupations de sécurité nationale en rapport avec l'investissement étranger, moins elles seront tentées de renoncer dans l'AII à une clause d'exception au titre de la sécurité nationale ou de déléguer en totalité à des juridictions arbitrales le pouvoir d'évaluer la légalité de restrictions à l'investissement basées sur la sécurité. Si, en revanche, la protection de l'investissement est l'objectif primordial, alors les pays peuvent être plus ouverts à l'idée de ne pas inclure dans l'accord d'exception au titre de la sécurité nationale, ou – s'ils s'entendent sur une disposition de ce type – d'autoriser un plus strict contrôle juridictionnel sur le point de savoir s'il y avait effectivement une menace à la sécurité nationale et si les mesures adoptées étaient réellement nécessaires pour contrecarrer cette menace.

A. Pas d'exception liée à la sécurité nationale

Une première option consisterait à ne pas inclure d'exception liée à la sécurité nationale dans l'AII. En fait, beaucoup de traités d'investissement en vigueur ne contiennent aucune exception de ce type. Les pays adoptant cette approche seraient certes conscients des préoccupations de sécurité liées à l'investissement étranger, mais ils seraient d'avis que les préoccupations de sécurité nationale – s'il devait y en avoir un jour – pourraient trouver une réponse sans

déroger aux obligations énoncées dans l'AII qu'ils ont conclu. Une décision de ne pas inclure d'exception liée à la sécurité nationale ne signifie donc pas que les Parties contractantes se verraient empêchées de prendre des mesures contre des investisseurs étrangers pour des considérations liées à la sécurité nationale. Elles pourraient le faire pour autant que ces mesures n'iraient pas à l'encontre de leurs obligations au titre de l'AII. Par exemple, si l'AII comportait le principe de non-discrimination et la norme relative au traitement juste et équitable, des mesures de sécurité qui auraient été décidées d'une manière non discriminatoire et qui seraient justes et équitables, seraient autorisées. De plus, des restrictions liées à la sécurité devraient respecter les obligations découlant de l'AII concernant l'expropriation, la liberté des transferts de capitaux et la clause générale.

Cette approche adresserait donc aux investisseurs étrangers un message indiquant que même si leurs investissements suscitaient des préoccupations de sécurité, l'AII ne les laisserait pas dans un vide juridique. Ils continueraient d'être traités d'une manière non discriminatoire; si une expropriation devenait nécessaire, ils pourraient encore réclamer une indemnisation adéquate. Le point limite ne serait atteint que si l'investisseur étranger avait enfreint la législation du pays d'accueil relative à la sécurité de sorte que l'activité d'investissement deviendrait illégale. Dans ce cas, l'AII n'empêcherait pas le pays d'accueil de prendre des sanctions contre l'investisseur étranger.

La décision d'exclure de l'AII tout type d'exception au titre de la sécurité nationale peut aussi dépendre de la portée du traité. Dans de rares cas où l'AII n'énonce que des engagements relatifs au préétablissement, on pourrait soutenir que les Parties contractantes à l'AII ont à leur disposition d'autres moyens de prendre en compte les préoccupations de sécurité. Comme il a été montré à la section I.B.2, elles pourraient exclure les secteurs d'une importance critique pour la sécurité et les secteurs stratégiques du champ d'application du droit d'établissement. Ce serait là une approche moins intrusive qu'une

clause d'exception intégrale, et la clarté et la sécurité juridique en seraient renforcées. Pourtant, on pourrait se demander si les Parties contractantes se sentiraient à l'aise avec une liste aussi fermée de secteurs soumis à restriction ou si elles préféreraient se réserver davantage de pouvoir discrétionnaire en optant pour une exception de sécurité largement ouverte.

Dans le cas le plus courant, c'est-à-dire dans le cas des AII qui s'appliquent à la phase de postétablissement, les Parties contractantes pourraient estimer qu'elles ont davantage besoin d'une clause relative à la sécurité nationale, car autrement, elles n'auraient d'autres possibilités que de se référer au droit international coutumier pour excuser une violation de leurs obligations au titre du traité commise pour des raisons liées à la sécurité nationale. Cependant, comme il a été expliqué à la section I.B.3, le moyen de défense tiré du droit international coutumier a une portée plus étroite qu'une exception au titre de la sécurité nationale reposant sur un traité, et les Parties contractantes ne considéreraient peut-être pas que ce moyen de défense peut se substituer entièrement à une telle exception. En particulier, si une Partie contractante veut protéger ses secteurs stratégiques, il est douteux qu'elle puisse le faire en s'appuyant sur le droit international coutumier. En cas de crise économique également, le droit international coutumier fixerait à un haut niveau le seuil requis pour invoquer la clause avec succès. Même si les Parties contractantes ne sont pas convaincues qu'une exception au titre de la sécurité nationale est vraiment nécessaire, elles peuvent souhaiter en inclure une pour leur tranquillité d'esprit.

L'état des relations entre les Parties contractantes peut aussi jouer un rôle, jusqu'à un certain point. Si les Parties contractantes ont une tradition de relations pacifiques et amicales, elles seront peut-être plus disposées à conclure un AII ne comportant pas d'exception au titre de la sécurité nationale que ce ne serait le cas s'il y avait entre elles des tensions. D'un autre côté, comme le montre l'exemple de l'UE, même les pays membres d'une organisation d'intégration régionale très étroite et très avancée estimeront que des exceptions au titre de la

sécurité nationale sont nécessaires. De surcroît, si des relations amicales entre les Parties contractantes peuvent exclure les préoccupations liées à la défense, l'existence de telles relations peut passer au second plan en cas de tentative visant à protéger des secteurs stratégiques ou à réagir à une crise économique.

**B. Clarification de l'expression
«intérêts essentiels de sécurité»**

Afin de se ménager davantage de clarté et de prévisibilité quant à l'applicabilité de l'exception au titre de la sécurité nationale, les Parties contractantes pourraient envisager de donner une définition plus précise de cette expression dans l'AII. Il existe une large gamme d'options, comme indiqué au chapitre II. Les principales concernent l'expression concrète employée, et la précision avec laquelle elle est circonscrite.

Comme on l'a montré au chapitre II, l'expression «intérêts essentiels de sécurité» n'est pas la seule susceptible d'être utilisée dans ce contexte. Il y a d'autres options, notamment «paix et sécurité internationales», «ordre public», ou «extrême urgence». «Santé publique» ou «moralité publique» constituent d'autres variantes.

La question cruciale est de savoir si l'une de ces expressions est plus concrète que les autres et pourrait donc aider à en clarifier la portée et le sens. De toute évidence, tel est le cas de plusieurs expressions, tandis que d'autres rendent plus difficile une telle clarification. Sans nier les difficultés rencontrées quand on tente de tracer une ligne de démarcation, il semble possible de distinguer entre les deux grandes catégories suivantes (tableau 2):

Tableau 2
Principales options pour la formulation des exceptions
liées à la sécurité dans les AII

Options restreintes	Options larges
<ul style="list-style-type: none"> • Paix et sécurité internationales • Santé publique • Moralité publique • Extrême urgence 	<ul style="list-style-type: none"> • Sécurité nationale • Ordre public • Intérêts essentiels de sécurité

Source: CNUCED.

La distinction suggérée entre options restreintes et options larges ne signifie pas, cependant, que la première catégorie ferait disparaître les problèmes de définition. Même les options restreintes sont encore suffisamment larges pour se prêter à des interprétations différentes. La différence – par rapport aux options larges – c'est que la marge d'interprétation est réduite. En particulier, il existe des bases communes considérables en ce qui concerne l'interprétation des expressions «paix et sécurité internationales» et «santé publique». En revanche, les expressions «moralité publique» pourraient se prêter à des interprétations divergentes dans différentes sociétés et différentes cultures.

Une importante conséquence de l'approche «restreinte», c'est qu'elle exclut de son champ d'application certaines mesures de protection. En particulier, la protection de secteurs stratégiques ne pourrait pas se justifier en vertu de cette méthode, hormis les mesures de protection de certains types d'infrastructures sensibles, notamment l'eau et l'assainissement, qui peuvent être couvertes par une exception de «santé publique». S'agissant d'une crise économique, une telle crise peut entrer dans la catégorie de l'«extrême urgence» si elle atteint un niveau très grave.

Si le choix d'une expression plus précise peut être un premier pas vers davantage de précision dans la teneur et la portée d'une exception de sécurité, les Parties contractantes pourraient aller plus loin en ajoutant une déclaration interprétative pour en clarifier le sens. Par exemple, plusieurs AII stipulent que les mesures visant à promouvoir la paix et la sécurité internationales peuvent concerner (uniquement) la production ou la fourniture d'armes et de munitions, la fourniture de services destinés à l'approvisionnement de forces militaires, ou la non-prolifération des armements. Une explication analogue pourrait être fournie en ce qui concerne d'autres expressions telles que «santé publique» ou «extrême urgence».

En ce qui concerne les options larges, une certaine gradation basée sur leur niveau de flou semble également possible. Une question cruciale pour la clarification pourrait être la distinction entre une «exception d'ordre public» et une «exception de sécurité nationale», souvent aussi appelée «exception pour intérêts essentiels de sécurité». Ces deux concepts se recoupent-ils ou se réfèrent-ils à des situations différentes? Il a été suggéré que l'expression «ordre public» s'entendrait de mesures visant à assurer la santé publique et la sécurité publique, tandis que l'exception au titre de la sécurité nationale concernerait les mesures liées à la sécurité prises en temps de guerre ou en période d'urgence nationale¹. L'AGCS établit une distinction expresse entre une exception d'ordre public et une exception au titre de la sécurité nationale. D'autres accords peuvent donner du concept d'ordre public une interprétation plus large en y englobant également les mesures adoptées pour défendre des intérêts essentiels de sécurité vis-à-vis d'un État étranger. Certains AII précisent le sens de l'exception d'ordre public en disant qu'elle ne peut être invoquée que lorsqu'il y a une menace véritable et suffisamment grave à l'un des intérêts fondamentaux de la société (voir la section II.A.2).

Quelle que soit l'expression que choisissent les Parties contractantes, elles doivent décider si elles souhaitent apporter des clarifications en ce qui concerne l'applicabilité de l'exception en cas de crise économique et à la protection de secteurs stratégiques. Sinon,

ni le pays d'accueil ni l'investisseur étranger n'auraient de certitude quant à la possibilité d'invoquer la clause dans de telles situations. C'est là un aspect particulièrement important pour la protection des secteurs stratégiques puisque – à l'exception de l'UE – il n'y a guère de jurisprudence internationale pouvant servir de point de repère. Clarifier l'expression «intérêts essentiels de sécurité» et les expressions connexes pourrait être une option attrayante pour des pays qui craignent qu'une formulation large et vague de la clause n'aillent à l'encontre d'une protection adéquate de l'investissement.

Les Parties contractantes qui suivent cette approche pourraient s'entendre sur l'applicabilité ou l'inapplicabilité de l'exception de sécurité à une crise économique et à la protection des secteurs stratégiques. En outre, des solutions intermédiaires pourraient être envisagées. Par exemple, les Parties contractantes pourraient convenir que seule une crise économique atteignant un certain niveau serait couverte par l'exception de sécurité. De même, pour autant qu'un accord existe sur l'applicabilité de l'exception de sécurité aux secteurs stratégiques, les Parties contractantes voudront peut-être établir une liste de secteurs ou d'activités qu'elles considèrent d'importance stratégique, ce qui améliorerait encore la clarté et la prévisibilité juridique. Sans diminuer le pouvoir réglementaire discrétionnaire des Parties contractantes en ce qui concerne l'adoption et le maintien de restrictions à l'entrée dans ces secteurs, cette approche les empêcherait d'appliquer de telles mesures à des secteurs exclus du champ d'application de la disposition. La liberté restante des Parties contractantes pourrait être encore renforcée en ce qui concerne leur pouvoir discrétionnaire de décider de la réponse à apporter à la menace (voir *infra* la section C).

C. Caractère nécessaire de la réponse du pays d'accueil

Une autre question cruciale pour les négociateurs d'un AII concerne le point de savoir dans quelles mesures les Parties contractantes seraient libres de décider *comment* répondre à une menace à la sécurité. Autrement dit, si jusqu'ici la question qui se posait était de savoir quel degré de pouvoir discrétionnaire accorder

aux Parties contractantes en ce qui concerne l'évaluation de l'existence d'une menace à leur sécurité nationale, il s'agit maintenant de savoir quel est le degré approprié d'autonomie dans le choix des mesures d'application².

Les parties ont la possibilité, soit de s'entendre sur une clause discrétionnaire, soit d'autoriser un contrôle juridictionnel sur le point de savoir si la mesure prise par le pays d'accueil était objectivement nécessaire pour répondre à la crise. Dans le premier cas, elles conviendraient d'un texte aux termes duquel les Parties contractantes peuvent prendre toutes mesures qu'*elles estiment* nécessaires. Dans le second cas, seules seraient autorisées les mesures qui *sont* nécessaires d'un point de vue neutre.

1. Clause discrétionnaire

Une clause discrétionnaire serait un moyen fort de protéger les intérêts de sécurité nationale d'un pays d'accueil. Une fois qu'il a été déterminé que la menace en question relève de l'exception de sécurité en tant que telle, le pays d'accueil serait libre de choisir la réaction qu'il estime adéquate. Une telle approche reconnaîtrait que c'est le droit souverain d'un pays de déterminer, de son propre chef, le degré de gravité de la menace à ses intérêts de sécurité et ce qu'il faut faire pour y répondre. Par exemple, en cas de crise économique grave, il pourrait décider d'imposer des restrictions aux transferts, de modifier le taux de change ou de renoncer à s'acquitter de ses obligations découlant d'un contrat d'investissement. En ce qui concerne les secteurs stratégiques ayant de l'importance pour sa sécurité nationale, le pays d'accueil peut décider d'interdire totalement les prises de contrôle par des intérêts étrangers ou d'imposer des restrictions aux opérations d'investisseurs étrangers. L'investisseur étranger ne pourrait pas contester la légalité de l'une quelconque de ces réactions en soutenant que le pays d'accueil aurait eu à sa disposition des moyens moins sévères de protéger ses intérêts de sécurité. Il n'y aurait aucune place pour un tel critère de proportionnalité.

D'un autre côté, une clause d'exception discrétionnaire pourrait aller à l'encontre de l'objectif de protection des investissements. L'AII peut d'autant moins remplir sa fonction consistant à assurer la clarté, la stabilité et la prévisibilité juridique, que la clause accorde davantage de pouvoir discrétionnaire au pays d'accueil et comporte moins de sauvegardes pour l'investisseur étranger. Une clause largement ouverte d'exception au titre de la sécurité nationale peut donc gravement diminuer la fonction de l'AII liée à la promotion de l'investissement et risque de fausser l'équilibre délicat entre la protection des intérêts publics et privés dans les AII. En conséquence, les Parties contractantes qui s'inquiètent de ce risque souhaiteront peut-être introduire dans l'AII d'autres garanties de nature à renforcer la confiance de l'investisseur (voir *infra* la section D).

On pourrait se demander si une clause discrétionnaire serait plus justifiée en cas de conflit militaire ou d'autres situations d'urgence telles qu'une crise économique grave, qu'elle ne le serait pour la protection de secteurs stratégiques, puisque dans ce dernier cas, les mesures prises par l'État le sont à titre préventif plutôt que pour s'attaquer à une catastrophe réelle. On pourrait donc soutenir que dans ces circonstances moins dramatiques, il devrait être plus facile pour un pays d'accepter qu'une tierce partie ait le droit de vérifier la nécessité de la mesure. L'argument opposé serait que si la protection des secteurs stratégiques a été reconnue comme étant pertinente pour la sécurité, alors un pays devrait être aussi libre qu'il le souhaite de choisir sa réponse, comme dans le cas d'une menace militaire ou autre situation d'urgence.

2. Clause non discrétionnaire

L'autre solution consisterait pour les Parties à un AII à décider d'un commun accord que la nécessité de la réaction du pays d'accueil à une menace à la sécurité est susceptible d'un contrôle juridictionnel. Le recours à l'exception au titre de la sécurité nationale ne serait alors autorisé que si le pays d'accueil pouvait prouver que la mesure prise contribuait à la réalisation de l'objectif légitime consistant à protéger ses intérêts essentiels de sécurité et qu'il n'avait pas d'autres solutions

de rechange raisonnablement disponibles, moins contrares ou plus conformes à ses obligations internationales³. Cette approche comporterait donc un critère de proportionnalité, en vertu duquel une juridiction pourrait examiner si le degré de la restriction à l'investissement correspond à la gravité de la menace à la sécurité nationale du pays⁴.

Par exemple, si le pays d'accueil prohibe l'investissement international dans ses secteurs d'importance stratégique, une clause d'exception non discrétionnaire donnerait à la juridiction arbitrale le droit de déterminer si des moyens de contrôle moins sévères des activités d'investisseurs établis seraient suffisants pour protéger les intérêts de sécurité du pays. Si la juridiction arrivait à cette conclusion, elle pourrait déclarer que l'interdiction de l'investissement étranger est excessive et n'est pas couverte par l'exception de sécurité de l'AII. En cas de crise économique, la juridiction pourrait, par exemple, vérifier si, au moment où la mesure a été adoptée, la crise évoluait déjà vers une situation normale, ce qui aurait pour conséquence que la mesure n'était plus nécessaire⁵.

Il va sans dire qu'une exception non discrétionnaire limiterait considérablement le droit souverain des Parties contractantes de protéger leur sécurité nationale. Dans un domaine aussi sensible que la sécurité nationale, elle donnerait aux juridictions arbitrales le droit et leur conférerait l'obligation de décréter ce qu'un pays est et n'est pas autorisé à faire. Dans une certaine mesure, les Parties contractantes à l'AII remettraient leur sort entre les mains d'arbitres. La juridiction rendrait une décision définitive et contraignante sur le point de savoir si les mesures prises par le pays d'accueil étaient ou non effectivement nécessaires pour protéger sa sécurité nationale. Certes, le pouvoir de la juridiction n'irait pas jusqu'à lui permettre de juger du bien-fondé de la politique économique d'un pays en général, mais elle l'autoriserait néanmoins à évaluer la légalité et le caractère raisonnable des mesures prises par un État dans des domaines aussi sensibles que la réponse à apporter à une crise économique et la conduite de politiques économiques stratégiques. Un pays pourrait fort bien considérer

qu'accepter une clause d'exception non discrétionnaire ce serait, de son point de vue, se passer une camisole de force juridique avec pour effet potentiel une incapacité à réagir comme il le voudrait à une menace perçue comme une menace à la sécurité.

Compte tenu de ces préoccupations, comment peut-on expliquer qu'un nombre appréciable d'AII comportent néanmoins une clause d'exception non discrétionnaire liée à la sécurité? Quelles raisons possibles les Parties contractantes pourraient-elles avoir d'accepter un contrôle juridictionnel de leur droit souverain d'adopter les mesures de leur choix pour réagir à une menace à la sécurité? Premièrement, une clause non discriminatoire renforce la protection des investissements. Les investisseurs étrangers se sentiront plus rassurés quant au climat d'investissement régnant dans le pays d'accueil si la nécessité de la réaction de ce dernier à une menace à la sécurité peut être soumise à un contrôle juridictionnel. Ce point peut être particulièrement important dans le contexte de mesures qui vont au-delà de la sphère militaire et affectent le domaine plus large des politiques économiques et des politiques de la concurrence. Deuxièmement, le choix entre une clause d'exception discrétionnaire et non discrétionnaire peut être le résultat des intérêts et des pouvoirs de marchandage différents des Parties contractantes à l'AII. Si l'AII est conclu entre un pays puissant exportateur de capitaux et un pays en développement relativement faible importateur de capitaux, il y a de fortes chances pour que le premier insiste pour obtenir une clause non discrétionnaire parce qu'une telle clause assure une meilleure protection de ses investisseurs à l'étranger. La même chose pourrait se produire dans un contexte Sud-Sud si les investissements entre les deux pays étaient essentiellement des flux à sens unique.

Enfin, il faut se souvenir que la distinction entre exceptions discrétionnaires et non discrétionnaires est plus subtile qu'il n'y paraît de prime abord. Même si une clause au titre de la sécurité nationale entre dans la première catégorie, elle est encore soumise à un critère de «bonne foi» en vertu du droit international (voir la section I.B.3). D'un autre côté, une disposition non discrétionnaire ne donnerait aux

juridictions arbitrales ni le pouvoir d'ignorer totalement l'évaluation de l'État invoquant l'exception, ni le pouvoir de dicter quelle mesure concrète prendre au cas où il y aurait plusieurs options comparables disponibles.

D. Moyens supplémentaires de limiter le champ d'application d'une exception liée à la sécurité

Il existe plusieurs autres possibilités pour les pays qui souhaitent clarifier et restreindre encore davantage le champ d'application de l'exception au titre de la sécurité nationale.

1. Introduction d'une disposition contraignante concernant la «bonne foi»

Une méthode consisterait à subordonner expressément le droit d'invoquer l'exception de sécurité à l'obligation faite aux Parties contractantes d'agir de bonne foi. Les Parties contractantes confirmeraient ainsi un principe de droit international que l'on peut trouver également dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Comme on l'a montré aux sections II.B.1 et II.B.2, un certain nombre d'AII disposent que le recours à l'exception ne doit pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée au commerce. Ainsi, en cas de différend au sujet de la légalité d'une restriction à l'investissement basée sur des intérêts essentiels de sécurité, le respect de l'obligation de bonne foi serait soumis à un contrôle juridictionnel. Cette «sauvegarde» pourrait, en particulier, jouer un rôle face à des tentatives d'un pays d'accueil qui cherche à protéger ses secteurs stratégiques ou à réagir à une crise économique. Les juridictions arbitrales auraient le droit d'examiner si les mesures de protection sont vraiment l'expression de préoccupations de sécurité nationale ou si elles s'inscrivent dans un contexte essentiellement protectionniste.

2. L'exception au titre de la sécurité nationale ne peut être invoquée qu'à l'égard de certaines dispositions d'un AII

L'autre approche consisterait à donner aux Parties contractantes le droit de n'invoquer l'exception au titre de la sécurité nationale qu'à l'égard de certaines dispositions d'un AII. Par exemple, comme il a été montré au chapitre II, un certain nombre d'AII disposent que le recours à la clause d'exception est limité au droit d'établissement. En conséquence, les Parties contractantes à l'AII ne pourraient invoquer l'exception qu'en ce qui concerne l'entrée d'investisseurs étrangers, mais elles ne le pourraient pas en ce qui concerne le traitement d'investisseurs établis. Un autre exemple concerne la liberté des transferts de capitaux, ou la clause de non-discrimination.

Certains AII n'accordent aux Parties contractantes que le droit de restreindre la transparence en cas de menace à la sécurité. Ainsi, des investisseurs étrangers pourraient se voir refuser l'accès à certaines informations dont la publication créerait un risque pour la sécurité nationale du pays d'accueil. Il y a aussi l'option à adopter en ce qui concerne le traitement des questions de sécurité nationale, plus particulièrement dans le contexte du règlement des différends entre un investisseur et l'État. Comme il a été montré à la section II.C.1, un certain nombre d'AII prévoient la possibilité de limiter la participation du public à ces procédures s'il y avait autrement un risque pour la sécurité nationale.

Cette technique consistant à limiter l'applicabilité de l'exception de sécurité pourrait être particulièrement attrayante pour les pays qui ne veulent pas renoncer complètement à une exception de sécurité, mais souhaitent limiter à un minimum le recours à cette exception. Considérée sous l'angle de la protection de l'investissement, cette approche présente l'avantage de respecter autant que possible les droits de l'investisseur. D'un autre côté, en s'engageant dans cette voie, les Parties contractantes s'imposent une tâche exigeante car elles doivent examiner soigneusement dans quels domaines une exception de sécurité est nécessaire.

En particulier, cette méthode ne serait peut-être pas applicable en cas de crise économique parce que le pays concerné pourrait avoir besoin de s'exempter de plusieurs obligations qui sont au cœur d'un AII, telles que les garanties relatives aux transferts, la clause générale ou les paiements compensatoires en cas d'expropriation.

3. Non-applicabilité de l'exception au titre de la sécurité nationale à certaines dispositions d'un AII

Les Parties contractantes pourraient aussi suivre la stratégie opposée et indiquer les dispositions de l'AII à l'égard desquelles elles n'autoriseraient *pas* le recours à l'exception au titre de la sécurité nationale. On trouve un exemple de cette approche dans le Traité sur la Charte de l'énergie, qui exclut expressément du champ d'application de l'exception l'article relatif à l'expropriation et celui qui traite de la compensation pour perte. Ainsi, les Parties contractantes seraient en principe autorisées à prendre des mesures liées à la sécurité dans le domaine de l'investissement, mais les investisseurs étrangers seraient en même temps assurés de bénéficier de certaines garanties fondamentales que les pays d'accueil seraient tenus de respecter en toute circonstance.

Comme dans l'option 2 ci-dessus, cette approche chercherait à établir un équilibre entre les intérêts de sécurité des Parties contractantes et les besoins de protection de l'investisseur étranger. La différence entre les deux méthodes, c'est que dans la première variante (l'option 2 ci-dessus) davantage de poids est accordé à l'objectif de protection de l'investissement, tandis que dans la seconde l'accent est mis plutôt sur les préoccupations de sécurité.

La méthode consistant à exclure l'applicabilité de l'exception de sécurité à certaines dispositions d'un AII pourrait devenir particulièrement pertinente pour la protection de secteurs stratégiques. Les pays d'accueil qui ont décidé que certains secteurs stratégiques devraient être entre des mains nationales pourraient néanmoins vouloir rassurer les investisseurs étrangers en leur donnant la garantie qu'ils seront convenablement indemnisés au cas où ils devraient renoncer à

leur investissement. En vertu d'une exception de sécurité largement ouverte et indéterminée, une telle contrainte n'existerait pas, ce qui serait un avantage à court terme que le pays d'accueil risque de chèrement payer puisqu'il réduirait l'attrait du pays d'accueil comme destination de l'investissement étranger. Inversement, en cas de crise économique, les Parties contractantes pourraient constater qu'il est plus difficile de garantir que l'exception de sécurité ne s'appliquera pas à des dispositions essentielles de l'AII.

4. Examen périodique de la mesure

Une autre option consisterait pour les Parties contractantes à un AII à prévoir un examen et des consultations périodiques concernant la nécessité de maintenir en vigueur des restrictions à l'investissement liées à la sécurité. Par exemple, au cas où une Partie contractante aurait fermé un secteur spécifique aux investisseurs étrangers – ou peut-être seulement aux investisseurs de l'autre Partie contractante – les deux parties pourraient convenir de procéder, de temps à autre, à des échanges de vues sur la nécessité de cette restriction. De même, en cas de crise économique, les Parties contractantes pourraient accepter d'examiner périodiquement si la crise est encore suffisamment sévère pour justifier les restrictions à l'investissement. Les Parties contractantes ne renonceraient donc pas à leur droit souverain de décider si la restriction est ou non nécessaire, mais elles permettraient au moins que cette question fasse l'objet d'un examen à intervalles réguliers.

Notes

¹ C'est, par exemple, l'interprétation des États-Unis. Voir White/von Staden, *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, in: *Virginia Journal of International Law*, hiver 2008.

² S'il est théoriquement possible d'établir cette distinction, il est plus difficile de séparer les deux aspects dans la pratique.

³ *Continental Casualty Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9A, du 5 septembre 2008, par. 196 à 198.

⁴ Noter que des préoccupations ont été exprimées sur le point de savoir dans quelle mesure des juridictions internationales à compétence économique seraient appropriées pour appliquer un critère de proportionnalité qui implique un sous-pesage et une mise en balance entre des valeurs économiques et non économiques. Voir Neumann et Tuerk, 2003.

⁵ *Continental Casualty Compagny c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9A, décision du 5 septembre 2008, par. 221 et 222.

CONCLUSION

Après pratiquement deux décennies d'un mouvement mondial en faveur d'une libéralisation de l'investissement, des pays de plus en plus nombreux ont réexaminé les résultats de ces politiques et procédé à des mesures d'ajustement. Il y a trois phénomènes à l'origine de ce changement: dans certains cas, les gouvernements ont été déçus par les résultats de leurs politiques de privatisation et déçus également par des contrats d'investissement jugés trop favorables aux investisseurs étrangers. Dans d'autres cas, les États ont estimé nécessaire de réaffirmer l'autorité de la nation sur les ressources naturelles, sur d'autres secteurs d'importance stratégique et sur des infrastructures essentielles. De plus, l'expansion rapide des fonds souverains et des entreprises d'État a incité plusieurs pays industrialisés à réclamer un contrôle plus strict des activités de ces fonds. Enfin, la crise économique que le monde connaît aujourd'hui a provoqué une recrudescence des tendances protectionnistes dans le domaine de l'investissement.

Ces préoccupations politiques apparues récemment vis-à-vis de l'investissement étranger ont souvent leurs racines dans des considérations de sécurité nationale. Dans le contexte de l'investissement étranger, la sécurité nationale n'est plus perçue seulement comme l'absence de menaces militaires, mais se situe dans une perspective beaucoup plus large où des secteurs nationaux considérés comme ayant une importance vitale pour la compétitivité et l'avenir d'un pays doivent être protégés contre des prises de contrôle par des intérêts étrangers. S'il semble parfois que ces politiques sont encore dans une phase expérimentale, qu'elles sont appliquées au cas par cas et qu'elles n'ont pas encore débouché sur une stratégie claire, on observe une tendance à une plus grande prudence dans l'admission des investisseurs étrangers, ainsi qu'une tendance croissante à mélanger les considérations politiques et économiques.

Un autre domaine dans lequel les intérêts liés à la sécurité nationale ont gagné du terrain a trait à la crise économique. Plusieurs différends relatifs à l'investissement qui ont eu lieu ces dernières années avaient leur origine dans des mesures d'urgence imposées par des pays d'accueil à des investisseurs étrangers afin de combattre des crises économiques. Dans chaque cas, le pays soutenait que ces mesures étaient nécessaires pour protéger sa sécurité intérieure.

Ces évolutions ont d'importantes conséquences pour la réglementation de l'investissement international. Les pays d'accueil doivent se demander dans quelles mesures ils sont encore libres d'imposer des restrictions basées sur des considérations de sécurité nationale une fois qu'ils ont conclu un AII. Dans la perspective de l'investisseur étranger, le degré de protection que les AII leur accordent contre de telles mesures devient une question cruciale.

De nombreux AII comportent une clause d'exception autorisant les Parties contractantes à déroger à leurs obligations découlant de l'AII en cas de menaces à leurs intérêts essentiels de sécurité. Le plus souvent, ces clauses sont rédigées en termes généraux qui laissent aux Parties contractantes un large pouvoir discrétionnaire pour décider si un investissement particulier pose une menace à la sécurité nationale et comment réagir à la menace. S'il y a de solides arguments en faveur d'une telle approche dans les questions de guerre et de paix, la même approche est plus contestable dans des situations où il ne peut être exclu que les restrictions à l'investissement ne soient pas seulement basées sur des considérations de sécurité mais soient aussi influencées par des préoccupations – par exemple des tendances protectionnistes – sans lien avec la sécurité.

Le récent débat sur les préoccupations de sécurité en rapport avec l'investissement étranger est particulièrement pertinent pour les investisseurs des pays en développement et des économies émergentes. Les pays en développement, en particulier, peuvent être confrontés au risque de crises économiques, de sorte qu'ils se voient contraints d'imposer des restrictions temporaires à l'investissement afin d'améliorer la situation. Les économies émergentes et les fonds

souverains sont particulièrement exposés au risque de restrictions à l'investissement destinées à protéger les secteurs stratégiques des pays d'accueil.

L'incidence de ces évolutions sur les règles définies dans les AII est double. Premièrement, les négociateurs d'un AII doivent se demander si l'AII devrait comporter une «exception au titre de la sécurité nationale» et si, à leur avis, cette clause est censée s'appliquer aux mesures d'urgence en cas de crise économique et aux politiques visant à protéger des secteurs stratégiques. Deuxièmement, il se peut qu'ils souhaitent clarifier les conditions en vertu desquelles les Parties contractantes peuvent invoquer l'exception.

Pour les pays en développement, choisir la «bonne option» n'est pas nécessairement facile. Ceux qui se trouvent confrontés à un risque de crise économique grave souhaiteront peut-être avoir dans l'AII une exception de sécurité couvrant ce scénario. Cependant, tout en protégeant leur droit souverain de réagir à une crise économique comme ils le jugent approprié, ils doivent aussi veiller à ce que cette liberté n'entraîne pas une réduction considérable du niveau de protection de l'investissement. D'un autre côté, il est sans doute dans l'intérêt des économies émergentes que les clauses d'exception des AII relatives à la sécurité n'aient pas pour effet de priver leurs investisseurs à l'étranger d'une part substantielle de la protection offerte par ces traités. Ils pourraient donc souhaiter que les exceptions liées à la sécurité soient rédigées en termes relativement restrictifs et ne soient pas susceptibles d'un contrôle juridictionnel. Ces objectifs divergents pourraient créer un certain dilemme pour les pays en développement qui sont à la fois des pays d'origine et des pays d'accueil de l'investissement étranger.

Dans l'ensemble, la prise en compte des préoccupations de sécurité nationale dans les AII doit être désormais envisagée dans le contexte plus large des politiques des pays d'accueil visant à renforcer leurs économies et à améliorer leur compétitivité internationale. Chaque pays doit décider pour lui-même s'il considère qu'une exception de la sécurité est importante à cette fin. Quelle que soit la politique adoptée

par un pays, il est essentiel que l'objectif consistant à préserver le droit souverain de chaque pays d'adopter tout type de mesures qu'il considère appropriées pour réagir à une crise économique et protéger ses secteurs stratégiques ne soit pas atteint au prix d'un effet dissuasif sur les investisseurs étrangers et d'un moindre attrait du pays comme destination de l'investissement étranger. L'incertitude quant à la portée de l'exception de sécurité et quant à ses modalités d'application pourrait saper considérablement la confiance des investisseurs. Trouver un équilibre raisonnable entre les légitimes préoccupations de sécurité des pays d'accueil d'une part et un degré suffisant de protection de l'investissement d'autre part est donc un élément clef pour atteindre ce qui est l'objectif ultime des AII, c'est-à-dire faire en sorte que l'investissement œuvre pour le développement.

BIBLIOGRAPHIE

- Bottini G (2008). Protection of essential interests in the BIT era. In: Grierson Weiler TJ ed. *Investment Treaty Arbitration and International Law*. New York. JurisNet: 145-164.
- Burke-White W and von Staden A (2007). Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures, provisions in bilateral investment treaties. *Scholarship at Penn Law*. University of Pennsylvania Law School. Paper No. 152, November 2007. Available at <http://lsr.nellco.org/upenn/wps/papers/152>.
- Casarini N (2007). China flexes global investment muscles. International Relations and Security Network (ISN). *ISN Security Watch*. 16 October 2007. Available at: <http://www.isn.ethz.ch/isn/Current-Affairs/Security-Watch/Detail/?ots591=4888CAA0-B3DB-1461-98B9-E20E7B9C13D4&lng=en&id=53796>.
- Hoegge B (2007). Credit crisis puts focus on sovereign wealth funds. *Bangkok Post*. Thailand. 20 December 2007. Available at: http://archives.mybangkokpost.com/bkkarchives/frontstore/news_detail.html?aid=218833&textcat=Business%20News&type=t&key=credit%20crisis&year=2007&click_page=1&search_cat=text&from=text_search.
- Neumann J and Tuerk E (2003). Necessity revisited: proportionality in World Trade Organization law after Korea beef, EC asbestos and EC sardines. *Journal of World Trade*. Vol. 37, No. 1.
- Rose-Ackerman S and Billa B (2007). Treaties and national security. Yale Law and Economics research paper no. 351. Available from the Social Science Research Network Paper Collection at: <http://ssrn.com/abstract=1001460>.

- Sauvant K (2006). Is foreign direct investment still a welcome tool? *Taipei Times*. 7 September 2006. Taiwan (Province of China). Available at: <http://www.taipeitimes.com/News/editorials/archives/2006/09/07/2003326593>.
- Singh K (2007). *Why Investment Matters: The Political Economy of International Investments*. London and Delhi: FERN, The Corner House, Madhyam Books. Also available at: http://www.fern.org/media/documents/document_3891_3921.pdf.
- Truman, EM (2007). Sovereign wealth funds: the need for greater transparency and accountability. Policy Briefs, No. PB07-6. Washington, D.C. Peterson Institute for International Economics.
- UNCTAD (2008). *World Investment Report 2008: Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge*. United Nations publication. Sales No. E.08.II.D.23. New York and Geneva.
- UNCTAD (2007a). *World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development*. United Nations publication. Sales No. E.07.II.D.9. New York and Geneva.
- UNCTAD (2007b). *Investor–State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*. United Nations publication. Sales No. E.07.II.D.10. New York and Geneva.
- UNCTAD (2006). *World Investment Report 2006: FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*. United Nations publication. Sales No. E.06.II.D.11. New York and Geneva.
- Wharton School of the University of Pennsylvania (2007). A closer look at sovereign wealth funds: secretive, powerful, unregulated and huge. Knowledge@Wharton. 12 December 2007. Available at: <http://knowledge.wharton.upenn.edu/article.cfm?articleid=1868>.

PUBLICATIONS DE LA CNUCED SUR LES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES (STN) ET L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER DIRECT (IED)

(Pour plus de détails, aller sur le site www.unctad.org/en/pub.)

A. PUBLICATIONS EN SÉRIE

Rapports sur l'investissement dans le monde

(Pour plus de détails, aller sur le site www.unctad.org/wir.)

World Investment Report 2008. Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge. Sales No. E.08.II.D.23. \$80.
http://www.unctad.org/en/docs/wir2008_en.pdf.

World Investment Report 2008. Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge. An Overview. 42 p.
http://www.unctad.org/en/docs/wir2008overview_en.pdf.

World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Extractive Industries and Development. Sales No. E.07.II.D.9. \$75.
http://www.unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf.

World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Extractive Industries and Development. An Overview. 50 p.
http://www.unctad.org/en/docs/wir2007overview_en.pdf.

World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development. Sales No. E.06.II.D.11. \$75.
http://www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf.

World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development. An Overview. 50 p.
http://www.unctad.org/en/docs/wir2006overview_en.pdf.

World Investment Report 2005. Transnational Corporations and the Internationalization of R&D. Sales No. E.05.II.D.10. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2005_en.pdf.

World Investment Report 2005. Transnational Corporations and the Internationalization of R&D. An Overview. 50 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2005overview_en.pdf.

World Investment Report 2004. The Shift Towards Services. Sales No. E.04.II.D.36. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2004_en.pdf.

World Investment Report 2004. The Shift Towards Services. An Overview. 62 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2004overview_en.pdf.

World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives. Sales No. E.03.II.D.8. \$49. http://www.unctad.org/en/docs/wir2003_en.pdf.

World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives. An Overview. 66 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2003overview_en.pdf.

World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness. 352 p. Sales No. E.02.II.D.4. \$49. http://www.unctad.org/en/docs/wir2002_en.pdf.

World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness. An Overview. 66 p. http://www.unctad.org/en/docs/wir2002overview_en.pdf.

World Investment Report 2001: Promoting Linkages. 356 p. Sales No. E.01.II.D.12. \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir01content.en.htm>.

World Investment Report 2001: Promoting Linkages. An Overview. 67 p. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir01content.en.htm>.

Ten Years of World Investment Reports: The Challenges Ahead. Proceedings of an UNCTAD special event on future challenges in the area of FDI. UNCTAD/ITE/Misc.45. <http://www.unctad.org/wir>.

World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development. 368 p. Sales No. E.99.II.D.20. \$49.
<http://www.unctad.org/wir/contents/wir00content.en.htm>.

World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development. An Overview. 75 p. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir00content.en.htm>.

Répertoires de l'investissement mondial

(Pour plus de détails, aller sur le site
http://r0.unctad.org/en/subsites/dite/fdistats_files/WID2.htm.)

World Investment Directory 2004: Latin America and the Caribbean. Volume IX. 599 p. Sales No. E.03.II.D.12. \$25.

World Investment Directory 2003: Central and Eastern Europe. Vol. VIII. 397 p. Sales No. E.03.II.D.24. \$80.

Examen des politiques d'investissement

(Pour plus de détails, aller sur le site <http://www.unctad.org/pr>.)

Investment Policy Review – Rwanda. 130 p. Sales No. E.06.II.D.15. \$25.

Investment Policy Review – Colombia. 73 p. Sales No. E06.II.D.4. \$25.

Investment Policy Review – Kenya. 126 p. Sales No. E.05.II.D.21. \$25.

Investment Policy Review – Benin. 147 p. Sales No. F.04.II.D.43. \$25.

Investment Policy Review – Sri Lanka. 89 p. No. E.04.II.D.19. \$25.

Investment Policy Review – Algeria. 110 p. Sales No. F04.II.D.30. \$25.

Investment Policy Review – Nepal. 89 p. Sales No. E.03.II.D.17. \$20.

Investment Policy Review – Lesotho. 105 p. Sales No. E.03.II.D.18. \$15/18.

Investment Policy Review – Ghana. 103 p. Sales No. E.02.II.D.20. \$20.

- Investment Policy Review – Tanzania.* 109 p. Sales No. E.02.II.D.6. \$20.
- Investment Policy Review – Botswana.* 107 p. Sales No. E.01.II.D.I. \$22.
- Investment Policy Review – Ecuador.* 136 p. Sales No. E.01.II.D.31. \$25.
- Investment and Innovation Policy Review – Ethiopia.* 130 p. UNCTAD/ITE/IPC/Misc.4.
- Investment Policy Review – Mauritius.* 92 p. Sales No. E.01.II.D.11. \$22.
- Investment Policy Review – Peru.* 109 p. Sales No. E.00.II.D.7. \$22.
- Investment Policy Review – Egypt.* 119 p. Sales No. E.99.II.D.20. \$19.
- Investment Policy Review – Uganda.* 71 p. Sales No. E.99.II.D.24. \$15.
- Investment Policy Review – Uzbekistan.* 65 p. UNCTAD/ITE/IIP/Misc.13.

International Investment Instruments

(Pour plus de détails, aller sur le site <http://www.unctad.org/iia>.)

- International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XIV.*
Sales No. E.05.II.D.8. 326 p. \$60.
- International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XIII.*
Sales No. E.05.II.D.7. 358 p. \$60.
- International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XII.*
Sales No. E.04.II.D.10. 364 p. \$60.
- International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XI.* 345 p.
Sales No. E.04.II.D.9. \$60. http://www.unctad.org/en/docs/dite4volxi_en.pdf.
- International Investment Instruments: A Compendium. Vol. X.* 353 p.
Sales No. E.02.II.D.21. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v9.en.pdf>.
- International Investment Instruments: A Compendium. Vol. IX.* 353 p.
Sales No. E.02.II.D.16. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v9.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VIII. 335 p.
Sales No. E.02.II.D.15. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v8.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VII. 339 p.
Sales No. E.02.II.D.14. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v7.en.pdf>.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VI. 568 p.
Sales No. E.01.II.D.34. \$60. http://www.unctad.org/en/docs/ps1dited2v6_p1.en.pdf
(part one).

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. V. 505 p. Sales
No. E.00.II.D.14. \$55.

International Investment Instruments: A Compendium. Vol. IV. 319 p. Sales
No. E.00.II.D.13. \$55.

Guides CNUCED de l'investissement

(Pour plus de détails aller sur le site

<http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2705&lang=14.>)

An Investment Guide to Rwanda: Opportunities and Conditions. 79 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2006/3.

An Investment Guide to Mali: Opportunities and Conditions. 68 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2006/2.

An Investment Guide to Kenya: Opportunities and Conditions. 92 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2005/2.

An Investment Guide to Tanzania: Opportunities and Conditions. 82 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2005/3.

*An Investment Guide to the East African Community: Opportunities
and Conditions.* 109 p. UNCTAD/ITE/IIA/2005/4.

An Investment Guide to Mauritania: Opportunities and Conditions. 80 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2004/4.

Guide de l'investissement au Mali: Opportunités et Conditions. 76 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2004/1.

An Investment Guide to Cambodia: Opportunities and Conditions. 89 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2003/6. http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20036_en.pdf.

An Investment Guide to Nepal: Opportunities and Conditions. 97 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2003/2. http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20032_en.pdf.

An Investment Guide to Mozambique: Opportunities and Conditions.
109 p. UNCTAD/ITE/IIA/4. http://www.unctad.org/en/docs/poiteiiad4_en.pdf.

An Investment Guide to Uganda: Opportunities and Conditions. 89 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2004/3.

An Investment Guide to Bangladesh: Opportunities and Conditions. 66 p.
UNCTAD/ITE/IIT/Misc.29. http://www.unctad.org/en/docs/poiteiitm29_en.pdf.

An Investment Guide to Ethiopia: Opportunities and Conditions. 90 p.
UNCTAD/ITE/IIA/2004/2.

Politiques d'investissement international au service du développement
(Pour plus de détails aller sur le site <http://www.unctad.org/iaa>.)

Identifying Core Elements in Investment Agreements in the APEC Regions.
134 p. Sales No. E.08.II.D.27. \$15.

International Investment Rule-Making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward. 124 p. Sales No. E.08.II.D.1. \$15.

Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements.
103 p. Sales No. E.08.II.D.5. \$15.

Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations. 104 p. Sales
No. E.06.II.D.14. \$15.

International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues.
110 p. Sales No. E.06.II.D.03. \$15.

Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review.
106 p. Sales No. E.06.II.D.1. \$15.

South-South Cooperation in Investment Arrangements. 108 p. Sales No. E.05.II.D.26. \$15.

International Investment Agreements in Services. 119 p. Sales No. E.05.II.D.15. \$15.

The REIO Exception in MFN Treatment Clauses. 92 p. Sales No. E.05.II.D.1. \$15.

Questions soulevées dans les accords internationaux d'investissement
(Pour plus de détails aller sur le site <http://www.unctad.org/iaa>.)

International Investment Agreements: Key Issues, Volumes I, II and III. Sales No. E.05.II.D.6. \$65.

State Contracts. 84 p. Sales No. E.05.II.D.5. \$15.

Competition. 112 p. E.04.II.D.44. \$15.

Key Terms and Concepts in IIAs: a Glossary. 232 p. Sales No. E.04.II.D.31. \$15.

Incentives. 108 p. Sales No. E.04.II.D.6. \$15.

Transparency. 118 p. Sales No. E.04.II.D.7. \$15.

Dispute Settlement: State-State. 101 p. Sales No. E.03.II.D.6. \$15.

Dispute Settlement: Investor-State. 125 p. Sales No. E.03.II.D.5. \$15.

Transfer of Technology. 138 p. Sales No. E.01.II.D.33. \$18.

Illicit Payments. 108 p. Sales No. E.01.II.D.20. \$13.

Home Country Measures. 96 p. Sales No. E.01.II.D.19. \$12.

Host Country Operational Measures. 109 p. Sales No. E.01.II.D.18. \$15.

Social Responsibility. 91 p. Sales No. E.01.II.D.4. \$15.

- Environment.* 105 p. Sales No. E.01.II.D.3. \$15.
- Transfer of Funds.* 68 p. Sales No. E.00.II.D.27. \$12.
- Flexibility for Development.* 185 p. Sales No. E.00.II.D.6. \$15.
- Employment.* 69 p. Sales No. E.00.II.D.15. \$12.
- Taxation.* 111 p. Sales No. E.00.II.D.5. \$12.
- Taking of Property.* 83 p. Sales No. E.00.II.D.4. \$12.
- National Treatment.* 94 p. Sales No. E.99.II.D.16. \$12.
- Admission and Establishment.* 69 p. Sales No. E.99.II.D.10. \$12.
- Trends in International Investment Agreements: An Overview.* 133 p.
Sales No. E.99.II.D.23. \$12.
- Lessons from the MAI.* 52 p. Sales No. E.99.II.D.26. \$10.
- Fair and Equitable Treatment.* 85 p. Sales No. E.99.II.D.15. \$12.
- Transfer Pricing.* 71 p. Sales No. E.99.II.D.8. \$12.
- Scope and Definition.* 93 p. Sales No. E.99.II.D.9. \$12.
- Most-Favoured Nation Treatment.* 57 p. Sales No. E.99.II.D.11. \$12.
- Investment-Related Trade Measures.* 57 p. Sales No. E.99.II.D.12. \$12.
- Foreign Direct Investment and Development.* 74 p. Sales No. E.98.II.D.15. \$12.

B. SERVICES CONSULTATIFS SUR L'INVESTISSEMENT

Series A. No. 1. *Aftercare: A Core Function In Investment Promotion*. UNCTAD/ITE/IPC/2007/1 (October 2007).

Series A. No. 2. *Shaping the Investment Climate: The IPA as Policy Advocate* (forthcoming).

No. 18. *A Survey of Support by Investment Promotion Agencies to Linkages*. UNCTAD/ITE/IPC/2005/12. ISSN: 1819-5938.

C. MONOGRAPHS

Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. 110 p. Sales No. E.07.II.D.10. \$30.

Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking. 172 p. Sales No. E.06.II.D.16. \$30.

Investment Provisions in Economic Integration Agreements. 174 p. UNCTAD/ITE/IIT/2005/10.

Globalization of R&D and Developing Countries. 242 p. Sales No. E.06.II.D.2. \$35.

Prospects for Foreign Direct Investment and the Strategies of Transnational Corporations, 2005-2008. 74 p. Sales No. E.05.II.D.32. \$18.

World Economic Situation and Prospects 2005. 136 p. Sales No. E. 05.II.C.2. \$15. (Joint publication with the United Nations Department of Economic and Social Affairs.)

Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries. 318 p. Sales No. E.03.II.D.32. \$35. http://www.unctad.org/en/docs/iteia20037_en.pdf.

FDI in Land-Locked Developing Countries at a Glance. 112 p. UNCTAD/ITE/IIA/2003/5.

FDI in Least Developed Countries at a Glance: 2002. 136 p. UNCTAD/ITE/IIA/6. http://www.unctad.org/en/docs/iteiia6_en.pdf.

Foreign Direct Investment in Africa: Performance and Potential. 89 p. UNCTAD/ITE/IIT/Misc.15. Free of charge. Also available from <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiitm15.pdf>.

TNC-SME Linkages for Development: Issues-Experiences-Best Practices. Proceedings of the Special Round Table on TNCs, SMEs and Development, UNCTAD X, 15 February 2000, Bangkok, Thailand. 113 p. UNCTAD/ITE/TEB1. Free of charge.

Measures of the Transnationalization of Economic Activity. 93 p. Sales No. E.01.II.D.2. \$20.

The Competitiveness Challenge: Transnational Corporations and Industrial Restructuring in Developing Countries. 283p. Sales No. E.00.II.D.35. \$42.

FDI Determinants and TNC Strategies: The Case of Brazil. 195 p. Sales No. E.00.II.D.2. \$35. Summary available from <http://www.unctad.org/en/pub/psiteiitd14.en.htm>.

Études sur l'IED et le développement

TNCs and the Removal of Textiles and Clothing Quotas. 78 p. Sales No. E.05.II.D.20.

Measuring Restrictions on FDI in Services and Transition Economies. 56 p. Sales No. 06.II.D.13.

D. JOURNALS

Transnational Corporations Journal (formerly *The CTC Reporter*).
Published three times a year. Annual subscription price: \$45; individual
issues \$20. http://www.unctad.org/en/subsites/dite/1_itnacs/1_tnacs.htm.

United Nations publications may be obtained from bookstores and
distributors throughout the world. Please consult your bookstore or write:

For Africa, Asia and Europe to:

Sales Section
United Nations Office at Geneva
Palais des Nations
CH-1211 Geneva 10
Switzerland
Tel: (41-22) 917-1234
Fax: (41-22) 917-0123
E-mail: unpubli@unog.ch

For Asia and the Pacific, the Caribbean, Latin America and North
America to:

Sales Section
Room DC2-0853
United Nations Secretariat
New York, NY 10017
United States
Tel: (1-212) 963-8302 or (800) 253-9646
Fax: (1-212) 963-3489
E-mail: publications@un.org

All prices are quoted in United States dollars.

For further information on the work of the Division on Investment, Technology and Enterprise Development, UNCTAD, please address inquiries to:

United Nations Conference on Trade and Development
Division on Investment and Enterprise
Palais des Nations, Room E-10054
CH-1211 Geneva 10, Switzerland
Telephone: (41-22) 917-5651
Telefax: (41-22) 917-0498
<http://www.unctad.org>

QUESTIONNAIRE

The Protection of National Security in IIAs

Sales No. E.09.II.D

In order to improve the quality and relevance of the work of the UNCTAD Division on Investment, Technology and Enterprise Development, it would be useful to receive the views of readers on this publication. It would therefore be greatly appreciated if you could complete the following questionnaire and return it to:

Readership Survey
UNCTAD Division on Investment and Enterprise
United Nations Office at Geneva
Palais des Nations, Room E-9123
CH-1211 Geneva 10, Switzerland
Fax: 41-22-917-0194

1. Name and address of respondent (optional):

2. Which of the following best describes your area of work?

Government	<input type="checkbox"/>	Public enterprise	<input type="checkbox"/>
Private enterprise	<input type="checkbox"/>	Academic or research institution	<input type="checkbox"/>
International organization	<input type="checkbox"/>	Media	<input type="checkbox"/>
Not-for-profit organization	<input type="checkbox"/>	Other (specify) _____	

3. In which country do you work? _____

4. What is your assessment of the contents of this publication?

Excellent	<input type="checkbox"/>	Adequate	<input type="checkbox"/>
Good	<input type="checkbox"/>	Poor	<input type="checkbox"/>

5. How useful is this publication to your work?

Very useful	<input type="checkbox"/>	Somewhat useful	<input type="checkbox"/>
Irrelevant	<input type="checkbox"/>		

6. Please indicate the three things you liked best about this publication:

7. Please indicate the three things you liked least about this publication:

8. If you have read other publications of the UNCTAD Division on Investment, Enterprise Development and Technology, what is your overall assessment of them?

Consistently good	<input type="checkbox"/>	Usually good, but with some exceptions	<input type="checkbox"/>
Generally mediocre	<input type="checkbox"/>	Poor	<input type="checkbox"/>

9. On average, how useful are those publications to you in your work?

Very useful Somewhat useful
Irrelevant

10. Are you a regular recipient of *Transnational Corporations* (formerly *The CTC Reporter*), UNCTAD-DITE's tri-annual refereed journal?

Yes No

If not, please check here if you would like to receive a sample copy sent to the name and address you have given above: